Artículo: Propuestas europeas de racionalización del resarcimiento del daño no económico
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Francesco Donato Busnelli

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 208
AÑO LXVIII
JULIO - DICIEMBRE 2000
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

BIBLIOTECA

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Propuestas europeas de racionalización del resarcimiento del daño no económico
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Francesco Donato Busnelli

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

PROPUESTAS EUROPEAS DE RACIONALIZACION DEL RESARCIMIENTO DEL DAÑO NO ECONOMICO[1]

FRANCESCO DONATO BUSNELLI
Profesor de Derecho Civil
Scuola Superiore Sant'Anna de Pisa (Italia)

1. El método de trabajo seguido por el Grupo de autorizados juristas que tuvimos el honor de coordinar[2] se caracterizó por una aproximación gradual a la problemática que se nos encomendó analizar ("Propuestas europeas de racionalización del resarcimiento del daño no económico")[3], con una profundización estructurada en tres fases. En la primera de ellas –absolutamente preliminar– se expusieron y discutieron los informes en los que cada uno de los miembros del Grupo sintetizó la experiencia legislativa y/o jurisprudencial

[1] Conferencia de apertura del Congreso europeo desarrollado en Tréviris (Alemania) los días 8 y 9 de junio del 2000, destinado a discutir y aprobar una "Recomendación a la Comisión Europea, al Parlamento Europeo y al Consejo" y en el cual intervinieron delegados representantes de las víctimas, consumidores, médicos legales, abogados, profesores de derecho, magistrados y aseguradoras.
[La traducción del texto original en italiano –autorizada por el autor– estuvo a cargo del Prof. del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Concepción José Luis Diez Schwerter (Magister y actualmente candidato a Doctor en la Universidad de Roma "Tor Vergata" bajo la guía del profesor F. D. Busnelli)].

[2] A iniciativa del abogado Willy Rothley, vicepresidente de la Comisión Jurídica del Parlamento Europeo, y del Dr. Alfonso Desiata, presidente de la A.N.I.A. (*Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici*), se constituyó un Grupo de trabajo destinado a analizar las problemáticas conexas al resarcimiento del daño a la persona.
El abogado Rothley participó activamente en los trabajos del Grupo, el cual estuvo integrado por los profesores: E. Banakas, de la Universidad de East Anglia Norwich; G. Comandé, de la Scuola Superiore Sant'Anna de Pisa; B. Dufwa, de la Universidad de Estocolmo; Jean-Luc Fagnart, de la U.L.B. de Bruxelas; H. Groutel, de la Universidad Montesquieu Bordeaux IV; M. Martín Casals, de la Universidad de Girona; D. Medicus, de la Universidad de Munich (a.D.; Dr.H.c.); J. Ferreira Sinde Monteiro, de la Universidad de Coimbra (coadyuvado por M. Manuel Veloso) y G. Viney, de la Universidad de París I Panthéon Sorbonne (coadyuvada por S. Galand Carval).
El Grupo trabajó durante seis meses, en el cual se organizaron cinco reuniones: la primera en Bruxelas el 13 de octubre de 1999, la segunda en Viena el 7 de noviembre de 1999, la tercera en París el 16 de diciembre de 1999 y las últimas dos en Pisa los días 3-4 de marzo y 7-8 de abril del 2000. Los miembros del Grupo de médicos legales participaron en la primera y en la última de estas reuniones, contribuyendo de manera determinante al análisis de los problemas (primera reunión), así como a la armonización de las conclusiones de los dos Grupos (última reunión).

[3] La expresión convencional "daño no económico" no pretende aludir necesariamente a los daños que no son susceptibles de valoración económica; se dirige, sencillamente, a excluir los daños patrimoniales en sentido estricto (daño emergente y lucro cesante).

Artículo: Propuestas europeas de racionalización del resarcimiento del daño no económico
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Francesco Donato Busnelli

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de su respectivo país en el tema en cuestión. En una segunda fase se preparó un cuestionario (atento a las indicaciones sugeridas en la primera fase), analizándose comparativamente las respuestas dadas por todos los miembros del Grupo. Los resultados de dicho análisis nos permitieron pasar a una tercera fase destinada a:

1) constatar la necesidad (y la urgencia) de armonizar las reglas aplicables a los daños no económicos derivados de una lesión a la persona en los estados miembros de la Unión Europea;

2) establecer los principios que deberían inspirar los esfuerzos de armonización en tal sentido y

3) proponer reglas que, inspiradas en esos principios, puedan ser aceptadas por los estados miembros, delineando de este modo un modelo europeo de "racionalización del resarcimiento del daño no económico".

La síntesis que sigue pretende resumir los aspectos esenciales de la discusión relativa a estos tres puntos y destacar las conclusiones a las cuales hemos llegado.

Cabe consignar que estas conclusiones han sido el resultado de una discusión intensa y en ciertas oportunidades apasionada, pero siempre inspirada por el esfuerzo común de encontrar soluciones aceptables, en su conjunto, para todos los integrantes del Grupo.

2. Según el juicio unánime del Grupo, la armonización de las reglas sobre el resarcimiento de los daños no económicos es un desafío irrenunciable; por así decirlo, una verdadera batalla de civilidad jurídica que es necesario y urgente afrontar.

2.1. Se trata de una batalla, en primer término, *contra la anarquía*: una anarquía que se constata al analizar comparativamente las diferentes experiencias europeas e, inclusive, al observar el funcionamiento de muchos de los sistemas nacionales.

Dicha anarquía deriva primeramente de la *Torre de Babel de las definiciones* utilizadas para calificar generalmente de manera diversa uno u otro aspecto de un daño que resulta ser, en definitiva, más o menos lo mismo: *préjudice d'agrément, dommage physiologique, daño psico-físico, danno biologico, danno alla salute, Schmerzensgeld, pain and suffering, loss of amenities of life*. Y el riesgo no es sólo la confusión de los idiomas, sino más bien una preocupante tendencia a dilatar incontroladamente los daños no económicos: una categoría de daños que cada vez con mayor urgencia busca un *floodgate*.

Otra fuente de anarquía la constituye la *lotería de los criterios de resarcimiento*, que cambian de un sistema a otro y, a veces, de un Tribunal a otro e, inclusive, de un juez a otro.

Y la anarquía genera a su vez efectos perversos: *el éxito misterioso de las acciones de responsabilidad civil* y, paralelamente, la imposibilidad de hacer previsiones y cálculos por parte de las aseguradoras.

Artículo: Propuestas europeas de racionalización del resarcimiento del daño no económico
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Francesco Donato Busnelli

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Finalmente, una consecuencia inevitable de esta situación es *el exceso de lo contencioso* que amenaza a veces con paralizar los sistemas.

2.2. Pero sobre todo es una batalla por la *racionalización*.

Una racionalización que se hace necesaria, en primer lugar, en lo relativo a la repartición de los recursos económicos destinados por las aseguradoras al resarcimiento de los daños no económicos. No se trata necesariamente de gastar más, se trata de distribuir mejor. Basta pensar, por ejemplo, en el exagerado aumento de procesos por daños de escasa magnitud, un fenómeno patológico bastante difundido que arriesga con sustraer los recursos económicos necesarios para un resarcimiento adecuado en caso de menoscabos serios a la integridad física y/o psíquica.

Debería tratarse de una racionalización *guiada* por la aplicación de baremos y tablas que aseguren una uniformidad de base en el resarcimiento, dejando a salvo, al mismo tiempo, un eventual margen de apreciación según la equidad, en consideración a las particularidades de los daños y/o del caso concreto.

Pero en especial ha de ser una racionalización *orientada* hacia la individualización y la aplicación de principios jurídicos que puedan constituir el verdadero punto de apoyo sobre el cual fundar un modelo europeo de resarcimiento de los daños no económicos.

3. Era necesario entonces reflexionar sobre los principios antes de discutir las reglas. Dicha reflexión llevó al Grupo de trabajo a resaltar grandes principios constitucionales: dignidad, salud e igualdad.

3.1. La dignidad de la persona humana es el principio fundamental que debe inspirar la dimensión constitucional de un modelo europeo de resarcimiento de los daños no económicos.

Tal principio está consagrado expresamente en la Convención de Oviedo de 1997 ("Convención sobre los derechos humanos y la biomedicina"), que obliga a los estados miembros a proteger "al ser humano en su dignidad" (art. 1º). Todas las constituciones europeas reconocen a su vez este principio.

El art. 1º de la Constitución alemana permitió al *Bundesgerichthof* fundar la "revolucionaria" sentencia del 13 de febrero de 1992 (confirmada posteriormente por otras en idéntico sentido), en virtud de la cual "la pérdida permanente de conciencia derivada de una lesión cerebral grave se debe considerar, por su naturaleza, como daño no económico", que ha de ser resarcido en virtud del § 847 del BGB. El cambio de orientación fue radical. El *Bundesgerichthof*, que hasta ese entonces negaba sistemáticamente el resarcimiento del daño no económico a las personas reducidas a un estado de vida vegetal (por no estar en condiciones de probar dolor), abandona drásticamente la orientación precedente. El *Schmerzensgeld* cumple ahora una doble función: ya no sólo aquella satisfactivo-punitiva (según la idea original del legislador alemán), sino también una función compensatoria que se transforma en prioritaria.

Artículo: Propuestas europeas de racionalización del resarcimiento del daño no económico
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Francesco Donato Busnelli

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El mismo problema se ha planteado en todas las otras experiencias europeas, con soluciones similares. En los sistemas del *Common law* el principio consolidado –en el Reino Unido y también en los Estados Unidos–, según el cual la *unconsciousness* de la persona lesionada excluye el resarcimiento del *pain and suffering*, impulsó a los tribunales a introducir una nueva categoría de perjuicio –*loss of amenities of life*– a fin de resarcir los daños no económicos derivados de la lesión a la integridad física y/o psíquica en sí.

En conclusión, el principio fundamental de la dignidad de la persona humana exige que una categoría de daño no económico deba ser resarcida siempre a todos los seres humanos que sufren una lesión a su integridad física y/o psíquica: se trate de individuos ya nacidos o sólo concebidos, niños o ancianos, capaces o incapaces de entender y de querer, ricos o pobres. Es inconcebible así en la actualidad una decisión como aquella emanada del Tribunal de Florencia en 1967, según la cual "pueden existir personas sin ningún valor. Tal es el caso límite de aquellos que, por vejez o enfermedad o por otra causa, son absolutamente ineptos para cualquier ocupación remunerada".

3.2. La categoría de daño no económico a resarcir siempre y a quien sea está caracterizada, y al mismo tiempo, delimitada por otro principio fundamental común a las constituciones europeas: el principio de la tutela de la salud, considerado un derecho esencial del individuo y, al mismo tiempo, un interés social.

En tal principio, recogido en esos mismos términos por el artículo 32 de la Constitución italiana, se fundó la jurisprudencia que introdujo en este país el *danno biologico* (o *danno alla salute*).

Incluso precedentemente este principio había inspitado la categoría francesa del *dommage physiologique* y más recientemente, en el texto de la *Loi Badinter* (1985), la consagración del daño derivado de la lesión a la integridad física (art. 31). En la ley española de 1995, el Anexo a la *Disposición adicional octava* afirma que "la indemnización por los daños psicofísicos se entiende en su acepción integral de *respeto o restauración del derecho a la salud*" (primero, 7). Un verdadero antecesor puede ser considerado el BGB alemán que en su § 847 (ya citado) consagra una "indemnización equitativa" en el caso de "lesión corporal o de daño a la salud".

La categoría de daño no económico a resarcir siempre y a quien sea, puede ser definida entonces, en una perspectiva europea, como el daño derivado de la lesión a la integridad física y/o psíquica.

3.3. Por último, el principio de igualdad obliga a que se practique una evaluación objetiva y un resarcimiento uniforme de estos daños. Es una aspiración de las propias víctimas el ser tratadas igualitariamente.

La ciencia médica ofrece las bases para una evaluación objetiva mediante la elaboración de un baremo capaz de ponderar las lesiones a la integridad física y/o psíquica.

El objetivo de un resarcimiento uniforme se puede lograr a través de la adopción de una tabla resarcitoria capaz de asignar un valor en dinero a los resultados de la evaluación médica.

Artículo: Propuestas europeas de racionalización del resarcimiento del daño no económico
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Francesco Donato Busnelli

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Según ha sugerido el abogado Rothley, el principio de igualdad podría inspirar una nueva directiva en materia de accidentes de tránsito (que se uniría a la Cuarta Directiva ya existente sobre seguro de responsabilidad civil automovilística), con la esperanza que a nivel de los sistemas nacionales se extienda su campo de aplicación a todas las lesiones a la integridad física y/o psíquica derivadas de otras causas, a fin de evitar injustificadas disparidades de tratamiento entre personas igualmente dañadas. Para eliminar precisamente este riesgo de sectorización, el proyecto de ley recientemente presentado al Parlamento italiano por el ministro de Justicia (Proyecto de Ley Nº 4093, en actual tramitación en el Senado) prevé la introducción de un nuevo artículo en el Codigo Civil italiano (art. 2056-*bis*) destinado a reglamentar a nivel general el *danno biologico*, definido allí como "la *lesión a la integridad psicofísica*, susceptible de verificación médico-legal, de la persona".

4. Cinco corolarios derivan de los principios recién enunciados.

4.1. El daño identificado de esta manera es *prioritario* y autónomo respecto de las otras categorías de daño (ya sea económico o no económico). La víctima tiene, por ende, derecho a recibir un resarcimiento *específico* por este daño.

4.2. El resarcimiento del daño en cuestión debe ser *indiferente de los ingresos*, así como del patrimonio de la víctima. Tal es el principio que sigue en Europa la Resolución 75/7 del 15 de marzo de 1975, según la cual: "Los dolores físicos y los sufrimientos psíquicos son indemnizados en atención a su intensidad y duración. El cálculo de la indemnización debe efectuarse *sin considerar la situación patrimonial de la víctima*" (Principio Nº 11).

Surge entonces la necesidad de distinguirlo de los daños económicos, ya sea que se trate de gastos de cualquier género necesarios a raíz de las lesiones a la integridad física y/o psíquica, o bien de pérdidas de ingresos o de expectativas de ganancias.

La distinción presenta un riesgo: la duplicación del resarcimiento, verificable cuando el mismo daño –en las hipótesis en que tenga el carácter de futuro– sea resarcido como daño no económico derivado del menoscabo a la integridad física y/o psíquica en sí y, al mismo tiempo, como pérdida de una expectativa de ganancia.

Para evitar este riesgo –o al menos para reducir sustancialmente las repeticiones– es necesario controlar rigurosamente las fórmulas y criterios que amenazan con generar una expansión injustificada de los daños económicos y, en consecuencia, un doble resarcimiento.

Una de estas fórmulas es, sin duda, aquélla tomada de la experiencia francesa y referida a la "pérdida de *chances*". A través de su utilización incontrolada se ha llegado a reemplazar el principio tradicional de la "certeza del daño" por un nuevo (pseudo) principio de "certeza de la probabilidad" (o de la posibilidad) de daño y a medir esta probabilidad en términos de *damnum emergens*. Sin embargo, es preferible no abandonar el principio tradicional y admitir que respecto de daños con proyecciones futuras la certeza (del daño) adquiere necesariamente caracteres de relatividad que obligan al juez a una apreciación según la equidad: "la equitativa apreciación de las circunstancias del caso", en relación a las

Artículo: Propuestas europeas de racionalización del resarcimiento del daño no económico
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Francesco Donato Busnelli

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cuales, precisamente, debe ser apreciado el *lucrum cessans*. Puede ser útil, sin duda, relacionar este criterio, consagrado en el art. 2056 inciso 2º del Código Civil italiano, con el § 252 del BGB, que parece describir en términos analíticos la misma idea. En esta última disposición se define la pérdida de ganancia como "aquello que era posible esperar verosímilmente según el curso normal de las cosas o según las circunstancias particulares".

A la luz de esta acabada definición de "pérdida de ganancia", las decisiones de los jueces que duplican sistemáticamente el daño en caso de lesiones leves son, al menos, sospechosas. Las mismas perplejidades suscitan las sentencias que en caso de lesiones más serias, pero no graves, resarcen una pérdida de ganancia haciendo alusión, genéricamente, a una "reducción previsible de los ingresos futuros", pues una referencia de este tipo no las hace estar mejor justificadas.

4.3. El daño en cuestión debe ser susceptible de *evaluación o, al menos, de constatación médica*. Debería corresponder, por ende, a una lesión a la integridad física y/o psíquica objetivamente verificable.

Surge así la necesidad de distinguirlo de los daños no económicos que no son susceptibles de tal verificación.

A nivel europeo una importante consagración de esta distinción se encuentra en la Directiva 85/374/CEE de 1985, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Dicha Directiva establece, en efecto, una regla general de resarcimiento ilimitado de los daños derivados de las "lesiones personales" –a los cuales se equiparan los daños provenientes de la muerte de la víctima– en tanto que reenvía a los sistemas nacionales lo concerniente a "la reparación del *pretium doloris* y de los otros daños morales" (considerando Nº 9).

La *ratio* de este diverso tratamiento es manifiesta. El resarcimiento de las "lesiones personales" cumple una función esencialmente compensatoria, de ahí que los grandes principios constitucionales hayan aconsejado al legislador europeo consagrar una regla uniforme de pleno resarcimiento. La función satisfactivo-punitiva del resarcimiento del *pretium doloris* autoriza, por su parte, que éste haya sido entregado a una u otra regla eventualmente "prevista por las leyes aplicables" (considerando Nº 9).

La distinción entre una lesión a la integridad física y/o psíquica y los sufrimientos puramente subjetivos (que dan lugar sólo a un *pretium doloris*), bastante clara cuando se produce una lesión a la integridad física, es difícil de efectuar cuando la víctima ha sufrido una lesión a su integridad (*rectius*, de la salud) psíquica.

Sin embargo, la ciencia médico-legal, cuyo aporte es esencial en esta disciplina, está en condiciones de trazar una línea divisoria que permita distinguir tendencialmente una patología verificada de una simple perturbación psíquica. Por último, la confianza en la competencia y seriedad de los médicos legales debe prevalecer sobre el excepticismo desencantado que ha perjudicado constantemente un correcto tratamiento jurídico de las patologías neurológicas y psiquiátricas.

Artículo: Propuestas europeas de racionalización del resarcimiento del daño no económico
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Francesco Donato Busnelli

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

4.4. En principio, el daño en análisis debe ser resarcido sobre la base de criterios iguales para satisfacer una exigencia de uniformidad.

La misma lesión a la integridad física y/o psíquica sufrida por una pluralidad de víctimas debe ser cuantificada con idéntico porcentaje según el baremo médico-legal. E idéntico porcentaje debe dar lugar al mismo resarcimiento en base a la tabla resarcitoria.

El baremo médico-legal es un documento que cuantifica, en porcentajes, las lesiones a la integridad física y/o psíquica. En el ámbito europeo un baremo médico-legal unificado puede ser concebido y realizado.

La tabla resarcitoria es un documento que permite asignar un valor en dinero al porcentaje de menoscabo a la integridad física y/o psíquica. En Europa una tabla resarcitoria única puede ser concebida como un esquema de tabla que indique el número de puntos asignados al respectivo porcentaje de menoscabo a la integridad física y/o psíquica en consideración a la edad de la persona y a la importancia del porcentaje. Al confeccionarla sería necesario reservar a cada sistema nacional el poder de establecer los criterios para determinar el valor del punto.

4.5. Eventualmente, el daño en análisis puede ser valorizado en relación a criterios de *apreciación según la equidad* para cumplir exigencias de personalización.

La apreciación según la equidad, normalmente entregada al juez, puede tener objetivos diversos a la valorización obtenida mediante la aplicación combinada del baremo médico-legal y la tabla resarcitoria.

En efecto, puede referirse a daños que en base al baremo y a la tabla mencionados fueron valorizados en un determinado importe que luego es necesario *adaptar* a fin de considerar las *particularidades del caso*.

Se puede referir también a *perjuicios* (diferentes y) *particulares*, imposibles de cuantificar a través del baremo médico-legal, pero constatables médicamente, respecto de los cuales sea necesario establecer un *resarcimiento paralelo*.

Puede, por último, referirse a daños evaluados y cuantificados a través del baremo médico-legal pero que requieren, por su *gravedad particular*, un *resarcimiento alternativo* al importe que se obtendría luego de aplicar la tabla resarcitoria.

En definitiva, el denominador común que liga a las diferentes hipótesis de apreciación según la equidad es un rasgo de particularidad, que dice relación con el caso (al cual se refiere el daño), con la naturaleza del daño o con su gravedad.

La apreciación según la equidad introduce de esta manera un margen de flexibilidad indispensable para cumplir exigencias de personalización. En todo caso exigencias de uniformidad derivadas del principio de igualdad impiden que dicho margen de flexibilidad permanezca indefinido: debe ser establecido y limitado por reglas precisas.

Llegado a este punto es necesario pasar de los principios y de sus corolarios a las reglas: a reglas capaces de caracterizar un modelo europeo.

5. En cinco categorías se pueden agrupar las reglas que es necesario establecer para implementar un modelo europeo de racionalización del resarcimiento de los daños no

Artículo: Propuestas europeas de racionalización del resarcimiento del daño no económico
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Francesco Donato Busnelli

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

económicos: 1) reglas de exclusión, 2) reglas de inclusión, 3) reglas sobre evaluación, 4) reglas sobre la apreciación según la equidad y 5) reglas sobre la experimentación.

5.1. En cuanto a las reglas de exclusión, el principio básico es que el modelo europeo delineado por el Grupo de trabajo no se aplica ni a los daños económicos ni a los daños que no son susceptibles de evaluación o constatación médica.

5.1.1. La exclusión de los daños económicos – constituidos, como ya se ha dicho (Nº 4.2), por los gastos de todo tipo hechos necesarios en razón de la lesión (a la integridad física y/o psíquica) y por las pérdidas de ingresos o de expectativas de ganancias – no requiere de mayores comentarios.

No sólo la exclusión de estos daños es, evidentemente, *in re ipsa* respecto a un modelo de racionalización de los perjuicios no económicos. Ellos, en verdad, no necesitan de una racionalización a nivel europeo, pues *damnum emergens* y *lucrum cessans* son categorías de daño normalmente resarcibles según las reglas generales fundadas en el principio de la reparación integral, el cual, cabe recordar, está nítidamente consagrado en la aludida Resolución 75/7 (Principios 4-10).

La solución española introducida por la citada ley de 1995, según la cual los daños regulados y cuantificados según los criterios "y dentro de los *límites indemnizatorios* fijados en el anexo" comprenden "la ganancia que hayan dejado de obtener", ya criticable en el plano de una reglamentación limitada al sector de los daños derivados de la circulación automovilística, es muy difícil de proponer a nivel general de la responsabilidad civil. En efecto, la doctrina española no ha dejado de criticar esta solución pues amenaza con provocar una deformación del *lucrum cessans* pues lo desconecta de los datos relativos a las circunstancias del caso y de los medios probatorios, manteniéndolo aprisionado dentro de la "camisa de fuerza" de los límites resarcitorios mencionados.

Estos límites –como se ha observado– impiden respetar, en la mayoría de los casos, el principio de la reparación integral. Y dan lugar, paradojalmente, a una suerte de superindemnización en otras hipótesis (v. g., cuando la lesión no generó efectivamente un *lucrum cessans*), violando la tradicional regla transmitida por la jurisprudencia francesa según la cual es necesario resarcir *le dommage, tout le dommage, mais rien que le dommage*.

5.1.2. La exclusión, dentro de la categoría de los daños no económicos, de los menoscabos no susceptibles de evaluación o de constatación médico-legal es, por el contrario, el resultado de una decisión puramente convencional, sobre la cual se discutió largamente dentro del Grupo, y que se inspira en la idea de limitar nuestro trabajo de racionalización a los daños (no económicos) que tengan un carácter objetivo, identificando el límite de la objetividad con la posibilidad de una evaluación o constatación médico-legal.

Haber sobrepasado dicho límite nos habría obligado inexorablemente a tener que afrontar el complejo e insidioso problema de atribuir *ex lege* una valorización objetiva a daños que tienen un carácter (personal y por ende) subjetivo, con el consiguiente riesgo

Artículo: Propuestas europeas de racionalización del resarcimiento del daño no económico
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Francesco Donato Busnelli

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de proponer soluciones arbitrarias y/o de expropiar a los jueces su poder de decidir caso a caso según los criterios de equidad.

Pudimos haber limitado en gran medida este riesgo excluyendo los sufrimientos puramente subjetivos de la persona directamente lesionada (cuyo resarcimiento, cuando es aceptado, asume una función esencialmente satisfactivo-punitiva) y concentrando nuestra tarea de racionalización en los perjuicios morales sufridos por el *proches* de una víctima directa fallecida. La invitación del abogado Rothley a avanzar en esta dirección no tuvo, sin embargo, resultados satisfactorios a raíz de las dificultades y de los problemas enfrentados.

A la dificultad subsistente de establecer, según criterios racionales, parámetros o techos para el resarcimiento de estos daños, se añade el problema de determinar las personas legitimadas para pedir el resarcimiento en cuestión: ¿un elenco de *proches* fijado *a priori* o una pluralidad indeterminada de sujetos con derecho?

La citada Resolución 75/7 no resuelve enteramente la cuestión pues se limita (Principio Nº 19) a sugerir a los sistemas que no contemplan el resarcimiento de estos daños el resarcir únicamente al cónyuge, a los padres, hijos y al novio(a) de la víctima fallecida, en tanto que desaconseja a los sistemas que ya resarcen dichos perjuicios ampliar la barrera de quienes tienen derecho.

Y a lo anterior es posible agregar incluso nuevas problemáticas: ¿es necesario resarcir los daños morales de los *proches* en caso que la víctima directa haya sobrevivido?; y, en caso afirmativo: ¿es necesario limitar el derecho al resarcimiento únicamente a los casos de disminución grave de la integridad física y/o psíquica de la víctima directa?

El Grupo de trabajo no estuvo en condiciones de dar respuestas unánimes a estas interrogantes, de ahí que haya preferido renunciar a una obra de racionalización en este campo. Ha precisado, sin embargo, que si un *proche* de la víctima directa –muerta o lesionada– sufre por repercusión un menoscabo a su integridad física y/o psíquica, deberá ser resarcido según las reglas generales sobre el resarcimiento de los daños no económicos susceptibles de evaluación o de constatación médico-legal.

5.2. En relación a las reglas de inclusión, el punto de partida estaría constituido por una regla que disponga que los daños no económicos (derivados de la lesión a la integridad física y/o psíquica y susceptibles de evaluación o de constatación médico-legal) comprenden: a título principal, el daño derivado de la lesión a la integridad física y/o psíquica en sí y, a título secundario, algunos perjuicios particulares.

5.2.1. El daño a considerar a *título principal* debe derivar de una lesión evaluable y cuantificable en un porcentaje, y deberá ser valorizado en una suma de dinero deducible de una tabla resarcitoria.

Este es el daño no económico por excelencia: su calificación como figura de daño autónomo y prioritaria representa, según la opinión del Grupo de trabajo, el verdadero *punto medular* de un modelo europeo de racionalización del resarcimiento de los daños

Artículo: Propuestas europeas de racionalización del resarcimiento del daño no económico
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Francesco Donato Busnelli

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

no económicos. La exigencia de uniformidad prevalece, en este caso, sobre la exigencia de personalización (que no debe, en todo caso, ser completamente abandonada).

5.2.2. Los llamados "perjuicios particulares" inciden sobre aspectos médicamente constatables o explicables y son clasificables en función a una escala de gravedad (como las cicatrices lineares que no tienen carácter patológico), pero resulta imposible cuantificarlos en porcentajes. De ahí que su apreciación no pueda traducirce en importes obtenidos mediante la aplicación de la tabla resarcitoria. Ellos dicen relación con aspectos particulares de las lesiones personales de naturaleza tal que disminuyen la *calidad de la vida*. A su respecto la exigencia de personalización prevalece sobre la exigencia de uniformidad (que no debe, en todo caso, abandonarse completamente).

Los específicos "perjuicios particulares" han sido estandarizados por la ciencia médico-legal. El Grupo de trabajo de los médicos legales[4] ha sintetizado los resultados de esta estandarización confeccionando un elenco de "perjuicios particulares" que incluye: el daño estético, el daño sexual, el daño a específicas actividades de relación y los dolores excepcionales.

Para una ilustración sobre cada uno de estos "perjuicios particulares" reenvío al Informe de síntesis del Grupo de trabajo de los médicos legales. Desde el punto de vista jurídico es necesario subrayar, en todo caso, el carácter taxativo –y por así decirlo "cerrado"– de este elenco, que cumple el rol de una verdadera y propia tipificación de los "perjuicios particulares". En consecuencia, todas las categorías de perjuicios particulares "inventadas" por las diferentes experiencias europeas (*prèjudice d'agrément; danno alla vita di relazione; danno esistenziale; loss of expectation of life; physical inconvenience*, etc...) debieran ser canalizadas al interior de las categorías de perjuicio "tipificadas" en este elenco. Al juez, por su parte, le estaría prohibido configurar un perjuicio particular "atípico" en el caso concreto.

5.3. Las reglas sobre evaluación y cuantificación de los daños derivados de un menoscabo a la integridad física y/o psíquica en sí se traducen en la reglamentación del baremo médico-legal y de la tabla resarcitoria.

5.3.1. En lo que concierne al baremo médico legal y a su modo de empleo debo reenviar una vez más al Informe de síntesis del Grupo de trabajo de los médico legales.

Es de destacar en todo caso que, como se ha visto (4.4), la ciencia médico-legal está en condiciones de elaborar un baremo europeo *unificado* destinado a ser adoptado por cada sistema nacional.

5.3.2. En cuanto a la tabla resarcitoria, es necesario recordar la diferencia existente entre la construcción de un (esquema de) tabla europea *única*, que cada sistema nacional debería

[4] Coordinado por el Prof. P. Lucas (Bélgica) e integrado además por los Dres. W. Streck (Alemania), C. Borobia (España), H. Hugues-Bejui (Francia), M. Bargagna (Italia, coadyuvado por el Dr. Luigi Papi) y D. N. Vieira (Portugal).

Artículo: Propuestas europeas de racionalización del resarcimiento del daño no económico
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Francesco Donato Busnelli

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

adoptar, y su aplicación, fase en la cual los diversos sistemas nacionales tendrán el poder de establecer sus propios criterios para determinar el valor del punto (5.4.).

La construcción de una tabla resarcitoria "neutra" (respecto del valor del punto) es posible y augurable.

Con la única finalidad de proporcionar un ejemplo nos permitimos exponer rápidamente, a título meramente personal, la "filosofía" de una tabla –la *TIN* (*Tabella Indicativa Nazionale*)– elaborada por el *Gruppo pisano di Ricerca C.N.R. sul danno alla salute*.

La TIN es una tabla que sirve para determinar el *valor normalizado* del punto en consideración a la edad de la víctima y al porcentaje del menoscabo, permaneciendo al mismo tiempo indiferente respecto del valor en dinero atribuido al punto. Representa el resultado de una elaboración matemática de cuatro criterios fundamentales: 1) el valor del punto se halla en función *creciente* al porcentaje de menoscabo; 2) el valor del punto se halla en función *decreciente* a la edad de la víctima; 3) la incidencia del menoscabo en la vida de la víctima *aumenta de manera más que proporcional* respecto del aumento del porcentaje atribuido al menoscabo, y esto no sólo en términos absolutos sino incluso en términos relativos[5]; 4) el punto de referencia para la aplicación de la tabla (unidad de punto) fue establecido convencionalmente considerando una víctima de 20 años y un menoscabo del 10%. En consecuencia, como la TIN no está condicionada por específicas referencias monetarias no tiene límites temporales y/o espaciales. De este modo ella permite liquidar sumas resarcitorias fundadas en valores (del punto) diferentes –en consideración a las diversas condiciones económicas y políticas de cada sistema nacional– sin provocar resultados inicuos. Por último la TIN, al contemplar *tasas de aumento de los valores normalizados del punto* –determinados en base a una elaboración matemática–, está en condiciones de asegurar un tratamiento igualitario a las víctimas, con independencia de eventuales diferencias en cuanto al valor en dinero atribuido al punto.

5.4. Las reglas sobre apreciación según la equidad sirven para delimitar los poderes del juez a fin de evitar que la exigencia de personalización del daño, que es el fundamento de dicha apreciación, pueda eliminar o comprometer la exigencia de uniformidad.

Se trata de reglas diferentes en función de los diversos roles que puede cumplir, como hemos visto (4.5.), la apreciación según la equidad.

5.4.1. Cuando el daño a resarcir derive de la lesión a la integridad física y/o psíquica en sí y se trate de delimitar la adaptación judicial de la suma obtenida a través de la aplicación combinada del baremo médico legal y la tabla resarcitoria, la regla podría servir para introducir un margen de adaptación con un límite cercano al 20% a fin de considerar las particularidades del caso.

[5] Así, por ejemplo, si el aumento del valor al pasar de un punto de porcentaje x% al siguiente (x + 1)% es igual a y%, al pasar de (x +1)% a (x + 2)% el aumento del valor debe ser entonces superior a y%.

Artículo: Propuestas europeas de racionalización del resarcimiento del daño no económico
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Francesco Donato Busnelli

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Dichas particularidades del caso deberán ser probadas y el juez fundará su decisión al respecto.

5.4.2. Cuando los daños a resarcir sean "perjuicios particulares" que, por su naturaleza, exigen siempre una apreciación según la equidad, la regla podría servir para establecer en los respectivos sistemas nacionales una escala que prevea, para cada categoría de estos daños, un mínimo y un máximo de resarcimiento.

5.4.3. Finalmente, para asegurar una apreciación según la equidad de los daños derivados de una lesión particularmente grave, la regla podría disponer que no se aplique obligatoriamente la tabla resarcitoria cuando el porcentaje de la lesión a la integridad física y/o psíquica sobrepase el 70%.

5.5. Las reglas sobre la experimentación deberían permitir seguir la evolución de la práctica.

En relación con este aspecto sería deseable establecer a nivel europeo un *observatorio* abocado a tareas de estudio y consulta, obligado a rendir cuenta a la Comisión Europea.

6. Recientemente un autorizado jurista inglés (P. Atiyah) se refirió a una *damages lotery*: un sistema injusto, demasiado costoso, poco funcional, cuya existencia han comprobado muchas investigaciones en el mundo.

El objetivo que Europa ha de proponerse entonces es el de implementar un modelo más justo, menos costoso y más funcional.

No faltan las bases científicas ni las indicaciones prácticas para lograr este objetivo. Las conclusiones del Grupo de juristas que he presentado constituyen simplemente un intento, entre todos aquéllos imaginables, de concretar finalmente las buenas intenciones, de las cuales todos somos depositarios.

Mi anhelo personal, en cuanto jurista, es que el Congreso de Tréviris pueda contribuir a la formación de una cultura jurídica europea, que un jurista (W. Brauneder) ha definido como "un gran y nuevo desafío" destinado a formar "un pensamiento jurídico común entre familias jurídicas diversas".