

*Derecho comparado
de la responsabilidad*

La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. “daño existencial”*

MILAGROS KOTEICH KHATIB

SUMARIO: *Premisa. I. El daño biológico y los espacios sin cubrir. II. El daño existencial: ¿nueva (mega) categoría? III. (Sigue) La proliferación de rubros. IV. (Sigue) La introducción de daños “bagatelares”. V. La dilatación de la responsabilidad civil. VI. Los intentos de desmembración del daño biológico. VII. Los intentos de absorción del daño biológico. VIII. Reflexión final.*

PREMISA

En Italia, el daño biológico (*rec.* a la salud)¹ y su proclamada capacidad de asimilar y reunir en sí otras tipologías de daño², ha venido sufriendo embates que provienen

* Este artículo recoge apartes ya publicados en M. KOTEICH, “El daño extrapatrimonial. Del derecho romano a la dispersión actual de la categoría en Italia, y su proyección en América Latina”, en *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 21, 2006, Roma, Mucchi, 247-280.

1 Se puede decir que el daño a la salud es cualquier violación a la integridad psicofísica de la persona, susceptible de ser comprobada por parte del médico legal, que empeore el estado de bienestar de la persona lesionada, en cualquiera de las manifestaciones de su vida y con independencia de su capacidad para producir réditos. Esta noción de “daño a la salud” (que involucra los aspectos “dinámico-relacionales” que se siguen a una lesión psicofísica) es más cónsona con la idea que pretende expresarse que la de “daño biológico”; no obstante, a fin de evitar confusiones, es necesario utilizar esta en lugar de aquella, dado que la misma ha pasado ya a formar parte del patrimonio legislativo nacional. G. COMANDÉ, “Il decalogo della SIMLA sul danno biologico. Il punto di vista del giurista”, en *Danno e resp.*, 2002, 682.

2 En el momento en que se erigió el daño biológico como rubro de daño autónomo (susceptible de valoración objetiva), se hizo imperiosa una recalificación –en términos de daño biológico, y he aquí su capacidad de asimilación y congregación– de toda una serie de daños que la jurisprudencia dominante había creado para llenar los vacíos del sistema y que habían sido calificados de distintas maneras, recurriendo a fantasiosas “imaginaciones” e “invenciones”, como el ya citado daño a la vida de relación, además del daño estético y el daño a la capacidad laboral genérica. F. D. BUSNELLI, *Il danno biologico. Dal diritto vivente al diritto vigente*, cit., 11 ss. y 24.

tanto de la jurisprudencia como de la doctrina³. Por un lado resucitan categorías del pasado⁴, y por el otro, emergen siempre nuevas categorías, entre las cuales la más difundida es el llamado daño existencial. Ello provoca un estado tal de dispersión de las voces de daño extrapatrimonial que, ciertamente, amenaza el estado de sistematización que el daño biológico, gracias a sus potencialidades de concentración y objetivación, ha permitido hasta hoy.

Entre las sentencias que mayor incidencia han tenido en los últimos tiempos en materia de daño extrapatrimonial a la persona se encuentran, sin duda, las llamadas (y célebres) "sentencias gemelas" del año 2003⁵, luego de las cuales la situación

- 3 Entre las últimas sentencias, Corte de Casación, Secciones Unidas, del 24 de marzo de 2006, n.º 6572, en donde por primera vez en la jurisprudencia de casación se reconoce abiertamente el daño existencial, como un daño extrapatrimonial comprendido dentro de la previsión del art. 2059 C. C. italiano; y Corte de Casación, Sección III, del 12 de junio de 2006, n.º 13546, donde se erige el daño existencial como categoría autónoma frente al daño moral subjetivo y el daño biológico. En doctrina, ver por todos, P. CENDON, "Esistere o non esistere", en *Resp. civ. prev.*, 2000, 2 ss.; P. ZIVIZ, "Verso un altro paradigma risarcitorio", en *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile* (dirigido por P. CENDON y P. ZIVIZ), Milano, Giuffrè, 2000; D. CHINDEMI, "Il danno esistenziale 'esiste'", en *Resp. civ. prev.*, 2005, 1455 ss.
- 4 Como el daño estético, el daño a la vida de relación y el daño a la capacidad laboral genérica.
- 5 En el arco de 30 años se han producido tres cambios de orientación en lo que hace al daño extrapatrimonial: el primero, signado por la sentencia 184/86 de la Corte Constitucional, el segundo, por la sentencia 372/94 de la misma corporación, y el tercero y último, por las "sentencias gemelas" del 2003 y un sucesivo pronunciamiento de la Corte Constitucional. Estas "sentencias gemelas" corresponden a los pronunciamientos de la Casación Civil n.ºs 8828 y 8827 del 31 de mayo de 2003, en el primero de los cuales (cuya doctrina se reitera posteriormente en las sentencias 8827/03, 16525/03, 10482/04 y 15022/05 de la Casación Civil) se sostiene que en el estado actual del ordenamiento (en el cual la Constitución asume una posición preeminente, y en cuyo art. 2 se reconocen y garantizan los derechos inviolables del hombre), el daño extrapatrimonial al que se refiere el art. 2059 C. C. italiano, 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 art. 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 relacionada principalmente con el artículo 185 C. P. Se señala además 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 general ["daño extrapatrimonial", entendido como daño derivado de la lesión a valores inherentes a la persona, y no ya sólo como "daño moral subjetivo"] 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*. 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: "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

en Italia ha tendido a la confusión. Mientras se busca dar acomodo y desarrollo a la nueva sistematización de los daños extrapatrimoniales que aquellas delinearón, se produce una serie de decisiones jurisprudenciales y pronunciamientos doctrinarios que, antes de encaminarse en dicha dirección, introducen elementos en la discusión que recrean el caos imperante décadas atrás, cuando apenas se gestaba el daño biológico⁶; al punto que los propios creadores o propulsores de las novísimas categorías han reconocido en cierto modo los peligros de su invención, al llamar ellos mismos a la mesura cuando de implementar el daño existencial se trata⁷.

Y es que además del delicado problema de la valoración y liquidación de un daño como el existencial, que alude a la lesión de la "agenda cotidiana" y que no permite la aplicación de criterios objetivos (como los permite en cambio el daño biológico)⁸, existe un escollo central constituido por la indeterminación del dere-

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" (las cursivas son agregadas). En definitiva, luego de esta "lectura constitucional" debe entenderse que dentro del daño extrapatrimonial al que hace referencia el art. 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.

6 Sobre lo cual me permito remitir a M. KOTEICH, "El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento. Italia y Colombia, vicisitudes de dos experiencias", en *Revista de Derecho Privado*, n.º 10, 2006, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 161-193.

7 P. ZIVIZ, "Adelante... ma con giudizio! (Due sentenze genovesi sul nuovo danno non patrimoniale)", en *Danno e resp.*, 2006, 759 ss., donde critica el resarcimiento que a título de daño existencial le fue reconocido a un profesional, en contra de su proveedor de Internet, por haber padecido determinadas incomodidades debidas a la deficiente instalación en su oficina de una conexión a ese servicio; P. ZIVIZ y F. BILOTTA, "Danno esistenziale: forma e sostanza", en *Resp. civ. prev.*, 2004, 1308 ss., donde se reconoce que (por la imprecisión de sus límites) el daño existencial ha servido de comodín, sobre todo a los Jueces de Paz, para dar cabida dentro del sistema resarcitorio a "perjuicios de muy leve entidad" —en virtud de los cuales la víctima normalmente no se aventura a iniciar un juicio—. O también, ha sido utilizado en forma "táctica" con el objeto de llenar los vacíos del sistema, por ejemplo, se califica como existencial la cuota dinámica del daño biológico para colocar su resarcimiento en cabeza del empleador, porque se trata de rubros que están por fuera o son subvalorados en las Tablas INAIL (siglas en italiano del Instituto Nacional para los Seguros contra los Accidentes de Trabajo); y de esa manera, por medio del expediente del daño existencial, el trabajador ve asegurada su indemnización.

8 Es de destacar que aun después de las sentencias del 2003, el daño biológico sigue conservando el que es su mayor atributo: la posibilidad de ser valorado con base en parámetros objetivos. Es decir, no obstante haber cambiado su naturaleza, que de patrimonial pasa

cho o interés jurídico (necesariamente constitucional)⁹ que se pretende lesionado cuando se habla de este tipo de daño. Si no existe un patrón de referencia, los jueces no cuentan con un razonable criterio de selección, distinto del de su propia sensibilidad, que les permita discernir entre los padecimientos dignos de tutela y los que deben quedar al margen de ella¹⁰.

A este argumento, que podría decirse operativo, vendría a sumarse una razón de tipo sustancial, en el sentido de que la exigencia de un trato igualitario (racional y flexible), único capaz de responder al principio de dignidad en torno al cual debe girar el nuevo orden del daño extrapatrimonial, reclama la precisión de los intereses constitucionalmente relevantes que sean merecedores de tutela, y la determinación de parámetros de liquidación que sean homogéneos, objetivos y generales. Estos serán el producto, en cualquier caso, de construcciones o aproximaciones científicas acordes con la conciencia social del lugar y tiempo de su elaboración, habida cuenta del pluralismo que distingue esta "era sin fronteras".

I. EL DAÑO BIOLÓGICO Y LOS ESPACIOS SIN CUBRIR

Consolidada como se encuentra la reparación de (los daños extrapatrimoniales provenientes de la lesión a) los bienes de mayor valía para el hombre, como son la vida y la integridad psicofísica, la discusión se renueva hoy para permitir el ingreso de otros derechos fundamentales que buscan la misma tutela resarcitoria con la que cuenta el daño biológico. Es decir, sin solución de continuidad, asistimos a la etapa sucesiva en el desarrollo del daño extrapatrimonial en Italia, posterior al reconocimiento del daño biológico.

Sin embargo, lo habíamos dicho ya, el estado actual del debate doctrinario y jurisprudencial es confuso. Se tiende a ir, sobre una misma vía, de atrás hacia adelante y de adelante hacia atrás; se aportan elementos nuevos a la discusión, que tienden a buscar su propio espacio, y a su tiempo, se recogen elementos de un pasado sobre el cual no parece aconsejable volver.

Un elemento central de esta discusión lo constituye, como hemos adelantado, el posible ingreso dentro del sistema del llamado daño existencial. En cuanto a éste, la ciencia jurídica se encuentra dividida en dos, y cada una hace una acérrima

(nuevamente) a ser extrapatrimonial, el sistema de liquidación se mantiene, garantizando de esa manera la uniformidad de base (con posterior adecuación al caso concreto) que la aplicación de las tablas permite.

- 9 Ya en 1996 lo decía E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Giappichelli, Torino, 1996, 379, 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.
- 10 Cfr. G. PONZANELLI, "Caso Barillà: danno esistenziale, pena privata e la "lotteria" della responsabilità civile", en *Danno e resp.*, 2003, 633.

defensa de sus posiciones¹¹. Mientras se desarrolla esa enérgica disertación, dirigida a fijar los lineamientos (definitivos) del nuevo sistema del daño extrapatrimonial italiano, emergen algunas consideraciones preliminares.

Sea lo primero decir que es un dato evidente que el cuadro de las pérdidas no pecuniarias se encuentra hoy incompleto. La necesidad, hoy más que nunca sentida, de brindar tutela a valores fundamentales de la persona distintos de la salud, ha provocado una estampida de rubros en busca de colocación dentro del sistema (sin que necesariamente traduzcan las necesidades por las que han sido convocados), traídos tanto del pasado como del que pretende ser el futuro.

El daño biológico, presente firme de la responsabilidad civil en Italia, hace las cuentas con ese pasado y con esa novedad, con riesgo de anular las conquistas históricas logradas dentro de la categoría del daño extrapatrimonial. Los rasgos que distinguen el daño biológico (neta precisión del interés tutelado y objetividad en su valoración), y que se encuentran ausentes en otros rubros, han logrado una igualdad no sólo formal, sino sobre todo sustancial, con resultado de salvaguardar la dignidad del hombre, principio cardinal en el que se busca anclar la nueva responsabilidad civil.

Por el contrario, el daño existencial no cuenta con una definición precisa y clara que permita fijar sus propios límites, por lo que mal podría pretender sustituir¹² a una categoría que, a más del consenso doctrinario y jurisprudencial logrado con la decantación de los años, proporciona, en forma equilibrada, certeza y elasticidad en la liquidación de los perjuicios, operación ésta que constituye el fin último de la responsabilidad civil.

II. EL DAÑO EXISTENCIAL: ¿NUEVA (MEGA) CATEGORÍA?

En virtud de la lectura constitucional del artículo 2059 C. C.¹³ que realizaron las altas cortes italianas en el 2003, se entiende que dentro de la categoría del daño extrapatrimonial se encuentran comprendidos 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*¹⁴. Desde entonces, la doctrina y la jurisprudencia se han

11 Con elocuentes títulos, los protagonistas de la discusión dejan clara su orientación. Por un lado tenemos, entre otros, a G. PONZANELLI, "Non c'è bisogno del danno esistenziale", en *Danno e resp.*, 2003; y por el otro, a P. CENDON-P. ZIVIZ, "Vincitori e vinti (... dopo la sentenza n. 233/2003 della Corte costituzionale)", en *Giur. It.*, 2003.

12 Ver *infra* VII.

13 Art. 2059 C. C. italiano: "*Danni non patrimoniali. Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge*" ["Daños extrapatrimoniales. El daño extrapatrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley"].

14 Antes de las sentencias de la Casación 8828 y 8827 de 2003, jurisprudencialmente se habían equiparado el concepto de daño moral y el concepto de daño extrapatrimonial al que se refiere el art. 2059 C. C. italiano, con la consecuencia que la demanda de resarcimiento del daño moral equivalía a la demanda de resarcimiento por todo el daño previsto en

dividido en dos cuando de liquidar el daño biológico se trata. Por un lado, están los que agregan a este una liquidación autónoma por el llamado daño existencial¹⁵ (que consideran comprendido dentro de la *lesión a intereses de rango constitucional inherentes a la persona*), y por el otro, los que tratándose de lesión a la integridad psicofísica liquidan sólo el daño biológico, porque entienden que éste involucra todas las consecuencias morales y "existenciales" que tal lesión pueda acarrear¹⁶.

Este daño existencial consistiría en un perjuicio que impide el desenvolvimiento normal de la persona y que puede ser considerado como un atentado a la calidad y al programa de vida. Tal categoría, sostiene CENDON, debe entenderse como un *tertium genus* dentro de la responsabilidad civil, que se diferencia tanto del tronco del daño patrimonial, como del daño moral¹⁷; se trataría de una realidad que gira

el artículo 2059 C. C., bajo los distintos aspectos que el caso concreto presentaba. Cfr. Sentencia n.º 15022/2005 de la Corte de Casación.

- 15 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 C-8827/03 señala lo que sigue: "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, [t]odas las renunciaciones relacionadas con el sufrimiento provocado por el hecho lesivo constitutivo de delito. [S]e 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. [E]n 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".
- 16 Ver más en D. POLETTI, "Manifesta inammissibilità per l'ennesima questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c.", en *Resp. civ. prev.*, 2005, 665 ss.
- 17 CENDON, *Esistere o non esistere*, cit., 2 ss., quien además refiere una "fenomenología" de esta categoría, presentándonos los siguientes escenarios: 1. 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; 2. 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; 3. La familia como "lugar del mal": frustraciones y humillaciones sistemáticas, ternura negada injustamente [?], etc.; 4. El incumplimiento de los deberes de manutención (frecuentemente a cargo del marido y padre), que puede derivar en dificultades imprevistas, necesidad de endeudarse, *avances* sexuales del *ex partner* (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"; 5. El mundo de la escuela: dureza excesiva de una maestra, racismo solapado, micro-crueldad de los compañeros, una injustificada mala calificación, con la consecuente pérdida de la seguridad en sí mismo;

alrededor del "hacer no reidual" de las personas¹⁸, en el sentido de *tener que hacer, tener que hacer en modo diverso, o no poder volver a hacer*¹⁹.

Pero, como se ha dicho, no resulta claro si dentro del tercer rubro de la "trilogía" puede identificarse este "daño existencial", porque si bien es cierto que la sentencia de la Corte Constitucional lo menciona expresamente²⁰, también lo es que las sentencias gemelas señalan que *no parece plausible deducir de esa categoría general* [constituida por el daño extrapatrimonial entendido como daño derivado de la lesión a valores inherentes a la persona, y no ya sólo como daño moral subjetivo] *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.*

Adicionalmente, hoy a la discusión debe agregarse un nuevo elemento, constituido por una reciente sentencia de la Casación Civil²¹, donde por vez primera se introduce el llamado daño existencial dentro de la jurisprudencia de dicha corporación (y se establece, además, la forma en la que aquel debe ser probado

6. 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.; 7. El ambiente laboral: no sólo el caso del *mobbing*, sino también el despido injustificado y todas sus consecuencias en la vida cotidiana; 8. 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. *Ibid.*, 20 ss. 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. Para una crítica, ver E. NAVARRETTA, "I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale", en AA. VV., *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione* (dirigido por E. NAVARRETTA), Milano, Giuffrè, 2004, 42 ss.; G. PONZANELLI, "A proposito del Trattato breve dei nuovi danni di Paolo Cendon", en *Danno e resp.*, 2001, 1123 ss.

18 CENDON, "Non di sola salute vive l'uomo", en *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, cit., 10.

19 NAVARRETTA, "Ripensare il sistema dei danni non patrimoniale", en *Resp. civ. prev.*, 2004, 19, sostiene en forma crítica que parecería que hubiese sido trasladada la vieja teoría de la *Differenzhypothese* del daño patrimonial al daño extrapatrimonial, haciéndose en este caso la deducción entre lo que se hacía antes de la lesión (cantidad de las actividades desarrolladas) y lo que puede hacerse después de ella; el resultado constituiría el daño existencial. Ello, señala la autora, le resta créditos a la formulación de la categoría.

20 N.º 233/2003.

21 Corte de Casación, Secciones Unidas, del 24 de marzo de 2006, n.º 6572, con comentarios de P.G. MONATERI, "Sezioni Unite: Le nuove regole in tema di danno esistenziale e il futuro della responsabilità civile", en *Corriere Giuridico*, 2006, 791 ss.; y de F. MALZANI, "Il danno da demansionamento professionale e le Sezioni Unite", en *Danno e resp.*, 2006, 858 ss.; seguida luego por la sentencia de la Corte de Casación, sección III, del 12 de junio de 2006, n.º 13546, con comentario de G. PONZANELLI, "Il danno esistenziale e la Corte di Cassazione", en *Danno e resp.*, 2006, 849 ss.

y liquidado). Allí se define el daño existencial como *todo perjuicio causado en el hacer no reditual del sujeto, susceptible de ser constatado de manera objetiva, que altera sus hábitos y su modo de relacionarse, induciéndolo a alternativas de vida distintas, que inciden en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo exterior.*

Se ha considerado que esta nueva orientación de la Casación va en contravía de lo que dispusieron las sentencias gemelas del 2003²², en el sentido de que estas, al reordenar el daño extrapatrimonial evitaron hablar de un tal daño existencial, para evitar a su vez los inconvenientes sistemáticos y de interpretación que dicha introducción acarrearía. Dicha nueva orientación, no obstante, no se encuentra aún consolidada dentro del ordenamiento, por lo que la discusión naturalmente sigue su curso.

Quienes se resisten a la introducción del daño existencial dentro del sistema encuentran que los riesgos son básicamente de dos órdenes. En primer término, se acusa la inflación injustificada de los rubros de daño extrapatrimonial, dado que aquello que él vendría a reparar estaría ya contenido dentro de las otras categorías reconocidas por el sistema, específicamente en la categoría constituida por *los intereses de la persona constitucionalmente protegidos*; en segundo lugar, se sostiene que se elevarían a la categoría de perjuicio, otorgándoseles la correspondiente tutela resarcitoria, consecuencias que no parecen tener esa connotación jurídica (los llamados "daños bagatelares"), dado que no provienen de la lesión a un derecho constitucional²³.

Por su parte, los defensores de la nueva categoría acusan en la negación de esta el peligro de "simplificaciones excesivas", como la que, dicen, resulta del uso generalizado de la categoría "daño extrapatrimonial", que volvería inútil cualquier otra referencia; y también, el peligro de "banalización", si se sostiene que la categoría del daño existencial sirve exclusivamente para brindar tutela resarcitoria a los caprichos y a la idiosincrasia de la víctima²⁴.

22 C. CASTRONOVO, *La "nuova" responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2006, 84 ss.

23 En este sentido, PONZANELLI, "Il danno esistenziale e la Corte di Cassazione", cit., 850-851, señala que cuando se trata de daños "micro-existenciales" (lesiones en las que no se advierte un *contra jus* constitucional) el riesgo está constituido por la posibilidad (cierta) de indemnizar por esa vía los llamados daños bagatelares; y cuando hablamos de daños "macro-existenciales" (lesiones donde existe, en cambio, ese *contra jus* constitucional) el peligro está constituido por una duplicación en el resarcimiento, dado que su contenido coincidiría, si se trata de una lesión a la integridad psicofísica, con el daño biológico o, si se trata de la lesión a un derecho constitucional inviolable inherente a la persona distinto de la integridad psicofísica, con el omnicompreensivo daño extrapatrimonial tal como fue entendido en las sentencias gemelas del 2003. De modo que, es evidente que cualquiera sea la entidad del daño o molestia provocados, la consecuencia será siempre la misma: la obligación de reparar; lo que representa, de hecho, señala el autor, el Talón de Aquiles de esta nueva sistematización de los daños extrapatrimoniales, pues se desatiende el cometido de prevención de la responsabilidad civil.

24 ZIVIZ y BILOTTA, "Danno esistenziale: forma e sostanza", cit., 1299 ss.

III. (SIGUE) LA PROLIFERACIÓN DE RUBROS

Respecto del primer orden de problemas que plantea la introducción del daño existencial²⁵, es necesario determinar, como presupuesto, si en realidad aquél coincide o se superpone a la lesión de esos *intereses de la persona constitucionalmente protegidos*. Si así fuera, el problema que restaría sería sólo nominal, dado que dicha hipótesis se encuentra ya cobijada dentro del nuevo sistema de daños extrapatrimoniales, hijo de la lectura constitucional del artículo 2059 C. C. En caso contrario, si no existiera esa coincidencia, la conclusión forzosa sería que se trata de *pseudo-derechos* constitucionales, o simplemente, de intereses bagatelares.

Veamos: Cuando de daño existencial se trata no puede precisarse *a priori* a qué derecho o interés jurídico alude la lesión que pretende indemnizarse, de allí que la tesis de la superposición o confusión con la categoría constituida por la *lesión a intereses de rango constitucional inherentes a la persona distintos de la salud* parezca inexacta.

Pero, en contraste, la superposición pareciera avistarse cuando se apela genéricamente a los principios constitucionales (concretamente al artículo 2.º constitucional) para indemnizar bajo el nombre de daño existencial un determinado interés de la persona; lo que, claramente, no resulta suficiente para elevar este último a la categoría superior de "valor constitucional"²⁶.

Como consecuencia, en la jurisprudencia, bajo el ala del llamado daño existencial, han sido arropados, contemporáneamente, tanto intereses de la persona de significativa relevancia, como situaciones que a lo sumo podrían relacionarse con un utópico "derecho a la felicidad"²⁷; un derecho a una vida libre de frustraciones²⁸, que le ha merecido a esta categoría el apelativo de "daño burgués"²⁹.

25 Ver por todos, PONZANELLI (dir.), *Critica del danno esistenziale*, Padova, Cedam, 2003.

26 Cfr. E. RIBOLA, "Errata notificazione di sanzioni amministrative: risarcibilità del danno non patrimoniale e diritti inviolabili", en *Danno e resp.*, 2006, 306.

27 Al respecto, V. ROPPO, "La responsabilità civile, e l'anima", en *Danno e resp.*, 2002, 101, señala que ni siquiera la alegoría al "derecho" de los hombres a (la búsqueda de) la felicidad previsto en la Constitución de los Estados Unidos, permitiría pensar que pueda exigirse indemnización en razón de la propia infelicidad.

28 Así, encontramos sentencias en las que se ha concedido el resarcimiento del llamado daño existencial en virtud de: haber transcurrido un domingo sin luz, con las renunciadas naturales que ello implica (ver sentencia del Juez de Paz de Casoria, del 13 de julio de 2005, n.º 2781, con comentario de G. PONZANELLI, "Le «pericolose» frontiere della responsabilità civile: il caso dei danni da blackout elettrico", en *Danno e resp.* 1, 2006, 56 ss.); la variación del horario de salida de un vuelo, comunicado con días de anticipación a los pasajeros (ver sentencia del Juez de Paz de Casoria, del 8 de septiembre del 2005, n.º 3231, con comentario de D. FARACE, "Danno esistenziale da mancata vacanza?", en *Danno e resp.*, 2006, 434 ss.); la angustia causada por el robo de una flamante moto que fue recuperada casi de inmediato (Cfr. sentencia del Tribunal de Milán del 27 de noviembre de 2000).

29 POLETTI sostiene que la referencia a los intereses inviolables de la persona traza (o debería permitir trazar) una distinción entre "estructuras fuertes", o sea intereses siempre merecedores de tutela resarcitoria y "estructuras débiles", o intereses genéricamente extrapatrimoniales, a los cuales debe seguir imponiéndoseles los límites del artículo 2059 C. C. en su persistente estructura de norma ligada al hecho-delito. POLETTI, "Manifesta

Prescindir del carácter constitucional (inviolable) de los derechos lesionados, o dar esa connotación a intereses corrientes no hace sino introducir confusión en un cuadro ya complicado como es el de la sistematización de los daños que en lo sucesivo la sociedad pretende reprobado y sancionar civilmente.

De allí la necesidad de volver al punto de origen, a la determinación del preciso contenido (¿elenco?)³⁰ de los derechos inviolables de la persona, para que de esa manera las construcciones jurídicas tengan un eje alrededor del cual girar; y sobre todo, al cual puedan volver en caso de dispersión.

Pues, pese a lo que sostiene un sector de la doctrina, que niega la necesidad de que el derecho o interés lesionado tenga carácter constitucional, basados en que para acceder al resarcimiento lo que debe considerarse es el daño producido y no el bien o interés lesionado³¹, en materia de daño extrapatrimonial, lo que la Constitución protege son derechos e intereses, y no daños³². De donde, el primer requisito para que proceda la tutela es la verificación de la entidad del derecho o interés lesionado.

Es necesario, pues, un criterio de selección, dado que de otra forma, el resarcimiento pasaría a depender más de la psique del individuo que de la propia gravedad de la lesión³³, siendo que, mientras menor sea la entidad de ésta, si se indemniza, más chocará con la grandeza de los valores constitucionales llamados en causa³⁴.

Ahora bien, si el daño existencial, como dijimos antes, no coincidiera con *la lesión a intereses constitucionalmente protegidos*, podríamos estar frente a una mirada de daños de entidad *pseudo-constitucional*, o simplemente bagatela, con las previsibles consecuencias que ello acarrea en la responsabilidad civil.

inammissibilità per l'ennesima questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c.", cit., 656.

30 Ha hablado de una "tipicidad evolutiva" NAVARRETTA, "I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale", cit., 23; y de un "catálogo abierto" A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, "L'art. 2059 C. C. va in paradiso", en *Danno e resp.*, 2003, 833.

31 ZIVIZ y BILOTTA, "Danno esistenziale: forma e sostanza", cit., 1306 ss.; D. CHINDEMI, "Il danno esistenziale 'esiste'", cit., 1458 ss., sostiene que en realidad es indiferente cuál sea el interés lesionado, que inclusive puede no tener una relevancia constitucional directa; lo que importa es la lesión general de la personalidad del sujeto, susceptible de resarcimiento toda vez que configure una alteración del desarrollo de la personalidad, que se encuentra tutelado constitucionalmente por el artículo 2.º constitucional.

32 NAVARRETTA, "Ripensare il sistema dei danni non patrimoniale", cit., 5.

33 Parámetro éste propuesto por la escuela pisana para la valoración del daño extrapatrimonial a la persona distinto del daño biológico. Ver NAVARRETTA, "I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale", cit., 45 ss.; F. D. BUSNELLI, "Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona", en *Danno e resp.*, 2003, 829; ID., "Il danno alla persona al giro di boa", en *Danno e resp.*, 2003, 242; POLETTI, "Manifesta inammissibilità per l'ennesima questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c. c.", cit., 662 ss.

34 FARACE, "Danno esistenziale da mancata vacanza?", cit., 437.

IV. (SIGUE) LA INTRODUCCIÓN DE DAÑOS "BAGATELARES"

En efecto, si bien el reconocimiento del daño extrapatrimonial a la persona constituye una victoria del derecho moderno, hoy es fundamental anclar esa tutela a determinados valores del sistema que delimiten el área del daño resarcible. De otro modo, en ausencia de dichos límites se abrirían las compuertas de la responsabilidad civil para permitir el ingreso a un flujo de daños de entidades y contenidos muy disímiles, dentro de los cuales, los llamados, no neutralmente, daños "bagatelares"³⁵.

Sobre estos se ha dicho que no son, en sentido jurídico, verdaderos daños³⁶, pues la "bagatela" no ocasiona perjuicios capaces de activar el resarcimiento, sino molestias, a lo sumo fastidio, que no afectan *el interés* en su núcleo inviolable; y que sin embargo podrían ser objeto de otro tipo de mecanismos de tutela, como la inhibitoria (en caso de amenazar con convertirse en un daño), pero no de esa tutela superior constituida por la responsabilidad civil, reservada a determinado tipo de intereses.

Es necesario recordar que si bien el esfuerzo de hermenéutica jurídica que representó la "lectura constitucional" del artículo 2059 C. C. amplió los estrechos límites de dicha norma, no se pretendía con ello autorizar el resarcimiento del daño extrapatrimonial sin límites, sino sólo de aquel que resultase de la lesión a valores de la persona constitucionalmente protegidos³⁷.

Y en este sentido resulta interesante registrar que los propios propulsores del llamado daño existencial comienzan a hacer eco de esta postura, al sostener que esos "micro-daños", a los que poco tiempo atrás habían otorgado resarcimiento, constituyen perturbaciones mínimas o micro-violaciones del quehacer cotidiano que en realidad no son capaces de afectar la integridad moral o el libre desarrollo de la persona en su calidad de valores constitucionales³⁸.

35 Sobre el peligro que representa para la responsabilidad civil la indulgencia frente a los llamados daños "micro-existenciales", ver BUSNELLI, "Il danno alla persona al giro di boa", cit., 242.

36 POLETTI, "Manifesta inammissibilità per l'ennesima questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c. c.", cit., 662 ss., donde se citan algunos ejemplos de situaciones bagatelares que han sido indemnizadas bajo el título de daños existenciales, como el tener que vaciar el casillero postal atiborrado de anuncios publicitarios, o el no poder usar la tarjeta de crédito para realizar la compra de un electrodoméstico, etc. CHINDEMI, "Il danno esistenziale 'esiste' ", cit., 1465, en cambio, sostiene que el daño bagatelar es efectivamente un daño, cualitativa y cuantitativamente menor, pero un daño al fin, que se diferencia de las simples molestias, las cuales no se encuentran sujetas a resarcimiento.

37 PONZANELLI, "Le «pericolose» frontiere della responsabilità civile: il caso dei danni da blackout elettrico", cit., 57; NAVARRETTA, "I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale", cit., *passim*, quien agrega además que debe tratarse no sólo de derechos constitucionales, sino de derechos fundamentales e inviolables; y también en ÍD., "Ripensare il sistema dei danni non patrimoniale", cit., 3 ss.

38 ZIVIZ y BILLOTTA, "Danno esistenziale: forma e sostanza", cit., 1317.

V. LA DILATACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El problema, entonces, es el de una responsabilidad civil que ve diluir sus fronteras, dado que en su interior comienzan a encontrar cabida figuras de daño que no se corresponden cabalmente con los postulados tradicionales de este instituto (orientado hacia la reparación –en la medida del daño– y la prevención)³⁹, sino que parecieran obedecer a una tendencia de expansión del daño resarcible a la (*norte*)americana⁴⁰. Hoy por hoy, los confines del daño existencial son inasibles, debido a que se presenta al intérprete como una mega-categoría, como un contenedor dentro del cual todo tiene cabida, lo que naturalmente desbordaría y desnaturalizaría la responsabilidad civil.

Aquí es necesario hacer hincapié sobre el hecho de que la norma que regula los daños extrapatrimoniales (art. 2059 C. C.) sigue conservando su tradicional "tipicidad" en el sentido de que, a diferencia de lo que sucede con la norma del artículo 2043 C. C.⁴¹ (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 causados por la violación de *valores inherentes a la persona* que se encuentren constitucionalmente protegidos, y que deben determinarse caso por caso⁴².

La consecuencia de todo ello 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 a la atipicidad también al daño extrapatrimonial⁴³. Una completa relajación de los límites de la norma desdibujaría ese carácter típico que la distingue, haciendo latente el riesgo de una *overcompensation*⁴⁴.

39 Sobre el carácter inconciliable del daño existencial con el fin de prevención de la responsabilidad civil, ver PONZANELLI, "Sei ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale", en *Danno e resp.*, 2000, 693 ss. Sobre la posibilidad, en cambio, de un acercamiento por esa vía a la seguridad social, cfr. ÍD., "Le «pericolose» frontiere della responsabilità civile: il caso dei danni da blackout elettrico", cit., 57; y finalmente, sobre esa "tierra de nadie" entre responsabilidad civil y seguridad social, véase BUSNELLI, "Il danno alla persona al giro di boa", cit., 240 ss.

40 La expresión es de P. G. MONATERI, "Sezioni Unite: Le nuove regole in tema di danno esistenziale e il futuro della responsabilità civile", cit., 791.

41 Art. 2043 C. C. italiano: "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" ["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 daño"].

42 Cfr. sentencias de la Casación 8827 y 8828 del 31 de mayo de 2003. Sobre la tarea del intérprete en dicha selección, ver POLETTI, "Manifesta inammissibilità per l'ennesima questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c. c.", cit., 656 ss.

43 Sentencia de la Casación del 15 de julio de 2005, n.º 15022.

44 Cfr. M. FRANZONI, "Il danno esistenziale come sottospecie del danno alla persona", en *Resp. civ. e prev.*, 2001, 777 ss.

Pero más allá de los argumentos relativos a la racionalización del sistema de la responsabilidad civil, es necesario atender a la capacidad de absorción, social y política, de la que estas nuevas categorías pueden gozar. Surge aquí la pregunta acerca de qué está dispuesta a resarcir la sociedad, ¿acaso *toda* debe ser indemnizada, cualquier mínima perturbación o molestia *vital*? El daño extrapatrimonial no puede abrigar *toda* pretensión resarcitoria de la persona, en el sentido de que los criterios de selección establecidos por el ordenamiento (en este caso, el carácter constitucional del valor lesionado) tienden, ciertamente, a buscar cierta sustentabilidad del sistema. Pareciera, en efecto, 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.

VI. LOS INTENTOS DE DESMEMBRACIÓN DEL DAÑO BIOLÓGICO

La Casación italiana ha sostenido que el daño biológico es un daño extrapatrimonial "complejo", que comprende no sólo la lesión psicofísica en sí misma, sino todas aquellas hipótesis de daño de naturaleza no reidual, como el daño a la vida de relación, el daño estético y el daño a la capacidad laboral genérica, que inciden sobre el bien salud entendido en sentido lato⁴⁵.

En contraste, una parte de la doctrina⁴⁶, seguida a su vez por alguna jurisprudencia⁴⁷, tiende a la "desmembración" del daño biológico⁴⁸, tanto en el sentido de hacer resurgir categorías que en el pasado fueron "absorbidas" por éste, como

45 Entre otras, sentencias de la Casación Civil n.º 15859, del 15 de diciembre de 2000, y n.º 15187, del 6 de agosto de 2004. Ello, en sintonía con la más reciente consagración legal del daño biológico, que encontramos en el artículo 138, 2.º par., letra a, del Decreto legislativo 209/2005 (*Codice delle Assicurazioni*); y en contraste, en cambio, con la estrecha definición que de dicho daño encontramos en el artículo 3.º de la Ley 57/2001 relativa a las lesiones permanentes de menor entidad o "micropermanentes", la cual, señala G. COMANDÉ, "Il decalogo della SIMLA sul danno biologico. Il punto di vista del giurista", cit., 683, no fue orgánicamente coherente con los desarrollos que el daño a la salud ha logrado a lo largo de su historia.

46 CHINDEMI, "Anche il "single" casalingo va risarcito", en *Resp. civ. prev.*, 2005, 721, sostiene que es aconsejable un "revirement" de la Corte de Casación, tendiente a la claridad conceptual, que califique como daño biológico lo que él es de acuerdo con su propia definición legal, desincorporando las otras figuras de daño que pueden encontrar una ubicación autónoma bien en el daño patrimonial (daño a la capacidad laboral genérica) o bien en el daño existencial (daño a la vida de relación, a la esfera sexual, daño estético), con base en el hecho de que se trata de la privación de valores constitucionales atinentes a la persona, liquidables equitativamente y que, como quiera que sea, no tienen relación, sino indicativa, con el porcentaje tabular del daño a la salud.

47 Por ej., sentencia de la Corte de Casación del 29 de agosto de 1999, n.º 8998, donde se habla nuevamente de "el daño a la vida de relación, el daño por la pérdida de competitividad, y el daño por reducción de la capacidad laboral genérica"; también, sentencia del Tribunal de Florencia del 24 de febrero de 2000, donde se propone un "reconocimiento autónomo del concepto de daño hedonístico".

48 La expresión es de BUSNELLI, "Il danno alla persona al giro di boa", cit., 242.

tratando de disgregar los componentes que lo distinguen, es decir, el aspecto estático, constituido por el déficit funcional, que se determina con el auxilio de las tablas creadas por la jurisprudencia para ese fin, y el aspecto dinámico, que se refiere a todas las consecuencias no patrimoniales que sobre la vida de la víctima ocasiona la pérdida de la integridad psicofísica.

En cuanto a lo primero, a partir del momento en que el daño biológico readquirió naturaleza extrapatrimonial, algunas voces se han pronunciado⁴⁹ en el sentido de que la capacidad laboral genérica, entendida como la aptitud laboral *potencial* del sujeto que no desarrolla ninguna actividad productiva ni se encuentra tampoco, al menos presuntivamente, pronto a desarrollarla⁵⁰, debiera recuperar nuevamente su autonomía. Ello, con el objeto de que pueda "viajar", a los efectos de su indemnización, del artículo 2059 C. C. al artículo 2043 C. C., pues sostienen que no tiene sentido que un daño que tiene naturaleza patrimonial se encuentre comprendido dentro de la previsión de los daños extrapatrimoniales.

Por el contrario, quienes consideran que la capacidad laboral genérica debe relacionarse, más bien, con el trabajo entendido en sentido lato, es decir, como instrumento que tiende a la realización del desarrollo de la persona humana⁵¹, estiman que aquella debe quedar comprendida dentro de la noción del daño biológico. De otra forma, se desconocería la autosuficiencia de este último como categoría capaz de comprender todas las incidencias negativas que la lesión a la integridad psicofísica puede tener en el bien salud (en su acepción amplia), a más de que se retornaría a la utilización de criterios de valoración del daño que ya habían sido erradicados del sistema porque conducían a resarcimientos heterogéneos e inequitativos (como la posición socio-económica de la víctima o de la familia de pertenencia), a los cuales tendría que apelarse para liquidar la referida capacidad laboral genérica⁵².

No puede olvidarse que las categorías que hoy se comprenden en el daño biológico italiano nacieron como ficciones jurisprudenciales dirigidas a salvar el inconveniente que significaba el hecho de tener que demostrar en todos los casos una disminución patrimonial para que procediera la indemnización de la

49 Ver por todos, CHINDEMI, "Il danno esistenziale 'esiste' ", cit., 1460, con la sentencia allí referida: Apel. Milán, del 30 de abril de 2005; Id., "Danno biologico e capacità lavorativa generica: un binomio da sciogliere?", en *Resp. civ. prev.*, 2005, 541 ss.

50 Definición tomada de la sentencia n.º 6291, de Casación Civil, del 18 de abril de 2003.

51 A. NANNIPIERI, "Il danno da riduzione della capacità productiva", en *Danno e resp.*, 1997, 559.

52 Señala D. CHINDEMI, "Danno biologico e capacità lavorativa generica: un binomio da sciogliere?", cit., 548, que a nivel probatorio puede hacerse referencia, además de a las aptitudes y capacidades específicas del lesionado, también al estado de los estudios emprendidos o por emprender, a la situación del mercado laboral, bien sea en general o bien respecto de la presunta actividad específica. Cuando en cambio no sea posible determinar exactamente la probable actividad laboral futura, puede hacerse referencia, para determinar presuntivamente el futuro trabajo, a la posición socio-económica de la familia a la que se pertenece, a los estudios emprendidos y a las inclinaciones manifestadas.

lesión a la integridad psicofísica. Una vez creado el daño biológico desaparece ese inconveniente, y con él, la necesidad de estas ficciones⁵³.

Por su parte, otra tendencia que amenaza la unidad del daño biológico es la que propende a la disgregación de sus componentes: se escinde el aspecto dinámico del daño biológico de su aspecto estático, resarcido el primero bajo la denominación de daño existencial, y el segundo como daño biológico en sentido estricto.

Así, en una sentencia reciente⁵⁴, el daño existencial, entendido como las consecuencias que la lesión tiene en la vida dinámico-relacional de la víctima, fue indemnizado con una cantidad igual a la decretada para el daño biológico. Y este último, habiendo perdido su aspecto dinámico, fue valorado atendiendo exclusivamente a las tablas preestablecidas, sin que se realizara ninguna clase de personalización; con lo que se tiende, pues, a la desfiguración del instituto, dado que se le priva de uno de sus elementos característicos, cual es la posibilidad de adecuación al caso concreto⁵⁵.

Es cierto que el daño a la integridad psicofísica produce normalmente modificaciones que hacen menos placentera la existencia o modifican la "agenda cotidiana" de la víctima, pero la fuerza del daño biológico atrae en torno de sí todas las consecuencias que sobre la existencia individual y familiar de la persona (componente dinámico) produce la lesión⁵⁶ (componente estático), por lo que no son plausibles los tentativos de desmembración de una figura que debe su actual autoridad al consenso logrado gracias a una ardua elaboración, decantada y decenal⁵⁷.

Pero hay más: liquidar el componente dinámico del daño biológico, bajo la denominación de daño existencial con una suma, en este caso, par a la decretada para el primero, podría conducirnos por el camino de la duplicación del resarcimiento. Y si no fuera ese el caso, si no se tratase de una superposición de resarcimientos, sino de dos entidades autónomas dirigidas a resarcir dos aspectos diferentes del daño a la integridad psicofísica, se volvería, en cualquier caso, sobre discusiones ya superadas del pasado, como la conocida polémica sobre el resarcimiento del daño-evento⁵⁸ (y con él, de los *punitives damages*), al que apa-

53 Cfr. M. ROSSETTI, "Danno alla persona e danno patrimoniale: "evitare sperequazioni, evitare duplicazioni", en *Danno e resp.*, 8-9, 1999, 929 ss.

54 Tribunal de Génova del 9 de mayo de 2005, que constituye una de las primeras sentencias relativas a los hechos ocurridos durante las manifestaciones que tuvieron lugar en Génova en el 2001 como protesta por la reunión del G8.

55 Véase también sentencia n.º 1425 de la Corte de Apelaciones de Milán, del 20 de abril de 2005.

56 Cfr. PONZANELLI, "Il danno esistenziale e la Corte di Cassazione", cit., 850.

57 Cfr. POLETTI, "Manifesta inammissibilità per l'ennesima questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c. c.", cit., 665.

58 Sobre la distinción entre daño-evento y daño-consecuencia, ver G. PONZANELLI y B. TASSONE, *Una "nuova" stagione del danno non patrimoniale? Le Sezione Unite e il caso Seveso*, 502 ss. Por otra parte, la atribución de una suma de dinero [e]n virtud de la simple constatación de la lesión, terminaría por constituir una suma-castigo, una sanción civil punitiva, [l]a cual es una institución que

rentemente quedaría reducido el daño biológico si es privado de su componente dinámico-relacional.

VII. LOS INTENTOS DE ABSORCIÓN DEL DAÑO BIOLÓGICO

La doctrina había manifestado ya sus inquietudes acerca de las posibles consecuencias que la formulación poco precisa del daño biológico dentro de la nueva sistematización de daño extrapatrimonial podía acarrear⁵⁹. El riesgo latente era el retorno a la anarquía conceptual, a la "guerra de etiquetas", y a la banalización de ciertas conquistas de la responsabilidad civil, tal como la posibilidad de objetivar un daño (a la salud) inconmensurable por medio del expediente de las tablas creadas para el daño biológico.

En efecto, los propulsores del daño existencial han sostenido que las altas cortes bien pudieron, refiriéndose a las sentencias del año 2003, eliminar "de un golpe" el daño biológico, para hacerlo confluir en la categoría más vasta del daño existencial, pues esta última es suficiente, señalan, para describir aquel perjuicio, teniendo cuidado si acaso de precisar su fuente, o sea, la lesión al derecho a la salud⁶⁰. La autonomía que conservó el daño biológico, sostienen sus adversarios, se debe más a razones históricas que al hecho de que ostente un carácter ontológico diverso respecto de los demás perjuicios de carácter existencial⁶¹.

Pero un elemento fundamental distingue el daño biológico de las otras hipótesis de daño extrapatrimonial, y es la posibilidad (y la necesidad) de que tal daño sea valorado con base en parámetros objetivos (el experticio médico-legal)

no tiene vigencia en nuestro ordenamiento. Sentencia de la Corte de Casación del 24 de marzo de 2006, n.º 6572. Acerca de las diferentes funciones de la responsabilidad civil, ver A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, "I «nuovi» danni e le funzione della responsabilità civile", en *Danno e resp.*, 2003, 461 ss.

- 59 Ver análisis de F. D. BUSNELLI, "Una ricerca sulle macropermanenti: perché?", en AA. VV., *La valutazione delle macropermanenti* (dirigido por G. COMANDÉ y R. DOMENICI), Pisa, 2005, 3 ss.
- 60 ZIVIZ y BILOTTA, "Danno esistenziale: forma e sostanza", cit., 1312; ZIVIZ, "Verso un altro paradigma risarcitorio", cit., 47, el "nuevo modelo resarcitorio", sostiene, debe basarse en tres categorías de daño: a las figuras tradicionales del daño patrimonial y del daño moral, vendría a agregarse ahora el daño existencial, dentro del cual quedaría comprendido el daño a la salud.
- 61 ZIVIZ, "Danno non patrimoniale: uno e trino", en *Resp. civ. prev.*, 2004, 105. En claro contraste con la tesis planteada posteriormente en *Id.*, "Il quantum del danno non patrimoniale", en *Danno e resp.*, 2005, 923, donde habla de la necesidad de distinguir entre el daño moral, el daño biológico y el daño extrapatrimonial producto de la lesión a otros intereses constitucionalmente protegidos (éste último "etiquetado" como daño existencial), a los fines de proceder a una apropiada liquidación del daño extrapatrimonial, dado que no se trata de duplicar el resarcimiento, sino de constatar que cada componente en particular amerita una cuantificación distinta, en la medida en que la valoración equitativa que está a la base de la misma se llevará a cabo con criterios diferentes para cada caso. También en *Id.*, "Danno non patrimoniale: i pericoli dell'indeterminatezza", en *Resp. civ. prev.*, 2005, 712; ZIVIZ y BILOTTA, "Danno esistenziale: forma e sostanza", cit., 1313.

tendientes a garantizar los principios de dignidad e igualdad de las víctimas. El carácter inmaterial de los valores de la persona distintos del bien salud hace que una operación similar, es decir, la aplicación de parámetros objetivos en la liquidación de los daños que derivan de la lesión a aquellos, sea en extremo difícil.

De allí que el daño biológico no pueda ser comprendido dentro del llamado daño existencial, pues sus particularidades se oponen al ingreso en una categoría que se encuentra "en construcción"⁶², y que no ha definido aún su técnica de liquidación, por lo que la mezcla o la absorción del daño biológico por parte del daño existencial, podría, bajo la bandera de la vanguardia, herir mortalmente la "salud" de la que goza el sistema italiano de daños extrapatrimoniales.

En cualquier caso, una señal positiva la constituye el hecho de que la tesis de la absorción ha debido ser posteriormente morigerada, en el sentido de que ni sus propios creadores han podido prescindir de la necesaria diferenciación que debe hacerse entre el daño extrapatrimonial que deriva de la lesión a la salud y aquel que deriva de la lesión a intereses distintos de la integridad psicofísica. Y es así como han comenzado a hablar de dos "mega-provincias" dentro del daño existencial: una conformada por el *daño existencial biológico* (que comprendería la hipótesis de lesiones a la salud) y la otra constituida por el *daño existencial no biológico* (referido a las lesiones inherentes a bienes distintos de la integridad psicofísica)⁶³.

VIII. REFLEXIÓN FINAL

Hace más de dos décadas que en Italia la Constitución hace de guía en la ampliación del daño extrapatrimonial más allá de los estrechos límites del artículo 2059 C. C.⁶⁴,

62 Y que busca basarse precisamente en las tablas que se aplican en materia de daño biológico. Ver ZIVIZ, "Il quantum del danno non patrimoniale", cit., 923, donde la autora habla de "la necesidad de reconocer que –en el sistema actual– existen precisos puntos de referencia monetarios para las pérdidas de carácter no económico. Se conoce, por ejemplo, el valor que tiene el máximo daño extrapatrimonial –correspondiente a la completa anulación de las actividades de carácter personal durante todo el curso de la vida– representado por el daño biológico permanente del neonato afectado con 100% de invalidez. Se conoce, además, el impacto diario de la anulación total de las actividades no patrimoniales de la víctima (correspondiente al valor del daño biológico temporal). [E]s así como, teniendo en cuenta lo anterior, se podrá construir en términos similares el discurso [respecto de las otras categorías de daño extrapatrimonial]".

63 En este sentido, CENDON y BILOTTA, "Fatto illecito doloso, danno psichico, danno esistenziale", en *Resp. civ. prev.*, 2005, 828, señalan que la "ortodoxia existencialista" prefiere referirse –dejando a salvo el daño moral– a un escenario dentro del cual exista un *único gran nicho* extrapatrimonial, denominado daño existencial. Dentro del mismo se delimitarían dos mega-provincias, la del "daño existencial biológico" (cuando la prerrogativa afectada se relaciona con el universo de la integridad psicofísica y la salud) y la del "daño existencial no biológico" (cuando se trata de violación de posiciones familiares, procesales, ambientales, derechos de la persona, posiciones frente a la administración pública, situaciones laborales, etc.).

64 NAVARRETTA, "Ripensare il sistema dei danni non patrimoniale", cit., 3.

con el objeto de brindar protección civil (resarcitoria) a los intereses fundamentales del hombre. Sin embargo, en la selección de las situaciones dignas de tutela se corre el riesgo de dar protección a una serie de intereses que no se corresponden en realidad con esa clase superior de derechos; de allí la necesidad de un criterio rector de selección de tales intereses, que debe verse, según reclama desde hace ya tiempo la doctrina civilista italiana⁶⁵, en el principio de dignidad del hombre comprendido en el artículo 2.º de la Constitución. Los daños extrapatrimoniales que no lesionen dicho principio no deben gozar, en sintonía con las sentencias del 2003, de esa protección que es exclusiva de la esfera de inviolabilidad de la persona. De otra forma, la tutela de ésta perdería el que es su mérito, se trivializaría, pues la dignidad que es su fundamento no permite poner en un mismo plano lesiones que se relacionan íntimamente con el principio fundamental apenas mencionado y otras que ninguna relación guardan con él, si bien causan alguna alteración en la "agenda cotidiana" de la víctima.

Es cierto que no es posible atribuir un valor único a los bienes inmateriales o extrapatrimoniales de las personas, y es por ello por lo que *el derecho, con sus "pobres armas", no puede sino dejarse guiar por principios cardinales, esos con los que el perjuicio biológico ha debido encontrarse ya, y que debieran, por ende, aplicarse a todo el daño a la persona*⁶⁶. Así, la experiencia decenal del daño biológico sugiere que en la valoración del daño extrapatrimonial es imperiosa la ponderación entre el principio de igualdad formal y el principio de igualdad sustancial⁶⁷. El primero habla de un "único" valor del hombre, igual para todos, que prescinde de cualquier otra circunstancia (como la capacidad económica, el nivel social, cultural, etc.); el segundo, en cambio, impone una revisión posterior de las circunstancias específicas de la víctima, para adecuar el resarcimiento al caso concreto.

En definitiva, ese que constituye un anhelo y un objetivo urgente de la nueva sistematización del daño extrapatrimonial pudo lograrse en el caso del daño biológico. Con las tablas se cubrió la necesidad de un resarcimiento de base uniforme y homogéneo para todas las víctimas, y con el posterior juicio de equidad (respecto de las consecuencias que sobre la vida extralaboral de la víctima acarrea la lesión) se logró satisfacer el segundo extremo constitucional constituido por la (búsqueda de una) igualdad sustancial entre los individuos⁶⁸.

65 Ver por todos, NAVARRETTA, "I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale", cit., 17 ss.

66 *Ibid.*, 19.

67 BUSNELLI, "Il danno alla salute: un'esperienza italiana; un modello per l'Europa?", en AA. VV., *La valutazione del danno alla salute* (dirigido por M. BARGAGNA y F. D. BUSNELLI), Padova, Cedam, 2001, 18.

68 NAVARRETTA, "I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale", cit., 20.