

Resarcimiento del daño a la persona y respuestas institucionales

Ensayos de la Revista de Derecho Privado
N.º 2

Giovanni Comandé

**Resarcimiento del daño
a la persona y respuestas
institucionales**

Una perspectiva europea

Milagros Koteich Khatib
(Trad.)

Universidad Externado de Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

Tomado de: *Risarcimiento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato* (Parte II, capítulo II).

ISBN 958-710-139-1

- © 1999, 2006, GIOVANNI COMANDÉ
- © 2006, MILAGROS KOTEICH KHATIB (trad.)
- © 1999, G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
- © 2006, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (571) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.librosuexternado.com

Tucumán 1441, piso 5.º, oficina A, Buenos Aires
Tel. 4371 3102
publicaciones.arg@uexternado.edu.co

Impresión y distribución exclusiva en Perú
Editorial Cordillera S. A. C.
Av. Grau 1430 Barranco, Lima 4
Tel. (511) 252 9025 Cel. 996 06766
Fax (511) 252 9852
editorialcordillera@terra.com.pe

Primera edición: diciembre de 2006

Diseño de carátula y composición: Departamento de Publicaciones
Impresión y encuadernación: Departamento de Publicaciones (Colombia);
Docuprint (Argentina); Editorial Cordillera S. A. C. (Perú)
Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares.

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	9
I. LA EXPERIENCIA FRANCESA	11
A. El régimen general	11
B. La legislación especial del sector automovilístico	19
II. La experiencia española y el modelo de la legislación especial	26
III. LAS INNOVACIONES DE LA EXPERIENCIA BELGA	37
IV. LA EXPERIENCIA ALEMANA, ENTRE RÉGIMEN GENERAL Y REGLAS ESPECIALES	42
V. LA EXPERIENCIA DEL REINO UNIDO	51
A. Entre <i>common law</i> y reformas legislativas	51
B. <i>Welfare State, tort alternatives</i> y reformas en el Reino Unido y en Estados Unidos: una primera comparación	62
VI. “LA ALTERNATIVA SUECA”	72
VII. EL SISTEMA ITALIANO, MIXTO PERO (AÚN) NO INTEGRADO	77
A. La superación de la “anarquía” liquidatoria	88
B. Ideas comunitarias y aportes jurisprudenciales en la cuestión italiana de la responsabilidad civil automovilística	94
CONCLUSIONES	100

INTRODUCCIÓN

En la Unión Europea la litigiosidad en materia de daño a la persona tiende a adquirir, en una perspectiva de valores comunes y de movilidad de las personas, una valencia ultra-local, y a pretender uniformidad general de tratamiento en lo que hace a los criterios resarcitorios, y armonización en lo que se refiere al *quantum*, en una suerte de “circulación libre” de los *personal injury*.

Tal como sucede en Europa, también en los estudios de los expertos norteamericanos se advierte una contraposición constante entre su “dispendioso” sistema de responsabilidad civil y el modelo “europeo” (*rectius*: y las reglas de los diferentes países europeos) de costos más moderados. Dicha aseveración, aceptada como un hecho cierto, aun si está desprovista por lo general de datos empíricos que la respalden, constituye un terreno interesante para el análisis comparativo. La comparación se hace normalmente entre los sistemas que se basan exclusivamente en la responsabilidad civil y aquellos que tienden a hacer uso, en áreas más o menos extensas, de programas de *accident compensation* que, con grados y matices diversos, suprimen o disminuyen el papel de la responsabilidad civil en lo que hace al resarcimiento del daño a la persona.

En estas líneas se busca determinar los rasgos comunes de los países europeos, con el fin de someter al más severo examen su acostumbrada economía, si se comparan con el modelo norteamericano; y encuadrar, en una perspectiva europea, el álgido debate acerca del papel del mundo de los seguros en la problemática del daño a la persona.

No obstante, a primera vista pareciera que la diversidad cuantitativa y cualitativa de las diferentes experiencias nacionales europeas no se presta a tendencias unitarias. Entre los valores que un estudio belga asignó al costo medio de los accidentes que provocan daño a la persona en los países CEE se advierten grandes márgenes de diferencia, debido normalmente a las reglas de distribución de las pérdidas entre los mecanismos de seguridad social y de responsabilidad civil; sin embargo, es significativo que la franja de oscilación vaya del valor mínimo de 24 en Grecia al valor máximo belga de 127¹.

Las diferencias internas en Europa se pueden entender si se tiene en cuenta que el estándar (el costo) de vida de los distintos países comunitarios es diferente –es decir, no es verdad, sin más, que a resarcimientos en dinero diferentes entre sí, por la misma lesión y en los diferentes Estados miembros, correspondan niveles resarcitorios efectivamente distintos².

Es imperioso entonces constatar la existencia de alguna base común sobre la cual construir perspectivas uniformes, aun partiendo del reconocimiento de las evidentes particularidades nacionales. Pero este no es el lugar para profundizar en todos los sistemas-país europeos. En virtud de la modestia de la presente investigación, es pertinente, en cambio, identificar las características de fondo de algunas de esas experiencias, dentro de las cuales, de ser posible, puedan encontrarse áreas de entendimiento para un modelo unitario de la Unión Europea.

1 Dicho estudio (de J. BOON. "Rapport belge au colloque de Gand du 25 avril 1990", *Bulletin des Assurances*, 1991, 454) indica los siguientes valores: Grecia 23, Portugal 25, España 58, Italia 59, Holanda 61, Reino Unido 76, Francia 100, Irlanda 108, Bélgica 127. Más recientemente, cfr. los resultados del estudio Cea/Aredoc. *Les grands principes de l'indemnisation du dommage corporel in Europe*, 1999.

2 Nótese además que las distintas reglas relativas al derecho de subrogación de los seguros sociales pueden alterar notablemente los valores del costo de los accidentes en el sistema de responsabilidad social. Este es, por ejemplo, el caso de Bélgica.

I. LA EXPERIENCIA FRANCESA

A. El régimen general

En Francia, cuando del resarcimiento del daño a la persona se trata, la responsabilidad civil cumple un rol complementario. Un papel fundamental, en efecto, lo desempeña el sistema de seguridad social, que si bien, por los objetivos perseguidos, se superpone en ocasiones al resarcimiento del daño por ilícito extracontractual, es totalmente independiente de éste³.

Los beneficios que ofrece la *Sécurité Social* constituyen el principal canal de respuesta a las lesiones a la salud: en caso de enfermedad, ella tiende a reembolsar todos los gastos médicos y provee de una fuente alternativa de ingresos en caso de lucro cesante producto de la abstención forzosa del trabajo a causa de la enfermedad o accidente. La única parte del resarcimiento que se demanda exclusivamente en el ámbito de la responsabilidad civil parece ser la de las pérdidas no pecuniarias.

Las soluciones de la seguridad social y algunas hipótesis de responsabilidad cuyo seguro es obligatorio, por ej. la que deriva de accidentes de trabajo, proyectan una perspectiva más amplia, que comprende aspectos de tutela preventiva y de rehabilitación⁴. Entonces, la responsabilidad civil adquiere gran importancia respecto de aquellas categorías de daño que no son resarcidas o lo son sólo parcialmente por los instrumentos de la seguridad social, que únicamente ofrecen un alivio base, inferior al daño efectivamente sufrido. Pero el sistema de responsabilidad civil francés, como otros sistemas comunitarios, parte del principio de la reparación integral

3 Cfr. D. ALLEN-C. BOURN-J. HOLYOAK. *Accident compensation after Pearson*, London, 1979, 200 ss.

4 Cfr. P. RAYNAUD. "De la responsabilité civile à la sécurité sociale. A propos de la nouvelle législation sur les accidents du travail", *Rec. Dalloz*, 1948, *Chron.*, 93 ss.

del daño⁵. La presencia de este principio, que se aplica con mayor facilidad a los daños económicos antes que a los no económicos⁶, impone el control de la coherencia interna de las soluciones integradoras de la responsabilidad civil.

En la experiencia francesa, al lado de la división clásica de las pérdidas en daños económicos y no económicos, se encuentra otra fórmula de síntesis que distingue entre el daño de naturaleza personal y las otras formas de daño. Sobre esta división es útil centrar la atención.

El origen de esta categoría se encuentra en la regla según la cual la autoridad estatal, que eroga lo relativo a los beneficios previstos por la seguridad social, tiene derecho de repetición por los gastos realizados, en la medida de lo que el responsable del ilícito esté obligado a resarcir. Bajo este régimen, cuando el lesionado no recibe nada en virtud de los daños económicos por parte del tercero causante del daño, el derecho de repetición tendría por objeto las sumas liquidadas a título de resarcimiento de las pérdidas no pecuniarias, frente a las cuales el sistema de seguridad social no otorga ningún resarcimiento⁷. Con el objeto de salvar dicha distorsión del sistema y lograr

- 5 O sobre principios de reparación, antes que punitivos. El resarcimiento debe asegurar "la réparation intégrale" (Cass. Gaz. Pal. 1975 1 Samm, 67). Sobre el punto cfr. F. LE TORNEAU. *La responsabilité civile*, Paris, 1982, 344, ss.: teóricamente, la víctima debe ser indemnizada por todas las pérdidas, sean económicas o no económicas. En una perspectiva de comparación cfr. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO. "Il danno alla persona", en G. AUTORINO STANZIONE (dir.). *Le "responsabilità speciali". Modelli italiani e stranieri*, Napoli, 1994, 171 ss.
- 6 Sobre el punto cfr. los apuntes críticos de G. VINEY y B. MARKESINIS. *La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*, Paris, 1985.
- 7 Cfr. G. BONGIORNO. "Gli assicuratori della r.c. auto di fronte alle rivalse degli assicuratori sociali: la soluzione francese", *Ass.*, 1984, 1, 390. Íd. "Gallia felix: la legge Badinter", *Ass.*, 1986, 1, 251. En ausencia de un pronunciamiento del legislador, el problema se resolvió en Italia gracias a decisiones de la Corte Constitucional; para cuya referencia cfr. D. POLETTI. *Danni alla persona negli accidenti da lavoro e da automobile*, Torino, 1996, 171 ss.

una mayor coordinación de las respuestas institucionales, el legislador excluyó en 1973 el derecho de repetición sobre el *quantum* liquidado en calidad de resarcimiento del daño a la persona⁸. En esta última categoría se comprenden las pérdidas no pecuniarias, frente a las cuales el juez suele liquidar una suma *una tantum* o, más raramente, una renta vitalicia⁹.

Para el observador extranjero el sistema francés se muestra dúctil desde el punto de vista procesal y capaz de adaptarse a las exigencias de las personas más seriamente lesionadas¹⁰. Desde el punto de vista sustancial, el sistema parece estar caracterizado por una compleja mezcla de mecanismos de responsabilidad civil y de seguridad social¹¹, diseñado para resarcir según las necesidades más que según la culpabilidad, en particular si se habla de los accidentes de tránsito, para los cuales se introdujo una rigurosa presunción de responsabilidad que ha contribuido a mejorar la tutela de la víctima¹².

El interés del sistema francés por las necesidades reales del lesionado se encuentra, ciertamente, traducido en previsiones explícitas de la ley, que sustituyen las incoherencias

- 8 Se trata de la Ley 1200 del 27 de diciembre de 1973. Sobre el resarcimiento de estos daños cfr. Y. CHARTIER. *La réparation du préjudice corporel*, Paris, 1983. Para una visión de conjunto cfr. C. DELPOUX y A. TOMADINI. "France", en W. PFENNIGSTORF (dir.). *Personal injury compensation. A comparative analysis of the major European jurisdictions*, Lloyds of London Press, 1993, 41 ss. En lengua italiana, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO. *La riparazione del danno alla persona*, Napoli, 1993, 42 ss.; S. SICA. *Circolazione stradale e responsabilità: l'esperienza francese e italiana*, Napoli, 1990, 70 ss.
- 9 Una crítica relacionada con los *lump sum* puede verse en R. COOPER. "Aspects of the French Law of Damages", en *Damages for personal injuries. A European perspective*, cit., 52.
- 10 Cfr. R. REDMOND COOPER. *Aspects of the French law of damages*, cit., 51 ss.
- 11 Cfr. por último la iniciativa legislativa del 31 de diciembre de 1991 dirigida a establecer las condiciones relativas al resarcimiento de las víctimas infectadas por el virus HIV.
- 12 Para una información introductoria sobre los objetivos de la *Loi Badinter* (del 5 de julio de 1985) cfr. G. PONZANELLI. *La responsabilità civile, Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, 85. Más ampliamente cfr. S. SICA. *Circolazione stradale e responsabilità: l'esperienza francese e italiana*, Camerino, 1990, 85 ss., 233 ss., e infra en el texto.

de las liquidaciones en suma global por la política que favorece el resarcimiento representado en rentas que se pueden indexar. En efecto, en ciertas circunstancias, la liquidación de una suma global a título de resarcimiento del daño puede ser una decisión desafortunada, como en el caso de un aumento acelerado de la inflación subsiguiente a la liquidación, o en el caso de un empeoramiento inesperado de las condiciones del lesionado. Para obviar estos inconvenientes la legislación francesa prevé dos mecanismos peculiares, que consisten, por un lado, en la liquidación de rentas indexadas¹³ y, por el otro, en la posibilidad de revisar las sumas precedentemente liquidadas a título de resarcimiento.

La posibilidad de que la autoridad judicial revise el *quantum* liquidado en caso que haya habido una modificación significativa en las condiciones de la víctima está claramente orientada hacia la salvaguarda de ésta¹⁴. Si bien el principio de cosa juzgada se encuentra vivo y vital, se permite al actor solicitar la reapertura de su caso, inclusive muchos años después de que la sentencia ha pasado a ser cosa juzgada; pero ello puede verificarse sólo en dos hipótesis: cuando una previsión explícita de la sentencia autoriza su actualización o, en casos excepcionales, cuando el juez prescinde de la existencia de tal previsión y consiente en un nuevo procedimiento en virtud del daño adicional. Dado que las sumas liquidadas a

13 Además, el *Code civil* no regula las modalidades de liquidación del daño, por lo que no se excluye la posibilidad del pago periódico de sumas de dinero. Además, la posibilidad de dilatar en el tiempo el pago de los daños a la persona beneficia tanto a la víctima, a quien de esa manera se le garantiza, por ejemplo, una ganancia exenta de impuestos, como al causante del daño que, sobre todo si no se encuentra (suficientemente) asegurado, ve cómo se dilata en el tiempo su carga resarcitoria. Tradicionalmente la indexación de los pagos periódicos ha sido rechazada por la Corte de Casación francesa, al menos hasta 1974. Cfr. Class. ch. mixtas del 6 de noviembre de 1974, *JCP* 1975, II, 17978. Ello ha obligado al legislador a intervenir en múltiples ocasiones, desde 1951 y hasta la *Loi* 74-1118, reformada por la *Loi* 85-677.

14 Otros instrumentos dirigidos a estimular la litigiosidad, como la asistencia legal gratuita y la posibilidad parcial de condena al pago de los gastos, no se consideran en forma detallada en este estudio.

título de daño a la persona se establecen principalmente con base en asesorías técnicas, son los médicos forenses los que en sus informes señalan las probabilidades –o la certeza– de que se verifique un empeoramiento tal que sugiera al juez la inclusión de la cláusula de reapertura. Cuando la cláusula en cambio no ha sido incluida, el actor debe aportar pruebas contundentes acerca del deterioro del estado de salud sufrido: es decir, debe demostrar que el resarcimiento exigido con esta segunda acción no fue efectivamente, ni pudo haber sido, considerado en la primera decisión.

Desde el punto de vista de las categorías de daño admitidas, el sistema francés se muestra extremadamente fragmentario. El *pretium doloris* (*préjudice moral*) se resarce, por lo general, aunque la víctima haya fallecido¹⁵. Dicha categoría busca aliviar el sufrimiento físico, psíquico y emocional (*souffrances physiques et morales*) independientemente de la invalidez temporal sufrida. La valoración normalmente la realiza un médico, quien tiene en cuenta el número de intervenciones quirúrgicas sufridas, su intensidad y duración, además de la gravedad de la lesión y la necesidad de rehabilitación. La apreciación en concreto del daño se hace con base en la equidad y varía según el juzgador, aun si frecuentemente los expertos llamados a cuantificar el daño clasifican la pérdida según una escala de intensidad dividida en siete grados¹⁶.

15 Por lo demás, los familiares tienen título autónomo para el resarcimiento del daño moral causado por la pérdida del ser querido, frente a la persona que haya sido declarada responsable del ilícito que ha causado la muerte. De hecho, Francia constituye uno de los pocos sistemas que ofrece reparación del daño extrapatrimonial sin particulares limitaciones. Cfr. para una información adicional, G. BONILINI. *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 245 ss.; P. D'AMICO. "Il danno da emozioni", *Quaderni di Studi Senesi*, n.º 76, Milano, 1992.

16 La escala parte del nivel 0 y llega al nivel 7, tal como se muestra en la tabla. Los valores expresados en francos franceses se refieren a los datos disponibles para 1991, que han sido tomados de DELPOUX y TOMADINI. "France", cit., 45.

La misma escala de valores de cero a siete y los mismos criterios de valoración se utilizan para valorar el sufrimiento emocional que se sigue a un daño estético permanente (*préjudice esthétique*). Sin embargo, frente a dicho rubro resarcible, se tienen en consideración además otros parámetros, como la edad, el sexo, la ocupación laboral, el estado civil y la posición social¹⁷.

El daño a la esfera sexual (*préjudice sexuel*) recibe un tratamiento autónomo. Se refiere a los efectos emocionales que se siguen a una alteración sexual como la impotencia o la frigidez, y puede liquidarse en forma separada, inclusive al cónyuge de la víctima llamada primaria¹⁸. La liquidación equitativa de este rubro resarcible presupone una comprobación médica relativa a la naturaleza fisiológica de la invalidez, y prescinde del *quantum* otorgado por la incapacidad funcional tenida

Nivel	Intensidad	Mínimo indicativo	Máximo indicativo
0	Ninguna	0	0
1	Muy ligero	1.000 [€ 152,449]	2.600 [€ 396,367]
2	Ligero	3.500 [€ 533,572]	4.600 [€ 701,265]
3	Moderado	7.000 [€ 1.067,14]	8.600 [€ 1.311,06]
4	Medio	13.000 [€ 1.981,84]	15.000 [€ 2.286,74]
5	Medianamente serio	25.000 [€ 3.811,23]	28.000 [€ 4.268,57]
6	Serio	30.000 [€ 4.573,47]	50.000 [€ 7.622,45]
7	Muy serio	80.000 [€ 12.195,92]	150.000 [€ 22.867,35]

El *quantum* liquidado según esta tabla indicativa se encuentra generalmente comprendido entre 1.000 [€ 152,449] y 150.000 francos [€ 22.867,35]. Por otra parte, los jueces franceses se consideran suficientemente libres para liquidar el daño, en caso de muerte, más allá del estrecho círculo de la familia nuclear, decretando el resarcimiento, con relativa facilidad, incluso a abuelos y tíos. Para completar el ya accidentado elenco de rubros resarcibles por *pretium doloris*, se agrega la posibilidad de resarcir el daño emocional de los padres de una persona que ha sufrido daños físicos graves, para cuya valoración equitativa se toma en cuenta la cotidianeidad del contacto y de la convivencia.

- 17 Normalmente se toma en cuenta la posibilidad de intervenciones quirúrgicas reconstructivas, y si la víctima se niega a someterse a ellas, también esa circunstancia se tiene en consideración.
- 18 Cfr. en Italia sentencia de la Casación Civil, n.º 6607, del 11 de noviembre de 1987, *Foro it.*, 1987, I, 833.

en cuenta para la reparación pecuniaria de la invalidez total permanente¹⁹. De hecho, este es un aspecto del daño a la salud que en Francia recibe una consideración autónoma más por tradición que por convicción y coherencia sistemática.

En el elenco de los daños relacionados más estrechamente con las lesiones a la integridad psicofísica se incluye una categoría que es completamente asimilable a la anglosajona del *loss of amenities of life*, la *reparation du dommage corporel, préjudice d'agrément*, reconocida desde hace un tiempo relativamente más breve²⁰ y liquidada con sumas más modestas respecto del *dommage moral*. Dicho rubro resarcible impone, al igual que sucede en la experiencia del *common law*, la reparación de la pérdida de inhabilidades “específicas” (*sic*) para participar de actividades culturales, deportivas o, como quiera que sea, no lucrativas, que la víctima realizaba habitualmente antes de la lesión. Con frecuencia, en los casos más graves de invalidez permanente se otorga también un resarcimiento por la pérdida genérica de la capacidad para gozar la vida. En dichos casos, si bien la valoración no la realiza directamente el médico, su opinión respecto del menoscabo o no de una función determinada se tiene en cuenta.

La liquidación de dicha pérdida se realiza con base en la equidad, prescindiendo de las pérdidas económicas y de parámetros relacionados con la capacidad productiva. Algunos autores han propuesto incluir íntegramente dicho rubro resarcible dentro del *quantum* que se liquida por invalidez permanente²¹, del cual, sin embargo, difiere desde el punto de vista de los intereses tutelados. De hecho, la invalidez temporal total (ITT) tiende a resarcir la pérdida, determinada por

19 Para una descripción de los particulares rubros de daño cfr. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO. *La riparazione del danno alla persona*, cit., 176 ss.

20 Sobre estos rubros cfr. G. LE ROY. *L'évaluation du préjudice corporel*, Paris, 1983; THIERRY-NICOURT. “Réflexions sur les souffrances endurées”, *Gaz. Pal.*, 2 doct., 480, 1981, y para una reconstrucción histórica, A. GEERS. *L'indemnisation des lésions corporelles à travers les siècles*, Paris, 1962.

21 Cfr. DELPOUX y TOMADINI. “France”, cit., 42.

un médico forense, de la autonomía personal y ocupacional hasta la definitiva consolidación de la invalidez. Si la víctima produce alguna renta, el resarcimiento de la IPT corresponde a lo que ha dejado de percibir. Cuando la víctima no desarrolla ninguna actividad económica, el resarcimiento se compone de una suma establecida equitativamente, que tiene en cuenta la pérdida de la autonomía personal sufrida. La invalidez permanente parcial o total (IPP; IPT) corresponde, en cambio, al daño permanente a la salud psicofísica de la víctima, que se calcula con base en porcentajes relacionados con una escala de invalidez funcional que en el derecho común mide el déficit fisiológico sin considerar la actividad laboral que se desarrolla. Dicha escala de valores no tiene carácter oficial, pero la praxis judicial y extrajudicial la reconoce ampliamente, cuando consiente la liquidación de la mayoría de los casos con el método del cálculo por puntos.

El valor base del punto se establece acudiendo a casos similares decididos en el pasado, con posibilidad luego de ajustarlo en función de la edad de la víctima y el grado de incapacidad. En caso de lesiones particularmente graves el cálculo por puntos no conduce a una liquidación *una tantum*, sino al pago de *rente périodique*. Sin embargo, el resarcimiento de estas últimas pérdidas no se encuentra excluido del derecho de repetición del cual son titulares los actores del sistema de seguridad social²².

La liquidación de la IPT puede comprender además una suma por la pérdida de la capacidad laboral. En efecto, ésta puede liquidarse por medio de un incremento del valor del punto, o con el cálculo de una suma que capitalice pérdidas

22 En Francia, estas pérdidas se resarcan mediante la liquidación de un capital o con la asignación de una renta vitalicia. Las estadísticas indican que un hombre de mediana edad a quien le sea diagnosticada una invalidez permanente del 12% obtiene un resarcimiento promedio de 3.500 francos franceses [€ 533,572], mientras que si la invalidez es próxima al 90%, la suma promedio que se reconoce es cercana al triple. Cfr. LE ROY. *L'évaluation*, cit., 197.

y ganancias, separando las pérdidas económicas del déficit funcional, o también, con una valoración global equitativa, que se aplica particularmente a los sujetos que aún no han entrado al mundo laboral²³.

Resulta interesante ver cómo, más allá de los gastos médicos, pasados y futuros, los jueces franceses son proclives a liquidar los costos de instalación de aparatos mecánicos y electrónicos que garanticen la máxima autonomía de la víctima, además de los gastos necesarios para asistencia personal, calculados sobre la base del costo por horas de un asistente, multiplicado por el número de horas que el experticio médico forense considere necesarias²⁴.

Con el fin de evitar un rápido consumo de los recursos puestos a disposición de la víctima, que la conduciría a tener que acudir luego a la asistencia pública, existe una fuerte política que privilegia la liquidación de indemnizaciones periódicas antes que de sumas de capital²⁵.

B. La legislación especial del sector automovilístico

La norma principal del sistema de responsabilidad civil francés está constituida por el artículo 1382 del *Code civil*, que contiene una cláusula general de responsabilidad por culpa. Al lado de este supuesto general de responsabilidad, el *Code civil* prevé supuestos de responsabilidad objetiva. Desde inicios del siglo xx la jurisprudencia ha extendido progresivamente el alcance del artículo 1384 C.C. hasta cons-

23 Cfr. DELPOUX y TOMADINI. "France", cit., 40.

24 Nótese que la jurisprudencia mayoritaria considera que tales costos no pueden justificarse exclusivamente sobre la base de la mera necesidad de la presencia de una tercera persona. Por tanto, es necesaria una descripción detallada por parte del médico forense acerca de los servicios solicitados a esa tercera persona.

25 Esta toma de conciencia es de extrema importancia, dado que generalmente tal categoría corresponde a aproximadamente la mitad del *quantum* liquidado por las lesiones de mayor gravedad.

truir la base de un verdadero sistema de responsabilidad sin culpa en todos los casos de daño a la persona causado por un objeto, frente a los cuales la única excepción admisible es la fuerza mayor.

A partir de 1982 el modelo entregado por la reelaboración jurisprudencial del artículo 1384 C.C. es tomado por la *Cour de Cassation* de manera aún más favorable para el actor: en caso de accidente de tránsito juzgado sobre la base del artículo 1384 C. C., el resarcimiento del daño no puede ser reducido como consecuencia del concurso de culpa del lesionado, a menos que ello configure un supuesto de fuerza mayor²⁶. Sin embargo, la tendencia de la *Cour de Cassation* no fue seguida de inmediato por todas las cortes, ni podía serlo en un juicio penal, dado que los jueces consideraban necesaria la prueba de la culpa y exigían, en consecuencia, que la acción resarcitoria estuviese fundada sobre el inciso tercero del artículo 1382 C. C., antes que sobre el artículo 1384 C. C.²⁷.

En respuesta a esa diversidad de tratamiento, el legislador francés promulgó la llamada *Loi Badinter*²⁸, con el objetivo

26 L'Arrêt Desmares, Cas. 2è Civ. del 21 de julio de 1982, D. 1987 J. 449.

27 Para un análisis completo de la situación cfr. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO. *Dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale, A proposito dei diversi sistemi di imputazione dei danni da circolazione dei veicoli*, Napoli, 1992, 32 ss.; SICA. *Circolazione stradale e responsabilità: l'esperienza francese e italiana*, cit., 58 ss., 166 ss.

28 Loi n.º 85-677 del 5 de julio de 1985, llamada justamente "Ley tendiente al mejoramiento de la situación de las víctimas del tránsito y agilización de los procedimientos de indemnización". Sobre el tema cfr. S. SICA. "Responsabilità da circolazione automobilistica e modelli risarcitori: la legge francese n. 85-677 del 5 luglio 1985", *Rass. Dir. Civ.*, 1987, 1039; íd. *Circolazione stradale e responsabilità: l'esperienza francese e italiana*, cit., 85 ss., 233 ss. El modelo que refleja esta ley no puede ser catalogado como *no-fault*. Cfr. G EÖRSI. "L'assicurazione di fronte all'evolversi del concetto di responsabilità", *Ass.*, 1986, 1, 328. Debe señalarse además que en materia de tránsito ya desde 1958 Francia había impuesto el seguro obligatorio de responsabilidad civil (Ley del 27 de febrero de 1958), por el cual se protegía al lesionado frente a la insolvencia del causante del daño, incluso mediante la previsión de una serie de excepciones de inoponibilidad. Cfr. para una cuidadosa descripción de esta normativa, A. BESSON. "L'assicurazione automobilistica obbligatoria in Francia", *Ass.*, 1960, 1, 531.

principal de ofrecer un sistema resarcitorio uniforme y agilizar los procedimientos liquidatorios de las empresas de seguros en caso de siniestros en los cuales se encontrara involucrado un vehículo.

Dicha ley no exige demostración de la culpa, sino simplemente que el vehículo haya estado “involucrado” en el accidente: el ejemplo paradigmático es el de la responsabilidad por daños del propietario de un vehículo estacionado normalmente y que sin embargo se ve involucrado (“*impliqué*”) en un accidente²⁹. La fuerza mayor y el hecho del tercero no exoneran de responsabilidad sólo cuando se trata de daño a la persona (art. 2.º), de donde al tercero lesionado en un accidente de tránsito se le debe resarcimiento total con prescindencia de su eventual concurso de culpa, salvo que la culpa de la víctima haya sido la única causa del accidente o sea, en cualquier caso, inexcusable (art. 3.º)³⁰. Obviamente, para lograr un mayor grado de prevención de accidentes, las reglas comunes sobre el concurso de culpa se siguen aplicando a los conductores³¹ de los vehículos involucrados (art. 4.º). Estos además encuentran, en el rico mercado francés de los seguros, una póliza (*first-party*) de cobertura *tout risque* que les ofrece, por un precio bastante asequible, la reparación integral de los daños, inclusive si han sido causados por su culpa exclusiva³².

Así, una característica particular que ofrece el modelo legislativo de la *Loi Badinter* es ciertamente la coexistencia de diversos criterios de imputación de la responsabilidad,

29 Mayores detalles sobre esta problemática en SICCA. *Circolazione stradale e responsabilità: l'esperienza francese e italiana*, cit., 107 ss.

30 Por otro lado, si el lesionado es menor de 16 años, mayor de 70, o inhábil en medida igual o superior al 80% para la época del accidente, la cláusula relativa a la inexcusabilidad de la culpa no se aplica y el resarcimiento sólo se niega en caso que se demuestre que la víctima pretendía ser lesionada.

31 La jurisprudencia francesa considera conductor a aquella persona que tiene cierto grado de control sobre el movimiento del vehículo.

32 Cfr. la ponencia de A. TUNC, en *Giudice di pace e circolazione stradale. Atti Convegno Automobile Club di Lucca*, 18-19 de mayo de 1990, Milano, 1993, 133, 135.

consecuencia lógica de la decisión del legislador francés de no regular unitariamente situaciones que son diferentes. En virtud de ello, se creó en la práctica una categoría de víctimas “privilegiadas” (los menores de 16 años, los mayores de 80 años y los lesionados con invalidez superior al 80%), cuyo resarcimiento se otorga “directamente” –sin posibilidad de oponerles ninguna eximente de responsabilidad. Dicha categoría de lesionados “privilegiados” se diferencia de las víctimas, por así decirlo, “ordinarias”, porque a éstas en cambio puede oponerseles su *faute inexcusable et cause exclusive*³³; y se diferencia también de los conductores, a quienes se les siguen aplicando las reglas tradicionales³⁴.

Así mismo, el resarcimiento del daño implica exigencias a nivel procesal: límites temporales específicos para el asegurador, el cual debe presentar a la víctima o a sus herederos una oferta de transacción dentro de los 8 meses siguientes al accidente (art. 12). La oferta puede tener valor provisional cuando las condiciones del lesionado no se hayan estabilizado; en cuyo caso, el asegurador debe ofrecer una cifra, en calidad de resarcimiento total, dentro de los cinco meses siguientes a la consolidación de la invalidez³⁵. Debe destacarse, además,

-
- 33 Sobre cuya noción se esfuerza la jurisprudencia francesa. Cfr. los apuntes de B. ACQUAVIVA. “Il concetto di colpa ‘inexcusable’ nella legge francese ‘Badinter’”, *Riv. Giur. Circ. Trasp.*, 1988, 96, que subraya la posibilidad de encontrar un precedente de la noción de “culpa inexcusable como causa exclusiva del siniestro” en el sector de los accidentes de trabajo y en el sector del transporte aéreo y marítimo. Por lo demás, con autoridad se ha dicho que el caso fortuito y la culpa exclusiva del lesionado representan un límite más allá del cual la responsabilidad objetiva se convierte en mera garantía, y en consecuencia, en un seguro. Cfr. C. CASTRONOVO. *La nuova responsabilità civile*, 2.^a ed., Milano, 1997, 483.
- 34 La expansión del área de tutela puede evidenciarse también con la extensión de la cobertura del seguro a la responsabilidad de la persona que tiene la *garde* o la *conduite* del vehículo aun sin estar autorizado –como en el caso del ladrón, por ej.–, quedando a salvo en este supuesto el derecho de subrogación del asegurador en contra de dicho responsable no autorizado.
- 35 Los términos del procedimiento de liquidación los establece la ley. La pericia para establecer la entidad de la lesión es eventual y se encuentra a cargo del asegurador, si bien una copia del resultado (que debe producirse dentro de

que la víctima puede pedir un resarcimiento adicional si dentro de los 10 años siguientes a la transacción se demuestra un empeoramiento respecto de las condiciones existentes en el momento en que se fijó el resarcimiento; estableciéndose así un punto de encuentro con el sistema de la reapertura del caso decidido en un procedimiento judicial.

En Francia son numerosas las soluciones basadas en una transacción. En efecto, se resuelven extrajudicialmente cerca del 95% de los accidentes que producen invalidez permanente de hasta un 5%, y el 60% de los que provocan invalidez superior al 50%. Además, las transacciones se estimulan de diversas maneras³⁶, sobre todo garantizando una mayor simetría informativa entre quien provoca el daño y quien lo sufre³⁷.

La impugnación de las decisiones judiciales, por parte de los aseguradores, se desincentiva al preverse que en caso de confirmación se deberán pagar los intereses legales a partir de la sentencia de primera instancia. Además, la inobservancia

los 20 días siguientes a la visita médica) se entrega a la víctima. Recibida la oferta de transacción, la víctima cuenta con 15 días para rechazarla; de lo contrario, la misma se vuelve ejecutiva y el asegurador debe pagar dentro del mes siguiente al vencimiento del período indicado.

- 36 La ley ha previsto una especie de derecho de arrepentimiento a favor de la víctima que haya celebrado una transacción en relación con su accidente. En efecto, puede negarse a cumplir la transacción con una simple carta certificada con aviso de recibo dentro de los 15 días sucesivos a su firma. Ahora, en caso de transacción, el pago debe producirse dentro del término de 45 días. En caso de inobservancia, se generan penalidades sobre la suma resarcitoria iguales a una medida y media de la tasa del interés legal para los primeros dos meses, y del doble después.
- 37 En el sistema diseñado por la *Loi Badinter* la importancia de la simetría de la información en aras de la equidad de todo el procedimiento liquidatorio y de una solución extrajudicial más fácil de la controversia, se evidencia en la obligación a cargo del asegurador de proporcionar inmediatamente una especie de “*Miranda rules*” a la víctima, por medio de la cual se le informe de sus derechos. Específicamente, el lesionado debe ser informado del derecho a recibir una copia del parte policial, de ser representado por un abogado de confianza, y de obtener información detallada acerca del procedimiento liquidatorio (art. 13). El incumplimiento de tales deberes de información genera, para la víctima que no ha sido adecuadamente informada por parte del asegurador, el derecho a rechazar cualquier transacción.

de los términos y la inconveniencia evidente de la propuesta liquidatoria hecha por el asegurador pueden traducirse en la imposición de otras penalidades económicas³⁸.

El conjunto de mecanismos resarcitorios previstos por el sistema francés, y en particular por el régimen de la *Loi Badinter*, a más de 10 años de su promulgación, parece haber alcanzado sus objetivos³⁹. En efecto, el sistema francés de responsabilidad civil ofrece con discreta celeridad el resarcimiento de los daños a las víctimas, gracias además a la previsión de una penalidad del 10% que debe pagarse a un fondo estatal cuando las empresas de seguros involucradas retrasan el pago de lo que deben, o provocan inútilmente el proceso.

Superada una primera fase de adecuación, en la cual la litigiosidad aumentó, hoy se ha visto disminuido el número de casos decididos en juicio, sin que se haya registrado un aumento sensible de los incentivos o primas de los seguros⁴⁰. De hecho, se trasladaron recursos de los gastos del contencioso a un resarcimiento del daño más congruo y veloz. Nótese además que las facilidades probatorias, y la misma red de

38 Por ejemplo, si la oferta no se realiza en el término establecido, comienzan a correr intereses al doble de la tasa legal sobre la suma liquidada por el juez o establecida en la oferta tardía, a partir del vencimiento del término y respectivamente hasta el día de la sentencia definitiva o de la oferta. Si luego se considera que la oferta es manifiestamente insuficiente, la empresa de seguros es condenada de oficio a pagar al fondo de garantía una suma que puede alcanzar el 15% del daño liquidado al lesionado. Ciertamente, este no es un modelo nuevo; ya desde 1975 la legislación israelí preveía el deber del pago inmediato (dentro de los seis días siguientes a la solicitud) de algunos rubros resarcitorios, como: los gastos efectuados por el lesionado, entre los cuales se encuentran los de asistencia hospitalaria o los necesarios para el sostenimiento de la víctima y sus familiares hasta la liquidación definitiva. En dichos casos la sanción consistía en el pago de intereses sobre dichas sumas en una medida igual al doble de la tasa legal.

39 Un análisis de los primeros años de aplicación puede verse en A. TUNC. "L'indemnisation des victimes e la circulation après quatre ans d'application de la loi Badinter", *Riv. Int. Dr. Comp.*, 1989, 994 ss., y en italiano cfr. C. DE LORENZO. "La nuova disciplina francese dell'infortunistica stradale. Tre anni di 'sperimentazione giurisprudenziale'", *Riv. Dir. Civ.*, 1990, I, 97.

40 Cfr. R. REDMOND COOPER. *Aspects of the French Law of Damages*, cit., 60 ss.

tutela, garantizan un tratamiento favorecedor cuando de daño a la persona se trata, pero, como en la mayoría de los países europeos, dicha perspectiva de tutela acentuada se limita sólo a esta clase de pérdida, dejando la reparación del daño a cosas dentro del ámbito del régimen general.

En cuanto a las relaciones entre este régimen especial y la seguridad social, debe destacarse cómo sólo las prestaciones de ésta última, es decir, las sumas pagadas como reembolso de los gastos médicos y de rehabilitación, las indemnizaciones diarias por enfermedad e invalidez pagadas por las cajas de mutualidad laboral, las compensaciones pagadas a los sujetos que están a cargo y las contribuciones relativas a las remuneraciones por parte del empleador, otorgan derecho de repetición frente al responsable o frente a su asegurador (arts. 29 a 32). Además, el lesionado tiene la obligación de llamar en causa a las Cajas de la *Sécurité Social*, de las cuales recibe las sumas, y debe indicar específicamente su calidad de beneficiario de la seguridad social. En Francia, como sucede también en Bélgica, los entes de la seguridad social y los aseguradores llegan a determinados acuerdos con el objeto de facilitar los procesos de repetición, reduciendo así los costos administrativos.

Aun si el conjunto de los rubros resarcibles exhibe un grado de diversificación que hace que sea poco funcional la aplicación práctica y la sistematización conceptual, con seguridad el sistema-país francés se coloca a la vanguardia de la experimentación de soluciones mixtas, sea bajo el perfil de los criterios de imputación de los daños y de repartición de los riesgos, sea en lo que concierne a los criterios de liquidación⁴¹.

41 Sin embargo, debe destacarse la ausencia de un decidido control por parte de la Corte Suprema francesa sobre los criterios de liquidación aplicados. Cfr. VINEY y MARKESINS. *La réparation du dommage corporel*, cit., 97 ss. A diferencia de lo que sucede en Italia, donde son más frecuentes los pronunciamientos de la Corte de Casación. Cfr. recientemente, sentencia de la Casación Civil, Sección III, 14 de abril de 1995, n.º 4255, *Resp Civ. Prev.*, 1995, 519, con nota de G. PONZANELLI. "La Corte di Cassazione ed il criterio equitativo nella valutazione del danno alla salute".

Por su parte, la seguridad social francesa, sumergida cada vez más en una crisis financiera, delega su propio rol a las organizaciones *non-profit* que gestionan la mitad de los servicios de asistencia sanitaria y cerca del 70% de la asistencia sanitaria domiciliaria⁴². Sigue sin completarse, en cambio, la reformulación conceptual del daño a la persona que, aunque recibe reconocimiento autónomo, se encuentra fragmentado en un cantidad de categorías heterogéneas que la experiencia italiana ha superado totalmente con el concepto de daño a la salud, el cual defiende con fuerza la centralidad del valor hombre, antes que el valor de su capacidad productiva.

II. LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA Y EL MODELO DE LA LEGISLACIÓN ESPECIAL

La imprevisibilidad del *quantum* resarcible por daño a la persona y las notorias diferencias entre una región y otra constituyen una característica de la península ibérica. En efecto, en España, como sucede también en Portugal, existen grandes diferencias interregionales en lo que hace a la liquidación del daño a la persona⁴³. Los mismos criterios de determinación de la existencia del daño, aun si comulgan con las previsiones del Código Civil español, varían de una sede judicial a otra⁴⁴. A la complicación del panorama contribuye también la costumbre de los jueces de liquidar un monto resarcitorio único, sin especificar cuáles son las categorías particulares de daño que se han tenido en cuenta

42 Los datos son tomados de W. SEIBEL. "Government/Third-Sector Relationship in a comparative perspective: The case of France and West Germany", 1 *Voluntas* 42, 43 (1990).

43 Por ejemplo, las regiones consideradas tradicionalmente "más generosas" son Madrid y Barcelona.

44 D. MCINTOSH y M. HOLMES. *Personal Injuries Awards in EC countries*, 2.^a ed., London, 1994, 184. La doctrina más acuciosa había señalado ya los peligros insitos en esta modalidad de desarrollo de la responsabilidad civil basada en la discrecionalidad judicial. Cfr. R. DE ÁNGEL LLAGÜES. "La protección de la personalidad en el derecho privado", *RDN*, 1984, 141.

en la determinación del mismo⁴⁵. Una suma única comprende, por ejemplo, tanto el resarcimiento del daño moral como lo que corresponde a los gastos médicos. Luego, en perspectiva histórica, la ausencia de criterios ha determinado una tendencia hacia el aumento de las indemnizaciones, las cuales han sido otorgadas normalmente con el fin de buscar adecuar los estándares liquidatorios españoles a la media europea más elevada⁴⁶.

Dicho fenómeno de aumento anárquico se ha visto acompañado de crisis financieras del mercado de los seguros, que han afectado especialmente a aquellas empresas relacionadas de manera particular con los accidentes de tránsito. Ello ha conducido a la redacción de tablas indicativas⁴⁷ que son utilizadas por las empresas de seguros para facilitar el resarcimiento de los daños según los parámetros previstos por el seguro obligatorio de accidentes automovilísticos⁴⁸, y que, adicionalmente, han sido recomendadas, con dudoso éxito⁴⁹, por fuentes gubernativas.

45 La evolución de la noción de daños corporales anterior a la introducción de la reforma de 1995, se encuentra cuidadosamente descrita en E. VICENTE DOMINGO. *Los daños corporales: Tipología y valoración*, Barcelona, 1994.

46 El mecanismo de este verdadero y propio impulso se basó sustancialmente en el círculo vicioso por el cual la víctima, no sabiendo cuáles criterios resarcitorios serían adoptados por el juez, se veía forzada a pedir sumas considerables, y el órgano juzgador a concederlas. Dicho cuadro tristemente pareciera corresponder a los mecanismos perversos puestos en evidencia por la doctrina norteamericana en cuanto hace a Estados Unidos.

47 El seguro de responsabilidad por accidentes de tránsito es obligatorio, y las primas respectivas se encuentran fuertemente reguladas por el Estado.

48 El único intento de análisis sistemático de la información concerniente a la liquidación del daño a la persona lo realiza, entonces, el sector de los seguros, el cual, cruzando datos relativos a juicios y a soluciones extrajudiciales, obtiene las tablas de estimación utilizadas por los liquidadores. Cfr. E. CABALLERO SÁNCHEZ. "Venti di riforma nell'assicurazione automobilistica spagnola", *Ass.*, 1983, 1, 445.

49 Cfr. a este respecto las consideraciones de M. MEDINA CRESPO. *La valoración legal del daño corporal. Análisis jurídico del sistema incluido en la ley 30/95*, Madrid, 1997, 75 ss.

Precisamente, fue el dinamismo del mundo de los seguros el que motivó la respuesta sectorial del legislador español en materia de accidentes de tránsito.

El seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística había sido introducido ya por el artículo 40 de la Ley 12 del 24 de diciembre de 1962, que prevé la responsabilidad objetiva del conductor (art. 39); sin embargo, una reforma incisiva del sector tuvo lugar con la Disposición adjunta 8.^a 50 de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados n.º 30 del 8 de noviembre de 1995⁵¹. Con esta normativa se modificó la ley sobre responsabilidad civil y seguro de vehículos a motor y, sobre todo, se adoptó⁵² una tabla de criterios de reliquidación del daño, inspirada en la orden ministerial del 5 de marzo de 1991 que, como reacción a las dificultades que se habían presentado en el pasado⁵³, adoptó en la práctica las propuestas de las empresas de seguros sobre las tablas.

-
- 50 Para una información inicial en lengua italiana cfr. E. SOTOMAYOR ANDUIZA. "La legge spagnola sulla r.c. e l'assicurazione dei veicoli a motore", *Ass.*, 1996, I, 28.
- 51 Una síntesis de la normativa en J. BATALLER GRAU. "La riforma del diritto delle assicurazioni in Spagna: la nuova legge 8/11/1995 n. 30 sull'Ordinamento e Vigilanza delle Assicurazioni Private", *Dir. Econ. Ass.*, 1996.
- 52 Se sostiene tradicionalmente el carácter vinculante del nuevo sistema tabular que es, a su tiempo, criticado enérgicamente por parte de la doctrina. Cfr. J. J. MARÍN LÓPEZ. "Algunos aspectos del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de la circulación", en *Responsabilidad Civil*, 1996, 422 ss. Para una opinión contraria, cfr. A. YÁÑEZ DE ANDRÉS. El derecho común de la responsabilidad civil y la normativa especial de la Ley 30/95. Su necesaria complementariedad para el resarcimiento íntegro de las víctimas de los accidentes de circulación", *Rgd*, 1997, 1859. En el libro de MEDINA CRESPO. *La valoración legal del daño corporal. Análisis jurídico del sistema incluido en la ley 30/95*, cit., 250 ss., pueden encontrarse, con sus correspondientes comentarios, decisiones jurisprudenciales que acogen las dos interpretaciones. Al final, el tribunal español de última instancia, el Tribunal Supremo, se pronunció con un *obiter dictum* a favor de la obligatoriedad del sistema. Cfr. decisión del Tribunal Supremo, Sala I, del 26 de marzo de 1997.
- 53 Dicho sistema tabular (Criterios para la valoración de los daños personales) basado sobre el criterio de puntos y de valoración del punto, era recomendado a los jueces por la referida ordenanza, aun si dicha recomendación no parece haber surtido grandes resultados.

El conjunto de las disposiciones que se encuentran allí contenidas contribuye a reconstruir un modelo normativo bastante distinto del diseñado por la *Loi Badinter*⁵⁴.

En lo que hace a los criterios de imputación de la responsabilidad, el artículo 1.º hace responsable al conductor por los daños causados a las personas o a las cosas como consecuencia de la circulación del vehículo “en virtud del riesgo creado por la conducción del mismo”. Sin embargo, el régimen se diversifica según que se trate de daño a cosas, en cuyo caso se aplican las disposiciones generales de los artículos 1902 y siguientes C. C.⁵⁵ y 19 C. P., o de daño a la persona. En este último caso el conductor es exonerado de responsabilidad “sólo si prueba que los daños han sido causados únicamente por el comportamiento o por negligencia del que ha sufrido el daño o por fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo”⁵⁶. La responsabilidad objetiva por creación del riesgo es atenuada por el eventual concurso de culpa y por las dos excepciones anteriormente mencionadas⁵⁷.

Dentro del límite previsto, la obligación de asegurar el vehículo pesa sobre el propietario, quien puede estipular un seguro facultativo por la parte del daño que eventualmente exceda dicho límite. El seguro obligatorio extiende su cobertura a todas las personas involucradas, con la única excepción

54 Para una primera valoración general del nuevo sistema de liquidación del daño a la persona, cfr. C. BOROBIA FERNÁNDEZ (dir.). *La caracterización de daños personales causados en los accidentes de circulación*, Madrid, 1997.

55 En realidad, incluso el criterio de imputación de la culpa había registrado a partir de los años 40 una tendencia a la objetivización de los criterios de valoración, que no se había circunscrito únicamente al terreno de la responsabilidad médica. Cfr. LACRUZ BERDEJO. *Elementos de derecho civil*, II, Barcelona, 1985, 193 s.

56 Los defectos del vehículo y la ruptura o falta de una pieza o mecanismo no se consideran causas de fuerza mayor.

57 Además de las señaladas incongruencias del texto, nótese que las indemnizaciones previstas en las tablas, cuando son recibidas por los aseguradores (art. 1.º, inc. 3.º, disposición 8.ª), no se encuentran sujetas a ningún gravamen fiscal.

del conductor, sus bienes y los bienes del cónyuge y de los parientes hasta el tercer grado.

Según el artículo 5.º, el asegurador no puede oponer al lesionado ninguna excepción que derive del contrato, ni siquiera, como en Francia, en caso de uso no autorizado del vehículo o de hurto⁵⁸.

El asegurador conserva un derecho de repetición: frente al conductor o al propietario del vehículo, si el siniestro se produjo por dolo o bajo la influencia del alcohol, drogas o sustancias psicotrópicas; frente al asegurado, en los casos previstos en el contrato de seguro o en otras disposiciones normativas (art. 7.º).

El fondo de garantía (Consortio de Compensación de Seguros) se encuentra obligado, dentro de los límites del seguro obligatorio, a resarcir el daño a la persona que haya sido causado por un vehículo desconocido o no asegurado, o aquel causado por un vehículo que, estando asegurado, haya sido robado. Así también, el resarcimiento por daño a cosas se debe sólo cuando la intervención del Fondo se produzca por el estado de insolvencia de la aseguradora en la cual se encuentra asegurado el vehículo. Si el Consortio prueba luego que los pasajeros del vehículo robado o no asegurado conocían dicha situación, no estará obligado ni siquiera al resarcimiento del daño a la persona, según una regla que ya había adoptado el MIB inglés⁵⁹.

58 La acción directa en contra del asegurador prescribe en un año.

59 El nuevo régimen contiene, además, excepciones a las previsiones normales sobre la mora contenidas en la ley sobre el contrato de seguro, en caso de retraso en el pago por parte del asegurador. En efecto, no hay mora si el resarcimiento se paga o se deposita judicialmente dentro de los tres meses siguientes al siniestro. Si los daños a la persona se estabilizan después de los tres meses del siniestro, la congruidad de la oferta resarcitoria se establecerá judicialmente previa presentación del informe médico legal. Dicha decisión es inapelable. En caso de que judicialmente se establezca la no responsabilidad del causante-asegurado, al asegurador deberá serle restituida la suma que hubiera pagado, con intereses calculados a la tasa legal.

Para la liquidación del daño a la persona se diseñó una normativa que en ciertos aspectos llega a ser complicada y rígida; se trata de un sistema de criterios tabulares que constituye sin duda el aspecto más innovador y controversial del régimen español. Un dato significativo lo constituye el hecho que la denominación legislativa “Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a la persona en los accidentes de tránsito” haya sido cambiada en la práctica por “Tabla de daños a la persona”⁶⁰. En efecto, ésta ha sustituido, por un sistema rígidamente tabulado, que los jueces están obligados a aplicar, el sistema vigente hasta entonces, que se caracterizaba por un nivel tan elevado de discrecionalidad judicial que rayaba en la arbitrariedad⁶¹.

El sistema prevé para los casos de muerte, lesiones permanentes—aun si no provocan invalidez—e incapacidad temporal, además del reembolso de los gastos médicos, hospitalarios y funerarios, una indemnización basada en tablas. La indemnización se calcula con base en la edad que tenía la víctima en la época del accidente. Además, “se tienen en cuenta las circunstancias económicas, comprendidas las relativas a la capacidad laboral y a la pérdida de ingresos por parte de la víctima, las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para valorar el daño causado”. Ello con el fin explícito “de garantizar el resarcimiento total de los daños y perjuicios causados”⁶².

60 Cfr. SOTOMAYOR ANDUIZA. *La legge spagnola sulla r.c. e l'assicurazione dei veicoli a motore*, cit., 33. Allí también puede verse una primera reseña de las opiniones, críticas o no, expuestas por parte de la doctrina española acerca del sistema tabular.

61 Nótese que el sistema de liquidación cuantifica el daño de accidentes de tránsito aun cuando el causante del daño no se encuentre asegurado.

62 Además del concurso de culpa, se prevén otros factores de corrección, que tienden a disminuir o a agravar, válidos para todos los casos de indemnización (muerte e IP). Para la indemnización de la invalidez permanente, la existencia de “incapacidades preexistentes” se inscribe tanto entre los factores que tienden a agravar como entre los factores que tienden a disminuir.

El resarcimiento en suma capital puede cambiarse en cualquier momento por una renta vitalicia. El *quantum* de la liquidación, expresado en cualquiera de las modalidades, puede ser modificado sólo como consecuencia de cambios sustanciales de las circunstancias que determinaron su fijación y por la producción de daños ulteriores, abriéndose así una rendija por donde se reciben las soluciones adoptadas en Francia sobre este punto en particular.

Para la determinación de las incapacidades permanente y temporal es necesario siempre un parte médico. El juez queda en estos casos vinculado al experticio médico-forense, es decir, no puede apartarse del mismo⁶³. Por tanto, el único actor institucional del sistema, dotado en realidad de márgenes de discrecionalidad, resulta ser el perito médico-forense.

En lo que hace al aspecto concreto de la liquidación del daño, la tabla I anexa a la ley española prevé, para el caso de muerte, el pago de una suma fija, comprensiva del daño moral, que disminuye en función de la edad de la víctima, y que distingue entre el cónyuge, el padre, los hijos menores y mayores, los padres y los hermanos huérfanos a cargo⁶⁴. Dichas sumas se corrigen con porcentajes que se establecen caso por caso en virtud de factores como: la renta de la víctima, las circunstancias familiares preexistentes, el caso de muerte de ambos padres, la muerte del feto en caso de embarazo de la víctima.

La complejidad aparente de las categorías esconde una liquidación que al final es simple, pero que está anclada en valores de réditos del *de cuius*, y posee márgenes de variabilidad tales que hacen dudar acerca del hecho de que realmente incentiven las transacciones.

63 Cfr. el análisis de J. SANTOS BRIZ. *Responsabilidad civil en los accidentes de circulación*, Madrid, 1996, 166 ss.

64 El *quantum* a liquidar varía según que la víctima tenga cónyuge o no lo tenga, que tenga sólo hijos menores de edad, o que sean todos mayores, que no tenga ni cónyuge ni hijos pero sí ascendientes, o que sólo tenga hermanos.

Los criterios de liquidación del daño por invalidez permanente conducen a soluciones que merecen críticas aún más severas.

En primer lugar, el resarcimiento es unitario, comprensivo de lucro cesante, daño moral y daño a la salud, resultando así fuertemente orientado hacia parámetros de rédito. De hecho, dos de los criterios de adecuación hacen referencia expresa al rédito efectivamente percibido, imponiendo aumentos que oscilan entre el 1 y el 75 %, e incrementos hasta 2, 10 ó 20 millones de pesetas [€ 12.020,24; € 60.101,210 o € 120.202,42]*, por incapacidad parcial o absoluta, respectivamente, en relación con el trabajo o con la actividad habitual del lesionado.

En segundo lugar, la previsibilidad del resultado liquidatorio, aparentemente introducida por el sistema, parece ser, como se desprenderá de su descripción, extremadamente ilusoria inclusive frente a estas hipótesis.

La tabla III del anexo de la Disposición adjunta 8.^a indica los valores en pesetas de los puntos porcentuales convencionales de invalidez, reagrupando a las víctimas en cinco grupos de edad (menores de 20 años; de 21 a 40 años; de 41 a 55; de 56 a 65; mayores de 65), y la invalidez comprendida entre el 10 y el 89% en grupos de cinco puntos (*ex* 10-14, 15-19, 20-24). La invalidez comprendida entre el 90 y el 99% y la correspondiente al 100% constituyen dos clases separadas. El valor monetario⁶⁵ decrece en función de la edad y crece en función del porcentaje de invalidez. También el cálculo de esta última se encuentra rígidamente regulado. Los anexos, en efecto, contienen una detallada descripción de las tipologías lesivas, a las cuales se les asigna un puntaje mínimo y uno máximo. El porcentaje

* [N. del T.] Los valores expresados en monedas nacionales han sido convertidos a euros con base en los tipos de conversión establecidos por el Banco Central Europeo, los cuales pueden consultarse en [www.ecb.int/bc/intro/html/index.es.html1#fix].

65 Las tablas serán actualizadas anualmente con previsiones *ad hoc*, o en su defecto, de acuerdo con el índice general de precios al consumidor.

final de invalidez permanente se obtiene sumando a la mayor lesión (M) el producto de la lesión inmediatamente inferior en porcentaje (m) por la diferencia 100-M dividido entre 100⁶⁶. Para las lesiones sucesivas en la escala porcentual, el factor M se obtiene del resultado de la operación precedente, y en cada caso el porcentaje final no puede superar el valor 100. Ello equivale a valorar monetariamente cada lesión, que sea porcentualmente inferior, sólo por el 75% del valor asignado por el médico forense⁶⁷.

Más allá de los parámetros de rédito apenas señalados, los factores de corrección del daño permanente prevén daños morales que deben sumarse hasta un máximo de 10 millones de pesetas [€ 60.101,210], para el caso de una IP compleja que supere el 90% o, si resulta de una única lesión, que supere el 75%⁶⁸.

En cambio, es ciertamente valiosa, aunque no siempre cuantitativamente congrua, la previsión de sumas resarcitorias adicionales para los sujetos que han sufrido una invalidez muy grave: en caso de acondicionamiento de la habitación, hasta 10 mil ptas. [€ 60,10]; de asistencia necesaria para el desarrollo de las necesidades primarias de la vida, hasta 40 mil ptas. [€ 240,40]; para el acondicionamiento del vehículo, hasta 3 mil ptas. [€ 18,03]; y por los daños morales de los familiares que viven con ellos, hasta 15 mil ptas. [€ 90,15].

La invalidez temporal, que siempre involucra daños morales, se liquida con un monto fijo, que llega a duplicarse con creces

66 Entonces, la fórmula legislativa es la siguiente: $\{[(100 - M) \times m] / 100\} + M$.

67 Es de resaltar que el daño estético se liquida separadamente; no se aplica la fórmula anteriormente referida.

68 Requisito éste que, según una lectura rápida de las tipologías lesivas, permite la aplicación de la hipótesis sólo a 26 lesiones, entre las cuales, por ejemplo, el estado vegetal permanente o la tetraplejía. Se prevé además un monto fijo por pérdida del feto, el cual varía (*¡sic!*) de acuerdo con el estado del embarazo, más de tres meses (4 millones pesetas) [€ 24.040,48], dentro de los tres meses (1,5 millones de pesetas) [€ 9.015,182], o según que el concebido fuese o no el primer hijo. Nótese que los hijos segundos “valen” 2/3 respecto de los primogénitos (1 millón de pesetas) [€ 6.010,121] hasta el tercer mes de embarazo, y la mitad sucesivamente (2 millones de pesetas) [€ 12.020,24].

durante el período de hospitalización, y que se ajusta al caso concreto según los mismos criterios, basados sobre el rédito, utilizados para los casos de invalidez permanente.

La gran variedad de parámetros y la posibilidad de concatenarlos de diferentes maneras pueden conducir al lesionado y a la aseguradora a cuantificaciones muy distintas, disminuyendo de esa forma la posibilidad de llegar a soluciones basadas en una transacción. En efecto, la valoración porcentual de las lesiones específicas puede presentar variaciones que van de 3 a 89 puntos, mientras que, si se utilizan los parámetros de rédito, las variaciones son de hasta un 24%⁶⁹.

La posibilidad de oponer al sujeto no imputable el concurso de culpa o la culpa exclusiva, va contra la tendencia general de ampliar la tutela a la salud y, en particular, en contra de la solución francesa que ha pretendido excluir esta posibilidad con un régimen *ad hoc*. La consecuencia práctica del régimen referido es que elimina una categoría de víctimas “privilegiadas”, como los ancianos y los menores de edad, favorecidos en el pasado por la jurisprudencia española, que no los consideraba responsables del eventual concurso de culpa.

Además, la doctrina española ha registrado una sensible disminución de los montos fijados por incapacidad temporal (7.000 y 3.000 ptas. [€ 42,07 y 18,03], según que haya habido o no hospitalización) respecto de la praxis liquidatoria de la jurisprudencia.

69 Se agrega, el peso relativo de los factores discrecionales consiente hasta el 75% de disminución, por ejemplo, en caso de invalidez temporal. Por otra parte, parecería incongruente la exclusión de los infortunios dolosos del ámbito de aplicación de la tabla, ya que el derecho de repetición previsto en favor del asegurador frente al lesionado aparentemente conduce a presumir que el pago ha sido realizado por parte del primero. Además, dicha exclusión hace presuponer o la liquidación de sumas superiores con finalidad claramente punitiva o la posibilidad de liquidación de sumas superiores *tout court* respecto al *quantum* previsto en la tabla. Esta última hipótesis se prevé sólo para el caso en que el costo final no pese sobre los aseguradores, dejando ver claramente la orientación de la normativa, pero los márgenes de incertidumbre señalados anteriormente permiten vaticinar un considerable número de soluciones inicuas.

Lo hasta aquí expuesto explica el escepticismo que existe entre los estudiosos acerca de la capacidad de la liquidación basada en tablas de disminuir la litigiosidad⁷⁰.

En conclusión, esta experiencia presenta dos órdenes de limitaciones. En primer lugar, este régimen especial suscita perplejidad desde el punto de vista de la paridad de tratamiento respecto de otras situaciones de *accident*, y de la efectiva contracción de los derechos del lesionado, tal como ha sido reconocido por la praxis judicial⁷¹. En segundo lugar, la estructuración de la respuesta institucional del sector no se muestra del todo coherente con la finalidad explícita de perseguir un resarcimiento integral, ni con el objetivo implícito de reducir a su vez la litigiosidad y las diferencias liquidatorias.

Sin embargo, dichas críticas no excluyen en absoluto la posibilidad de una regulación normativa, inclusive sectorial, tendiente a racionalizar la respuesta global del sistema o a conjugar las exigencias de certeza y previsibilidad con la tutela del lesionado. Por lo demás, la propia filosofía de fondo que inspiró la reforma española se corresponde con una caracte-

70 SOTOMAYOR ANDUIZA. *La legge spagnola sulla r.c. e l'assicurazione dei veicoli a motore*, cit., 41. En cambio, un juicio en términos generales positivo acerca de la innovación legislativa puede verse en L. ALMAJANO PABLOS. "Justificación de la necesidad de la Ley", en *Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*, Madrid, Mapfre, 1997, 3.

71 En realidad, hasta hoy han sido presentadas cuatro demandas de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Un análisis inicial acerca de estas demandas, aún sin decidir, y sobre el debate doctrinario existente alrededor del tema, puede leerse en E. VICENTE DOMINGO. "Il risarcimento del danno alla persona in Spagna", en *Danno e Responsabilità*, 1998, 411. Una síntesis del debate puede leerse también en E. VICENTE DOMINGO. *Criterios de imputación del daño a la persona*, Córdoba, 1997. Cfr. las críticas al proyecto de ley, que luego se convirtió en la Ley 30 de 1995, esgrimidas por F. PANTALEÓN PRIETO. "Indemnizaciones tasadas, subvenciones indirectas: la valoración de los daños personales en el proyecto de ley de supervisión de los seguros privados", en *Responsabilidad Civil*, 1995, 383 ss.; y argumentos contrarios en F. RUBIO LLORENTE. "Sobre la supuesta inconstitucionalidad del sistema de baremos para la cuantificación de los daños personales en la Ley 30/1995", en el número especial de la revista *Sistema Seguros* dedicado específicamente al tema.

rística constante de los sistemas-país europeos: el esfuerzo continuo por equilibrar la tensión interna entre equidad liquidatoria y estabilidad/previsibilidad del sistema. Sin embargo, este objetivo debe perseguirse en forma coherente junto con otros valores tutelados, sin sacrificar la tutela resarcitoria de la persona, con el argumento de una reducción de los costos como un fin en sí mismo.

III. LAS INNOVACIONES DE LA EXPERIENCIA BELGA

En Bélgica, el daño a la persona, y en particular si se trata de una invalidez menor, se liquida con el método del cálculo por puntos, asignando un valor multiplicador por cada punto porcentual de invalidez⁷². El *quantum* asignado a cada punto expresa valores medios, pues los jueces no están obligados ni a aplicar el método por puntos de invalidez ni a un valor preestablecido del mismo, si bien siguen la tendencia prevalente de las cinco circunscripciones de cortes de apelación en las cuales tienen su sede. El pago de los daños puede hacerse bajo diversas modalidades: en suma capital o, excepcionalmente, en anualidades indexadas⁷³. En los casos de daños por circulación de vehículos, no existe, a diferencia de lo que sucede en la vecina Francia, ninguna publicación sistemática⁷⁴, ni oficial, de las liquidaciones precedentes. Resultado obvio lo constituye una diferencia marcada y

72 El valor del punto ha aumentado constantemente con el objeto de mantenerse actualizado al costo de vida, oscilando hoy entre los diez mil [€ 247,894] y los veinte-treinta mil francos belgas [€ 495,787- € 743,681].

73 Comoquiera que sea, el resarcimiento de las pérdidas no económicas no alcanza niveles elevados, aun si se lamenta el escaso uso de rentas indexadas con el fin de reducir la incertidumbre liquidatoria. Cfr. sobre el punto S. FREDERICO y K. BERNAUW. "Belgium", en W. PFENNIGSTORF (dir.). *Personal Injury Compensation. A Comparative Analysis of the Major European Jurisdictions*, cit., 21. Es fuerte la oposición de los aseguradores a esta modalidad de liquidación, ello a causa de la dificultad de contar con las necesarias reservas.

74 Cfr. M. BOURRIE QUENILLET. *L'indemnisation des proches d'une victime décédée accidentellement. Etude d'informatique judiciaire*, Montpellier, 1983.

notoria⁷⁵ entre las distintas circunscripciones de cortes de apelación, consideradas más o menos generosas.

En la categoría de las pérdidas no pecuniarias⁷⁶ se identifican claramente cuatro figuras generales muy similares a las francesas, aun cuando los niveles de *compensation* parecen ser en general inferiores. El sufrimiento de la víctima, especialmente en caso de lesiones personales muy graves, se resarce en forma bastante generosa. Por el contrario, pese a que Bélgica se encuentra entre los países que reconocen el daño por muerte de un pariente, el resarcimiento por este rubro resarcible es extremadamente bajo: normalmente no supera los 250.000 francos belgas [€ 6.197,34] por la muerte de un hijo, aunque es mayor el número de legitimados activos que puede exigir resarcimiento por daño moral en virtud de la pérdida de un familiar. También el daño estético recibe tratamiento aparte, como sucede en España y en Francia, y como sucedía en Italia antes de la consolidación del daño a la salud. Mientras que en la cuarta categoría son normalmente subsumidas todas aquellas lesiones que provocan invalidez permanente de diversos grados y cualidades.

La experiencia belga ha recibido siempre una marcada influencia de Francia, sea por motivos lingüísticos sea porque la configuración de los códigos es la misma⁷⁷. Por tanto, también en esta experiencia el principio general de responsabilidad se basa en la culpa, aun si se encuentran presentes numerosas hipótesis especiales de responsabilidad objetiva o semiobjetiva con presunciones de culpa. Además, se encuentra muy

75 Por otra parte, por razones estructurales este fenómeno atiene a casi todos los países. Cfr. ALPA. *La riforma della disciplina sull'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, cit., 520.

76 Para notas específicas acerca de la regulación de las pérdidas pecuniarias cfr. FREDERICO y BERNAUW. "Belgium", cit., 16 s.

77 También las acciones directas del lesionado frente al asegurador son similares a las del modelo francés. G. WETS. "L'assicurazione automobilistica obbligatoria nel Belgio", *Ass.*, 1960, 607, 616.

difundido el sistema del seguro obligatorio en relación con particulares hipótesis de responsabilidad⁷⁸.

Los costos procesales son significativamente inferiores respecto de los norteamericanos, como lo son también las liquidaciones por daño a la persona en casos análogos. Ello se debe, entre otras cosas, al hecho que la mayor parte de la población belga adquiere una póliza de seguros voluntaria para la cobertura de los gastos legales que se siguen a los accidentes de tránsito. En tales hipótesis, los honorarios de abogados son convenidos directamente por las empresas aseguradoras que, por medio de la praxis de asignar rutinariamente las controversias a los mismos abogados, estimulan una importante competencia. Si se piensa luego en el hecho que las controversias relacionadas con accidentes de tránsito estadísticamente alcanzan a constituir casi la mitad del total de los procesos civiles, resulta fácil entender la realidad belga.

En este cuadro general, muy similar al francés, se hallan algunas particularidades útiles de destacar.

A diferencia de lo que sucede en Suecia, la amplia protección que otorga la seguridad social⁷⁹, que de hecho reembolsa a las víctimas de daño a la persona los gastos médicos y el lucro

78 Ellas son más de ochenta. Cfr. FREDERICO y BERNAUW. Ob. cit., 13 ss. El debate sobre el seguro obligatorio de responsabilidad por circulación de vehículos y su primera concreción se remonta a los años 30. Cfr. WETS. "L'assicurazione automobilistica obbligatoria nel Belgio", cit., 607 ss. La propia ley sobre el seguro obligatorio de responsabilidad civil es anterior a la Convención europea del 20 de abril de 1959; es más, ésta se inspiró en aquélla en algunos de sus puntos.

79 El nivel general de protección social en Bélgica es notoriamente alto. Se estima que una suma casi equivalente al estipendio que se paga al empleado es depositada por el empleador en las cajas de los seguros sociales. Para los trabajadores independientes la proporción es ligeramente inferior, no pudiendo adquirir ciertos tipos de pólizas, como la de desocupación. Sobre el sistema de seguridad social belga, y en particular sobre la asistencia sanitaria, cfr. Assicurazioni Generali. *La crisi dello Stato sociale: nuovi rapporti tra pubblico e privato, Atti del Convegno Industria e Assicurazione*, Villa Manin di Passariano (3 de junio de 1991), 135 s.; OECD. "The reform of health care. A comparative analysis of seven Oecd countries", *Health Policy Studies*, n.º 2, Paris, 1992, 31-43.

cesante, va simétricamente acompañada de un derecho de subrogación, igual de amplio, de la seguridad social frente al tercero responsable⁸⁰. Más del 50% del costo de un *personal injury* es cubierto inmediatamente por la seguridad social, la cual recuperará del que ha causado el daño –o de su asegurador– las sumas erogadas.

Precisamente, la coordinación entre los seguros privados y la seguridad social constituye el punto de mayor innovación de la experiencia belga. En los últimos años algunas reformas han cambiado las modalidades de subrogación de la seguridad social, excluyendo el ejercicio caso por caso de la acción y optando por el pago de un porcentaje estándar de las primas de los seguros de responsabilidad civil, con el fin de reducir los costos administrativos.

Existen además acuerdos inter-aseguradores con base en los cuales cada asegurador paga a su propio asegurado el monto correspondiente a la parte de los daños sufridos frente a los cuales no haya un responsable, con el fin de favorecer las soluciones basadas en una transacción⁸¹, disminuir los retardos en las liquidaciones y lograr ahorros administrativos. Estos mecanismos de redistribución de los costos explican también porqué las pretensiones del sistema de seguridad social raramente son cuestionadas en sede judicial⁸².

Luego, un impuesto especial grava sobre las primas de los seguros que deben pagar los propietarios de vehículos, el cual tiene por objeto pagar al servicio sanitario nacional los gastos ocasionados por los accidentes de tránsito. La imposición de

80 Los únicos países de la Unión Europea que no prevén la obligación para el causante del daño de reembolsar al sistema de seguridad social los *benefits* erogados son Dinamarca y Portugal.

81 Se sostiene que las posibilidades de llegar a un acuerdo satisfactorio son mayores en virtud de que la contraparte material de la transacción es el “propio” asegurador.

82 Por otra parte, las modalidades procesales de reclamación son análogas a las del lesionado, a cuya acción resarcitoria el sistema de seguridad social normalmente se adhiere.

esta tasa sobre las primas se basa evidentemente en criterios redistributivos, antes que de repartición del riesgo. De hecho, el mismo crece de acuerdo con el tipo de uso y valor del vehículo asegurado, y no en función de la propensión al riesgo del usuario en particular.

En concordancia con las otras experiencias europeas, el derecho de repetición de la seguridad social se excluye, en cambio, en lo que hace a las pérdidas no pecuniarias, en la medida en que no se otorga ninguna suma por este concepto. Mucho menos pueden las sumas obtenidas a título de pérdidas no pecuniarias estar sujetas a impuestos, pues no se consideran como resarcimiento por pérdidas de rédito⁸³.

La influencia francesa también se advierte en la legislación reciente y en el mercado de los seguros. De hecho, Bélgica imitó la *Loi Badinter* en diferentes aspectos y tomó prestadas de la experiencia francesa pólizas innovadoras para el mercado de los seguros. Por ejemplo, desde 1989 apareció en el mercado del ramo una póliza de seguros que ofrece el resarcimiento de las pérdidas efectivamente sufridas calculadas según las reglas de la responsabilidad civil y no ya, como se hacía con anterioridad, según el *maximum* establecido⁸⁴. Esta póliza garantiza un resarcimiento seguro y sin retrasos, tanto de las pérdidas económicas como de las pérdidas no pecuniarias, previendo además una deducción automática, del *quantum* obtenible, de lo que se haya recibido por parte de la seguridad social.

En su conjunto, el modelo belga se distingue, por un lado, por cierto nivel de complejidad; por el otro, por la capacidad de

83 Este es un dato significativo, si se considera la alta presión fiscal que existe en Bélgica y los beneficios fiscales que normalmente se resaltan respecto de los *structured settlement* en Gran Bretaña.

84 Un tipo de seguro *first party* que brinda un resarcimiento equiparable al que se logra con la acción de responsabilidad civil existe también en Estados Unidos; se trata de la póliza contra daños causados por vehículos no asegurados. Cfr. sobre el punto G. L. PRIEST. "L'assicurazione obbligatoria per la circolazione degli autoveicoli negli Stati Uniti", *Quadr.*, 1992, 32, 36, donde también se encuentran datos que contradicen la superioridad práctica de los sistemas de resarcimiento basados en reglas de responsabilidad objetiva.

tener bajo control el sistema liquidatorio, evitando así aumentos excesivos del *quantum* resarcible, y sin que, sin embargo, se proceda a una drástica reducción de los derechos de la víctima. Ello no significa que no existan riesgos de *under* o de *over-compensation*, ni mucho menos que la disparidad liquidatoria de las pérdidas no pecuniarias de una circunscripción de corte de apelaciones a otra no requiera de regulación.

En cualquier caso, norte de estas políticas sigue siendo una cuidadosa coordinación de las diferentes respuestas institucionales, orientada hacia una protección creciente y equilibrada de la persona.

IV. LA EXPERIENCIA ALEMANA, ENTRE RÉGIMEN GENERAL Y REGLAS ESPECIALES

Las reglas de la responsabilidad civil en Alemania⁸⁵ se encuentran al lado de un sistema de seguridad social muy extendido. De hecho, se dice que el Estado social alemán no deja espacio sin asegurar⁸⁶. Con ese objeto se actualiza continuamente, para garantizar además la mayor coordinación posible con los otros instrumentos presentes: a excepción de los pagos obtenidos por parte de los *first party insurance*, todo beneficio colateral se deduce de lo que está obligado a pagar, por

85 La mayor parte de los datos de los que disponemos se refieren a la República Federal Alemana antes de la reunificación. Sin embargo, cfr. el meticoloso análisis relativo al esfuerzo por introducir dentro de la experiencia alemana del daño a la persona los desarrollos conceptuales italianos sobre el daño a la salud, en G. BENDER. *Personenschaden und Schadensbegriff, Rechtsvergleichende Untersuchung zur neueren Entwicklung des Personenschadensrechts in Italien*, Baden-Baden, 1993. Cfr. la recensión en italiano de dicha monografía en E. NAVARRETTA. "Recensione a Gregor Benden (Personenschaden und Schadensbegriff, Rechtsvergleichende Untersuchung zur neueren Entwicklung des Personenschadensrechts in Italien, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993)", *Riv. Dir. Civ.*, 1995, 1, 282.

86 W. PFENNIGSTORF. "Germany", en PFENNIGSTORF (dir.). *Personal Injury Compensation. A Comparative Analysis of the Major European Jurisdictions*, cit., 65.

la acción de resarcimiento de daños, el que ha cometido el daño. La mayor parte de los gastos médicos⁸⁷, por ejemplo, los paga el servicio público, pero la realización de tratamientos médicos innecesarios se desincentiva con la imposición de *tickets* sanitarios que gravan en última instancia sobre el que ha cometido el daño. En efecto, éste de cualquier manera sigue siendo responsable por los gastos realizados, y adicionalmente puede ser obligado a seguir pagando lo que sea menester para mantener el derecho de la víctima a la asistencia que brinda el sistema de seguridad social⁸⁸. Además, el suministrador de los servicios de seguridad social tiene derecho a subrogarse en el lugar del lesionado, para recuperar los gastos realizados por parte de quien ha cometido el daño. En esta materia las particularidades de la práctica alemana están constituidas por los acuerdos de división de las pérdidas entre los seguros sociales (especialmente por la asistencia sanitaria) y algunos aseguradores de responsabilidad civil. Estos últimos pagan, con independencia del grado de responsabilidad, el 55% de los costos del caso específico, sin considerar el eventual concurso de culpa⁸⁹.

En esta experiencia la responsabilidad civil juega un papel importante en lo que hace a la recuperación, a favor de los seguros sociales y privados, de las sumas liquidadas por con-

87 Que se cubren por completo a un porcentaje cercano al 95% de la población.

88 Una detallada presentación de estos mecanismos y de los procedimientos de integración con el sistema de responsabilidad civil puede verse en E. KINGMÜLLER. "Liability insurance in the Federal Republic of Germany", *Geneva Papers*, vol. 15, 1990, n.º 56, 330-336; PFENNIGSTORF. *Liability Procedures and Alternatives in the Federal Republic of Germany*, cit., 292-329. En cambio, en Italia se ha sostenido que "conciernen al empleador, que se ve privado de la prestación de su dependiente como consecuencia de un accidente de tránsito provocado por un tercero, el reembolso de las sumas erogadas, tanto a título retributivo como contributivo" (Ap. Milán, 10 de junio de 1986, *Arch. Giur. Circ.*, 1986, 709), adoptando en la práctica la propuesta alemana sólo si se advierte la lesión del derecho de crédito de un tercero, que se ve "constreñido" a pagar a su dependiente sin obtener la correspondiente prestación laboral.

89 *Ibíd.*, 72.

cepto de resarcimiento, lo que se logra mediante un derecho de repetición circunscrito a lo que esté obligado a resarcir el causante del daño⁹⁰.

El sistema de seguridad social alemán no prevé ninguna indemnización por las pérdidas no pecuniarias, e inclusive las pérdidas económicas se resarcan en forma limitada. Por tanto, también en este país normalmente se incoan dos acciones contra aquél que ha causado el daño: la primera, la acción de repetición del asegurador, público o privado, que ha indemnizado al lesionado; la segunda, en cambio, la intenta éste último para obtener el resarcimiento de los *non-pecuniary losses* y las pérdidas económicas no resarcidas por el sistema de seguridad social.

Al igual que en todos los demás países pertenecientes al *civil law* que han sido aquí considerados, el sistema de responsabilidad civil se basa en la responsabilidad por culpa, atemperada por ciertas facilidades en cuanto hace a la prueba y por específicas hipótesis de responsabilidad objetiva, como sucede con la responsabilidad por productos defectuosos y la responsabilidad por riesgos derivados de instalaciones nucleares⁹¹.

El BGB sigue, por lo menos formalmente⁹², el modelo de tipicidad del ilícito, enumerando las hipótesis específicas en las cuales es posible el resarcimiento del daño: la responsabilidad

90 De donde la función estrictamente resarcitoria del *tort system* resulta marginal también en Alemania. Sobre el sistema de responsabilidad civil alemán cfr. B. MARKESINS. *The German Law of Torts*, London, 1986, en donde el análisis se realiza con base en la comparación de los casos jurisprudenciales.

91 En las hipótesis de daños por actividad peligrosa, y en general en las hipótesis de responsabilidad objetiva previstas en leyes especiales, el resarcimiento de las pérdidas no pecuniarias normalmente queda excluido, mientras que en caso de accidentes de trabajo el resarcimiento del daño moral puede exigirse en juicio si se trata de conductas lesivas intencionales.

92 Cfr P. G. MONATERI. *La sineddoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984. Cfr. también la casuística referida en W. VAN GERVEN, J. LEVER, P. LAROUCHE y C. VON BAR-G. VINEY (dirs.). *Tort Law. Scope of Protection*, Hart Publishing, 1998.

por un *personal injury* generalmente requiere de una conducta intencional o culposa (*Verschuldenshaftung*) que viole uno de los derechos enumerados en el § 823, parágrafo 1, del BGB (vida, cuerpo, salud, libertad, propiedad u otros derechos)^{93*}.

La distinción entre “daños al cuerpo” y “daños a la salud” consiste en diferenciar nominalmente las lesiones a la integridad física de la alteración a las funciones internas del cuerpo humano en la práctica. La distinción no parece tener particular importancia en lo que se refiere a los *personal injury*, en la medida en que una violación a la integridad física deriva en un daño a la salud⁹⁴.

93 Nótese que sólo en determinadas hipótesis se reconoce el resarcimiento de los daños que se derivan de la muerte de una tercera persona (BGB, §§ 844-846).

* (N. del T.) En 2002 entró en vigencia la reforma del derecho de obligaciones en Alemania, la cual incidió significativamente en el estatuto de la responsabilidad civil del BGB. La norma (§ 847) que tipificaba los supuestos frente a los cuales procedía la indemnización del daño extrapatrimonial fue eliminada, y su contenido pasó a constituir el segundo aparte del § 253 del mismo cuerpo normativo, el cual disponía, y dispone aún, en su primer aparte, que el daño extrapatrimonial sólo puede ser resarcido en los casos previstos en la ley. El cambio obedeció a la necesidad de salvar la limitante que resultaba de la disposición sistemática del § 847, que se encontraba haciendo parte de las normas que regulan el hecho ilícito, basado éste sobre la culpa. Dispuesta ahora en la parte general del BGB, la norma que prevé los casos en los cuales procede la indemnización del daño extrapatrimonial puede aplicarse no sólo frente a la conducta culposa del agente sino también en los supuestos de responsabilidad objetiva, y hasta en el ámbito de la responsabilidad contractual.

94 Seguramente es más problemática en la experiencia alemana la pregunta acerca de si un *shock* síquico puede constituir *tout court* un daño a la salud. A este respecto, desde 1971 la Corte Suprema Federal (*Bundesgerichtshof*) se ha manifestado diciendo que el experticio médico que establece el nexo de causalidad entre la conducta lesiva y el trauma psíquico no es suficiente a los fines de establecer en tales hipótesis la existencia de una lesión a la salud resarcible; no obstante, el órgano juzgador debe realizar un juicio de razonabilidad, preguntándose en concreto si una persona razonable (léase, el hombre medio) podría percibir el daño sufrido como una lesión a la salud o como el resultado de una exposición normal al riesgo al que estamos todos sometidos cotidianamente. Cfr. sobre el tema el caso piloto decidido por la Corte Suprema Federal (*Bundesgerichtshof*, BGB) del 11 de mayo de 1971, *BGHZ* 56, 163, y el más reciente, *BGH* del 5 de febrero de 1985, en *NJW*, 1985, 1390, con nota de DEUBNER. Para una comparación con la problemática afín del *nervous*

La causa de la lesión puede estar constituida por una conducta positiva o un acto cualquiera de omisión, siempre que en cabeza del que produce el daño exista un deber específico de actuar. Si bien este principio es ampliamente compartido por numerosos países europeos, inclusive de *common law*, ha tenido sin embargo un desarrollo especial en la jurisprudencia alemana. Su evolución se produjo gracias a decisiones jurisprudenciales, que gradualmente crearon la regla operativa por la cual quien se dedica a actividades potencialmente dañosas debe actuar para evitar que los potenciales daños efectivamente se verifiquen. De allí, luego, la jurisprudencia extrajo el concepto más amplio del *Verkehrssicherungspflichten* (deber de salvaguarda del tráfico): de acuerdo con esta figura todo aquél que cree una fuente potencial de daño a terceros, abriendo espacios al público o poniendo en circulación objetos o servicios peligrosos, está en el deber de tomar todas las medidas necesarias para evitar causar daño a alguno de los derechos absolutos tutelados por el § 823, parágrafo 1, del BGB⁹⁵. En el terreno probatorio la jurisprudencia ha elaborado numerosas presunciones dirigidas a simplificar la carga de la prueba en cabeza del lesionado, especialmente en lo que hace a la culpa y a la relación de causalidad⁹⁶, invirtiendo de

schock del common law, véase J. FLEMING. "Distant shock in Germany and elsewhere", 20 *Amer. J. Comp. L.* 485 (1972).

El interés a la integridad física y a la salud se tutela incluso al nascituro, cuyo derecho al eventual resarcimiento del daño queda sometido a la condición del nacimiento. Para una información introductoria cfr. M. ZALEWSKY. "Aspects of German law of damages", en *Damages for personal injuries. A European perspective*, cit., 64, 68; G. BENDER. "Il risarcimento del danno alla persona in Germania", en *Danno e responsabilità*, 1998, 406.

- 95 No se analiza el § 826 BGB que, como se sabe, regula las conductas intencionales contrarias a las boni mores, dado que las hipótesis de daño intencional a la persona previstas en dicha norma son frecuentemente reguladas por el § 823 BGB, y en cualquier caso, son muy controvertidas en jurisprudencia. Véase una reseña del problema en B. MARKESINIS. *A comparative introduction to the German law of torts*, 2.ª ed., Clarendon Press., 1990, 659 s. Cfr. *ibíd.*, 69. También allí pueden encontrarse referencias bibliográficas en alemán.
- 96 Resulta interesante destacar cómo muchas de estas presunciones encuentran un

hecho la carga de la prueba en un gran número de supuestos de hecho que producen daño a la persona, y facilitando con ello su tutela.

El régimen especial de los daños causados en accidentes automovilísticos prevé un complejo supuesto de responsabilidad objetiva en cabeza de quien tiene el control del vehículo o hace uso de él, ya sea el propietario, el custodio u otra persona⁹⁷. Por otra parte, dicha hipótesis especial no precluye la aplicabilidad de las normas generales sobre responsabilidad previstas en el BGB, pero impone un límite resarcible por el daño a la persona de un máximo de 750.000 marcos [€ 383.468,91] si el resarcimiento es en suma capital, o de 45.000 marcos [€ 23.008,13] si se trata de renta anual, y excluye cualquier acción de daños por “*pain and suffering*”, lo que en la práctica estimula a las víctimas a actuar sea *ex* § 7 de dicha ley especial, sea *ex* § 823 BGB, con el fin de obtener un resarcimiento pleno. Ello seguramente disminuye los niveles de previsibilidad y certeza que hubieran querido introducirse con la legislación especial, y conduce a la pérdida de las ventajas administrativas que

parangón en la experiencia del *common law*, y especialmente en Norteamérica. Es el caso, por ejemplo, de la regla *res ipsa loquitur* que encuentra un perfecto homólogo en la jurisprudencia alemana donde no se exige más al lesionado la demostración, como exige en cambio la letra del § 276 BGB, de la negligencia del productor en su actividad de proyección o de construcción. Será en cambio suficiente aportar la prueba de que el producto era ya defectuoso en el momento en que salió de las manos del productor. Cfr. BGH del 4 de junio de 1988, NJW, 1988, 2611, con nota de REINELT. La primera aplicación de la regla es muy anterior a la promulgación de la Directiva comunitaria 85/374 del 25 de julio de 1985 sobre responsabilidad de productos defectuosos y su transposición en Alemania, que se produjo sólo el 15 de diciembre de 1989, con el *Produkthaftungsgesetz*. Cfr. BGH del 26 de noviembre de 1968, BGHZ, 51, 91 ss. Una discusión en detalle se encuentra en MARKESINIS. *A Comparative Introduction to the German Law of Torts*, cit., 76 s.

97 Cfr. la *Strassenverkehrsgesetz* §7. Cfr. ZALEWSKY. *Aspects of German Law of Damages*, cit., 64 ss. El seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística fue introducido en 1939. Para un primer acercamiento de tipo histórico acerca de la evolución de la r. c. a. en la República Federal Alemana, cfr. H. MÖLLER. “L’assicurazione obbligatoria nella Repubblica Federale Tedesca”, *Ass.*, 1960, 569. Cfr. también ALPA. *La riforma della disciplina sull’assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, cit., 528 ss.

pretendían lograrse, puesto que la culpabilidad y la relación de causalidad son de cualquier modo establecidas en juicio. Dicha falta de certeza es luego trasladada ampliamente al sistema de los seguros, por medio de un mecanismo complejo de subrogación en los derechos de la víctima, creado con la introducción de mecanismos de seguros obligatorios⁹⁸.

Las pérdidas no pecuniarias, subsumibles como unidad en el concepto anglosajón del *pain and suffering*, se resarcan en Alemania con una suma única, cuyo monto, si bien no alcanza los niveles norteamericanos, es en cualquier caso superior a la media europea⁹⁹.

Se aclara que la fórmula *pain and suffering* es entendida en este caso en un sentido tan amplio que comprende, al lado de la lesión física, también el daño moral, el ansia y la pérdida del placer de la vida, el temor a una muerte prematura¹⁰⁰, etc.

Las redes tradicionalmente restrictivas de la liquidación del daño a la persona han sufrido en los últimos años un embate importante, en el sentido que han visto ampliar el abanico de las pérdidas resarcibles¹⁰¹. En efecto, a partir de la decisión del 13 de febrero de 1992 del *Bundesgerichtshof*¹⁰²,

98 Cfr. *Pflichtversicherungsgesetz* del 5 de abril de 1965.

99 Sobre el resarcimiento del daño moral en Alemania cfr. P. HANFORD. "Moral damage in Germany", 27 *ICQL*, 849 (1978). En una perspectiva de comparación cfr. U. MAGNUS. "Damages for non economic loss: german developments in a comparative perspective", 39 *ICQL*, 675 (1990); BENDER. *Il risarcimento del danno alla persona in Germania*, cit., 406.

100 Ejemplificaciones liquidatorias bastante detalladas en PFENNIGSTORF. "Germany", cit., 72 ss. Tal es, además, el significado atribuido por la jurisprudencia a la noción de *Schmerzensgeld*.

101 Resultado de dicha presión resultó también la ley que a partir del 1.º de julio de 1990 derogó la tradicional regla sobre la intransmisibilidad de las acciones resarcitorias por concepto de pérdidas no pecuniarias, o la ley del 14 de marzo de 1990, *Bundesgesetzblatt* I, 478, que modificó el texto originario del § 847 BGB. Una discusión sobre tal innovación legislativa, en un marco rico de datos de derecho extranjero, se puede encontrar en E. NAVARRETTA. *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, Giappichelli, 1996, 135. Pero frente a ellas, como contrapeso, se encuentra una serie de modificaciones procesales tendientes a regular el acceso a las instancias sucesivas a la primera, o frente a determinados órganos juzgadores, variando la competencia en función de la cuantía. PFENNIGSTORF. "Germany", cit., 67.

la jurisprudencia llegó a soluciones concretas muy similares a las que se produjeron en Italia con el reconocimiento del daño a la salud.

La liquidación del daño se realiza con base en la equidad, siendo indiferente si se hace con una suma única o asignando una renta anual¹⁰³. Nótese que también las pérdidas no pecuniarias se liquidan frecuentemente bajo la modalidad de una anualidad, para responder así a la lógica del alivio de un sufrimiento que se prolonga en el tiempo. Con ese fin se utilizan tablas de liquidaciones precedentes, compiladas y publicadas por particulares¹⁰⁴, que si bien no tienen carácter oficial alguno, ofrecen al liquidador una guía confiable.

La experiencia alemana puede representar un primer terreno válido para la comparación con la experiencia norteamericana, como también puede constituir el ejemplo para un equilibrado acercamiento europeo. En efecto, incluso la ampliación de las hipótesis resarcitorias y de los rubros de daño, ha seguido, por decirlo así, la política de los pequeños pasos. Aun resistiéndose a la tentación de ampliar las hipótesis de responsabilidad objetiva más allá de las hipótesis estatutarias, al final se llegó a resultados similares a los estadounidenses con una lenta pero progresiva ampliación de las hipótesis de responsabilidad civil por culpa –por medio de la ampliación del *duty to take care*, por usar una fórmula propia del *common law*– y una revisión

102 Publicada en *NJW*, 1992, 781, y reconfirmada por BGH del 6 de diciembre de 1994, VI ZR 80/94, en *NJW*, 1995, 783.

103 Es común la previsión del pago por medio de rentas anuales, incluso cuando se trata de transacciones, como sucede conforme con la regla liquidatoria (BGB 843) en los casos resueltos judicialmente. Cuando se trata de una transacción, las partes pueden libremente escoger la modalidad liquidatoria que prefieran, mientras que en caso de litigio la liquidación en un monto fijo puede solicitarse sólo por la víctima y mediando suficiente justificación.

104 W. PFENNIGSTORF y D. G. GIFFORD. *A Comparative Study of Liability Law and Compensation Schemes in Ten Countries and the United States*, Insurance Research Council, 1991, 70. Las dos principales colecciones de jurisprudencia (HACKS, RING y BÖHM. *Schmerzensgeld Beträge*, München, ADC, 18.ª ed., 1997, y SLIZYK. *Beck'sche Schmerzensgeld-Tabelle*, 2.ª ed., München, Verlag Beck, 1994) ofrecen en concreto un completo sistema tabular para el *Schmerzensgeld*.

amplificadora de la noción de daño resarcible basada en la *Differenztheorie*, pero abierta a una concepción moderna de patrimonio¹⁰⁵.

Resultan muy significativas, en dicha perspectiva de comparación con la experiencia norteamericana las *policy* que se aplican en la valoración del daño, lo que se lleva a cabo siempre de manera muy atenta y rigurosa en las impugnaciones, especialmente en apelación. Toda desviación de los estándares usuales debe justificarse. Por otra parte, las reglas sobre el concurso de culpa se aplican en forma rigurosa y casi nunca son forzadas, aun si proporcionan una reparación adecuada del daño. El *quantum* efectivamente liquidado tiene muy en cuenta los posibles ahorros, inclusive aquellos fiscales, lo cual no significa que no se esté desarrollando un *trend* amplificador, o que no existan decisiones animadas sólo por la intención de drenar recursos de sujetos considerados “bolsillos profundos”¹⁰⁶. Por otra parte, dichas decisiones no socavan las tradicionales políticas de rigor valorativo y de atención casi extremista al caso concreto. De hecho, aun en una perspectiva de uniformidad de tratamiento, la valoración es altamente individualizada en la liquidación del daño, contemplando inclusive cada erogación ya hecha por el sistema de seguridad social y cada ahorro o beneficio fiscal que corresponde al lesionado¹⁰⁷.

105 Una síntesis puede verse en el estudio hecho por BENDER. *Il risarcimento del danno alla persona in Germania*, cit., 1998, 405 ss.

106 En dicha dirección se encuentran claramente dos decisiones recientes. La primera, rondando la exclusión del resarcimiento de las pérdidas no pecuniarias en casos de responsabilidad por productos defectuosos, en este caso particular una bebida endulzada que podía favorecer la caries en los niños, impuso una inversión de la carga de la prueba de la culpa, y dedujo, de la calidad de profesional del productor, la falta de inclusión de un *warning* a este respecto. *Bundesgerichtshof* del 12 de diciembre de 1991 (VI ZR 7/91), *Versicherungsrecht* 1992, 96-100, tal como se encuentra citado en PFENNIGSTORF. “Germany”, cit., 68. La segunda, un caso típico de *deep pocket*, otorgó un sustancioso resarcimiento a una mujer paralítica a causa de un accidente automovilístico ocasionado por el marido. *Landgericht Kiel* del 16 de enero de 1989, *Versicherungsvermittlung* 1991, 427-428, tal como se encuentra citado en PFENNIGSTORF. Ob. cit., 68.

Además, el papel de las organizaciones sin fines de lucro, en lo que hace a la prestación de asistencia sanitaria, es extremadamente importante en Alemania, y ello acerca una vez más tal experiencia a la estadounidense¹⁰⁸.

En conclusión: liquidaciones resarcitorias sustancialmente más generosas que la media europea aproximan la experiencia alemana a la norteamericana, pero la primera se diferencia de manera importante de la segunda por la riqueza de respuestas de la seguridad social y por los mecanismos de integración de las diferentes respuestas institucionales. Estos datos pueden poner en crisis la explicación sobre el crecimiento de las hipótesis de responsabilidad como instrumento sustitutivo de la seguridad social, que se esgrime con frecuencia en lo que hace a la experiencia norteamericana.

Desde otro punto de vista, en cambio, la experiencia alemana participa plenamente de la orientación europea, que ve cómo se afirma la centralidad del valor salud dentro de un modelo de tutela que privilegia el uso sinérgico de diversas respuestas institucionales.

V. LA EXPERIENCIA DEL REINO UNIDO

A. Entre *common law* y reformas legislativas

La experiencia del Reino Unido tiene indudables méritos históricos por el papel líder que jugó, a partir de la segunda

107 Un significativo ejemplo de ello es que durante el período de hospitalización la víctima se ahorra algunos gastos de manutención como la alimentación, los cuales se calculan normalmente en unos 20 marcos [€ 10,22] diarios aproximadamente, que se deducen del *quantum* resarcitorio, en calidad de ahorros. Cfr. PFENNIGSTORF. Ob. cit., 70.

108 Alrededor de un tercio de las camas de los hospitales alemanes los proporciona este tipo de organizaciones. Cfr. SEIBEL. *Government/Third-Sector Relationship in a comparative perspective: The case of France and West Germany*, cit., 44. En general sobre la experiencia alemana cfr. H. K. ANHEIER. *An Elaborate Network: Profiling the Third Sector in Germany*, De Gruyter, 1992.

post-guerra, en la construcción de un sistema completo de seguridad social. Desde el Informe Beveridge¹⁰⁹, hasta llegar a los resultados más recientes de la *Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury*, el sistema de seguridad social inglés ha visto crecer en forma constante su influencia y su relevancia en la sociedad inglesa¹¹⁰. No obstante lo cual el resarcimiento del daño a la persona según el *common law of torts*—basado fundamentalmente en una responsabilidad por culpa, sin que falten hipótesis de *strict liability*¹¹¹— aún sigue siendo importante en el Reino Unido¹¹². De hecho, en él se encuentran dos posibles fuentes de reparación: a. Los *social security and national insurance benefits*, que se pagan prescindiendo del establecimiento de la responsabilidad del accidente en cabeza de la víctima o de las personas a su cargo, y b. El resarcimiento de los daños que se suma a los beneficios de la seguridad social, y que se encuentra en cambio condicionado a la demostración de, por lo menos, una culpa atribuible a un tercero.

El *National Health Service* brinda asistencia médica a todo residente y algunas indemnizaciones a los trabajadores asegurados. Cuando se trata de accidentes de trabajo el sistema de

109 El Beveridge Report es un estudio, dirigido por el entonces ministro del Trabajo WILLIAM BEVERIDGE, sobre los programas de seguridad social en Gran Bretaña y Nueva Zelanda, el cual ofreció la base para las consistentes regulaciones de la seguridad social inglesa de la post-guerra.

110 Cfr. también, para una visión histórica, A. OGUS-E. BARENDT. *Law of Social Security*, London, 1982.

111 Por lo demás, todos los países pertenecientes a la CEE tuvieron que introducir tal régimen, por lo menos en cuanto hace a la responsabilidad por productos defectuosos para adecuarse a la Directiva del 25 de junio de 1985 transpuesta en Italia con el d.p.r. n.º 224 del 24 de mayo de 1988. Cfr. el cuidado comentario de R. PARDOLESI y G. PONZANELLI, en *NLCC*, 1989, 497 ss.; PONZANELLI. *La responsabilità civile*, cit., 71 ss., donde se encuentran además numerosas referencias bibliográficas.

112 Un análisis más amplio en J. E. BAGGS y K. S. CANNAR. "Liability Procedures: The Position Applying in the United Kingdom", en *Geneva Papers*, vol. 15, 1990, n.º 56, 219-275.

seguridad social paga indemnizaciones temporales¹¹³, mientras que para las víctimas de daños por vacunaciones o por acciones criminales han sido concebidos programas resarcitorios especiales¹¹⁴. El goce de los beneficios de la seguridad social en principio sólo comporta una reducción limitada del *quantum* exigible al civilmente responsable, y prácticamente no existe derecho de subrogación.

En los años setenta se produjo una reducción general de los sectores de tutela confiados a los mecanismos resarcitorios del *tort system*, que pasaron luego al sistema de seguridad social, con la consiguiente reducción de las sumas liquidadas por pérdidas no pecuniarias, y la introducción de nuevos programas de protección social, tal como fuera promovido por la Comisión Pearson. De hecho, esta última tendía abiertamente en sus propuestas a hacer del ilícito aquiliano un *junior partner* de la seguridad social.

Por el contrario, en los años ochenta se asistió a una drástica reforma de la seguridad social. Las modificaciones más importantes tuvieron que ver con las relaciones entre los recursos financieros de los dos sistemas de reparación referidos. Los *benefits* por accidentes de trabajo fueron disminuidos en lo relativo a su cuantificación; pero hay más, algunos de ellos fueron inclusive eliminados. En cambio, la gestión de otros programas pasó a manos de particulares, lo que condujo a una disminución de las prestaciones erogadas. En síntesis, la uniformización de los diferentes sistemas de respuesta del daño a la persona promovida por la *Pearson Commission* se ha llevado a cabo en dirección opuesta a la entonces propuesta: es decir, con una nivelación tendiente a la reducción de los

113 Más detalles en BAGGS y CANNAR. Ob. cit., 219 ss., y K. S. CANNAR y J. F. COLLINS. "United Kingdom", en PFENNIGSTORF (dir.). *Personal injury compensation. A comparative analysis of the major European jurisdictions*, cit., 161 ss.

114 PFENNIGSTORF y GIFFORD. *A Comparative Study of Liability Law and Compensation Schemes in Ten Countries and the United States*, cit., 169.

beneficios ofrecidos por el *social security system*, inclusive en los casos de accidentes de trabajo¹¹⁵.

No obstante, se procedió a su vez a una mayor coordinación entre las diferentes respuestas¹¹⁶.

En 1978 la Comisión Pearson había sugerido que todos los beneficios que hubiesen sido pagados por el Estado fueran recuperados por éste, reteniendo la deducción parcial de los beneficios que conducirían a un doble resarcimiento¹¹⁷. Ello en miras a crear un sistema reparatorio de base *no-fault* administrado por completo por el Estado, capaz de reducir sensiblemente el papel de la responsabilidad civil. El *Social Security Act* de 1989, en efecto, acogió tal sugerencia¹¹⁸, pero bajo una óptica totalmente diferente: hoy todo *benefit* otorgado por el *Department of Social Security* debe ser *siempre* reembolsado a éste¹¹⁹, deduciéndolo *en su totalidad de cualquier*

115 La nivelación no se produjo acercando los estándares liquidatorios a los niveles originariamente más generosos previstos en materia de accidentes de trabajo.

116 Sin embargo, nótese que en el trabajo dirigido por D. HARRIS, M. MACLEAN, H. GLENN, S. LLOYD BOSTROCK, P. FENN, P. CORFIELD y Y. BRITAN. *Compensation and Support for Illness and Injury*, Oxford, Clarendon Press, 1984, 317 ss., se sigue hablando de la falta de una estrategia de coordinación de las diferentes respuestas institucionales inglesas. La Law Commission. *Consultation Paper 144, Damages for Personal Injury: Medical Nursing and Other Expenses*, 1997, analizó recientemente el problema de la recuperación de las cantidades pagadas, entre otros, por el Sistema Sanitario Nacional, frente al causante del daño. Cfr. también Law Commission. *Consultation Paper 147, Damages for personal injury: Collateral Benefits*, 1997.

117 La comisión no tomaba en cuenta en absoluto las razones históricas de la solución. Cuando en 1948 las instituciones de seguridad social sustituyeron, con el pago de las indemnizaciones por parte del Estado, los *workers' compensation plan* que ofrecían un pago semanal por el trabajador víctima de un accidente, se estableció que sólo el 50% de esos beneficios podía ser deducido del quantum resarcible en responsabilidad civil, y restituido al Estado. Dicha alternativa, que comprometía el 50%, tenía evidentemente en cuenta los aportes pagados por los trabajadores.

118 La vieja regla por la cual se deducía la mitad de los beneficios de la seguridad social, prevista en el § 2 (1) de la *Law Reform (Personal Injury) Act 1948*, aún se aplica a las indemnizaciones inferiores a 2.500 £.

119 El *Department of Social Security* recupera del causante del daño el total de

resarcimiento, inclusive si se está en presencia de una transacción, o de una reducción del resarcimiento por concurso de culpa del lesionado. La restitución de los *benefits* grava sobre quien resarce el daño –con frecuencia un asegurador–, y si en la liquidación del daño no se atiende a dicha obligación, pueden resultar obligados a pagar dichas sumas en adición al resarcimiento¹²⁰.

Este sistema puede parecer desequilibrado en virtud de que opera sólo sobre los seguros sociales, mientras que para los seguros estipulados en forma privada no se prevé ninguna deducción de los *collateral benefits*¹²¹. En realidad, excluir la posibilidad de resarcir por medio de la responsabilidad civil las pérdidas reconocidas por los programas de seguridad social, y reconocer en cambio dicha posibilidad cuando de seguros privados se trata (elección particular aún no muy difundida entre la población), presenta una innegable coherencia lógica¹²². La *collateral benefit rule* limitada a las inversiones privadas evita desmotivar la elección individual de buscar una tutela económica mayor respecto de la generalidad de los ciudadanos, lo que permite el desarrollo de opciones y fórmulas de protección que en el futuro podrían resultar de difusión general. Una lectura tal de la *collateral benefit rule* acerca el modelo inglés

la suma pagada a la víctima, si es que se liquida judicialmente una suma superior a los 2.500 £.

- 120 Este mecanismo nuevo, efectivo desde el 3 de mayo de 1990, implicó un aumento mediano del costo del seguro del 15% para el empleador, excluyendo los gastos administrativos de las relaciones entre las empresas aseguradoras y el Departamento de Seguridad Social. Cfr. CANNAR y COLLINS. "United Kingdom", cit., 167, donde puede encontrarse además un análisis detallado acerca de los costos administrativos a cargo de cada parte (ibíd., 169-171).
- 121 En Gran Bretaña no es el ciudadano el que recupera el valor de mercado de las prestaciones ofrecidas por el Servicio Sanitario Nacional, pero si ha debido contratar servicios privados, obtendrá el reembolso de estos gastos. J. FLEMING. *The Law of Torts*, 8.^a ed., 1994, 246.
- 122 En realidad, el principio había sido establecido hace más de un siglo en *Bradburn v. Great Western Railway* (1874) L.R. 10 Ex. 1, y resulta coherente con la regla análoga de las donaciones recibidas por el lesionado. Cfr. *Redpath v. Belfast Railway* [1947] N.I. 167.

al modelo sueco¹²³ y sirve, a su vez, para diferenciarlo de la experiencia estadounidense¹²⁴.

Los rubros resarcibles comunes por un *personal injury* comprenden: las pérdidas económicas hasta la fecha de la liquidación, el lucro cesante, la pérdida de la capacidad laboral, los gastos por tratamientos sanitarios futuros y por asistencia, las pérdidas no pecuniarias¹²⁵.

El régimen del lucro cesante (efectivamente demostrado) es muy similar al italiano: la ganancia no percibida se multiplica por un factor calculado sobre la base de la expectativa de vida laboral del lesionado. Por el contrario, el régimen del lucro cesante para el caso en el cual el lesionado, al momento del siniestro, no esté aún o no esté ya empleado –por ej., un niño

123 Cfr. P. M. DANZON. "The Swedish patient compensation system: Lessons for the United States", 15 *J. Legal Med.* 199, 213-222 (1994); P. CANE. *Atiyah's Accident, Compensation and the Law*, 5.ª ed., London, 1993, 324-330. Un profundo análisis acerca de las posibles razones que justifican la *collateral source rule*, y sobre la regla que prevé el derecho de subrogación del asegurador –social o privado– en los derechos de lesionado, o la reducción del *quantum* resarcitorio, lo realiza R. LEWIS. "Deducting collateral benefits from damages: principle and policy", 18 *Legal Studies* 15 (1998).

124 Por lo demás, cuando la Comisión Pearson presentó su informe, era notorio el papel del seguro *first party* dentro del Reino Unido: ofrecía en *compensation* una cantidad igual al 25% de lo que había sido liquidado en el *tort system*, otorgando, sin embargo, sólo un *quantum* reducido, y únicamente al 7% de las víctimas de un accident. Cfr. los datos contenidos en K. M. STANTON. *The Modern Law of Tort*, London, Sweet & Max., 1984, 286. Una reciente revisión crítica acerca de la eficacia del *tort system* inglés, realizada de manera discursiva, aunque mordaz, puede verse en P. S. ATIYAH. *The Damages Lottery*, Oxford, Hart Pub., 1997, 32 ss.

125 Específicamente, en cuanto hace a los rubros determinados de pérdidas no pecuniarias, el lesionado tiene derecho al resarcimiento del *pain and suffering* padecido, y al que se produzca en el futuro como consecuencia del *personal injury* y las intervenciones quirúrgicas que sean necesarias. De la figura originaria y central del *pain and suffering* la jurisprudencia ha creado otros tipos de *non-pecuniary losses* (*loss of amenities of life* y *loss of expectation of life*). Sin embargo, el legislador inglés ha creído oportuno reconducir la *loss of expectation of life* (pérdida de la expectativa de vida) dentro del campo originario del *pain and suffering* (cfr. el Administration of Justice Act –1982– y las directivas de la Comisión Pearson), e introducir el resarcimiento en monto fijo, y relativamente modesto, para el cónyuge y los hijos (*bereavement*) en caso de lesión moral.

que no tenga aún edad para trabajar o un ama de casa— no cuenta con desarrollos como los existentes en la experiencia italiana en tema de daño a la salud. De hecho, en los ejemplos señalados —niño o ama de casa— el resarcimiento se calcula utilizando criterios desde hace tiempo abandonados en Italia, como la renta y la profesión de los padres¹²⁶, o la renta media nacional¹²⁷.

También en el Reino Unido las sumas asignadas convencionalmente a título de resarcimiento de las pérdidas no pecuniarias son establecidas “arbitrariamente”. Es decir, no existe criterio para determinar el valor de una parte del cuerpo humano¹²⁸ o fundamento racional para diferenciar entre el valor de una parte y el valor de otra¹²⁹. Sin embargo, ello no obsta para que las sumas liquidadas puedan ser calculadas sobre la base de experiencias jurisprudenciales pasadas, que hallan su concreción en los casos similares decididos con anterioridad¹³⁰. Práctica ésta a la que las cortes inglesas se sujetan sin objeción¹³¹.

126 Así en *Connolly v. Camden & Islington Area Health Authority*, [1981] All E.R. 250. Sobre el punto cfr. E. BANAKAS. “Il risarcimento del danno alla persona nel diritto inglese oggi”, en *Danno e Responsabilità*, 1998, 313 ss.

127 Es el caso *Croke v. Wiseman*, [1982] 1 W.L.R. 71.

128 “All such damage awards could be multiplied or divided by two overnight and they would be defensible or indefensible as they are today”: así P. S. ATIYAH. *Accidents Compensations and the Law*, London, 1970, 213.

129 *Wise v. Kay*, [1962] 1 Q.B. 638, 655.

130 Recopilación de decisiones se encuentra en KEMP. *The Quantum of Damages*, cit., 51001 ss., y en J. MUNKMAN. *Damages for Personal Injury and Death*, 8.ª ed., London, Butterworth, 1988, 73 ss.

131 En materia de liquidación del daño a la persona, esta práctica comenzó a desarrollarse en 1940, gracias a decisiones guía que trazaron el camino liquidatorio para los distintos tipos de lesión, adecuando en ocasiones, a las circunstancias del caso concreto y a la inflación, los límites liquidatorios indicados. La construcción del modelo se había llevado a cabo de manera informal hasta 1966, año en el cual la Court of Appeal comenzó a reformar las liquidaciones establecidas tanto por los jurados (cfr. *Ward v. James*, [1966] 1 Q.B. 273) como por los jueces inferiores, más allá de la línea de valoración trazada para el caso *sub iudice*. Cfr. por ejemplo *George v. Pinnock*, [1973] 1 All. E.R. 926 (C.A.).

Pese a la fuerte capacidad de persuasión del precedente, se ha advertido la necesidad de un verdadero y propio observatorio, permanente y calificado, que tenga por objetivo proporcionar líneas guía que sean actualizadas constantemente. El *Civil and Family Committee* del *Juridical Studies Board*¹³² ha publicado guías actualizadas sobre las liquidaciones efectuadas en juicio, reagrupando en forma sistemática las diversas lesiones¹³³. Con ello se ha introducido un método flexible de valoración de las pérdidas no pecuniarias, que garantiza además niveles aceptables de previsibilidad del sistema. Si bien el fundamento lo constituyen las anteriores decisiones judiciales, el precedente no es vinculante y cada caso debe ser decidido sobre la base de las peculiaridades que el mismo presente.

A pesar de la actualización periódica del precedente en función de la inflación, en los últimos años se ha producido una tendencia que resiente de niveles resarcitorios excesivamente bajos¹³⁴. Ello, sin embargo, parece ser contradicho por un estudio reciente que ha sometido a escrutinio más de 57.000 casos de daño a la persona en los cuales se liquidó una suma superior a las 10.000 libras esterlinas. Los resultados de este estudio parecen indicar un crecimiento actual de la suma media liquidada, equivalente al 13%, es decir, más elevado que la tasa de inflación¹³⁵. El fenómeno de crecimiento parece estar

132 Resulta útil indicar la composición de este organismo: dos *High Court Judges*, dos *Circuit Judges*, tres *District Judges*, dos académicos, dos juristas prácticos, un solicitador y un representante del Ministerio de Justicia.

133 Se trata de las publicaciones del Judicial Studies Board. *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injuries Cases*, Blackstone Press, 1992 y 1995.

134 En 1998, la *Citizen Action Compensation Campaign* propuso la constitución de una comisión *ad hoc* que tuviera por objeto establecer tablas vinculantes para los jueces, pero la correspondiente propuesta de ley –*Citizen's Compensation Bill* 1989– jamás fue aprobada. Una propuesta similar se sometió luego, en 1992, por parte de la Association of Personal Injury Lawyers, a consideración de la Law Commission. Cfr. Association of Personal Injury Lawyers, Law Commission, 5th Programme of Law Reform: Personal Injury Damages Examination, preliminary submission, 1992.

135 Se trata del estudio *The United Kingdom Bodily Injury Study* realizado por la

relacionado con la difusión de una cultura del contencioso de estilo estadounidense, junto a una mayor racionalización del sistema, que ha vuelto la acción judicial más accesible para las víctimas. Sin embargo, el resultado más interesante es quizá que este estudio, como conclusión, promueve una mayor sinergia entre los operadores de los procesos de rehabilitación y atención inmediatas y el mundo de los seguros, ya que es posible una mejor administración de los recursos para lograr al mismo tiempo un ahorro de gastos y un incremento significativo de la calidad de vida de la víctimas lesionadas más gravemente.

Deducir los parámetros de liquidación del daño de las decisiones jurisprudenciales precedentes no es característica exclusiva del modelo inglés¹³⁶, sino que, viéndolo bien, puede señalarse como una de las características comunes más marcadas dentro de las diferentes experiencias europeas.

En realidad, las modalidades de erogación de lo que se liquida constituye la innovación más importante del modelo del Reino Unido. De hecho, en este país se ha producido un crecimiento sensible de los *structured settlement*, que dan al asegurador de la persona que ha causado el daño la posibilidad de utilizar parte del *quantum* resarcible para adquirir una “*annuity*” reversible. Dicha modalidad de pago del resarci-

London International Insurance and Reinsurance Market Association, 1997. Para una reseña de los resultados contenidos en el estudio, cfr. D. WATSON. “Damages and rehabilitation: a way forward?”, *Jour. Pers. Injury Litigation* 97 (1998).

136 A pesar de que la *Law Commission* (Report n.º 556, §§ 32-36) y la Comisión Pearson (*Report of the Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury -1978-*, §§ 377-380) se opusieron a la introducción de tarifas como las que se usan en materia de accidentes industriales, la base de valoración de los jueces continúa siendo, como puede fácilmente constatarse, las cifras establecidas en las anteriores decisiones (reconsideradas, naturalmente). Cfr. *Walker v. Mc Lean (John) & Son*, [1979] 1 W.L.R., 760, y *Lim Poh Choo v. Camden and Islington Area Health Authority*, cit., 174. Son constantes las actualizaciones que ofrecen las revistas especializadas. Cfr. la publicación que lleva por título *Personal Injuries - Quantum of damages* dirigida por la *New Law Journal*.

miento es posible sólo si se cuenta con el consentimiento de las partes, y obviamente se relaciona sólo con resarcimientos de una determinada entidad¹³⁷.

Los resarcimientos con forma estructurada, como las indemnizaciones anuales de otros países europeos, distribuyen el pago del resarcimiento en un largo período de tiempo, lo que representa ventajas para todas las partes involucradas. No obstante, los seguros de responsabilidad pueden cerrar la partida con el pago de una suma capital, pero con los pagos periódicos evitan el desembolso inmediato de cifras que pueden ser ingentes, y además pueden obtener ventajas financieras de los rendimientos relacionados con la administración de tales sumas. El lesionado que consiente un resarcimiento articulado recibe importantes beneficios fiscales: gracias al principio indemnizatorio, la legislación fiscal inglesa¹³⁸ permite, de hecho, recibir exenta de impuestos una parte de la suma que habría de recibirse a título de resarcimiento. Al contrario, si el lesionado invirtiera personalmente el *quantum* resarcible en una suma total, los rendimientos serían considerados como renta de capital¹³⁹, y tasados en consecuencia como tal. Además, se elimina así para el lesionado el riesgo de una administración equivocada del capital resarcitorio. Sin embargo, estas modalidades de liquidación presentan limitaciones cuando se producen cambios drásticos en el costo de vida o en las condiciones personales de la víctima. De hecho, los *structured settlement* no tienen en cuenta tales circunstancias, aun si

137 El *structured settlement* de menor entidad que señalaba la crónica para 1994 ascendía a 65.000 £. Cfr. STANTON. *The Modern Law of Tort*, cit., 263, nota 78. No faltaron propuestas tendientes a permitir a los jueces que volvieran obligatorios los *structured settlement* cuando sobrepasaran un determinado monto, o cuando fuera así solicitado por parte del lesionado. Cfr. APIL. "Preliminary Submission to the Law Commission", referido en Law Commission Consultation Paper n.º 125.

138 Se trata específicamente del *Inland Revenue* (1987).

139 Cfr. BAGGS y CANNAR. *Liability Procedures: The Position Applying in the United Kingdom*, cit. Concretamente en relación con los ejemplos sobre el fenómeno, cfr. el Apéndice 3 de la p. 271.

por lo general prevén cláusulas de incremento periódico del *quantum* debido.

Más allá de tales innovaciones, desde el punto de vista de las modalidades de pago del *quantum* resarcible la regla general en el *common law* prevé la liquidación de una suma capital (*lump-sum*), dado que no existe ninguna regla legal que disponga una cosa distinta¹⁴⁰. La insatisfacción creciente relacionada con la liquidación de una *lump-sum* ha incentivado inclusive en el Reino Unido el estudio de soluciones diferentes, algunas de las cuales se relacionan con la sustitución de las reglas sobre responsabilidad civil. De hecho, muchos *no-fault plan* prevén la liquidación del daño futuro bajo la forma de renta vitalicia. Sin embargo, también este método de liquidación suscita perplejidad. Antes que nada, se requiere de una múltiple intervención del juez para determinar continuamente el *quantum* debido. En segundo lugar, se señalan los costos administrativos relacionados claramente con tal procedimiento de liquidación. Finalmente, se refiere un “efecto negativo en el proceso de curación del lesionado”.

De esta solución específica se diferencian los llamados *provisional damages*, introducidos por la *Administration of Justice Act* de 1982, § 6¹⁴¹. En la práctica, estos consisten en dar al juez el poder de subdividir el resarcimiento en dos partes en aquellos casos de mayor gravedad en los cuales no sea claro si

140 Cfr. el informe de la New South Wales Law Reform Commission. *Provisional Damages*, Sidney, 1996, 7 ss., donde aparece un resumen de las críticas hechas por parte de la jurisprudencia a la liquidación del daño en suma global. Cfr. también el correspondiente Report del England and Wales, Law Commission, *Structured Settlements and Interim and Provisional Damages*, *Law Com. N. 224*, 1994. La intención de la Pearson Commission de sustituir el pago de una suma global por la liquidación de rentas periódicas no fue en absoluto acogida. Sobre este punto, cfr. STANTON. *The Modern Law of Tort*, cit., 260 ss.

141 Más exactamente, la posibilidad de obtener la condena al pago de una suma provisional en caso de daño a la persona fue introducida en Inglaterra por el § 32A del Supreme Court Act 1981, que depende en gran medida de la prueba acerca del hecho que la lesión incapacitante puede seguir agravando el daño, motivo por el cual se difiere el resarcimiento integral.

la lesión a la integridad psicofísica tendrá o no consecuencias posteriores: en el primer caso el lesionado podrá acudir nuevamente al juez para obtener una suma resarcitoria adicional, como también sucede en Francia.

B. *Welfare State, tort alternatives* y reformas en el Reino Unido y en Estados Unidos: una primera comparación

La descripción sumaria del sistema-país británico ofrece un nuevo terreno de comparación con la experiencia estadounidense; comparación aún más significativa por su tradición común de *common law*.

Las diferencias anotadas en lo que hace al papel del *tort system* en Inglaterra y en Estados Unidos puede encontrar su explicación en la presencia o no de institutos orgánicos de *social security* que hacen que sea menos “apetecible” para la víctima demandar en responsabilidad civil, y menos necesaria la liquidación de un monto elevado para reparar el daño sufrido. Sin embargo, dicha afirmación requiere de una revisión posterior.

En perspectiva histórica, la constatación de la diversa importancia que tienen los sistemas de seguridad social en las experiencias bajo análisis puede deducirse de las conclusiones a las que llegó en 1978 la propia Comisión Pearson, y también de los resultados legislativos producto de ese importante aporte. Ella se dirigía antes que nada a redefinir las relaciones entre la responsabilidad civil y la seguridad social. Los resultados de la investigación, que duró más de cinco años, revelaron una fotografía completa de la realidad existente para 1978 y asumieron un valor casi paradigmático en la descripción de los dos institutos¹⁴². El valor agregado de los beneficios ofrecidos

¹⁴² Según una expresión, que luego se volvió célebre, el *tort system* inglés aparecía relegado como un “junior partner”. La expresión se encuentra en el *Report of*

por el sistema de seguridad social era mayor al doble de lo que se pagaba en *tort*, y además el número de los que disfrutaban de los beneficios del *social security system* era seis veces superior al de los sujetos indemnizados según las reglas de la responsabilidad civil¹⁴³. Por otro lado, aproximadamente sólo el 6% de los sujetos lesionados recibía alguna tutela, y ello por medio de un sistema de liquidación de los daños altamente estandarizado. El fenómeno era exactamente el opuesto del que se verificaba y se verifica en Norteamérica, pues allí no existe casi ninguna uniformidad en el *quantum* liquidado en casos análogos.

La Comisión Pearson señalaba la extrema lentitud en la liquidación de los daños y los altísimos costos de gestión de los instrumentos de responsabilidad civil, si se comparaban con los mecanismos de la seguridad social, sensiblemente más económicos en su administración y mucho más veloces en la liquidación de los beneficios¹⁴⁴.

the Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury, Cmnd. 7054, (1978), § 1732.

143 *Report of the Royal Commission on Civil Liability*, cit., tab. 4, p. 13. Por otro lado, el sistema de responsabilidad civil –a juicio de la Comisión– parecería apoyarse sólo en la posibilidad de asegurar la responsabilidad. Para decirlo con un autorizado estudioso de la responsabilidad civil inglesa, “without [liability insurance] the tort system would have succumbed, not to hipertrophy, but to costipation”: J. FLEMING. “The Pearson report: its ‘strategy’”, 42 *Modern L. Riv.* 249, 251 (1979). Sobre el papel del mercado de los seguros antes y después de la labor de la Pearson Commission, cfr. P. J. SHERMAN. “The Pearson report and insurance”, en ALLEN, BOURN y HOLYOAK. *Accident Compensation after Pearson*, cit., 121.

144 Cfr. *Report of the Royal Commission on Civil Liability*, cit., § 83 y vol. II, tab. 158, p. 207. Ello, a pesar de que la Comisión Pearson no propone la abolición del *tort system* y su sustitución total con esquemas de seguridad social. Aun subrayando sus reservas acerca de la capacidad preventiva de la responsabilidad civil, considera simplemente “impopular” abolir un remedio al cual la opinión pública está acostumbrada. Cfr. *Report of the Royal Commission on Civil Liability*, cit., § 912. “[T]he abolition of tort for personal injury would have deprived many injured people of a potential source of compensation without putting anything in its place”, concluyendo que la posibilidad de demandar en *tort* debía mantenerse incluso para las hipótesis cubiertas por los *no-fault plan*. Cfr. *Report of the Royal Commission on*

Sin embargo, es significativo que los deseos de reforma de la responsabilidad extracontractual presentes hoy en el Reino Unido apunten en su mayoría¹⁴⁵ a incrementar en un modo u otro la tutela normalmente ofrecida por el *tort law*¹⁴⁶. En los manuales se identifican normalmente tres tendencias de reforma: la primera aspira a modificar las reglas procesales, para disminuir la lentitud y las ineficiencias de la tutela que ofrece la responsabilidad civil; la segunda pretende conseguir una mayor tutela, por medio de la introducción de reglas de responsabilidad objetiva o de inversión de la carga de la prueba; la tercera, que es la más radical, se dirige a la sustitución del sistema judicial sobre el que se apoya la responsabilidad civil por programas *no-fault*.

La primera tendencia ha logrado ya algunos resultados. Por ejemplo: el *Courts and Legal Services Act* de 1990 modificó la

Civil Liability, cit., § 275. Por lo demás, la Comisión consideraba ineludible responder a dos de los objetivos que el sistema de responsabilidad civil persigue: incentivar comportamientos considerados éticamente correctos y prevenir aquellos reprochables. Una opinión crítica acerca de la capacidad preventiva del *tort system* anglosajón, puede verse en R. A. HASSON. "The Pearson report - Something for everyone?", 6 *British J. of Law and Society* 119 (1979). A decir verdad, ya entonces era evidente que el sistema, si bien se basaba formalmente en la *negligence* como criterio príncipe de imputación de la responsabilidad, preveía en la práctica en su interior hipótesis en las cuales el demandado era considerado responsable simplemente ideando artificios jurídicos para imputarle cualquier culpa. Sin embargo, en las recomendaciones de la Comisión no deberían haberse producido más superposiciones entre los esquemas en mención, sino únicamente integraciones: "function of the tort would become that of supplementing the no-fault compensation already provided by the state": *Report of the Royal Commission on Civil Liability*, cit., § 279. Si el *tort system* no debía abandonarse del todo, por otra parte, era necesario podar sus ramas secas; y el problema que atormentaba a la Pearson Commission era justamente el de los *non-pecuniary losses*. Para una síntesis de las propuestas de la Pearson Commission, cfr. C. BOURN. "The Pearson proposals in outline", en ALLEN, BOURN y HOLYOAK. *Accident Compensation after Pearson*, cit., 11.

145 Cfr. la opinión contraria de ATIYAH. *The Damages Lottery*, cit., 188 ss., que propone la abolición de la responsabilidad civil por daños a la persona sin sustituirle con algún programa alternativo; íd. *Law and the Modern Society*, Oxford, OUP, 1995.

146 STANTON. *The Modern Law of Tort*, cit., 171 ss.

competencia de los procesos sobre *personal injury*, confiando a las *County Court* las controversias cuyo valor no superen las 50.000 £, y dejando sólo aquellas de un valor superior a la *High Court*, con el objetivo de acelerar los juicios y disminuir los costos. Objetivo similar, en el sentido de facilitar el acceso a la justicia inclusive en lo que respecta al daño a la persona, parece perseguir la introducción del “*conditional fee system*”¹⁴⁷, por el cual los abogados pueden ofrecer sus servicios al cliente sin que medie ninguna retribución en el caso que la acción legal no prospere, o recibir una retribución mayor en el caso contrario. Instituciones públicas o *non profit* pueden ahora contratar con un determinado bufete legal para obtener la asistencia técnica general –por ej., en lo relacionado con la responsabilidad del que ha causado el daño, no con la cuantificación del daño– requerida por un grupo mínimo de 10 víctimas; mientras, otras instituciones o asociaciones se ocupan de informar sobre sus derechos a las víctimas de *accidents* especialmente desastrosos –es decir, que involucran un determinado número de personas como sucede, por ej., en un grave accidente de tránsito o con los damnificados por un medicamento–, o pueden inclusive ofrecer un servicio de coordinación entre sus respectivos abogados¹⁴⁸.

Nótese que muchos de estos instrumentos son creaciones “parajudiciales”, en el sentido que los jueces ingleses han permitido su desarrollo en el tiempo con, por ejemplo, los *cost sharing orders*¹⁴⁹, o con la autorización de pagos provisionales (*interim payments*)¹⁵⁰.

No obstante lo anterior, la *compensation* a través de las reglas del *tort law* se obtiene con bastante retardo –inclusive en el caso

147 Cfr. § 48 del Courts and Legal Services Act 1990; Conditional Fee Agreement Regs., S.I. 1995, n.º 1674-45.

148 Es el servicio ofrecido por la Law Society.

149 Cfr., por ejemplo, el caso *Davies v. Eli Lilly & Co.* [1987] 3 All E. R. 94.

150 Cfr. *RSC*, Ord. 29, r. 11.

que se haya logrado una transacción¹⁵¹— y en consecuencia, quien ofrece una protección de base a la víctima de un *personal injury* sigue siendo el sistema de seguridad social¹⁵².

Entonces, hoy, a 20 años de las conclusiones de los trabajos de la Comisión Pearson, la situación no ha cambiado en forma sensible. En Inglaterra, las víctimas de una lesión personal reciben por parte del *National Health Service* todas las atenciones médicas y tratamientos hospitalarios necesarios, sin que deban realizar ninguna erogación en forma inmediata. En Estados Unidos, en cambio, no todos cuentan con algún tipo (*first party*) de seguro médico, y frecuentemente aun aquellos que lo tienen no reciben una cobertura adecuada de los gastos realizados como consecuencia de un *accident*. De otra parte, en el Reino Unido un trabajador subordinado recibe del empleador una suma preestablecida que sustituye la retribución de las primeras 28 semanas de incapacidad o enfermedad. Si bien es limitada, dicha suma garantiza un mínimo para la subsistencia fácilmente obtenible y con frecuencia integrada con otras formas de seguro. En Inglaterra, el sistema de previsión social se encuentra efectivamente en capacidad de ofrecer a los trabajadores “enfermos” una suma que con frecuencia coincide con el salario percibido antes del infortunio, y asegura la posibilidad de un pre-pensionamiento en caso de una invalidez permanente de importancia¹⁵³.

Quizá no sea casual que el *Statutory Sick Pay*—la obligación de pagar una indemnización a los trabajadores subordinados

151 En promedio, una transacción extrajudicial se logra en 19 meses. Cfr. D. HARRIS et al. *Compensation and Support for Illness and Injury*, cit., 122.

152 Sin embargo, esta tutela (que se brinda sin tener en cuenta la causa que la genera), puede probablemente provocar que, en virtud de la variedad de las posibles intervenciones quirúrgicas, dos personas que hayan sufrido una misma lesión reciban una compensation significativamente diversa. Cfr. sobre el punto a STANTON. *The Modern Law of Tort*, cit., 249 y 170.

153 Una sintética pero completa reseña acerca de los beneficios de seguridad social ofrecidos en el Reino Unido a las víctimas de un *accident* puede leerse en STANTON. *The Modern Law of Tort*, cit., 286 ss.

por cualquier enfermedad, cualquiera sea su origen— haya sido introducido como regla general por el *Social Security and Housing Benefits Act* de 1982¹⁵⁴, año en el cual la *Administration of Justice Act* de 1982 reformó las modalidades de resarcimiento de los *personal injury*, incidiendo significativamente sobre los rubros de los *non-pecuniary losses* y acogiendo en parte las propuestas de la Comisión Pearson¹⁵⁵.

Los datos apenas expuestos, sumados a una compleja serie de otras fórmulas de seguro, pueden conducirnos a la conclusión que en el Reino Unido un número realmente exiguo de personas sufre pérdidas económicas significativas en caso de lesiones físicas, y no tiene, luego, asegurado para el resto de su vida una renta mínima que le garantice la subsistencia; y ello aun considerando el hecho que durante el largo período de tiempo en el que gobernó el partido conservador, los beneficios ofrecidos por la seguridad social fueron objeto de un redimensionamiento considerable¹⁵⁶. Por lo demás, es significativo que en Inglaterra el 75% de las víctimas de un *accident* no haya pensado nunca en pedir alguna forma de *compensation*¹⁵⁷.

A conclusiones contrarias se puede llegar si se examina la experiencia estadounidense, donde no existen esquemas generales de protección al ciudadano y la falta de sistematización de los programas en vigor debilita el cuadro general de garantías del lesionado. En Estados Unidos dicho resultado puede predicarse inclusive respecto de sectores, como los accidentes de trabajo, en los cuales los mecanismos de tutela por el daño

154 En particular: *Social Security and Housing Benefits Act*, ch. 24, § 1-27. En 1985 el beneficio aumentó, al extender la cobertura de 8 a 28 semanas. Cfr. el *Social Security Act* 1985, ch. 53 § 18.

155 Para un amplio panorama acerca de los beneficios otorgados por el *security system* británico, cfr. P. S. ATIYAH y P. CANE. *Atiyah's Accident, Compensation and the Law*, 4.ª ed., London, 1987, en particular 355-373.

156 Cfr. R. GLENN. "Who claims compensation: Factors associated with claiming and obtaining damages", en *Compensation and Support for Illness and Injury*, London, 1984; P. S. ATIYAH. "Tort law and the alternatives: some anglo-american comparisons", *Duke Law Journal* 1002, 1026-1028 (1987).

157 Los datos son tomados de STANTON. *The Modern Law of Tort*, cit., 163.

a la persona parecen estar más difundidos. Aunque en esta hipótesis sea relativamente más fácil para los lesionados obtener beneficios de fuentes alternativas a la responsabilidad civil, no se advierte a nivel estadístico una disminución sensible ni del número de acciones intentadas ni del *quantum* liquidado¹⁵⁸. En realidad, el número de acciones incoadas en el sector de los accidentes de trabajo es menor en los Estados Unidos que en el Reino Unido¹⁵⁹. Sin embargo, en estos casos es probable que la presencia de los beneficios de la seguridad social, que se obtienen con facilidad, no sea la que va en desmedro del remedio de la responsabilidad civil. Son más bien las limitaciones impuestas por específicos *statute* las que contienen el número de acciones de responsabilidad civil relacionadas con accidentes de trabajo, para encauzar la litigiosidad en otra dirección. De hecho, en Norteamérica se registra un aumento de las controversias sobre responsabilidad del productor cuando el accidente de trabajo puede atribuirse a los instrumentos de elaboración o a los productos elaborados.

Por otra parte, en Inglaterra existen numerosos canales alternativos a la responsabilidad civil que, aun si no pueden ser considerados instrumentos de seguridad social propiamente dichos, no están presentes, en cambio, en Estados Unidos¹⁶⁰. Ninguno de estos instrumentos logra cumplir las dos funciones de *compensation* y *deterrence* típicas de la responsabilidad civil, visto que logran cumplir sólo una u otra¹⁶¹. Entre los poderes

158 Sobre el punto cfr. ATIYAH. *Tort Law and the Alternatives: Some Anglo-american Comparisons*, cit., 1029-1030.

159 Sobre las relaciones entre *no-fault insurance coverage* y *tort*, cfr. más ampliamente "What constitutes sufficiently serious personal injury, disability, impairment, or the like to justify recovery of damages outside of no-fault automobile insurance coverage", en 33 *ALR* 4th, 767, West Pub., 1991, y suplementario 1994.

160 La ausencia en Estados Unidos de un sistema válido de *welfare state* o, lo que es lo mismo, la presencia en Inglaterra de un mayor número de *non-tort alternatives* dirigidas a ofrecer un alivio, aun mínimo, frente a los inconvenientes relacionados con un menoscabo a la salud, continúa representando una diferencia importante.

del *Ombudsman* o de los *Tribunal of Inquiry*, por ejemplo, generalmente no se encuentra el poder de liquidar ninguna reparación pecuniaria, pero estos organismos cumplen una importante función de prevención gracias a la publicación de los resultados de sus investigaciones y la consiguiente adopción de medidas disciplinarias. En cambio, en caso de *personal injury* producto de un delito existe un fondo administrado por el *Criminal Injuries Compensation Board*, que se encarga de resarcir inclusive las pérdidas no pecuniarias de las víctimas lesionadas de manera más grave. Las sumas erogadas por este organismo público¹⁶² son más generosas que las pagadas por instituciones análogas en Estados Unidos¹⁶³.

En síntesis, en Estados Unidos se observa un menor número de instrumentos idóneos para la consecución de los objetivos típicos de la responsabilidad extracontractual, respecto de cuantos existen en el Reino Unido. Se puede afirmar entonces que en Estados Unidos el *tort law* cumple una función de medio de control legal del comportamiento, en mayor medida de cuanto sucede en el Reino Unido¹⁶⁴. En efecto, el papel de la responsabilidad civil en Inglaterra resulta realmente marginal y no aspira a desplegar ninguna función de control o de guía social en materia de daño a la persona. Por el contrario, en Estados Unidos, gracias al gran poder de

161 Sobre la conveniencia de distinguir o no las dos funciones mencionadas en el texto, cfr. P. S. ATIYAH. "A legal perspectives on recent contributions to the valuation of life", en *The Value of Life and Safety*, M. JONES-LEE (ed.), 1982, 185, 188-192. El status diverso que tienen las funciones de *compensation* y de *deterrence* en los *workmen's compensation acts* y en los sistemas de seguridad social y de responsabilidad civil en Australia y Nueva Zelanda, puede verse en J. PALMER. *Compensation for Incapacity*, Oxford, 1979. Para una investigación sobre el derecho italiano, cfr. D. POLETTI. *Danni alla persona negli accidenti da lavoro e da automobile*, cit., 279 ss.

162 En efecto, el fondo es financiado con dinero público.

163 Cfr. H. HOEZEL. "A survey of 27 victims compensation programs", 63 *Judicature* 485 (1980).

164 Para un punto de vista más amplio, léanse las observaciones de R. A. KAGAN. "Should Europe worry about adversarial legalism?", 17 *Oxf. J. Legal Studies* 165 (1997), 165 ss.

los jurados y a las ingentes sumas liquidadas a título de resarcimiento, la jurisprudencia tiene mayor posibilidad de incidir sobre las grandes elecciones de *policy*, supliendo la falta de un papel activo del Estado, especialmente en lo que hace a la seguridad social¹⁶⁵.

En Estados Unidos las reglas operativas de la responsabilidad civil, marcadas en ocasiones por una fuerte filosofía *pro-plaintiff*, persiguen fines de justicia redistributiva, que en la mayoría de los países democráticos responden a regulaciones del poder legislativo. Un instrumento cardinal en estas operaciones de *policy making* lo constituye el resarcimiento de los *non-pecuniary losses*. De hecho, es evidente que en Inglaterra los principales problemas sociales los afrontan el poder ejecutivo y el poder legislativo, siendo ciertamente menor la intervención de la jurisprudencia; por el contrario, en Estados Unidos el poder legislativo se ve bloqueado con frecuencia por la acción cruzada de los diversos *lobbies*. Aquí, juez y jurado resultan entonces las fuentes privilegiadas para muchas “decisiones políticas” descentralizadas¹⁶⁶, y para cubrir los vacíos dejados por el papel decadente de las instituciones familiares y religiosas¹⁶⁷.

165 Para un análisis en italiano acerca de la responsabilidad civil desde una perspectiva comparativa, cfr. G. ALPA. “Le frontiere attuali della responsabilità da illecito nel diritto comparato”, *NGCC*, 1994, II, 83 ss.

166 Son emblemáticas las palabras dirigidas en 1982 por el entonces Chief of Justice de la U.S. Supreme Court al American Bar Association, citadas por W. E. BERGER. “Isn’t there a better way?”, 68, *ABAJ* 274, 275, (1982): “One reason our court have become overburdened is that Americans are increasingly turning to the courts for relief from a range of personal distresses and anxieties. Remedies for personal wrongs that once were considered the responsibility of institution other than the courts are now boldly asserted as ‘entitlements’. The courts have been expected to fill the void created by the decline of church, family, and neighborhood unity”. Consideraciones críticas acerca del papel de la responsabilidad civil como “instrumento primario de mediación entre la instancia social y la tutela jurídica”, y su consecencial “explosión”, en C. CASTRONOVO. “Le frontiere nobili della responsabilità civile”, *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1989, 622.

167 Iglesia, familia y solidaridad en las pequeñas comunidades fueron las instituciones protagonistas en la producción de servicios sociales antes de

Por estas razones, en el sistema norteamericano el *tort law* ha sido el lugar privilegiado para la creación de normas y estándares de comportamiento económico-social¹⁶⁸: la aplicación judicial de las reglas de responsabilidad civil ha desempeñado un verdadero y propio papel normativo. A tal propósito sigue siendo válido lo que destacó hace más de veinte años uno de los más importantes estudiosos ingleses de la responsabilidad civil: “[a]merican tort law is a response to the demand of a society in which there are many grievances not regarded as the responsibility of governments to redress”¹⁶⁹.

que dicha tarea la llevase a cabo el Estado. En las sociedades del bienestar estas instituciones siguen estando entre los principales productores de dichos *benefits*, con la diferencia que a ellas se agregan otras instituciones *non-profit* que tienden a asumir una estructura jurídica más definitiva y formal. Cfr. R. ROSE. “Il ruolo dello Stato nel welfare mix”, en A. BALDASSARRE. *I limiti della democrazia*, Bari, 1985, 143 ss.; M. BALDASARRI. “Per un welfare state fondato sulla selezione degli obiettivi e il controllo dell’efficienza”, en *ibid.*, 176 ss. Respecto de Estados Unidos, parece ser aún válido lo que había dicho CLARENCE MORRIS hace más de treinta años: “most collectible personal injury judgments function like social security for those whose claims happen to fall within tort liability’s ambit”: C. MORRIS. “Liability for pain and suffering”, 59 *Colum. L. Riv.* 476, 477 (1959).

168 A tales conclusiones llega en 1984 un estudio encargado por la American Bar Association. Cfr. Special Comm. on the Tort Liability System, A.B.A., “Towards a jurisprudence of injury: The continuing creation of a system of substantive justice”, en *American Tort Law* (1984) §§ 3-10 a 3-13, 3-21 a 3-25. Sobre las diferencias político-institucionales que se encuentran en la base de dicho fenómeno, cfr. P. S. ATIYAH y H. SUMMERS. *Form and Substance in Anglo-american Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions*, London, 1987.

169 P. S. ATIYAH. *Accidents Compensations and the Law*, London, 1975, 1018. Sobre el papel político de los jueces norteamericanos que tienden a hacer efectivos sus propósitos de reforma social, cfr. también B. MARKESINS. “Litigation-mania in England, Germany and the USA: are we so very different?”, 49 *Camb. Law J.* 233, 242 (1990). En conclusión, se sostiene que la responsabilidad civil es el espejo fiel del deseo de venganza o de reparación frente a quien la conciencia social considera un malhechor. Los riesgos de una convicción tal han sido expuestos por J. LLOYD y R. BOSTOCK. “Fault and liability for accidents: The accident victims perspectives”, en *Compensation and Support for Illness and Injury*, New York, 1984. En realidad, pareciera que en Estados Unidos cuando se entabla un juicio se atiende más a la identificación de quien puede pagar, que de quien ha causado el daño, incentivando de esa manera fenómenos

VI. "LA ALTERNATIVA SUECA"

La alternativa sueca sobre el resarcimiento del daño a la persona se basa en un amplio sistema de seguridad social y de *accident compensation scheme*, administrados por aseguradores privados, que prevé el resarcimiento de toda pérdida económica, a un nivel mucho más elevado que el nivel de subsistencia generalmente reconocido por los sistemas de seguridad social¹⁷⁰. Los beneficios así obtenidos se descuentan de las sumas recuperables mediante una acción de responsabilidad civil: más bien, con frecuencia las pérdidas que cubren estos seguros son totalmente excluidas del ámbito de la responsabilidad aquiliana y, en consecuencia, no puede en virtud de ellas intentarse ninguna acción para obtener el resarcimiento¹⁷¹.

En cambio, las pérdidas no pecuniarias son tenidas en cuenta sea por el *tort system* sea por el *no-fault insurance program*, en todos los supuestos en los que dichas pérdidas pueden presentarse. Pero en cualquiera de los dos casos, es claro que el resarcimiento no es pleno; se corresponde sí con criterios de justicia y equidad, pero se liquida siempre con sumas limitadas y no del todo satisfactorias¹⁷².

La finalidad de esta sustitución parcial del ilícito aquiliano consiste principalmente en brindar un instrumento resarcitorio

de redistribución de la riqueza. Así, ATIYAH. *Accidents Compensations and the Law*, cit., 1219.

170 Cfr. ASBJORN KJONSTAD. *Social Insurance and Compensation for Personal Injury*, Oslo, 1983. Para una descripción inicial en lengua italiana del modelo sueco, cfr. PONZANELLI. *La responsabilità civile*, cit., 131 ss. Sobre el sistema sueco cfr. AA. VV. *Compensation for Personal Injury in Sweden and Other Countries*, cit., 205 ss. Cfr. también J. HELLNER. "Compensation", 12 *Am. J. Comp. L.* 1 (1964). En una perspectiva de comparación con Italia cfr. F. D. BUSNELLI. "Modelli e tecniche di indennizzo del danno alla persona. L'esperienza italiana a confronto con l'alternativa svedese", *Jus*, 1986, 219. Cfr. también G. CALABRESI. "Policy goals of the 'swedish alternative'", 34 *Am. J. Comp. L.* 657 (1986).

171 Cfr., por ejemplo, la exclusión de responsabilidad del empleador en caso de accidentes de trabajo que prevé el Work Related Injuries Act 1976.

172 Para un análisis inicial del modelo, cfr. PONZANELLI. "La responsabilità civile", cit., 86-91.

más eficaz, económico y equitativo de aquél que vino a sustituir, con la esperanza de ofrecer un mejor servicio al usuario y, a su vez, lograr un ahorro de costos administrativos para la sociedad en general.

Quizá Suecia sea la única experiencia, comparable a aquellas extra-europeas, que ha afrontado la cuestión de la alternativa al sistema de responsabilidad civil con una estrategia global de sustitución de la misma. La reforma llevada a cabo prevé cuatro esquemas resarcitorios, que sustituyen parcialmente la responsabilidad extracontractual por un derecho de naturaleza contractual a recibir el resarcimiento directamente del propio asegurador¹⁷³. El mecanismo en cuestión ofrece la base jurídica para la liquidación de la mayoría absoluta de los resarcimientos normalmente otorgados en responsabilidad civil. Requisito para obtener el resarcimiento no lo constituye tanto la demostración de la culpa y el nexo de causalidad, como por el contrario el hecho que el accidente haya ocurrido en el desarrollo de una de las actividades predeterminadas.

El ámbito de aplicación de dichos programas de indemnización automática es normalmente mayor respecto de las soluciones análogas de los otros países europeos: por ejemplo, mucho antes que las directivas comunitarias orientaran la legislación europea en tal sentido, el resarcimiento por accidentes de tránsito se otorgaba inclusive a los pasajeros y al conductor del vehículo responsable aun si éste no se encontraba asegurado¹⁷⁴.

173 Una síntesis del sistema en C. OLDERTZ. "Sweden", en W. PFENNIGSTORF (dir.). *Personal Injury Compensation. A Comparative Analysis of the Major European Jurisdictions*, cit., 125 ss.

174 La responsabilidad del causante del daño se mantiene en el campo formal, a pesar de que todas las pérdidas las repara el asegurador. Por lo demás, justamentente en materia de responsabilidad civil automovilística Suecia tiene una larga tradición. La responsabilidad del propietario del vehículo se introduce en 1906, y en 1916 se lo considera como responsable salvo prueba de que el conductor no fue negligente y que el vehículo no tenía desperfectos. Dicha solución de inversión de la carga de la prueba había estimulado ya un aumento considerable del seguro privado de responsabilidad. No obstante, en

Todas las pérdidas económicas, actuales y futuras, son reconocidas bajo este esquema. La carga de la prueba que pesa sobre la víctima se encuentra reducida al mínimo; de hecho, en el caso de pérdidas de leve entidad, se reduce a la mera demostración de que no es improbable que se haya padecido dicha pérdida.

Todo beneficio, comoquiera que haya sido recibido, debe ser deducido del *quantum* resarcible, aun en los casos en que el autor del daño haya actuado de manera dolosa, lo que excluye a todas luces la posibilidad para los seguros sociales de

1929 el seguro se vuelve obligatorio acompañado por la acción directa contra el asegurador y la inoponibilidad a la víctima de las excepciones que derivan del contrato. La única excepción estaba constituida por la falta de pago de las primas del seguro debidamente notificada por la compañía aseguradora a la autoridad policial. En caso de siniestro causado por un vehículo no identificado, la responsabilidad recaía en cabeza de la asociación de empresas de seguros. En realidad, la responsabilidad civil automovilística en Suecia había sido profundamente reformada también en 1975 (Ley 1410, que entró en vigencia el 1.º de julio de 1976), extendiendo los rápidos mecanismos de reparación de peatones y pasajeros inclusive a los conductores. En el texto de la ley en cuestión se ratificaba el sistema de *bonus* por ausencia de siniestros, que podía alcanzar hasta el 75% de la prima del seguro. La ampliación del área de tutela permitía pronosticar a su vez un incremento del 60% aproximadamente en la prima del seguro. Cfr. sobre el punto E. STRÖMBACK. "La nuova legge svedese sui sinistri della circolazione", *Ass.*, 1977, I, 3, 11. Puede deducirse de lo dicho que ya desde hace tiempo la responsabilidad personal por accidentes automovilísticos se encontraba de hecho casi abolida del todo en Suecia. A ello debe sumarse una sólida tradición de seguridad social que provee (por medio de una fórmula de seguro obligatorio y generalizado) al pago inmediato de todos los gastos, comprendidas la pérdida de ingresos por los primeros tres meses, y la subrogación en los derechos de los lesionados en contra de los automovilistas. Cfr. J. HELLNER. "L'assicurazione automobilistica obbligatoria in Svezia", *Ass.*, 1960, I, 556; íd. "Rapporto sulla Gran Bretagna", Reporte nacional sobre el tema L'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile automobilistica del Simposio Aida, Roma, 15-16 de mayo de 1967, *Ass.*, 1967, I, 353 ss. Pese a la existencia de ese sistema articulado y completo, ya desde los años 50 la doctrina sueca propugnaba por su superación, para llegar a una mayor socialización de las pérdidas, aun frente a resarcimientos menores, y la transformación del seguro de responsabilidad civil automovilística en seguro de accidentes a favor de las víctimas, con responsabilidad ilimitada sólo en cuanto hace a los daños a la persona. Cfr. I. STRAHL. "Tort liability and insurance", en 3 *Scandinavian Studies in Law*, 1959, 199-226.

subrogarse en los derechos de la víctima, ya que ésta no goza de ningún crédito resarcitorio respecto de lo que le haya sido indemnizado por otras fuentes. Sólo se excluyen los pagos recibidos por parte de seguros adquiridos por el lesionado en forma privada¹⁷⁵.

Por otro lado, como sucede también en el sistema francés, en Suecia se concede una indemnización por asistencia especial de enfermería en caso de una invalidez particularmente grave. Este rubro resarcible, equiparable al doble del 96% del resarcimiento base, está previsto sólo para las víctimas menores de 16 años. Pero dicha suma se grava como renta¹⁷⁶.

Las pérdidas no pecuniarias se liquidan separadamente en los casos de invalidez permanente o temporal y representan el principal rubro resarcible en el régimen de responsabilidad civil. Las mismas reciben una denominación diversa según que se trate de invalidez temporal o invalidez permanente. En el primer caso asumen el nombre anglosajón de *pain and suffering*, comprendiendo indistintamente bajo tal nomenclatura toda clase de sufrimiento y de problemas causados por la lesión. Con referencia a la segunda hipótesis, los *non-pecuniary losses* se subdividen en dos subcategorías: a. *Permanent disfigurement or disadvantage*, que comprende las pérdidas no económicas relacionadas con una invalidez permanente y la subsiguiente pérdida del placer de la vida, y b. *Other inconveniences*, que comprende las dificultades en el desarrollo de actividades productivas que no causan una pérdida económica, pues en tal caso serían resarcidas como tal (por ej., los mayores costos por la necesidad de dedicar más tiempo para el desarrollo de actividades laborales)¹⁷⁷.

175 OLDERTZ. "Sweden", cit., 127.

176 Los datos son tomados, también en esta ocasión, de OLDERTZ. Ob. cit., 133.

177 Ese inusitado rubro resarcitorio tiene en Suecia un origen histórico muy preciso. Antes de las reformas de 1972 el resarcimiento se calculaba sobre la base del porcentaje de invalidez constatada y sobre la ganancia anterior al siniestro, prescindiendo de la pérdida efectiva. Esa categoría se introdujo

El resarcimiento del *pain and suffering* nunca se niega, salvo en las hipótesis de incapacidades de menor entidad que no ameritan hospitalización¹⁷⁸, y se liquida de acuerdo con un modelo desarrollado por las empresas de seguros que se basa en precedentes jurisprudenciales. Estas tablas de liquidación no han sido reconocidas oficialmente, aun si la *High Court* sueca ha admitido en distintas oportunidades su aplicabilidad en la práctica, al aprobar su uso cotidiano.

Las tablas sugieren sumas que decrecen con el aumento del período de invalidez, y crecen en cambio con el aumento de la intensidad del sufrimiento, pudiendo luego ser adaptadas, con incrementos entre el 10 y el 50%, a las circunstancias del caso concreto¹⁷⁹.

Como el *pain and suffering*, también el *permanent disfigurement or disadvantage* se liquida con una suma capital que se establece usando tablas indicativas, éstas así mismo basadas en precedentes decisiones judiciales y aplicadas con regularidad por la propia jurisprudencia. Dado que el porcentaje de invalidez permanente es el factor principal para determinar el *quantum* resarcible, numerosas guías han sido elaboradas inclusive por los médicos forenses¹⁸⁰. Por otra parte, nótese que frente a paridad de invalidez permanente, pero diversidad de tipologías, según las *guidelines* predispuestas anualmente por la *Traffic Injuries Commission*, pueden corresponder niveles resarcitorios diferentes¹⁸¹.

por razones de equidad respecto de aquellos que, no dejándose condicionar por la invalidez, seguían trabajando, sin que pudiera preverse la influencia futura de la invalidez sobre las posibilidades laborales de la víctima.

178 Como regla, si la incapacidad temporal no es superior a 30 días, no se otorga ninguna suma a título de *pain and suffering* a menos que la lesión no provoque graves sufrimientos.

179 En realidad, también las hipótesis de incremento se encuentran especificadas con ejemplos detallados, los cuales se refieren a lesiones constatables por médicos forenses.

180 A decir verdad, ello es válido sólo respecto de las tablas predispuestas para los accidentes de tránsito, en la medida en que los otros esquemas utilizan sus propias tablas.

El rubro *other inconveniences* pretende aliviar la fatiga padecida en las actividades laborales y recreativas; se liquida con una suma capital calculada como una cifra anual capitalizada¹⁸², que corresponde a un determinado porcentaje del *permanent disfigurement or disadvantage*.

Las dificultades económicas afrontadas por el modelo sueco han propiciado el estudio sobre la posibilidad de mitigar la tendencia de ampliación de la protección de las víctimas de *personal injury*. De hecho, se sostiene que la suma de los remedios que ofrecen la responsabilidad civil y la seguridad social brindan una cobertura cercana al 100%, justificando desde el punto de vista económico y social una eventual reducción, en aras de la salvaguarda del sistema, que se encuentra en crisis también en virtud de los altos costos administrativos advertidos y los peligros de *under-deterrence*.

VII. EL SISTEMA ITALIANO, MIXTO PERO (AÚN) NO INTEGRADO

La experiencia italiana se dirige, en una lógica de desarrollo coherente, hacia una reforma profunda del sistema de liquidación del daño a la persona y hacia un mayor equilibrio del mismo¹⁸³.

181 Las *guidelines* publicadas por la Traffic Injuries Commission para las hipótesis de accidentes de tránsito pueden consultarse en OLDERTZ. "Sweden", cit., 152 ss.; las del Patience Insurance Program, en PFENNIGSTORF y GIFFORD. *A Comparative Study of Liability Law and Compensation Schemes in Ten Countries and the United States*, cit., 185.

182 Estas tablas de cálculo no han sido reconocidas aún por la High Court en ninguna de sus decisiones.

183 Cfr. las síntesis de M. V. DE GIORGI. "Danno alla persona", *Riv. Dir. Civ.*, 1982, II, 448 y su actualización e ibíd., 1987, II, 459, íd. "Danno alla salute", *Riv. Dir. Civ.*, 1992, II, 824; M. FRANZONI. "Danno biologico e danno alla salute negli studi recenti", *Contr. Impr.*, 1988, 847. En realidad, la evolución de la responsabilidad no ha involucrado únicamente el daño a la persona. Cfr. F. D. BUSNELLI. "La parabola della responsabilità civile", *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1988, 643 ss. Para una crítica de la aparente proliferación de los derechos de la persona y su correspondiente tutela resarcitoria, cfr. D. MESSINETTI. "Recenti

Como se sabe, el daño a la salud¹⁸⁴, entendido como lesión a la integridad psicofísica “que incide sobre el valor hombre considerado en toda su dimensión”¹⁸⁵, absorbe figuras como la incapacidad laboral genérica, el daño a la vida de relación y el daño a la esfera sexual y estético, que anteriormente se liquidaban en forma autónoma¹⁸⁶. Su introducción constituye la

orientamenti sulla tutela della persona umana. La moltiplicazione dei diritti e dei danni”, *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1992, 173 ss. La evolución y los razonamientos de la jurisprudencia en materia de daño a la persona, reconstruidos en P. G. MONATERI y M. BONA. “Il danno alla persona”, en *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Padova, 1998. Una reseña sobre el punto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional puede leerse en I. TERESI. “La tutela della salute nelle decisioni della Corte Costituzionale”, *Rass. Dir. Civ.*, 1998, 114 ss.

184 Las líneas evolutivas de la cuestión italiana del daño a la salud se encuentran lúcidamente descritas en F. D. BUSNELLI. “Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona”, *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1987, 27 ss.; íd. “Figure controverse di danno alla persona nella recente evoluzione giurisprudenziale”, *Resp. Civ. Prev.*, 1990, 469; íd. “I problemi attuali del danno alla salute”, en *Danno e Responsabilità*, 1996, 665 ss.; G. ALPA. *Il danno biologico. Percorso di un’idea*, Padova, 1993; A. DI MAJO. “L’avventura del danno biologico: considerazioni in punta di penna”, *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1996, 319.

185 Una noción de daño a la salud en el sentido de alteración de las manifestaciones cotidianas del bien salud se encuentra en la sentencia de la Casación, n.º 1130, del 11 de febrero de 1985, 210, donde dentro del daño en cuestión se comprenden todas las “manifestaciones que se relacionan tanto con la actividad laboral como con las actividades extralaborales que pongan al sujeto en condiciones de producir y recibir ganancias”. Por otro lado, no faltan en la jurisprudencia definiciones más amplias del daño a la salud. Cfr. sentencia de la Casación, n.º 2012, del 21 de marzo de 1986 (*Riv. Inf. Mal. Prof.*, 1986, II, 186): “derecho del hombre a la plenitud de la vida y al desarrollo de su personalidad moral, intelectual, cultural, habida cuenta de que dicho bien hace parte del patrimonio del sujeto y resulta consecuentemente lesionado a causa del hecho ilícito, incluso cuando se trata de personas que no hayan todavía, o hayan perdido o no hayan tenido nunca aptitud para desarrollar actividades productivas”. Afirmaciones similares de la jurisprudencia han conducido a la conclusión según la cual “el concepto de daño biológico [rectius a la salud] constituye una toma de consciencia ya irrenunciable respecto de los más profundos y significativos ‘valores de la persona humana’ diversos y diferenciables de su ‘valor’ económico; una toma de consciencia que aporta además claridad!”: así G. GUSSONI. “Ancora sul danno biologico: riflessioni e proposte non teoriche”, *Resp. Civ. Prev.*, 1984, 611, 608.

186 La necesidad de tutelar la salud como derecho fundamental del individuo constitucionalmente protegido había sido advertida ya por la jurisprudencia

columna del proceso innovador activado por la jurisprudencia y la doctrina de los años 70, y que culminó en los años 80¹⁸⁷.

Dicho proceso evolutivo cuenta también con la contribución determinante de decisiones de la Corte Constitucional. De hecho, estas decisiones¹⁸⁸ contribuyeron a rediseñar el sistema

y la doctrina, sobre lo cual eran unánimes, aun antes de que la Corte Constitucional interviniese (cfr. infra notas sucesivas). De hecho, en 1978 F. D. BUSNELLI. "Tutela risarcitoria e diritto alla salute", en U. BRECCIA y F. D. BUSNELLI (dirs.). *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, 541-542, podía afirmar: "Entonces, los verdaderos, profundos, contrastes no se relacionan tanto con la admisibilidad de un resarcimiento del daño a la salud, sino más bien con la elección de los criterios de valoración económica del mismo".

187 Para una voz crítica respecto de la introducción del daño a la salud cfr. M. POGLIANI. "La 'regola del calzolaio' per la corretta valutazione del danno alla persona", *Resp. Civ. Prev.*, 1975, 417; A. DE CUPIS. *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979. De hecho, doctrina autorizada no consideraba necesario rediseñar el sistema para salvar sus incongruencias. Cfr. G. SCALFI. "Errare unanum, perseverare diabolicum", *Resp. Civ. Prev.*, 1975, 466. Una síntesis acerca de la evolución del daño a la salud puede leerse en P. G. MONATERI y M. BONA. "Danno alla persona", en *Dig. Disc. priv., Sez. civ.*, IV, apéndice del vol. XVI, Torino, 1998, 655 ss.

188 Los pronunciamientos de la Corte Constitucional se encuentran ahora sintetizados con incisiva perspectiva histórica en el comentario de G. PONZANELLI ("Un nuovo assalto alla cittadella dell'art. 2059 C.C.", *Corriere Giur.*, 1995, 68 ss.) a la sentencia del Tribunal de Bolonia del 13 de junio de 1995. Léanse las sentencias n.º 87 y 88 del 26 de julio de 1979, *Giur. It.*, 1980, I, 1, 9, con nota de G. ALPA. "Danno 'biologico' e diritto alla salute davanti alla Corte Costituzionale", en *Resp. Civ. Prev.*, 1979, 698; G. PONZANELLI. "Danno non patrimoniale e danno alla salute: due sentenze della Corte Costituzionale", *Foro it.*, 1979, I, 2542; F. GIARDINA-M. SANTILLI, en *Rass. Dir. Civ.*, 1980, I, 535; A. DE CUPIS. *Il diritto alla salute tra Cassazione e Corte Costituzionale*. También sentencia de la Corte Constitucional n.º 184 del 14 de julio de 1986, *Foro It.*, 1986, I, 2053, con nota de G. PONZANELLI. "La Corte Costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute", y de P. G. MONATERI. "La Costituzione e il diritto privato: il caso dell'art. 32 e del danno biologico ('staatrecht verghet, Privatrecht besteht')". La sentencia más reciente es la n.º 372 de la Corte Constitucional del 27 de octubre de 1994, *Foro It.*, 1994, I, 3297 ss., con comentario de G. PONZANELLI. "La Corte Costituzionale ed il danno da morte". Cfr. también las reflexiones de F. D. BUSNELLI. "Tre 'punti esclamativi', tre 'punti interrogativi', un 'punto e a capo'", *Giust. Civ.*, 1994, I, 3035; G. ALPA. "Lesione del diritto alla vita e 'danno biologico da morte'", *NGCC*, 1995, II, 153 ss.; G. SCALFI. "L'uomo, la morte e la famiglia", *Resp. Civ. Prev.*, 1994, 982; E. NAVARRETTA. "Dall'esperienza del danno biologico da morte all'impianto dogmatico sul danno alla persona: il giudizio della Corte Costituzionale", *ibíd.*, 996; G. GIANNINI. "La vittoria di Pirrone", *ibíd.*, 990; C.

italiano de responsabilidad civil en el sector bajo análisis, colocando el daño a la salud en el centro del sistema resarcitorio del daño a la persona, y reposicionando los rubros de lucro cesante y daño moral¹⁸⁹ al nivel de rubros eventuales.

Dicha noción de daño a la salud difiere de la fórmula daño biológico, que hace referencia a la mera lesión de la integridad física considerada en sí misma¹⁹⁰, hoy por hoy completamente adscrita, en lo que hace a su tutela, al artículo 2043 C.C.*.

AMATO. "Il nuovo cammino del danno biologico da morte: il trauma affettivo è un danno patrimoniale", *Giur. Cost.*, 1994, 4127.

189 La interpretación del artículo 2059 C. C. y de la noción de daño extrapatrimonial, ha tenido un papel central en la evolución de la disciplina italiana. Para una información inicial M. PERFETTI. *Prospettive di una interpretazione dell'art. 2059 C. C.*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1978, 1047; F. MASTROPAOLO. *Il risarcimento del danno alla salute*, Napoli, 1983; íd. "Recenti orientamenti in tema di danno alla persona", *Resp. Civ. Prev.*, 1990, 265; M. FRANZONI. "Danno morale", *Contr. Impr.*, 1990, 307; íd., en *Commentario Scialoja-Branca*, F. GALGANO (dir.), voz "Obbligazioni artt. 2043-2059", Roma y Bologna, 1993, 1200 ss.; y el destacado ensayo de R. SCOGNAMIGLIO. "Il danno morale", *Riv. Dir. Civ.*, 1957, 277. Por último cfr. P. PETRELLI. *Il danno non patrimoniale*, Padova, 1997, que recorre las líneas fundamentales de la jurisprudencia sobre el tema.

190 El aspecto estático, es decir, el daño a la salud contrapuesto a un "aspecto dinámico, que consiste en las manifestaciones cotidianas del bien salud, las cuales inciden tanto en la actividad laboral como en las demás actividades extralaborales que ponen al sujeto en condiciones de producir y recibir ganancias". En ese sentido, sentencia de la Casación n.º 1130, del 11 de febrero de 1985, *Resp. Civ. Prev.*, 1985, 210. En doctrina, para una correcta distinción entre daño a la salud y daño biológico *tout court*, cfr. F. D. BUSNELLI y C. ROMANO. "Danno biologico e danno alla salute", *Rass. Dir. Civ.*, 1987, 317. Para una reconstrucción desde un punto de vista histórico, cfr. S. BADALASSI. "Lineamenti evolutivi del concetto di danno alla salute", en M. BARGAGNA-F. D. BUSNELLI (dirs.). *La valutazione del danno alla salute*, Padova, 1988, 17 ss.; allí también G. PONZANELLI. "Il contributo della dottrina", 41 ss. Sobre tal distinción en la jurisprudencia, cfr., por su claridad expositiva, sentencia del Tribunal de Florencia, del 4 de marzo de 1992, *Arch. Giur.*, 1993, 671.

* (N. del T.) En mayo de 2003 se produjeron dos sentencias de la Casación Civil (n.º 8827 y 8828, conocidas como "las sentencias gemelas"), seguidas por un pronunciamiento de la Corte Constitucional de julio del mismo año (n.º 233), que recondujeron el daño biológico a la esfera de aplicación del artículo 2059 C. C.; norma ésta que regula los daños extrapatrimoniales, en contraposición al artículo 2043 C. C., que se refiere a las pérdidas de carácter económico. A partir de la fecha de dichas sentencias, en el artículo 2059 se comprende no sólo el tradicional *pretium doloris*, sino también el daño biológico y la lesión a intereses

Por otra parte, la noción de daño biológico puede contribuir a establecer el punto de encuentro entre la responsabilidad civil y la seguridad social, pudiendo constituir la base para la puesta al día del sistema de indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo, a la luz del reconocimiento en Italia del daño a la salud.

De otro lado, además, el debate doctrinario sobre la naturaleza patrimonial o no del daño a la salud y sobre el campo de aplicación del artículo 2059 C. C.¹⁹¹ se ha encendido nuevamente en virtud de la reciente sentencia de la Corte Constitucional que reconduce dentro de las redes del artículo 2059 C. C. el daño a la salud sufrido por los parientes de la víctima primaria¹⁹². No obstante lo anterior, la resarcibilidad del daño a la salud no parece estar sometida a discusión por los protagonistas del debate.

de rango constitucional que provoquen daños no evaluables económicamente. Ahora bien, pese a haber cambiado su naturaleza, que de patrimonial pasa a ser extrapatrimonial, el daño biológico sigue conservando el que es su mayor atributo: la posibilidad de ser valorado con base en parámetros objetivos (el experticio médico-legal), es decir, su sistema de liquidación se mantiene, garantizando de esa manera la uniformidad de base que la aplicación de las tablas permite (con posterior adecuación al caso concreto).

- 191 Sobre la patrimonialidad del daño, por último, S. PATTI. "Danno patrimoniale", *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, IV, Torino, 1990; sobre los riesgos de una excesiva ampliación de la noción, cfr. M. LIBERTINI. "Le nuove frontiere del danno risarcibile", *Contr. Impr.*, 1987, 91 ss. En particular, sobre la reconducción del daño a la salud dentro del ámbito de la patrimonialidad cfr. BUSNELLI. *Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*, cit., 27 ss. Críticas a la concepción patrimonial del daño a la salud en CASTRONOVO. "Danno biologico senza miti", cit., 104; BONILINI. *Il danno non patrimoniale*, cit., 69, 80; G. SCALFI. "Problemi assicurativi e questioni non risolte sulla assicurazione obbligatoria della responsabilità civile", en *Responsabilità civile ed assicurazione obbligatoria*, cit., 122-123.
- 192 Sentencia n.º 372 de la Corte Constitucional del 27 de octubre de 1994, cit., cuyo significado fue específicamente aclarado por la ordenanza n.º 293 de la Corte Constitucional del 22 de julio de 1996, *Giur. It.*, 1997, II, 313 ss., con un comentario de mi autoría, "L'ordinanza 293 del 22 luglio 1996 ed il nodo irrisolto dell'art. 2059 C. C.". Por último, cfr. el aporte de C. CASTRONOVO. *Danno biologico*, Milano, 1998, 151 ss., que recorre en forma crítica las etapas jurisprudenciales y doctrinarias de la temática.

El daño a la salud, con las distintas aristas¹⁹³ que ayudan a definir el concepto, se muestra como centro de la alternativa al viejo sistema resarcitorio, que basaba el resarcimiento del daño en parámetros relativos a la edad y a la renta vinculada a la invalidez permanente consecuencia de la lesión, sistema que aún sobrevive parcialmente, en sus diversas manifestaciones, en otras experiencias europeas.

Sin embargo, tutelar la salud por medio de las reglas de la responsabilidad civil representa sólo una cuña que contribuye, al lado de la seguridad social, las reglamentaciones administrativas y la represión penal, a diseñar el sistema-país italiano¹⁹⁴. De hecho, la normativa reglamentaria y la represión penal con fines de prevención son muy utilizadas en Italia, al menos por parte del legislador; aunque tales instrumentos con frecuencia se emplean en modo excesivamente desarticulado, al punto de correr el riesgo de perder eficacia y efectividad, a causa de la complejidad que los caracteriza¹⁹⁵.

Las relaciones entre *welfare-state* y responsabilidad civil presentan características análogas a las de las mayores experiencias europeas¹⁹⁶. El Sistema Sanitario Nacional brinda

193 Perfiles estos que agotan todos los efectos de la lesión al bien salud no relacionados con una pérdida económica directa. Cfr. F. D. BUSNELLI. "Il concetto di danno alla salute", *Riv. It. Med. Leg.*, 1985, 442; A. NANNIPIERI. "L'invaldità permanente ed il nuovo angolo visuale del giudice", en CANALE y CASTIGLIONE (dirs.). *La valutazione del danno alla persona da invaldità permanente*, Milano, 1990, 34.

194 Una descripción del sistema sanitario nacional italiano se encuentra en Assicurazioni Generali. *La crisi dello Stato sociale: nuovi apporti tra pubblico e privato*, *Atti del convegno Industria e Assicurazione*, Villa Manin di Passariano, 3 de junio de 1991.

195 B. VIRET. "Assicurazioni private e protezioni complementari in materia di sicurezza sociale", *Ass.*, 1993, 1, 43. Para dejar en evidencia, al menos desde el punto de vista de cuantitativo, la complejidad normativa destacada en el texto, basta señalar que una simple investigación en un banco de datos en cd-rom refiere más de 50 actos normativos vigentes si se introduce la voz "Prevención de accidentes".

196 Para una sintética descripción introductoria del Estado social en Italia, cfr. V. M. CAFERRA. *Diritti della persona e Stato sociale*, Bologna, 1992.

asistencia médica al ciudadano frente a cualquier necesidad. Este se financia de tasas basadas en parámetros de renta, y prevé además criterios limitados de coparticipación, por medio de un sistema llamado de *tickets* sanitarios, que se establecen según el costo de las prestaciones ofrecidas, la situación patrimonial y la edad del usuario. Por tanto, no se encuentra vigente ningún mecanismo que reparta efectivamente parte de las cargas del sistema en función de la creación del riesgo para la salud o la exposición al mismo, lo que crea obvias fallas en lo que hace al control de los niveles de diligencia y actividad, si bien se persiguen fines evidentemente redistributivos. Una repartición sobre la base de tales criterios se da, en cambio, en materia de accidentes de trabajo¹⁹⁷.

Mayores puntos de contacto pueden encontrarse entre algunos instrumentos de seguro social obligatorio y las reglas de la responsabilidad civil, aun si responden a filosofías de fondo en extremo diversas. De hecho, en el sector de mayor injerencia de la seguridad social (los accidentes de trabajo)¹⁹⁸ el régimen legal del daño a la persona ha sido concebido para valorar casi exclusivamente la reducción permanente o temporal de la capacidad laboral¹⁹⁹. Por el contrario, las reglas de

197 Cfr. para una información inicial, P. POTRANDOLFI. "La responsabilità civile del datore di lavoro nell'assicurazione infortuni", *Riv. Giur. Lav.*, 1998, III, 31 ss.; V. MARINO. *La responsabilità del datore per infortuni e malattie da lavoro*, Milano, 1990; L. MONTUSCHI. "Problemi del danno alla persona nel rapporto da lavoro", *Riv. It. Dir. Lav.*, 1994, I, 317; M. FRANCO. *Diritto alla salute e responsabilità civile del datore di lavoro*, Milano, 1995, 390 ss., que entiende el daño a la salud en el ámbito laboral como una pena privada.

198 Cuyo origen netamente privatístico puede advertirse aún, tanto en la calificación de tales fórmulas de previsión social en términos de "seguro obligatorio", como en la posibilidad para los trabajadores de Campione d'Italia de cumplir el deber asegurativo mediante una póliza de seguro privado. Cfr. Ley 1007 del 13 de diciembre de 1969. En dicho sentido se dirigen las observaciones de B. CARDANI. "La tutela delle vittime della strada nel sistema di sicurezza sociale italiano", *Dir. Prat. Ass.*, 1987, 205.

199 Sobre el régimen del seguro contra accidentes de trabajo cfr. F. DE COMPADRI y P. GUALTIEROTTI. *L'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, Milano, 1992, 835 ss.; POLETTI. *Danni alla persona negli accidenti da lavoro e da automobile*, cit., 101 ss. y 112 ss.

valoración de la responsabilidad civil, en particular después de la introducción del daño a la salud, se orientan hacia una valoración de las lesiones a la integridad psicofísica en forma autónoma a las eventuales consecuencias sobre la capacidad de trabajo y la capacidad productiva de la víctima. Para ser más precisos, el resarcimiento del lucro cesante que se sigue a la reducción de la capacidad laboral específica mantiene un papel significativo entre los rubros resarcibles, incluso desde el punto de vista cuantitativo, pero la centralidad de valores se traslada, en la responsabilidad civil, al valor hombre²⁰⁰. Sin embargo, y sin lugar a dudas, la indemnización otorgada por el seguro social no contiene aún todos los rubros resarcibles previstos por las reglas de la responsabilidad civil, y en particular no prevé el resarcimiento del daño a la salud y del daño moral²⁰¹, característica común a las otras experiencias

200 Sobre las distintas formas de valoración y la necesidad de una mejor armonización, G. SCALFI. "Il risarcimento del danno alla persona nel diritto civile e nella assicurazione obbligatoria infortuni sul lavoro", *Dir. Econ. Ass.*, 1992, 5 ss. Desde el punto de vista jurídico ello ha implicado un aumento del requerimiento de seguridad social y, bajo el punto de vista específico de los institutos de derecho civil, ha acarreado una ampliación del área del daño resarcible como consecuencia de la expansión del derecho hacia territorios que antes no ocupaba. "La salud es un derecho típico del Estado social y como tal se encuentra obviamente previsto en el artículo 32 de la Constitución que lo establece como pretensión fundamental del individuo frente a nuestra República". "[E]l daño a la salud asociado al artículo 32 de la Constitución no puede sino representar la respuesta positiva a un clamor social de extender a las relaciones entre los particulares las mismas garantías que la Carta Fundamental ofrece al individuo frente al Estado". Así CASTRONOVO. "Danno biologico senza miti", cit., 64: "[El resarcimiento del daño a la salud es] el derecho del hombre a la plenitud de la vida y al desarrollo de su personalidad moral, intelectual, cultural, habida cuenta que dicho bien hace parte del patrimonio del sujeto y resulta consecuentemente lesionado a causa del hecho ilícito, incluso cuando se trata de personas que no hayan todavía, o hayan perdido o no hayan tenido nunca aptitud para desarrollar actividades productivas". En ese sentido, sentencia de la Casación n.º 2012, del 21 de marzo de 1986, cit., 186.

201 Se han producido, con motivo de las incongruencias del sistema, diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional en materia de seguridad social (sentencia 87 de 1991, 356 de 1991 y 485 de 1991). Cfr. para algunos comentarios

estudiadas. Dicha diversidad en la filosofía de valoración afloró inevitablemente en el momento en el que los dos instrumentos de tutela debieron interactuar y coordinarse. De hecho, la hipótesis normal de acción de subrogación del asegurador que paga la indemnización, en el crédito resarcitorio recibido por el lesionado por parte del sujeto civilmente responsable, se aplica también a los accidentes de trabajo y a las calamidades accidentales²⁰². Justamente, en los últimos años, el derecho de subrogación del ente público que administra el seguro contra los accidentes de trabajo (INAIL)²⁰³ ha sido objeto de numerosas decisiones de la Corte de Casación y de la Corte Constitucional²⁰⁴, las cuales han rediseñado el mapa de las relaciones entre este sector y las reglas codificadas del ilícito aquiliano, remarcando la falta de tutela de los seguros contra los accidentes de trabajo, y desencadenando sobre el punto un encendido debate²⁰⁵.

El cuadro que resulta del conjunto de las decisiones jurisprudenciales señaladas subraya las diferencias aún existentes

E. NAVARRETTA. "Capacità lavorativa generica, danno alla salute e nuovi rapporti tra responsabilità civile ed assicurazione sociale (In margine a Corte Costituzionale 485/1991)", *Resp. Civ. Prev.*, 1992, 63; *id.* "Danno alla salute e Inail: dalle pronunce di legittimità al faticoso itinerario della giurisprudenza di merito", en *ibíd.*, 1993, 206; sentencia n.º 356 de la Corte Constitucional del 18 de julio de 1991, en *ibíd.*, 1991, 689, con nota de G. GIANNINI. "Riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale sulla sentenza n. 356 del 18 luglio 1991", *ibíd.*, 695. Cfr. también D. POLETTI. "Il danno 'biologico' del lavoratore tra tutela previdenziale e responsabilità civile", *Foro It.*, 1991, I, 3292 ss. Cfr. por último sentencia de la Corte Constitucional n.º 250, del 21 de noviembre de 1997, en *Danno e Responsabilità*, 1998, 141, con nota de D. POLETTI. "Nuovo invito della Consulta per la riforma dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le tecnopatie".

202 Art. 1916 C.C. y d.p.r. 1124 del 30 de junio de 1965.

203 Sobre el cual puede obtenerse una información inicial en R. IPPOLITO. "Il diritto di surroga degli enti previdenziali nell'assicurazione della responsabilità civile", *Ass.*, 1991, I, 236.

204 Cfr. más ampliamente POLETTI. *Danni alla persona negli accidenti da lavoro e da automobile*, cit., 129 ss.

205 Una cuidadosa lectura crítica de los desarrollos jurisprudenciales recientes en D. CHINDEMI. "Rapporti tra assicuratore della responsabilità civile obbligatoria e assicuratore sociale", en *Dir. Econ. delle Assic.*, 1996, 447 ss.

entre los dos sistemas, y los consiguientes vacíos de tutela. Antes que nada, las indemnizaciones liquidadas por parte del INAIL no comprenden suma alguna en concepto de reparación del daño a la salud. Ello comporta, por un lado, que la pretensión frente al seguro social no pueda comprometer el resarcimiento del daño diferencial²⁰⁶—entre el *quantum* recibido bajo la forma de indemnización por invalidez permanente y temporal y el *quantum* debido por el responsable, que comprende el daño a la salud y el daño moral— y, por otro lado, la necesidad de accionar en responsabilidad civil para obtener el resarcimiento de esos rubros de daño no reconocidos por el seguro social.

Si por un lado el primer aspecto privilegia correctamente las exigencias de *compensation* y el principio de resarcimiento integral del daño sufrido por el lesionado²⁰⁷, por el otro, el segundo revela las ineficiencias de un sistema que obliga a seguir un doble camino resarcitorio para obtener una reparación total del daño.

La jurisprudencia más reciente privilegia la exigencia reparatoria antes que la recuperación por parte del seguro social de las sumas erogadas. En realidad, para la Corte de Casación²⁰⁸,

206 La declaración de ilegitimidad constitucional del artículo 28, incisos 2.º, 3.º y 4.º, de la Ley 990 del 24 de diciembre de 1969, contenida en la sentencia de la Corte Constitucional n.º 319, del 6 de junio de 1969, en la parte donde no se descarta que los entes que gestionan la seguridad social puedan ejercitar la acción subrogatoria (llamada subrogación preferencial o derecho de pre-deducción) en perjuicio del derecho del asistido, sancionó el principio expresado en el texto al cambiar la situación precedente en la cual el asegurador social podía pretender el reembolso total de la indemnización entregada, incidiendo sobre el total del resarcimiento. Un análisis acerca de este cambio de tendencia se encuentra en G. SCALFI. "Conseguenze della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 28, 2.º, 3.º, e 4.º comma della l. 24 dicembre 1969, n. 990", *Resp. Civ. Prev.*, 1989, 920 ss.

207 Sobre las relaciones entre los derechos del lesionado y las exigencias de subrogación del asegurador cfr. G. SCALFI. "Azione surrogatoria o di regresso e principio di destinazione del risarcimento al ristoro del danneggiato", *Resp. Civ. Prev.*, 1994, 231 ss., que pone en evidencia las incongruencias de eventuales prevalencias de las segundas sobre los primeros.

208 Sentencia de Casación, Secc. Tercera, n.º 11925 del 2 de diciembre de 1993, *NGCC*, 1994, I, 471, con nota de MONTANDO.

en el régimen del seguro obligatorio de responsabilidad civil por accidentes automovilísticos y marítimos, el asegurador no puede, en caso de pluralidad de lesionados, oponer, con el fin de sostener la insuficiencia del *maximum*, las reservas existentes a favor del INAIL en lo que se refiere a los créditos determinados por el ejercicio del derecho de subrogación del ente²⁰⁹, porque éste último se protege sólo dentro de los límites de los derechos de los lesionados, llegando a resultados similares a aquellos alcanzados por el legislador francés en 1973²¹⁰.

Dicho favorecimiento señala la superación de la concepción unitaria del resarcimiento, reconociendo la posibilidad de descomponerlo en sus diversos elementos y consintiendo la subrogación dentro de los límites cuantitativos y cualitativos de las indemnizaciones correspondientes.

La preferencia por la *compensation* del modelo italiano se confirma con la obligación existente en cabeza del INAIL de otorgar las respectivas indemnizaciones aun en los casos en que se acredite responsabilidad del empleador, quedando a salvo el derecho de regreso contra éste último²¹¹. La acción de regreso del ente asegurador se deduce directamente de

209 En materia de accidentes de trabajo debe distinguirse claramente entre la acción de subrogación y la acción de regreso. Mientras la acción de regreso que tiene el INAIL frente al empleador se presenta como una acción autónoma, porque el instituto hace valer un derecho propio que nace directamente de la relación de seguro, de manera que se encuentra legitimado para pedir además la declaración de responsabilidad del empleador, cuando la misma no hubiera sido objeto de juicio penal o civil, la acción de subrogación *ex* artículo 1916 C. C. en contra del tercero responsable, en cambio, representa una peculiar forma de sucesión a título particular en el derecho de crédito del lesionado-asegurado, que no opera autónoma e inmediatamente en el momento en el cual el asegurador paga al asegurado la suma debida, sino sólo cuando el asegurador comunica al tercero responsable el pago de la indemnización y le manifiesta su voluntad de valerse de la subrogación. En dicho sentido, sentencia de la Casación Civil, Sección Laboral, n.º 1702 del 17 de febrero de 1987, *Giust. Civ. Mass.*, 1987, 3516.

210 Cfr. M. LE ROY. "L'évaluation de l'incapacité permanente le problème des barèmes", *Rec. Dalloz Sirey*, 1982, Chron., 57-58, citado por PROCIDA MIRABELLI DI LAURO. *La riparazione del danno alla persona*, cit., 251-252.

211 Art. 11, inciso 1.º, del Texto Único (d.p.r. n.º 1124 del 30 de junio de 1965).

la relación de seguro²¹², mientras que en las hipótesis en las cuales el daño es imputable a un tercero éste resulta responsable frente al empleador de acuerdo con las normas típicas de la responsabilidad civil; y el INAIL puede subrogarse según lo establecido en el artículo 1916 C. C.

En cualquier caso, el reembolso a favor de los seguros sociales jamás puede comprometer los derechos del lesionado. Una tendencia jurisprudencial consolidada confirma dicha lectura de la legislación italiana²¹³.

A. La superación de la “anarquía” liquidatoria

La experiencia italiana se destaca por el elevado nivel de elaboración de la categoría de las pérdidas no pecuniarias que, gracias al aporte sinérgico de la jurisprudencia y la doctrina, se ha reconstruido alrededor de la figura del daño a la salud*. Por el contrario, la imagen ofrecida a un observador no italiano en materia de liquidación de estos daños revela el riesgo de una fractura peligrosa entre los planteamientos teóricos y la praxis²¹⁴; y ello a pesar de las profundas reflexiones de la doctrina

212 Cfr. DE COMPADRI y GUALTIEROTTI. *L'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, cit., 835.

213 Ya en la sentencia n.º 391 de 1989 de la Corte Constitucional, al declarar la ilegitimidad de los incisos 2.º, 3.º y 4.º del artículo 28 del T. U. sobre accidentes de trabajo, en la parte donde no se descarta que los entes que gestionan la seguridad social puedan ejercitar la acción subrogatoria en perjuicio del derecho del asistido al resarcimiento del daño a la persona que no haya sido resarcido de otro modo, impidió de hecho que el daño a la salud pudiese quedar sin reparación. Una ratificación puntual se produjo luego con la sentencia de la Corte Constitucional n.º 485, de 1991 (sobre la cual cfr. las notas de E. NAVARRETTA. “Capacità lavorativa generica, danno alla salute e nuovi rapporti tra responsabilità civile ed assicurazione sociale. In margine a Corte Costituzionale 485/1991”, cit., 63 ss.), y más recientemente, con la sentencia n.º 250 de 1997.

* (N. del T.) Que ha encontrado, además, consagración legislativa en la Ley 57 de 2001 (aunque se refiere sólo a las micro-permanentes) en tema de accidentes de tránsito, y en el Decreto Ley 38 de 2000, sobre accidentes laborales.

214 El estado de confusión que todavía reina en cuanto a los criterios de liquidación, queda claramente al descubierto con el hecho que, en un estudio

que han conducido a revisiones radicales de los conceptos de daño y patrimonio²¹⁵ y a la elaboración de criterios acabados de liquidación del daño.

En nuestro sistema codificado la base legal para todo criterio de liquidación del daño a la salud se encuentra claramente en el artículo 2056 C. C., que revela el poder del juez para decidir en equidad²¹⁶; pero si bien existe un acuerdo sustancial respecto de la necesidad de garantizar uniformidad en la liquidación de base y ajuste equitativo al caso concreto²¹⁷, los caminos recorridos por la doctrina, seguidos después por la jurisprudencia, para responder a la exigencia de un juicio equitativo cuando de daño a la salud se trata son extremadamente diversos. En perspectiva histórica, se pueden indicar por lo menos siete.

El criterio de liquidación menos seguido, por el obvio peligro de una arbitrariedad excesiva, es el criterio equitativo puro, que no se encuentra sujeto a ningún parámetro. Por su lado, se remonta casi al “nacimiento” del daño biológico

reciente sobre la liquidación del daño a la persona en los países europeos, entre los parámetros con base en los cuales se cuantifica en Italia el daño, se indicaba la ubicación geográfica del órgano juzgador. MCINTOSH y HOLMES. *Personal injuries awards in EC countries*, cit., 123. Para una información inicial acerca de los criterios de liquidación del daño a la salud, cfr. la síntesis hecha por PONZANELLI. “Il contributo della dottrina”, cit., 48 ss.; G. ALPA. “Il danno biologico e le tecniche di valutazione del danno alla persona”, *Contr. Impr.*, 1985, 65, 71 ss.

215 Sobre la revisión del concepto de patrimonio, véase el trabajo monográfico de NAVARRETTA. *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., especialmente 238 ss., que ratifica el protagonismo del sistema bipolar del Código, el cual gira alrededor de dos artículos, el 2043 y el 2059 C. C. Para una reseña acerca de las nuevas formulaciones doctrinarias y jurisprudenciales de estos dos conceptos, permítaseme remitir también a mi “Il danno non patrimoniale: giurisprudenza e dottrina a confronto”, *Contr. Impr.*, 1994, 870.

216 De hecho, debe destacarse que cuando se trata de daño a la salud, el reenvío a la equidad es, por así decirlo, obligado. Cfr. G. SCALFI. “Esigenze e contenuto di un giudizio equitativo nella liquidazione del c.d. danno alla salute”, *Resp. Civ. Prev.*, 1988, 220; O. BONAVITACOLA. “Appunti sui criteri per la liquidazione del danno biologico”, *Resp. Civ. Prev.*, 1989, 798.

217 CASTRONOVO. “Danno biologico senza miti”, cit., 51, critica, en cambio, la idea de conciliar en la liquidación del daño a la salud los criterios de uniformidad y flexibilidad (adecuación equitativa).

la valoración del daño hecha mediante referencia a la renta media nacional²¹⁸, criterio del que se separa quien propone la cuantificación en razón del gasto público del presupuesto económico nacional²¹⁹. La jurisprudencia de la ciudad de Génova²²⁰ ha hecho referencia al criterio indicado por el legislador para el daño patrimonial a la persona previsto en el artículo 4.º, inciso tercero, de la Ley 39 del 26 de febrero de 1977 (triple de la pensión social)²²¹. Criterio sin embargo “descartado” definitivamente por la Corte de Casación²²² y, en definitiva, abandonado por la propia jurisprudencia de esa ciudad²²³. En doctrina se hace referencia también a la liquidación del daño a la salud por medio de la determinación del valor económico, en términos de *opportunity cost*, de las horas de tiempo libre del infortunado²²⁴. No faltan, y, por el contrario, brindan los

218 Cfr. V. MONETTI y G. PELLEGRINO. “Proposte per un metodo di liquidazione del danno alla persona”, *Foro It.*, 1974, iv, 159.

219 M. PARADISO. *Il danno alla persona*, Milano, 1981.

220 G. ALPA. “Sulle tecniche di liquidazione del danno biologico”, *Riv. Giur. Civ. Trasp.*, 1984, 14; F. CAMERIERI. “Diritto alla salute e danno biologico: orientamenti della dottrina e della giurisprudenza in margine ad una recente sentenza della Corte d’Appello di Genova”, *Giur. It.*, 1984, I, 2, 394. Cfr. también B. GRASSO. “Il problema della valutazione del danno non patrimoniale all’integrità psicofisica”, *Rass. Dir. Civ.*, 1982, I, 39.

221 El criterio lo había introducido esta ley, llamada mini-reforma del sistema de responsabilidad civil automovilística. Sobre esta reforma de la R. C. automovilística (d.l. 857 del 23 de diciembre de 1976, que modificado, se convirtió luego en la Ley 39/1977), ya regulada por la Ley 990/1969; cfr. el atento comentario de G. CIAN y G. PARTESOTTI. “La riforma dell’assicurazione obbligatoria R. C. auto e natanti”, en *NLCC*, 1978, 289. Posteriormente se introdujeron nuevas y no mínimas reformas, con la Ley 142/1992.

222 Cfr. sentencia de la Casación Civil n.º 2009 del 18 de febrero de 1993, *Resp. Civ. Prev.*, 1993, 47, con observaciones de mi autoría; cfr. también sentencia de la Casación Civil, sección III, n. 357, del 13 de enero de 1993, *Corriere Giur.*, 1993, 303, con el comentario de V. CARBONE. “I contrasti giurisprudenziali sui criteri di liquidazione”, *ibíd.*, 305. Por último, cfr. sentencia de la Casación Civil, sección III, n.º 4255, del 14 de abril de 1995, en *Resp. Civ. Prev.*, 1995, 519, con nota de G. PONZANELLI. “La Corte di Cassazione ed il criterio equitativo nella valutazione del danno alla salute”.

223 Cfr. Trib. de Génova, del 28 de septiembre de 1998, en *Danno e Responsabilità*, 1999, 71, con comentario de E. PELLECCIA. “La valutazione del danno alla salute e il ‘criterio del triplo della pensione sociale’: il lungo addio”.

resultados más valiosos, referencias a experiencias extranjeras y, en primer lugar, a la rica experiencia francesa del *calcul au point*²²⁵. Este criterio, adoptado por la jurisprudencia pisana como base para una valoración equitativa más acorde al caso concreto²²⁶, cuenta con el calificado aval de la Corte de Casación²²⁷. En tiempos más recientes los valores del punto han sido articulados, en forma de tablas, por parte de los diferentes órganos juzgadores.

En la realidad jurisprudencial, los jueces, cuando van a determinar la existencia de un daño a la salud, prescinden de la demostración del daño efectivo²²⁸; con frecuencia éste se liquida sin que el actor aporte la prueba específica del *quantum*, y habiendo aportado sólo “una imagen” del mismo, correspondiente a la valoración médico-legal de la lesión sufrida²²⁹.

224 A. IANNARELLI. “Risarcimento del danno alla persona”, *Foro It.*, 1979, IV, 272. Razona también en términos de *opportunity cost* P. G. MONATERI. “Un quadro di riferimento teorico per il risarcimento pratico del danno alla salute”, *Resp. Civ. Prev.*, 1988, 74 ss.

225 El método consiste en el establecimiento de un valor pecuniario medio de cada punto de invalidez permanente, sobre la base de las precedentes liquidaciones judiciales. Cfr. P. G. MONATERI y A. BELLERO. *Il quantum del danno a persona*, Milano, 1984, y para algunas consideraciones críticas, PONZANELLI. “Il contributo della dottrina”, cit., 51.

226 También en esta hipótesis la sinergia entre jurisprudencia y doctrina ha sido notoria. Cfr. G. PONZANELLI. “Il cammino del danno alla salute”, *Resp. Civ. Prev.*, 1984, 342. Cfr. para la referencia a un *barème ad hoc*, F. D. BUSNELLI. “Il problema della valutazione dei danni alla salute”, *Resp. Civ. Prev.*, 1981, 127, 140.

227 Cfr., recientemente, sentencia de la Casación Civil, Sección Tercera, n.º 4255 del 14 de abril de 1995, cit.

228 G. ALPA. “Danno aquiliano”, *Contr. Impr.*, 1990, 791, 806, considera que, sin margen de duda, en Italia se consolidó “la tendencia a considerar que existe responsabilidad en virtud de la sola lesión al interés, sin que sea necesario para el actor la demostración del daño efectivo”, y agrega que “[o]bviamente, ello no ocurre en todos los casos, pero seguramente sí en la hipótesis del llamado daño biológico, o de daño a la salud, y de lesión a los derechos de la personalidad” (*id est*, en hipótesis que pertenecen todas a la categoría de las pérdidas no pecuniarias).

229 En Italia existe un específico instrumento normativo que faculta a los jueces a proceder de esa manera, cual es el reenvío a la equidad que hace el artículo 1226 C. C.

Sin embargo, como sucede también en otras experiencias europeas, jurisprudencia y doctrina buscan identificar un criterio de liquidación que salvaguarde las exigencias referidas de uniformidad de base, adecuación equitativa al caso concreto y previsibilidad. El uso del criterio del cálculo por puntos diferencial brinda una herramienta muy importante en ese sentido. Luego, una tabla indicativa de sus valores, elaborada sobre la base de las precedentes liquidaciones judiciales, ofrece una base de uniformidad indispensable para satisfacer el principio de paridad de tratamiento, y para permitir una administración equilibrada del resarcimiento por parte del sector de los seguros. Se configura claramente así un criterio equitativo que no significa arbitrio puro, sino que sirve para adecuar al caso concreto los resultados a los cuales habían llegado los jueces en supuestos de hecho precedentes y similares. La discrecionalidad de valoración es ejercida así sobre los valores medios relativos a lesiones suficientemente tipificadas, según el ejemplo francés del *calcul au point* o, en cualquier caso, haciendo referencia al precedente *leading case on quantum*²³⁰, con el objetivo principal de evitar desigualdades, sin abandonar el principio de la liquidación individualizada del daño²³¹.

En esta dirección parecen encontrarse las diversas tablas indicativas introducidas por parte de numerosos tribunales²³².

230 Respecto de dicha opinión, con referencia explícita a la experiencia extranjera, cfr. BUSNELLI. *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, cit., 569-570; G. PONZANELLI. "Fermenti giurisprudenziale toscani in tema di valutazione del danno alla persona", en *Resp. Civ. Prev.*, 1979, 357, 367-369.

231 Tal es el sentido de la propuesta de Tabla Indicativa Nacional, sobre la cual cfr. G. TURCCHETTI. "Gli sviluppi dello studio sulla determinazione del valore monetario base del punto di invalidità", en M. BARGAGNA y F. D. BUSNELLI (dirs.). *Rapporto sullo stato della giurisprudenza in tema di danno biologico in responsabilità civile*, Padova, 1996, 171 ss., y G. COMANDÉ. "La sperimentazione di una Tabellazione Indicativa Nazionale tra esigenze di prevedibilità ex ante del danno e di liquidazione equitativa ex post", *ibíd.*, 201.

232 Para una información inicial sobre el fenómeno, permítaseme la remisión a mis escritos, "Le tabelle milanesi per la liquidazione del danno alla persona", en *Danno e Responsabilità*, 1996, 40 ss.; "Verso una moltiplicazione delle tabelle?

Sin embargo, la excesiva proliferación de tablas locales, unida a su no siempre límpida formulación, desde el punto de vista de los criterios de redacción, crea el riesgo de reproponer soluciones fragmentarias y desequilibradas. En realidad, el valor monetario del punto porcentual de invalidez permanente, comoquiera que se liquide el daño, sigue presentando considerables márgenes de variación²³³ entre las diversas áreas geográficas del país.

Dicha situación es fruto también de la falta de claridad sobre el papel y los criterios de liquidación de los diversos mecanismos de *compensation*. El uso que por largo tiempo se hizo del criterio del triple de la pensión social para liquidar el daño a la salud, si bien fue fruto de una concepción del daño en mención parcialmente diversa, como daño biológico dirigido a valorar sólo la lesión biológica en sentido estático, representa quizá la máxima expresión de la confusa mezcla entre los mecanismos resarcitorios de la responsabilidad civil y la seguridad social. De hecho, una lógica rígidamente estandarizada tiene razón de ser en un marco declarado de mediación y compromiso, como sucede con los seguros sociales, cuya finalidad de *compensation* se encuentra condicionada por un cantidad limitada de recursos; pero no, claro está, en un sistema de responsabilidad civil, donde las exigencias de prevención y flexibilidad requieren de una valoración individualizada e integral del daño, que no puede ser fácilmente soslayada.

Il 'sistema' del Tribunale di Massa Carrara per la liquidazione del danno alla persona", *ibíd.*, 1997, 368 ss., "Dalla ricerca alla prassi operativa nella liquidazione del danno alla salute", *ibíd.*, 9 ss.

233 Datos confiables y definitivos sobre el punto no se encuentran aún disponibles. Sin embargo, el Grupo de Investigación sobre el daño a la salud, coordinado por el profesor MARINO BARGAGNA del Departamento de Biomedicina de la Universidad de Pisa, ha iniciado un estudio sobre el punto basándose en la recopilación de datos jurisprudenciales. Los primeros resultados han sido publicados en *Rapporto sullo stato della giurisprudenza in tema di danno biologico in responsabilità civile*, cit., 31 ss.; M. BARGAGNA y F. D. BUSNELLI (dirs.). "Osservatorio della giurisprudenza in tema di danno alla persona in responsabilità civile", en *Danno e Responsabilità*, 1999, 121 ss.

Indudablemente, la posibilidad de contar con una certeza razonable sobre el *quantum* resarcible es una meta deseable y encomiable, incluso en los supuestos de responsabilidad aquiliana, pero no es posible, en aras de dicho objetivo, sacrificar el presupuesto de una liquidación individualizada.

Entonces, el sistema-país italiano se encuentra adscrito por completo al tipo europeo, y hace importantes contribuciones al modelo general, tanto desde el punto de vista de las definiciones conceptuales como desde el punto de vista de la práctica liquidatoria. El primero de estos puntos de vista sirve para diferenciarlo en forma determinante de las otras experiencias. El daño a la salud, de hecho, supera la lógica que coloca la renta²³⁴ y la lesión a la capacidad productiva como eje del sistema de liquidación del daño, dando una aplicación coherente y clara de la resolución n.º 7/1975, la cual exige que la determinación del resarcimiento se efectúe sin considerar la renta y el patrimonio del lesionado. El segundo punto de vista ofrece notables potencialidades para la edificación dentro de la Unión Europea de criterios de liquidación uniformes.

B. Ideas comunitarias y aportes jurisprudenciales en la cuestión italiana de la responsabilidad civil automovilística

También en el sector de la responsabilidad civil automovilística se puede registrar una tendencia decisiva de tutela al lesionado, en sintonía con los demás países europeos.

En efecto, para garantizar un resarcimiento oportuno y congruo, se ha intensificado la tutela de las víctimas de accidentes automovilísticos, por medio del aumento de las potencialidades del sistema previsto en el Código y la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil.

234 De prejudicialidad ideológica habla M. FRANZONI. *La liquidazione del danno alla persona*, Padova, 1990, 105.

El régimen del seguro obligatorio por circulación de vehículos a motor y de naves representa, sin margen de duda, un área de acercamiento entre la disciplina nacional y la disciplina de los *partner* europeos. Lo trabajoso de dicha disciplina y su delicadez a nivel de sistema puede también deducirse de las numerosas reformas que la ley que lo instituye (n.º 990 del 24 de diciembre de 1969)²³⁵ ha sufrido en el curso de los años, gracias frecuentemente a los deberes que se derivan del hecho de pertenecer a la Unión Europea²³⁶.

La finalidad prioritaria de tutela del lesionado se encuentra claramente dentro de los principales efectos perseguidos por la Ley 990 de 1969 y sus diferentes modificaciones²³⁷.

235 Sin embargo, entró en vigencia sólo el 12 de diciembre de 1971. La particularidad de la disciplina italiana se resalta en la sentencia de la Casación n.º 5219 del 29 de julio de 1983, en *Ass.*, 1983, 11, 23. Antes de ello, el artículo 84 del Código de la Circulación de 1959 preveía la obligación de asegurar la responsabilidad civil de los vehículos de las auto escuelas.

236 Los pronunciamientos de la Comunidad Europea en el sector automovilístico, y en particular en lo que hace al seguro obligatorio, han sido numerosos e incisivos. Ya la Directiva 24-4-1972 72/166 preveía en su artículo 3.º la introducción en los derechos nacionales de la obligación de asegurar la responsabilidad civil automovilística. Con la llamada segunda directiva (1984/5 del 30 de diciembre de 1983), la coordinación de las normativas nacionales impuso la introducción de topes asegurativos mínimos, la inoponibilidad a terceros de algunas cláusulas contractuales, la obligación de extender la cobertura del seguro inclusive a los pasajeros parientes del asegurado, y la previsión de adecuados fondos de garantía para las víctimas del tránsito. Con la tercera directiva comunitaria (1990/232 del 14 de mayo de 1990) se produjo la completa armonización en materia de seguro de responsabilidad civil automovilística, cuando se amplió el sistema obligatorio de cobertura.

237 En efecto, se extendió la obligación del seguro a todos los vehículos a motor puestos en circulación en áreas indiscriminadamente abiertas al público (el protagonismo de tal aspecto de tutela del tráfico en áreas abiertas al público, sean las calles de uso público o las que a ellas se equiparan, fue destacado por la sentencia de la Casación, n.º 5414, del 7 de mayo de 1992, *Arch. Giur. Circ. Sin.*, 1992, 1006), se comenzaron a actualizar continuamente los topes mínimos cuya cobertura era obligatoria (para junio de 1996 la última actualización se fijó con d.p.r. del 19 de abril de 1993; por otra parte, con la reforma introducida por el artículo 19 de la Ley 20 del 19 de enero de 1990, los estrechos límites resarcitorios impuestos respecto del daño a la persona en las hipótesis de intervención del Fondo de Garantía fueron eliminados, igualando desde

En este marco se encuentra, en primer lugar, la posibilidad para la víctima de actuar directamente en contra del asegurador, dentro de los límites del *maximum* asegurado. Además, la acción puede proponerse sólo pasados sesenta días a partir de la petición de resarcimiento hecha por medio de carta certificada dirigida al asegurador. La norma pretende, claramente, estimular las soluciones extrajudiciales, disminuyendo así la litigiosidad, con todos los efectos positivos que ello comporta.

En segundo lugar, la tutela particular ofrecida en caso de daño a la persona se evidencia con la extensión de la obligación del seguro, en cuanto hace a este rubro de daño, a todos los lesionados, cualquiera sea el título bajo el cual hayan sido transportados. El artículo 1.º de la Ley 190 del 19 de febrero de 1992 modificó el artículo 1.º de la Ley 990 de 1969 que limitaba la obligación de asegurar a “la responsabilidad civil frente a terceros, prevista en el artículo 2054 del Código Civil”; con el resultado de la extensión de la cobertura del seguro a los pasajeros a los cuales no puede aplicárseles el artículo 2054 C. C. La Ley 190 de 1992 enuncia, en efecto, el principio según el cual “tan sólo el conductor del vehículo responsable del accidente no se considera tercero y no tiene derecho a los beneficios que derivan del seguro obligatorio”²³⁸, en perfecta sintonía con las previsiones normativas francesas.

este punto de vista la posición de la víctima de un accidente causado por un vehículo o nave no identificada con la hipótesis corriente de actuación del seguro obligatorio), se aumentó el número de destinatarios de la protección del seguro. Muchos de los signos distintivos de esta disciplina se adscriben a la lógica de tutela apenas descrita. De otra parte, no puede olvidarse que muchas de las más importantes formas de seguro social tienen su origen justamente en el seguro privado obligatorio. Cfr. M. PERSIANI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, II, 1982, 57 ss.

238 Por lo demás, la doctrina especializada en derecho de los seguros subraya cómo la “prestación [del fondo de garantía] adquiere visos más propiamente de previdencia o reparación social”. G. VOLPE PUTZOLU, *Assicurazione*. V. *Assicurazione Obbligatoria*, 2, y la doctrina que allí se cita.

La misma filosofía de *compensation* informa, por un lado, la creación de un “Fondo de garantía para las víctimas de siniestros automovilísticos”²³⁹, y en caso de necesidad, la posibilidad, para los que tienen derecho al resarcimiento, de pedir en el curso del proceso la asignación de una suma provisoria; y por otro lado, la imposibilidad para el asegurador de oponer al lesionado excepciones que deriven del contrato de seguro.

La filosofía de creciente protección a la víctima de siniestros automovilísticos es seguida constantemente por la jurisprudencia, que no deja de remarcar cómo “la garantía del seguro de responsabilidad derivada de la circulación de vehículos se extiende a los daños provocados por la acción dolosa del conductor, sea o no un tercero de cuyo hecho el asegurado deba responder”²⁴⁰, aun si el art. 1917 C. C. excluye de la cobertura del seguro los “daños que derivan de hechos dolosos”. La misma ampliación de tutela contenida en el artículo 1.º de la Ley 190/1992 es “impuesta” en la práctica por la jurisprudencia constitucional que, declarando constitucionalmente ilegítimo el artículo 4.º, letra b, de la Ley 990 de 1969, extiende la cobertura del seguro obligatorio por daño a la persona al cónyuge del lesionado, a los ascendientes y descendientes legítimos, ya sean naturales o adoptivos²⁴¹.

239 Se ha destacado la función social de tales fondos de garantía, llegando a ubicarlos inclusive entre los seguros sociales. Cfr. A. DI AMATO. “Prime note sull’assicurazione obbligatoria degli autoveicoli”, *Riv. Dir. Civ.*, 1971, II, 342. Por lo demás, diversos elementos acercan al instituto a los seguros sociales, *in primis*, el hecho que las contribuciones estén, aun indirectamente, a cargo de todos los sujetos interesados en el desarrollo de la actividad, el origen legal de las prestaciones y la ausencia de toda clase de relación entre “carga contributiva y derecho a la indemnización”. G. VOLPE PUTZOLU. *Ob. cit.*, 4.

240 Casación Civil, Sección I, n.º 3038, del 17 de mayo de 1982, *Resp. Civ. Prev.*, 1982, 591.

241 Corte Constitucional, n.º 188, del 2 de mayo de 1991, en *Foro It.*, 1991, I, 198, con nota de E. QUADRI. “Vittime della strada e irragionevoli discriminazioni: l’intervento della Corte Costituzionale”. Esta postura de la jurisprudencia hace que la disciplina italiana se encuentre en conformidad con las indicaciones de la Segunda Directiva del Consejo de la Comunidad Europea del 29 de diciembre de 1983 relativa al acercamiento entre sí de las normativas de

A pesar de que el efecto final de la cobertura del seguro sigue siendo el que caracteriza a todo contrato de seguro de responsabilidad civil (mantener indemne el patrimonio del asegurado frente a las pretensiones resarcitorias por parte de terceros), es evidente que el instrumento contractual se plega a exigencias que normalmente no le son propias: garantizar protección plena a las víctimas. Ello se ve confirmado por el artículo 1.º de la Ley 99 de 1969, donde se establece que el seguro tiene efectos incluso en caso que el vehículo haya circulado en contra de la voluntad del propietario y, en consecuencia, en ausencia de cualquier responsabilidad suya. Obviamente, existe posibilidad de repetición del asegurador sólo contra el conductor.

Esta disposición normativa provoca inmediatamente efectos muy importantes. Ante todo, al estar inscrita en el cuadro anteriormente descrito, permite ofrecer al lesionado una liquidación más rápida del daño. Además, el riesgo de insolvencia del causante del daño se traslada de la víctima a la empresa de seguros, que deberá en todo caso proveer al resarcimiento, no obstante que en algunas hipótesis las esperanzas de recuperar el crédito frente al conductor sean mínimas. Dicho traslado de costos puede consistir en un aumento de la prima normalmente exigida, pero el mismo será, en concreto, repartido entre todos los asegurados, a quienes, en la práctica, en esta hipótesis específica se les impone la adquisición de un seguro a favor de las víctimas. Cuando en un determinado caso no fuese posible el resarcimiento según la responsabilidad civil, muchos de los costos, comprendidos los gastos de asistencia sanitaria y

los estados miembros en materia de seguro obligatorio por circulación de vehículos. En efecto, la directiva del Consejo CEE establecía, entre otras cosas, que los miembros de la familia del asegurado, del conductor y de cualquier persona cuya responsabilidad nazca como consecuencia de un siniestro y sea cubierta por el seguro, no pueden ser excluidos, a causa del vínculo de parentesco, de los beneficios del seguro de responsabilidad automovilística en lo relacionado con el daño a la persona. El texto de la directiva puede leerse en *Ass.*, 1983, II, 1, 133 ss.

personal, gravarían sobre el *welfare-state* en su conjunto. Por el contrario, tal mecanismo normativo los atribuye, en primer término, al asegurador y, en un segundo momento, a los sujetos que gozan de las ventajas de la actividad desarrollada. En ausencia de una intervención directa de la seguridad social, son los mismos usuarios de una actividad (la circulación de vehículos) los que deben hacerse cargo de los efectos negativos causados a terceros que no puedan imputarse directamente a un responsable en particular²⁴².

El efecto de *risk-spreading* es evidente, pero no es el único resultado positivo. En realidad, demandar en estas hipótesis en responsabilidad civil, con los indudables costos que ello impone al lesionado, desmotiva las peticiones de bagatelas que serían más fácilmente acogidas por el gestor de la seguridad social antes que por el asegurador privado. En efecto, estos no pueden esperar una repartición posterior de las pérdidas entre la comunidad nacional, lo que constituye un importante incentivo para controlar la concreción de las aspiraciones resarcitorias y para ejercer eficazmente su acción de repetición. Este tercer efecto permite perseguir específicamente estrategias de tutela creciente por medio de los mecanismos del mercado y de la responsabilidad civil. En efecto, dado que los costos de la actividad peligrosa continúan estando a cargo de los usuarios, pueden crearse en abstracto, de acuerdo con criterios ius-económicos, incentivos no sólo para el control de los niveles de diligencia sino también de los niveles de actividad.

Resultados similares se lograron con el artículo 18 de la Ley 990 de 1969, que impide al asegurador “oponer al lesionado que demanda directamente excepciones que derivan del contrato [y] cláusulas que prevean la eventual contribución del asegurado en el resarcimiento del daño”²⁴³. En efecto, también

242 Del mismo modo puede quizá interpretarse el aporte obligatorio al S.S.N. proporcional a la prima del seguro de responsabilidad civil automovilística.

243 Entre las hipótesis jurisprudenciales específicas, se encuentran con frecuencia los casos del conductor sin licencia o con licencia irregular, además

en estos casos el riesgo de insolvencia de la persona que ha causado el daño o el retardo en la recuperación del crédito resarcitorio se trasladan al asegurador.

En síntesis, el uso del régimen obligatorio del seguro de responsabilidad civil automovilística con el fin de garantizar un resarcimiento pleno y eficaz, si bien fue implementado por el legislador nacional, no puede atribuirse a su mérito exclusivo, pues la edificación del sistema especial se debe más a las intervenciones de la jurisprudencia y el legislador comunitario que al Parlamento italiano.

CONCLUSIONES

Analizar la temática del daño a la persona a través de las técnicas del análisis institucional comparado, nos ha demostrado la utilidad heurística de dicho método. Sería repetitivo señalar, aun resumidamente, los diferentes momentos en que ello ha podido confirmarse. Sin embargo, pueden hacerse sintéticamente algunas consideraciones conclusivas que, prescindiendo del tema estudiado, evidencian claros rasgos característicos de las respuestas institucionales normalmente utilizadas.

Desde un punto de vista histórico, en las experiencias estudiadas resulta obvia la existencia de un elemento unificador: identidad de problemas, y de métodos para afrontarlos, más que identidad de soluciones. Cada una de las respuestas institucionales al daño a la persona apareció en escena gracias a una evolución específica, que se repite con cierto ritmo en cada uno de los sistemas-país.

Las reglas de la responsabilidad civil han constituido siempre la primera y, normalmente por mucho tiempo, única respuesta institucional a la problemática del daño a la persona, a la cual se

del conductor en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes, que en la praxis contractual se encuentran previstas como causas de exclusión de la cobertura del seguro.

agregaron luego soluciones más complejas, aunque no siempre más eficaces. En este proceso evolutivo la jurisprudencia ha sido siempre protagonista principal, ya sea ampliando los horizontes de la responsabilidad civil o bien reformulando las distintas respuestas institucionales. La regla jurídica dispuesta por el legislador ha sido frecuentemente manipulada para adecuarla a los tiempos o para lograr su conformidad con los principios de justicia propios del ordenamiento. En todas las experiencias consideradas puede encontrarse esa característica común, de donde la temática del daño a la persona se caracteriza por ser “un derecho jurisprudencial”, aun si en determinadas fases de su evolución, para lograr una respuesta más completa, se precisó de la intervención del legislador.

En la misma perspectiva histórica se señalaron algunas de las razones principales que justifican la mayor atención que se presta a la tutela de la persona, y particularmente a la constante articulación de las distintas respuestas frente a las lesiones a la integridad psicofísica. Una diversa concepción social acerca de la problemática, junto con el incremento de la riqueza económica de las sociedades modernas, se encuentran sin duda entre los factores significativos en tal sentido, pero el factor cardinal alrededor del cual se desarrollaron las distintas técnicas de tutela está representado por la protección brindada a los derechos de la persona con base en los valores constitucionales.

El progresivo afianzamiento de categorías de daño autónomas cuyo resarcimiento se inscribiría, según la fórmula italiana, en el daño a la salud, representa en dicho sentido un indudable *common core* de todas las experiencias. Los diferentes grados de complejidad de la respuesta de cada sistema-país encuentran en la tutela de la salud, por lesiones entendidas como “inaceptables”, el centro para equilibrar exigencias de la más variada índole. El nivel de “inaceptabilidad” de la lesión a la integridad psicofísica que es atribuido por la sociedad, se ha venido modificando con el aumento de las posibilidades económicas y con los desarrollos sociales cónsonos con los

valores contenidos en la Carta Fundamental, alcanzando siempre un mayor grado de tutela y exigiendo respuestas institucionales cada vez más diversificadas.

Por lo demás, el valor de la persona humana y la protección de su dignidad se presentan de distintas maneras en las diversas sociedades, según sean los valores característicos con los cuales conviven. Su protección no es, ni puede ser, sometida a discusión. Sin embargo, las técnicas de tutela utilizadas se ven influenciadas por la concomitancia, o por la menor importancia, de otros valores fundamentales: la centralidad del principio de solidaridad social dentro de las experiencias europeas ha dejado su sello en la articulación de estos sistemas-país, en modo diverso a como sucede en la experiencia norteamericana. Luego, el diverso comportamiento de los principios que caracterizan cada sociedad, en este análisis institucional comparado, ha demostrado que los resultados en términos de racionalidad y razonabilidad de las diferentes respuestas institucionales pueden ser muy diferentes entre sí. No obstante, a pesar de dichas diferencias, la investigación ha revelado un *common core* de respuestas y de valores que se extiende mucho más allá de las fronteras europeas, impregnando de un carácter de transnacionalidad la problemática, y haciendo que sea aún más urgente la necesidad de profundizar sobre ella.

Dentro de las diversas formas de articulación de las respuestas institucionales, la responsabilidad civil ha sido siempre líder en la resolución de los nuevos aspectos problemáticos, ofreciendo una pronta, aunque no siempre óptima, respuesta a los nuevos problemas: las etapas de evolución que del resarcimiento del lucro cesante han conducido a un alivio de las pérdidas no pecuniarias han encontrado siempre su *incipit* dentro de los mecanismos de la responsabilidad civil, para después encaminarse hacia soluciones más complejas y sofisticadas. De la misma manera, en lo que hace a los criterios de liquidación del daño a la persona, la experimentación ha encontrado un terreno fértil en la responsabilidad extracontractual, donde doctrina y jurisprudencia procedieron con el

método de la experimentación para acercarse a criterios científica y empíricamente más fundamentados: en tal perspectiva, incluso la tabla indicativa de referencia planteada en Italia y la experiencia de los *structured settlement*, están muy lejos de constituir soluciones definitivas, pero representan momentos importantes de un recorrido de experimentaciones en curso.

En las más importantes experiencias europeas y extra-europeas la progresiva articulación orgánica de las respuestas institucionales, signadas por el momento histórico, ha dejado en evidencia la necesidad de una mejor coordinación entre las mismas y de un abandono progresivo de perspectivas unívocas de regulación.

No puede prescindirse, si pretende lograrse una mayor sinergia entre las respuestas institucionales, del análisis de las soluciones particulares, ni de su relación recíproca, ni de su encaramiento con los agentes encargados de implementarlas. Bajo esa óptica, el presente estudio del daño a la persona es un ejemplo de los resultados que pueden lograrse con la comparación institucional, al develar los diferentes niveles de eficacia y de coherencia interna de una respuesta, al separar claramente el momento de las propuestas técnico-científicas del momento de la elección más propiamente de política del derecho, y al verificar su conformidad con los valores base de cada sociedad. En efecto, si socialmente puede resultar útil encubrir elecciones evidentemente políticas tras la máscara de la necesidad técnica, los importantes efectos redistributivos que éstas pueden acarrear imponen siempre mayor claridad y precisa distinción. De tal manera es posible evidenciar las múltiples combinaciones de reglas prácticas, con sus distintos resultados en términos de eficiencia y justicia, sin que estos elementos deban necesariamente entrar en conflicto, y debiendo la primera ser funcional a la segunda bajo el prisma de los valores constitucionales.

En fin, las conclusiones a las cuales se llegó al dejar en evidencia la falsa neutralidad de las reglas jurídicas pre-seleccionadas y los efectos en el plano del derecho sustancial

de las normas procesales enunciadas y aplicadas, representan resultados que no se circunscriben al área del daño a la persona; confirmando, por un lado, la utilidad de las técnicas empleadas, y por el otro, la posibilidad de que los criterios de eficiencia sean funcionales a la consecución programática de fines de justicia cada vez más coherentes con los valores fundamentales.

Entonces, eficiencia y equidad, según el planteamiento constitucional, son objetivos que pueden perseguirse simultáneamente con un examen atento de las reglas pre-seleccionadas y con la búsqueda de trayectorias específicas de reforma, teniendo siempre bien presente que ninguna respuesta institucional es perfecta o inmodificable, o debe emplearse de acuerdo con sistemas preestablecidos o ser sometida a condicionamientos propios de un país en particular o de una determinada posición teórica²⁴⁴; únicamente se encuentra sujeta al respeto de la persona humana.

244 En tal sentido resulta clara la posición de I. ENGLART. *The Philosophy of Tort Law*, Dartmouth, 1993, 109, que a propósito de cualquier eventual intención de cambiar las reglas jurídicas, afirma expresamente: "... any reform of tort law, in order to have a real chance of legislative implementation, must take into account the local jurisdiction's historical, legal, political, socio-economic, and intellectual background". Dicha afirmación podría expresarse sintéticamente con el mordaz *caveat* de O. W. HOLMES. *The Common Law*, New York, 1881, 77: "Ignorance is the best of law reformers". El conocimiento del dato y su sistematización constituyen sin duda un progreso, dado que la "dispersión de los datos jurídicos como realidad de hecho es conocida por todos" (R. SACCO. "Comparazione giuridica e conoscenza del dato giuridico positivo", en AA. VV. *Apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980, 254).



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en diciembre de 2006

Se compuso en caracteres Palatino de 11 puntos
y se imprimió sobre propalbond de 75 gramos,
con un tiraje de 1.000 ejemplares
Bogotá - Colombia

Externado
120 años de educación para la libertad

