
La reparación del daño no patrimonial en la responsabilidad objetiva^(*)

Giorgio Afferni

Doctor en Derecho Civil. Università di Genova

1. Introducción

El presente trabajo busca indagar las razones favorables -así como aquellas contrarias- de la afirmación de una regla que se extiende a la responsabilidad objetiva así como a las consecuencias no patrimoniales de un daño a la persona. La responsabilidad objetiva opera, como es conocido, en el marco de las actividades que crean riesgos, también para la salud humana, y que sin embargo son aprobadas en consideración de su utilidad social⁽¹⁾. El Código Civil de 1942 había elaborado un sistema de responsabilidad en el cual las consecuencias patrimoniales de los daños a la persona, causadas en el marco de estas actividades, eran resarcidas a título objetivo, mientras la reparación de las consecuencias no patrimoniales de estos mismos daños requerían la prueba de culpabilidad del causante. Se trataba entonces de un sistema mixto de responsabilidad análogo a aquel ya vigente en el ordenamiento alemán, en donde la responsabilidad objetiva se refería solamente a los daños patrimoniales⁽²⁾.

El sistema mixto de responsabilidad se hacía efectivo a través de la concordancia entre lo dispuesto en el

artículo 2059 del Código Civil y lo señalado en el artículo 185 del Código Penal. Por un lado, el artículo 2059 del Código Civil, limita la reparación de los daños no patrimoniales solamente en los casos determinados por la ley. Por otro lado, el artículo 185 del Código Penal admite la reparación de las consecuencias no patrimoniales de un hecho que constituye delito⁽³⁾. Está claro entonces, que cualquier daño a la persona que posee naturaleza culposa⁽⁴⁾, integrando la tipificación del delito prevista en el artículo 589 (homicidio culposo) y del artículo 590 (lesiones personales culposas) del Código Penal llevaba -y nos lleva todavía- a la reparación del daño no patrimonial junto al resarcimiento del daño patrimonial. Si, en cambio, el daño a la persona fuese atribuido a la responsabilidad del agente según un criterio objetivo, sin que fuese posible ofrecer la prueba de su culpa, era admisible solo el resarcimiento del daño patrimonial y se excluía la reparación del daño no patrimonial⁽⁵⁾.

Este sistema ha sido inicialmente puesto en crisis por la introducción por parte de la jurisprudencia de algunas voces de daño patrimonial, que se dejaban escuchar detrás de las de daño patrimonial, y también

(*) El presente artículo es publicado con autorización expresa del autor y ha sido traducido por Antonio Palmizano, alumno de octavo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Agradecemos al doctor Juan Espinoza Espinoza por la cesión del presente artículo.

(1) Ejemplos típicos son la circulación automovilística y la actividad de empresa

(2) Cfr.: KOTZ, H. *Deliktsrecht*. 7ma. edición. Berlín, 1996. p. 147. Sobre la reciente reforma legislativa que ha extendido en el ordenamiento alemán la responsabilidad objetiva a la reparación del daño no patrimonial puede observarse KATZENMEIER, C. *Die Neuregelung des Anspruchs auf Schmerzensgel.* JZ. 2002. pp. 1029 y ss.

(3) Sobre el punto: ZENO-ZENCOVICH, V. *La responsabilità civile da reat*. Padova, 1989.

(4) En el seguimiento del trabajo me refiero por simplicidad a la sola hipótesis en la cual la conducta del agente sea culposa, dejando fuera la hipótesis estadísticamente mucho menos relevante en las actividades a riesgo consentido, por la conducta dolosa del mismo.

(5) Cfr. FRANZONI, M. *Dei fatti illeciti*. En: *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*. Bologna Roma, 1993. p. 1225. PETRELLI, P. *Il danno non patrimoniale*. En: *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*. Volumen 36. Padova, 1997. pp. 215 y ss. Crítica del ordenamiento jurisprudencial que limitaba la reparación del daño no patrimonial solo a los casos en el que fuera posible dar la prueba de la culpa fue: VISINTINI, G. *Trattato breve della responsabilità civile*. 2da. edición. Padova, 1999. pp. 570 y ss.

cuando la responsabilidad era objetiva. Me refiero aquí al daño a la vida de relación, y al daño biológico⁽⁶⁾. El daño biológico se ha afirmado sucesivamente y ha sustituido el daño a la vida de relación y a otros similares supuestos de daños no patrimoniales. Este constituyó por un cierto período el único supuesto de un daño no patrimonial reparabile a título objetivo en el supuesto de daño a la persona⁽⁷⁾.

La naturaleza no patrimonial de estos supuestos de daño deriva de aquella de los intereses lesionados y en consideración de los cuales deviene la reparación. Estos intereses se refieren a bienes de la vida que no tienen naturaleza patrimonial, ya que no pueden ser objeto de cambio y de valuación económica⁽⁸⁾. Inicialmente les fue atribuida naturaleza patrimonial, con la finalidad evidente de hallar el límite a la reparación del daño no patrimonial al cual se refiere el Artículo 2059 del Código Civil⁽⁹⁾.

Posteriormente, el mismo legislador admitió la reparación del daño biológico, principalmente con el

fin de dar certeza a la medida de su reparación. De este modo, este hecho ha confirmado la posibilidad de la reparación de un supuesto de daño no patrimonial independientemente de la prueba de la culpa del agente⁽¹⁰⁾.

Finalmente, la Corte de Casación ha creído pertinente reformular el sistema delineado hasta hoy por la jurisprudencia, reconociendo la naturaleza no patrimonial del daño biológico⁽¹¹⁾ e introduciendo una nueva regla según la cual la reparación de todos los supuestos de daños no patrimoniales tienen que ser admitidas en la hipótesis en la cual la responsabilidad es atribuida basándose en la existencia de una culpa presunta⁽¹²⁾. De este modo la Corte ha considerado implícitamente como propia la regla según la cual la responsabilidad objetiva, ahí en donde se prevé, tiene que comprender también la reparación del daño no patrimonial⁽¹³⁾.

A raíz de estas intervenciones, se ha pasado de un sistema mixto de responsabilidad objetiva y

- (6) Sobre la naturaleza no patrimonial del daño a la vida de relación debe mirarse BONILINI, G. *Il danno non patrimoniale*. Milano, 1983. pp 367 y ss. Sobre la naturaleza no patrimonial del daño biológico puede mirarse SCALFI, G. *Problemi assicurativi e questioni non risolte sulla assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*. En: *Resp. civ.* 1986. pp. 122 y ss.; BONILINI. *Il danno non patrimoniale nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*. En: *Resp. civ.* 1986. pp. 577 y ss.; CASTRONOVO, C. *Danno biologico. senza mitt.* En: *Riv critica dir. Privato*. 1988. pp. 31 y ss. Por último la naturaleza no patrimonial del daño biológico ha sido reconocida por la misma Corte de Casación con sentencia del 3 de mayo de 2003. N. 8828. En: *Resp. civ.* 2003. pp. 675 y ss.; en particular al punto 3.1.4.2.
- (7) Entre las primeras sentencias a reparar el daño biológico ver: Trib. Genova. 25 maggio 1974. En *Giur. it.*, 1975. I,2,54; con nota de BESSONE, M. y E. ROPPO. *Lesione all'integrità fisica e diritto alla salute. Una giurisprudenza innovativa in tema di valutazione di danno alla persona*. Fundamental para afirmarse la reparación del daño biológico ha sido la sentencia interpretativa de rechazo de la Corte Constitucional del 14 de julio de 1986. N. 184. En: *Resp. civ.* 1986. pp. 521 y ss.; con nota de SCALFI. Para un tratamiento monográfico puede mirarse ALPA, G. *Il danno biologico*. 2da edición. Padova, 1993; y, BUSNELLI, F. D. *Il danno biologico*. Torino, 2001.
- (8) Cfr. BONILINI. *Op. cit.*; pp. 577 y ss.; en particular la página 585.
- (9) Cfr. SCALFI. *Problemi assicurativi e questioni non risolte*. p. 123 y CASTRONOVO. *Danno biologico*. pp. 26 y ss. La naturaleza no patrimonial del daño a la salud parece ser implícitamente admitida también por: BUSNELLI. *Il danno alla salute*. En: *Nuova giurisprudenza civ. comm.* 1985. II. p. 201, el cual menciona textualmente: "hasta que persista en nuestro ordenamiento el artículo 2059 (...) el daño a la salud debe ser a mi entender distinguirse del daño no patrimonial".
- (10) Debe observarse el artículo 5 de la Ley del 5 de marzo 2001. Número 57; modificado por el artículo 23 de la Ley del 12 de diciembre del 2002. Número 273, que prevé la reparación del daño biológico por lesiones permanentes que comporten una invalidez de medida igual o inferior a los 9 puntos porcentuales (micropermanentes). Sobre el punto PONZANELLI, G. *La nuova disciplina delle micropermanenti*. En: *Danno e resp.* 2001. pp. 453 y ss.; y ROSSETTI, M. *Nuove norme in tema di assicurazione della r.c.a. e di danno biologico*. En: *Corriere giur.* 2001. pp. 576 y ss. Puede observarse además, el artículo 13 de la Ley del 23 de febrero 2000. Número 38, disposiciones en temas de seguro en contra los infortunios en el trabajo y las enfermedades profesionales, el cual prevé el pago de una suma a favor del trabajador lesionado a título de indemnización del daño biológico. Sobre este punto ALIBRANDI, G. *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*. 11va. Edición. Milano, 2002. pp. 391 y ss.; y POLETTI, D. *Il danno da infortunio sul lavoro alla luce del D.Lgs. n. 38/2000*. En: *Resp. civ.* 2001. pp. 276 y ss.
- (11) Cass. civ. 8828/03.
- (12) Cass. civ. del 12 de mayo de 2003. Número 7282. En: *Resp. civ.* 2003. pp. 676, 682 y ss.. Con nota de P. Ziviz. La nueva orientación de la Casación en tema de reparación del daño no patrimonial y culpa presunta ha sido hecho como propio por la Corte Constitucional con sentencia interpretativa de rechazo, 11 de julio de 2003. Número 233. En: *Resp. civ.* 2003. pp. 1036 y ss. Con nota de Ziviz.
- (13) Se observe como, con la finalidad de rodear el límite puesto por el artículo 2059 Código Civil a la reparación del daño no patrimonial. Ahora se finge que la responsabilidad por culpa presunta los cuales artículo 2050-2054 Código Civil sea fundada sobre la culpa. Esta segunda ficción tiene, por lo demás, rendido superflua la primera ficción, la cual ha sido en efecto abandonada.

responsabilidad por culpa -partiendo de las consecuencias patrimoniales y aquellas no patrimoniales del hecho dañoso- a un sistema único de responsabilidad objetiva.

2. Función y ámbito de aplicación de la responsabilidad objetiva

Se acoge aquí la tesis según la cual la responsabilidad objetiva constituye un sistema separado de aquel formado por la responsabilidad civil por ilícito (doloso y culposo)⁽¹⁴⁾. La función de la responsabilidad objetiva consiste principalmente en la regulación de las actividades riesgosas consentidas por el ordenamiento en consideración de su utilidad a nivel social. La función de la responsabilidad por ilícito, por otro lado, consiste principalmente en la prevención general de las actividades riesgosas no consentidas⁽¹⁵⁾.

La actividad de empresa y la circulación automovilística son ejemplos de actividades riesgosas consentidas y por ende reguladas por la responsabilidad objetiva.

La responsabilidad objetiva de la empresa debe ser distinta según el riesgo creado se refiera a un sujeto extraño de la empresa o a un consumidor u otro usuario de su producto⁽¹⁶⁾.

La responsabilidad objetiva cuando se refiere a sujetos extraños a la empresa, realiza su función de regulación, transformando los daños que la empresa causa con regularidad estadística a los terceros en costos internos de la misma empresa⁽¹⁷⁾.

Este resultado se obtiene obligando a la empresa a resarcir todos los daños que ha causado, no restringiéndose a aquellos por los cuales se le pueden atribuir culpa⁽¹⁸⁾. Si fuese aplicable el criterio de culpa, la empresa resarciría solamente los daños que esta hubiera podido evitar a costos razonables. Los daños ulteriores -como expresión del riesgo residual luego que han sido adoptadas todas las medidas de seguridad razonablemente exigibles- quedarían a cargo de las víctimas⁽¹⁹⁾.

La transformación de los daños que la empresa causa a los terceros en costos internos de la misma, induce a la empresa a regular el propio proceso productivo a través de la adopción de ulteriores medidas de seguridad, para de esa forma reducir el riesgo externo dentro de los límites razonables.

La empresa, en efecto, tiene interés en reducir la propia responsabilidad esperada y, con ese fin, adopta cada medida de seguridad que tenga costos inferiores al valor del riesgo que su adopción consiente eliminar⁽²⁰⁾.

Añadido a ello, la responsabilidad objetiva consiste en el control del nivel de la producción de modo tal que no resulte excesivo en relación a la gravedad del riesgo impuesto a terceros. En este sentido, la responsabilidad objetiva puede conllevar la expulsión del mercado de aquellas empresas cuya producción no tenga un valor social lo suficientemente alto para sostener todos los costos, incluso el costo representado por el riesgo que la empresa impone sobre los terceros.

La viabilidad de esta función deviene de la unión creada por la responsabilidad objetiva entre el riesgo

(14) TRIMARCHI, P. *Illecito (dir. priv. En: Enc. dir. Volumen XX. Milano, 1970. p. 91 y ss. Puede observarse también PACCHIONI, G. Dei delitti e quasi delitti. Padova, 1940. pp. 47 y ss.; y 203 y ss. Para una crítica de esta impostacion mirese SALVI, C. Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.). En: Enc. dir. Volumen XXXIX. Milano, 1988. ad vocem.*

(15) Sobre la función de la reponsabilidad objetiva véase TRIMARCHI. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milano, 1961. pp. 34 y ss. Sobre la función de la responsabilidad por ilícito véase TRIMARCHI. *Illecito*. p. 108. Sobre la distinción entre actividades riesgosas consentidas y no consentidas véase CALABRESI. *The Cost of Accidents*. New Haven, 1970. pp. 68 y ss. y p. 95 y ss. Sobre la relevancia de esta distinción en el tema de reparación del daño no patrimonial obsérvese ARLEN, J. *Tort Damages*. En: *Encyclopedia of Law and Economics*. Volumen II. Cheltenham, 2000. pp. 699 y ss.

(16) Sobre la relevancia de esta distincion mirese SHAVELL. *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge. Mass., 1987. pp. 47 y ss.; TRIMARCHI. *La responsabilità del fabbricante nel progetto di statuto d'impresa*. En: *Quadrimestre*. 1985. pp. 209 y ss.; ID. *La responsabilità del fabbricante nella direttiva comunitaria*. En: *Riv. Società*. 1986. p. 595; SCHÄFER H. y C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*. 3ra. edición. Berlín, 2000. pp. 314 y ss.

(17) Sobre el punto en cuestion véase TRIMARCHI. *Rischio e responsabilità oggettiva...*; pp. 34 y ss.; SHAVELL. *Op. cit.*; pp. 48 y ss.

(18) Cfr. TRIMARCHI. *Op. cit.*; p. 38.

(19) Sobre la interpretación economica del criterio de la culpa mirese en la literatura italiana PARISI, F. *Learned Hand formula of negligence*. En: *Digesto. Sez. civ. Volumen X. ad vocem*; y MONATERI, P. *La responsabilità civile*. En: *Trattato di Diritto Civile*. Dirigido por R. Sacco. Torino, 1998. pp. 34 y ss. En la literatura norteamericana véase SHAVELL, S. *Op. cit.*; 1987. p. 8; y COOTER, R. y T. ULEN. *Law and Economics*. 3ra edición. Reading, Mass., 2000. pp. 306 y ss. SCHÄFER y OTT. *Op. cit.*; pp. 146 y ss. y KÖTZ. *Op. cit.*, pp. 49 y ss.

(20) Sobre el incentivo de adoptar precauciones determinado por la responsabilidad objetiva véase SHAVELL. *Op. cit.*, pp. 8 e 48; SCHÄFER - OTT, *Op. cit.*; p. 193; KÖTZ. *AP*. p. 138. Para la confrontación entre responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva en relación al incentivo en adoptar precauciones mirese SHAVELL. *Op. cit.*; p. 9.

introducido en la sociedad y el precio del bien producido por la misma empresa.

Se ha dicho que la responsabilidad objetiva transforma el riesgo externo en un riesgo interno que recae sobre la empresa.

La empresa puede decidir estipular un contrato de seguro por la responsabilidad o de predisponer un fondo de riesgos en balance para poder enfrentar a la responsabilidad cuando esta se manifieste (auto-seguro). Cada una de estas decisiones dan el efecto de aumentar el costo de producción de los bienes y por ende su precio. De esta manera, el bien es comprado solamente por consumidores que puedan tener una utilidad mayor a su costo social, que comprende también el riesgo impuesto a los terceros y que, en ausencia de responsabilidad objetiva no hubiera sido incorporado en el precio⁽²¹⁾.

Se puede observar también cómo la función de control del nivel de producción no puede ser ejercitada a través de la adopción del criterio de la culpa.

Con este fin el juez debería estar en las condiciones de comparar el costo social de la producción con su utilidad social y debería, por eso, tener informaciones de las cuales no dispone y de las que no podría adquirir. La responsabilidad objetiva, por otro lado, interviene de forma automática, dejando a las empresas cada decisión relativa al modo y a las medidas de producción⁽²²⁾.

Un mecanismo análogo opera también en la responsabilidad del productor⁽²³⁾. En este sector de la responsabilidad se necesita distinguir según el riesgo propio del producto y este tiene que ser no cognoscible para el consumidor o usuario del mismo⁽²⁴⁾. Se sostiene, por lo mismo, que la responsabilidad objetiva puede desempeñar una función útil solo en los casos en los cuales el riesgo del producto no sea generalmente conocido o fácilmente conocible por los consumidores

o usuarios, y que por ende su obrar tenga que ser limitado a estos riesgos⁽²⁵⁾. Se reputa que, cuando el riesgo del producto es conocido, el mecanismo del mercado es ya suficientemente preparado para inducir al productor en adoptar todas las precauciones útiles para reducir el riesgo dentro de los límites razonables. Esto porque el consumidor, que tiene el conocimiento del riesgo y está dispuesto a pagar una suma de dinero extra para obtener una reducción del mismo, obliga al productor con el fin de que este adopte las precauciones requeridas⁽²⁶⁾. Además, en este caso no habría el problema de una excesiva producción, por la razón de que el bien sería adquirido por los meros consumidores/usuarios que evalúan el bien por encima de su precio total, que está conformado por el precio que estos deben pagar para adquirirlo y por el riesgo que estos asumen decidiendo consumir o utilizar el bien⁽²⁷⁾. Mientras que si el riesgo no es conocido por el consumidor/usuario, entonces el solo mecanismo del mercado no consentiría a inducir al productor en adoptar todas las precauciones exigibles. Además, si habría una excesiva producción del bien, dado que este sería adquirido también por aquellos consumidores/usuarios que no lo habrían adquirido si hubiesen sido informados del riesgo⁽²⁸⁾. En este caso, la responsabilidad objetiva, transfiriendo el riesgo de la masa de los consumidores/usuarios a la empresa, consiste en inducir a esta última a adoptar cada precaución exigible y además, aumentando el costo del producto, actúa sobre el precio de modo que la producción y el consumo del bien no sean excesivos⁽²⁹⁾.

De manera significativa, nuestro legislador ha delimitado en diferentes formas el obrar de la responsabilidad objetiva del productor por los riesgos de defecto del producto⁽³⁰⁾. Por ejemplo, el producto es considerado defectuoso solo si no ofrece la seguridad que se puede legítimamente atender, considerando las

(21) Sobre el control del nivel de producción hecho posible por la responsabilidad objetiva véase KÖTZ. *Op. cit.*; pp. 138 y ss.; TRIMARCHI. *Op. cit.*; pp. 34 y ss.; SCHÄFER y OTT. *Op. cit.*; pp. 194 y ss.; SHAVELL. *Op. cit.*; pp. 49 y ss.

(22) Cfr. SHAVELL. *Op. cit.*; pp. 50 y ss.; TRIMARCHI. *Op. cit.*; p. 36; SCHÄFER y OTT. *Op. cit.*; pp. 163 y ss.

(23) Sobre la responsabilidad del productor en general véase: CARNEVALI. *Produttore (responsabilità del)*. En: *Novissimo dig.* Appendice VI. Torino, 1986. *ad vocem*; ID. *Responsabilità del produttore*. En: *Enc. dir.* Aggiornamento II. Milano, 1998. *ad vocem*.

(24) Cfr. SHAVELL. *Op. cit.*; p. 51; SCHÄFER y OTT. *Op. cit.*; pp. 314 y ss.

(25) TRIMARCHI. *La responsabilità del fabbricante...*; p. 599.

(26) Sobre el punto véase TRIMARCHI. *Op. cit.*; p. 599; SCHÄFER y OTT. *Op. cit.*; p. 315; SHAVELL. *Op. cit.*; p. 52

(27) Sobre el punto véase TRIMARCHI. *Op. cit.*; p. 599 y SHAVELL. *Op. cit.*; p. 53

(28) SHAVELL. *Op. cit.*; pp. 53 y ss.

(29) *Ibid.*; p. 54.

(30) D.p.r. 24 mayo 1988. Número 224; sobre el cual véase PARDOLESI, R. y G. PONZANELLI. *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*. En: *Nuove leggi civ.* 1989. pp. 497 y ss.

distintas circunstancias reguladas en la ley⁽³¹⁾. De esta forma el consumidor/usuario no puede obtener la indemnización por daños que sean manifestación de los riesgos normalmente propios de ciertos productos y, por ende, generalmente conocidos⁽³²⁾. Análogamente, también cuando el producto es defectuoso, y por ende el riesgo le corresponde al productor, el consumidor no puede obtener la indemnización de un daño que manifiesta un riesgo del cual él haya sido consciente y que además se haya expuesto voluntariamente⁽³³⁾. De otro lado la responsabilidad objetiva opera, por ejemplo, por los daños causados a consecuencia de un defecto de fábrica, el cual subsiste cuando el producto no presenta el mismo nivel de seguridad normalmente ofrecida por otros ejemplares de la misma serie⁽³⁴⁾. Este riesgo, en efecto, es normalmente desconocido al consumidor/usuario y por el no cognoscible con el uso de la normal diligencia⁽³⁵⁾.

Consideraciones análogas a aquellas hechas previamente de la responsabilidad objetiva de la empresa, se pueden hacer también cuando nos referimos a la responsabilidad objetiva por circulación automovilística⁽³⁶⁾. Se sostiene que el mecanismo de la responsabilidad objetiva induce a los propietarios y los choferes de vehículos automovilísticos en adoptar mayores precauciones con el fin de reducir la responsabilidad atendida y por ende el costo de la prima de seguro⁽³⁷⁾. Además, la responsabilidad objetiva actúa de modo que la prima de seguro refleje todo el riesgo introducido en la sociedad por la circulación automovilística. La responsabilidad por culpa, en efecto, incidiría en menor medida sobre las primas de seguro y estas reflejarían la sola parte del riesgo que

podría ser eliminada a costos razonables. La combinación de responsabilidad objetiva y seguro de la misma permite utilizar la prima de seguro también como herramienta de control del número de vehículos automotores que circulan de forma que este no sea excesivo comparándolo al riesgo general de esta actividad⁽³⁸⁾.

3. Comparación entre responsabilidad objetiva y seguro social

Históricamente, la afirmación de los sistemas de responsabilidad objetiva ha sido favorecida por el hecho de que ellos consienten el indemnizar a todos los sujetos damnificados por la actividad riesgosa y no solo aquellos que pueden demostrar la culpa del agente⁽³⁹⁾. Bajo este punto de vista, la responsabilidad objetiva realiza un resaltado no disímil de aquel realizado por la providencia social. Sin embargo, una aplicación rigurosa de los principios económicos a la base de la responsabilidad objetiva no sugiere un uso solo con los fines “asegurativos”, es decir solo con el fin de garantizar una cobertura financiera (seguro implícito) a las potenciales víctimas. Se sostiene, en efecto que la responsabilidad objetiva pueda desenvolver una función útil solo en la hipótesis en la cual sea oportuno transferir el costo de los accidentes de las potenciales víctimas a los agentes, en función de un control del riesgo. Mientras que, por otro lado, será preferible recurrir al seguro social cuando la función que el ordenamiento se propone realizar sea exclusivamente aquella de compensar las víctimas por los daños sufridos⁽⁴⁰⁾.

(31) Artículo 5 d.p.r. 224/88. Sobre la definición de producto defectuoso en general obsérvese CARNEVALI. *Responsabilità del produttore*. pp. 936 y ss. Sobre el uso de la definición de producto defectuoso con la finalidad de una distribución de los riesgos del producto entre empresa y usuarios véase TRIMARCHI. *Op. cit.*; pp. 596 y ss.

(32) Sobre la relevancia de la reconocibilidad del peligro con el fin de la declaración de la exclusión de responsabilidad del productor: TRIMARCHI. *Op. cit.*; pp. 598 y ss.

(33) Artículo 10, inciso 2, d.p.r. 224/88, sobre el cual CARNEVALI. *Op. cit.*; p. 947 y DI PAOLA, S. *Artículo 10*. En: *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*. pp. 615 y ss.

(34) Artículo 5, inciso 3. d.p.r. 224/88. Sobre la clásica tripartición de los defectos del producto (defecto de fabricación, defecto de protección y defecto de información): CARNEVALI. *Op. cit.*; p. 942

(35) Sobre el punto: TRIMARCHI. *Op. cit.*; p. 600

(36) Sobre la naturaleza objetiva de la RQ auto véase GALGANO, F. *Diritto civile e commerciale*. Volumen II. Tomo 2. 3ra. Edición. Padova, 1999. pp. 390 y ss.; FRANZONI. *Op. cit.*; pp. 642 y ss.; VISINTINI. *Trattato breve*; p. 718.

(37) CALABRESI, *Op. cit.*; pp. 73 y ss. POLINSKY, A. M. *An Introduction to Law and Economics*. 2da. edición. Aspen, 1989. pp. 40 y ss.

(38) Cfr. CALABRESI. *Op. cit.*; p.73; POLINSKY. *Op. cit.*; pp. 46 y ss.

(39) Cfr. SHAVELL. *Economic Analysis of Accident Law*. En: *Foundations of Economic Analysis of Law* (de próxima publicación). *Harvard Law School, Olin Center for Law, Economics, and Business*. WP No. 396, 2002 (disponible en la web). Ch. 5. pp. 8 y ss.

(40) TRIMARCHI. *Rischio e responsabilità oggettiva...*; pp. 30 y ss.; SHAVELL. *Economic Analysis of the General Structure of the Law*. En: *Foundations*. *Harvard Law School, Olin Center for Law, Economics and Business*. DP No. 408. 2003 (disponible en la web). p. 15.

A este propósito se reputa asombrosa la transformación gradual que se ha tenido en temas de infortunios en el ambiente de trabajo⁽⁴¹⁾. Hasta aproximadamente el final del siglo XIX los infortunios de los trabajadores obtenían la indemnización del daño recibido solo si lograban demostrar la culpa de su capataz. Por esa razón, ellos estaban sustancialmente desprovistos de una cobertura financiera que operase en caso de accidente⁽⁴²⁾. Para resolver este inconveniente, la doctrina y la jurisprudencia de aquella época habían favorecido al afirmar un sistema de responsabilidad objetiva en el cual el capataz indemnizase todos los daños que los trabajadores hubieren sufrido en el desarrollo de sus funciones⁽⁴³⁾. Sin embargo también este sistema encontraba algunos inconvenientes. En primer lugar, este sistema no consentía el hecho de indemnizar a la víctima cuando el daño era causado por su culpa. Es reconocido, en efecto, que en las actividades industriales, un momento de distracción por parte del trabajador puede ser fatal. En estos contextos, excluir o reducir la responsabilidad del capataz por la consiguiente culpa leve del trabajador puede llevar a la ausencia o reducción de la indemnización de muchos accidentes. En segundo lugar, también cuando el trabajador lesionado lograba obtener la indemnización, esto llevaba a menudo a enfrentar los tiempos, los costos y las incertidumbres del proceso ordinario, y la responsabilidad objetiva dejaba a cargo del trabajador lesionado el riesgo de la insolvencia del capataz⁽⁴⁴⁾.

Por razones de la limitada eficacia del derecho común en garantizar la indemnización de las víctimas,

el legislador ha extendido, en una primera instancia, la responsabilidad del empresario también para los casos de fuerza mayor, caso fortuito, y culpa leve del trabajador como también ha introducido una obligación de seguro de la responsabilidad civil⁽⁴⁵⁾. En segunda instancia, el legislador ha creído pertinente sustituir la responsabilidad civil con el actual sistema de providencia social⁽⁴⁶⁾. De esta forma, se ha obtenido un doble resultado útil para realizar economías de administración y además permitir (dentro de los límites en los cuales estas sean consideradas oportunas) mecanismos de solidaridad entre las diferentes clases de empresas y de trabajadores⁽⁴⁷⁾.

4. La razón de la reparación del daño no patrimonial

4.1. La función punitiva

Se considera que la reparación de un daño no patrimonial pueda desarrollar funciones que difieren entre ellas según el contexto en la cual esta se estipule⁽⁴⁸⁾. Análogamente hay que considerar que la reparación desarrolla funciones distintas según esta solicite la prueba de la culpabilidad del agente o pueda prescindir de esta.

En el sistema mixto de responsabilidad civil, originariamente adoptado por nuestro ordenamiento en relación con algunas actividades riesgosas, parece condivisible la tesis según la cual la reparación del daño no patrimonial constituya una pena privada⁽⁴⁹⁾. Su función, pues, hubiera sido la de castigar al agente por haber tenido una conducta culpable⁽⁵⁰⁾. En esta

(41) Esta transformación no ha interesado exclusivamente a nuestro país, sino también ha sido también de interés de países europeos y extraeuropeos. Véase por ejemplo MOORE, M. *Insurance for workplace injuries*. En: *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Volumen II. New York – London, 1998. p. 339; y OGUS, A. y E. M. BARENDT. *The Law of Social Security*. 3ra. edición. London, 1988. pp. 250 y ss.

(42) Cfr. L. DE LITALA. *Assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*. En: *Novissimo dig*. Volumen II. Torino, 1968. p. 1240.

(43) Esta es la teoría del riesgo profesional, sobre la cual obsérvese DE LITALA. *Op. cit.*; p. 1241; L. R. LEVI SANDRI. *Istituzioni di legislazione sociale*. 13ra. edición. Milano, 1983. pp. 271 y ss.

(44) Sobre los inconvenientes del derecho común con respecto al seguro social puede verse ALIBRANDI. *Op. cit.*; p. 32.

(45) Con Ley del 17 de marzo 1898. Número 80. Sobre el punto obsérvese ALIBRANDI. *Op. cit.*; pp. 34 y ss.; y PERSIANI, M. *Diritto della previdenza sociale*. 12va. edición. Padova, 2002. pp. 137 y ss.

(46) Esta reforma se ha dado de forma gradual. Pasajes importantes han sido: el Gran Decreto del 23 marzo 1933. (Número 264) que ha sustituido el sistema de seguros anterior gestionado por seguros privados, con el sistema de seguros gestionado en monopolio por un sujeto de derecho público, el actual INAIL; el Gran Decreto del 17 agosto 1935 (Número 1765) que ha introducido, entre otras novedades, la constitución automática de la relación de seguro y el derecho en obtener las erogaciones también cuando el capataz no ha absuelto a la obligación contributiva; por último, el T.U. del 30 de junio 1965 (Número 1124) actualmente en vigencia, con modificaciones. Puede verse: ALIBRANDI. *Op. cit.*; pp. 25-88.

(47) Sobre el hecho que el monopolio estatal consiente de realizar políticas de solidaridad a través de una redistribución de los costos, obsérvese las conclusiones del Abogado General Jacobs (puntos 50 y ss.), en la causa de la Corte de Justicia (C-218/00 – Cisl & C. contra INAIL disponibles en la web de la Corte de Justicia). Sobre los inconvenientes de los costos en los contextos de los cuales se discute se observe VISCUSI, W. *Risk by Choice*. Cambridge, Mass., 1983. pp. 87 y ss.

(48) SALVI. *Risarcimento*. En: *Enc. dir.* Volumen XL. Milano, 1989. pp. 1099 y ss.

perspectiva, la sanción civil operaba conjuntamente a las sanciones administrativas y penales con el fin de la prevención general de las conductas ilícitas⁽⁴⁹⁾.

En el ámbito de una misma actividad regulada por la responsabilidad objetiva, el daño puede ser consecuencia de un riesgo consentido o de uno no consentido.

Suele ocurrir a menudo, por ejemplo, que el propietario y conductor de un vehículo adopten toda medida de precaución razonablemente exigible y que, sin embargo, exista un accidente con daños a las personas implicadas (causado, por ejemplo, por el estallido de una llanta que se encontraba en buen estado de mantenimiento). En otros casos, sin embargo, acontece que el accidente es consecuencia de la culpable conducta del propietario, el cual no ha mantenido el vehículo en buenas condiciones, o si el conductor del mismo, no ha respetado los límites de velocidad u otras normas de buena conducta. En el sistema mixto de responsabilidad civil, si el daño era consecuencia de un riesgo consentido, el agente debía indemnizar el solo daño patrimonial. Mientras que si el daño era consecuencia de un riesgo no consentido, el agente tenía además la obligación de reparar el daño no patrimonial.

De manera coherente con la función punitiva atribuida en este sistema a la reparación del daño no patrimonial, se sostenía que esta tenía que ser relacionada a la medida de la gravedad de la culpa y al patrimonio del agente, es decir, a su enriquecimiento (cuanto el agente ha ahorrado por no haber adoptado la medida de precaución requerida y por la falta de adopción que ha determinado el daño). El uso de

similares medios de valuación consiste en el hecho de actuar con una política directa y realizar una prohibición absoluta de la conducta culpable. En particular, la medida de la sanción civil al patrimonio del agente consiste en mantener intacta su eficacia disuasiva. Es conocido, en efecto, que la eficacia disuasiva de las sanciones pecuniarias es inversamente proporcional al patrimonio del agente⁽⁵³⁾. Además, la medida del daño no patrimonial en el enriquecimiento del agente consiste en eliminar o atenuar el fenómeno por el cual el agente, que trata de obtener del ilícito, un mayor enriquecimiento del daño indemnizable, sea inducido a violar la regla de conducta⁽⁵⁴⁾.

La función punitiva de la reparación del daño no patrimonial no es, sin embargo, coherente con el sistema único de responsabilidad objetiva, sea por las consecuencias patrimoniales, que por aquellas no patrimoniales de un daño a la persona⁽⁵⁵⁾. En este sistema, el ordenamiento renuncia al uso de la sanción civil con el fin de una prevención general de las conductas ilícitas. Se ha dicho, en efecto, que el recurso a la pena privada presupone la prohibición absoluta de la conducta riesgosa. Una política similar, en cambio, no sería compatible con la responsabilidad objetiva, la cual por su naturaleza no distingue entre conductas culpables y conductas no culpables.

En el sistema único de responsabilidad objetiva, además, el recurso a la reparación del daño no patrimonial en función de la pena privada, y por ende su medida al patrimonio del agente o a su enriquecimiento, produciría el efecto de desalentar de forma inoportuna o de impedir la actividad del ordenamiento consistente en considerar a su utilidad

(49) Sostiene que la reparación del daño no patrimonial habría exclusivamente una función punitiva BONILINI. *Il danno non patrimoniale...*; pp. 272 y ss.; ID. *Pena privata e danno non patrimoniale*. En: *Resp. civ.* 1984. pp. 159 y ss. Admiten en cambio la combinación entre función punitiva y función compensativa: SALVI. *Op. cit.*; p. 1099; y FRANZONI. *Op. cit.*; pp. 1250 y ss.. Sobre las penas privadas en general se observe BUSNELLI. *Verso una riscoperta delle pene private?* En: *Resp. civ.* 1984. pp. 26 y ss.; GALLO, P. *Pene private e responsabilità civile*. Milano, 1996.

(50) Sobre la posibilidad de utilizar la sanción civil como pena privada puede consultarse TRIMARCHI. *L'arricchimento da atto illecito*. En: *Scritti in onore di Sacco*. Milano, 1994. pp. 1150 y ss.; BONILINI. *Il danno non patrimoniale...*; pp. 279 y ss.

(51) Para un análisis comparado de los diferentes instrumentos jurídicos por la gestión del riesgo obsérvese en general SHAVELL. *Economic Analysis of the General Structure of the Law* y con específico análisis al riesgo a la salud: VISCUSI. *Toward a Diminished Role for Tort Liability: Social Insurance, Government Regulation, and Contemporary Risks to Health and Safety*. En *Yale J. on Reg.* 1989. pp. 65 y ss..

(53) Con específica referencia al daño no patrimonial se ve en: BONILINI. *Op. cit.*; pp. 401 y ss.; y SALVI. *Op. cit.*; p. 1102. Se observa también el artículo 133bis del Código Penal, norma del cual el juez penal en la determinación de la sanción pecuniaria tiene que tener en cuenta también las condiciones económicas del reo. Sobre este punto véase: MANTOVANI, F. *Diritto penal*. 4ta. edición. Padova, 2001. pp. 797 y ss.

(54) Sobre este punto véase en general TRIMARCHI. *L'arricchimento da atto illecito*.

(55) Cfr. KATZENMEIER. *Op. cit.*; p. 1031 y KÖNDGEN, J. *Haftpflichtfunktionen und Immaterialschaden am Beispiel von Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung*. Berlin, 1976. p. 123. Coherentemente con la función punitiva atribuida a la reparación del daño no patrimonial sostiene que esta debería siempre solicitar la culpabilidad del agente BONILINI. *Il danno non patrimoniale...*; p. 279; ID. *Pena privata e danno non patrimoniale...*; p. 165.

social⁽⁵⁶⁾. Sería, por otro lado, posible medir la reparación de acuerdo a la gravedad de la culpa del agente y por eso tener un sistema de reparación diferenciado según al daño, que podría ser culpable y no culpable⁽⁵⁷⁾. Sin embargo este sistema tendría la consecuencia de vanificar los efectos positivos, en términos de la reducción de los costos de administración de la justicia, que la adopción del sistema único de responsabilidad objetiva busca obtener⁽⁵⁸⁾

4.2. Las funciones compensativas y solidaria

Excluida la función punitiva de la reparación del daño no patrimonial a título de responsabilidad objetiva, algunos autores sostienen, entonces, que su función sería principalmente, sino de forma exclusiva, la de compensar a la víctima del accidente con la falta de utilidad⁽⁵⁹⁾. Viene, sin embargo, generalmente excluido el hecho de que la reparación del daño no patrimonial pueda desarrollar la función de indemnizar a la víctima. La indemnización por equivalencia necesita que el bien destruido pueda ser objeto de valuación económica según criterios objetivos. Para que pueda realizarse una valuación económica según criterios objetivos es necesario que el bien sea objeto de cambio o, en otras palabras, que exista un mercado. De forma clara, la vida y la salud humana son bienes que no tienen un mercado

y por ende su lesión puede ser solo objeto de reparación y no de indemnización⁽⁶⁰⁾.

La función compensativa del daño no patrimonial se realiza atribuyendo a la víctima una suma de dinero que vaya a restaurarla por el daño sufrido, consinténdole, a través de la adquisición de bienes o de servicios sustitutos, la recuperación de una parte de la utilidad perdida⁽⁶¹⁾. La función compensativa del daño no patrimonial solicitaría, en rigor, que la víctima viniese puesta por el efecto de la reparación en el mismo nivel de utilidad que esta tenía antes del accidente⁽⁶²⁾. Esta función podría, de manera teórica, ser realizada atribuyendo a la víctima del accidente una suma de dinero suficiente para poder hacer, de esa forma, que a la víctima le sea indiferente haber o no recibido un daño (valuación *ex post* o sucesiva)⁽⁶³⁾. Naturalmente, en el caso de accidentes que hayan comportado lesiones graves o la muerte de la víctima, una similar suma de dinero no podría materializarse y, por eso, una evaluación de este tipo sería impensable⁽⁶⁴⁾. En general, además, es un obstáculo en una aplicación exacta de la evaluación sucesiva del daño no patrimonial el hecho de que el daño no patrimonial y el dinero constituyan valores inconmensurables entre ellos⁽⁶⁵⁾. Finalmente, la valuación sucesiva presupondría la posibilidad para el juez de acertar el *quantum* de la falta de utilidad

(56) Sobre este punto véase TRIMARCHI. *Op. cit.*; pp. 1155 y ss.

(57) Se observe que el sistema aquí prefigurado es diferente por aquello hecho propio por el legislador de 1942. En este sistema, la reparación del daño no patrimonial es admitida también cuando no subsiste la prueba de la culpa del agente. Sin embargo, cuando la culpa subsiste, la medida de la reparación aumentó y comienza a variar en función de su gravedad. En el sistema del 42, en cambio, la reparación era radicalmente excluida toda vez que no fuera posible dar la prueba de la culpabilidad del agente. Mirándolo bien el sistema aquí prefigurado se asemeja a aquel hecho propio por nuestro ordenamiento a partir de la afirmación del daño biológico y sino a las muy recientes sentencias en tema de daño no patrimonial y culpa presunta. También en este sistema, una cierta parte del daño no patrimonial se reparaba independientemente por la prueba de la culpa. Si después se daba la prueba de la culpa, entonces, la medida de la reparación se aumentaba. Sin embargo, la medida se aumentaba de manera fija y no variable en función de la gravedad de la culpa.

(58) Cfr. KATZENMEIER. *Op. cit.*; 1031; el cual, en contrapartida del pasaje análogo, desde un sistema mixto de responsabilidad civil a un sistema único de responsabilidad objetiva, que recientemente ha interesado el ordenamiento alemán, recomienda el abandono de la medida de la gravedad de la culpa con finalidad de la evaluación del daño no patrimonial. Sobre la economía procesal hecha posible por la adopción del sistema único de responsabilidad objetiva véase: *Ibid.*

(59) Cfr. SALVI. *Op. cit.*; p. 1099; BUSNELLI. *Il danno alla salute...*; p. 197; GIANNINI, G. *Il danno alla persona: discorso sul metodo per una più equa distribuzione dei risarcimenti*. En *Resp. civ.* 1996. p. 488 con relación al daño no patrimonial ya reparado en la responsabilidad objetiva.

(60) Sobre este punto véase BONILINI, G. *Il danno non patrimoniale...*; pp. 258 y ss.; GIANNINI. *Op. cit.*; p. 488; PACCHIONI, G. *Dei delitti e quasi delitti...*; pp. 77 y ss.. La imposibilidad de una indemnización en sentido técnico explica la razón por la cual parece preferible utilizar el término reparación, en vez de indemnización, cuando se lo relaciona al daño no patrimonial. Obsérvese sin embargo que el Código Civil utiliza, también en el contexto del cual se discute, el término indemnización (artículo 2059 Código Civil)

(61) GIANNINI. *Op. cit.*; p. 488; PACCHIONI. *Op. cit.*; pp. 331 y ss. Para una crítica de esta función: BONILINI. *Op. cit.*; pp. 264 y ss.

(62) VISCUSI. *Pain and Suffering: Damages in Search of a Sounder Rationale*. En: *Mich. L. & Pol'y Rev.* 1996. p. 147.

(63) Cfr. COOTER y ULEN. *Op. cit.*; pp. 345 y ss.; OTT y SCHÄFER. *Schmerzensgeld bei Körperverletzungen*. En: *JZ.* 1990. p. 567.

(64) Cfr. OTT y SCHÄFER. *Op. cit.*; p. 567; VISCUSI. *Op. cit.*; p. 147.

(65) Cfr. BONILINI. *Op. cit.*; pp. 269 y ss.

sufrida por la víctima. También este presupuesto se tendría que considerar en caso no subsista⁽⁶⁶⁾. Por todas estas razones, se considera generalmente que la compensación plena o parcial de la víctima pueda tener solo naturaleza equitativa⁽⁶⁷⁾.

La función compensativa, sin embargo, no parece suficiente por sí misma al justificar la reparación del daño no patrimonial. Si lo que se busca de la regla que extiende la responsabilidad objetiva a las consecuencias no patrimoniales de un daño a la persona fuera solo el de atribuir a la víctima una suma de dinero a título de reparación, esto podría ser perseguido de manera más eficiente a través de instrumentos diferentes a la responsabilidad objetiva. Se ha dicho, en efecto, que la responsabilidad tiene costos de administración tendencialmente mayores que los sistemas de previsión social.

Tampoco parece convincente la tesis según la cual la reparación del daño no patrimonial en la responsabilidad objetiva desarrollaría una función de solidaridad en favor de la víctima⁽⁶⁸⁾. La solidaridad presupone que el costo de las reparaciones sea sostenido por un grupo distinto o más amplio de aquel compuesto por los sujetos expuestos al riesgo. En algunos contextos, la responsabilidad objetiva no consiste en este resultado, del momento que los costos de la reparación están sostenidos directamente o indirectamente por los mismos sujetos expuestos al riesgo. Este es el caso de la responsabilidad por circulación automovilística y de la responsabilidad del productor. En la circulación automovilística, la mayoría de los sujetos que participan son a la vez damnificados potenciales y víctimas potenciales. Por esta razón, la extensión de la responsabilidad objetiva a la reparación del daño no patrimonial produce el efecto de aumentar de forma (al menos parcialmente igual) a la prima de seguro, pagada por cada usuario automovilístico⁽⁶⁹⁾. En la responsabilidad del productor, el costo de las reparaciones viene trasladado de la empresa hacia los

consumidores o usuarios del producto riesgoso a través de un aumento del precio. También en este caso, por lo tanto, el costo de la reparación es, en último análisis, sostenido por el mismo grupo de los sujetos expuestos al riesgo.

En la responsabilidad de la empresa por los daños causados a terceros, en cambio, el costo de las reparaciones es sostenido por un sujeto diferente de aquel expuesto al riesgo. Sin embargo, la sola función compensativa (con o sin solidaridad) no explica la razón por la cual este sujeto debería sostener solo los costos de las reparaciones. Si la compensación fuese el único objeto de la ley, esta entonces debería ser realizada a través de un mecanismo financiado por la fiscalía general, la cual además de tener costos de administración más bajos, consistiría también en transferir los costos de las reparaciones sobre la generalidad de la comunidad y de repartirlos entre ellos de manera proporcional a la renta de cada uno.

4.3. La función de control de las actividades que causan riesgos a la salud

Por las razones recién expuestas no parece entonces condivisible la tesis según la cual la reparación del daño no patrimonial en la responsabilidad objetiva desarrollaría exclusivamente la función de compensar a la víctima del daño sufrido. Parece por otro lado preferible la tesis según la cual la reparación del daño no patrimonial desarrollaría, en los contextos no discutibles, principalmente la función de consentir la prevención óptima de las actividades que ponen riesgos a la salud⁽⁷¹⁾. De esta forma, la función de la reparación viene coordinada con la función de la responsabilidad objetiva, que, como se ha dicho, reside en el control de las actividades riesgosas consentidas en consideración de su utilidad social.

La prevención óptima en la responsabilidad objetiva viene realizada cuando el agente desarrolla la actividad solo si esta tiene una utilidad social superior

(66) *Ibid.*; pp. 384 y ss.

(67) Cfr. BONILINI. *Op. cit.*; pp. 388 y ss.; SALVI. *Op. cit.*; p. 1101

(68) Tesis sostenida, hablando de la reparación del daño biológico en la responsabilidad objetiva, por SALVI. *Op. cit.*; p. 1099.

(69) Sobre la naturaleza bilateral del riesgo por circulación automovilística véase: ARLEN. *Op. cit.*; pp. 700 y ss.; y SCHWARTZ, G. *Auto no-Fault and First-Party Insurance: Advantages and Problems*. En: *S. Cal. L. Rev.* 2000. pp. 611 y ss.

En la literatura italiana se observe G. COMANDE'. *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali*. Torino, 1999, pp. 332 y ss. y ZENO-ZENCOVICH. *Chi paga? Funzioni e illusioni del sistema della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2002, pp. 458 y ss.

(70) Sobre este punto: SCHWARTZ, A. *Proposals for Products Liability Reform: a Theoretical Synthesis*. En *Yale L. J.* 1988. pp. 362 y ss.; y SCHÄFER y OTT. *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*. p. 318.

(71) VISCUSI. *Pain and Suffering...*; pp. 143 y ss.; SHAVELL. *Economic Analysis of Accident Law...*; pp. 133 y ss.; OTT y SCHÄFER. *Schmerzensgeld bei Körperverletzungen...*; p. 573

a su costo social. Esta, además, se realiza cuando el agente es inducido por la presión de la responsabilidad en adoptar toda medida de precaución útil en reducir el riesgo dentro de los límites razonables⁽⁷²⁾.

Con este propósito se ha sostenido que excluir la reparación del daño no patrimonial de la responsabilidad objetiva equivaldría a subvencionar ciertas actividades que ponen riesgos a la salud a expensas de sus víctimas⁽⁷³⁾. El daño no patrimonial provocado en el desarrollo de estas actividades, en efecto, constituye indudablemente un costo social de las mismas actividades. Excluir de estas a la reparación significaría consentir que un componente relevante de su costo social quede excluido del cálculo económico de los agentes.

Cuando el bien expuesto al riesgo tiene un valor de mercado, la prevención óptima puede ser obtenida condenando al agente a indemnizar a la víctima con una suma de dinero equivalente al valor del bien destruido. De esta forma, el agente es inducido a desarrollar la actividad solo si esta le atribuye una utilidad suficiente en sostener también los costos de indemnización. El agente, además, es inducido en adoptar cada precaución útil en reducir el riesgo dentro de los límites razonables, porque comportándose de esa forma este reduce la propia responsabilidad esperada⁽⁷⁴⁾.

Sin embargo, cuando el bien expuesto al riesgo no posee un valor de mercado, como lo es el caso de la vida y la salud humana, la medida de la sanción tiene que ser calculada a un distinto valor. Tomando como referencia a los bienes e la vida aquí analizados, se sostiene que la prevención óptima puede ser obtenida condenando al agente a pagar a la víctima una suma equivalente al valor estadístico de la vida y de la salud humana⁽⁷⁵⁾.

El valor estadístico de la vida y de la salud humana consistiría en cuánto estarían dispuestos a pagar un grupo de personas por la eliminación de un riesgo a los cuales estos estén expuestos, el cual compone la certeza estadística de un daño a la persona, o sino cuántas personas estarían dispuestas a aceptar el hacerse cargo de un riesgo que compone la certeza estadística de un mismo tipo de daño⁽⁷⁶⁾ (valuación *ex ante*).

El valor estadístico de la vida y de la salud humana refleja -de manera aproximativa- el interés social a eliminar un riesgo a la salud. Eso no tiene que ver con el valor que cada uno le atribuye a su propia vida o a su propia salud. Está claro, en efecto, que generalmente cada uno atribuye a su propia salud, y en particular a su propia vida, un valor infinito⁽⁷⁷⁾. El interés social de eliminar un riesgo a la salud, en cambio, no puede ser infinito, también cuando esto comporte la certeza estadística de la pérdida de las vidas humanas. Si así no fuere, el ordenamiento debería actuar mediante una política directa prohibiendo radicalmente cada actividad que pone riesgos a la salud, cuando estos no puedan ser eliminados por razones de limitaciones tecnológicas o, más simplemente, por razones de costos excesivos que su propia eliminación requeriría.

El uso del valor estadístico de la vida y de la salud humana con la finalidad de cuantificar el daño no patrimonial reparable y fundado sobre la consideración hace que, de esta manera, la responsabilidad civil produzca el efecto de inducir al agente en dar una evaluación del riesgo análoga a aquella que hubiese sido dada por la mismas personas que este ha puesto en peligro y así involucrar dicha valuación dentro de su cálculo económico.

Por más que el recurso a la valuación estadística de la vida y de la salud humana tenga un válido fundamento teórico, su utilización práctica parece

(72) Véase que en esta prospectiva la reparación del daño no patrimonial viene despojada de su naturaleza originaria de pena privada. Esta deviene en un instrumento útil para realizar una presión financiera adecuada a la naturaleza y a la gravedad del riesgo creado. Queda quieta la licitud de la actividad riesgosa. Con la condición, naturalmente, que sean adoptadas todas las precauciones requeridas.

(73) OTT y SCHÄFER. *Op. cit.*; p. 573.

(74) Sobre el punto puede verse SHAVELL. *Op. cit.*; pp. 127 y ss.; y ARLEN. *Op. cit.*; pp. 683 y ss.

(75) Sobre el valor estadístico de la vida humana y sobre su posible utilidad para individuar el nivel óptimo de la sanción civil puede verse (en sentido crítico): VISCUSI. *The Value of Life in Legal Contexts: Survey and Critique*. En: *Am. Law Econ. Rev.* 2000. pp. 195 y ss.; ID. *Misuses and Proper Uses of Hedonic Values of Life in Legal Contexts*. En: *Journal of Forensic Economics*. 2000. pp. 111 y ss.; ID. *Pain and Suffering...*; pp. 143 y ss. En la literatura italiana puede verse (en sentido favorable); CASO, R. *Incommensurabilità (e, dunque, azzeramento) del "valore della vita": verso il tramonto del modello restrittivo di risarcimento del danno da morte*. En: *Danno e resp.* 2001. pp. 1017 y ss.; y pp. 1026 y ss. en particular.

(76) Sobre el punto: OTT y SCHÄFER. *Op. cit.*; p. 567; VISCUSI. *Misuses and Proper Uses...*; p. 116

(77) Esto significa que la evaluación estadística de la vida humana no tiene nada que ver con la plena compensación de la vida o de la salud humana, pero puede ser utilizada con el solo fin de la prevención. Cfr. TRIMARCHI. *Economia e diritto nel sistema della responsabilità civile*. En: *Politica del diritto*. 1971. pp. 356 y ss.

bastante dificultosa. Se sostiene, por ejemplo, que estos valores reflejan el interés de un grupo por eliminar un riesgo compuesto por las probabilidades de sufrir distintos tipos de daños a la persona y que, entonces, no sería posible atribuir un valor útil con la finalidad de prevención óptima, a cada singular lesión y a la muerte⁽⁷⁸⁾.

5. El conflicto entre prevención y seguro óptimo en la responsabilidad objetiva

Un argumento contrario a la extensión de la responsabilidad objetiva al daño no patrimonial se refiere a la consideración que esta tendría al efecto de atribuir a las víctimas potenciales un seguro excesivo⁽⁷⁹⁾.

La reparación del daño no patrimonial, en efecto, crea un conflicto entre prevención óptima y seguro óptimo.

La prevención óptima solicitaría que el daño no patrimonial viniese reparado en igual medida al valor estadístico de la vida y de la salud humana, disminuido del daño patrimonial indemnizado. La medida de la reparación, entonces, debería ser muy elevada. El seguro óptimo por el contrario, solicitaría que el daño no patrimonial no viniese reparado en absoluto⁽⁸⁰⁾.

Cuando el bien expuesto al riesgo es un bien patrimonial, la responsabilidad objetiva por el daño patrimonial obtiene contemporáneamente tres resultados útiles: (i) induce al agente en reducir el riesgo financiero por el introducido en la sociedad y con eso prevenir las conductas o las actividades excesivamente riesgosas; (ii) compensa a la víctima del acontecimiento dañino, reubicándola en el mismo nivel de utilidad por ella ocupada antes del accidente; y, (iii) atribuye a la muchedumbre de sujetos expuestos al riesgo un seguro implícito o indirecto.

La atribución de un seguro indirecto, como se ha dicho, no es por sí solo suficiente para justificar los costos de la administración de la responsabilidad objetiva, por lo mismo es que idéntico resultado puede ser obtenido a costos más bajos del seguro social o confiando en la previsión individual (dejando que sean las víctimas potenciales a estipular un seguro contra daños).

Sin embargo, esta constituye como quiera que sea, un resultado útil de la responsabilidad objetiva, ya que libera a las víctimas potenciales, que sean adversas a los riesgos, de la carga de suscribir un seguro contra daños o al Estado, la carga de predisponer un sistema preventivo.

Cuando el bien expuesto al riesgo no tiene naturaleza patrimonial, en cambio, la extensión de la responsabilidad objetiva del daño no patrimonial desarrolla útilmente las solas funciones de prevenir las actividades o las conductas excesivamente riesgosas y de atribuir a la víctima una suma de dinero que pueda servirle para adquirir utilidades sustitutivas de aquellas perdidas. La reparación del daño no patrimonial, en efecto, no atribuye a la víctima alguna cobertura de seguro. Esta constituye, en tal caso, desde el punto de vista estrictamente financiero, un enriquecimiento de la víctima⁽⁸¹⁾.

La oportunidad de preguntarse, en cuanto a la función de seguro de la responsabilidad objetiva, se torna de particular evidente en los contextos en los cuales las mismas víctimas potenciales son las que sostienen los costos de la reparación. Esto se produce, como se ha dicho, en la responsabilidad del productor y, a menos en parte, en la circulación automovilística. En la responsabilidad del productor, el afirmarse de una regla que extiende la responsabilidad objetiva también a los daños no patrimoniales causados por un defecto del producto tiene, como se ha dicho, el efecto de aumentar el costo y por ende el precio.

De esta manera, se sostiene que es como si el consumidor pagase una prima de seguro (representado por la diferencia de precio, según que la responsabilidad objetiva comprenda o no el daño no patrimonial) para de esa forma obtener, en caso de accidente con daños a la persona, una suma de dinero a título de satisfacción del daño no patrimonial sufrido⁽⁸²⁾. Análogas consideraciones valen también en el ámbito de la responsabilidad por circulación automovilística, en donde la prima de seguro varía, a menos en parte, en función del riesgo general de la actividad y es, a menos en parte, igual para todos los usuarios del tránsito.

La teoría económica sugiere que el que está expuesto a un riesgo a la salud no tiene por lo general

(78) Sobre el punto CALABRESI. *Op. cit.*; pp. 209 y ss.

(79) Sobre el punto en el que la responsabilidad objetiva, a diferencia de la responsabilidad por culpa, atribuye a las víctimas potenciales un seguro implícito: SHAVELL. *Op. cit.*; pp. 208 y ss.

(80) Sobre este conflicto se observe SHAVELL. *Op. cit.*; pp. 231 y ss.; y VISCUSI. *Pain and Suffering...*; pp. 156 y ss.

(81) Sobre el punto que la reparación del daño no patrimonial constituya un enriquecimiento de la víctima: SALVI. *Risarcimento...*; p. 1099; ID, *Responsabilità extracontrattuale...*; p. 1201; FRANZONI. *Op. cit.*; pp. 1250 y ss.

(82) Sobre el punto véase: SCHWARTZ, A. *Op. cit.*; pp. 362 y ss.

interés en estipular un contrato de seguro que le atribuya una suma de dinero a título de compensación del daño no patrimonial sufrido. El mecanismo del seguro, en efecto, comporta el sacrificio actual por parte del asegurado de la disponibilidad de una cierta suma de dinero (la prima) en contra de la disponibilidad futura de una suma de dinero, toda vez que se verifique un cierto acontecimiento perjudicial. Esta transferencia de dinero, de la condición actual a una futura, se justifica sobre la base de la previsión del asegurado de derivar una mayor utilidad de aquella actual, es decir, de tener en el futuro una mayor necesidad de dinero de aquella actual.

Estudios estadísticos indican que los sujetos expuestos a los riesgos de la salud están normalmente dispuestos a pagar la prima de seguro necesaria para ser cubiertos por todos los daños patrimoniales sufridos (gastos médicos y por lucro cesante por el período de inactividad en el trabajo) y por el contrario no están dispuestos a pagar una prima de seguro para ser compensados por el daño no patrimonial sufrido. Por lo demás, este fenómeno se comprende fácilmente si se considera que el dinero recibido por el asegurador no cancela ciertamente el sufrimiento físico o moral causado por el accidente. Si se considera además, el acontecimiento extremo de la muerte del asegurado, se comprende fácilmente que el interés del asegurado está normalmente limitado en garantizar a su familia la estabilidad financiera. Este no tiene normalmente interés en pagar una prima de seguro mayor con el fin de atribuir a los beneficiarios una suma de dinero a título de indemnización de los sufrimientos psíquicos causados por su deceso⁽⁸³⁾.

Se sostiene, entonces, que admitir la reparación del daño no patrimonial en los contextos en los cuales el costo de la reparación grava directamente o indirectamente sobre las víctimas potenciales equivaldría en imponerles un seguro obligatorio que estos no habrían libremente suscrito.

Nos preguntamos, entonces, si es oportuno obtener la prevención óptima a través de la herramienta

de la reparación del daño no patrimonial o si por otro lado, dejando de lado la indemnización del daño patrimonial, no corresponda mayormente al interés general proveer al agente el incentivo de reducir el riesgo dentro de los límites convenientes a través de la responsabilidad civil, por ejemplo la regulación administrativa o la tasación⁽⁸⁴⁾.

6. La regla que limita la reparación del daño no patrimonial a los accidentes culpables: ventajas y desventajas

Se ha dicho que la regla que limita la reparación del daño no patrimonial para los casos en los cuales sea posible demostrar la culpa del agente está conforme a un sistema de responsabilidad en la cual la reparación del daño no patrimonial constituye una pena privada dejada a la iniciativa del perjudicado⁽⁸⁵⁾.

Sin embargo es lícito dudar que esta pena privada pueda realmente desarrollar una función útil en contextos en los cuales aquí se discute.

La duda deriva por la constatación que la eficacia punitiva de la misma está fuertemente reducida, si no anulada, por la práctica o por la obligación del seguro de la responsabilidad civil, la cual se extiende también a la reparación del daño no patrimonial⁽⁸⁶⁾.

El mecanismo del seguro, como se sabe, reduce los incentivos del asegurado en adoptar cada precaución adecuada en contener el riesgo dentro de los límites razonables. Esto a consecuencia del hecho que el seguro consciente de transferir parte del costo de la propia culpa sobre la generalidad de los asegurados⁽⁸⁷⁾. Las empresas de seguro tienen diversos instrumentos para limitar este inconveniente.

Por ejemplo, estas pueden monitorear que los propios asegurados adopten cada precaución razonablemente exigible, o sino estas pueden penalizar al asegurado que causa un número de daños superiores al promedio a través de incrementos de la prima de seguro, o viceversa, pueden premiar al asegurado que

(83) Sobre el punto véase: SCHWARTZ. *Op. cit.*; pp. 362 y ss.; SHAVELL. *Op. cit.*; pp. 228 y ss.; VISCUSI. *Pain and Suffering...*; pp. 147 y ss. Para una crítica véase: CROLEY, S. y J.D. HANSON. *The Nonpecuniary Costs of Accidents: Pain and Suffering Damages in Tort Law*. En: *Harvard L. Rev.* 1995. pp. 1812 y ss..

(84) Cfr. SHAVELL. *Op. cit.*; p. 233; VISCUSI. *Pain and Suffering...*; p. 157.

(85) Cfr. BONILINI. *Pena privata e danno non patrimoniale...*; pp. 159 y ss. (página 165 en particular); ID. *Il danno non patrimoniale...*; pp. 272 y ss.

(86) Sobre los efectos del seguro de la responsabilidad civil sobre los incentivos del asegurado en adoptar precauciones obsérvese SCHWARTZ, G. *Insurance, deterrent and liability*. En: *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Volumen II. pp. 335 y ss..

(87) Este es el fenómeno del azar moral, sobre el cual puede verse PORRINI. *Asimmetrie informative nel mercato assicurativo*. En: *Lezioni di analisi economica del diritto*. A cargo de A. CHIANCONE y D. PORRINI. 3ra edición. Torino, 1998. pp. 209 y ss.

causa un número de daños inferiores al promedio a través de disminuciones de la prima. O, también, estas pueden adoptar la práctica de la franquicia o “de lo descubierto”, por el cual el asegurado responde directamente por lo menos a una parte de los daños que este ha culpablemente o no culpablemente proporcionado⁽⁸⁸⁾.

Sin embargo, se sostiene que estos mecanismos de control del comportamiento del asegurado sean solo en parte eficaces para contener una tendencia en adoptar menos precauciones de aquellas convenientes⁽⁸⁹⁾. Que la función punitiva de la reparación del daño no patrimonial sea fuertemente reducida por el mecanismo asegurador corresponde además a la experiencia común en el sector de la circulación automovilística. Está claro, en efecto, que la amenaza de sufrir un incremento en la prima de seguro a consecuencia de un siniestro causado con culpabilidad, incide en una menor medida en la conducta del chofer⁽⁹⁰⁾.

Limitar la reparación del daño no patrimonial solo y exclusivamente a las conductas culpables tiene además el inconveniente de no consentir un adecuado control del nivel de actividad adoptado por el agente. Se tendría, entonces, un nivel de producción, ósea un número de automóviles en circulación, muy elevado.

Se ha dicho, en efecto, que la responsabilidad objetiva realiza la propia función preventiva endosando al agente todas las consecuencias negativas de su actividad, de manera que su cálculo económico incluya también los costos externos de la actividad misma. Se ha dicho también que cuando el agente introduce en la sociedad un riesgo a la salud, la prevención óptima solicitaría la reparación del daño no patrimonial para evitar que el agente tenga en cuenta la sola componente patrimonial del riesgo⁽⁹¹⁾.

Desde el punto de vista de la prevención entonces, la regla restrictiva de la reparación del daño no patrimonial no parece corresponder al interés general. Desde el punto de vista de la compensación de las víctimas, en cambio, esta es conforme con la teoría del seguro óptimo.

Se ha dicho, en efecto, que esta teoría solicita que las víctimas de un daño a la persona sean resarcidas de sus consecuencias patrimoniales. Subordinar la reparación del daño no patrimonial a la prueba de la culpa comporta que las víctimas de un daño a la persona, manifestación de un riesgo consentido, puedan obtener una indemnización de las consecuencias patrimoniales. Ya que se puede considerar que gran parte de los daños sean manifestaciones de un riesgo consentido, el inconveniente “asegurativo” sería fuertemente reducido⁽⁹²⁾.

Queda para analizar un último aspecto de la regla que subordina la reparación del daño no patrimonial a la prueba de la culpabilidad del agente. Este se refiere a los costos de administración de la justicia que la aplicación de esta regla comporta⁽⁹³⁾.

Se sostiene que esta pueda comportar costos de administración mayores con respecto a la regla opuesta que extiende la responsabilidad objetiva también a las consecuencias no patrimoniales de un daño a la persona.

En el sistema mixto de responsabilidad en efecto la víctima de un daño a la persona tiene un interés patrimonial en pedir al juez la comprobación de la culpa del agente, con el fin de obtener la liquidación para el mismo de una suma de dinero mayor⁽⁹⁴⁾. En el sistema único de responsabilidad civil, en cambio, la comprobación de la culpa no atribuye a la víctima algún beneficio económico ulterior.

(88) Sobre los métodos a los que habitualmente recurren las compañías de seguro para reducir el fenómeno del azar moral puede verse SCHWARTZ, G. *Op. cit.*; p. 336 y ss.; PORRINI. *Op. cit.*; pp. 212 y ss.; SHAVELL. *Economic Analysis of Accident Law...*; pp. 4 y ss.

(89) Cfr. SCHWARTZ. *Op. cit.*; p. 337.

(90) Cfr. ZENO-ZENCOVICH. *Op. cit.*; pp. 458 y ss.

(91) Sobre este punto obsérvese la más veces citada doctrina: OTT y SCHÄFER. *Op. cit.*; p. 573; VISCUSI, *Pain...*; SHAVELL. *Economic Analysis of Accident Law...*; pp. 231 y ss.

(92) ARLEN. *Op. cit.*; p. 703

(93) Sobre la oportunidad de considerar la incidencia de los costos de administración de la justicia en la evaluación de una regla de responsabilidad civil se observe CALABRESI. *Op. cit.*; p. 28; TRIMARCHI. *La responsabilità del fabbricante nel progetto di statuto dell'impresa...*; pp. 213 y ss. Para un tratamiento sistemático véase SHAVELL. *Economic Analysis of Accident Law...*; pp. 262 y ss.; COOTER y ULEN. *Op. cit.*; pp. 320 y ss.

(94) Sobre este punto: DEUTSCH, E. *Schmerzensgeld für Vertragsverletzungen und bei Gefährdungshaftung*. En: ZRP. 2001. p. 352 y KATZENMEIER. *Op. cit.*; p. 1031. Para observaciones críticas: KÖTZ. *Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung ?* En: *VersR*. 1982. p. 626.

La eliminación de esta interferencia entre responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva consiste en simplificar el curso de los procesos y al mismo tiempo aumenta la probabilidad de una composición extra-judicial del litigio. De esta manera se reducen los costos del juicio y se obtiene una mayor rapidez de la indemnización con beneficio para ambas partes⁽⁹⁵⁾.

Se observa, además, que en la responsabilidad del productor la reducción de los costos de administración de la justicia beneficia indirectamente las potenciales víctimas, en el momento que esta comporta una reducción del precio del producto.

Un discurso similar vale también por la RC auto en donde las potenciales víctimas son generalmente también potenciales victimarios: razón por la cual los costos de administración de la justicia gravan sobre la generalidad de los “usuarios de las calles”.

Obsérvese, finalmente, que en la RC auto la frecuencia de los siniestros con daños a la persona es totalmente elevada, y que una política directa en reducir las oportunidades de litigio entre las partes tendría efectos positivos no solo entre estas, sino también para la administración de justicia en general⁽⁹⁶⁾.

7. Responsabilidad objetiva para el daño no patrimonial

7.1. El control de los riesgos a la salud

La regla según la cual el victimario es objetivamente responsable también por las consecuencias no patrimoniales del acontecimiento posee consecuencias distintas según se hable de contener los riesgos a la salud, compensación a las víctimas, y finalmente sobre los costos de administración de la justicia.

En cuanto al primero de estos, ya se ha dicho, mayores veces en la responsabilidad objetiva, sea por las consecuencias patrimoniales, que para que las consecuencias no patrimoniales de los daños a la persona, consciente de inducir al agente en mantener

cuentas de todo el riesgo por el creado y no solo de su solo componente patrimonial.. En este sentido, entonces, esta regla corresponde mayormente al interés general⁽⁹⁷⁾.

Además, siempre con la finalidad de contener el riesgo, pueden también ser consideradas algunas consecuencias por el hecho que la responsabilidad objetiva sustituye al juicio de culpabilidad una presión automática para la adopción de medidas de seguridad.

La responsabilidad por culpa en efecto consiste en “atacar” únicamente las conductas culposas que puedan ser objeto prueba en un juicio. En particular, esta no consiste en “atacar” las conductas excesivamente riesgosas que no puedan ser observadas desde fuera así como las conductas en las que las huellas han sido borradas por el acontecimiento⁽⁹⁸⁾. Por ejemplo, a menudo no puede ser probada en juicio la velocidad mantenida por el conductor, así como el estado de mantenimiento del vehículo. De la misma manera, con mucha frecuencia no puede ser probado si un cierto dispositivo industrial de seguridad estaba funcionando en el momento en el cual se verificó el accidente.

La responsabilidad objetiva, en cambio, induce el agente en adoptar cada precaución adecuada en reducir el riesgo a costos razonables, independientemente del hecho que su falta de adopción le pueda ser cuestionada en el juicio. Esto porque el agente responde por todos los daños por él causados y por esa razón tendrá interés en reducir el costo esperado. Sin embargo, es necesario también considerar que esta ventaja potencial de la responsabilidad objetiva sobre la responsabilidad por culpa es reducida en parte por la práctica o por la obligación del seguro, la cual, como se ha dicho, reduce el incentivo creado por la responsabilidad en cabeza a cada asegurado. Además, la relevancia de esta ventaja potencial de la responsabilidad objetiva por los daños no patrimoniales sobre la responsabilidad por culpa es a menos en parte reducida por la constatación que junto a la responsabilidad civil operan otras formas de regulación

(95) Sobre las ventajas administrativas de la eliminación del juicio de culpabilidad que ha sido posible por la responsabilidad objetiva puede verse COOTER y ULEN. *Op. cit.*; p. 321; SHAVELL. *Op. cit.*; p. 264.

(96) Sobre las economías procesales hechas posibles por la eliminación del juicio de culpabilidad propio del paso del sistema único de responsabilidad objetiva, se observe también la relación que ha acompañado el proyecto de Ley presentado por el Gobierno al Parlamento alemán: BUNDESREGIERUNG. *Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften*. En *DB – Druck*. 14/7752. p. 15 (disponible en la página web del Bundestag).

(97) OTT y SCHÄFER. *Op. cit.*; p. 573

(98) SHAVELL. *Op. cit.*; p. 9.

(99) Cfr. SHAVELL. *Op. cit.*; pp. 279 y ss.; ID. *The Optimal General Structure of Law...*; pp. 4 y ss.

de la conducta de quien desarrolla actividades que causan riesgos a la salud. Por ejemplo, el derecho administrativo sanciona la mayor parte de las conductas riesgosas las cuales, una vez que se haya verificado el daño, no pueden ser mas objeto de prueba⁽⁹⁹⁾.

Un posible inconveniente desde el punto de vista de la adopción de medidas precaucionales que el paso de la responsabilidad por culpa a la responsabilidad objetiva podría comportar, reside en el hecho de que, de esta manera, vendría menos un incentivo por la víctima en cooperar al castigo del culpable.

En el sistema en el cual la reparación del daño no patrimonial solicita la prueba de la culpabilidad, la víctima tiene un interés financiero de demostrar la culpa o el dolo del agente con la finalidad de obtener la condena de pagar a su favor una suma de dinero mayor. La prueba de la culpa o del dolo a su vez puede llevar a la aplicación de una sanción penal. De esta forma, entonces, la víctima coopera al castigo del culpable y por ende a la prevención de las conductas que crean un riesgo excesivo.

En el sistema de exclusiva responsabilidad objetiva, en cambio, la víctima no tiene un interés en dar la prueba de la culpa o el dolo del agente, de momento que el daño no patrimonial le viene indemnizado independientemente de si se prueba o no. Esta observación podría tener una cierta relevancia en todos esos casos en los cuales la cooperación de la víctima es útil con el fin de la comprobación de la responsabilidad penal⁽¹⁰⁰⁾.

Una completa valuación desde el punto de vista de la eficacia preventiva de una regla de responsabilidad civil solicita que sea analizado también el efecto que la regla escogida produce en el comportamiento de la víctimas potenciales..

Este análisis es importante en casos en los que no solo el agente, sino también la víctima potencial pueda adoptar precauciones directas para reducir el riesgo⁽¹⁰¹⁾. Generalmente, los sujetos extraños a la empresa no pueden hacer nada para reducir el riesgo a los que estos están expuestos por causa de la actividad de la misma. En la circulación automovilística, en cambio, las víctimas potenciales pueden a menudo hacer mucho para reducir el riesgo en los cuales estas están expuestas. De forma análoga también los adquirentes de un producto riesgoso están a menudo en la condición de poder adoptar medidas precavidas para reducir o eliminar el riesgo de sufrir un daño⁽¹⁰²⁾. En estos casos, podría sostenerse que el pago de grandes sumas de dinero, a titulo de reparación del daño no patrimonial, podría tener el efecto de inducir las víctimas potenciales en adoptar menos precauciones de aquellas normalmente requeridas⁽¹⁰³⁾. Se debe observar, a este propósito que el efecto de inducir a la víctima potencial en adoptar menores precauciones es propio de la responsabilidad objetiva. En efecto, solo en la responsabilidad objetiva la víctima potencial puede confiar en que le va a ser reparado el daño. En la responsabilidad por culpa, en cambio, debería antes probarse la culpa del agente⁽¹⁰⁴⁾.

El inconveniente del cual se discute es efectivamente relevante en las hipótesis en el que el riesgo al que se expone la víctima potencial sea un riesgo financiero, es decir, un riesgo que se refiere solo a los bienes patrimoniales. En estos casos, la indemnización por equivalencia reubica la víctima en la misma posición en la cual se encontraba antes del suceso. Razón por la cual, la prospectiva de la indemnización elimina o reduce de manera significativa el interés de la potencial víctima en adoptar precauciones directas a contener el riesgo a la cual esta está expuesta⁽¹⁰⁵⁾.

(100) Sobre la utilidad de atribuir a la víctima un incentivo financiero a cooperar en la aplicación de la sanción jurídica: SHAVELL. *The Economic Analysis of Accident Law...*; pp. 283 y ss.; ID. *The Optimal General Structure of Law...*; pp. 6 y ss.

(101) Sobre accidentes bilaterales (en el cual el agente y también la víctima potencial puedan asumir precauciones): SHAVELL. *The Economic Analysis of Accident Law...*; pp. 9 y ss.; SCHÄFER y OTT. *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts...*; pp. 207 y ss.; PORRINI. *La responsabilità extracontrattuale...*; pp. 117 y ss. Con referencia específica a la responsabilidad del productor véase también TRIMARCHI. *La responsabilità del fabbricante nella direttiva comunitaria...*; pp. 595 y 597 y ss.

(102) Cfr. TRIMARCHI. *Op. cit.*; pp. 595 y ss.

(103) El efecto que la compensación en general (sin distinguir entre indemnización del daño patrimonial y reparación del daño no patrimonial) produce sobre los incentivos de sujetos expuestos a los riesgos a la salud en adoptar medidas precaucionales es objeto de estudio en el ámbito del análisis económica de los sistemas providenciales por los infortunios en el trabajo. Con este propósito véase VISCUSI. *Risk by Choice...*; pp. 87 y ss.; MOORE, *insurance for workplace injuries...*; pp. 340 y ss.; SHAPIRO. *Occupational Safety and Health Regulation...*; pp. 602 y ss.

(104) Cfr. SHAVELL. *Op. cit.*; pp. 11 y ss.

(105) Sobre este punto véase SHAVELL. *Op. cit.*; p. 11; POLINSKY. *Op. cit.*; pp. 43 y ss.; PORRINI. *La responsabilità extracontrattuale...*; pp. 117 y ss.

Este dato, por otro lado, es poco relevante en la hipótesis en el que el riesgo al cual está expuesta la víctima sea un riesgo a la salud⁽¹⁰⁶⁾. En estos casos, la compensación del daño patrimonial y no patrimonial, independientemente de su medida, no tiene, por supuesto, la propiedad de poner a la víctima en un estado de indiferencia entre el haber y el no haber sufrido un daño. Por esta razón se debe sostener que el pago de grandes sumas de dinero a título de reparación del daño no patrimonial no sea suficiente para eliminar o reducir de manera apreciable el interés de la víctima en adoptar las medidas que le competen.

Se puede además observar que, en los casos marginales en el que la víctima potencial pueda ser inducida en adoptar menos precauciones a causa de la prospectiva de la reparación, esta última (junto con la indemnización del daño patrimonial) puede ser excluida o reducida, respectivamente, a través del mecanismo de la culpa exclusiva o del concurso de culpa del damnificado⁽¹⁰⁷⁾.

Sin embargo, estas consideraciones inducen en sostener que es de todos modos oportuno el poner algunos límites a la reparación del daño no patrimonial para evitar que las sumas pagadas sean excesivas.

7.2. El seguro de las víctimas potenciales

Por cuanto concierne a la compensación de las víctimas, la responsabilidad objetiva por los daños no patrimoniales atribuye a las víctimas potenciales un seguro excesivo⁽¹⁰⁸⁾. Esto ocurre porque, como se ha dicho, la responsabilidad objetiva atribuye a todas las víctimas potenciales una cobertura de seguro indirecta. Se ha dicho también que el nivel óptimo de seguro corresponde únicamente a la indemnización del daño patrimonial. Sin embargo, se necesita considerar que en la responsabilidad objetiva la reparación del daño

no patrimonial no desarrolla únicamente la función de compensar a la víctima⁽¹⁰⁹⁾. Así sería si este criterio de atribución de la responsabilidad operase también en ámbitos en los cuales este criterio no pueda desarrollar alguna función útil de contención del riesgo. Pero este no pasa generalmente.

Se ha visto, por ejemplo, como en la responsabilidad del productor el legislador italiano ha limitado el obrar de la responsabilidad objetiva solamente a los riesgos en los cuales puedan ser controlados por el productor y no por el usuario. En esta prospectiva, entonces, la reparación del daño no patrimonial desarrolla principalmente la función de rendir la sanción civil mayormente conforme a la naturaleza y a la gravedad del riesgo.

Idealmente, la combinación óptima entre prevención del riesgo y seguro de las víctimas potenciales sería consentida por un sistema en el cual la responsabilidad objetiva operase limitadamente a la indemnización del daño patrimonial y la parte de prevención faltante viniese obtenida a través del obrar de la regulación administrativa⁽¹¹⁰⁾. Para funcionar correctamente, la sanción administrativa debería obrar como la responsabilidad objetiva y entonces ser aplicable independientemente por la prueba de la culpa.

De manera distinta, el agente sería inducido a no tener en cuenta la parte no patrimonial del riesgo a la salud por él introducido en la sociedad, y la persistencia es consentida en razón de los costos demasiado elevados de su eliminación y que por tal razón no constituye un ilícito.

Este sistema, sin embargo, no podría operar en nuestro ordenamiento, en donde, como es conocido, la sanción administrativa solicita la prueba de la culpabilidad (dolo o culpa) del agente⁽¹¹¹⁾. Alternativamente, se podría pensar en el instrumento

(106) Cfr. VISCUSI. *Op. cit.*; p. 88; TRIMARCHI. *La responsabilità del fabbricante nel progetto di statuto dell'impresa...*; p. 213.

(107) Artículo 1227 Código Civil (por la responsabilidad civil en general) y artículo 10, d.p.r. n. 224 del 1988 (para la responsabilidad por producto defectuoso). Sobre la interpretación económica de estas normas puede verse: PORRINI. *Op. cit.*; pp. 117 y ss.; y MONATERI, *Op. cit.*; p. 39. En los infortunios en los ámbitos laborales debe verse la doctrina del riesgo electivo, que tiene el efecto de excluir la obligación de indemnizar al trabajador que haya voluntariamente creado un riesgo que no tiene ninguna relación con el desarrollo de su trabajo. Para esta doctrina: ALIBRANDI. *Op. cit.*; pp. 326 y ss.

(108) Cfr. ARLEN, *Op. cit.*; pp. 703 y ss.

(109) Cfr. GEISTFELD, M. *Placing a Price on Pain and Suffering: a Method for Helping Juries Determinate Tort Damages for Nonmonetary Injuries*. En: *Calif. L. Rev.* 1995. p. 798.

(110) Sobre las propias ventajas de un sistema en el cual la sanción por los daños no patrimoniales es sustituida por una sanción pecuniaria a pagarse al Estado puede verse: SHAVELL. *Op. cit.*; pp. 233 y ss.

Artículo 31 de la Ley de 24 de noviembre 1981 (Número 689). Sobre este punto PALIERO, C. y A. TRAVI. *Sanzioni amministrative*. En: *Enc. dir.* Volumen XLI. Milano, 1989. *ad vocem*.

(111) Para una confrontación entre tasa y responsabilidad objetiva por los daños no patrimoniales véase: EDLIN, A. *Per-Mile Premiums for Auto Insurance*. UC Berkeley, Department of Economics. WP E02-318, 2002 (disponible en la página web).

de la tasa, la cual podría ser utilizada para rendir de manera más onerosa el desarrollo de ciertas actividades riesgosas con el resultado de desincentivar un desarrollo excesivo. El instrumento de la tasa, sin embargo, no parece eficaz para discriminar entre diferentes agentes según el riesgo de cada uno. La función preventiva solícita en efecto que cada agente sea inducido a tener en cuenta el riesgo por él introducido y no del riesgo promedio del sector en el cual él opera. Sería entonces necesario variar la tasa en función del mayor o menor riesgo de cada uno de los agentes. Esto podría ser en algunos contextos muy complicado y en otros imposible⁽¹¹³⁾.

En algunos contextos (por ejemplo, circulación automovilística) sin embargo, podría pensarse en el recurso del instrumento de la tasa en alternativa o en combinación con la responsabilidad objetiva por el daño no patrimonial con la finalidad de obtener un nivel de prevención mayormente correspondiente al riesgo de la actividad. No es en esta ocasión en donde llevaremos mas allá este discurso que nos llevaría a una mayor reflexión del tema.

Se puede concluir, sin embargo que, en los contextos en el que la tasa pueda correctamente funcionar, esta tendría la ventaja de consentir la creación de un flujo financiero que el Estado podría emplear en beneficio de la generalidad de la comunidad.

En otras palabras, se trataría de establecer si corresponde al interés general una regla que atribuye a la víctima de un accidente automovilístico, o a sus sobrevivientes, una gran suma de dinero a título de reparación del daño no patrimonial, suma esta que desde un punto de vista estrictamente financiero constituye un enriquecimiento; o mas bien una regla que, garantizando la estabilidad financiera de la víctima o de sus sobrevivientes a través de la indemnización del daño patrimonial, atribuya al Estado la ulterior suma necesaria para obtener el nivel óptimo de prevención. Esta suma podría ser además empleada por el Estado, por ejemplo, para mejorar las infraestructuras y los controles de la policía de tránsito.

7.3. Los costos de administración de justicia

Se ha dicho que algunos autores han favorecido el cambio a un sistema que extiende la responsabilidad objetiva también a las consecuencias no patrimoniales del daño a la persona sobre la base de la consideración que este tendría costos de administración mas bajos. Este sistema en efecto determina la falta de interés de la víctima en probar la culpabilidad del agente⁽¹¹⁴⁾.

Las ventajas administrativas serían notables cada vez en que la comprobación de la culpa solicitaría investigaciones largas y complejas. Sin embargo se necesita considerar que la extensión de la responsabilidad objetiva a las consecuencias no patrimoniales del daño a la persona lleva a una mayor frecuencia de su liquidación⁽¹¹⁵⁾. Por esta razón, la economía procesal hecha posible por la eliminación del requisito de la culpabilidad viene sustancialmente vanificada en un sistema que deja la determinación de la medida de la reparación a la equidad del juez. La valuación equitativa en efecto es por su naturaleza incierta y entonces rinde la composición extra judicial del litigio menos probable. La eliminación del requisito de la culpabilidad sin que sea utilizado un criterio cierto de liquidación del daño no patrimonial tendría entonces el efecto de disminuir la durabilidad promedio del proceso, pero de aumentar el número total de los mismos.

La extensión de la responsabilidad objetiva a la reparación del daño no patrimonial rinde particularmente de manera oportuna la elección hecha por nuestro ordenamiento en adoptar un sistema de tablas, sea para la reparación del daño biológico, que para la reparación del daño moral⁽¹¹⁶⁾.

Generalmente el sistema de las tablas es bien visto porque eso impide que víctimas de un mismo daño a la persona sean compensadas en medida diferente según la mayor o menor generosidad del juez⁽¹¹⁷⁾. Sin embargo, este sistema debe ser apreciado también porque este consciente de reducir en forma significativa el número y la durabilidad media de los procesos, favoreciendo la composición extrajudicial de las controversias y facilitando la tarea del juez en la liquidación del daño no patrimonial⁽¹¹⁸⁾.

(114) Cfr. KATZENMEIER. *Op. cit.*; p. 1031

(115) Sobre este punto ver COOTER y ULEN. *Op. cit.*; p. 321; SHAVELL. *Economic Analysis of Accident Law...*; p. 264; SCHÄFER y OTT. *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts...*; p. 197.

(116) Sobre el sistema de tablas se observe COMANDE'. *Le tabelle milanesi per la liquidazione del danno alla persona*. En: *Danno e resp.* 1996, pp. 40 y ss. Para un tratamiento al día, clara, y sintética de los varios métodos de liquidación del daño biológico ver: ROSSETTI. *Il danno civilmente rilevante: tipologie, accertamento, liquidazione*. En: *Resp. civ.* 2002. pp. 518 y ss.

(117) Sobre este punto ver BUSNELLI. *Il danno alla salute; un'esperienza italiana; un modello per l'Europa?* En: *Resp. civ.* 2000. pp. 865 y ss.

El sistema de las tablas es particularmente oportuno refiriéndonos a las lesiones de leve entidad, a causa de la elevadísima frecuencia con que estas se verifican y de la escasa incidencia que estas tienen sobre la calidad de vida de la persona agraviada⁽¹¹⁹⁾. Con respecto a este tipo de lesiones se podría pensar en la adopción de un sistema en el cual sea radicalmente excluida la posibilidad para un juez de variar la medida de la liquidación en función de las características específicas del caso concreto⁽¹²⁰⁾. Alternativamente podría también pensarse a una radical exclusión de su reparación⁽¹²¹⁾.

En contra de esta más radical solución se podría objetar que las lesiones de entidad más leve constituyen, sin embargo, siempre un costo social de ciertas actividades y que, entonces, excluir la obligación de reparación podría tener consecuencias negativas en el ámbito de la prevención de los riesgos⁽¹²²⁾.

Sin embargo se necesita, a mi entender, también considerar que justo entre las lesiones de leve entidad se concentran la mayor parte de las lesiones de mayor simulación. La exclusión de la reparación de las consecuencias no patrimoniales de este tipo de lesiones tendría entonces la ventaja de reducir la frecuencia de los engaños asegurativos.

Me parece, en efecto, que la reducción de los costos de seguro, hecho permitido por la reducción de los engaños, compense ampliamente el sacrificio del interés de aquellos sujetos que hayan efectivamente sufrido una lesión de leve entidad, en obtener la reparación del daño no patrimonial.

Se considera una vez más que en muchos contextos de responsabilidad objetiva son los mismos sujetos expuestos al riesgo los que soportarán en última instancia los costos de las indemnizaciones y que, entonces, estos tendrán interés en que las lesiones simuladas no sean en algún modo compensadas⁽¹²³⁾.

8. Conclusiones: la centralidad del *quantum*

En conclusión se puede decir que el cambio del sistema mixto de responsabilidad civil, según la naturaleza patrimonial o la no patrimonial del daño a la persona, al sistema único de responsabilidad objetiva debería tener consecuencias positivas, no solo desde el punto de vista de la compensación de la víctima (atenuando la disparidad de tratamiento con dependencia de la renta de la víctima y de las circunstancias del accidente, y conteniendo el riesgo de una subvaluación del daño patrimonial), sino también desde el punto de vista de la más eficiente reglamentación de las actividades que ponen riesgos a la salud.

Desde este último punto de vista, el incremento de las primas de seguro, determinado por la extensión de las responsabilidades objetivas, no debería ser visto como un inconveniente, sino más bien como el mecanismo a través del cual la responsabilidad objetiva desarrolla su función de reglamentación.

Otra consecuencia positiva del sistema único de responsabilidad objetiva debería residir en el definitivo abandono del criterio de la culpa, sea con la finalidad de la determinación del daño, que con la finalidad de la

(118) Sobre este punto BOVBERG, R. y otros. *Valuing Life and Limb in Tort: Scheduling "Pain and Suffering"*. En: *Northwestern University L. Rev.* 1989. pp. 925 y ss.; KAPLOW, L. y SHAVELL. *Accuracy in the Assessment of Damages*. En: *J. L. & Econ.* 1996. pp. 191 y ss.

(119) Con este propósito ver el ya citado Artículo 5 de la Ley del 5 marzo 2001 (Número 57), como ha sido modificado por el artículo 23, inciso 3 de la Ley del 12 de diciembre de 2002 (Número 273). Sobre este punto ver PONZANELLI. *La nuova disciplina delle micropermanenti...*; pp. 453 y ss.

(120) SHAVELL. *Economic Analysis of Accident Law...*; p. 13. El legislador italiano no parece ser de la misma idea, el cual, en temas de lesiones de leve entidad en la RC auto, consciente al juez de tener en cuenta de las condiciones subjetivas del damnificado y de aumentar hasta un quinto el monto del daño biológico liquidado con respecto a la tabla legislativa: Artículo 5, inciso 4. l. 57/2000, así modificado.

(121) Originariamente favorable a la exclusión de la reparación del daño no patrimonial para las lesiones de leve entidad era el proyecto de Ley presentado por el Gobierno alemán por la citada reforma de las normas sobre la indemnización del daño. El texto aprobado no ha sin embargo mantenido esta exclusión. Sobre este punto ver DEUTSCH. *Op. cit.*; p. 353 y KATZENMEIER. *Op. cit.*; pp. 1033 y ss. Observaciones críticas sobre la oportunidad de excluir la reparación del daño no patrimonial para las lesiones de leve entidad en KÖTZ. *Op. cit.*; p. 627. Ver también en el ordenamiento la reparación del daño para las lesiones de leve entidad es excluida relativamente a las lesiones en el trabajo. Sobre este punto ver también en el ordenamiento italiano sobre el daño biológico: Artículo 13 Decreto Legislativo. 38/2000. ALIBRANDI. *Op. cit.*; pp. 396 y ss.

(122) Cfr. SHAVELL. *Op. cit.*

(123) Sobre los costos de las reparaciones del daño biológico para las lesiones de leve entidad se observe ISVAP. *Indagine conoscitiva sull'incremento dei premi di assicurazione R.C. auto*. En: *Dir. edición economia assicuraz.* 2000, p. 560, en donde se aprende que las micropatentes "absorben casi el 70 por ciento de los casos de los siniestros con daños a la persona, con una incidencia casi igual al 60 por ciento (7 mil billones) del total de lo liquidado para daños físicos".

determinación del *quantum* de la reparación del daño no patrimonial. De esta manera viene eliminada toda interferencia del juicio de culpabilidad en la responsabilidad objetiva, con la consecuente reducción de actividades procesales. Para obtener economías procesales parece sin embargo necesaria la adopción de un sistema de tablas vinculadas para los jueces y que comprenda todas los supuestos de daño no patrimonial objeto de reparación.

El abandono del criterio de la culpa, lleva además, la necesidad de meditar nuevamente la función que, en los contextos en los que se debate, le compete a la reparación del daño no patrimonial. Esta ya no puede desarrollar la función punitiva que le era propia desde un principio. La función punitiva presupone, en efecto, una prohibición absoluta de la actividad riesgosa. La responsabilidad objetiva, en cambio, opera de forma limitada en las actividades riesgosas consentidas en consideración a su utilidad social.

No parece, además, convincente la tesis según la cual la reparación desarrollaría, entonces, exclusivamente la función de compensar a la víctima por el daño sufrido.

No se comprendería, en efecto, por qué razón el costo de la reparación debería ser sostenido por el solo sujeto que ha causado el accidente y no por otro lado incluir también a la víctima (previsión individual), es decir, transferirlo sobre todos los sujetos expuestos al riesgo (previsión social financiada únicamente por los sujetos expuestos al riesgo) o sobre la generalidad de la comunidad (previsión social financiada a través la fiscalidad general).

Parece en cambio más convincente la tesis según la cual la reparación del daño no patrimonial desarrollaría principalmente la función de rendir la presión financiera, que la responsabilidad objetiva ejercita sobre quien desarrolla actividades riesgosas, mayormente adecuada a la gravedad del riesgo (previsión óptima).

La previsión óptima de las actividades riesgosas para la salud y disciplinadas por la responsabilidad objetiva solicitaría, en teoría, que el agente fuese condenado a pagar una suma equivalente al valor estadístico de la vida humana por cada muerte causada.

Con criterios análogos sería también posible calcular de manera aproximada la suma que debería ser pagada por el agente por cada lesión no mortal por él

ocasionada. La aplicación de este criterio de valuación del *quantum* de la reparación conduciría a la liquidación de sumas de dinero a favor de las víctimas de los accidentes o de sus sobrevivientes superiores a aquellas actuales.

Sin embargo, se necesita considerar los inconvenientes de la aplicación de este criterio con el fin del cálculo de la medida de la reparación. En principio, se ha dicho que su aplicación práctica sería bastante dificultosa.

En segundo lugar, se ha dicho también que el pago de sumas de dinero muy elevadas a título de reparación del daño no patrimonial podría llevar a efectos que puedan distorsionar el comportamiento de las víctimas potenciales.

Esto podría, por ejemplo, llevar en algunos contextos a una reducción del nivel de atención que se debe pretender por las mismas víctimas potenciales. Además, podría inducir a un “agravamiento” del fenómeno de las estafas, así como, sea solo en casos marginales, a comportamientos especulativos por parte de las víctimas potenciales o por quien debería tener cuidado de su incolumidad.

Estas consideraciones inducen a sostener que de todas maneras es oportuno contener la medida de la reparación del daño no patrimonial a un nivel inferior a aquel indicado por el valor estadístico de la vida y de la salud humana y eventualmente combinar la reparación con un instrumento alternativo de control de la actividad riesgosa.

En esta perspectiva, surge un dato de relevancia más general que es imposible descuidar si nos prefiere de mirar la operatividad del sistema civil en términos útilmente reales: la centralidad de la cuantificación del daño.

El problema del *quantum*, que en la literatura americana de responsabilidad civil ocupa una posición eminente y recibe una buena atención también a nivel teórico, tiende por nosotros a ser relegado como cuestión no meritoria de un particular empeño de reflexión, elaboración y reconstrucción.

Parecería en cambio oportuno superar esta injustificada subvaluación, y atribuir a la cuantificación del daño el estatuto de tema absolutamente relevante por la configuración del entero régimen jurídico de la responsabilidad civil. E