
El daño existencial. ¿Una idea valiosa o sólo un grito de la moda italiana en el campo de la responsabilidad civil?

Leysser L. León Hilario

Abogado. Diplomado en Lengua y Cultura Italianas por la Universidad para Extranjeros de Perugia

1 Propósito.

La creación de conceptos carentes de sustento fenomenológico ha sido denunciada recurrentemente como uno de los grandes males de la doctrina jurídica. Las taras del logicismo, dogmatismo, conceptualismo y formalismo han sido de continuo achacadas a un universo de disertaciones que se singulariza por la fe de sus autores, tan incongruente cuanto admirable, en la posibilidad de explicar los problemas del derecho mediante el empleo predominante de categorías aparentemente deducidas de la realidad. Inmerecidamente privilegiada por esta vía, la abstracción se convierte en un instrumento esencial para el análisis de los conflictos de intereses que el ordenamiento tiene como mira resolver.

Si se repara en el hecho de que uno de los papeles fundamentales que asumen los autores de libros,

ensayos jurídicos, y comentarios jurisprudenciales consiste en desentrañar el sentido de las normas en situaciones de ambigüedad semántica de las leyes, puede advertirse la urgencia de evitar en este proceder la presencia de un tipo de conceptos que Félix S. Cohen (1907-1953), en afortunada y perdurable caracterización, identificó por su carencia de “sentido trascendental”⁽¹⁾, es decir, de entidades por sí propias descalificadas para la aplicación práctica a causa de su inidoneidad para ser referidas al plano de la realidad.

El amplio y atrayente espacio del derecho de daños no ha escapado de semejante manía conceptualística. Hace casi veinte años, Cesare Salvi destacó, con entendible alarma, la “sobreabundancia esquizofrénica” de definiciones formuladas y funciones atribuidas a la responsabilidad civil, que volvían aparatosa e incontenible la entera idea de la reparación de las víctimas de los daños⁽²⁾.

(1) COHEN F. S. *Transcendental nonsense and the functional approach*. En: *Columbia Law Review*. New York, Vol.35, No.6, junio 1935. pp. 809 y ss., especialmente, pp. 820-823; COHEN F. S. *The Problems of a Functional Jurisprudence*. 1937; ahora en la obra compilatoria *American Legal Theory*, editada por Robert Samuel Summers. Darmouth, Aldershot-Hong Kong-Singapore-Sydney, 1992, pp.237 y ss. Alfredo Bullard empleó con destreza y desarrolló el pensamiento de Cohen para la concepción y elaboración de *La relación jurídico-patrimonial*, 1ra.edición. 1989. La reimpresión estuvo a cargo de ARA Editores, Lima, 1991.

(2) SALVI C. *Il paradosso della responsabilità civile*. En: *Rivista Critica di Diritto Privato*. Bolonia, año I, No.1, marzo de 1983. p.128; tras los pasos (según él mismo reconoce) de FLEMING, John G. *The Law of Torts*. Sydney, 5ta.ed., 1977. p.13.

Han provisto del contenido didáctico que necesitaba esta peculiar forma de catalogar el fenómeno, FRANZONI, M. *Dei fatti illeciti* (artículos 2043-2059), en *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, al cuidado de Francesco Galgano. Bolonia: Società Editrice del Foro Italiano (Roma): Zanichelli Editore, 1993. pp.51 y ss.; y entre nosotros, FERNÁNDEZ CRUZ, G. *La responsabilidad civil del gestor de base de datos en la informática jurídica*. En: *Ius et Veritas*. Lima, Año VIII, No.15, 1997. pp.259 y ss.. Del mismo autor, *Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: La división de sistemas y la previsibilidad*. En: BULLARD, A. y G. FERNÁNDEZ CRUZ (editores). *Derecho civil patrimonial*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997. pp.255 y ss.

En el derecho privado italiano, punto de referencia de la reflexión que aquí se plantea, la anomalía se ha manifestado de muchas formas. Hay, por ejemplo, innumerables estudios sobre la aplicabilidad de la institución en actividades humanas específicas (las distintas profesiones intelectuales han merecido otras tantas investigaciones). No menos común es el periódico reconocimiento de extrañas especies de daños resarcibles (que no siempre son inéditas ni convenientes, como se intentará demostrar).

El interés de los juristas de esta parte de Europa por el llamado “daño existencial” es muy reciente. La actualidad del tema lo hace digno de estudio. Me he propuesto describirlo y resumir los términos de la polémica que ha suscitado.

El valor del estudio que se emprende -lo anoto desde el principio- tendría que ser percibido, antes que en la formulación concreta de hipótesis del daño existencial en el terreno poco cultivado, aunque no infértil, de nuestra casuística (labor cuya insignificancia se develaría tarde o temprano) en su objetivo primario de evidenciar la inutilidad del juego conceptualístico (lo que no equivale a censurar, absurdamente, el uso de conceptos inocuos y si se quiere, provechosos, de los que tiene que componerse, por fuerza, el discurso de los juristas) y en la demostración de la necesidad de la marginación de tal entretenimiento en el operar doctrinario.

Dejo sentada, con todo, mi fe en la verosimilitud de un dictamen de Kipling, con el que Borges concluyó alguno de sus prólogos: “al autor le es dada la creación de la fábula, mas no la de su moraleja”.

2 Individualización del daño existencial.

2.1 El daño en la responsabilidad civil.

En el discurso cotidiano el término “daño” sirve para nominar situaciones negativas. En perspectiva jurídica, el daño es una condición desfavorable para un sujeto de derecho, que merece ser resarcida siempre que el evento que la ha producido afecte una posición protegida por el ordenamiento y cuando sea imputable a otro sujeto, según un juicio reglamentado por la ley; todo lo cual conforma el fenómeno de la responsabilidad civil.

El daño -nótese bien- se distingue del evento que lo genera. El evento, como ha precisado Corsaro, pertenece al mundo de los hechos jurídicos: es una manifestación “real” que contraviene un interés tutelado por el derecho, un fenómeno físico apto para impedir que dicho interés sea satisfecho. En cambio, el daño es una “cualidad” de las situaciones que subsiguen al evento; no se identifica, entonces, con su antecedente fáctico: lo califica, más bien, en términos económicos⁽³⁾.

Según esta interpretación, el daño no sería simplemente la situación en la que se encuentra quien sufre un hecho ilícito ajeno: la pobreza, la urgencia de la cosa dañada o destruida, el recurso a otros medios para satisfacer la necesidad que se podía cubrir en la situación jurídicamente tutelada (quebrantada a raíz del evento), etc. Más precisamente, el daño consiste en una valoración en términos económicos de la situación, nueva y desfavorable, propiciada por el evento; situación que impone al damnificado decidir si sobrelleva el estado de hecho (y mantiene viva su necesidad), o si actúa para erradicarlo (mediante alternativas satisfactorias). En la hipótesis de destrucción de un bien material, por ejemplo, el damnificado se ve forzado a decidir si las cosas quedan tal como están, o si compra otro objeto que se adapte equivalentemente a sus exigencias.

Una atenta reflexión permitiría sostener que nadie “ve” los daños. Existen, eso sí, huellas que permiten deducirlos pero que no comprometen, sin embargo, la naturaleza abstracta de los daños. Una cosa que no ocupa más el espacio que tenía precedentemente, por ejemplo, o una persona que fallece en un accidente de tránsito, o un objeto deteriorado que deja de funcionar, o que no sirve como antes, y no reporta la misma utilidad de costumbre, o las lesiones físicas, verificables mediante un examen médico, de las víctimas de la caída de un edificio viejo, como aquellos que desde hace tiempo amenazan con desplomarse, en el centro de Lima. En realidad, estos no son los daños que el derecho contrarresta, sino sus indicios. En el último de los casos enunciados, los daños tienen que ver, no con las lesiones, sino, nítidamente, con las cuentas de los hospitales (en un

(3) CORSARO, L. *Responsabilità civile Il Diritto civile*. En: *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Roma, Vol. XXVI, 1991. pp.3-6 (del extracto). El planteamiento tiene precedentes en una obra del mismo autor: *L'imputazione del fatto illecito*. Milán: Giuffrè, 1969. pp.46 y ss., 57 y ss.

detrimento patrimonial a la larga), y en el jornal que los afectados dejan de percibir a causa del infortunio, si se vieran forzados a inasistir, por algún tiempo, a sus centros de trabajo.

Este breve apunte sirve para subrayar una incorrección inicial en la expresión “daño existencial”. Al margen del inusual adjetivo (igual de reprochable, en su momento, en el idioma italiano pero reconocido gracias al legado de Heidegger y Sartre), lo que se quiere etiquetar es un menoscabo de la existencia: un daño a la hipotética esfera existencial que toda persona posee. Pero si el daño -como se ha escrito líneas arriba- tiene poco que ver con algo tan objetivo como las lesiones físicas en sí mismas (pues aquél comporta un ejercicio de valoración económica), mucho menos puede (ni tiene por qué) ser asociado con un concepto tan volátil como la “dimensión existencial” del ser humano. Acaso por esta razón, los defensores de la categoría prefieren hablar de “reflejos negativos”, en lugar de detrimento propiamente dicho.

2.2 El daño existencial en particular.

Cuando abordan el tema del daño existencial, los juristas siguen haciendo referencia a las situaciones negativas derivadas de un actuar ajeno imputable. La peculiaridad radica en el sutil ámbito de verificación de esta especie, que estaría constituido por una intangible faz humana de relacionalidad, de contacto constante con el mundo exterior, común a toda persona, en cuanto ser social, y en cuanto tal, según un dictamen aristotélico hartamente famoso.

La historia cercana del daño existencial en Italia se remonta a 1994, cuando Patrizia Ziviz dio a la publicidad un ensayo unánimemente reconocido como punto de partida del debate sobre el argumento.

La exposición de Ziviz parte de un interesante caso. Hacia 1974 -relata- una mujer concurrió a un hospital para someterse a una cistoscopia. El examen fue practicado de manera negligente y devino en una

serie de consecuencias negativas. La gravedad fue tal que se hizo necesaria la extirpación del útero de la paciente.

La perjudicada exigió judicialmente al médico el resarcimiento que, evidentemente, le correspondía, al ver menoscabada su integridad física. Como hecho singular, su marido formuló una demanda simultáneamente. Alegaba, a su turno, que el evento también le había ocasionado daños, que se concretaban en la imposibilidad de mantener relaciones sexuales normales con su mujer, a partir del momento del deplorable suceso.

Al final de un dilatado proceso, el derecho del actor al resarcimiento fue reconocido por la Corte de Casación⁽⁴⁾. Se titubeó, de todos modos, al momento de definir de qué daño se trataba. Los jueces dejaron escrito que no tenía carácter patrimonial ni no patrimonial, pero que era resarcible, de todas formas, de acuerdo con la regla general del artículo 2043 del Código civil italiano en el que se establece que “todo hecho doloso o culposo que ocasiona a otro un daño injusto obliga a aquel que lo ha cometido a resarcir el daño”.

De acuerdo con Ziviz, en la hipótesis referida el daño se patentizaba en los “reflejos peyorativos” que el marido padeció en un aspecto significativo de su esfera “existencial”, importante para el mantenimiento de su equilibrio personal; reflejos que tenían, por lo demás, directa vinculación con el hecho del médico. Y no era admisible replicar que el actor podía, de todos modos, relacionarse sexualmente con cualquier otra mujer, pues en fuerza del deber de fidelidad conyugal, normativamente establecido, un hombre casado bien puede considerarse obligado a desenvolver su vida amorosa exclusivamente con su mujer. Desde el momento en que ésta sufrió el impedimento fisiológico para la actividad en mención, la posibilidad de ejercicio lícito del sexo por parte del consorte estaba condenada a venir a menos⁽⁵⁾.

(4) Corte de Casación italiana: Sentencia del 11 de noviembre de 1986, publicada en: *Il Foro Italiano*. Roma, Vol. CX, I, 1987. Columna 833 y ss, con nota de Anna Maria Princiagalli.

Traduzco parte de la sentencia: “El comportamiento doloso o culposo del tercero que ocasiona a una persona casada una imposibilidad para tener relaciones sexuales es inmediatamente y directamente lesivo (pues lo suprime) del derecho del otro cónyuge a tales relaciones; un derecho-deber recíproco, inherente a la persona, que forma parte de la relación conyugal, junto con otros de su misma especie. La supresión de dicho derecho, al menoscabar la persona del cónyuge en su desenvolvimiento en la familia, es de por sí resarcible, como un modo de reparación de la lesión de dicho derecho de la persona (...)”.

(5) ZIVIZ, P. *Alla scoperta del danno esistenziale*. En: *Contratto e Impresa*. Padua, año X, No.2, 1994. p.846; también en los *Scritti in onore di Rodolfo Sacco: La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, al cuidado de Paolo Cendon. Milán: Giuffrè, vol.II, 1994, p.1300. En las citas se hace referencia a la primera publicación.

Otros casos de indemnizaciones reconocidas por los jueces italianos en hipótesis como las del daño derivado de la contaminación ambiental (limitaciones de la libertad de acción, en tanto los afectados tenían que impedir el contacto con las cosas contaminadas y someterse a controles sanitarios), del accidente de tránsito sufrido por un pariente (que debía ser acompañado por los suyos a los exámenes periódicos con el psicólogo, o a las terapias de rehabilitación, y requería ayuda hasta para las más mínimas actividades), o los daños ocasionados a una trabajadora que tuvo que abandonar su puesto luego de demandar a su empleador por acoso sexual (la alteración de sus hábitos de vida, a causa de la pérdida de la fuente de autosustento), permitieron a Ziviz vislumbrar una tendencia de la magistratura italiana a considerar resarcibles conductas perjudiciales comprometedoras de un conjunto de manifestaciones ligadas con el actuar “no redituable” de los damnificados: es decir, con el desenvolvimiento “existencial” de las víctimas⁽⁶⁾.

En un trabajo posterior, la autora citada comenta: “mediante el resarcimiento de todo menoscabo relativo a las ‘actividades realizadoras de la persona’, se ha conseguido tutelar las modificaciones peyorativas de la dimensión existencial ocasionadas por una lesión a la salud; se ha arribado, en efecto, a estructurar de modo definido los aspectos no patrimoniales de un perjuicio que son diferentes del dolor⁽⁷⁾”.

La caracterización de la figura esbozada por Ziviz en los términos reseñados, ha sido complementada por Paolo Cendon, quien ha finiquitado la identificación en un estudio donde efectúa una contraposición con las especies tradicionales de daño.

De acuerdo con Cendon, el daño existencial ostentaría las siguientes peculiaridades⁽⁸⁾:

a) Una identidad que no es confundible con el modelo del daño patrimonial. El daño existencial no comporta una destrucción de bienes económicos, ni genera gastos que deban afrontarse; no hay cuentas bancarias que disminuyan ni ganancias futuras que se

vean comprometidas. Existe, más bien, una “coloquialidad” diferente del damnificado con sus semejantes y con las cosas; “un contacto menos provechoso”.

b) Una fisonomía bien distinta de los paradigmas clásicos del daño moral. En el daño existencial no concurren ni la melancolía, ni las lamentaciones nocturnas, ni las “almohadas bañadas en lágrimas”, sino la alteración de una secuencia de dinamisismos: un nuevo hacer o deber hacer, o un dejar de hacer; una forma distinta de relacionarse con el mundo externo: en la ciudad, el barrio, el edificio, los medios de transporte, los servicios, los espacios para pasar el tiempo libre, etc.

c) Una capacidad de proyección total -en el ámbito morfológico de las fuentes de daño- que lo pone en condición de abarcar la totalidad del campo de las lesiones a la salud, las diversas hipótesis extrasomáticas, y todas las demás que la experiencia jurisprudencial italiana documenta a la fecha, así como los casos ulteriores que el derecho comparado señale. El universo entero de la antijuridicidad (de las posiciones protegidas por el derecho privado) tiende, así, a constituir el área de referencia del daño existencial.

d) En el ámbito de la relación entre daño y consecuencia, el nuevo tipo se distingue por nominar un atentado contra toda modalidad “realizadora” de la persona, con excepción de los entretenimientos de carácter ilícito o inmoral, pero sin ninguna exclusión de principio. Así, estarían comprendidas:

- Las ocupaciones (las generadoras de rédito inclusive), consideradas según la medida en la que un comprometimiento de las mismas fuera tal de implicar, adicionalmente, alteraciones existenciales negativas para el damnificado.

- Las actividades extraeconómicas en sentido estricto (sin importar cuán nobles, frívolas o inocentes): peregrinajes, *jogging*, visitas a museos, periodismo no profesional, sesiones de gimnasia, voluntariado, torneos de *bridge*, participación en la banda de música de la Municipalidad, *nouvelle cuisine*, viajes en avión,

Existe un trabajo anterior (que prefigura, sin duda, el desarrollo actual del concepto por parte de la misma Patrizia Ziviz) en el que se hace una alusión genérica a la categoría. CENDON P., GAUDINO L. y ZIVIZ P. *Sentenze d'un anno: La responsabilità civile*. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile XLV*. Milán, 1991. pp.971 y ss., especialmente los números 15 y 18, pp.995 y ss., pp.1005 y ss.

(6) ZIVIZ, P. Op.cit.; p.862.

(7) ZIVIZ, P. *Il danno non patrimoniale*. En: *Il diritto civile nella giurisprudenza*, al cuidado de (8)

(8) CENDON, Paolo. *La responsabilità civile*. Turín: UTET, vol. VII, 1998, p.376. Se refiere, naturalmente, al dolor anímico, que es resarcible a título de daño moral.

jardinería, reuniones patrióticas, recolección de hongos en el bosque, juegos de bochas, ventas de segunda mano, internet, ejercicios espirituales, discotecas, coleccionismo, pequeñas invenciones, herboristería, shopping, asistencia a universidades para la tercera edad, concursos de belleza, espeleología, visitas a los parientes, *bricolage*, coros religiosos, vídeo-aficiones, *body-building*, compañías de teatro para aficionados, preparación casera de mermeladas, competencias de baile, actividad política vecinal, TV interactiva, observación de aves (*bird-watching*), diseños a carboncillo, y así por el estilo⁽⁹⁾.

e) En el ordenamiento italiano, el régimen legal del daño existencial no tendría que confiarse a la norma general sobre los daños no patrimoniales (el artículo 2059 del Código civil, donde se lee que “el daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos establecidos por la ley”), sino a la cláusula general de responsabilidad civil del artículo 2043 -antes citada- y a las normas vinculadas que la subsiguen.

En este punto, es esencial llamar la atención sobre una característica fundamental del sistema examinado -y esto debería servir como advertencia a quienes emprendan la lectura de cualquier obra italiana sobre el daño moral o el daño a la persona-. Según una interpretación sistemática internormativa, se considera que el daño no patrimonial es resarcible, casi con exclusividad, cuando tiene antecedentes en la comisión de un delito⁽¹⁰⁾. La resarcibilidad del daño existencial -retornando a la propuesta de Cendon- sería de naturaleza ordinaria, en otras palabras, con lo cual podría operar incluso más allá de los casos de ilícitos penales.

f) Finalmente, y como corolario de todo lo anterior, el daño existencial plantearía una acumulabilidad en el plano contable-procesal, dada su distancia del daño patrimonial y del daño moral puro. Así las cosas, las víctimas de estos perjuicios podrían elaborar, al momento de plantear su demanda, una “cuenta final a tres voces”⁽¹¹⁾.

(9) CENDON, Paolo. *Non solo di salute vive l'uomo*. En: *Rivista Critica di Diritto Privato*. Nápoles, año XVI, No.4, diciembre de 1998. pp.571-572.

Creo que es suficiente dar un vistazo a este variopinto elenco detallado por Cendon para tener una idea, tanto del vastísimo espectro de distracciones que, afectadas por un evento antijurídico, propiciarían un supuesto de daño existencial, cuanto de la extrañeza de nuestros potenciales damnificados locales a muchas de las actividades “realizadoras” de los ciudadanos italianos.

Según propone Ziviz (*La tutela risarcitoria della persona: Danno morale e danno esistenziale*. Milán: Giuffrè, 1999. p.417), el aludido campo de las actividades “realizadoras” de la persona puede ser dividido en los siguientes sectores: “a) las actividades biológico-subsistenciales; b) las relaciones afectivo-familiares; c) las relaciones sociales; d) las actividades de carácter cultural y religioso; y e) las distracciones y entretenimientos”.

(10) Al respecto, ver infra, núm. 3. La bibliografía es inmensa. Entre las obras generales y monografías específicas sobre el tema son de destacar: SCOGNAMIGLIO, R.: *Danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*. En: *Rivista di Diritto Civile*. Padua, año III, parte primera, 1957. pp. 302 y ss.; del mismo autor, *Danno morale*. En: *Novissimo Digesto Italiano*, Turín: UTET, vol.V, 1960. pp.147 y ss.; DE CUPIS, A. *I fatti illeciti, en Trattato di diritto civile*, dirigido por Giuseppe Grosso y Francesco Santoro Passarelli. Milán: Vallardi, vol.IV-4, 2da.ed., 1970. pp.51 y ss.; *Dei fatti illeciti* (artículo 2043-2059), 2da.ed..En: *Commentario del Codice civile*, al cuidado de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca. Bolomna: Società Editrice del Foro Italiano (Roma)-Nicola Zanichelli Editore, 1971, sub artículo 2059. p.148; *Il danno*. 3ra.ed.. Milán: Giuffrè, vol.I, 1979. pp.67-68; BONILINI, G. *Il danno non patrimoniale*. Milán: Giuffrè, 1983. pp. 309 y ss.; RESCIGNO, P.: *Il danno non patrimoniale. Le «letture» del artículo 2059 tra interpretazione e riforma*. En: *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*. Milán: Giuffrè, año I, No.1, 1985. pp. 12 y ss.; FRANZONI, M. *Danno morale*. En: *Contratto e Impresa*. Padua, año VI, No.1, 1990. pp.307 y ss.; del mismo autor, *Dei fatti...* Op.cit., pp.1161 y ss.; BIANCA, M. *Diritto civile. Vol. V: La responsabilità civile*. Milán: Giuffrè, 1994, p.167 y ss.; ALPA G., BESSONE M.y ZENO-ZENCOVICH V.: *I fatti illeciti, en Trattato di diritto privato*, dirigido por Pietro Rescigno, Turín: UTET, vol.XIV, 2da.ed., 1995, pp 447 y ss.; VISINTINI, G. *Trattato breve della responsabilità civile*. Turín: UTET, 1996, pp.527 y ss.; MONATERI, P.G. *La responsabilità civile*. En: *Trattato di diritto civile*, dirigido por Rodolfo Sacco. Turín: UTET, 1998, pp.295 y ss.; SALVI, C.: *La responsabilità civile*. En: *Trattato di diritto privato* dirigido por Giovanni Iudica y Paolo Zatti. Milán: Giuffrè, 1998. p.51 y ss.; ALPA, G.: *Trattato di diritto civile. Vol. IV: La responsabilità civile*. Milán: Giuffrè, 1999. p.655.

No faltan críticas, sin embargo, contra esta inveterada consideración. Adriano De Cupis ha sido reiterativo en proponer la abrogación del artículo 2059 del Código civil italiano. Véase, por ejemplo, su comentario a la famosa sentencia de la Corte Constitucional No.184 del 30 de junio de 1986, en: *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*. Milán, año II, No.3, 1986. pp.736-738.

Es llamativa, asimismo, la puntillosa, pero con todo resignada, nota de jurisprudencia del mismo MONATERI, P.G. *Danno biologico da uccisione o lesione della serenità familiare? (L'articolo 2059 visto come un brontosauo)*. En: *Responsabilità Civile e Previdenza*. Milán, vol. LIV, No.6, 1989. pp.1176 y ss., especialmente pp. 1182-1183.

(11) Con esta expresión metafórica, Cendon expresa que, hipotéticamente, un demandante, ante el perjuicio de un derecho de la personalidad, podría requerir indistintamente el resarcimiento del daño patrimonial (que abarca al daño biológico), del daño moral y del daño existencial.

Sobre la configuración de cada una de estas categorías en la doctrina italiana, v., siempre, infra, n. 3.

En ejemplar tributo a la brevedad, se ha dicho sintéticamente que el daño existencial es aquel que engloba la suma de repercusiones relacionales de carácter negativo para el afectado por un evento dañoso⁽¹²⁾.

Alguno ha especulado que el daño existencial habría aparecido en el sistema italiano de la responsabilidad civil con una doble finalidad: (i) como un intento de la doctrina para ofrecer una tutela resarcitoria en situaciones de perjuicio que según su régimen actual están privadas de protección; y (ii) en el aspecto sistemático, como un compartimento para colocar una serie de figuras de daño cuyo reconocimiento por parte de la jurisprudencia está caracterizado por incertezas de índole argumentativa⁽¹³⁾.

Al margen del inusual adjetivo (...),
lo que se quiere etiquetar es un
menoscabo de la existencia: un
daño a la hipotética esfera
existencial que toda persona posee

3 El daño existencial en el repertorio italiano de los daños resarcibles.

Es oportuno dar cuenta del elenco de los daños que pueblan el ordenamiento italiano a los que se ha hecho una referencia general en el punto anterior, con el fin de precisar el lugar en el que se pretende encuadrar el daño existencial.

Hay que señalar, inicialmente, que al tiempo de la redacción del texto del Código Civil de 1942 y hasta la fecha, la doctrina italiana parte de la idea, de raíz

alemana, de la distinción entre daño patrimonial y no patrimonial.

La mayor parte de los autores acepta que el primero consiste en un perjuicio susceptible de valoración económica directa, y mediante criterios objetivos⁽¹⁴⁾. La segunda especie queda definida por exclusión. En la práctica, podría hasta ser reconocida por las dificultades que genera su liquidación por parte del juez cuanto toca conceder un resarcimiento. No es igual de fácil, evidentemente, establecer una asignación para una persona que reclama el gasto que demandará la reparación de su vehículo y decidir cuánto se otorga a uno que ha padecido lesiones físicas con secuelas de carácter psico-físico (las migrañas son un típico ejemplo, en los casos de responsabilidad civil por inmisiones de ruido). Un jurista de renombre como Doménico Barbero, al momento de distinguir ambas categorías, escribió que si el resarcimiento significaba “eliminación del daño y de sus consecuencias”, el daño no patrimonial (daño moral) no era propiamente resarcible: era sólo compensable⁽¹⁵⁾.

Existe, entonces, una gran línea divisoria en el repertorio italiano de los daños resarcibles. El siguiente paso es precisar en cuál de los dos campos (patrimonial o no patrimonial) se ubica el daño existencial, o si consiste, acaso, en una especie discordante.

Tradicionalmente, como lo prueba la citada opinión de Barbero, la doctrina y jurisprudencia italianas han leído la expresión “daño no patrimonial” como homóloga del “daño moral” o *pretium doloris*.

Sin embargo, el escenario ha variado significativamente *ad portas* la aparición del daño existencial. En la actualidad, los estudiosos han pasado a componer dos bandos: los que utilizan el concepto de “daño moral” entendido, casi exclusivamente, como sufrimiento psico-físico de la víctima (aquellas lamentaciones a que aludía Cendon), y los que cierran filas en torno del “daño no patrimonial” con la

(12) Así, MONATERI, P.G. *Danno morale e danno esistenziale (alle soglie di una nuova categoria)*. En: P. G. MONATERI, M. BONA, y U. OLIVA: *Il nuovo danno alla persona*. Milán: Giuffrè, 1999, p.19.

Por su parte, BARZAZI propone: “Por daño existencial hay que entender la suma de repercusiones relacionales negativas padecidas por un sujeto como consecuencia del obrar ilícito de un tercero. El punto de partida de esta nueva construcción se entrevé en la constatación del valor del individuo y en su centralidad en el plano social, que encuentra un amplio reflejo en el plano constitucional”. BARZAZI, G. *Il danno morale*. En: BARZAZI G., P. BOSIO, A. DEMORI y D. RONCALI. *Il danno da morte, biologico e morale: Profili giuridici, aspetti medico-legali e psichiatrico-forensi*. Padua: CEDAM, 2000. p.100.

(13) BARZAZI, G.: *Op.cit.*: p.99.

(14) BIGLIAZZI-GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI F. y NATOLI U. *Diritto civile, 3, Obbligazioni e contratti*. Turín: UTET, 1989. pp.681-682.

(15) BARBERO D. *Il sistema del diritto privato*. Nueva edición al cuidado de Antonio Liserre y Giorgio Floridia. Turín: UTET, 1988. p.916.

convicción de que el mismo es idóneo, y menos limitado, para abarcar, además del dolor anímico, cualquier perjuicio contra un bien o interés protegido por el derecho, pero que no se concrete en una pérdida de valores patrimoniales (es decir, económicamente intercambiables) para el sujeto afectado⁽¹⁶⁾.

Hacia mediados de los ochenta, una nueva categoría de daño que la doctrina había promovido insistentemente, obtuvo reconocimiento por parte de la Corte Constitucional italiana (en la Sentencia número 184 del 30 de junio de 1986). Se trataba del daño biológico, constituido por la lesión en sí misma considerada, de la integridad psico-física de la persona (que es un derecho absoluto reconocido en el artículo 32 de la Constitución italiana de 1948).

El daño biológico “es la lesión, susceptible de determinación médica, de la integridad psico-física de la persona”⁽¹⁷⁾, resarcible independientemente de su incidencia en la capacidad del damnificado para producir rédito, mas asimilable al daño patrimonial.

Podría concluirse, con palabras de Zatti y Colussi, que en las hipótesis de lesión del derecho a la salud o de los derechos de la personalidad en general, el daño

resarcible que puede reclamarse judicialmente está compuesto por tres elementos: a) el daño biológico; b) el daño patrimonial eventual y c) el daño moral subjetivo (*pretium doloris*), que concurre sólo cuando la ley lo establece, por ejemplo, como ya se ha escrito, en los casos de comisión de un delito⁽¹⁸⁾.

El investigador foráneo encuentra, empero, otras voces bien difundidas, como el daño a la vida de relación, que es “el comprometimiento peyorativo de las capacidades psico-físicas del sujeto, que incide en el desarrollo de su actividad laboral y de las actividades complementarias de ésta, y que implica una disminución de la capacidad de expresión del individuo en el ámbito de las relaciones sociales” y el daño estético que es “el perjuicio a las posibilidades de afirmación de una persona en la vida social, derivante de la deformación del aspecto físico”⁽¹⁹⁾. Ambos, sin embargo, son reconducibles al ámbito de los daños patrimoniales (aun si se habla, matizadamente, de “daños patrimoniales indirectos”), para justificar el reconocimiento de indemnizaciones en casos donde razones de justicia parecen imponerlo, y dada la rigurosidad del artículo 2059 del Código Civil italiano.

(16) Véase el comentario de A. ZACCARIA al artículo 2059 del Código Civil italiano, en CIAN, G. y TRABUCCHI, A. *Commentario breve al Codice civile*. 3a.ed., Padua: CEDAM, 1988. p.1567. Del mismo autor: *Commentario essenziale al Libro IV (Delle obbligazioni artt. 1173-2059)*, Padua: CEDAM, 1996, (en lo referido al sub artículo 2059). p.249.

(17) Así en el Proyecto de Ley presentado al Consejo de Ministros de Italia, el 4 de junio de 1999. En: *Rassegna di Diritto Civile*, No.4, 1999, Napoli. p.931, con comentario de A. Zingaropoli.

Sobre el concepto de daño biológico véanse: FRANZONI, M. *Danno biologico e danno alla salute negli studi recenti*. En: *Contratto e Impresa*, año IV, No.3, Padua, 1988. pp.851 y ss.; ALPA, G. *Il danno biologico*. 2a.ed., Padua: CEDAM, 1993, passim; SCOGNAMIGLIO, C. *Il danno biologico: Una categoria italiana del danno alla persona*. En: *Europa e Diritto Privato*, año I, No.1, Milán, 1998. pp.259 y ss.; CASTRONOVO, C. *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*. Milán: Giuffrè. 1998. p. xi et passim; BARZAZI, G. *Il danno biologico*. En: BARZAZI, G. et al. *Op.cit.*; pp.17-18.

En una sentencia del 25 de febrero de 1997, la Corte de Casación estableció que por daño biológico se entiende la “disminución provocada a la integridad fisis-psíquica de la persona, en sí misma y por sí misma considerada, incidente en el valor humano en toda su concreta dimensión; valor que no se agota en la sola aptitud para producir riqueza, sino que va de la mano con la suma de las funciones naturales concernientes al sujeto en el ambiente en el que se desenvuelve su vida, y con relevancia no solamente económica, sino también espiritual, social, cultural y estética”. Véase: MONATERI, P.G., BONA, M. y OLIVA, U. *Danno biologico: Cenni introduttivi*. En: *ID., Il nuovo danno alla persona...*, op.cit., p.1 ss.

Merece una especial mención una obra de consulta para la valoración de los daños biológicos, auspiciada por la Società Italiana di Medicina Legale e delle Assicurazioni: *Guida orientativa per la valutazione del danno biologico permanente*, a cargo de los médicos M. Bargagna, M. Canale, F. Consigliere, L. Palmieri y G. Umani Ronchi. Milán: Giuffrè, 1996.

(18) ZATTI, P. y COLUSSI, V. *Lineamenti di diritto privato*. 6a.ed., Padua: CEDAM, 1997, p.635.

(19) El daño biológico, se aclara una vez más, no es resarcible como daño no patrimonial, sino sobre la base de la regla general del artículo 2043 del Código civil italiano, a la que ya se ha hecho referencia en supra, n. 2.2.

(19) IASELLI, I. *Lezioni di diritto civile*. Nápoles: Simone, 1998. p.631.

En opinión de Emanuela Navarreta, y como pueden percibir los lectores, el llamado daño “a la vida de relación” constituiría un claro antecedente del daño existencial. La autora, a quien se deben algunas de las más certeras críticas contra la figura bajo examen, brinda un valioso recuento sobre la absorción y superación “hegeliana” de dicho daño “a la vida de relación” por parte del “daño a la salud” (categoría alternativa que, al explicarse suficientemente por su denominación, no requiere ser detallada en esta oportunidad). Bien entendido que fuera (sobre todo, en función de su estricto ligamen con el derecho a gozar de buena salud, cuya inviolabilidad se encuentra constitucionalmente reconocida en Italia), el “daño a la salud” abarcaría los perjuicios que Ziviz y Cendon, entre otros, proponen etiquetar como “existenciales”. Ver: NAVARRETTA, E. *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*. Turín: Giappichelli Ed., 1996. pp.138-140.

¿Dónde se ubica el daño existencial? Según sostiene Ziviz, a diferencia del daño patrimonial, el daño existencial comporta repercusiones que no dan pie a reflejos negativos en el patrimonio (entendido en el sentido clásico del término); por otro lado, y a diferencia del daño moral, tales repercusiones se manifiestan en el plano concreto, y son susceptibles, por lo tanto, de precisas verificaciones (lo que no ocurre con los sufrimientos o dolores de carácter espiritual). Lo relevante de esta nueva categoría sería -una vez más- la modificación negativa de las modalidades a través de las cuales el individuo desenvuelve su propia personalidad⁽²⁰⁾.

Desarrollando su idea, Ziviz propone un renovado esquema: “a las figuras canónicas, del daño patrimonial y moral se suma el daño existencial. Y dado que este último -por su contenido peculiar- se proyecta hacia el área no patrimonial, termina por representar el punto de sutura entre las dos visiones que dominaban, en el pasado, la materia del daño no patrimonial: tanto aquella que tiende a leer esta última categoría como un conjunto residual, cuanto aquella inclinada, en cambio, a identificarla con el malestar anímico⁽²¹⁾”.

En esta perspectiva, el daño existencial viene a equipararse al daño patrimonial y al daño moral, con el propósito, aparentemente noble, de complementarlos y clarificarlos.

Basta hojear la más reciente obra compilada por Cendon y Ziviz, un volumen de más de ochocientas páginas titulado *Il danno esistenziale: Una nuova categoria della responsabilità civile* (Milán: Giuffrè, 2000), que recopila, fundamentalmente, las ponencias presentadas a un congreso realizado en Trieste en noviembre de 1998, para hacerse una idea del resultado a que se ha arribado: una remisión de múltiples

supuestos de perjuicios a los dominios del daño existencial; a saber: la lesión de la esfera sexual del cónyuge, la lesión de la salud o la muerte de uno de los cónyuges, la muerte de un pariente, las implicancias existenciales del luto, el nacimiento de un hijo “no deseado” (cuando, por negligencia médica, no se hubiera logrado interrumpir un embarazo)⁽²²⁾, la muerte de un animal doméstico objeto de afecto, la lesión del honor, de la identidad personal, de la privacidad, los daños derivados de una detención injustificada, el llamado daño psíquico, los casos de los menores víctimas de maltrato o abuso sexual, la toxicoddependencia, los perjuicios generados por la usura, las inmisiones, el despido de un trabajador, el daño ambiental, las vacaciones arruinadas, el enrolamiento militar, las catástrofes naturales, etc.

En fin, el elenco parece destinado a permanecer siempre incompleto: es tal la vastedad de la existencia humana -afirmarían algunos- que se resiste a ser encasillada.

¿Tal vastedad vuelve lícita la postulación de una categoría así de ilimitada? Básteme informar que un cajón de sastre semejante, lejos de aclarar o complementar las categorías existentes, ha despertado infinidad de dudas sobre la naturaleza de daños que, aunque conceptualmente imprecisos para los jueces, han ostentado una resarcibilidad que nadie ponía en discusión.

4 Acogimiento de la figura en la jurisprudencia italiana.

El *boom* del daño existencial en el sistema italiano ha cobrado un impulso determinante desde que los jueces empezaron a invocarlo en sus sentencias. No

(20) ZIVIZ, P. *Il danno non patrimoniale...* op.cit.: p.377.

(21) ZIVIZ, P. *Verso un altro paradigma risarcitorio*. En: *Il danno esistenziale: Una nuova categoria della responsabilità civile*, al cuidado de Paolo Cendon y Patrizia Ziviz. Milán: Giuffrè, 2000. p.47.

Me parece que esta opinión discordara con algo afirmado precedentemente por la misma autora en *Alla scoperta del danno esistenziale* (cit., p. 862, nota 35): “No se trata de un *tertium genus* de daño, capaz de fragmentar la tradicional dicotomía patrimonial/no patrimonial: ello, en cuanto la diversidad se manifiesta (más que respecto del daño patrimonial) frente al daño moral, el cual, por sí solo, no resulta exhaustivo de la entera categoría de los perjuicios de carácter no patrimonial”. No se entiende cómo un concepto que “acompaña” o “se une” a otras dos categorías no comporte una tercera entidad.

(22) El supuesto ha sido analizado por BILOTTA, F. *Profili del danno esistenziale nella procreazione*. En: *Responsabilità Civile e Previdenza*, vol. LXIV, No.2, Milán, 1999. pp.337 y ss.

Tal sería la situación (según ejemplifica Bilotta) de una adolescente encinta, aún soltera, que, incapaz de sustentar económicamente un hijo, acude a un centro hospitalario para interrumpir la preñez, y no consigue su objetivo a causa de un error de los médicos. Tiene que casarse y hacer frente a la maternidad. Nada se diga sobre el problema ético subyacente, pero el “aspecto existencial”, en opinión del mismo autor, radicaría en la imposibilidad para la afectada de “realizar una maternidad conciente y responsable”, en la falta de una “disposición, serena y completa para acoger un hijo” (Ibid., p. 344).

creo que sea inverosímil suponer que los promotores del nuevo concepto obtienen una doble satisfacción con el acontecimiento: un sentimiento de beneplácito, sobre todo, porque piensan que no han creado en el vacío, o, aunque fueran concientes de haberlo hecho, logran un convencimiento inicial de que sus construcciones cobran trascendencia con la aplicación jurisprudencial; asimismo, el alivio de contar, en adelante, con un sustento práctico frente al ataque de la crítica, nueva y antigua, que repudia la construcción, en cuanto fruto del conceptualismo.

Daré cuenta sólo de dos sentencias recientes al respecto, y de una interesante hipótesis de perjuicio: la muerte del animal doméstico objeto de afecto, que podría ser encaminada al daño existencial, jurisprudencialmente, de un momento a otro.

4.1 La pérdida del hijo que está por nacer.

El hecho tuvo lugar en 1998. El señor Rossini guiaba su automóvil por una carretera interprovincial. Lo acompañaba su esposa, encinta desde hacía cuatro meses. En cierto momento, otro conductor intentó sobrepasarlos imprudentemente (como se demostró con relativa facilidad). Los dos vehículos salieron de la pista. El de los Rossini se estrelló contra un muro de contención. La mujer se lesionó levemente, pero abortó a causa del *shock* emocional. Su recuperación física demandó un breve internamiento y controles periódicos que se prolongaron hasta fines de junio del mismo año.

Luego de verificar el nexo causal entre la colisión y el “evento interruptor” (sic) de la preñez, el juez de paz competente pasó a considerar las circunstancias especiales del caso.

Reparó, al respecto, en la edad de la dama: 39 años. A primera vista, las repercusiones negativas del aborto podían identificarse en la pérdida de la “chance procreadora”, así como con los padecimientos anímicos y el sentimiento de frustración continua que (sin dejar de reconocer que la sensibilidad y la

percepción psicológicas varían en cada individuo) embargaban a la agraviada.

Dice en su Sentencia del 10 de junio de 1999: “(...) se plantea el problema de definir en qué categoría se ubican tanto el evento cuanto sus consecuencias (al margen de las lesiones y la recuperación en el hospital); no estarán ciertamente en el daño patrimonial (sobre el cual, por lo demás, no existe ningún requerimiento específico de la parte demandante). Tampoco en el daño biológico (según ha sido configurado por la doctrina, y aceptado por la jurisprudencia). Tampoco parecen encuadrables, por algunos aspectos, en la óptica del daño moral, al menos según éste es entendido tradicionalmente. Como ha sido precisado por la Corte Constitucional, en efecto, el daño moral está circunscrito a los padecimientos de ánimo, a los sufrimientos experimentados por la víctima a causa del hecho ilícito, consistentes en un perturbación psicológica transitoria, y concurre en la hipótesis de delito (de la que se trata en el artículo 185 del Código Penal) atendiéndose a que el legislador, al atribuir el derecho al resarcimiento de los daños no patrimoniales (artículo 2059 del Código Civil), ha querido reforzar el carácter sancionador de la responsabilidad penal⁽²³⁾”.

Se expresa, a continuación, que sólo dos soluciones eran posibles: ampliar el alcance y los confines del daño moral, o “pensar en una nueva categoría”. Se menciona, entonces, el daño existencial, que permite ampliar el esquema resarcitorio vigente en el sistema italiano, en relación con supuestos diversos (algunos precitados, como la pérdida del cónyuge, la muerte de un animal doméstico objeto de afecto para su dueño o la lesión de la dignidad de un trabajador despedido). En el caso específico, la categoría tomaría cuerpo en el hecho de que la experiencia de la pérdida de un niño reviste una gravedad tal de atormentar a la mujer por el resto de su existencia. El dictamen contiene, a propósito, una referencia al promedio de vida de las mujeres italianas: entre 76 y 77 años.

(23) Juzgado de Paz de Casamassima: Sentencia del 10 de junio de 1999. En: *Danno e Responsabilità*, año IV, No.1, Milán, 2000. p.90, con nota de Marco Bona. *Perdita del nascituro: Un nuovo precedente per il danno esistenziale*.

La referencia al artículo 185 del Código Penal italiano de 1930, concuerda con la idea, antes aludida, sobre la admisión de la resarcibilidad del daño moral solamente en los casos de comisión de delitos:

Libro I: De los delitos en general. Título VII: De las sanciones civiles:

“Artículo 185. Restituciones y resarcimiento del daño.- Todo delito obliga a las restituciones, según las normas del Derecho civil.

Todo delito que hubiere ocasionado un daño patrimonial o no patrimonial, obliga al resarcimiento, tanto al culpable cuanto a las personas que, de acuerdo con las normas del Derecho civil, deben responder por los hechos del culpable.”

A la señora Rossini le fue reconocida una indemnización de £.28'000,000.00 (alrededor de S/.50,000.00 de nuestros nuevos soles), por concepto de daño existencial; de igual forma £.300,000.00 (o S/. 535.00) por los gastos médicos en la intervención a que fue sometida para la extracción instrumental de la placenta, y para su recuperación posterior; y, finalmente, £.200,000.00 (o S/.357.00) a título de “daño moral” (clásico).

Sin disimular su entusiasmo, Marco Bona ha destacado que en esta sentencia el juez ha tenido el mérito de aclarar que el daño moral constituye actualmente una categoría inidónea para garantizar un resarcimiento justo de perjuicios no patrimoniales que sobrepasan los límites del “malestar anímico” y sufrimientos similares. “Hijo, quizás, del espíritu que alguna vez animó el daño a la salud, el daño existencial se plantea hoy como la nueva arma para acabar el partido con el artículo 2059 del Código Civil y para reconducir a la unidad los dispersos fragmentos de la vieja categoría del daño no patrimonial. El daño existencial no es en realidad un intento de pura academia, encaminado a la construcción artificiosa de una nueva categoría, sino más bien la expresión del deseo de un retorno a la normalidad, en la cual todo aquello que atenta contra el valor del ser humano debe encontrar tutela, sin discriminaciones al interno de los bienes fundamentales reconocidos por la Constitución y de la Convención Europea de los Derechos del Hombre⁽²⁴⁾”.

4.2 Las inmisiones consistentes en ruidos molestos.

En 1997, un grupo de vecinos del Municipio de Vignate presentó una demanda contra el titular de un inmueble en el que se efectuaban trabajos de reparación y mantenimiento de maquinaria para la agricultura e industria (tractores y camiones, entre otros). Los ruidos producidos en operaciones como el martilleo de planchas metálicas o el uso de piedras de esmeril, excedían los límites de la tolerabilidad normal (establecida en tres decibelios por encima del ruido de

fondo). Existía, además, una infracción por parte del demandado, que no había respetado ni el horario prefijado por las autoridades municipales para el desempeño de sus actividades, ni una orden judicial que le imponía trasladar su equipo de torno.

La investigación judicial permitió identificar dos damnificados; es decir, se probó que las inmisiones (la “contaminación acústica”) habían tenido lugar sólo respecto de dos de los vecinos demandantes. Luego de este primer paso, tocaba determinar frente a qué tipo de daño tenían que actuar las reglas jurídicas.

“El daño sufrido por Flaminio Menni y Carmen Palladini -se dice en la sentencia- no puede calificarse como daño biológico pues no comporta una alteración del estado de salud o el surgimiento de una enfermedad; ocasiona, más bien, una alteración del bienestar psicofísico, de los ritmos normales de vida que se reflejan en la tranquilidad personal del damnificado, alterando las normales actividades cotidianas y provocando un estado general de malestar psíquico que, pese a no desembocar en una enfermedad propiamente dicha, causa ansia, irritación, dificultad para enfrentar las ocupaciones normales, depresión, etc.”

“En realidad -prosigue- se trata de un ‘daño existencial’, consistente en la alteración de las actividades normales del individuo, como el reposo, el *relax*, la actividad laboral domiciliaria y no domiciliaria, que se traduce en la lesión de la ‘serenidad personal’, a la que tienen derecho todos los sujetos, tanto en el ámbito del trabajo, cuanto, y con mayor razón, en el ámbito familiar”.

“A causa de la lesión de la esfera psíquica del sujeto se alteran, en medida más o menos relevante, las relaciones familiares, sociales, culturales, afectivas y, en los casos más graves puede surgir, incluso, una verdadera enfermedad psíquica: solamente en este último caso el daño debe calificarse como ‘biológico’ en sentido estricto⁽²⁵⁾”.

Al establecer la naturaleza jurídica del daño existencial, se afirmó que constituía un daño no reparable, dada la concurrencia de un evento lesivo

(24) BONA, M. Op.cit.: p.98.

(25) Tribunal de Milán: Sentencia del 21 de octubre de 1999. En: *Responsabilità Civile e Previdenza*, LXIV, No.6, Milán, 1999. pp.1335 y ss., con nota de ZIVIZ, P. *Il danno esistenziale preso sul serio*.

En la sentencia se señalan, asimismo las condiciones que deben cumplirse para establecer la responsabilidad civil: (i) la injusticia del daño (conforme con la cláusula general de responsabilidad del Código civil italiano); (ii) el nexo de causalidad entre comportamiento lesivo y daño, que debe traducirse en un juicio de proporcionalidad o adecuación entre el hecho ilícito y las consecuencias dañosas; y (iii) la consecutividad temporal entre el comportamiento lesivo y daño.

que repercutía en las relaciones familiares, sociales, culturales de los sujetos lesionados, y que sólo raramente tenía efectos de naturaleza estrictamente económica. Adicionalmente, se sostuvo que, tal como ocurre con el daño biológico, el daño existencial posee naturaleza patrimonial, siendo susceptible de valoración económica con apoyo en parámetros y tablas todavía inexistentes, pero que la jurisprudencia podría elaborar sobre la base de la casuística.

El juez consideró, además, que el derecho a la protección contra el daño existencial tiene fundamento en la Constitución italiana. Mencionó, en tal sentido, el artículo 2 del texto, en el que consta la tutela de los derechos inviolables de la persona en el plano individual y en las formaciones sociales en las que se desenvuelve la personalidad.

La sentencia concluye de esta forma: “evaluada, asimismo, la presumible duración de las intrusiones calificadas como intolerables, y la incidencia de las mismas en el equilibrio psico-físico de los sujetos

damnificados, parece equitativo reconocer en favor de Flaminio Menni y Carmen Palladini, a título de resarcimiento del daño, la suma de £.15'000,000.00 (\$/.26,580.00 aproximadamente) para cada uno; suma en la que están comprendidos la actualización e intereses legales”.

No se reconoció el daño moral, porque no se probó que la superación de los límites de la normal tolerabilidad por parte del demandado, constituyera también un ilícito penal. Del mismo modo, no se concedió resarcimiento por la eventual disminución del valor de las viviendas de los afectados por las intrusiones, porque este daño patrimonial no estaba demostrado y no podía basarse en una presunción.

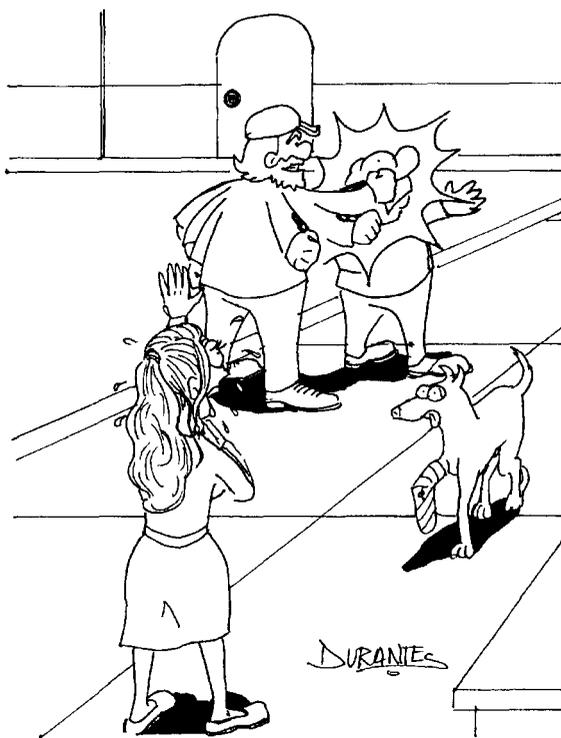
4.3 La muerte del animal objeto de afecto: ¿un próximo supuesto?

Uno de los casos que, en tiempo breve, podría dar lugar a nuevos pronunciamientos sobre el daño existencial, es el de las demandas por la muerte de un animal doméstico objeto de afecto.

En castellano es usual el empleo el término “mascota”, pero ello comporta una doble equivocación. En primer lugar, el galicismo “mascota” (del francés *mascotte*) es válido sólo para identificar una persona, animal o hasta una cosa que trae buena suerte. No es imposible que suceda, pero deben de ser pocos los que piensen que su perro o gato les porta fortuna. Es más, en algún lugar de nuestro país existe la creencia de que tener palomas en casa es de mal augurio, según leí, de niño, en *El Caballero Carmelo* de Abraham Valdelomar.

En segundo lugar, aun admitiendo el uso incorrecto de la palabra, no se acostumbra emplearla (quién sabe si concientemente) respecto de ciertos animales, como los caballos o los cerdos rastreadores de trufas (muy comunes en Europa), que a pesar de todo pueden ser destinatarios de un cariño especial por parte de sus dueños. Este último sentimiento es, precisamente, el que corresponde resaltar.

Una estadística curiosa da cuenta de que el 99% de las personas que poseen un perro o gato los consideran parte de la familia; un 97% conversa con ellos al menos una vez al día y considera que sus



(26) La referencia es de CASTIGNONE, S. *La morte dell'animale d'affezione*. En: *Il danno esistenziale: Una nuova categoria...* op.cit.: p.274. Llamen la atención dos de los títulos citados por la autora en su nota bibliográfica: *Man and Cat: Benefits of Cat Ownership* (Oxford, 1988) de R. Bergler y *L'animal en droit privé* (Paris, 1992) de J. P. MArguenaud. En castellano puede consultarse la compilación de ensayos titulada “Los animales y el derecho”, Civitas, Madrid, 1999.

animales son capaces de percibir el estado de ánimo de su “compañero humano”⁽²⁶⁾.

Prefiero proponer, sin embargo, la figura de una señora anciana, viuda por añadidura, que tiene como única compañía en el mundo a un gato. Este presupuesto es suficientemente significativo para exponer la presente hipótesis de daño. Imagínese que el animal muere, embestido por un automóvil. ¿No ve modificada su vida aquella persona? ¿Qué reacciones negativas le produce esta pérdida?

Pues bien, hace tiempo que los jueces italianos, en clara emulación de sus pares norteamericanos (que, como gusta de recordar Gastón Fernández Cruz en sus lecciones, han discutido hasta la posibilidad de que un animal doméstico sea reconocido como heredero) y franceses, han resuelto benévolamente demandas de indemnización por los daños no patrimoniales suscitados por la muerte de animales objeto de afecto (*animali d'affezione*).

Un caso tuvo lugar en 1994. Dos hermanos se encontraban inconciliablemente enemistados a causa de una disputa hereditaria. En un raptó de irracionalidad, uno de ellos atropelló con su automóvil al inofensivo perro de la familia de su consanguíneo. El can (un pastor alemán cruzado con *collie*) no murió instantáneamente. Una sobrina del desalmado, que era la más ligada al animal, intentó pedir ayuda, pero fue disuadida mediante amenaza.

El pretor estableció la responsabilidad penal del dañador y lo condenó a 45 días de reclusión. Adicionalmente, concedió a la afligida sobrina, constituida en parte civil, una reparación por daño moral ascendente a £.3'000,000.00 (\$/5,350.00 aproximadamente).

“En la sociedad moderna -expuso la autoridad- las relaciones con los animales han superado el valor

típicamente utilitarístico propio del pasado, y han adquirido una nueva dimensión, de acabamiento y enriquecimiento de la personalidad del ser humano en el respeto hacia las características etológicas del animal. El detrimento moral por efecto de la pérdida traumática del animal de compañía debe, por lo tanto, ser considerado con esta nueva óptica (por lo demás largamente difundida y compartida), teniendo en cuenta los sentimientos de privación y de sufrimiento psíquico suscitados en la denunciante por el comportamiento ilícito del imputado⁽²⁷⁾”.

Quienes abogan por el reconocimiento del daño existencial no se conforman con el *pretium doloris*; encuentran en su categoría un remedio para resolver las dudas clasificatorias de los magistrados al momento de dirimir controversias como la citada. Entre el hombre y el animal al que depara su afecto se instaura un fuerte ligamen emotivo, y en tal caso, según opina Silvia Castignone, “el animal deviene en un punto de referencia en la vida de una persona o grupo familiar (contrariamente a cuanto se cree, los *pets* no se hallan, por lo general, con personas ancianas y/o solas, sino con familias numerosas inclusive). Ello es más cierto en los casos en los que el animal es puesto, con fines curativos, al lado de un individuo con anomalías psíquicas o motrices, o de algún otro tipo: se trata de la llamada *pet-teraphy*, que se encuentra en continuo crecimiento. Y nada se diga sobre los perros para ciegos o los monos que son adiestrados para auxiliar a los parapléjicos⁽²⁸⁾”.

Yo no sería capaz de negar el sufrimiento que debe de embargar a la persona que posee un animal doméstico y lo pierde por el actuar culposo de un tercero⁽²⁹⁾. No es exagerado comparar la situación con la pérdida de un amigo. Cómo no considerar amistad, por ejemplo, el ligamen que une a John Thornton y

(27) Pretoría de Rovereto: Sentencia del 15 de junio de 1994. En: *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, año XI, parte primera, Padua, 1995, p.135, con nota de ZATTI, Paolo. *Chi è il «padrone» del cane?*.

(28) CASTIGNONE, S. Op.cit.: p.275. Un caso en el que no se demuestra el ligamen afectivo entre la dueña de una gata atropellada, ni la culpa del conductor demandado se ventiló ante una autoridad conciliadora de Udine: Resolución del 9 de marzo de 1995, en: *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, año XI, No.6, pp.784 y ss., con nota de CITARELLA, G. y ZIVIZ, P. *Il danno per la morte dell'animale d'affezione*. La circunstancia fue propicia para que los comentaristas afirmasen: “Al margen del aspecto puramente afectivo, es necesario subrayar, de todos modos, que la pérdida de un animal puede determinar incluso un empeoramiento de la calidad de vida de su dueño, como correlato del venir a menos de la relación de compañía (...). Se trata, en definitiva, de asegurar protección, no solamente contra los reflejos patrimoniales de la lesión del derecho de propiedad, sino también contra las consecuencias de carácter existencial” (ibid., p. 788).

(29) La edición on-line del diario gobiernista *Expreso* de Lima, del 1 de septiembre del 2000, dio cuenta de la siguiente noticia: “Denuncian a empresario por asesinato de perro ‘Venancio’.- El fiscal Tomás Aladino Gálvez Villegas denunció penalmente al empresario Diego Sologuren Alarcón por la muerte de un perro de diez meses de nacido, durante un incidente ocurrido en un parque de Miraflores el pasado mes de julio. La denuncia por el delito contra el sacrificio de los animales domésticos -previsto en el decreto Ley N°27265

“Buck” en *The Call of the Wild*. Con el mismo valor ejemplificador, Giuseppe Citarella y Patrizia Ziviz han preferido recordar el episodio del *petit prince* y el zorro.

Sería vano, empero, intentar ocultar el previsible caos que generaría la confirmación de la tendencia de conceder resarcimientos exorbitantes para las víctimas de estos perjuicios.

Proyectando la especulación hasta los límites de lo aceptable, podría ocurrir que una persona que pierde el control de los frenos de su automóvil y se ve en el penoso trance de decidir si atropella a un gato o a un peatón considere que da lo mismo, o que se decida (en evidente atentado contra la razón) por lo segundo. No es imposible que esto suceda porque, como es evidente, un ser humano tiene más posibilidad de sobrevivir al impacto. Además, quién sabe si optando por lo contrario, en el colmo de la mala suerte, no podría recaer sobre el conductor una indemnización más onerosa, a título de daño existencial, en favor del dueño del animal (compungido o no: ¿cómo probarlo?).

5 El daño existencial ante la crítica.

De acuerdo con Rossetti, las críticas al daño existencial se dividen en estructurales y funcionales. Las primeras atañen a la admisibilidad teórica y fundamento normativo de la categoría; las segundas (tributarias, en gran medida, del análisis económico del derecho), a su utilidad práctica y posibilidades de aplicación en la práctica⁽³⁰⁾.

Efectuado un rápido repaso de las críticas, del cual no será necesario rendir cuenta exhaustiva, me parecen más convincentes las del segundo tipo, encaminadas a negar el carácter resarcible del daño existencial. Lícitamente, sostendría que éste tiene casi ganada la guerra por su reconocimiento ontológico: ha valido la pena, pues, el esfuerzo de sus defensores para extrapolar características que permitan distinguirlo de otras figuras.

Todo ello, sin embargo, ha tenido lugar sin apartarse del plano conceptual. En cambio, conforme con el propósito expresado en las primeras líneas del presente estudio, juzgo que es más importante reparar en los aspectos funcionales de la categoría, puesto que un desmentido de su ductibilidad, y de su valor, en el nivel de la práctica *-in the currency of fact* (en la moneda de los hechos), como quería Cohen- traerá por tierra todo el trabajo de abstracción realizado preliminarmente por los juristas. Un resumen de las críticas aclarará el panorama esbozado.

5.1 Tentativas de réplica en el aspecto estructural de la categoría.

Desarrollando la clasificación por él mismo formulada, Rossetti expone las críticas que atacan la configuración del daño existencial a las que acompaña las otras tantas respuestas dadas por los partidarios de este último⁽³¹⁾:

a) La noción adolecería de indeterminación excesiva. Siendo el daño existencial toda privación o renuncia a una actividad (aun si no *communis omnium*), se volvería resarcible cualquier “capricho” del damnificado, como por ejemplo, el no poder realizar cabriolas, ni trepar árboles, ni recoger nidos. La nueva noción expresaría, de este modo, no una exigencia objetiva del ordenamiento, sino una abstracta aspiración a la felicidad, cuya garantía no es tarea del sistema de responsabilidad civil.

A ello se responde que la indeterminación es tal sólo si se consideran las consecuencias del daño (lo cual no interesa para los fines de su encuadramiento dogmático), antes que el daño mismo. Al igual que el daño existencial, también el daño biológico puede comportar una gama indeterminada e indeterminable de privaciones existenciales; a pesar de todo, la jurisprudencia italiana continúa expresando que todas ellas sin exclusión, deben ser tenidas en cuenta por el juez en la liquidación del daño.

sobre protección de animales domésticos y mantenimiento de especies silvestres— fue presentada ayer ante la mesa de partes del Poder Judicial. Los hechos se produjeron el 1 de julio pasado en el parque ‘El Faro’ de Miraflores, en circunstancias que Héctor Rospigliosi se encontraba en compañía de su cachorro de raza *stanford shire terrier*, de nombre ‘Venancio’ cuando, casualmente, su mascota mordió levemente a un menor de edad. Luego que un familiar del niño llamara al padre de la criatura, Diego Sologuren, éste llegó inmediatamente al lugar a bordo de una camioneta pick-up color blanco de placa OO-4422, y luego de amenazar con un arma de fuego al propietario del perro, disparó contra el animal. De acuerdo a la denuncia, el autor del asesinato del cachorro ha violado los artículos 17, 18 y 19 de la ley de protección animal dada por el Legislativo, donde figura un dispositivo legal que sanciona con 120 a 300 días multa a los infractores de esa norma”.

(30) ROSSETTI, M. *Danno esistenziale: Adesione, iconoclastia od epoch*. En: *Danno e Responsabilità*, año V, No.2, Milán, 2000. p.211.

(31) En este punto, y para todas las consideraciones subsiguientes: ROSSETTI, M. Op.cit.: pp.211-212.

b) En el sistema italiano, el daño existencial, en cuanto no patrimonial, no podría resarcirse sino en los casos a los que remite el artículo 2059 del Código Civil, es decir, cuando concurriera una hipótesis de delito penal. Afirmar la resarcibilidad de este tipo de daño fuera del esquema de tal norma significa, por lo tanto, soslayar el contenido de esta última.

Se replica que el daño existencial consiste propiamente en una renuncia no deseada a realizar una actividad o acto que se realizaba con frecuencia. El daño existencial, por ende, no consiste en sufrir, ni en lagrimear, sino en un *non facere* forzosamente inducido por el hecho ilícito del tercero.

En relación con la acusación de un subrepticio atentado contra el artículo 2059 del Código Civil, se replica que es necesaria -guste o no guste- una toma de conciencia sobre la crisis que atraviesa la dicotomía tradicional daño patrimonial-daño no patrimonial, luego de la emersión del daño biológico. En efecto, también este último constituye una hipótesis de daño no patrimonial, resarcido más allá de los límites del artículo 2059. No sería válido, por lo tanto, atrincherarse en lo que se dicta en el artículo 2059 para negar legitimidad a la noción de daño existencial. La historia del daño biológico demostraría, justamente, que el aparente obstáculo que representa la referida norma del Código italiano no es insuperable.

c) Finalmente, está el problema de la previsibilidad del daño existencial a los fines de su imputación al dañador a título de culpa.

La esencia de la culpa, como es sabido, reside en la previsibilidad y evitabilidad del evento dañoso, pues sería injusto obligar a un sujeto a resarcir un daño que no podía ni prever ni prevenir. Sin embargo, dado que las actividades desenvueltas por cada individuo son múltiples (y absolutamente imprevisibles en su cantidad y cualidad), aquel que con una conducta cualesquiera ocasionara a otro un daño existencial no podría ser llamado jamás a responder por un daño que no podía prever.

Por ejemplo -continúa Rossetti- quien paga en retardo la deuda personal puede ser llamado a responder por el daño patrimonial que padeció el acreedor por la demora; en este caso, es abstractamente previsible que el acreedor, si hubiera podido disponer a tiempo de la suma que se le debía, habría podido

invertirla y obtener un lucro financiero. Sin embargo, ese mismo deudor no podría ser llamado a responder del supuesto daño existencial padecido por un acreedor avaricioso que, sumido en un estado de postración a causa de la falta de pago, se hubiera encerrado en casa, renunciando a gozar de la vida, dado que se trataría de un daño no previsible *ex ante*.

Los defensores del daño existencial destacan, en sentido contrario, que con miras a determinar la existencia de la culpa, lo que es necesario es la previsibilidad del evento dañoso, mas no la de las consecuencias perjudiciales del mismo. Así - complementan- aquel que ocasiona a otro un daño a la salud responde del daño si podía prever la lesión misma, a pesar de que las privaciones que se derivan de la invalidez subsiguiente a ella son, por lo general, imprevisibles.

5.2 La inoportunidad de la categoría en el plano funcional.

La inconsistencia del daño existencial respecto de su resarcibilidad, específicamente, queda al descubierto al intermediar un análisis en perspectiva económica.

Una anomalía funcional de la responsabilidad civil contra la cual advierten los partidarios de la interpretación económica del derecho, es lo que se conoce con el nombre de *overcompensation*. Con esta locución del inglés, se hace referencia a un fenómeno de compensación exagerada de los daños injustamente causados plasmada por dictámenes judiciales, y por reglamentaciones enteras, que anteponen la tutela de los damnificados a los demás fines de la responsabilidad civil.

Al igual que la desincentivación de actividades potencialmente generadoras de daños (*deterrence*), que es una de las funciones que el análisis económico ha contribuido a prospectar en los últimos años, la compensación constituye uno de los cometidos primarios de la responsabilidad civil. Consiste, en términos generales, en saldar monetariamente los costes de los daños a quienes los han padecido; en asegurarles, como dice Ponzanelli⁽³²⁾, “el mejor (léase: ‘adecuado’) resarcimiento posible”.

Acaso se deba a esta caracterización el uso de una expresión complementaria: “función reparadora”,

(32) PONZANELLI, G. *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*. Bologna: Il Mulino, 1992. p.80.

que brinda una idea mucho más clara sobre este aspecto teleológico del derecho de daños: restablecer, en la medida de lo posible, la situación de las víctimas antes de la producción del evento dañoso.

En cuanto función de la responsabilidad civil, la compensación económica de los daños debe proyectarse con sumo cuidado. Ha de ser una de las más arduas tareas de los jueces establecer, en cada caso, el monto destinado a saldar, congruentemente, la suma de consecuencias perjudiciales de un evento dañoso. La dificultad, que es mucho más grave en el área de las lesiones relativas a la integridad psíquica y física de la persona, ha propiciado que en muchos ordenamientos, como el italiano, se dispongan apósitamente tablas de referencia económica, para medir con relativa certeza la relevancia de los daños.

De todos modos, parece que la compensación sea uno de los puntos débiles de los sistemas de responsabilidad civil⁽³³⁾. Con el temor a que los damnificados sean indemnizados con cifras menores a las realmente necesarias, y en la inevitable incerteza, los jueces tienden muchas veces a sobredimensionar la entidad de los daños; prefieren dar de más antes que dar de menos. Las asignaciones desmesuradas que resultan de semejantes evaluaciones, permiten vislumbrar la ineficiencia económica de las decisiones adoptadas.

La *overcompensation* también puede cobrar cuerpo con el reconocimiento de hipótesis inusitadas de responsabilidad civil. El peligro de esta desviación -que ha plagado la experiencia norteamericana, principalmente- es la proliferación de demandas de indemnización de daños y perjuicios aun en los casos

más descabellados; una especie de lotería en la que jamás se pierde de plano, pues siempre existe aunque sea una mínima posibilidad de obtener un beneficio, por obra de magistrados no menos necios que contemplativos.

Y no se piense que se trata de una deficiencia actual. Casi ciento cincuenta años atrás Giacomo Venezian expresaba su sorpresa ante un caso de homicidio-suicidio que “solamente podía tener lugar en Estados Unidos”: “Una mujer se encuentra con dos amigos en una hostería. Entre tragos y bromas, éstos le apuestan que no puede beber tres pintas de whisky, una a continuación de la otra. Ella acepta la apuesta. A la tercera pinta cae al suelo, fulminada. Si bien había consentido al acto que causó su muerte, su marido demandó, y obtuvo, una indemnización por parte de los que la habían inducido al hecho⁽³⁴⁾”.

Verosíblemente, Gazzoni ha vinculado la resarcibilidad del espectro de perjuicios cubierto por el daño existencial, con cierto “derecho a la búsqueda de felicidad” que consagra el Derecho Constitucional de Estados Unidos, pero que no está reconocido por las normas italianas⁽³⁵⁾. Para el lector que conozca medianamente el sistema norteamericano resultará imposible no asociar la admisión de la resarcibilidad del daño existencial, que podría involucrar cifras exageradas, con los denominados *punitive damages*.

Con una tendencia similar, la jurisprudencia británica ha identificado como una de las variantes del daño no patrimonial resarcible, y con muchos años de anticipación⁽³⁶⁾, la pérdida del buen talante, o del sentido de disfrutar la vida (*loss of amenity* o *loss of enjoyment*, respectivamente).

(33) En el campo de daños derivados de accidentes, tal es la denuncia de POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 3ra.ed. Boston-Toronto: Little, Brown and Company, 1986. pp.186 y ss.

(34) VENEZIAN, G. *Danno e risarcimento fuori dei contratti*. (1884-1886), En: *Opere giuridiche, Vol. I: Obbligazioni e contratti*. Roma: Athenaeum, 1919. p.322. El caso al que se hace mención data de 1884.

Con ridiculez equivalente, una famosa sentencia francesa reconoció un extraño resarcimiento. Un hombre tuvo que abstenerse, por dos meses y medio, de tener relaciones sexuales con su mujer a causa de la errada aplicación de un medicamento (una solución de ácido acético). Demandó a su médico por 12,000.00 francos, argumentando que la media de relaciones de las parejas francesas era de una a la semana y que él se había abstenido en 10 oportunidades (cada una valorizada por el actor en 1,200 francos). Los jueces reconocieron el derecho invocado, pero fijaron en 3,000.00 francos (unos \$/ 1,500.00) el monto del resarcimiento. (Tribunal de Saintes, 6 de enero de 1992, resumida en *Recueil Dalloz Sirey*, París: Cahier, 1993, No.4. p.28). La referencia es de PELLECCIA, E. *La lesione della sfera sessuale del coniuge*. En: *Il danno esistenziale: Una nuova...* Op.cit., pp. 68-69. No es la pérdida de oportunidades de tener sexo lo que se resarce -aclara la autora, remitiendo el detrimento hacia la categoría del daño existencial- sino la forma como ésta influye en la relación personal y afectiva con la pareja.

(35) GAZZONI, F. *Manuale di diritto privato*. 7ma.ed. Nápoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1998. p.695.

(36) Entre otros casos: Heaps v. Perrite Ltd. (1937), Andrews v. Freeborough (1967) y Keating v. Elven Reinforced Concrete Co. Ltd. (1967); todos bastante precedentes, y citados por DELL'AQUILA, E. *I principi generali della responsabilità nel diritto inglese*. Milán: Giuffrè, 1989, pp.18, nota (51).

¿Qué predecir, entonces, sobre el daño existencial? Que suscitará, sin duda, la incorporación al elenco de consecuencias lesivas de los eventos daños -cuya imprevisibilidad debería admitirse únicamente cuando lo impongan la razón y criterios justicia- de nuevas especies de perjuicios.

En opinión de Ponzanelli, reconocer el resarcimiento del daño existencial es privilegiar, de manera excesiva, la función compensatoria de la responsabilidad civil. El riesgo de generar una *overcompensation*, con los problemas sociales y patologías que implica, es tan notorio que hace forzoso desaconsejar dicho reconocimiento. El profesor de la Universidad de Brescia añade una objeción no menos atendible: que las reglas de responsabilidad civil tienden, sobre todo, a lograr un balance entre los intereses de dos polos en conflicto; con la reparación del daño existencial se propiciaría, en oposición, un gran desequilibrio, debido al privilegio que se concedería a la función compensatoria en detrimento de la función de *deterrence*, es decir -y como se ha expresado precedentemente- contra la incidencia que las previsiones del ordenamiento jurídico tienen en el tipo de actividad (potencialmente generadoras de daños o no) que los individuos deciden llevar a cabo⁽³⁷⁾.

6 Comentario final: cuando la moda incomoda.

Italia ha sido catalogada como la capital mundial de la moda en el vestir. Mucho tiempo hace que los productos Valentino, Versace, Armani, Prada o Dolce & Gabbana, sólo por mencionar algunas de las marcas más famosas, predominan en el mercado internacional.

Mucho menos frívolamente, pero no con distinta prosperidad, Italia ha exportado también su pensamiento jurídico, especialmente en el área del

derecho privado. No se puede negar, sin embargo, y relativamente a las traducciones en castellano, que no son los mismos tiempos de antes. No existe más la habitualidad en la aparición de versiones en nuestro idioma de textos clásicos, como lo fue -limitándonos a los estudios sobre la responsabilidad civil- *Il danno* de Adriano de Cupis, que ha sido la invariable fuente de referencia doctrinaria para la jurisprudencia italiana en la materia por un período que abarca más veinte años (cuya publicación barcelonesa, a cargo de Antonio Martínez Sarrión, se remonta a 1976), y aun mediando la reciente edición bonaerense (1999), cuidada por Aída Kemelmajer de Carlucci, del *Trattato breve della responsabilità civile* de Giovanna Visintini.

En manifiesto tributo a la especulación, se podría postular que la discontinuidad de las ediciones en castellano, se deba a dos circunstancias, afortunadas o no (según el punto de vista). La primera peca de romanticismo: la vecindad entre la lengua hispánica y el italiano, que permitiría el contacto directo de los lectores con las fuentes, y que mereciera una memorable alusión de Cervantes en el prólogo del Quijote (aquellos de que con dos onzas de toscano que se conocieran era posible leer los *Dialoghi d'amore* de Leone Ebreo). La segunda, además de ser deplorable, entrevé una conjetura ulterior: el arribo de un estado real, o un mero sentimiento, de autosuficiencia de los distintos ordenamientos jurídicos, con los cuales el derecho comparado y el conocimiento de la jurisprudencia y doctrina foráneas pasan a ser materia exclusiva de los cenáculos académicos.

Acaso pueda postularse una tercera hipótesis, igualmente de lamentar: la resignación a conocer las fuentes a través de intermediarios, que no siempre son fieles a ellas, o que incurren en inexactitudes al interpretarlas.

Según reseña el mismo Dell'Aquila las decisiones judiciales sobre daños no patrimoniales en el Derecho inglés, permiten establecer una triple clasificación: a) *pain and suffering* (el dolor físico o psíquico); b) *loss of expectation of life* (es decir, la disminución presunta de la duración de la vida de la víctima; y c) *loss of amenity* - a veces llamada *loss of enjoyment of life*, la pérdida de un deleite, placer o diversión, como estar en condición de jugar al tennis, andar a caballo o conducir un automóvil.

(37) PONZANELLI, G.: *Sei ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale*. En: *Danno e Responsabilità*, Milán, año V, No.7, 2000, pp.693-694; del mismo autor, *Limiti del danno esistenziale: Postfazione al convegno triestino*, en: *Danno e Responsabilità*, Milán, año IV, No.3, 1999, pp.360-361.

Con el mismo sentido crítico, Navarreta opina que reconocer el daño existencial sería propiciar la inseguridad, una "hipertrofia de los resarcimientos": "La materia resarcitoria comporta un mecanismo de desplazamientos patrimoniales y, más en general, de costes sociales (a menudo visiblemente traducidos en los costos de los seguros), los cuales no pueden resultar incrementados sin una evaluación adecuada de la seriedad de las pretensiones y sin hacer corresponder la distribución de los recursos económicos con la lógica de la jerarquía de los intereses, que emana de la Constitución" (Op.cit.; p.287).

Recordaré, a propósito, una comprobación inapelable de Freddy Escobar sobre la intermediación de cierto jurista argentino que deformó irreparablemente para los lectores (en una obra que, para peor, había alcanzado fama entre los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú) la tesis central de Rosario Nicolò expuesta en *L'adempimento dell'obbligo altrui* (1936). Para arribar a esta convicción, y para comunicarla a los demás, fue necesario, desde luego, que Escobar consultara el texto original. Más todavía, y para mayor mérito suyo, que tuviera en cuenta el desmentido fundamental recibido por Nicolò en su época (sin perjuicio del renombre que obtuvo, y que conservó durante toda su vida), a manos de Salvatore Orlando Cascio en *L'estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo* (1938).

Con todo, no es improbable que el *boom* italiano del daño existencial tenga eco en nuestro medio. Un “eco del eco”, ciertamente, si se niega la novedad de la categoría⁽³⁸⁾. A lo mejor ha repercutido ya, aunque me consta que el profesor Carlos Fernández Sessarego, a quien se deben los estudios más exhaustivos sobre el daño no patrimonial en el Perú, ha hecho bien en centrar el debate en el tema del daño a la persona, del que deduzco tanto un cerrar de puertas a categorías sin valor o generadoras de confusión (vistos los esfuerzos del maestro sanmarquino por pulir de impurezas un espectro otrora dominado, también entre nosotros, por el daño moral) cuanto una simplificación provechosa del discurso⁽³⁹⁾.

Cualquiera que fuera la suerte de esta categoría jurídica que hoy bulle en Italia, debieran considerarse los argumentos justificantes que he referido (y otros varios que, seguramente, podrían formularse), antes de rechazarla. Y no sería perdonable, asimismo, admitirla desconociendo sus previsible (y no tan previsible) implicancias negativas.

Addenda.

Encontrándose finalizado el presente estudio, el último número de la revista *Danno e Responsabilità* (año V, números 8-9, Milán, septiembre de 2000, pp. 835 y ss.) ha reportado una sentencia de la Corte de Casación Italiana -la número 7713 del 7 de junio de 2000- con el alarmante encabezado *Il danno esistenziale “arriva” in Cassazione*. Se trata del caso de un joven con *status* de hijo natural, que, alcanzada la mayoría de edad, demanda a su padre por el incumplimiento en el suministro de los medios para su subsistencia; hecho del que deduce un derecho a ser indemnizado por los daños personales sufridos a causa de la omisión, en el aspecto afectivo y económico.

Dejando a un lado la suerte del recurso, interesa anotar que los magistrados han dejado escrito que la regla general de responsabilidad civil del artículo 2043 del Código Civil italiano, interpretada concordemente con el artículo 2 de la Constitución (que -como se ha apuntado- garantiza la inviolabilidad de los derechos fundamentales del individuo), debe ser apreciada extensivamente “de manera tal que pueda comprender, no sólo los daños patrimoniales en sentido estricto, sino también el resarcimiento de los daños que obstaculizan, aun si lo hicieran potencialmente, las actividades realizadoras de la persona humana”.

Como era esperable, los defensores de la categoría han celebrado el acontecimiento (en el mismo número de *Danno e Responsabilità*, por ejemplo, P. G. MONATERI, *Alle soglie: La prima vittoria in Cassazione del danno esistenziale*, pp.836-841). Sus detractores, en cambio, han evaluado con más mesura los términos de la sentencia, y le han reconocido el valor que exactamente se merece (por ejemplo, G. PONZANELLI, *Attenzione: Non è danno esistenziale ma vera e propria pena privata*, pp.841-843). ^{AB}

(38) Negación que no podría tildarse de desacertada *a priori*, pues se sostiene en la jurisprudencia extranjera, históricamente precedente, citada en supra nota (33).

(39) De la obra del profesor Fernández Sessarego publicada en Italia véase: *Un nuovo modo di fare diritto*, traducción de Juan Espinoza y Luciana Cabella-Pisu, en: *Il diritto dei nuovi mondi*, al cuidado de Giovanna Visintini. Padua: CEDAM, 1992. pp. 229 y ss., y *El daño al proyecto de vida*, en: *Scritti in onore di Pietro Rescigno. Vol. V: Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milán: Giuffrè, 1998. pp.609 y ss.