

Responsabilidad civil

El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento

Italia y Colombia, vicisitudes de dos experiencias

MILAGROS KOTEICH

SUMARIO. Premisa.- I. El daño extrapatrimonial en Italia.- A. Aceptación (daño moral, daño a la vida de relación, daño biológico).- 1. La negativa histórica del daño extrapatrimonial.- 2. La aceptación restrictiva, anclada al derecho penal.- 3. La búsqueda de una tutela (resarcitoria) de la integridad psicofísica.- 4. Su encuadramiento sistemático.- B. Estado actual de la cuestión.- 1. Las sentencias "gemelas" de la Casación Civil.- 2. El pronunciamiento de la Corte Constitucional.- 3. La "lectura" de la doctrina.- 4. La última sentencia en la materia.- C. Valoración.- D. Una nueva categoría.- 1. El daño existencial.- 2. Su encuadramiento sistemático.- II. El daño extrapatrimonial en Colombia.- A. Aceptación (daño moral, daño fisiológico, daño a la vida de relación).- 1. La relectura del sistema (mononormativo).- 2. Las clasificaciones de la jurisprudencia y la legislación.- 3. La importación de categorías foráneas.- 4. La corta vida del daño fisiológico y el perfilamiento de una categoría que ha visto su ocaso en Europa.- 5. Del daño a la vida de relación a la "alteración en las condiciones de existencia".- B. Valoración.- Reflexión final.

PREMISA

El problema del daño y su liquidación¹ constituye en el derecho moderno un momento central, y no accesorio, dentro del proceso de responsabilidad civil, dado

1 Entre los trabajos más recientes sobre el daño extrapatrimonial y su liquidación cfr. AA. VV. *La valutazione delle macropermanenti* (al cuidado de G. COMANDÉ y R. DOMENICI), Pisa, ETS, 2005; J. L. DÍEZ SCHWERTER. "La resarcibilidad del daño extrapatrimonial. Del modelo de Bello a nuestros días", *Revista de Derecho Privado*, 9, Bogotá, 2005; AA. VV. *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, G. COMANDÉ (ed.), Torino, 2004; AA. VV. *Il "nuovo" danno non patrimoniale*, G. PONZANELLI (ed.), Padova, 2004; AA. VV. *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, E. NAVARRETTA (ed.), Milano, 2004; E. CORTÉS. "El resarcimiento del daño a la persona en el derecho latinoamericano. Elementos para una discusión, traídos de dos modelos europeos", en *Estudios de derecho civil. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa*, t. 1, Bogotá, 2003; P. ROZO SORDINI. *El daño biológico*, Bogotá, 2002; AA. VV. *La valutazione del danno alla salute*, M. BARGAGNA y F. D. BUSNELLI (eds.), Padova, 2001; F. BUSNELLI. *Il danno biologico. Dal diritto vivente al diritto vigente*, Torino, 2001; P. CENDON. *Trattato breve dei nuovi danni. Il risarcimento del danno esistenziale: aspetti civili, penali*,

que normalmente a la víctima lo que en realidad interesa es el *quantum* o suma concreta en que se traducirá ese derecho a la reparación que le ha sido previamente reconocido. En efecto, para la víctima no es suficiente la declaratoria de responsabilidad en cabeza del causante del daño, resultado necesario para una posterior condena pero a la postre meramente descriptivo del derecho que busca materializar; lo que ella persigue es que la reparación y su medida se compadezcan con el agravio que le fue causado.

Para llevar a cabo esta liquidación, el juez debe, en primer lugar, determinar la materia de su estudio, es decir, las lesiones causadas, que se traducirán en la producción de los diferentes daños que hayan sido objeto ya de clasificación por parte de la doctrina y la jurisprudencia; luego entonces debe atribuir una consecuencia a ese aserto que ha hecho, y esa consecuencia no es otra que el derecho a la reparación que surge en cabeza de la víctima, y que el juez tiene que *cuantificar*.

Así pues, el operador del derecho, el juez, se enfrenta a dos de los más importantes problemas del nuevo "derecho de daños", la clasificación del daño y la reparación correspondiente a cada una de esas categorías. Nos interesa acá abordar exclusivamente lo relativo al daño extrapatrimonial, dado que es en este campo donde se advierte más claramente este nuevo andar de la responsabilidad civil hacia una mayor tutela (resarcitoria) de la persona.

El daño ha sido tradicionalmente la medida de lo resarcible en nuestro sistema jurídico, cosa distinta a lo que sucede en el sistema anglosajón, donde se permite superar tal límite, indemnizando a la víctima más allá del efectivo daño que ha padecido, para que tal plusvalía se convierta en una sanción ejemplarizante, que raya en el campo penal (de allí su nombre: *punitive, exemplary, vindictive damages*)².

medico legali, processuali, CENDON (ed.), vol. 1, Padova, 2001; P. ZIVIZ. "Verso un altro paradigma risarcitorio", en *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, P. CENDON y P. ZIVIZ (eds.), Milano, 2001; M. ROSSETTI. *Il danno da lesione alla salute*, Padova, 2001; Y. LAMBERT-FAIVRE. *Le droit du dommage corporel: systèmes d'indemnisation*, Paris, 2000; F. NAVIA ARROYO. *Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?*, Bogotá, 2000; AA. VV. *Il nuovo danno alla persona*, Milano, 1999; G. COMANDÉ. *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali*, Torino, 1999; F. HINESTROSA. "Devenir del derecho de daños", en *Roma e America. Diritto romano comune*, 10, Roma, 2000; L. LA TORRE. "Un caso singular de indemnización por perjuicios morales", en AA. VV. *Indemnización de daños y perjuicios*, reimp., Caracas, 1999; J. C. HENAO. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá, 1998; E. NAVARRETTA. *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996.

- 2 Los *punitive damages* nacen en Inglaterra en 1763 con una sentencia que condena al Estado a pagar más del equivalente del perjuicio efectivamente causado por el abuso de autoridad en que incurrieron varios agentes de la Corona británica; luego es admitido para otros muy variados y extensos supuestos de hecho, por lo que en 1964 la Cámara de los Lores (caso Rookes-Barnard) se vio precisada a circunscribir taxativamente las hipótesis en que debían decretarse tales *punitive* o *exemplary damages*, a saber: a) Cuando esté autorizado legalmente por medio de un *statute* (ley parlamentaria); b) Cuando haya abuso de autoridad de los funcionarios del Gobierno; y, c) Cuando haya en el sujeto el propósito deliberado de causar daño, mas, se exige un dolo específico: *a cynical disregard for a plaintiff's rights*. Cfr. NAVIA. *Del daño moral al daño fisiológico, ¿una evolución real?*, cit., 100.

Ese resarcimiento debe estar informado por el principio de la reparación integral del daño causado, lo que nos conduce a considerar más que las simples proyecciones patrimoniales o materiales del hecho antijurídico, penal o puramente civil (violación del *alterum non lædere*, o inclusive, simple incumplimiento contractual), a la persona de la víctima como una compleja realidad biológica, social y espiritual, máxime cuando el llamado derecho de daños es objeto en la actualidad de cierta *revolución*, pues el reconocimiento de los daños a la persona como fuente de responsabilidad civil es tema que si bien siempre ha ocupado a la ciencia jurídica, cobra hoy una inusitada vigencia en virtud del interés creciente por la protección de los derechos fundamentales del hombre (honra, buen nombre, integridad psicofísica, intimidad, entre otros)³.

No obstante, se ha requerido de ingentes esfuerzos por parte de la jurisprudencia y la doctrina, para adecuar los distintos ordenamientos (normalmente carentes de la previsión que autorice la indemnización de tal daño extrapatrimonial en todas sus formas) a los dictámenes de esa conciencia social que manda indemnizar el daño en forma integral, cualquiera sea su fuente u origen y el bien sobre el que recaiga.

Iniciaremos con el estudio de la evolución de los daños inmateriales en Italia, dado que para nosotros tiene una relevancia especial, no sólo por nuestra tradicional "proximidad jurídica" a este sistema, sino porque, en efecto, la doctrina y la jurisprudencia italianas han concentrado importantes esfuerzos en el desarrollo y sistematización de este tipo de pérdidas⁴.

- No obstante, tanto en Estados Unidos como en Inglaterra esta institución de los *punitives damages* ha encontrado contradictores, quienes señalan entre otros argumentos: el enriquecimiento indebido de la víctima, la arbitrariedad que existe en su determinación, y la misma inconstitucionalidad, sostienen en Estados Unidos, de la institución.
- 3 Según BUSNELLI. *Il danno biologico. Dal diritto vivente al diritto vigente*, cit., 85 y ss., estamos en presencia de la tercera estación del estudio de la responsabilidad civil. La primera, relacionada con la superación del dogma "no hay responsabilidad sin culpa"; la segunda, dirigida a ampliar los intereses protegidos en caso de lesión, es decir, a superar la ecuación daño injusto-derecho subjetivo absoluto, con base en el estudio del (concepto de) daño; y la tercera, donde se pasa de la *Differenztheorie* al protagonismo del "daño a la salud" (o "daño biológico") y del daño a la identidad personal, es decir, se pasa de un daño medido con el parámetro de la ganancia a un daño referido al "valor hombre" considerado en toda su dimensión. Así, nace lo que llamaríamos el "daño a la persona en sentido estricto", ligado a la lesión de bienes o derechos primarios (derecho a la vida, a la integridad física, a la reputación, a la intimidad, etc.). En el mismo sentido, COMANDÉ. *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali*, cit., 250 ss., "las reglas de la responsabilidad civil, en particular después de la introducción del daño a la salud, se orientan hacia una valoración de las lesiones a la integridad psicofísica en forma autónoma de las eventuales consecuencias sobre la capacidad de trabajo y la capacidad productiva de la víctima. Para ser más precisos, el resarcimiento del lucro cesante que se sigue a la reducción de la capacidad laboral específica mantiene un papel significativo entre los rubros resarcitorios, incluso desde el punto de vista cuantitativo, pero la centralidad de valores se traslada, en la responsabilidad civil, al valor hombre".
- 4 Tal como lo explica COMANDÉ. *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali*, cit., 254, cuando señala que la experiencia italiana se destaca justamente por el elevado ni-

I. EL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL EN ITALIA

A. Aceptación (daño moral, daño a la vida de relación, daño biológico)

1. *La negativa histórica del daño extrapatrimonial*

La indemnización del daño extrapatrimonial no fue siempre de recibo en el ordenamiento italiano, ello en virtud de una pretendida tradición romana que consideraba irresarcible el daño a la persona⁵, y que luego tuvo eco en la doctrina italiana posterior. De donde, pese a que el artículo 1151 del *codice civile* de 1865⁶ estuvo inspirado en el artículo 1382 del *Code civil* francés (que autorizaba la reparación de *el daño*, sin hacer distinciones entre el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial), su interpretación jurisprudencial y doctrinaria no siempre condujo a la indemnización del daño en cuestión; mientras para unos era indemnizable, para otros no. A finales del siglo XIX, no obstante, cobró fuerza la tesis de la irresarcibilidad del daño extrapatrimonial, lo que condujo en consecuencia a

vel de elaboración de la categoría de las pérdidas no pecuniarias que, gracias al aporte sinérgico de la jurisprudencia y la doctrina, se ha reconstruido alrededor de la figura del daño a la salud. De hecho, el tema del daño a la persona, y del daño a la salud en particular, continúa absorbiendo constantemente la energía de los estudiosos, incluso en su tercer decenio de elaboración, al punto que la doctrina celebra en el daño a la salud una de sus más importantes victorias [...] El número de monografías, ensayos y comentarios a sentencias que a partir de los años 70 ha acompañado el no fácil camino jurisprudencial no encuentra parangón en el número de contribuciones realizadas en otros temas de derecho civil durante los mismos años. Cfr. COMANDÉ y PONZANELLI. *Il contributo della dottrina*, cit., 49. Refiriéndose a su vez a las revistas especializadas y a las sentencias, G. MONATERI. Prefazione, en AA. VV. *Il nuovo danno alla persona*, cit., IX, señala que constituyeron ellas el laboratorio para la emancipación del daño biológico del daño moral, y para su victoria frente al daño estético y el daño a la vida de relación.

- 5 Con base en un pasaje del Digesto (D. 9 4. 7), M. BIANCA. *Diritto civile. La responsabilità*, t. 5, reimp., Milano, 1998, 177 y ss., asevera que "la tradición romana había reputado irresarcible el daño a la persona, porque la persona no tiene precio". Pero no sólo en la doctrina, también en la jurisprudencia italiana puede encontrarse dicha afirmación, en el sentido que la reparación pecuniaria para las lesiones irrogadas a la integridad física de los hombres libres "no es posible en virtud de la gran importancia que los romanos atribuían a la personalidad humana", e inclusive, esta posibilidad "hoy está definitivamente excluida del ordenamiento jurídico" (Corte de Apelaciones de Génova, 17 de julio de 1975, en *Resp. civ. prev.*, 1975, 416 y ss.), sentencia citada por BUSNELLI. *Il danno biologico. Dal diritto vivente al diritto vigente*, cit., 6.
- 6 Artículo 1151: "*Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno*". Pero inclusive antes de la promulgación del Código es posible encontrar referencias al tema de la valoración del daño a la persona, pues se trata de un tema al mismo tiempo antiguo y de toda actualidad. En Italia se pueden encontrar referencias al mismo ya en una obra de MELCHIORRE RIOJA de 1821 (*Dell'ingiuria, dei danni, del soddisfacimento, e relative basi di stima davanti i Tribunali civili*, 1, Milano, 1821). Y si se habla del inicio de esta nueva etapa de la problemática, que puede fijarse en los años 60, se tiene a GUIDO GENTILE, quien en 1962 publicó en la *Enciclopedia del diritto* la voz "Danno alla persona" (antes de este artículo no había aportes importantes de la doctrina en este tema). BUSNELLI. *Ob. cit.*, 59.

resarcir exclusivamente las consecuencias económicas perjudiciales derivadas del hecho ilícito. Regía entonces el principio según el cual el hombre vale sólo por lo que produce⁷.

2. La aceptación restrictiva, anclada al derecho penal

Fue sólo a partir del *codice penale* vigente de 1930 que se tuvo por resarcible el daño extrapatrimonial en Italia, cuando el artículo 185⁸ estatuyó que todo *delito* da lugar al resarcimiento de los daños extrapatrimoniales. Vino luego el artículo 2059 del *codice civile* de 1942⁹ (que ya no seguiría en la materia al *Code civil* francés sino al BGB, §§ 253 y 847), el cual estableció que el daño extrapatrimonial sólo podía ser indemnizado en los casos expresamente señalados por la ley¹⁰, los cuales se

- 7 ROSSETTI. *Il danno da lesione della salute*, cit., 41, cita los siguientes extractos jurisprudenciales: "El dolor no por sí mismo, sino en cuanto es causa de daño patrimonial, obliga a aquél que lo ha producido a resarcir el daño" (1905); "no es resarcible el daño consistente en la pérdida de un miembro del cuerpo humano (en el caso específico: una costilla), si no se demuestra la disminución patrimonial" (1915); "la alteración de la estética y de la armonía de la persona debida a una lesión personal puede ser, con criterio incontestable del juez, considerado como un daño puramente moral y en consecuencia irresarcible" (1925).
- 8 Artículo 185: "... Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui". En el Código Penal de 1889 sólo estaba prevista reparación pecuniaria para los casos de delito que ofendían el honor personal o familiar.
- 9 Artículo 2059: "*Danni non patrimoniali. Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge* (89 c.p.c.; 185, 187, 189, 598 c.p.)".
- 10 Para mayor ilustración, P. SIRENA. "Il danno non patrimoniale", conferencia dictada en el marco del Seminario Internacional en Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 17 de mayo de 2000, nos refiere las hipótesis de consagración del daño extrapatrimonial en la legislación italiana: 1. El primer caso en donde la ley italiana acepta el daño extrapatrimonial es cuando éste proviene de delito, según lo previsto en el artículo 185 C. Penal italiano (que encuentra perfecta correspondencia con el artículo 94 C. Penal colombiano de 2000), el cual obliga al autor del ilícito a resarcir no sólo los daños patrimoniales sino también los daños morales provenientes del ilícito penal; 2. La segunda hipótesis presente en la legislación italiana es una hipótesis dudosa, donde se discute si surge o no el daño extrapatrimonial, es el caso de la lesión al derecho al nombre (art. 7.º C. C. ital.) y la lesión al derecho a la imagen (art. 10.º C. C. ital.). Se prevé que la violación de esos derechos da lugar a una acción inhibitoria (que detiene la acción lesiva) y a una acción de resarcimiento de daños, pero sin especificar si en ella están comprendidos o no los daños extrapatrimoniales; 3. El tercer caso presente en la legislación italiana es el de la Ley 675 de 1996 (hoy Dcto. Legislativo 196 de 2003), que prevé la tutela de las personas en cuanto a los datos personales suministrados a otros sujetos. Se trata del derecho a la reserva y al buen nombre, respecto de la difusión de información para varios fines, principalmente comerciales. El artículo 18 de dicha ley establece que cualquiera que ocasione daño a otro está obligado al resarcimiento del artículo 2050 C. C. italiano (que consagra la actividad peligrosa); 4. Cuarto y último caso previsto en la legislación italiana: se trata de una ley especial, que ha incorporado una directiva de la Unión Europea, el Decreto Legislativo 111 del 17 de marzo de 1995, alusivo a los "paquetes turísticos". El artículo 15 del decreto establece que en caso de incumplimiento por parte de la empresa turística, ésta es responsable

reducían, casi privativamente, a los supuestos de delito (en virtud de su permisión por el referido artículo 185 del *codice penale*)¹¹.

Desde entonces la tendencia de la doctrina y la jurisprudencia italianas fue la de restringir la resarcibilidad del daño extrapatrimonial a las hipótesis de delito, ya que en la tipificación de los casos en que podía verificarse tal tipo de daño no se encontraba el ilícito civil. En virtud de ello, la ciencia jurídica tuvo que hallar una fórmula que permitiera la reparación del daño extrapatrimonial aun en los casos en que éste no se produjera como consecuencia de un delito.

3. *La búsqueda de una tutela (resarcitoria) de la integridad psicofísica*

El problema se hacía evidente cuando se trataba de los daños irrogados a la integridad psicofísica de las personas, pues si tal lesión no se había producido como consecuencia de un delito, no era posible su indemnización sino únicamente en la medida del detrimento económico (daño emergente y lucro cesante por la pérdida de la capacidad laboral).

Para salvar esta limitante la doctrina y la jurisprudencia debieron enfrentar el desafío de "encontrar", dentro del marco de la regulación que contenía el Código Civil en materia de responsabilidad civil, un principio general de resarcibilidad para los casos de (daños extrapatrimoniales derivados de) lesión a la integridad psicofísica no proveniente de delito; pues, si bien aparentemente el derecho positivo no preveía un principio tal, también lo es que ello pugnaba con la equidad.

En este recorrido hace su aparición, en la década de los 60, el "derecho a la salud"¹² (sobre cuya base pudiera indemnizarse toda hipótesis de lesión a la integridad psicofísica no obstante la limitante de la que se ha hablado)¹³, y se comienza a establecer la relación entre los artículos 2043¹⁴ y 2059 C. C., que rezan como sigue:

por "daños a la persona", específicamente denominados "daños por vacaciones arruinadas", que la doctrina italiana ha comprendido dentro del daño extrapatrimonial.

11 Además de los eventos relacionados en la nota anterior, en la legislación posterior al Código se verificó una ampliación de los casos donde se reconoce expresamente el resarcimiento del daño extrapatrimonial cuando se encuentran comprometidos valores personales, incluso fuera de las hipótesis constitutivas de delito (art. 2.º Ley 117 de 1988: resarcimiento de los daños extrapatrimoniales derivados de la privación de la libertad en virtud del ejercicio de funciones judiciales; inc. 7.º art. 44 Dcto. Legislativo 286 de 1998: ejecución de actos discriminatorios por motivos raciales, étnicos o religiosos; art. 2.º Ley 89 de 2001: incumplimiento de la razonable duración de los procesos). Casación Civil italiana. Sentencia 8828 del 31 de mayo de 2003.

12 Inciso 1.º artículo 32 Constitución italiana (1948), que hasta entonces había sido objeto de una interpretación exclusivamente iuspublicista, la cual no permitía que sirviera de base para un resarcimiento en el campo del derecho privado.

13 Cfr. BUSNELLI. *Il danno biologico. Dal diritto vivente al diritto vigente*, cit., 60 y ss.

14 Art. 2043: "*Risarcimento per fatto illecito*. Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno".

Artículo 2043. *Resarcimiento por hecho ilícito*. Todo hecho doloso o culposo que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a aquél que lo ha cometido al resarcimiento del daño¹⁵.

Artículo 2059. *Daños extrapatrimoniales*. El daño extrapatrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley.

Se afirmaba que mientras la lesión a intereses patrimoniales daba lugar al resarcimiento del daño patrimonial de acuerdo con el artículo 2043, el 2059 se relacionaba con la lesión a intereses no patrimoniales.

Poco después, en los años 70, la ciencia jurídica comienza a utilizar, en la búsqueda de ese principio general de resarcibilidad del daño a la salud, tres recursos en forma preferente: el de las creaciones o "*ficciones jurisprudenciales*", el del control de legitimidad constitucional, y el de la regulación legal.

En la práctica, las "*ficciones jurisprudenciales*" constituyeron el recurso más utilizado, y el preferido por la jurisprudencia dominante, la cual, habiendo advertido la necesidad de admitir el resarcimiento del daño a la salud inclusive en los casos en que éste no se tradujera en una disminución efectiva del rédito laboral, le atribuyó a tales daños una calificación diversa a la que le era propia, "*imaginándose*" una falta de ingresos deducible mecánicamente de una hipotética reducción de la llamada capacidad de trabajo (genérica o específica) y/o "*inventando*" categorías conceptuales de dudosa consistencia, como el daño a la llamada vida de relación y el daño estético¹⁶. Existía el temor de que si se reconocían o calificaban los daños a la salud como tales (es decir, como daños que derivan de la lesión al derecho a la salud), se corría el riesgo de caer en el radio de acción del artículo 2059 C. C. o, sin más, de no ser resarcidos.

Concentrémonos en una de estas "*ficciones*". El daño a la vida de relación, nacido en realidad en los años 30, es una figura que hoy se considera espuria; fue creada por la jurisprudencia como daño extrapatrimonial, pero poco después, y coincidiendo con la introducción del artículo 2059 C. C., se relacionó con el artículo 2043 del mismo Código, es decir, se volvió "*sin duda patrimonial*", y como tal, siempre resarcible¹⁷. Fue definido por la jurisprudencia como la "*modificación negativa de la capacidad psicofísica del sujeto, que al incidir en el desarrollo de las actividades complementarias o integradoras respecto de la actividad laboral normal, afecta por reflejo inclusive a ésta última*"¹⁸, con las inconsistencias que puede generar una concepción tal, anclada en parámetros patrimoniales como la

15 Ídem.

16 BUSNELLI. Ob. cit., 45 y ss.

17 Ibíd., 249. La doctrina enseña que esta categoría de daño fue utilizada por la jurisprudencia con el objeto de introducir, dentro de la tutela resarcitoria, un rubro de daño no estrictamente patrimonial. Fue reconocido, hasta los años ochenta, como daño "*patrimonial*" que incidía al disminuir la capacidad de trabajo. Cfr. BATTISTA. *Il risarcimento del danno biologico*, cit., 132.

18 Casación Civil. Sentencia 2259 del 23 de junio de 1969.

capacidad laboral. Por ejemplo, en un determinado caso, a un pensionado se le negó la posibilidad de que le pudiera ser reconocido el daño a la vida de relación, en virtud de que "este tipo de daño presupone una actividad laboral, normal o complementaria sobre la cual pueda reflejarse la lesión de la llamada capacidad de competencia"¹⁹. También, y más simplemente, el daño a la vida de relación ha sido definido como la disminución de las posibilidades del individuo de desarrollar normalmente su personalidad en el ambiente social²⁰.

4. Su encuadramiento sistemático

Pero, ¿por qué este continuo viajar del daño a la vida de relación, y de las sucesivas categorías que se crearían (como el daño a la salud), del artículo 2043 C. C. al 2059 del mismo Código, y viceversa? ¿Por qué esta disyuntiva sistemática?

Pues porque para superar las limitantes del artículo 2059 C. C. las alternativas eran dos: o se consideraba el daño irrogado a la integridad psicofísica como lesión a un bien de carácter patrimonial, y se indemnizaba en consecuencia, sin limitaciones, según el artículo 2043 C. C. o, afirmando que era un daño extrapatrimonial, se sustraía del campo de aplicación del artículo 2059 C. C.

En efecto, esta última fue la alternativa propuesta por la jurisprudencia genovesa, que pese al intento desesperado por buscar extraer el daño a la integridad psicofísica (daño biológico) de las redes del señalado artículo 2059, no tuvo mayor eco²¹.

Para sustentar la primera tesis, en cambio, la jurisprudencia pisana sostenía que, a los efectos del artículo 2059 C. C., debía entenderse por daño extrapatrimonial aquél que no se presta a una valoración directa y objetiva en dinero. Y, dado que las lesiones físicas y psíquicas, en cuanto "modificaciones negativas del modo de ser de la persona física", provocan consecuencias que permiten ser valoradas con criterios objetivos, las mismas deben ser indemnizadas no según el artículo 2059 sino de acuerdo con el artículo 2043. De donde, si se daba por demostrado que los daños a la salud, en cuanto susceptibles de valoración económica, se diferenciaban de los daños extrapatrimoniales y entraban en consecuencia en la esfera de aplicación de la regla general del artículo 2043, era imperiosa una recalificación —en términos de daños a la salud— de toda una serie de daños que la jurisprudencia dominante había calificado de distintas maneras,

19 Tribunal de Roma. 12 de febrero de 1973.

20 Más en BUSNELLI. *Il danno biologico. Dal diritto vivente al diritto vigente*, cit., 36 y ss.

21 De hecho, la Corte de Apelaciones de Génova acusó en esa fórmula la creación de un *tertium genus*, un nuevo daño que no sería ni daño patrimonial ni daño moral. No es coherente, decía la Corte, afirmar el carácter extrapatrimonial del daño biológico y referirse luego para su liquidación a una norma que tiene carácter económico-patrimonial, porque ello conduce además a una "contaminación híbrida" entre concepciones contrapuestas y heterogéneas. Corte de Apelaciones de Génova. 17 de julio de 1975.

recurriendo a fantasiosas "imaginaciones" e "invenciones" (los ya citados daño a la vida de relación y daño estético)²².

La jurisprudencia pisana sostenía entonces, y sostiene aún hoy, que la patrimonialidad del daño no debe estar referida a la naturaleza del interés lesionado, sino a la posibilidad de que el perjuicio permita una valoración económica; de allí que, según este planteamiento, se justifique el "viaje" del artículo 2059 C. C. al artículo 2043 C. C. cuando debe procederse a la liquidación del daño a la salud. El punto débil de esta técnica, se sostiene, es que en estos tiempos todos los daños a la persona son susceptibles de valoración económica.

En cualquier caso, es durante los años 70 que se "redescubre" el derecho a la salud²³, gracias a estos dos importantes aportes jurisprudenciales. El primero constituido por el "daño biológico" de la jurisprudencia genovesa, mejor conocida como "la jurisprudencia alternativa" (1974); y el segundo constituido por la creación del "daño a la salud" de la jurisprudencia pisana (con una primera sentencia de 1979)²⁴.

Pero gracias también al aporte de la Corte Constitucional. Con ocasión de la denuncia de inconstitucionalidad del artículo 2059²⁵, en 1979 esta corporación intervino en la problemática, acabando con la aparente imposibilidad legal de resarcir más que las consecuencias económicas derivadas del daño a la integridad psicofísica de la persona cuyo origen no hubiese sido un delito, al decir que di-

22 Cfr. BUSNELLI. Ob. cit., 11 y ss. y 24.

23 Sobre los problemas que planteó dentro del ordenamiento jurídico el reconocimiento del daño a la salud, cfr. BUSNELLI. Ob. cit., 75 y ss.: un primer problema es el de la necesidad de establecer la relación entre el daño a la salud (daño patrimonial a la persona) y el daño extrapatrimonial. Este es un problema "típicamente italiano", creado por la limitante contenida en el artículo 2059 C. C.; el segundo problema es el de la necesidad de establecer la relación entre el daño a la salud y el daño patrimonial en sentido estricto; y un tercer problema es el de la determinación de los criterios de valoración del daño a la salud. En cuanto al primer problema, señala el autor que, mientras esté presente en el sistema italiano el artículo 2059 C. C., será necesario distinguir entre el daño a la salud y el daño extrapatrimonial. Antes que nada, porque el primero permite una valoración económica, que no consiente el segundo, y luego, porque el resarcimiento tiene en el caso del daño a la salud una función reparadora, mientras que en el caso del daño extrapatrimonial, el resarcimiento cumple una función "satisfactiva". En cuanto al segundo problema, para evitar duplicaciones, debe tenerse presente que son tres los tipos de daño: el daño a la salud (componente constante), el daño patrimonial en sentido estricto (en caso de invalidez permanente o invalidez temporal que se refleje en la actividad laboral) y el daño extrapatrimonial. En cuanto al tercer problema, para los juristas lo que se resarce no es la lesión a la integridad psicofísica en sí, sino más bien las consecuencias que se derivan de dicha lesión, que varían notablemente de caso a caso. BUSNELLI considera que, descontando la necesidad de los baremos y de criterios predeterminados y objetivos, sería peligroso no dejar al juez ese poder equitativo que permite la adecuación del resarcimiento al caso concreto.

24 El primero fue fruto del trabajo de magistrados, médicos forenses, actuarios y juristas; en Pisa, en cambio, se verificaría un fenómeno en cierto sentido inverso: la novedad comenzaría con la doctrina, antes que con la jurisprudencia.

25 Sentencia 87 de 1979.

cho artículo no había sido correctamente interpretado, pues "la restricción de irresarcibilidad que él contiene está sólo referida al daño moral en sentido estricto", y no a las demás hipótesis de daño, como las heridas inferidas a la persona misma, que se consideran *lesiones materiales al bien-persona*; cuya indemnización, en consecuencia, queda comprendida en el artículo 2043 C. C. Una solución diversa, pues, hubiese conducido a la declaración de inconstitucionalidad del artículo en cuestión. Sostenía además la Corte²⁶ que el derecho a la salud, en cuanto constituye una situación subjetiva constitucionalmente garantizada, no admite, en caso de lesión, limitaciones a su resarcibilidad; conclusión esta que se desprende de una interpretación sistemática entre la normativa civil y la preceptiva constitucional²⁷, esto es: en virtud de que la Constitución italiana, en su artículo 32, inciso 1.º, tutela la salud como derecho fundamental del individuo, no pueden consentirse limitantes del tipo del artículo 2059 C. C.²⁸.

De esa forma quedaban aparentemente superados los límites del artículo 2059, y se elevaba el daño biológico a rubro de daño resarcible en cualquier caso, aunque no se tratara de delito²⁹.

Por su parte, en la década de los 80 se produce una sentencia de la Corte Constitucional relativa al daño a la salud que merece una mención especial³⁰. Se trata de la sentencia 184/86, que debe celebrarse, señala BUSNELLI³¹, sobre todo por la decisión de seguir el derecho viviente: ese "derecho viviente que adopta una interpretación limitada del artículo 2059" y que "encuentra en el artículo 2043, interpretado sistemáticamente con el artículo 32 constitucional, la disposición que

26 Sentencia 88 de 1979.

27 Ahora bien, y como lo señala NAVARRETTA. *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 82, los límites entre interpretación, integración y creación del derecho desaparecen cuando los principios constitucionales se invocan en aras de resolver, por medio de la *analogia juris*, las lagunas presentes en el sistema.

28 Sobre la evolución que el daño a la salud tuvo en la jurisprudencia constitucional, cfr. A. GIUSTI. "Il danno alla salute nella giurisprudenza costituzionale", en AA. VV. *La valutazione del danno alla salute*, cit., 189 y ss.

29 BIANCA. *Diritto civile. La responsabilità*, cit., 181, sostiene que acumular el daño biológico al daño moral en sentido estricto sería duplicar la indemnización, por cuanto el daño biológico debe entenderse como aquella agresión contra la persona que afecta su unitaria realidad psicofísica.

30 La antecedía un grupo de tres sentencias (3675 del 6 de junio de 1981, 2396 del 6 de abril de 1983, y 2422 del 16 de abril de 1984) que coincidían en los siguientes aspectos: en primer lugar, la convicción de que las concepciones tradicionales debían ser superadas; en segundo término, la relectura del artículo 2043 C. C., en el sentido que éste habla de "daño injusto" sin referirse en forma exclusiva al daño patrimonial, de donde se reconoce pues la resarcibilidad de las lesiones de aquello que constituye el conjunto o valor total de la persona, en su proyección económica y objetiva (que se refleja en el patrimonio), pero también subjetiva (como realidad biológica y social); y en tercer lugar, las tres enmarcan el daño a la salud dentro del grupo de daños que se concretan ante todo en la lesión de bienes o derechos primarios, en la medida en que estos son inherentes a la persona humana (derecho a la vida, integridad física, reputación, libertad sexual, intimidad, etc.).

31 BUSNELLI. *Il danno biologico. Dal diritto vivente al diritto vigente*, cit., 133 y ss.

regula la resarcibilidad, *per se*, en todo caso, del daño biológico". Agrega el autor que, pese a las incoherencias que pueda presentar la sentencia, la conclusión que puede extraerse de la misma es que el daño a la salud es la principal categoría dentro del daño a la persona, y que el mismo debe reconducirse para su indemnización al artículo 2043 C. C.³²

Y así, se inicia en los años 90 el cuarto decenio de la vida del daño a la salud, en el cual se destaca la sentencia de la Corte Constitucional³³ en la cual se consideró que este daño es de naturaleza extrapatrimonial, pero que, gracias al recurso de la *analogia iuris* (en el sentido que, así como los daños patrimoniales, también el daño a la salud permite una valoración objetiva), se resarce sin embargo según el artículo 2043 C. C.

B. Estado actual de la cuestión

1. Las sentencias "gemelas" de la Casación Civil

La más reciente orientación en Italia en materia de daño biológico (o más exactamente, de daño extrapatrimonial en general) se deduce de las sentencias de la Casación Civil 8828 y 8827 del 31 de mayo de 2003 (conocidas como las "sentencias gemelas"), así como de la sentencia de la Corte Constitucional 233 del 11 julio del mismo año y de la sentencia de la Casación Civil 15022 del 15 de julio de 2005, sobre las cuales es útil centrar la atención.

En la primera de estas sentencias³⁴ se sostiene que en el estado actual del ordenamiento (en el cual la Constitución asume una posición preeminente, y en cuyo artículo 2.º se reconocen y garantizan los derechos inviolables del hombre), el daño extrapatrimonial al que se refiere el artículo 2059 C. C. no puede seguir siendo identificado únicamente (según la tradicional lectura restrictiva de dicho artículo que lo pone en relación con el art. 185 C. P.) con el daño moral subjetivo, constituido por el sufrimiento contingente y la turbación pasajera del ánimo provocados por un hecho ilícito constitutivo de delito. Dentro del daño extrapatrimonial al que se refiere el artículo 2059 C. C., se encuentra, además del tradicional daño moral subjetivo (en los casos previstos por la ley), toda hipótesis donde se verifique una lesión injusta de los valores de la persona constitucionalmente protegidos, de la cual se deriven perjuicios no susceptibles de valoración económica, sin que resulten sujetos al límite que deriva de la reserva legal rela-

32 En el mismo sentido, NAVARRETTA. Ob. cit., 52 y ss. El daño biológico ha sido el prototipo de daño a la persona desde dos puntos de vista: delineó un tipo de perjuicio capaz de proyectarse en la existencia de la víctima más allá de la reacción emotiva contingente, y dejó al descubierto la necesidad de ponderar los requerimientos de igualdad formal y de igualdad sustancial.

33 N.º 372 de 1994.

34 Y también en las sentencias 8827/03, 16525/03, 10482/04 y 15022/05 de la Casación Civil.

cionada principalmente con el artículo 185 C. P. Ello en virtud de que las normas constitucionales relacionadas con los valores inviolables de la persona no sólo tienen eficacia frente al Estado sino que son directamente tutelables y exigibles dentro del campo del derecho privado³⁵; su lesión puede derivar en un daño extrapatrimonial que debe ser resarcido de acuerdo con el artículo 2059 C. C.

Se trata de una "lectura constitucional" de la norma, que impone considerar inoperante el límite contenido en el artículo 2059 C. C. en aquellos casos en que la lesión se relacione con valores de la persona que se encuentren protegidos constitucionalmente.

Ahora bien, una solución-interpretación diferente que ofrece la misma sentencia consiste en sostener que tal límite no existe en realidad frente a la hipótesis analizada, desde que uno de los casos en que la ley consiente la reparación del daño extrapatrimonial, a los que por reenvío se referiría el artículo 2059, podría estar constituido, después de la entrada en vigencia de la Constitución (1948), por la lesión a los derechos inviolables de la persona que no tienen carácter económico, pues ellos (si bien de forma implícita) necesariamente exigen tutela (resarcitoria); de tal manera que configurarían a la postre uno de los casos determinados por la propia ley, al máximo nivel, de reparación del daño extrapatrimonial³⁶.

Por último, en esta sentencia la Corte sostuvo que, frente al decidido y abierto reconocimiento de la resarcibilidad dentro del derecho privado de las lesiones inferidas a los valores constitucionales inherentes a la persona (entre los cuales el derecho a la salud), "no parece plausible deducir de esa categoría general³⁷ figuras particulares de daño etiquetándolas de diversa manera: lo que importa a los fines de reconocer el resarcimiento según el artículo 2059 C. C. es la lesión injusta de un interés inherente a la persona, de la cual resulten perjuicios no susceptibles de valoración económica". De donde se colige que (aparentemente) para la Corte el daño biológico como rubro indemnizable autónomo no encuentra justificación.

Por su parte, la sentencia de la Casación Civil 8827, también del 31 de mayo de 2003, si bien repite algunos de los argumentos contenidos en la sentencia apenas referida, adicionalmente señala:

35 "Grosso modo se podría decir que estamos asistiendo quizás a un proceso de 'privatización' de los derechos fundamentales, en el sentido que su eficacia se expande más allá de la relación Estado-ciudadano [...] Al juez se le atribuye el poder de reinterpretar disciplinas de derecho privado con cuya aplicación podrían violarse derechos fundamentales del individuo [...] La lógica que sostiene esta tendencia es la de no tratar diversamente los abusos 'privados' de aquellos públicos, en los supuestos en que entren en juego los principios de igualdad, dignidad humana, libertad de expresión, etc.": G. COMANDÉ. "Diritto privato europeo e diritti fondamentali", en AA. VV. *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, cit., 27 y ss.

36 *Ibíd.*, 36.

37 "Daño extrapatrimonial", entendido como daño derivado de la lesión a valores inherentes a la persona, y no ya sólo como "daño moral subjetivo".

... sólo en el caso de consecuencias perjudiciales que se deriven, según los principios de la regularidad causal, de la lesión a intereses de rango constitucional, se resarcen *daños distintos del daño biológico y del daño moral subjetivo*, si es que ellas tienen, como estos últimos, naturaleza no patrimonial. Lo que no impide, justamente por ello y dentro de la óptica de una concepción unitaria de la persona, que la valoración equitativa de todos los daños extrapatrimoniales pueda también ser única, sin distinguir –lo que puede ser oportuno pero no siempre indispensable– entre lo que se reconoce a título de daño moral subjetivo y lo que se reconoce a título de alivio de perjuicios diferentes del mero sufrimiento psíquico; o entre lo que debe ser liquidado a título de resarcimiento por el daño biológico en sentido estricto (si se verifica una lesión a la integridad psicofísica) y lo que corresponde al alivio de los perjuicios mencionados; y que tampoco impide que la liquidación del daño biológico, el daño moral subjetivo y los perjuicios adicionales resarcibles se exprese en una única suma de dinero, para cuya determinación deben no obstante tenerse en cuenta todas las proyecciones dañosas del hecho lesivo (cursivas fuera de texto).

Si bien a nivel del *an*, a nivel ontológico, la sentencia parecería reconocer la autónoma existencia del daño biológico, por otra parte propugna por que el *quantum* no sea siempre dividido “por compartimentos”, sino que sea una sola la liquidación del daño extrapatrimonial, en cuyo interior se comprenderían el *pretium doloris*, el daño biológico y la *lesión a intereses de rango constitucional* que provoquen daños no avaluables económicamente.

En definitiva, luego de esta lectura constitucional, debe entenderse que dentro del daño extrapatrimonial al que hace referencia el artículo 2059 C. C. se encuentran incluidos: el daño biológico en sentido estricto, el daño moral subjetivo, como se concibe tradicionalmente, y los perjuicios distintos y adicionales que sean consecuencia de la lesión a un interés protegido constitucionalmente, pese a que la liquidación pueda ser única.

2. El pronunciamiento de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional, en la sentencia referida, confirma la nueva orientación de la jurisprudencia italiana en materia de daño a la persona, al reconocer también la tripartición de daños que se entienden comprendidos dentro de la previsión del artículo 2059 C. C. luego de su relectura constitucional. En efecto, la Corte dice:

... en dos recientes pronunciamientos (Cas. 31 de mayo de 2003, n.ºs 8827 y 8828), que tienen el indudable mérito de conducir a racionalidad y coherencia el tormentoso capítulo de la tutela resarcitoria del daño a la persona, con riqueza argumentativa se hace –en el marco de un sistema bipolar de daño patrimonial y daño extrapatrimonial– una interpretación constitucionalmente orientada del artículo 2059 C. C., tendiente a comprender en la previsión abstracta de la norma todo daño de naturaleza extrapatrimonial derivado de la lesión a valores inherentes a la persona: el

daño moral subjetivo, entendido como turbación pasajera del estado de ánimo de la víctima; el daño biológico en sentido estricto, entendido como lesión del interés, constitucionalmente protegido, a la integridad psíquica y física de la persona, médicamente constatable (art. 32 const.); y finalmente, el daño (frecuentemente definido en doctrina y jurisprudencia como existencial) derivado de la lesión a (otros) intereses de rango constitucional inherentes a la persona.

3. La "lectura" de la doctrina

Estas tres sentencias, que dieron un vuelco a la categoría del daño a la persona en Italia, suscitaron perplejidad en la doctrina por las razones que expone BUSNELLI³⁸:

a. *Las mismas podrían estar propugnando una "abrogación críptica", una "muerte dulce" del artículo 2059 C. C.* El paso de estos dos años sugiere que en realidad el artículo 2059 C. C. sigue conservando su tradicional tipicidad, y que la novedad está en que el reenvío se hace ahora también a los principios constitucionales. Es decir, la sentencia de la Corte Constitucional, partiendo de un sistema bipolar de daño patrimonial y daño extrapatrimonial, establece respecto de este último una especie de tipificación, determinada por esa nueva trilogía conformada por el daño moral subjetivo, el daño biológico en sentido estricto y el daño derivado de la lesión a (otros) intereses de rango constitucional inherentes a la persona.

b. *Como se había adelantado, no resulta clara la suerte del daño biológico en su nueva catalogación como daño extrapatrimonial*, es decir, no es claro si la indicación de no deducir "figuras particulares de daño" de la categoría general del daño extrapatrimonial vale también para el daño biológico. La sentencia 8828 habla por un lado de la "figura peculiar del daño biológico", y por el otro, se refiere a éste como "el así llamado daño biológico"; es decir, lo que por un lado pareciera reconocerse, por el otro pareciera estar siendo rechazado. Por su parte, la sentencia 8827 es más directa y explícita, pues habla de la posible superación de la autonomía del daño biológico, cuando sugiere "una única valoración equitativa de todos los daños extrapatrimoniales, sin distinguir –lo que puede ser oportuno pero no siempre indispensable– lo que debe liquidarse a título de resarcimiento de daño biológico en sentido estricto".

c. *Finalmente, no resulta clara la extensión de aquellos "otros daños extrapatrimoniales"*. No parece suficiente, señala BUSNELLI, la referencia a los "intereses constitucionalmente protegidos", ni correcta la equivalencia hecha entre la especificidad constitucional de los "derechos inviolables del hombre" y la ordinaria generalidad de los "intereses inherentes a la persona", señalados en forma indistinta por una de estas sentencias.

38 F. BUSNELLI. "Una ricerca sulle macropermanententi: perché?", en AA. VV. *La valutazione delle macropermanententi*, cit., 3 y ss.

Sólo cuando con la violación de un interés de la persona se menoscabe su dignidad se estará frente a la lesión de un derecho inviolable del hombre, cuyo resarcimiento entra en el campo de aplicación del artículo 2059 C. C.³⁹.

Pero éste no es el único aspecto problemático relacionado con esos "otros daños extrapatrimoniales"; también al momento de su valoración es posible encontrar una limitante, en virtud de que frente a ellos (libertad de movimiento, de autodeterminación, honor, etc.) no puede concebirse una tabulación de perjuicios⁴⁰. Es decir, la jurisprudencia conoce la necesidad de lograr también aquí uniformidad de base y adecuación al caso concreto, pero se enfrenta a un problema, pues, "mientras las bases homogéneas del daño biológico están dadas por una valoración que se relaciona directamente con el perjuicio, cuando se trata de los otros tipos de daño a la persona, el único criterio uniforme de referencia está constituido por el tipo y la gravedad de la ofensa, considerados en relación con elementos objetivos atinentes a la víctima, que ayudan a deducir la entidad de las consecuencias que se proyectan en su existencia"⁴¹.

4. La última sentencia en materia

Y por último, la reciente sentencia de la Corte de Casación italiana 15022 de 2005⁴², que insiste sobre varios aspectos señalados ya en las sentencias que la preceden: (1) el daño biológico se resarce de acuerdo con el artículo 2059 C. C.; (2) se fortalece la bipolaridad prevista en el Código: los daños patrimoniales se resarcen de acuerdo con el artículo 2043 C. C. y los extrapatrimoniales según el artículo 2059 C. C.; (3) Los valores inherentes a la persona son tutelables directamente por el derecho privado, el cual debe ofrecerles, en caso de lesión, esa tutela mínima representada por el resarcimiento⁴³; (4) La norma del artículo 2059

39 En este sentido la sentencia del Tribunal de Bergamo del 24 de febrero de 2003 sostiene: "no toda mínima perturbación de la dimensión existencial, no cualquier afectación de un derecho de la persona es tal que llega a ser inviolable [...] porque cuando la Constitución habla de la inviolabilidad de los derechos los relaciona con el hombre, expresa una garantía para aquellos valores que constituyen su núcleo primario y esencial, para aquellos intereses tan cercanos a su esfera del ser que su lesión implicaría un atentado a la dignidad humana".

40 Tribunal de Génova. Sentencia 2295 del 25 de abril de 2005.

41 NAVARRETTA. *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, cit., 45 y ss.

42 En el caso en cuestión reclamaban los actores una mayor indemnización del daño moral y el reconocimiento de la indemnización del daño existencial, ambos *in iure proprio*, en virtud de la muerte prematura del padre y marido.

43 "No pudiendo el legislador, en virtud del principio de jerarquía de fuentes, imponer límites a la resarcibilidad de los valores de la persona humana, en la medida y en los casos en que son considerados inviolables por la Constitución, también a ellos debe serles reconocida la tutela mínima, es decir, la tutela resarcitoria": Corte de Casación. Sentencia 15022/05. A este respecto, explica NAVARRETTA. Ob. cit., 268, que la mayor conformidad ontológica de los remedios preventivos e inhibitorios en aras de la defensa de intereses que por naturaleza son infungibles, no equivale a la exclusión de la protección resarcitoria, sino que ésta configura un complemento imprescindible en un siste-

contiene una (nueva) tipicidad de los supuestos en los cuales puede reconocerse el daño extrapatrimonial, esto es, frente al daño moral subjetivo, el daño biológico y los daños que resultan de la lesión a valores de la persona constitucionalmente protegidos⁴⁴.

C. Valoración

El daño a la salud es un perjuicio cuya valoración debe realizarse con base en la equidad, puesto que el mismo se encuentra entre aquellos daños que no se prestan a ser probados en su preciso amontar (aun si la pericia médico-legal puede ofrecer alguna guía al respecto).

La base legal para todo criterio de liquidación del daño a la salud en el sistema codificado italiano se encuentra claramente en el artículo 2056 C. C., que revela el poder del juez para decidir en equidad⁴⁵.

Para responder a la exigencia de un juicio equitativo cuando de daño a la salud se trata han sido creadas diferentes fórmulas⁴⁶, entre las cuales destaca la rica experiencia francesa del *calcul au point*⁴⁷. Este criterio, adoptado por la jurisprudencia pisana como base para una valoración equitativa más acorde al caso concreto, cuenta con el calificado aval de la Corte de Casación, y sus valores (aquellos atribuidos al punto) han sido articulados recientemente en forma de tablas por parte de los diferentes órganos juzgadores.

La solución del Tribunal de Pisa partió de la convicción de la necesidad de una valoración equitativa del daño a la salud, y del reconocimiento, al mismo tiempo, de la imposibilidad de prescindir del todo "de una valoración diferenciada del daño, porque éste es el único mecanismo idóneo, aun en presencia de lesiones psicofísicas idénticas, para lograr una adecuación, caso por caso, de la entidad del resarcimiento al daño específico"⁴⁸.

ma de protección articulado. El instrumento resarcitorio cumple un papel de defensa última y de cierre del sistema, colocándose en el nivel de una tutela mínima, y por tanto, fundamental e irrenunciable en un ordenamiento jurídico moderno.

44 "La norma general y primaria contenida en el artículo 2043 C. C., referida al resarcimiento del daño patrimonial, habla sólo de 'daño injusto', lo que comporta una atipicidad del ilícito, que no puede predicarse también para el daño extrapatrimonial. Entonces, el art. 2059 C. C. contiene una tipicidad del daño extrapatrimonial, en cuanto se ha sostenido que el mismo es resarcible sólo en los casos expresamente previstos por la ley ordinaria, y en los casos de lesiones de valores específicos de la persona que se encuentran constitucionalmente protegidos": Corte de Casación. Sentencia 15022/05.

45 COMANDÉ. *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali*, cit., 255 y ss.

46 Sobre éstas, cfr. U. OLIVA. "La liquidazione del danno biologico: alla ricerca del giusto sistema", en AA. VV. *Il nuovo danno alla persona*, cit., 25 y ss.

47 Se trata de un sistema indirecto, aproximado y subsidiario de valoración del daño a la salud, su unidad de medida es el llamado *point d'incapacité* (o sea, el valor que se obtiene dividiendo la suma liquidada a título de resarcimiento de daño a la salud en un caso de invalidez permanente por el porcentaje de la invalidez). Cfr. BUSNELLI. *Il danno biologico. Dal diritto vivente al diritto vigente*, cit., 43.

48 Tribunal de Pisa. 10 marzo de 1979.

En contraste con la jurisprudencia pisana, la llamada "jurisprudencia alternativa" de Génova, si bien sostenía la existencia de un principio general de valoración equitativa del daño (art. 1226 C. C.), consideraba a su vez que el daño biológico debía liquidarse siempre de la misma manera, "en términos exactamente iguales para todas las personas, aunque debe atenderse a la edad". Pero tal criterio no puede aceptarse si se llega al exceso de impedir una valoración en concreto del daño a la salud haciendo referencia al caso específico⁴⁹. Esta valoración diferenciada parece ser impuesta además por algunos principios constitucionales que deben ser coordinados con el artículo 32 de la Constitución⁵⁰.

Pero, ¿cuál es el criterio para determinar la proporcionalidad de la cuantía del daño a la gravedad de los impedimentos económicos y sociales provocados por el hecho lesivo? El criterio al cual se hace referencia es expresión del principio fundamental contenido en el artículo 3.º, inciso 2.º constitucional, y en esa medida se diferencia radicalmente de los criterios y principios sobre los que se basa la jurisprudencia para resarcir el daño a la llamada vida de relación, o el daño estético o la lesión a la eficiencia laboral⁵¹, pues estos últimos fueron elaborados por la jurisprudencia dominante para restaurar o conservar la posición económico-social que ostentaba el lesionado antes del hecho lesivo; lo que resulta en que la entidad del resarcimiento debía ser directamente proporcional a la consistencia del rédito del lesionado y a la importancia de su condición social. El resarcimiento del daño a la salud (que absorbió en la década de los 90 todas estas pseudofiguras de daño)⁵² tiene un objetivo distinto, cual es la restauración o conservación de la "dignidad social" del lesionado (art. 3.º, inc. 1.º C. P.), lo cual se logra tutelando el derecho a la salud⁵³.

Por otra parte, en la realidad jurisprudencial, los jueces, a la hora de determinar la existencia de un daño a la salud, prescinden de la demostración del daño efectivo; con frecuencia éste se liquida sin que el actor aporte la prueba específica del *quantum*, y habiendo aportado sólo "una imagen" del mismo, correspondiente a la valoración médico-legal de la lesión sufrida. Sin embargo, como sucede también en otras experiencias europeas, jurisprudencia y doctrina buscan identificar un criterio de liquidación que salvaguarde las exigencias referidas de uniformidad de base, adecuación equitativa al caso concreto y previsibilidad. El uso del criterio del cálculo por puntos diferencial brinda una herramienta muy importante

49 P. RESCIGNO. "La tutela della salute", en *Tutela della salute e diritto privato*, F. BUSNELLI y U. BRECCIA (eds.), Milano, 1978, XVIII.

50 BUSNELLI. Ob. cit., 41.

51 *Ibid.*, 54 y ss.

52 AA. VV. "Danno biologico: Cenni introduttivi", en *Il nuovo danno alla persona*, cit., 6.

53 F. BUSNELLI. Ob. cit., 56. En el mismo sentido, BIANCA. *Diritto civile. La responsabilità*, cit., 178, quien sostiene que si actualmente se reconoce la resarcibilidad de las consecuencias no patrimoniales del daño a la integridad psico-física y a la salud, ya no se justifica la existencia del daño a la vida de relación como un rubro distinto; sin desconocer que parte de la jurisprudencia italiana le reconoce vida autónoma.

en este sentido. Luego, una tabla indicativa de sus valores, elaborada sobre la base de las precedentes liquidaciones judiciales ofrece una base de uniformidad indispensable para satisfacer el principio de paridad de tratamiento⁵⁴.

D. Una nueva categoría

1. El daño existencial

El daño existencial consiste en aquellos perjuicios que impiden el desenvolvimiento normal de la persona y que pueden ser considerados como un atentado a la calidad y al programa de vida.

Esta categoría, hasta hace muy poco inédita, sostiene CENDON⁵⁵, debe entenderse preferentemente como un *tertium genus* dentro de la responsabilidad civil⁵⁶, que se diferencia claramente tanto del tronco del daño patrimonial como del daño moral; se trata de una realidad que gira alrededor del "hacer no reidual" de las personas. Es una figura que debe concebirse como una entidad que comprende dos sub-vertientes fundamentales: el daño "existencial biológico" (que comprendería la hipótesis de lesiones a la salud) y el daño "existencial no biológico" (referido a las lesiones inherentes a bienes distintos de la integridad psicofísica).

ZIVIZ⁵⁷ comparte la concepción de CENDON, en el sentido que el "nuevo modelo resarcitorio" debe basarse en tres categorías de daño: a las figuras tradicionales del daño patrimonial y el daño moral, vendría a agregarse ahora el daño

54 COMANDÉ. *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali*, cit., 256 y ss.

55 CENDON. *Esistere o no esistere*, cit., 2 ss.; una crítica en NAVARRETTA. *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, cit., 42 y ss.

56 Antes de que se postulase esta pretendida entidad autónoma del daño existencial, su "inserción" dentro del sistema resarcitorio se lograba dilatando los conceptos de daño biológico y de daño moral subjetivo, pero la hipótesis realmente problemática es precisamente la de la posibilidad de un reconocimiento-resarcimiento autónomo del mismo. La sentencia de la Casación Civil 8827 del 31 de mayo de 2003 señala: "En efecto, la práctica judicial ha dilatado, aunque no siempre en forma consciente, el originario marco conceptual del daño a la salud y del daño moral subjetivo, recomprendiendo dentro del primero (daño biológico en sentido lato, según la acepción indicada por la Corte Constitucional, 356/91) todas las consecuencias negativas que la lesión a la integridad psicofísica normalmente comporta en el plano de la existencia de la persona, que provocan un empeoramiento de la calidad de vida; y en el segundo [...] todas las renunciaciones relacionadas con el sufrimiento provocado por el hecho lesivo constitutivo de delito [...] Se ha constatado que el daño biológico, valorado en la forma más personalizada posible, se liquida teniendo en consideración todo aquello que la persona no podrá hacer más; que el dolor físico tiene frecuentemente repercusiones en el *modus vivendi* de quien lo sufre, en el sentido de atenuar el deseo de actividad; que algunas aflicciones del ánimo tienen una aptitud intrínseca para ser ineluctablemente permanentes, y no meramente pasajeras [...] En definitiva, no puede negarse que justamente la falta de una tutela resarcitoria de intereses constitucionalmente protegidos, que ahora es en cambio reconocida, haya provocado una tendencia a la dilatación de los espacios propios de otras categorías de daño, que no tiene ya razón de ser".

57 ZIVIZ. *Verso un altro paradigma risarcitorio*, cit., 47.

existencial (dentro del cual quedaría comprendido el daño a la salud). Pero la determinación de esta nueva categoría de perjuicio, sostiene, debe verificarse, no ya haciendo referencia a una *genérica modificación negativa del modo de ser de la persona*, sino por medio de un inventario preciso de las actividades particulares que resultan comprometidas por el ilícito. Esas actividades hacen parte del campo de "realización de la persona", y pueden ser comprendidas, según la autora, en los siguientes grupos: a) las actividades biológicas y de subsistencia; b) las relaciones afectivo-familiares; c) las relaciones sociales; d) las actividades de carácter cultural y religioso; e) el esparcimiento y la diversión⁵⁸.

CENDON⁵⁹, considerado "el padre" del daño existencial en Italia, habla además de una "fenomenología" de esta categoría, presentándonos los siguientes escenarios:

En primer lugar, el mundo de la familia y los afectos. Este puede verse alterado, en su hipótesis más grave, por el luto. El daño existencial se revela en estos casos en la imposición de una vida "diferente" en virtud de la falta del ser querido;

La lesión incapacitante de un pariente, especialmente en las hipótesis más graves (demencia, sida, coma profundo, minusvalía), con todas las consecuencias que puede acarrear: renuncia forzada a la "normalidad", a los proyectos, a los hábitos de siempre, a la libertad del tiempo libre;

La familia como "lugar del mal": frustraciones y humillaciones sistemáticas, ternura negada injustamente [?], etc.;

El incumplimiento de los deberes de manutención (frecuentemente a cargo del marido y padre), que puede derivar en dificultades imprevistas, necesidad de endeudarse, insinuaciones sexuales del excompañero (que deben soportarse para poder pagar algunas medicinas), necesidad de conformarse con ropa "reciclada" dos o tres veces, necesidad de acudir a las hermanas que siempre advirtieron cómo terminaría "esa historia"; El mundo de la escuela: dureza excesiva de una maestra, racismo solapado, microcrueldad de los compañeros, una injustificada mala calificación, con la consecuente pérdida de la seguridad en sí mismo;

Las lesiones de algunos derechos de la personalidad (calumnia, difamación, denuncias infundadas, falso testimonio, violación de la *privacy*, abuso de la imagen, alteraciones de la identidad): necesidad de preparar la defensa, el temor de que la verdad nunca salga a la luz, darse cuenta del escaso valor mundano que tiene la rectificación, presagiar que algunas dudas nunca se disiparán y que por lo tanto la imagen de cualquier manera permanecerá afectada, etc.;

El ambiente laboral: no sólo el caso del *mobbing*, sino también el despido injustificado y todas sus consecuencias en la vida cotidiana;

El ambiente, los recursos naturales, la ciudad, el barrio: falta de los constructores, desaplicación de las normas; respirar veneno, los árboles del bosque que mueren, el agua peligrosa para el baño, etc.;

Las relaciones de vecindad: uso nocturno de la lavadora, insultos en las escaleras, etc.;

La mala fe en los procesos civiles: acciones incoadas sin fundamento, embargos y secuestros sin título, etc.;

Las repercusiones relacionadas con la lesión a bienes necesarios o significativos desde el punto de vista existencial: destrucción de un objeto de afección (álbumes, videos de la infancia, trofeos, regalos-símbolos de algún amor del pasado, etc.).

Y algunos otros escenarios...

De esta "fenomenología" (en sí misma, y del lenguaje afectado con el cual es presentada) creemos que puede entenderse sin mayor dificultad la resistencia que opone la mayoría de la doctrina italiana a la consolidación dentro del ordenamiento de esta categoría de "daño resarcible". Los confines de un rubro tal son inasibles; al lector se le presenta como una mega-categoría, como un contenedor dentro del cual todo tiene cabida, lo que naturalmente desbordaría y desnaturalizaría la responsabilidad civil.

Saliendo del mundo hipotético para llevarnos a la realidad, CHIARLONI⁶⁰ nos refiere sendos casos donde considera que puede hablarse de daño existencial: el primero es un caso que se origina en la mala praxis médica de un profesional (gravísima impericia), por no haber diagnosticado la enfermedad incurable (Síndrome de Down) que padecía el feto desde el vientre materno, y haber aseverado, en su lugar, que el embarazo y el feto se desarrollaban perfectamente. El segundo caso se deriva del hecho de haber estado involucrada una persona en un proceso judicial: un profesor cuyo ascenso de categoría fue impugnado, duró más de 10 años en una total incertidumbre profesional, por lo que le fue reconocido resarcimiento en razón de la "disminución de la calidad de vida por el solo hecho del proceso", avalados en que tanto la Constitución italiana como los Estatutos de la Unión Europea reconocen como derecho fundamental el de la razonable duración de los procesos.

2. Su encuadramiento sistemático

Hemos dicho que desde su nacimiento, el daño existencial ha sido considerado como un daño *sui generis*, cuya naturaleza no es precisamente ni patrimonial ni extrapatrimonial (de allí que esta categoría no haya convencido a todos ni en Italia ni en el extranjero).

Más exactamente, ha sido identificado con un daño extrapatrimonial que se indemniza según el artículo 2043, es decir, como señala la Corte, se trataría a la postre de un daño extrapatrimonial que se "patrimonializa"⁶¹.

Ahora bien, el más reciente pronunciamiento en la materia de la Corte de Casación⁶² sostiene que *todos* los daños extrapatrimoniales *reconocidos* por el ordena-

59 CENDON. *Esistere o non esistere*, cit., 20 y ss.

60 CHIARLONI. *Daño existencial y proceso*, cit.

61 BUSNELLI. *Il danno biologico. Dal diritto vivente al diritto vigente*, cit., 254.

miento italiano deben ser resarcidos según el artículo 2059 C. C.; pero es necesario tener presente que la norma sigue conservando su tradicional "tipicidad" en el sentido que, a diferencia de lo que sucede con la norma del artículo 2043 C.C. (que prevé el daño patrimonial sin tipificación de los supuestos en que éste puede verificarse), los casos en que el daño extrapatrimonial puede ser resarcido se encuentran señalados por la propia ley y por la "interpretación constitucional" de la norma, según la cual sólo debe brindarse tutela resarcitoria a los daños provocados por la violación de *valores inherentes a la persona* que se encuentren *constitucionalmente protegidos*⁶³.

La consecuencia de todo ello, señala la Corte, es que dentro del marco del artículo 2059 C. C. no puede hacerse referencia a una categoría genérica de "daño existencial" (de confines inciertos e indefinidos), dado que por esta vía terminaría por conducirse también al daño extrapatrimonial a la atipicidad. Entonces, la admisibilidad de un tal "daño existencial" no resulta hoy ni de la disposición del legislador ni de la interpretación constitucional del artículo 2059 C. C. El resarcimiento del daño extrapatrimonial, fuera de las hipótesis previstas en el artículo 185 C. P., y en otros supuestos menores previstos en la ley, atiene sólo a la hipótesis específica de valores constitucionalmente protegidos (inviolables), como la salud, la familia, la reputación, la libertad de pensamiento, etc., por lo que debe entenderse que el llamado daño existencial no encuentra acogida en este contexto (ni tampoco bajo el art. 2043). Y he allí la más reciente orientación en la materia de la jurisprudencia italiana.

II. EL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL EN COLOMBIA

A. Aceptación (daño moral, daño fisiológico, daño a la vida de relación)

1. La relectura del sistema (mono-normativo)

Pese a que Colombia adoptó el modelo francés de responsabilidad civil, al consagrar una única norma, artículo 2341 C. C. (inspirado en el art. 1382 del *Code civil*), para sancionar *el daño*, sin distinguir entre daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales⁶⁴, la aceptación de la reparación de estos últimos sólo se produjo con una sentencia de la Casación del 21 de julio de 1922, la cual, basada

62 La ya referida sentencia 15022 del 15 de julio de 2005.

63 Ya lo decía NAVARRETTA en 1996: cuando se trata del daño patrimonial es suficiente que se lesione de cualquier modo un interés digno de tutela, y que de él derive algún daño patrimonial, mientras que por el contrario, para que pueda hablarse de daño extrapatrimonial —más allá de las hipótesis de delito— es necesario que resulte comprometido un interés inviolable de la persona. NAVARRETTA. *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 379.

64 A diferencia de lo que sucede en Italia donde, como hemos visto, existe una norma para los daños patrimoniales (art. 2043 C. C.) y otra para los extrapatrimoniales (art. 2059 C. C.).

precisamente en una reinterpretación del artículo anteriormente citado, ordenó la ejecución de un monumento, *de determinadas características*, que debía ser colocado en el lugar de donde habían sido extraído por error los restos de la esposa del accionante, para que de esta manera el agraviado tuviera, en defecto de los restos de aquélla, que ya eran imposibles de encontrar por haber sido depositados en una fosa común, un lugar simbólico donde poder evocar a su ser querido⁶⁵.

De esta sentencia pueden destacarse dos particularidades, una, que el daño extrapatrimonial fue enunciado en forma genérica (sin las clasificaciones de que fue luego objeto), y en segundo término, que el límite en la determinación del *quantum* de la indemnización era sólo el *arbitrium judicis*.

2. Las clasificaciones de la jurisprudencia y la legislación

Posteriormente, la jurisprudencia colombiana de la década de los 40 clasificó el daño extrapatrimonial en: *daño moral subjetivo* y *daño moral objetivado*⁶⁶ (de creación francesa), comprendiendo dentro del primero el *daño al patrimonio social* de la persona (buen nombre, imagen, reputación, honor), y el *daño al patrimonio moral* de la misma (dolor, padecimientos); y dentro del segundo, las consecuencias económicas perjudiciales derivadas de la lesión a un bien de la personalidad (daño emergente y lucro cesante)⁶⁷. Esta clasificación es aún utilizada por la Sala Civil y por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana, y ocasionalmente ha sido acogida también por el Consejo de Estado.

Vino luego en abono la sentencia de la Casación Civil del 4 de abril de 1968⁶⁸, en la que se sostiene que "la lesión a la integridad sicosomática de la persona puede

65 En tal decisión se concluyó: "la indemnización materia de nuestro dictamen debe tener por objeto repararle a [XXX] el dolor sufrido, reemplazando con otra cosa que sirva de homenaje y evocación a la memoria de la esposa muerta, la propia tumba de ella. Esa cosa no puede ser otra que un monumento artístico, que por sí solo, o con los restos si se pueden sustituir, colme el vacío que produjo el quebranto moral del demandante. Ahora bien, dada la posición social de los interesados, su cultura, la magnitud del pesar causado, etc., estimamos que el mausoleo o monumento en referencia tiene que ser de un costo no menor de tres mil pesos (\$ 3.000). Por todo lo expuesto avaluamos los perjuicios que se nos ordenó apreciar, en la suma de tres mil pesos (\$ 3.000) moneda corriente". LATORRE. *Un caso singular de indemnización por perjuicios morales*, cit., 31.

66 Cfr. más sobre esta clasificación en NAVIA. *Del daño moral al daño fisiológico, una evolución real*, cit., 37 y ss.; J. TAMAYO JARAMILLO. *De la responsabilidad civil*, Bogotá, 1999, IV, 178 ss.; J. L. DÍEZ SCHWERTER. *La resarcibilidad del daño no patrimonial*, cit., 188 ss. Adicionalmente cfr. G. MARTÍNEZ y C. MARTÍNEZ. *Responsabilidad civil extracontractual*, 11.ª ed., Bogotá, 2003, 266 y ss.

67 El llamado "daño moral objetivado" es simple daño patrimonial, que como tal debe ser denominado e indemnizado, pues, debido a que su incidencia se produce en el patrimonio material de la víctima, puede ser fácilmente determinado o liquidado por medio de una pericia. Cfr. aclaración de voto del conjuer FERNANDO HINESTROSA a la sentencia del Consejo de Estado colombiano del 25 de febrero de 1982, en *Jurisprudencia y Doctrina*, XI, n.º 125, 412 ss.

68 M. P. FERNANDO HINESTROSA, en *G. J.*, 1 semestre, 1968.

repercutir en el patrimonio de la misma, tanto en los gastos de curación o rehabilitación, como en las ganancias ciertas que por tal motivo ha dejado o dejará de percibir, y también manifestarse en quebrantos transitorios o definitivos, más o menos graves, en la vida de relación del sujeto, e incluso proyectarse en sus sentimientos. [T]odos estos efectos de la agresión constituyen daño a la persona, en sus distintas manifestaciones relevantes”.

De manera que ya desde la década de los 60 se intentó en Colombia (siguiendo de cerca en este sentido al ordenamiento italiano) dar un orden a la clasificación de los daños que pueden derivarse de una lesión a la integridad psicofísica. Estos pueden agruparse en dos categorías: un daño patrimonial, constituido por el daño emergente y el lucro cesante (presente y futuro); y un daño extrapatrimonial, que puede manifestarse como un daño a la vida de relación (transitorio o definitivo), o también como un daño a los sentimientos⁶⁹.

La esencia de esta sentencia se haría presente más tarde en el artículo 4.º del Decreto 1260 de 1970⁷⁰. Esta norma prevé que dentro de la acción de resarcimiento de daños⁷¹ a que da lugar la violación del derecho al nombre, deben ser resarcidos los daños irrogados a los bienes de la personalidad y el daño moral en sentido estricto; es decir, los perjuicios son discriminados en dos grupos, uno, conformado por el *pretium doloris*, y el otro, constituido por el daño producido por la lesión a los bienes de la personalidad diferentes del daño moral en sentido estricto, dentro del cual la doctrina⁷² entiende comprendidos el “daño a la vida de relación” y el posible desmedro patrimonial que haya sufrido el acreedor a consecuencia de la lesión de su derecho al nombre⁷³.

En relación con las consecuencias que dentro del ordenamiento comporta la introducción de esta dicotomía, NAVIA señala que el artículo 4.º del Decreto 1260 de 1970, en cuanto impone la distinción entre daño moral en sentido estricto y daño a los bienes de la personalidad, admite ser aplicado por analogía a los casos de lesión de los derechos a la vida privada, a la imagen o al honor, así como a los casos de daños corporales, físicos y síquicos, pues en donde existe la misma razón de hecho, debe existir la misma disposición⁷⁴.

69 Cfr. HINESTROSA. *Devenir del derecho de daños*, cit., 33.

70 Artículo 4.º del Decreto 1260 de 1970: “La persona a la que se discute el derecho al uso de su propio nombre, o que pueda sufrir quebrantos por el uso que otro haga de él, puede demandar judicialmente que cese la perturbación, así como la indemnización de los daños a los bienes de la personalidad y del daño moral que haya sufrido”.

71 Cuando se produce una lesión al derecho al nombre, la ley autoriza dos acciones, una inhibitoria, dirigida a detener la acción lesiva, sin que sea necesario probar culpa del autor o algún perjuicio para que ésta prospere, pues, basta con un ‘riesgo de confusión’; y otra tendiente a resarcir los daños, que requiere, en cambio, la prueba de los perjuicios causados.

72 Cfr. NAVIA. *Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?*, cit., 92.

73 Cfr. HINESTROSA. Ob. cit., 33.

74 NAVIA. Ob. cit., 94. Más adelante el autor reseña que este reconocimiento de los derechos de la personalidad encontró eco en la Carta Política colombiana de 1991, y que

3. La importación de categorías foráneas

Luego tenemos las nuevas categorías jurisprudenciales de daño extrapatrimonial (de creación preeminentemente italiana y francesa), dentro de las cuales cobra especial importancia para Colombia el llamado perjuicio fisiológico, que debe entenderse, según nuestra concepción, como aquel perjuicio causado en el cuerpo humano, que se traduce en la pérdida de la integridad psicofísica o de la salud, a consecuencia de enfermedad o lesión⁷⁵. Este rubro fue erigido en Francia en forma independiente de otro daño que si bien puede producirse como una consecuencia de aquél, no siempre tiene ese origen, esto es, el *préjudice d'agrément* (o perjuicio de agrado)⁷⁶, en alguna medida equivalente al daño a la vida de relación italiano. La causa u origen de este último puede estar constituido, según las más recientes orientaciones, no sólo por la lesión a la integridad psico-física de una persona, sino también por la lesión a otros bienes de la personalidad de carácter extrapatrimonial, como son el honor, la reputación, el nombre, la intimidad, e inclusive puede resultar como consecuencia de la lesión a un bien de carácter patrimonial.

Pero en la transfusión que se hizo en Colombia de estas dos clases de daño (daño fisiológico, de creación francesa, y daño a la vida de relación, de origen italiano), el Consejo de Estado los asimiló en una sola categoría, al decir que el perjuicio fisiológico está constituido por la imposibilidad en la víctima de desarrollar normalmente su vida en sociedad (daño a la vida de relación), como consecuencia del perjuicio a su salud o a su integridad psicofísica. La indemnización del "daño a la vida de relación" sólo procedía para el Consejo de Estado en los casos de lesión física, y de allí que en principio el mismo fuera asimilado al perjuicio fisiológico.

Esta unión (entre el daño a la integridad psicofísica y el daño a la vida de relación) nos conduce casi automáticamente a la experiencia italiana, donde, como se ha dicho antes, la jurisprudencia tuvo que apelar al daño a la vida de relación para poder indemnizar un daño que, al menos en apariencia, no estaba previsto dentro del sistema, cual era precisamente el (que luego se denominaría) daño

para llegar a esta conclusión basta con ver los artículos: 14, donde se reconoce implícitamente el derecho al nombre; 15 y 21, donde se tutelan respectivamente los derechos a la vida privada (intimidad personal y familiar) y el derecho a la imagen y al buen nombre, honra o dignidad personal; 18, 19 y 20, que protegen la libertad de conciencia, de cultos y de expresión, en su orden.

75 Sobre la introducción de este rubro de daño en la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana, cfr. HENAO. *El daño*, cit., 263 y ss.; TAMAYO JARAMILLO. *De la responsabilidad civil*, cit., 174 y ss.

76 Actualmente se habla en Francia de un *préjudice fonctionnel d'agrément*, que involucra dos elementos correlativos, uno cuantitativo, aportado por la medicina legal con base en una tasa de déficit funcional, y el otro cualitativo, que se relaciona con el malestar que la lesión acarreará en la vida de la víctima. Cfr. LAMBERT-FAIVRE. *Le droit du dommage corporel*, cit., 214.

biológico o daño a la salud. Una vez que esta última categoría de daño encontró su espacio, un reconocimiento autónomo dentro del ordenamiento, fue inmediatamente advertida la necesidad de abandonar la "ficción jurisprudencial" constituida por el daño a la vida de relación, para que fuera finalmente absorbido (en la década de los 90) por el daño biológico⁷⁷.

La creación o utilización del daño a la vida de relación se justificaba en países donde la doctrina y la jurisprudencia tenían limitantes legales para el reconocimiento del daño extrapatrimonial en los casos en que éste no fuese producto de un delito, como sucedía en Italia con los artículos 2059 del *codice civile* y 185 del *codice penale*⁷⁸. De donde se entiende que, invitando a la reflexión, NAVIA cuestione que el reconocimiento del daño fisiológico en Colombia constituya realmente una evolución dentro de la aceptación plena del daño extrapatrimonial⁷⁹.

En efecto, la recepción que ha hecho la jurisprudencia colombiana de las nuevas categorías de daño extrapatrimonial erigidas por la jurisprudencia foránea, no ha sido siempre afortunada, y es que no se puede rubricar, sin riesgos, los daños indemnizables a la usanza de experiencias ajenas, sin contar aún con una verdadera sistematización "local" en la materia.

4. La corta vida del daño fisiológico y el perfilamiento de una categoría que ha visto su ocaso en Europa

El daño fisiológico, así entendido, fue reconocido entonces por el Consejo de Estado, con fundamento en el principio de la reparación integral del daño, a partir del 6 de mayo de 1993⁸⁰ (con un precedente en sentencia del 14 de febrero de 1992), al decretar su indemnización, por vez primera, en forma independiente al *pretium doloris*. No obstante, en la fundamentación de tal decisión, el daño fisiológico fue a la postre confundido con las consecuencias económicas perjudiciales derivadas del hecho ilícito (gastos o daño emergente futuro).

Más adelante, en sentencia del 13 de junio de 1997⁸¹, el Consejo de Estado sostuvo que el llamado daño fisiológico tenía "naturaleza híbrida", pues "está conformado tanto por daños materiales como por daños de naturaleza extrapatrimonial".

Posteriormente, en sentencia del 19 de julio de 2000⁸², dicha corporación sostuvo que el concepto de "daño a la vida de relación" debía *sustituir* al de "perjuicio fisiológico" (dejaban, pues, de ser sinónimos), arguyendo que éste *no con-*

77 Aunque se reconoce la fuerza expansiva del daño a la vida de relación, en el sentido que puede sobrevivir sin la lesión a la integridad psicofísica, y además, presentarse en casos que no tienen ese origen.

78 HINESTROSA. *Devenir del derecho de daños*, cit., 34.

79 NAVIA. *Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?*, cit., 88.

80 Sección Tercera, C. P.: JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA, exp. 7428.

81 Sección Tercera, C. P.: JESÚS MARÍA CARRILLO, exp. 12499.

siste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre, lo que plantea el interrogante sobre qué sucede frente a la hipótesis de que no se produzcan tales consecuencias negativas en la vida de relación: ¿no se indemniza la lesión física? Así podría pensarse, pero una solución tal no parece estar en conformidad con los principios de igualdad y dignidad de la persona reconocidos por la Constitución. Se plantea un ejemplo hipotético: un paciente se somete a una determinada intervención quirúrgica, durante la cual, inconsultamente, le es extraído uno de sus riñones. Se sabe que con un solo riñón es posible llevar una vida "normal", no obstante, y visto que no es siempre concebible un daño en la vida de relación como producto de la ausencia del mismo, ¿podrá decirse que la víctima no tiene derecho al resarcimiento del daño fisiológico o biológico padecido en virtud de no poder acreditar un daño en la vida de relación? Por otra parte, resulta desconcertante observar que el fenómeno verificado en Italia fue exactamente el inverso: el daño a la vida de relación desapareció o "se diluyó" para dar paso al daño biológico o daño a la salud como rubro autónomo⁸³.

Pero adicionalmente, en dicha providencia el Consejo de Estado dio un viraje respecto de su posición ante la regulación del daño a la vida de relación, cuando reconoció que éste puede surgir de hechos distintos de una lesión corporal, sin descartar inclusive que pueda provenir de una afectación al patrimonio material de la víctima. Anteriormente, si el daño a la vida de relación se producía por la lesión a un bien de la personalidad distinto del derecho a la integridad psicofísica, éste no podía ser reconocido ni indemnizado, porque según lo tomaba el Consejo de Estado colombiano, tal daño era sólo un componente del perjuicio fisiológico.

No parece correcto identificar el daño fisiológico con algo distinto al desmejoramiento o merma en la integridad psicofísica de las personas. Es decir, no hay razón etimológica o técnico-jurídica para llamar "fisiológico" a un daño que se traduce en la dificultad del ser humano de relacionarse con sus congéneres como consecuencia de una lesión física o psíquica, ni para hablar de "daño a la vida de relación" cuando se quiere aludir a este tipo de lesión. Además, al involucrar dentro de una misma categoría el daño fisiológico y el daño a la vida de relación, se está eliminando una de las dos categorías y, en consecuencia, eliminando también su reparación⁸⁴. A la víctima de una lesión física, por ejemplo, no se le indemniza ésta por el "valor intrínseco" de la misma (si es que de dicho 'valor' puede hablarse), sino por el que la misma tenga en función del daño en la vida de relación que logre acreditar.

82 Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P.: ALIER E. HERNÁNDEZ E., exp. 11842.

83 Cfr. ZIVIZ. *La tutela risarcitoria della persona*, cit., 51 y ss., donde habla del "ocaso" del daño a la vida de relación.

La lesión física constituye un daño –fisiológico o biológico– indemizable en sí mismo, no obstante que de él puedan o no derivarse otras formas de daño extrapatrimonial (el consolidado *pretium doloris*, o el discutible daño a la vida de relación, etc.), o patrimonial (daño emergente y lucro cesante).

5. *Del daño a la vida de relación a la "alteración en las condiciones de existencia"*

Por último, en sentencia del 15 de agosto de 2002, el Consejo de Estado⁸⁵ introdujo dos nuevos aspectos respecto del daño a la vida de relación, cuando extendió su radio de aplicación a los hijos póstumos⁸⁶ y al considerar que si el mismo ha sido sufrido por el causante, éste se transmite a los herederos, dado que pasa a ser parte del acervo hereditario⁸⁷.

Anteriormente, el daño a la vida de relación se reconocía sólo en los casos de lesión, y únicamente a la propia persona lesionada. De manera que eran dos los perjuicios resarcibles en tales hipótesis: el daño moral y el daño (fisiológico o) a la vida de relación; en caso de muerte, en cambio, el daño resarcible era sólo uno, constituido por el daño moral. Luego de dicho pronunciamiento, y he aquí la novedad, se reconoce que el hijo póstumo, en esta hipótesis, sufre un daño en la vida de relación que se manifiesta en sus "condiciones de existencia", en virtud de que se verá privado del apoyo, afecto y compañía de uno de sus padres.

84 Cfr. CORTÉS. *El resarcimiento del daño a la persona en el derecho latinoamericano*, cit., 341, quien señala "el daño fisiológico (a la salud o como se quiera llamar), que poco a poco se iba abriendo paso, como un daño referido de manera exclusiva a los aspectos corporales (fisiológicos, biológicos) de la persona, con su característica fundamental de ser ajeno a cualquier consideración en términos de la capacidad productiva de la persona lesionada, se volvió a mezclar con aspectos que nada tienen que ver con la salud de la persona, situación que complica la recta interpretación del problema al incluir en un solo perjuicio dos figuras o tipos de daño que tienen funciones y objetivos diferentes".

85 Sección Tercera, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE, exp. 14357.

86 "La Sala aclara en esta oportunidad que en el caso del hijo póstumo si bien es posible que se repare el perjuicio moral, es indudable que el daño que principalmente sufre es la alteración de las condiciones de existencia. En efecto, si el perjuicio moral es el dolor, la aflicción o tristeza producidos por el hecho dañino, es claro que tales sentimientos no fueron experimentados por quien aún no había nacido cuando éste se produjo, lo que en realidad afecta a quien pierde a uno de sus padres antes de nacer es el apoyo, el afecto y la compañía, que habría recibido de éste. La Sala ha optado por denominar a dicho perjuicio como daño a la vida de relación, por considerar que esta denominación es más comprensiva de lo que se pretende reparar a través de este concepto": Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2002, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE, exp. 14357.

87 "Dicho perjuicio es transmisible, porque una vez causado se convierte en un derecho patrimonial que puede hacer parte del acervo hereditario. Ahora bien, es cierto que la reparación por el daño a la vida de relación es transmisible a los herederos. Sin embargo, para que surja el derecho de los herederos es necesario que éste se haya causado. En el caso concreto, considera la Sala que la víctima no alcanzó a sufrir dicho perjuicio porque falleció poco después de llegar al centro de atención médica al cual fue trasladado inmediatamente después del accidente, es decir, en ese lapso no alcanzó a ver modificadas sus condiciones sociales de existencia": Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2002, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE, exp. 14357.

La alteración en las condiciones de existencia (*troubles dans les conditions d'existence*) consiste en el cambio inusitado en la calidad de vida familiar, en la modificación anormal del curso de la existencia del demandante, en sus ocupaciones, sus hábitos o sus proyectos⁸⁸. Esta categoría fue elaborada en Francia, y había sido, hasta la fecha de esta sentencia, expresamente rechazada en Colombia como rubro independiente de daño resarcible, si bien debe reconocerse que el Consejo de Estado había sostenido que tales alteraciones podían "ser tenidas en cuenta" a los efectos de aumentar la indemnización del daño moral o *pretium doloris*⁸⁹; mientras que en la actualidad lo reconoce autónomamente, bajo la denominación de *daño a la vida de relación*.

B. Valoración

Ahora bien, los daños irrogados a los bienes de la personalidad, por carecer de un "valor de mercado", no pueden avaluarse objetivamente, lo que impide en consecuencia determinar la justeza o no de la indemnización. La función de ésta última no es resarcitoria, sino más bien 'satisfactoria', es decir, busca que por medio del pago de una suma de dinero u otro paliativo pueda procurársele a la víctima una sensación placentera, que le permita apenas sobrellevar y aliviar su lesión; sería impropio pensar que el dinero pueda *resarcir* el daño inmaterial.

En el establecimiento del *quantum* de esa indemnización, se tiene que en Colombia hasta el año de 1974 todas las ramas de la jurisdicción se entendían sujetas al límite de los \$ 2.000 impuesto por el artículo 95 C. Penal de 1936 (luego mil gramos/oro fijados por el art. 106 C. Penal de 1980⁹⁰; hoy mil salarios mínimos legales mensuales, según el art. 97 C. Penal de 2000⁹¹).

Pero a partir de una sentencia del 27 de septiembre de ese año (1974), la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se apartó de tal mandamiento, aduciendo que ese límite era sólo aplicable a los jueces penales, tal como rezaba el mismo artículo 95 C. Penal de 1936, y desde entonces comenzó dicha corporación a fijar topes periódicos para la indemnización del daño moral, que para

88 Cfr. R. CHAPUS. *Responsabilité publique et responsabilité privée, Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, 2.ª ed., Paris, 1957, 171.

89 Cfr. HENAO. *El daño*, cit., 279.

90 Artículo 106: "Indemnización por daño moral no valorable pecuniariamente. Si el daño moral ocasionado por el hecho punible no fuere susceptible de valoración pecuniaria, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido o perjudicado hasta el equivalente, en moneda nacional, de un mil gramos oro. Esta tasación se hará teniendo en cuenta las modalidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencia del agravio sufrido". Cfr. NAVIA. *Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?*, cit., 60.

91 Artículo 97 C. Penal de 2000: "Indemnización por daños. En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales. Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado. Los daños materiales deben probarse en el proceso".

1974 fue establecido en la cantidad de \$30.000; para 1981, en \$100.000; para 1987, en \$500.000; para 1992, en \$1.000.000; para 1994, en \$4.000.000; para mayo de 1999, en \$10.000.000; y para septiembre de 2001, en \$15.000.000⁹².

De su parte, el Consejo de Estado, si bien se sujetaba al límite establecido por el Código Penal de 1936, a partir de sentencia del 9 de febrero de 1978 reconoció la necesidad de "corregir la pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano", por medio de la actualización monetaria de la cantidad autorizada por el Código Penal (\$2.000), en función del valor del gramo/oro⁹³. Criterio que dos años más tarde, y superando la tesis según la cual la indemnización en materia de daños extrapatrimoniales es meramente simbólica (razón por la que no ameritaría su actualización periódica), adoptaría el Código Penal de 1980 al establecer el límite del *quantum* de la indemnización de los daños extrapatrimoniales precisamente en esa unidad de medida, en gramos/oro, lo que se suponía permitiría salvar el inconveniente de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda colombiana⁹⁴.

Después de la promulgación del Código Penal de 1980, el Consejo de Estado siguió sujetándose a los límites impuestos por la legislación penal, pero sólo respecto de la indemnización del daño moral en sentido estricto; que no cuando el daño extrapatrimonial consistiera en un "daño fisiológico" (rubro admitido por esta corporación desde principios de la década pasada), en cuyo caso las cantidades acordadas oscilaron entre los 600 y los 4.000 mil gramos/oro⁹⁵.

NAVIA⁹⁶ sostiene que el tope de los \$2.000 sólo existía para el daño moral afectivo, y por lo mismo, la jurisprudencia lógicamente ha debido concluir que esa restricción no podía hacerse extensiva a la indemnización de otras formas de daño extrapatrimonial. Acometiendo un estudio sobre la génesis del artículo 95 C. Penal colombiano de 1936, fiel a la teoría positivista de FERRI, el autor llega a dicha conclusión: que dicho artículo fue concebido para ser aplicado exclusivamente al daño moral en sentido estricto o *pretium doloris*, y no a las demás hipótesis de daño extrapatrimonial; y señala además que el mismo estaba dirigido sólo a los jueces penales, quienes debían imponer una sanción de hasta \$2.000 en los casos en que "no fuere fácil o posible evaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito", a manera de cantidad provisional que no tenía calidad de cosa juzgada ante el juez civil (quien

92 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de septiembre de 2001, M. P.: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO, exp. 6171.

93 Hoy día dicha actualización se verifica en función del índice de precios al consumidor, según el artículo 178 CCA.

94 En su calidad de conjuer del Consejo de Estado, FERNANDO HINESTROSA, en sentencia del 25 de febrero de 1982, aclaró su voto diciendo que tal unidad de medida resulta inconveniente, debido a que hace mucho tiempo el oro dejó de ser respaldo del papel moneda y que, por el contrario, es una mercancía que, como cualquier otra, está sujeta a los vaivenes de la especulación. En *Jurisprudencia y Doctrina*, XI, n.º 125, 412 y ss.

95 Consejo de Estado. Sentencias del 2 de octubre de 1996 y del 4 de abril de 1997. Podría pensarse que para dicha fijación, el Consejo de Estado se inspiró en el artículo 107 C. Penal colombiano de 1980. Cfr. más en NAVIA. Ob. cit., 86 y ss.

96 *Ibid.*, 49 y ss. y 67 y ss.

en proceso independiente podía decretar un complemento), por lo que sostiene que la jurisprudencia colombiana anduvo equivocada al admitir que el artículo 95 debía ser aplicado por los jueces civiles y administrativos y que ese tope era válido para toda clase de daño extrapatrimonial. No obstante, luego explica que para aseverar que tal norma se dirige a los jueces penales, que no a los jueces civiles y administrativos, hay que partir de que tal cantidad (\$2.000 hasta 1980, y 1.000 gramos/oro hasta 2001, cuando entra en vigencia el nuevo Código Penal de 2000) debe entenderse como una pena privada que no impide a la víctima tratar de obtener la indemnización del daño moral en proceso civil aparte, pues caso contrario habría que aceptar que tal precepto estaba dirigido a todas las ramas de la jurisdicción colombiana.

En sentencia del 26 de agosto de 1982, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia interpretó el artículo 106 C. Penal tal como había sido interpretado su homólogo, el artículo 95 C. Penal de 1936, por la jurisprudencia colombiana en su conjunto hasta 1974, en el sentido de que el tope de los 1.000 gramos/oro era aplicable a todo tipo de daño de carácter extrapatrimonial (no sólo al *pretium doloris*); además estableció que tal tope era respecto de cada víctima, por lo que no tendría que dividirse en el caso de ser varios los accionantes, y aseveró que la facultad que tiene el juez penal de fijar hasta 1.000 gramos/oro por concepto de daño extrapatrimonial es reflejo del *ius puniendi* en cabeza del Estado, de donde puede inferirse que se trata de una "pena privada" que faculta a la víctima a acudir al juez civil para reclamar la indemnización que venga en complemento de aquélla.

De otra parte, el artículo 106 C. Penal colombiano de 1980 conservó el espíritu del artículo 95 del C. Penal de 1936, aunque introdujo dos nuevos elementos, consistente el primero en que, como ya se señaló, el tope que puede autorizar el juez penal por concepto de daño moral ya no se establece en pesos sino en gramos/oro (en 1936, 1.000 gramos oro equivalían a \$2.000). La segunda adición que sufre el citado artículo 106 consiste en el mandamiento que se le hace al juez de que tome en cuenta, a los fines de determinar el *quantum* de la indemnización, factores como: a) las modalidades de la infracción, y b) las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencia del agravio sufrido. Lo primero, es decir, *las modalidades de la infracción*, recuerda los *punitives damages* del sistema anglosajón, pues el daño deja de ser la medida del resarcimiento y entran en consideración factores ajenos a la tradición romanista (que se concentra en el perjudicado, en el efectivo daño que le ha sido infligido, y no en el ofensor o grado de culpabilidad del mismo); y lo segundo, *las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencia del agravio sufrido* no son normalmente tenidas en cuenta por los jueces, quienes de corriente prefieren condenas automáticas hasta el máximo previsto por la ley, si se trata de indemnizar al directamente lesionado, a su esposa o a parientes consanguíneos en primer grado, siempre que sean mayores de edad; o de la mitad del tope, si se trata de hijos menores de la víctima o de consanguíneos en segundo grado⁹⁷.

Vino luego el Código Penal de 2000, cuyo artículo 97, de redacción poco feliz, estableció el límite para la indemnización de "el daño" en mil salarios mínimos legales mensuales, sin discriminar entre daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales, y sin que aparentemente pudiera superarse tal límite, ni aun en el caso de que se acreditase que el perjuicio había sido superior, lo que podía conducir a la vulneración de los principios que sobre la indemnización de los daños tiene establecido el artículo 16 de la Ley 446 de 1998⁹⁸: la equidad y la reparación integral. Es por esta razón que, en sentencia del 6 de septiembre de 2001⁹⁹, el Consejo de Estado se apartó definitivamente de la legislación penal en lo que hace al establecimiento del *quantum* de la indemnización por daño moral, gobernándose ahora por el referido artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

Se independiza entonces la jurisdicción contencioso administrativa de la legislación penal en lo que hace a la tasación del daño extrapatrimonial, que queda ahora sujeta al *arbitrium iudicis*, debidamente informado por las pruebas del caso concreto. Ello, sin perjuicio de que dicha corporación, con el objeto de buscar cierta homogeneidad en la jurisprudencia, pueda establecer pautas referenciales para la indemnización de tal rubro, como efectivamente lo hizo en la sentencia apenas referida, en una cantidad equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales cuando el daño moral sea de la mayor intensidad¹⁰⁰.

Con buen criterio, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han dejado claro que los topes por ellos establecidos para la indemnización del daño moral no son de obligatorio cumplimiento¹⁰¹; una pretensión tal hubiese sido un

97 NAVIA. *Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?*, cit., 60.

98 Artículo 16: "Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales".

99 Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, exp. 13232-15646: "En cuanto a la jurisdicción contencioso administrativa, ha quedado clara la sujeción directa al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que, conforme a lo expresado, hace no sólo innecesario, sino improcedente, el recurso a la analogía, para aplicar el Código Penal vigente, a fin de decidir aspectos relativos a la valoración del daño moral. Visto lo anterior, considera esta Sala que debe abandonarse el criterio adoptado por ella desde 1978, conforme al cual, para efectos de la indemnización del perjuicio moral, se daba aplicación extensiva a las normas que, al respecto, traía el Código Penal".

100 En la mencionada decisión se autorizó a favor de la madre del fallecido la indemnización del *pretium doloris* por el equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, y a la abuela y a los hermanos, por el equivalente de cincuenta salarios mínimos legales mensuales para cada uno.

101 Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 6 de mayo de 1998, M. P.: RAFAEL ROMERO SIERRA: "Nunca pretendió la Corte, y mal podía hacerlo, señalar con carácter de obligatorio un tope a la suma que como compensación por los referidos daños puede fijar el juez. Ha sentado sí esta Corporación ciertas pautas con el ánimo de facilitar semejante tarea, pero nada más. Esto quedó bien definido, cuando se puntualizó: 'Acerca de tal aspecto y en vista de la ausencia de un explícito mandato legal al respecto, la Corte, con apoyo en la misión unificadora que por ley le corresponde, viene, de tiempo en tiempo y desde algunos años, señalando unos topes máximos de dinero dentro de los cuales es, a juicio de aquella,

despropósito y contraria al espíritu del artículo 17 C. C., desde que dichas corporaciones no están facultadas ni constitucional ni legalmente para imponer límites de esa naturaleza.

No obstante, parece tendencia natural la de establecer mecanismos orientados a contener la "inflación" en el *quantum* de la indemnización del daño extrapatrimonial, bien sea mediante la creación de tablas sobre las cuales se fundamente su liquidación¹⁰² o, precisamente, por medio del establecimiento de topes periódicos por parte de la jurisprudencia (a manera de guía para los jueces), la cual debe en todo caso estar siempre atenta al entorno social y económico al que pretende dirigir esas pautas, para no establecer, en definitiva, sumas imposibles de pagar, que pugnarían con la equidad. Se lograría con dichos parámetros, además, favorecer cierta homogeneidad frente a casos similares; lo cual luce más apropiado que dejar al completo arbitrio del juez la tasación de un daño que sólo puede ser aproximativa, pues los medios probatorios ordinarios no son idóneos para la probanza de la extensión del daño extrapatrimonial, en virtud de su carácter no objetivable¹⁰³.

En definitiva, con límites establecidos legal o jurisprudencialmente, la *cuantificación* del daño extrapatrimonial es siempre tarea del juzgador¹⁰⁴.

admisibles que el juez ejerza su prudente arbitrio al estimar el monto de la compensación por el perjuicio moral [...] Ahora bien, los topes que de manera periódica y por vía jurisprudencial ha venido indicando la Corte, no son, en modo alguno de obligatorio acatamiento para los falladores de las instancias, pues, como legalmente consta, a los jueces les está vedado proveer por vía de disposición general o reglamentaria (art. 17 C. C.). Esos topes, dicese de nuevo, no representan otra cosa que una guía para las jurisdicciones inferiores, máxime cuando son éstas las que deben ceñirse a su prudente juicio cuando tasan los perjuicios morales' –Cas. de 28 de febrero de 1990–"; Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de septiembre de 2001, C. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, exp. 13232-15646: "Lo anterior se expresa sin perjuicio de que, con el fin de garantizar el desarrollo uniforme de la jurisprudencia en este aspecto, esta corporación establezca pautas que sirvan de referencia a los juzgadores de inferior jerarquía, cuyos fallos, sin embargo, en cuanto tasan la indemnización del perjuicio aludido sólo podrán ser revisados por la instancia superior dentro del marco de sus competencias".

102 Como sucede en Italia con el daño biológico. Y como sucede también en Colombia, en materia de riesgos profesionales (gestionados por las administradoras de riesgos profesionales o ARP) y en lo que hace al seguro obligatorio de automotores (SOAT), donde las indemnizaciones se encuentran tarifadas o limitadas por la ley. Se trata además de indemnizaciones automáticas, visto que no es necesario probar la culpa del patrono o del conductor del vehículo para obtener las mismas de parte de las ARP o del SOAT, respectivamente, lo que permite inferir que la filosofía de estas disposiciones es más la de favorecer a la víctima con una presunción de culpa (sopesada, claro está, con una limitación en la indemnización correspondiente) que la de brindar pautas acerca de una apropiada valoración del daño extrapatrimonial. Vestigios de estos baremos o tablas pueden también encontrarse en los beneficios que se reconocen a las víctimas del conflicto armado o de actos catastróficos, a los cuales hacen referencia la Ley 104 de 1993, leyes que ampliaron su vigencia, y varios de los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993. Cfr. MARTÍNEZ y MARTÍNEZ. *Responsabilidad civil extracontractual*, cit., 276.

103 El *pretium doloris* debe estar ontológicamente probado, aunque sea con base en presunciones *hominis* o en indicios; es sólo su *quantum* lo que se encuentra sujeto al arbitrio del juzgador. En tanto, el daño fisiológico cuenta con un punto de referencia para su comprobación, y consiguiente liquidación: el experticio médico legal.

REFLEXIÓN FINAL

Es posible advertir cierto caos en la sistematización de las categorías de daño extrapatrimonial. La principal debilidad parece estar en la confusión entre 'la causa' y los efectos, y en la individualización permanente de nuevos rubros. Aunque se aplaude la precisión de quienes identifican nuevas categorías de daño extrapatrimonial (porque a nivel conceptual, quizás, dan mayor claridad acerca de qué se indemniza y de las razones por las cuales se indemniza), es probable que esas nuevas categorías bien pudieran ser indemnizadas bajo los rubros ya existentes.

Es decir, si bien no se debe ser pacato en la asunción dentro del ordenamiento de nuevas formas de daño extrapatrimonial, sí se debe ser más reflexivo al respecto, pues pareciera existir la tendencia de llevar al infinito la responsabilidad civil, lo que tiene importantes consecuencias económicas, que apenas permiten ser paliadas por medio de la "socialización de los daños" que logran los seguros.

En cuanto a Colombia, serían dos las cosas a destacar en materia de daño a la persona, una constatación positiva y una preocupación. La primera, constituida por el hecho que, según lo visto, Colombia (y tal vez se pueda decir lo mismo de Latinoamérica) no es indiferente al clamor de esa conciencia social que manda indemnizar el daño en forma integral, y que considera al hombre en toda su dimensión, más allá de su capacidad productiva, es decir, se va en definitiva por la senda del nuevo derecho de daños, de la nueva responsabilidad civil en este *momento histórico de impulso del derecho privado*. La preocupación que surge se relaciona con la conveniencia o no, más allá de recibir inspiración, de *copiar* un modelo que aún se encuentra en proceso de consolidación, pues en este supuesto quizá sería mejor una doctrina y una jurisprudencia verdaderamente locales, conscientes de que las soluciones pueden surgir dentro del propio sistema. Convicción ésta que impondría la tarea de "construir" aquellos rubros de daño distintos de los patrimoniales que fuesen dignos de resarcimiento, teniendo presente que la jurisprudencia no puede por sí sola cumplir esa misión, sino que requiere necesariamente del aporte de la comunidad de juristas, de una doctrina sobre la cual apoyarse, para llegar así a un resultado sistemático más coherente y más acorde con las exigencias propias.

Finalmente, se insiste en la necesidad de delimitar los rubros indemnizables, pues hoy día el problema no es el de la catalogación de los siempre nuevos rubros de daño que emergieren de la praxis; el verdadero problema hoy es el de la selección y contención de esos daños, con el fin de no convertir, en palabras de BUSNELLI, en una *trivial actions* la tutela resarcitoria de la persona¹⁰⁵.

104 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 15 de abril de 1997, M. P.: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS.

105 BUSNELLI. *Il danno biologico. Dal diritto vivente al diritto vivente*, cit., 263.

