

# LOS INTERESES TUTELABLES Y LA DIMENSIÓN DE LOS PERJUICIOS REPARABLES EN EL DERECHO FRANCÉS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL \* \*\*

## LEGALLY PROTECTABLE ASSETS AND THE DIMENSION OF REPARABLE DAMAGES IN FRENCH TORT LAW

Jean-Sebastián Borghetti\*\*\*  
Universidad Panthéon-Assas (Paris 2)

*In Tort Law, it is said that an individual must repair the damage he causes. What is the extension of this maxim? Is this affirmation accurate? What is considered damage for Law?*

*Jean-Sebastián Borghetti answers this and other questions as understood by French Law, seeking to delimit the French system of civil liability. In that sense, through this article, the author proposes that not all affronts constitute a damage as understood by Law, and that not every damage can be repaired.*

**KEY WORDS:** French Law; Tort Law; repairable damages; legally protected interest.

*En la Responsabilidad Civil, se afirma que todo aquel que causa un perjuicio debe repararlo. ¿Cuál es el alcance de esta máxima? ¿Qué tan exacta es esta afirmación? ¿Qué es un perjuicio para el Derecho?*

*Jean-Sebastián Borghetti responde estas y otras preguntas desde el Derecho francés, buscando delimitar el sistema francés de la responsabilidad civil. En ese sentido, a través del presente artículo, el autor propone que no todo agravio constituye un perjuicio para el Derecho, y que no todo perjuicio es reparable.*

**PALABRAS CLAVE:** Derecho francés; responsabilidad civil extracontractual; perjuicios reparables; interés jurídicamente protegido.

\* El presente artículo fue publicado originalmente bajo el título "Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle", en: BORGHETTI, Jean-Sébastien; DESHAYES, Olivier y PÉRÈS, Cécile. "Études offertes à Geneviève Viney". Paris: LGDJ. 2008. pp. 145-171. Agradecemos al autor por permitirnos su reproducción. La traducción fue realizada por José Luis Gabriel Rivera, abogado, magister en Derecho por la Universidad de Lorena y en Derecho Comparado por la Universidad de Estrasburgo. También es profesor de la Maestría con mención en Derecho Civil y del Centro de Educación Continua de la Pontificia Universidad Católica del Perú, además de miembro de la Asociación Henri Capitant – Sede París.

\*\* El autor desea agradecer a Guillaume Canselier por la lectura atenta y crítica del presente texto, sus oportunas sugerencias y la referencia al excelente artículo del profesor Tony Weir, el cual es citado en el presente trabajo. Asimismo, el autor desea agradecer a Christine Farenc por sus muy interesantes opiniones.

\*\*\* Abogado. Doctor en Derecho Privado por la Universidad Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Profesor de la Universidad Panthéon-Assas (Paris 2). Contacto: jean-sebastien.borghetti@u-paris2.fr

## I. INTRODUCCIÓN

Quien se haya interesado –aunque fuere un poco– en el Derecho de la responsabilidad civil extracontractual en otros sistemas jurídicos distintos al francés, podrá evidenciar que uno de los hechos más saltantes del Derecho galo consiste en la ausencia de mecanismos destinados a delimitar la responsabilidad civil. Así pues, mientras el Derecho inglés y el Derecho alemán –por citar algunos ejemplos– cuentan con numerosos mecanismos destinados a contener las demandas de reparación civil<sup>1</sup>, nuestro Derecho francés se dirige, sin hesitación alguna, hacia una expansión constante del campo de la obligación de reparación de los daños causados a otros. No son pocos los ejemplos más recientes de esta tendencia, al menos a nivel jurisprudencial. Así pues, la Corte de Casación manifiesta regularmente su voluntad de flexibilizar los requisitos necesarios –*les conditions*– para la puesta en marcha de

la responsabilidad, como son el hecho generador<sup>2</sup>, el perjuicio<sup>3</sup> o la relación de causalidad<sup>4</sup>.

Esta generosidad para con los demandantes<sup>5</sup> le confiere al Derecho francés de la responsabilidad civil extracontractual una amplitud inusitada con respecto a la casi totalidad de Derechos de otros países. Ciertamente, este no es el único tópicos respecto del cual Francia sea la única abanderada; sin embargo, esta singularidad francesa no deja de ser intrigante. En primer lugar, podríamos preguntarnos cuáles han sido las razones que explicarían esta fuerza irresistible en favor de la indemnización.

Para dar respuesta a esta pregunta, es menester adicionar al examen de las especificidades técnicas del Derecho francés el estudio de otros factores –que un positivismo riguroso tildaría de extrajurídicos– que han contribuido a esta situación de hecho, entre los cuales creemos figurarían la preocupación por tratar

- <sup>1</sup> En el Derecho inglés, estas restricciones son los límites establecidos a la existencia y a la dimensión de los *duties of care* dentro del *tort of negligence*, así como las exigencias referentes a las características de la relación de causalidad. Para una breve y cabal presentación de estos mecanismos, ver: WEIR, Tony. "Tort Law". Oxford: Oxford University Press. 2002. En el Derecho alemán, tanto la lista limitativa de intereses tutelables por el § 823, párrafo primero del Código Civil (BGB), y las exigencias relativas a la relación de causalidad, permiten limitar la responsabilidad civil extracontractual. Ver, por ejemplo: FERRAND, Frédérique. "Droit privé allemand". París: Dalloz. 1997. pp. 360 y siguientes.
- <sup>2</sup> Podemos citar al respecto la eliminación de la exigencia de la ilicitud y de la anormalidad del hecho dañoso para dar pie a la responsabilidad de los padres por el hecho de su hijo –Casación de la Segunda Sala Civil del 10 de mayo de 2001. Puede consultarse en: "Bulletin des arrêts des chambres civiles" II 96; "Recueil Dalloz". 2001. p. 2851., con informe de Guerder y nota de Tournafond; "Recueil Dalloz". 2002. p. 1315, con observaciones de Mazeaud; "La Semaine Juridique-Édition Générale". 2001. II.10613., con nota de Mouly; "La Semaine Juridique-Édition Générale". 2002. I.124., con observaciones de Viney; "Defrénois". 2001. p. 1275, con observaciones de Savaux; "Revue trimestrielle de droit civil". 2001. p. 601, con observaciones de Jourdain–, así como la asimilación de todo incumplimiento contractual –*manquement contractuel*– a un hecho culposo en el campo delictual –Fallo de la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación del 6 de octubre de 2006. Puede consultarse en: "Bulletin des arrêts de Assemblée plénière de la Cour de Cassation" 9; "Recueil Dalloz". 2006. p. 2825, con nota de Viney; "La Semaine Juridique-Édition Générale". 2006. II.10181., con opinión de Gariazzo y con nota de M. Billiau; "Responsabilité civile et Assurances". 2006. Estudio 17 de Bloch; "Revue trimestrielle de droit civil". 2007. p. 123., con observaciones de Jourdain.
- <sup>3</sup> Esta expansión de la responsabilidad se caracteriza esencialmente por la aparición frecuente –desde hace una década aproximadamente– de nuevos tipos de perjuicios extra-patrimoniales, tales como el perjuicio estético, el perjuicio por la dificultad de realizar las actividades cotidianas –*le préjudice d'agrément*–, el perjuicio sexual o el perjuicio a raíz de un contagio –*le préjudice de contamination*. Ver sobre este tema: VINEY, Geneviève y Patrice JOURDAIN. "Les conditions de la responsabilité". París: LGDJ. 2006.
- <sup>4</sup> En este punto pensamos en la utilización frecuente –aunque también implícita– de la teoría de la equivalencia de condiciones para la apreciación de la existencia de la relación de causalidad, especialmente en el caso de la concatenación de causas. Por ejemplo, para el caso de un contagio producido por una transfusión a raíz de un accidente de tránsito, ver la jurisprudencia relativa a los recursos planteados por los centros de transfusión contra los conductores que originaron los accidentes: Casación de la Segunda Sala Civil del 25 de enero de 2007. Puede consultarse en: "Bulletin des arrêts des chambres civiles" I 20; "Recueil Dalloz". 2007. p. 443, con observaciones de Gallmeister; "La Semaine Juridique-Édition Générale". 2007. p. 71, con observaciones de Bloch; *Ibid.* II.10035, con nota de Radé; *Ibid.* I.185, número 5, con observaciones de Stoffel-Munck; "Revue trimestrielle de droit civil". 2007. p. 723, con observaciones de Borghetti; "Responsabilité civile et Assurances". 2007. Comentario 116, con nota de Groutel; así como las numerosas referencias jurisprudenciales citadas por el Profesor Radé en el trabajo antes referido.
- <sup>5</sup> Demandantes a los que, de manera bastante sintomática, los juristas franceses tienden a calificar como víctimas, independientemente de la acción de responsabilidad accionada. Ver la muy oportuna precisión de: WHITTAKER, Simon. "La responsabilité pour fait personnel dans l'Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité: Donner voix aux silences du Code civil". En: *Recueil des Cours* 89. 2007. p. 99.

de manera idéntica a todas las víctimas, así como la existencia de cierta hostilidad frente a los contratos de seguros directos –*l'assurance directe*– y la influencia del pensamiento de los grandes profesores –un tanto izquierdistas– como, por ejemplo, la profesora Viney, a quien dedicamos las presentes líneas.

Asimismo, sería interesante saber cuáles son las consecuencias económicas de esta mayor dimensión de la reparación del Derecho francés de la responsabilidad civil si la comparamos con los Derechos de otros países. Lamentablemente, a pesar del desarrollo del Análisis Económico del Derecho, no existen hasta la fecha trabajos que establezcan los efectos económicos concretos de la aplicación de las reglas de Derecho civil, o al menos así sucede en Francia.

Ahora, ello ha traído como consecuencia que sea difícil establecer si –desde un punto de vista económico– la facilidad con la cual la responsabilidad civil puede ser accionada en el

Derecho francés sea una buena o una mala situación<sup>6</sup>. Sin embargo, visto desde otro ángulo, dicha facilidad –la cual muchos celebran– resultaría inquietante. Así pues, ¿un exceso de responsabilidad civil no nos llevaría a desincentivar las actividades socialmente útiles?

Ciertamente, no debemos alzarnos de manera irreflexiva contra el concepto de “*l'américanisation du Droit*”<sup>7</sup> –aunque el caso Perruche<sup>8</sup> nos dé qué pensar–, puesto que la elección de la Corte de Casación francesa de reconocer en la discapacidad congénita un perjuicio reparable para el propio niño –que no había sido previsto anteriormente– ha traído consecuencias importantes sobre las actividades de los médicos ecografistas, al punto que el Parlamento francés ha debido adoptar una ley para poner fin –*brisser*– a esta jurisprudencia<sup>9</sup>. Además, quien quiere reparar todos los daños, y en la mayor cantidad posible, ¿no termina reparando de mala manera? Como reza el dicho, quien mucho abarca poco

<sup>1</sup> Nota del traductor: Con esta expresión se entiende el caso en el que el asegurador es directamente responsable para con el asegurado sin mediar una reaseguradora.

<sup>6</sup> Ver, sin embargo: VINEY, Geneviève. “Introduction à la responsabilité”. París: LGDJ. 1995. p. 65. Esta autora afirma que “es necesario tomar conciencia de que el hecho que las sumas de dinero que pueden ser establecidas –en un momento determinado y en un país concreto– para la indemnización de las víctimas por los daños producidos no deberían exceder un determinado límite, so riesgo que al excederlo el sistema podría entorpecer gravemente el dinamismo económico”.

<sup>7</sup> Al respecto, ver : ENGEL, Laurence. “Vers une nouvelle approche de la responsabilité. Le droit français face à la dérive américaine”. París: Esprit. 1993. p. 5 ; SCHILLER, Sophie. “Hypothèse de l'américanisation du droit de la responsabilité”. En: Les Archives de Philosophie de Droit. 2001. p. 177.

<sup>11</sup> Nota del traductor: Sobre “*l'américanisation du droit*” –la americanización del Derecho, en castellano– ya ha tenido oportunidad de señalar el profesor Bernard Audit –en un excelente prólogo– que en los últimos años hemos sido testigos de una mundialización en cuya cabeza van los Estados Unidos de Norteamérica. Ciertamente, esta influencia desde el aspecto cultural ha alcanzado el campo jurídico, y no sólo ha ofrecido una manera distinta de entender o ver el Derecho, sino de ejercer el Derecho. Al respecto, ver : AUDIT, Bernard. “Prólogo”. En: Les Archives de Philosophie de Droit 45. 2001. pp. 7-11.

<sup>8</sup> Fallo de la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación del 17 de noviembre 2000. En: “Bulletin des arrêts de Assemblée plénière de la Cour de Cassation” 9; “Recueil Dalloz”. 2001. p. 332, con notas de Mazeaud y de Jourdain; “La Semaine Juridique-Édition Générale”. 2001. II.10438., con conclusiones de Sainte-Rose y con nota de Chabas. Un buen número de la ingente cantidad de comentarios referente a esta decisión han sido evocados en: VINEY, Geneviève y Patrice JOURDAIN. Op. cit. p. 249-6, nota 41.

<sup>111</sup> Nota del traductor: Como bien señala la profesora Lambert-Faivre, ningún *arrêt* de la Corte de Casación francesa ha dado pie a tantos comentarios de la prensa, a tantos artículos y estudios jurídicos, incluso éticos o filosóficos. Así pues, el *affaire* Perruche es controversial dado que la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación concedió resarcimiento a Nicolas Perruche por el hecho de haber nacido con múltiples discapacidades a raíz de un mal diagnóstico médico. La consecuencia fue que muchas personas demandaron por mala praxis médica, debiendo el Parlamento promulgar una ley especial para poner fin al *arrêt* Perruche y sus consecuencias. Dicha ley también es conocida como Ley Kouchner –apellido del Ministro de Salud de la época. Sobre la opinión de Lambert-Faivre y más del *arrêt* Perruche: LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. “Le principe indemnitaire et l'affaire Perruche”. En: *Medecine & Droit* 54. 2002. pp. 2-6.

<sup>9</sup> El artículo 1-I primer párrafo de la Ley 2002-303, del 4 de marzo de 2002, establece que: “Nadie puede alegar un perjuicio por el sólo hecho de nacer”. Actualmente, dicho texto ha sido recogido por el artículo L 114-5 del Código del Apoyo Social y de las Familias. Sin embargo, la adopción de esta medida no ha permitido neutralizar las consecuencias negativas que el *arrêt* Perruche ocasionó sobre el ejercicio de la actividad de los ecografistas fetales en Francia. Ver: MOYSE, Danielle y Nicole DIEDERICH. “L'impact de l' “arrêt Perruche” sur les échographistes et les gynécologues obstétriciens”. Informe elaborado para la Mission de Recherche Droit et Justice, enero de 2005, y cuya síntesis puede consultarse en la dirección electrónica siguiente: <http://www.gip-recherche-justice.fr/recherches/syntheses/126-Arret-Perruche.pdf>.

aprieta, y, además, si se pretende reparar todos los tipos de perjuicios se termina por dar menor atención a los intereses más esenciales de las personas—sobre la base de los cuales se ha erigido la responsabilidad civil— y terminan recibiendo poca atención.

En este punto, cabe precisar que la flexibilización de los requisitos necesarios—*les conditions*— para la puesta en marcha de la responsabilidad civil actúa en contra de las propias víctimas, tal y como sucede, por ejemplo, con las consecuencias de la objetivación de la culpa bajo el agravamiento de la culpa de la víctima<sup>10</sup>. Además, con la multiplicación de los daños en masa<sup>11</sup> y el surgimiento de nuevos tipos de perjuicios reparables—cuya dimensión podría estimarse considerable, tal y como sucede con el perjuicio ecológico<sup>12</sup>— no es tan cierto que nuestro aparente sacrosanto Principio de Derecho que establece que todos los perjuicios deban ser integralmente reparados resulte por más tiempo sostenible.

El Derecho francés podría verse obligado—tarde o temprano— a mitigar sus anhelos reparadores. Sin lugar a dudas, el legislador tendrá la posibilidad—llegado el momento— de intervenir para poder delimitar el Derecho de la responsabilidad civil extracontractual y limitar su extensión. Sin embargo, no es necesario tener frente a sí el problema para recién comenzar a reflexionar sobre los medios gracias a los cuales será posible limitar la responsabilidad civil, de manera que no sea ni arbitraria ni injusta, y preserve así los principales desarrollos que esta rama del Derecho ha ido construyendo desde finales del siglo XIX.

Tomando en consideración la estructura de nuestro Derecho, podemos señalar que existen al menos tres conceptos—*leviers*— en base a los cuales es posible delimitar la responsabilidad civil extracontractual: el hecho generador, la causalidad y el perjuicio. Cada uno de estos requisitos—*conditions*— para la puesta

en marcha de la responsabilidad son susceptibles de ser definidos de manera más o menos restrictiva, con las lógicas consecuencias que ello acarrea sobre el campo de la obligación de reparar. En ese sentido, la observación de los Derechos extranjeros nos invita a pensar que una política coherente de delimitación de la responsabilidad civil pasa por una delimitación rigurosa de todos los requisitos necesarios—*les conditions*— para su puesta en marcha. En lo que concierne al presente trabajo, nos limitaremos a estudiar el tercero de dichos requisitos; esto es, el perjuicio.

La brillante demostración de la progresiva disolución del perjuicio en el Derecho francés<sup>13</sup> sería por sí misma suficiente para justificar los esfuerzos destinados a delimitar la responsabilidad tomando como base, específicamente, esta noción poco comprendida. Otro motivo para la elección del perjuicio como tema de estudio consiste en el hecho que el eje de la responsabilidad civil parece haberse desplazado del comportamiento del autor hacia la situación de la víctima. En consecuencia, no es ilógico buscar delimitar la extensión de la responsabilidad estudiando aquello que actualmente constituye su primer elemento—tanto desde el punto de vista del origen del derecho a la reparación como desde el punto de vista teórico—; esto es, el perjuicio.

La delimitación de la responsabilidad tomando como punto de partida el perjuicio presupone, en primer lugar, que esta noción sea delimitada de la manera más precisa posible. Para ello, es importante aceptar que el perjuicio es una noción jurídica y que la existencia de un sufrimiento, de la falta de algo o de una lesión—*atteinte*— no es suficiente por sí misma para materializar un perjuicio en el sentido que le otorga el Derecho de la responsabilidad civil. Empero, la delimitación de la noción de perjuicio pareciere no ser suficiente para constituir la en una herramienta eficaz en aras de la delimitación de la responsabilidad. Además,

<sup>10</sup> Ver, específicamente, el fallo de la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación del 9 de mayo de 1984. Puede consultarse en: "Bulletin des arrêts de Assemblée plénière de la Cour de Cassation" 4.; "La Semaine Juridique-Édition Générale". 1984. II.20255., con nota de Dejean de La Bâtie; "Recueil Dalloz". 1984. p. 525, con conclusiones de Cabannes, con nota de Chabas; "Defrénois". 1984. p. 557, con nota de Legeais; "Revue trimestrielle de droit civil". 1984. p. 508., con observaciones de Huet.

<sup>11</sup> Ver sobre este punto: GUÉGAN-LÉCUYER, Anne. "Dommages de masse et responsabilité civile". París: LGDJ. 2006.

<sup>12</sup> Ver, en especial: VINEY, Geneviève y Patrice JOURDAIN. Óp. cit. p. 269-2, y las referencias allí citadas.

<sup>13</sup> Ver especialmente: CADIET, Loïc. "Les métamorphoses du préjudice". En: FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES SOCIALES DE POITIERS. "Les métamorphoses de la responsabilité". París: Presses Universitaires de France. 1998. p. 37.

es necesario aceptar que todos los perjuicios –incluso los reconocidos por el Derecho– no son automáticamente reparables por la responsabilidad civil. En otras palabras: (i) No todo agravio –*grief*– constituye necesariamente un perjuicio; y, además, (ii) no todo perjuicio es necesariamente reparable.

## II. TODO AGRAVIO [*GRIEF*] NO CONSTITUYE NECESARIAMENTE UN PERJUICIO

Si vamos a delimitar la noción de perjuicio, es necesario precisar, en primer lugar, su vinculación con la noción de daño. Ello nos permitirá, en un segundo momento, apreciar la pertinencia de la definición tradicional – y frecuentemente desprestigiada!– que concibe el perjuicio como la lesión de un interés legítimo jurídicamente protegido.

### A. Daño y perjuicio

El Code Civil, dentro de sus disposiciones normativas referentes a los delitos y a los cuasidelitos, no emplea el término “perjuicio”, sino más bien el de “daño”, el cual no define. Estos dos términos, sin embargo, han sido considerados, por largo tiempo, como sinónimos. Después de todo, algunos autores consideran que se habla más de perjuicio para el caso de una lesión –*atteinte*– sobre una persona, y de daños para el caso de una lesión –*atteinte*– sobre una cosa.

Sin embargo, desde 1950, una corriente doctrinal –que va en aumento– postula el reconocimiento de la distinción conceptual entre daño y perjuicio<sup>14</sup>. Distinción que bien podría remontarse al Derecho romano<sup>15</sup>. Ahora, si bien es cierto existe entre ambos términos ligeras diferencias, los autores que se adhieren a esta distinción consideran, frecuentemente, que el daño se define como una lesión a una persona, a una cosa o a una situación. El perjuicio consiste, por su parte, en las consecuencias de esta lesión para el demandante. Estas consecuencias pueden ser patrimoniales –disminución del valor del patrimonio, pérdida de ingresos, entre otros– o extra-patrimoniales –sufrimiento psíquico o moral, esencialmente.

La pertinencia conceptual de esta distinción entre daño y perjuicio raramente ha sido cuestionada –aunque es evocada por numerosos autores sin detenerse a estudiarla–, limitándose a constatar su ausencia en el Derecho positivo y poniendo en tela de juicio el interés práctico<sup>16</sup> de dicha distinción. Ahora, el solo hecho que esta distinción podría explicar de mejor manera la estructura real de la responsabilidad –al menos en ciertos casos– justificaría su adopción. Por ello, una cosa es la lesión –*atteinte*– que resulta de un hecho dañoso, y otra cosa son las consecuencias de dicha lesión<sup>17</sup>.

La distinción entre la lesión y sus consecuencias es bastante explícita en algunos sistemas

<sup>14</sup> Ver, especialmente: Casación de la Primera Sala Civil del 21 de octubre de 1952. En: “La Semaine Juridique-Édition Générale”. 1953. II.7592., con notas de Rodière; BÉNOIT, F-P. “Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d’imputabilité)”. En: “La Semaine Juridique-Édition Générale”. 1957. I.1351; CADIET, Loïc. “Le préjudice d’agrément”. Thèse Poitiers. 1983. pp. 323 y siguientes.; ROUXEL, Sylvie. “Recherches sur la distinction du dommage et du préjudice”. Thèse Grenoble. 1994; POIROT-MAZERES, Isabelle. “La notion de préjudice en droit administratif français”. En: Revue du Droit Public. 1997. p. 519; LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. “Droit du dommage corporel”. París: Dalloz. 2000. p.86; CORMIER, Christine. “Le préjudice en droit administratif français”. París: LGDJ 2002, y las numerosas referencias allí citadas, especialmente, p. 50 y siguientes; GUÉGAN-LÉCUYER, Anne. Op. cit. pp. 60-62; LE TOURNEAU, Philippe. “Droit de la responsabilité et des contrats”. París: Dalloz. 2006. pp.1302 y siguientes.

<sup>15</sup> Con relación a esta postura, ver esencialmente: CADIET, Loïc. Op. cit. p. 326.

<sup>16</sup> Ver, por ejemplo: PRADEL, Xavier. “Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité”. París: LGDJ. 2004; VINEY, Geneviève y Patrice JOURDAIN. Op. cit. p. 246. Puede consultarse una postura más atenuada en: PORCHY-SIMON, Stéphanie. “Dommage”. En: ALLAND, Dennis y Stéphane RIALS. “Dictionnaire de la culture juridique”. París: Lamy-Presses Universitaires de France. 2003.

<sup>17</sup> Es pertinente precisar que el estadio del proceso que da origen al daño y la determinación de los requisitos necesarios para la aplicación de la responsabilidad constituyen dos tópicos totalmente distintos. Así pues, el perfeccionamiento del estadio del proceso que nos lleva de la producción del hecho generador hacia la constatación de un perjuicio reparable no significa necesariamente imponer nuevos requisitos para la obtención de una acción de reparación. De este modo, diferenciar el daño y el perjuicio no quiere decir que se exija al demandante la prueba de uno o de otro. Ello permite, más bien, evidenciar que, en caso de una contestación, la prueba exigida al demandante verse, según el caso, sobre el daño o sobre el perjuicio. Asimismo, es necesario señalar que el estudio del proceso que da origen al daño puede incluso aún ser perfeccionado más allá de la cuatripartición: Hecho dañoso - nexo de causalidad - daño –perjuicio. Ver, por ejemplo, el análisis propuesto por: BÉNOIT, F-P. Op. cit.; y DUPONT, Anne-Sylvie. “Le dommage écologique”. Zurich: Schulthess. 2005. p. 16. El problema es claramente el de encontrar un equilibrio entre la precisión del estudio del proceso que da origen al daño en sí mismo y su carácter moldeable y operativo.

jurídicos, como por ejemplo el Derecho suizo<sup>18</sup>, y es muy sutil en otros tantos sistemas<sup>19</sup>. Ella aflora incluso en algunas ocasiones dentro del Derecho francés. Así pues, diversas disposiciones normativas hacen mención de la reparación del daño producto de una lesión *—atteinte—* a una persona<sup>20</sup>. Ciertamente, estas normas no adoptan la distinción terminológica entre daño y perjuicio, empero sí consagran la distinción conceptual entre la lesión y sus consecuencias<sup>21</sup>. De manera similar, dentro de la jurisprudencia encontramos algunos rastros de la distinción, que la mayoría de las veces es presentada de una manera bastante oscura y otras tantas de una manera muy explícita<sup>22</sup>. Ahora, lo anteriormente expuesto se desarrolla dentro del ámbito de la responsabilidad civil, toda vez que el Derecho Administrativo<sup>23</sup>

e incluso el Derecho Penal<sup>24</sup> se muestran más propensos a acoger tal distinción.

Ahora bien, desde un punto de vista práctico, ¿posee un verdadero interés el diferenciar el perjuicio del daño? *De lege lata*, este interés no debe ser tomado en consideración, aún si la distinción permite justificar algunas soluciones que la doctrina difícilmente puede explicar<sup>25</sup>. *De lege ferenda*, por el contrario, la distinción entre daño y perjuicio se presenta como una noción llena de potencialidades<sup>26</sup>, las cuales no serán necesariamente abordadas en el presente trabajo, pues no se relacionan directamente con el tópico que nos ocupa<sup>27</sup>. Por el contrario, otras de estas potencialidades presentan un vínculo más estrecho con el problema de la delimitación de la responsabilidad<sup>28</sup>.

<sup>18</sup> Ver, por ejemplo: DUPONT, Anne-Sylvie. *Ibid.* p. 18.

<sup>19</sup> Ver, por ejemplo, con relación al Derecho italiano: GUERINONI, Ezio. "La nozione generale di danno". En: CENDON, Paolo. "I Danni risarcibili nella responsabilità civile". Milán: UTET. 2005. p. 53.; sobre el Derecho alemán y el Derecho inglés: WEIR, Tony. "La notion de dommage en responsabilité civile". En: LEGRAND, Pierre. "Common Law d'un siècle l'autre". Quebec: Les éditions Yvon Blais. 1992. pp. 1-11 y siguientes.

<sup>20</sup> Ver especialmente los artículos 3, 5, 28 y 29 de la Ley de 5 julio de 1985. El artículo 1386-2 del Code civil, inspirado en la Directiva de 25 de julio de 1985, Sobre la Responsabilidad por el Hecho de los Productos Defectuosos, establece la reparación del "daño resultante de una lesión a la persona" y del daño "que resulta de una lesión a un bien distinto que el producto defectuoso mismo".

<sup>21</sup> En cuanto al Anteproyecto de Reforma del Derecho de las Obligaciones, si bien no emplea formalmente la distinción entre las dos nociones, esboza, implícitamente, connotaciones diversas a los términos "daño" y "perjuicio"; y diferencia los perjuicios resultantes de una lesión a la integridad física —artículos 1379 y siguientes—, de los perjuicios resultantes de un daño a los bienes —artículo 1380 y siguientes.

<sup>22</sup> Ver, al respecto, la Casación de la Primera Sala Civil del 28 octubre de 2003. Puede consultarse en: "Défrénois". 2004. p. 383., con nota de Libchaber; "La Semaine Juridique-Édition Générale". 2004. II.10006., con nota de Lardeux; "Journal de Droit International". 2004. p. 499, con observaciones de Légier; BLOCH, Cyril. "La cessation de l'illicite". París: Dalloz. 2006. p. 120.

<sup>23</sup> Ver, especialmente: CORMIER, Christine. *Op. cit.*

<sup>24</sup> Ver, en todo caso, en doctrina: MERLE, Roger y André VITU. "Traité de droit criminel". París: Cujas. 1984. p. 488.

<sup>25</sup> La transposición de la culpa de la víctima directa a la víctima *par ricochet* se explica claramente si consideramos que esta culpa es la causa del daño sufrido por la víctima directa, daño del cual se desprenden el perjuicio de esta víctima y el perjuicio de la víctima *par ricochet*. La víctima *par ricochet* demanda un perjuicio que es consecuencia del daño sufrido por la víctima directa. Es lógico que la reparación de este perjuicio se vea afectada por las causas que condujeron al daño. Ver especialmente, en este sentido: LAPOYADE DESCHAMPS, Christian. "Quelle(s) réparation(s)?" En: "Responsabilité civile et Assurances". 2001. p. 62; ROUXEL, Sylvie. *Op. cit.* p. 276. Esta tesis contiene, por otro lado, un análisis detallado de la mayoría de las consecuencias prácticas que podrían ser extraídas de la diferenciación entre daño y perjuicio.

<sup>26</sup> Sin embargo, no pretendemos insinuar que esta diferenciación constituya la panacea. Más allá del hecho frecuentemente denunciado que esta introduciría mayor complejidad en materia de la responsabilidad, podemos pensar que existen casos en los cuales dicha diferencia bien carece de consistencia. En ese sentido, tal diferencia es clara cuando el daño consiste en una lesión física a una entidad corporal —persona o cosa— o en una lesión a un derecho claramente definido; sin embargo, en caso de perjuicios a una situación o a una actividad, puede ser más difícil diferenciar claramente entre esta lesión y el perjuicio que puede resultar. Ver, en ese sentido: BERG, Oliver. "La protection des intérêts incorporels en droit de la réparation des dommages". París-Bruselas: Bruylant-LGDJ. 2006. p. 56.

<sup>27</sup> De esta manera, la solución más conveniente al problema del "perjuicio corporal" y de las acciones de los terceros pagantes nos parece ser aquella que propone diferenciar claramente el daño corporal y las lesiones patrimoniales y extrapatrimoniales. Esta perspectiva fue formulada por el profesor Loïc Cadet en su tesis de doctorado y es, en la actualidad, ampliamente seguida por la doctrina. Lamentablemente, esta posición no ha sido plenamente seguida por el Derecho positivo; ver, especialmente, sobre este punto: LE TOURNEAU, Philippe. *Op. cit.* pp. 1588 y siguientes.

<sup>28</sup> En este punto es preciso evocar el único supuesto —del cual tenemos conocimiento— en el que la distinción habría traído como consecuencia el bloquear la obtención de un resultado favorable de una acción de res-

Para el caso concreto, otorgar un mayor campo de acción a dicha distinción sería, sin lugar a dudas, una manera de eliminar ciertas ambigüedades que acusan actualmente la reparación del daño/perjuicio<sup>29</sup>. Asimismo, permitiría subrayar el carácter jurídico de la noción de perjuicio.

En efecto, de un lado la jurisprudencia tiende a aproximarse de manera fáctica y concreta al daño/perjuicio, el cual se expresa, evidentemente, a través del principio de reparación integral del daño/perjuicio y del principio de apreciación soberana del monto por los jueces de fondo. Por otra parte, la Corte de Casación no duda, en algunas ocasiones, en determinar de manera abstracta la existencia del daño/perjuicio e incluso su alcance<sup>30</sup>. Es por ello que, cuando el demandante de la acción se encuentra en estado de coma, no tiene menos derecho a una indemnización que cubra todos los aspectos del perjuicio –incluidos los

perjuicios morales– valorados de manera objetiva, no obstante el hecho que el demandante no tenga ninguna conciencia de su estado y no sufra ningún perjuicio desde el punto de vista subjetivo<sup>31</sup>. En el mismo orden de ideas, la Corte de Casación ha establecido que la lesión –*atteinte*– de un derecho causa necesariamente un perjuicio a su titular, aún cuando, para el caso concreto, esta lesión no haya causado ninguna consecuencia nefasta para el mismo<sup>32</sup>.

Particularmente, nos parece que existe en el Derecho positivo una confrontación –*tension*– entre dos tendencias opuestas: (i) El daño/perjuicio entendido como una realidad puramente factual, cuya existencia y magnitud deben ser apreciadas *in concreto* por los jueces de fondo; y, (ii) el daño/perjuicio entendido como una noción jurídica susceptible de ser apreciada y evaluada de manera objetiva o abstracta por la Corte de Casación.

ponsabilidad. Se trata del caso, bastante delicado, en el cual un niño con discapacidades –*handicapé*– demanda la reparación del perjuicio que le causa su minusvalía congénita. Se señala que esta discapacidad no constituiría un daño toda vez que ella no constituye una lesión cuando tenemos un estado preexistente. En ese sentido, ante la ausencia de un daño, no podría existir en rigor un perjuicio. Ver, especialmente, en este sentido: DEGUERGUE, Maryse. “Les préjudices liés à la naissance”. En: “Responsabilité civile et Assurances”. 1998. p. 14. Ahora, este razonamiento es a todas luces convincente desde una perspectiva lógica. Sin embargo, ha quedado sin sustento luego de la promulgación de la ley del 2002 que establece que nadie puede alegar un perjuicio por el solo hecho de su propio nacimiento –ver la nota a pie de página 9). Es más, independientemente de este texto, y considerando lo trágico de la situación, puede parecer extremadamente riguroso el rechazar toda indemnización –*indemnité*– a un niño basados en una argumentación estrictamente técnica. Ver, en dicho sentido: VINEY, Geneviève y Patrice JOURDAIN. Op. cit. pp. 249-6. Nos parece entonces que si alguna justificación se debe dar al rechazo a la indemnización del perjuicio invocado por la persona que ha nacido minusválida, debe encontrarse sobre la base de consideraciones generales relativas a la noción de perjuicio reparable que serán abordadas más adelante.

<sup>29</sup> Empleamos dicha expresión en este punto en la medida que la jurisprudencia, en principio, no realiza la distinción entre los términos perjuicio y daño, considerándolas sinónimas.

<sup>30</sup> Al parecer, esta hesitación en cuanto a la manera de entender el perjuicio no es propia de Francia. Ver, a propósito, los diversos enfoques propuestos en Quebec para apreciar el daño moral –*préjudice morale*–: DESLAURIERS, Patrice. “Les pertes non pécuniaires: compte-rendu/constat/critiques”. En: “Revue juridique Thémis”. 2005. pp. 371 y 376.

<sup>31</sup> Casación de la Segunda Sala Civil del 22 de febrero de 1995. 2e civ. Puede consultarse en: “Bulletin des arrêts des chambres civiles” 61; “Recueil Dalloz”. 1996, pp. 69 y 233, con nota de Chartier y resumen, con observaciones de Mazeaud; “Revue trimestrielle de droit civil”. 1995. p. 629, con observaciones de Jourdain, quien señala que “al no excluir el estado vegetativo de una persona algún tipo de indemnización, los perjuicios que se produjesen deben ser completamente reparados”.

<sup>32</sup> Ver, especialmente: Casación de la Primera Sala Civil del 5 de noviembre de 1996. Puede consultarse en: “Bulletin des arrêts des chambres civiles” I, p. 378; “La Semaine Juridique-Édition Générale”. 1997. II.22805, con nota de Ravanis; Ibid. I.4025, con observaciones de Viney; “Revue trimestrielle de droit civil”. 1997. p. 632, con observaciones de Hauser, quien afirma que “según el artículo 9 del Code Civil, la sola constatación de una vulneración –*atteinte*– a la vida privada deja abierto el derecho a la reparación”. Es posible asimilar a esta jurisprudencia los *arrêts* en los cuales la Cour de Cassation afirma que “el respeto de una cláusula de no competencia ilícita por parte del trabajador le causa necesariamente un perjuicio, resultando que le compete al juez apreciar el alcance de dicha cláusula”. Sobre esta opinión, que forma parte del Derecho de la responsabilidad contractual, ver en particular el trabajo de: PINNA, Andrea. “La mesure du préjudice consécutif à l'exécution d'une clause de non-concurrence illicite”. En: “La Semaine Juridique-Édition Générale”. 2006. I.192. Ciertamente, podríamos señalar que la violación de un derecho constituye en sí misma un perjuicio. Sin embargo, se trata de un perjuicio abstracto, por no decir virtual. En todo caso, esta explicación no es suficiente, ya que ella no señala el por qué esta solución no se aplica sino a ciertos derechos en concreto. De esta manera, la jurisprudencia jamás ha señalado –que tengamos conocimiento– que la violación de un derecho de propiedad ocasione necesariamente un perjuicio para el titular de este derecho.

Ratificar la distinción doctrinaria entre daño y perjuicio podría ser un medio para dar respuesta a la ambigüedad existente. Así pues, el daño sería reconocido como un elemento meramente fáctico cuya existencia y naturaleza serían de competencia de la apreciación del juez de fondo. En cuanto al perjuicio, este sería abiertamente considerado como una noción jurídica, lo que permitiría explicar que el perjuicio –en sentido jurídico– no siempre coincide de manera exacta con las consecuencias nefastas concretas del daño.

Así pues, toda vez que la causalidad jurídica no se debe ser confundida con la causalidad “factual”, el perjuicio jurídico no debe ser confundido con el perjuicio “factual”. En ese sentido, las soluciones jurisprudenciales precitadas podrían ser reinterpretadas como casos en los cuales los tribunales infieren la existencia e, incluso, la dimensión del perjuicio –realidad jurídica– a partir de la constatación de la existencia de un daño –realidad factual–, sin que necesariamente se calquen los contornos del perjuicio en base al detrimento efectivamente sufrido y padecido por el demandante<sup>33</sup>.

Interpretar la jurisprudencia de esta manera nos lleva ciertamente a reconocer de manera abierta la existencia de algunas excepciones al principio de la reparación integral, ya que en todos estos casos –bajo la apariencia obje-

tiva del perjuicio– nos arriesgamos a otorgar una indemnización que exceda el detrimento efectivamente sufrido y padecido<sup>34</sup>. Así pues, esta no sería la primera excepción al principio de la reparación integral<sup>35</sup>. Además, el cuestionamiento del principio de la reparación integral –cuya pertinencia es desde hace tiempo cuestionada<sup>36</sup>– podría ser uno de los efectos benéficos del reconocimiento de la distinción entre daño y perjuicio.

En efecto, si la reparación es entendida en base al daño, se buscará la reparación de la ofensa sufrida siempre y cuando sea posible, lo que no necesariamente se dará en todos los casos. Ahora, ello no tendría razón de ser si nos referimos al perjuicio, salvo cuando este sea de orden moral o afectivo. En dicho caso, es difícil hablar de una indemnización.

Así pues, antes de aferrarse al principio de la reparación integral –tan discutible, como hemos tenido ocasión de observar–, la jurisprudencia valora frecuentemente el perjuicio *in abstracto*, independientemente de la pérdida efectivamente padecida por el demandante. Sería mejor, entonces, intentar determinar las situaciones en las cuales la reparación del daño es posible y las situaciones en las cuales sólo una indemnización del perjuicio es posible. Indemnización en la cual no sería necesariamente cierto que se quiera una reparación integral<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Diferenciar perjuicio y daño podría permitirnos el aclarar la cuestión del daño/perjuicio ecológico. En efecto, en caso de perjuicio al medio ambiente natural, existe un daño, pero no necesariamente existe un perjuicio, y ello porque no hay siempre una persona o una entidad reconocida por el Derecho susceptible de valerse de las consecuencias negativas concretas que este daño les habría causado. La Directiva 2004/35/CE, de fecha 21 de abril de 2004, sobre la responsabilidad ambiental en lo referente a la prevención y la reparación de los daños ambientales, adopta con relación a esta propuesta una postura interesante, ya que ella prioriza la prevención y la reparación “en natura” de los daños, definidos como una modificación negativa cuantificable proveniente de una fuente natural o como un detrimento cuantificable de un servicio ligado a fuentes naturales que pueden acaecer de manera directa o indirecta. Ahora, si bien la directiva no adopta una distinción conceptual entre daño y perjuicio, ella presenta una estructura compatible con esta distinción y, sobre todo, ella evita el problema de la determinación de personas que pueden alegar un perjuicio ecológico para concentrarse, específicamente, en lo concerniente al daño.

<sup>34</sup> A fin de evitar dicho resultado, no se debería buscar obligar al demandante a probar su daño y su perjuicio. Por el contrario, se podría considerar el reconocimiento de una presunción simple en virtud de la cual la existencia de un daño haría presumir la existencia de un perjuicio razonable para dicho tipo de casos, con la carga para el demandado de desvirtuar esta presunción probando que, para el caso concreto, el demandante sufrió un perjuicio mínimo, incluso inexistente. Sin embargo, en los casos de una lesión a la intimidad de la vida privada, la Corte de Casación aplica actualmente una forma de presunción irrefutable de la existencia del perjuicio.

<sup>35</sup> Sobre el principio de la reparación integral, ver especialmente: VINEY, Geneviève y Patrice JOURDAIN. “Les effets de la responsabilité”. París: LGDJ. 2001. pp. 57-60.

<sup>36</sup> Además de las reservas expresadas por Geneviève Viney y Patrice Jourdain –Ibid. p. 58-1–; ver, por ejemplo, las acuciosas precisiones de: GRARE, Clothilde. “Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle”. París: Dalloz. 2005. pp. 271 y siguientes.; TUNC, André. “La responsabilité civile”. París: Economica. 1989. p. 176.

<sup>37</sup> Ver, en dicho sentido: LE TOURNEAU, Philippe. Op. cit. p. 1309.

El cuestionamiento de este principio de la reparación integral tendría, además, el inmenso mérito de eliminar la idea de una reafirmación progresiva de este principio, según el cual la responsabilidad civil tendría por finalidad reparar todas las lesiones de la cuales podrían ser víctimas los justiciables y, además, borrar todas las consecuencias de los accidentes de los cuales alguien podría ser víctima.

Así pues, dado que es a todas luces falso pensar que la reparación despliegue estos efectos, la responsabilidad civil busca —cuando sea posible— reposicionar a la víctima en aquel estado en el cual se habría encontrado si el hecho dañoso no se hubiere producido<sup>38</sup>; sin embargo, ello supone que previamente haya habido un perjuicio reparable reconocido como tal por el Derecho.

Entonces, toda lesión a los intereses de una persona no constituye necesariamente un perjuicio. El perjuicio es una noción jurídica, y el Derecho se encuentra habilitado para decidir aquello que constituye o no un perjuicio. Reconocer la distinción entre daño y perjuicio constituiría un medio para afirmar claramente el carácter jurídico de la noción de perjuicio y de establecer una definición de perjuicio que permita seleccionar —entre las lesiones o los sufrimientos que puedan ser invocados por el demandante— aquellas que sean susceptibles de ser indemnizadas o reparadas a través de la responsabilidad civil. Es hacia esta noción que es pertinente dirigirnos a continuación.

## B. El perjuicio, lesión de un interés legítimo jurídicamente protegido

Al diferenciar el daño del perjuicio podemos ver, en el segundo de ellos, las consecuencias negativas que el primero puede tener para el demandante; sin embargo, ello no nos pro-

porciona una definición sustancial de perjuicio. Durante mucho tiempo, el perjuicio ha sido entendido como una pérdida respecto de un estado o una situación anterior. Cabe precisar que esta concepción es difícilmente compatible con el desarrollo de los perjuicios de orden moral. Asimismo, esta concepción ha sido muy cuestionada a raíz del *arrêt* Perruche, que ha visto en la discapacidad congénita un perjuicio<sup>39</sup>.

Otra manera de entender el asunto —por largo tiempo prevalente en Alemania y que ha influenciado otros sistemas jurídicos<sup>40</sup>— consiste en definir el perjuicio como una disminución cuantificable del patrimonio. Sin embargo, esta no ha tenido eco en Francia<sup>41</sup>, por lo que no merita ser profundizada en la medida en la que se revela incapaz de abordar de manera suficiente los perjuicios extra patrimoniales.

Ahora, en vez de entender el perjuicio como una pérdida o como una diferencia en el patrimonio, sería mejor concebirlo como la lesión de un interés<sup>42</sup>. Contrariamente a las apariencias, esta definición no se confunde con aquella que ve en el perjuicio una pérdida o una disminución con respecto a un estado anterior. Por ejemplo, por citar tan solo un caso, el interés puede consistir en la realización o la obtención de un estado —en cuyo caso la no realización de este estado podrá constituir una lesión del interés— sin que, por otra parte, exista una pérdida o una degradación. De esta manera, si admitimos que el hecho de vivir sin discapacidad —*handicap*— alguna constituye un interés reconocido por el Derecho, el hecho de nacer con una minusvalía congénita constituiría un perjuicio, aún cuando no exista una pérdida con relación a un estado anterior.

La definición de perjuicio como lesión de un interés, además de tener el mérito de ser sim-

<sup>38</sup> Casación de la Segunda Sala Civil del 28 de octubre de 1954. Puede consultarse en: “Bulletin des arrêts des chambres civiles” II. p. 328; “La Semaine Juridique-Édition Générale”. 1955. II.8765., con nota de Savatier.

<sup>39</sup> Ver, especialmente, en dicho sentido: JOURDAIN, Patrice. “Le préjudice et la jurisprudence”. En: “Responsabilité civile et Assurances”. 2001. p. 45; VINEY, Geneviève y Patrice JOURDAIN. “Les conditions de la responsabilité”. París: LGDJ. 2006. p. 249-6.

<sup>40</sup> Ver, por ejemplo, para Alemania: MEDICUS, Dieter. “Schuldrecht I. Allgemeiner Teil”. Múnich: Verlag C. H. Beck. 2005. p. 595; para Italia: GUERINONI, Ezio. Op. cit. p. 15-1; para Suiza: DUPONT, Anne-Sylvie. Op. cit. pp. 423 y siguientes.

<sup>41</sup> Al menos en materia delictual, pues en materia contractual el artículo 1149 del Code podría ser vinculado a esta teoría.

<sup>42</sup> Ver, por ejemplo: BRUN, Philippe. “Responsabilité civile extracontractuelle”. París: Litec. 2005. p. 215; CARBONNIER, Jean. “Droit civil, Volume 2”. París: Presses Universitaires de France. 2004. p. 1121; VINEY, Geneviève y Patrice JOURDAIN. Op. cit. p. 248. Esta definición es algunas veces criticada a raíz de su imprecisión; ver, por ejemplo: CADIET, Loïc. Op. cit. p. 283.

ple, pone sobre el tapete la razón de ser de la responsabilidad civil, que es proteger –indirectamente: Indemnizando o reparando las lesiones– determinados intereses. Sin embargo, no todos los intereses que los justiciables podrían accionar tienen la vocación de ser tomados en cuenta. Es necesario que el interés lesionado sea reconocido por el Derecho y considerado digno de protección. Dicho de otra manera: El reconocimiento de un perjuicio implica un juicio de valor realizado por el sistema jurídico. Y es, justamente, en razón que el Derecho tiene esta facultad de seleccionar –entre los intereses susceptibles de ser lesionados– los intereses que merecen ser protegidos, que el perjuicio es y debe ser una noción plenamente jurídica, susceptible de ser definida y delimitada por el Derecho<sup>43</sup>.

Esta necesidad de diferenciar –de entre los intereses susceptibles de ser lesionados– aquellos intereses que el Derecho desea proteger y aquellos a los cuales no desea tutelar –*accorder sa protection*–, nos obliga a afinar la definición de perjuicio que acabamos de proponer<sup>44</sup>. Sin embargo, no se trata de establecer *a priori* –de manera contraria al espíritu y a la tradición jurídica del Derecho francés– un listado de intereses cuya lesión constituiría un perjuicio, sino de recurrir a una fórmula general. Desde nuestra perspectiva, la más eficaz parece ser aquella que ve en el perjuicio la lesión de un interés legítimo jurídicamente protegido –*intérêt légitime juridiquement protégé*.

Ciertamente, esta propuesta ha sufrido ciertos estragos<sup>45</sup>. Así, por ejemplo, fue utilizada a mediados del siglo pasado por la jurispruden-

cia a fin de negar la reparación del perjuicio sufrido por una concubina a raíz del deceso de su pareja<sup>46</sup>. Sin embargo, nos parece que dicho concepto merecería mucho más que el oprobio que muchos le han causado<sup>47</sup>. Por otra parte, si asimilamos la exigencia de la lesión de un interés legítimo jurídicamente protegido a la lesión de un derecho subjetivo –sobre la base de la definición de Jhering–, ella podría parecer excesivamente rigurosa<sup>48</sup>. Sin embargo, si dejamos de lado la noción de derecho subjetivo, no consideramos que sea chocante dentro de lo que el Derecho exige para admitir una acción en materia de responsabilidad civil que aquel constate la lesión de un interés legítimo jurídicamente protegido.

Muy por el contrario, la expresión “jurídicamente protegido” subraya ese aspecto sustancial –anteriormente evocado: Que el Derecho puede y debe operar una selección de entre todos los intereses cuya protección podría ser invocada por los justiciables. Tan solo los intereses que el Derecho considera legítimos deben ser protegidos a través de la responsabilidad civil. Así pues, la pregunta respecto a qué es un interés legítimo resulta necesaria. Ahora bien, antes de dar una respuesta, consideramos pertinente el recordar los motivos por los cuales la exigencia de un interés legítimo ha sido considerada problemática.

En primer lugar, esta ha sido criticada, pues crearía una confusión entre los requisitos de fondo –*conditions de fond*– para la obtención de una acción de responsabilidad y la condición general para la admisión –*recevabilité*– de las acciones judiciales, establecida en el artículo 31 del Nuevo Código de Procedimientos Civi-

<sup>43</sup> Ver, por ejemplo, en dicho sentido: BRUN, Philippe. “Personnes et préjudice”. En: “Revue générale de droit”. 2003. pp. 187 y 199. Como señala el profesor Weir, “es el sistema jurídico el que debe decidir si un efecto determinado [del hecho generador de responsabilidad civil] es bueno o malo”. WEIR, Tony. Op. cit. p. 35.

<sup>44</sup> En este punto no podremos analizar los tres requisitos –*les conditions*– habitualmente establecidos por la jurisprudencia a efectos que el perjuicio sea reparado, esto es, su carácter directo, cierto y personal, ya que estas características califican el perjuicio sin definirlo intrínsecamente.

<sup>45</sup> Lo que explica tal vez que ella no haya sido retomada expresamente por el Anteproyecto de Reforma del Derecho de las Obligaciones, el cual adopta, sin embargo, una definición muy cercana a perjuicio, ya que según el artículo 1343 “es reparable todo perjuicio cierto consistente en la lesión de un interés lícito, patrimonial o extrapatrimonial, individual o colectivo”. En suma, para el Anteproyecto, el perjuicio se define como la lesión de un interés lícito.

<sup>46</sup> Sobre la saga jurisprudencial de la indemnización de la concubina, ver, por ejemplo: VINEY, Geneviève y Patrice JOURDAIN. Op. cit. pp. 306 y siguientes.

<sup>47</sup> Ver, especialmente, en el mismo sentido: BRUN, Philippe. Loc. cit.; STARCK, Boris; ROLAND, Henri y Laurent BOYER. “Obligations. 1. Responsabilité délictuelle”. París: Litec. 1996. p. 100; WEIR, Tony. Op. cit. p. 10.

<sup>48</sup> Sobre este punto, ver especialmente: OST, François. “Droit et intérêt. Vol. 2 - Entre droit et non-droit : l'intérêt”. Bruselas: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis. 1990. pp. 51-59; y confróntese con: STARCK, Boris; ROLAND, Henri y Laurent BOYER. Ibid. p. 101.

les français [en adelante, NCPC]<sup>IV</sup>, según el cual “la acción se encuentra a disposición de todos aquellos que tienen un interés legítimo a un resultado favorable o al rechazo de su pretensión”<sup>49</sup>. En ese sentido, si bien es cierto que el uso de un mismo término puede ser fuente de ambigüedades, es menester remarcar que el interés mencionado en el NCPC no es idéntico al interés cuya lesión constituye un perjuicio. Por definición, este interés lesionado preexiste a la lesión, que constituye —en sí misma— un presupuesto para la formulación de la pretensión y del ejercicio de la acción judicial. Entonces, no se puede confundir el interés lesionado por un perjuicio con el interés del demandante al resultado favorable de la pretensión que nace con el planteamiento del litigio.

Además, el contenido del interés recogido en el NCPC no es, necesariamente, el mismo interés cuya lesión constituye un perjuicio. En efecto, el resultado favorable de la pretensión —para el demandante— no se debe confundir con la reparación del interés lesionado. De esta manera, el demandante que invoca un sufrimiento psicológico y que invoca una lesión a este interés fundamental, que es el bienestar, no se verá reparado por el solo hecho de haber ganado el proceso de responsabilidad civil. En ese sentido, el exigir que el interés lesionado sea legítimo no se debe confundir con los requisitos de fondo —*conditions de fond*— y los requisitos de admisibilidad —*conditions de recevabilité*— de una acción de responsabilidad civil.

En segundo lugar, la exigencia de la legitimidad de un interés lesionado también ha sido criticada porque ella sería el medio de intrusión indebida de la moral en el Derecho de la responsabilidad civil. Particularmente, consideramos que esta opinión no se encuentra justificada. Es cierto que la noción de interés legítimo jurídicamente protegido fue utilizada en su momento por los tribunales para imponer una solución que a la fecha tendría tintes de un moralismo caduco; sin embargo, la mo-

ral social de hoy en día no es la misma de ayer, y el riesgo de anacronismo es difícil cuando nos aventuramos a un juicio de valor moral de tipo retrospectivo, incluso si sólo nos remontamos algunos decenios atrás en el tiempo.

Ahora bien, no nos parece ilegítimo que consideraciones de orden moral estén presentes en el Derecho de la responsabilidad. ¿Por qué excluir la moral en esta rama del Derecho cuando aquella está presente, por ejemplo, en el Derecho Penal o en los Derechos del Hombre, o en el propio Derecho de los Contratos? De manera general, y si bien es importante el mantener claramente la distinción entre el Derecho y la Moral<sup>50</sup>, nos parece vano el pretender marcar diferencias entre estos dos órdenes normativos, pues el Derecho se alimenta de la moral de la sociedad en la cual se encuentra, y está bien que así sea.

Bien visto el asunto, la exigencia de un interés legítimo no nos remite a consideraciones de orden moral. Todo el problema consiste en saber qué es un interés legítimo. Ahora bien, la noción de legitimidad se presenta particularmente escurridiza<sup>51</sup>. Parece imposible poder definir *a priori* qué es un interés legítimo. O, mejor dicho, en el estado actual del sistema francés de la responsabilidad civil —que no deseamos cuestionar— todo interés invocado por el demandante puede ser presumido legítimo. En ese sentido, no se trata, pues, de que el demandante pruebe que el interés cuya lesión invoca sea legítimo; sino que, en caso ello no se pueda, que el demandado demuestre —o eventualmente que el juez constate— que este interés no es legítimo y que no hay lugar a la reparación como, por ejemplo, en razón de una contravención al Orden Público o de una vulneración al respeto de la dignidad de la persona humana.

En todo caso, esta es la posición que adopta de manera implícita la jurisprudencia, sobre todo cuando dicha jurisprudencia no concede una reparación por la pérdida que deriva de

<sup>IV</sup> Nota del traductor: Artículo 31 del Nuevo Código de Procedimientos Civiles francés.- “La acción se encuentra a disposición de todos aquellos que tienen un interés legítimo a un resultado favorable o al rechazo de su pretensión; a excepción de los casos en los que la misma ley atribuye el derecho de acción únicamente a personas legitimadas para plantear y contradecir una pretensión, o para defender un interés determinado”.

<sup>49</sup> Ver, especialmente: CADIET, Loïc. Op. cit. p. 340.

<sup>50</sup> Distinción que implica —en el campo de la responsabilidad— no confundir la responsabilidad moral y la responsabilidad jurídica.

<sup>51</sup> Esta dificultad para encuadrar, desde una perspectiva jurídica, aquello que es legítimo, se encuentra en todas las nociones que hacen referencia a la legitimidad. Ver, por ejemplo, sobre la noción de espera —*attente*— legítima: BORGHETTI, Jean-Sebastián. “La responsabilité du fait des produits”. París: LGDJ. 2004. pp. 439 y siguientes.

un beneficio ilícito<sup>52</sup>. En dicho caso, el interés lesionado es ilegítimo para el Derecho, y este no podría conceder —a través de la responsabilidad civil— el equivalente de un beneficio cuyo disfrute u obtención<sup>53</sup> prohíbe.

En ese sentido, es necesario diferenciar entre el carácter ilegítimo o ilícito del interés lesionado, y la situación ilícita del demandante de una acción de reparación civil<sup>54</sup>. Así pues, en caso de ilicitud del interés lesionado —por ejemplo, si el demandante plantea su demanda por la destrucción accidental de mercancías piratas—, la acción de responsabilidad no amparará esta situación, ya que no existe un perjuicio a los ojos del Derecho. Por el contrario, si el demandante se encuentra en una situación ilícita al momento en que se produce el hecho dañoso, pero en el cual el interés lesionado no es ilícito, consideramos que existe un perjuicio desde la perspectiva de la responsabilidad civil, por lo que la reparación puede ser demandada, salvo que, para el caso concreto, la situación ilícita del demandante sea considerada como un hecho culposo —*faute*— que reduce en todo o en parte su derecho a la reparación. Es el caso del pasajero sin boleto de viaje que es herido a consecuencia de un descarrilamiento del tren. Así pues, su situación era ilícita al momento del accidente, pero el interés que ha sido lesionado —su salud— es en cuanto tal perfectamente lícito.

La legitimidad del interés lesionado, o más precisamente su falta de ilicitud, constituye, pues, un requisito de existencia del perjuicio desde la perspectiva de la responsabilidad civil. En ese sentido, el perjuicio puede válidamente ser definido como la lesión a un interés legítimo jurídicamente protegido.

Sin embargo, ésta definición aún es muy amplia. Empero, esta concepción permite cierta-

mente excluir la reparación de ciertas lesiones —en casos muy específicos—, pero ella no constituye en el fondo un medio eficaz para limitar el campo de la responsabilidad. Entonces, si es nuestra intención delimitar el campo de la responsabilidad civil a partir de la toma de consideración de los intereses que ella quiere proteger, no es posible quedarnos en el principio según el cual todo perjuicio debe ser reparado. Es necesario introducir una diferencia en el tratamiento de los distintos tipos de perjuicios que se funde en el reconocimiento de la existencia de una jerarquía de los intereses tutelados —*protégés*.

### III. TODO PERJUICIO NO ES NECESARIAMENTE REPARABLE

Ahora, si bien el Derecho francés de la responsabilidad civil se enfoca en el perjuicio —dejando de lado al hecho generador de responsabilidad—, cabe precisar que el Derecho galo posee una concepción bastante somera e imprecisa del perjuicio, no dejando cabida —al menos por el momento— a la idea que **no todos los intereses merecen ser protegidos de la misma manera**. Así pues, todos los intereses —legítimos y reconocidos por el Derecho— no pueden ser situados sobre un mismo plano. En ese sentido, dicho proceso de diversificación de los intereses susceptibles de ser reconocidos por el Derecho de la responsabilidad civil debe conducirnos a establecer una tipología de estos intereses; tipología que nos llevaría, a su vez, a establecer mecanismos de protección diferenciados.

#### A. Diversidad y tipología de los intereses protegidos

El artículo 1382 del Code<sup>V</sup> no ha establecido ninguna distinción —ni *a fortiori* jerarquía al-

<sup>52</sup> Ver, especialmente: (i) Casación de la Segunda Sala Civil del 24 enero de 2002. Puede consultarse en: "Recueil Dalloz". 2002. p. 2559., con nota de Mazeaud; "La Semaine Juridique-Édition Générale". 2002. II.10118., con nota de Boillot; "La Semaine Juridique-Édition Générale". 2003. I.152, con observaciones de Viney; "Dèfrénois". 2002. p. 786., con observaciones de Libhaber; "Revue trimestrielle de droit civil". 2002. p. 306., con observaciones de Jourdain; "Droit et patrimoine". 2002. p. 92., con observaciones de Chabas; "Responsabilité civile et Assurances". 2002. p. 11., con nota de Hocquet-Berg; y, (ii) Casación de la Segunda Sala Civil del 22 de febrero de 2007. Puede consultarse en: "Bulletin des arrêts des chambres civiles" II. Número 49.; "La Semaine Juridique-Édition Générale". 2007. I.185., con observaciones de Stof-fel-Munck; "Responsabilité civile et Assurances". 2007. p. 146., con observaciones de Hocquet-Berg, quien afirma "que una víctima no puede obtener la reparación de la pérdida de sus remuneraciones cuando estas sean lícitas".

<sup>53</sup> Ver, en dicho sentido: LE TOURNEAU, Philippe. Op. cit. p. 1391; STOFFEL-MUNCK, Philippe. Las observaciones anteriormente citadas.

<sup>54</sup> Ver, en dicho sentido: BRUN, Philippe. Op. cit. p. 199.

<sup>V</sup> Nota del traductor: Artículo 1382 del Código Civil francés.- "Todo hecho del hombre que cause un daño a otro, obliga a la persona por cuya culpa de produjo el daño a repararlo".

guna— de los intereses lesionados. Ello se entiende cuando dicho dispositivo afirma que “todo hecho de una persona que cause daño a otro, obliga a aquella persona por cuya culpa se produjo el hecho culposo a repararlo”. Es evidente, ciertamente, la voluntad de los redactores del Code de no excluir *a priori* la reparación de la lesión de determinados intereses, basados en el hecho que ellos podrían ser considerados menos importantes o menos legítimos que otro tipo de intereses<sup>55</sup>. En ese punto, el artículo 1382 del Code se diferencia claramente de otros cuerpos civiles como, por ejemplo, el primer párrafo del § 823 del Código Civil alemán<sup>VI</sup>, el cual contiene una lista —no exhaustiva, cabe admitir— de los intereses cuya lesión es susceptible de dar lugar a una reparación.

Sin embargo, no podemos conformarnos con la sola intención de los redactores del Code y rechazar así, en vía de principio, la elaboración de una distinción y jerarquía de los intereses protegidos por el Derecho de la responsabilidad civil por el solo motivo que *ubi lex non distinguit, non debemus distinguere*. Ahora, más allá del hecho que una interpretación exegética no podría admitirse cuando se abordan los artículos 1382 y siguientes del Code —tomando en consideración las amplias libertades que la jurisprudencia se ha permitido realizar al interpretar dichos dispositivos—, es evidente que los autores del Code no tuvieron en mente ni la extraordinaria dimensión que abarcarían los delitos y cuasi-delitos, ni la multiplicidad de nuevos intereses a los que la evolución de la sociedad daría pie. En ese sentido, podríamos evocar el muy citado discurso del

Tribuno Tarrible, en el cual afirmaba que todo daño debía ser reparado<sup>56</sup>, el cual pone en evidencia el estrecho campo de intereses que los juristas del Consulado tuvieron en mente. Así pues, los daños físicos al cuerpo o a los bienes parecen haber sido los únicos que se tenían pensados, pues justamente estos podían ser reparados.

Y, en efecto, ¿de qué manera los juristas de aquel tiempo —salvo que hubiere mediado un vaticinio extraordinario— habrían podido imaginar la multiplicidad de intereses que la evolución de la sociedad y de la sensibilidad traerían al campo del Derecho? ¿No tenemos, por ejemplo, los daños al medioambiente, a la intimidad de la vida privada, a una vida sexual normal, a los placeres cotidianos de la vida, a las convicciones filosóficas o religiosas, entre otros? Además, la aparición de nuevos intereses es un proceso que no se encuentra en vía de extinción. Muy por el contrario, la complejidad de nuestra sociedad y el desarrollo de nuevas actividades no hacen sino crear nuevos intereses —patrimoniales o extrapatrimoniales— cuya protección es susceptible de ser reclamada a través de la responsabilidad civil<sup>57</sup>.

La evolución sociológica de las sociedades occidentales es también una fuente de nuevos perjuicios. Los juicios relacionados con el nacimiento y la vida son bastante significativos<sup>58</sup>. No hace ni cincuenta años que en Francia los procesos en los cuales el demandante solicitase la reparación del perjuicio que le había causado su propia vida como discapacitado —*handicapé*<sup>59</sup>, o el ser el producto de una re-

<sup>55</sup> Ver, en dicho sentido, la famosa decisión de la Casación de la Sala Criminal del 20 de febrero de 1863. Puede consultarse en: “Recueil Sirey”. 1863. p. 321, con informe del consejero Nouguier, quien afirma que “el artículo 1382 —estableciendo de manera general la reparación de todo hecho de una persona que cause un daño a otro— no limita para nada ni la naturaleza del hecho, ni la naturaleza del daño sufrido”.

<sup>VI</sup> Nota del traductor: BGB § 823.- “(1) Quien dolosamente o negligentemente lesiona antijurídicamente la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier otro derecho de la persona, queda obligado frente a esta al resarcimiento del daño que de ello resulta”. Versión castellana extraída de: LAMARCA, Albert. “Código Civil alemán”. Madrid: Marcial Pons. 2008.

<sup>56</sup> “[El artículo 1382 del Code Civil] abarca dentro de su vasta latitud todos los tipos de daños y los sujeta a una reparación uniforme que tiene como medida de cuantificación el valor del perjuicio sufrido. Desde un homicidio hasta la más simple herida, desde el incendio de un edificio hasta la ruina de un inmueble endeble, todo se encuentra sometido a la misma norma. Todo puede ser objeto de una valoración que buscará indemnizar a la persona lesionada por los daños sufridos”. *Discours du corps législatif*, citado especialmente por Viney, en las observaciones a la Casación de la Segunda Sala Civil del 27 de mayo de 1999. En: “La Semaine Juridique-Édition Générale”. 2000. I.197.

<sup>57</sup> ¿¡No se habla acaso en la actualidad de los “perjuicios” ligados a la desilusión de algunos de los participantes de este juego computarizado denominado Second Life!?

<sup>58</sup> Ver, en dicho sentido: DEGUERGUE, Maryse. Op. cit. p. 15.

<sup>59</sup> Ver, especialmente, el fallo de la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación del 17 de noviembre de 2000, anteriormente citado en la nota a pie de página 8.

lación incestuosa<sup>60</sup> o, incluso, el nacimiento de un hijo o de una hermana con minusvalías<sup>61</sup> no habrían sido admitidos. Nadie habría visto en estas tragedias perjuicios susceptibles de reparación a través de una acción de responsabilidad<sup>62</sup>.

La evolución de la mentalidad de los sujetos hace que en la actualidad sean vistos como perjuicios reparables aquellos daños que, en otra época, hubieren sido considerados como perjuicios necesariamente inevitables o, en todo caso, como perjuicios no reconducibles al campo del Derecho. Ello demuestra, desde nuestra perspectiva, que existe dentro de la noción de perjuicio una dimensión psicosociológica que no ha sido tomada en cuenta<sup>63</sup>. La mala suerte o el infortunio no son suficientes en sí mismos como para constituir un perjuicio en el espíritu de los justiciables, si es que no se adiciona ese sentimiento de que existe una anomalía, una cierta desviación con relación al curso normal de las cosas que podrían haber sido evitadas.

En todo caso, no hay una sola razón que evidencie que la tendencia a la multiplicación y a la diversificación de los perjuicios se invierta. En ese sentido, si las personas obtienen actualmente la reparación de un perjuicio que les habría causado el nacimiento de una hermana con minusvalías<sup>64</sup>, ¿por qué no conceder el día de mañana, entonces, una reparación a aquel que demanda el nacimiento de un hermano menor –perfectamente “normal”– que ha llegado para perturbar su tranquilidad así como la armonía de sus padres y, es más, porque ha reducido sus perspectivas

de herencia? Y, tomando en consideración que si la ley no hubiere establecido que nadie puede alegar un supuesto perjuicio por el sólo hecho de su nacimiento, ¿qué impediría que algún día una persona cualquiera reproche a sus padres el haberla dejado nacer, trayéndola a este valle de lágrimas que, para algunos, es la vida?

Cuando el *affaire* Perruche tuvo lugar, muchos consideraron que dicha perspectiva no podía ser tenida en cuenta en vista de que la vida en sí misma –independientemente de toda minusvalía– no constituye un perjuicio reparable<sup>65</sup>. Sin embargo, si el perjuicio no es otra cosa que la vulneración a un interés legítimo, ¿por qué el hecho mismo de vivir no sería para algunos un perjuicio? Ello será, *a fortiori*, si es que el demandante padece de un tipo de invalidez que los padres conocían dado el riesgo de transmitírsela a su hijo.

Incluso si dicha perspectiva ya ha sido desechada, la aparición de otros perjuicios –que en la actualidad podrían parecer fantasiosos– no debería ser descartada. En ese sentido, no nos sorprendería que –tarde o temprano– a alguien se le ocurra la idea de reprochar a sus padres por el hecho de haberlo mal criado, privándolo, así, de perspectivas o causándole sufrimientos por el resto de su vida. Ahora bien, en el estado actual del Derecho francés, si la culpa por una mala educación de los padres llega a ser determinada –y habida cuenta de la amplia definición de perjuicio con la que contamos– nosotros no vemos qué argumento jurídico podría justificar el rechazo de

<sup>60</sup> Ver, especialmente: (i) Tribunal de Grande Instance de Lille, sentencia del 6 de mayo de 1996. Puede consultarse en: “Recueil Dalloz”. 1997. p. 543., con nota de Labbé; “Revue trimestrielle de droit civil”. 1999. p. 64, con observaciones de Hauser; (ii) Casación de la Sala Criminal del 4 de febrero de 1998. Puede consultarse en: “La Semaine Juridique-Édition Générale”. 1999. II.10178., con nota de Moine-Dupuis; y, (iii) Cour d’appel Grenoble, decisión del 29 de junio de 2005. Puede consultarse en: “**Responsabilité civile et Assurances**”. 2006. p. 48, con nota de Radé.

<sup>61</sup> Ver, especialmente: (i) Casación de la Primera Sala Civil del 16 de julio de 1991. Puede consultarse en: “Bulletin des arrêts des chambres civiles” I. Número 248; “La Semaine Juridique-Édition Générale”. 1992. II.21947., con nota de Dorsner-Dolivet; así como los *arrêts* citados por VINEY, Geneviève y Patrice JOURDAIN. Op. cit. p. 249-5. –nacimiento de un niño discapacitado–; y, (ii) Tribunal de Grande Instance de Reims, sentencia del 19 de julio de 2005. Puede consultarse en: “Journal des accidents et des catastrophes” 59. 2005., con nota de Corpart –perjuicio causado por el nacimiento de una hermana con discapacidades.

<sup>62</sup> Y es probable que así sea en la mayoría de países del mundo más allá de Occidente. Independientemente de las consideraciones ligadas a las diversas formas que puede tomar la responsabilidad civil en los sistemas jurídicos bastante alejados al nuestro, ¿podríamos imaginar –en África o en el Medio Oriente– una familia entablando una demanda ante un tribunal por el nacimiento de un niño, o incluso un discapacitado?

<sup>63</sup> Ver, especialmente, en ese sentido: BERG, Oliver. Op. cit. pp. 60-61.

<sup>64</sup> Decisión del Tribunal de Grande Instance de Reims, citado en la nota a pie de página 61.

<sup>65</sup> Ver, por ejemplo, en dicho sentido: DEGUERGUE, Maryse. Op. cit. p. 15.

dicha demanda, salvo –quizás– la revalorización del artículo 371 del Code<sup>66VII</sup>.

Por otra parte, no es difícil imaginar otro tipo de perjuicios –aparentemente extravagantes– cuya existencia podría ser alegada en algún futuro cercano por un justiciable, y cuya reparación no podría ser rechazada si nos atenemos a los requisitos –*les conditions*– que actualmente son necesarios para la puesta en marcha de la responsabilidad<sup>67</sup>.

Ciertamente, la Corte de Casación sabe bien cómo –amparándose en la aplicación de la ley– denegar las demandas de reparación en base a consideraciones de oportunidad, empleando la noción –mal definida– de la causalidad<sup>68</sup>. Sin embargo, esta manera de evitar la reparación de los perjuicios considerados socialmente inoportunos, además de ser bastante hipócrita, presenta límites evidentes, claramente cuando la culpa es incontestable y cuando la causalidad entre la culpa y el perjuicio alegado es demasiado inmediata como para poder ser negada.

Nos parece entonces que, si la tendencia hacia la diversificación de los perjuicios debe continuar y, así, adquirir una mayor amplitud, el camino a seguir sería poner en debate la vocación igualitaria de todos los perjuicios por reparar. Ahora bien, si existiere un criterio que pudiera justificar el carácter reparable o no reparable de un perjuicio, debería ser, en pri-

mer lugar, la naturaleza del interés lesionado subyacente. En efecto, todos los intereses no se sitúan dentro del mismo plano, siendo posible entonces esbozar una tipología de los intereses protegidos por la responsabilidad civil, tipología que podría servir de base para una protección diferenciada de dichos intereses.

El primer interés que tutela –*protège*– la responsabilidad civil es la integridad física de la persona humana. La necesidad de reparar estos daños y sus consecuencias –patrimoniales y extrapatrimoniales– en favor de la víctima directa<sup>69</sup> no es algo que esté en discusión. Cabe precisar que son estos los intereses que los redactores del Code Civil tuvieron en mente<sup>70</sup>, y que fue con el fin de repararlos que aparecieron y se desarrollaron la mayor parte de regímenes de responsabilidad sin culpa o de indemnización en el Derecho francés. Un rápido vistazo a los sistemas jurídicos de otros países nos revela, por otra parte, que incluso los Derechos que, como el inglés o el alemán, poseen una concepción restrictiva de perjuicio reparable, admiten de manera prioritaria la reparación de los daños al cuerpo humano y de sus consecuencias<sup>71</sup>.

El segundo interés tutelado –*protégé*– por la responsabilidad es la integridad material de los bienes corporales. La reparación de los daños causados a estos bienes y sus consecuencias patrimoniales han sido largamente admitidas tanto en el Derecho francés como en los

<sup>66</sup> Dicho proceso parece ya haber tenido lugar en los Estados Unidos de Norteamérica –ver: TUNC, André. Op. cit. 1, nota 4. En esta obra tan interesante se encontrarán otros ejemplos de perjuicios *a priori* incongruentes, pero en los que los justiciables norteamericanos no han demandado ni siquiera la reparación; ver, especialmente, p. 1, nota 9 y p. 171, nota 3. Y así, en dicha línea, podríamos evocar el caso en el que se demanda a los padres frente a la justicia reprochándoles la mala educación, lo cual evidencia lo que habíamos señalado.

<sup>VII</sup> Nota del traductor: Artículo 371 del Código Civil francés. –“El niño, en todo momento, debe honor y respeto a su padre y madre”.

<sup>67</sup> Por otra parte, confesamos estar sorprendidos que las relaciones amorosas, las cuales son fuente de culpas más que evidentes –*fautes caractérisées*– y de sufrimientos intensos, no den pie –fuera de las acciones por divorcio o las rupturas abusivas de los esposales– a un proceso más importante en materia de responsabilidad civil. Desde un estricto punto de vista técnico, no vemos por qué las penas de amor no constituirían un perjuicio reparable. Sin lugar a dudas, la mentalidad actual de las personas se muestra reticente a judicializar los casos del corazón. Pensemos que si Hermione hubiere iniciado un proceso de responsabilidad civil contra Pyrrhus en vez de mandarlo asesinar, el dramaturgo Jean Racine seguramente, en vez de escribir su célebre *Andromaque*, hubiere debido contentarse con escribir una nueva versión de *Plaideurs*.

<sup>68</sup> Ver, por ejemplo, la Casación de la Segunda Sala Civil del 24 de febrero de 2005. Puede consultarse en: “Bulletin des arrêts des chambres civiles” II. Número 53; “La Semaine Juridique-Édition Générale”. 2005. I.149.

<sup>69</sup> El tópico de la reparación de las consecuencias respecto de los terceros –es decir, el denominado perjuicio *par ricochet*– será abordado más adelante.

<sup>70</sup> Consultar el discurso de Tarrible que se ha mencionado con anterioridad.

<sup>71</sup> Ver, por ejemplo: WEIR, Tony. Op. cit. p. 44. La especial importancia y el carácter prioritario de la reparación de las lesiones a la integridad física también son remarcados por la existencia de una resolución de fecha 14 de marzo de 1975 del Consejo de Europa relativa a la reparación de los daños en caso de lesiones corporales y muerte. Dicha resolución ha sido reproducida en: LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. Op. cit. p. 68.

Derechos extranjeros<sup>72</sup>. Ahora bien, incluso todos los bienes no deben ser puestos sobre el mismo plano, ya que algunos de ellos constituyen una especie de prolongación de la persona o constituyen un elemento que forma parte esencial de su vida, en tanto otros bienes, por su parte, no tienen ninguna importancia.

Una tercera categoría de intereses se encuentra constituida por aquellos intereses incorporales a los cuales tanto el orden social como el orden jurídico conceden una especial importancia, que se traduce en la existencia de un régimen de reparación específico para los daños que los aquejan<sup>73</sup>. Dependiendo del lugar y de la época, estos intereses pueden cambiar. En el estado actual del Derecho francés, estos intereses incorporales son —en concreto— el honor y la intimidad de la vida privada<sup>74</sup>. La particular importancia de estos intereses y la necesidad de conciliarlos con el ejercicio de otros derechos y libertades —y claramente con la libertad de expresión—, se manifiesta en concreto a través del régimen especial al cual es encargada, en todo o en parte, su protección<sup>75</sup>.

Estas tres primeras categorías de intereses están claramente delimitadas. En el caso de la integridad física de las personas y de los bienes, la dimensión de los daños se encuentra limitada por los parámetros propios del mundo físico. Ciertamente, las consecuencias de estos

daños pueden ser variables, y el Derecho reconoce de tiempo en tiempo, a la fecha, nuevas consecuencias —piénsese en la admisión del perjuicio sexual o del perjuicio por contagio de una enfermedad. Además, el sustrato material de estos perjuicios no es impedimento que limite su amplia diversidad. En cuanto a los intereses incorporales especialmente tutelados —*protégés*— de manera específica, su número es —por definición— limitado, aún cuando pudiese aumentar.

Tenemos, finalmente, una cuarta categoría que reagrupa todos los intereses incorporales que no reciben una protección específica. Durante mucho tiempo, estos intereses incorporales han revestido una variedad de formas bastante limitada. Es el caso, en especial, de los vínculos afectivos, así como del interés económico obtenido por la realización de una actividad lucrativa o de la percepción de ingresos —*revenus*.

Así pues, si aceptamos por un momento la saga jurisprudencial referente al perjuicio sufrido por la concubina, el Derecho francés siempre ha tenido la tendencia a admitir largamente la indemnización de daños ocasionados a estos intereses, diferenciándose en este punto de la mayoría de Derechos de otros países. Es de esta manera como es mayoritariamente admitida la reparación del perjuicio *par ricochet*<sup>viii</sup>

<sup>72</sup> Por el contrario, el Derecho francés se muestra bastante reticente a admitir el daño moral —*le préjudice moral*— resultante de la pérdida de una cosa, aunque sí lo ha admitido en caso de pérdida de un animal. Ver, especialmente: Casación de la Primera Sala Civil del 16 de enero de 1962. Puede consultarse en: "Recueil Dalloz". 1962. p. 199, con nota de Rodière; "La Semaine Juridique". 1962. II.12557., con nota de Esmein; "Revue trimestrielle de droit civil". 1962. p. 316., con observaciones de Tunc.

<sup>73</sup> Ver, en especial, las disposiciones pertinentes a la difamación en la Ley de 1881 sobre la libertad de prensa, que, encuadrando la libertad de expresión, delimita al mismo tiempo la protección otorgada al honor; y el artículo 9 del Code Civil en lo referente al derecho a la intimidad de la vida privada. En muchos Derechos de otros países, y especialmente en el Derecho inglés, la especial importancia concedida a un determinado interés incorporal se traducirá la mayoría de las veces en la existencia de un *tort* específico destinado a reparar los daños causados a dicho interés.

<sup>74</sup> Es bastante significativo que la libertad —de tránsito—, que figura dentro de la lista de los intereses expresamente protegidos por el § 823, primer párrafo, del BGB y que es tutelado —*protégé*— por un *tort* específico en el Derecho inglés —*false imprisonment*—, no recibe en Francia una atención especial en el Derecho de la responsabilidad civil.

<sup>75</sup> Por otra parte, podríamos estar tentados de interpretar la existencia de estas reglas especiales como aquel signo de que el derecho común de la responsabilidad se presta mal para la protección de los intereses estrictamente incorporales.

<sup>viii</sup> Nota del traductor: Sobre el "perjuicio *par ricochet*", señala didácticamente el profesor Le Tourneau: "una persona ha sido herida, en consecuencia, ella será víctima directa del daño y del perjuicio (invalidez, sufrimiento, etcétera). Así pues, respecto de ella el resultado es personal [...]. Sin embargo, los parientes de la víctima podrían también verse afectados. En ese sentido, el daño —*dommage*— sufrido por la víctima directa será, a su vez, fuente de un perjuicio —*préjudice*— sufrido por terceros. Este perjuicio reflejo —sufrido "*par ricochet*" (indirectamente, en castellano)— será reparable frente a la jurisdicción civil". El caso paradigmático es el perjuicio sufrido por los parientes de la víctima directa. Más adelante —y ya refiriéndose a la terminología apropiada—, el profesor Le Tourneau señala que: "nosotros preferimos —de manera similar a Jacques Dupichot— emplear la expresión "perjuicio *réfléchi*" (perjuicio reflejo), que nos parece más precisa que la expresión "perjuicio *par ricochet*" (perjuicio indirecto). En dicho sentido, LE TOURNEAU, Philippe. Óp. cit. p. 572.

–patrimonial y extrapatrimonial– de los familiares cercanos de la víctima directa, así como la indemnización de aquello que los Derechos extranjeros denominan comúnmente pérdida exclusivamente económica –*préjudice économique pur*–<sup>ix</sup>; es decir, el perjuicio económico independiente de todo daño físico a una persona o una cosa. A raíz de ello, y a pesar de la admisión del principio de reparación de los daños a estos intereses incorporales, la jurisprudencia evidencia –algunas veces– ciertas reticencias, tal y como lo muestra su hostilidad respecto de la reparación del perjuicio económico sufrido por el empleador o por el co-contratante de quien ha sido la víctima directa<sup>76</sup>.

Ahora bien, estas reticencias podrían ir en aumento, ya que es esta cuarta categoría la que engrosa e irá engrosando los nuevos tipos de perjuicios anteriormente evocados. Así pues, estos daños tienen como efecto común ser el producto de la lesión de intereses incorporales. En ese sentido, a raíz del carácter ilimitado del universo de lo incorporal, no existe un límite natural para estos intereses incorporales susceptibles de ser lesionados que darán pie a las demandas de reparación.

Como ya hemos señalado, tanto la evolución de la sociedad como la imaginación de los justiciables son –sin lugar a dudas– la fuente de nuevos intereses. La preocupación por mantener la responsabilidad dentro de unos parámetros razonables podría conducirnos a limitar la reparación de este tipo de perjuicios, tal y como lo hacen la mayoría de Derechos extranjeros. Existen, por otra parte, razones propias a la naturaleza de este tipo de perjuicios que hacen menos evidente la necesidad de repararlos.

Ahora, si tomamos en consideración tan solo el carácter incorporal de los intereses involucrados, ello podría justificar una menor pro-

tección por parte del Derecho. Sin embargo, ya hace buen tiempo que el Derecho conoce lo incorporal y, es más, el Derecho contemporáneo está marcado por una tendencia creciente hacia lo incorporal. Así pues, no debería sorprendernos que el Derecho de la responsabilidad otorgue la prioridad –si es que existiese prioridad alguna– a la reparación de los desórdenes que se producen en el mundo de lo corporal –*l'univers physique*–, ya que si estas no son necesariamente las más graves, su materialidad les confiere una objetividad y una materialidad que el Derecho no puede dejar de tomar en cuenta y que, por obvias razones, no es el caso de los intereses incorpóreos.

Ahora, ciertamente los daños incorpóreos tienen la característica de ser apreciados de una manera muy subjetiva por los justiciables. Claro que ello no les confiere un menor valor, pero ocasiona problemas de cuantificación –*measure*– y de valoración –*d'évaluation*– que, pese a haber sido advertidos desde hace tiempo, continúan ocasionando ciertas dificultades. Así pues, ¿cómo podría cuantificarse la pena de aquella persona cuyo padre o madre ha muerto?

Asimismo, cabe precisar que estos problemas adquieren una mayor agudeza cuando el perjuicio invocado es propiamente incorporal –*métaphysique*. Así pues, ¿quién podría pretender –además del abogado que debe redactar de la mejor manera sus conclusiones y del magistrado quien, por su parte, no tiene otra salida sino hacerlo– medir y valorar el sufrimiento vinculado a la vida, a la maldad o a la envidia?

A todas estas dificultades podríamos adicionar una más, la cual tiene lugar cuando el perjuicio invocado consiste en que, a raíz de un determinado hecho dañoso, las consecuencias no se produjeron como debieron haberse desa-

<sup>ix</sup> Nota del traductor: La terminología empleada por el profesor Borghetti, “*préjudice économique pur*” –y que nosotros hemos optado por traducir como “pérdida exclusivamente económica”–, no es sino la “*pure economic loss*” de la Common Law. Al respecto, señala el profesor Brun que: “podemos designar con este vocablo el perjuicio de naturaleza patrimonial consistente en la pérdida de un beneficio o de la esperanza de una ganancia que no resulta de una lesión a los bienes o a la persona de la víctima, tal y como podría ser la pérdida de empleo por despido sin causa real y sería o el perjuicio sufrido por una sociedad víctima de una ruptura abusiva de tratativas”. Ver: BRUN, Philippe. “Responsabilité civile extracontractuelle”. París: Litec. 2005. p. 137.

<sup>76</sup> Ver: VINEY, Geneviève y Patrice JOURDAIN. Óp. cit. p. 312 y las referencias allí citadas. El rechazo para reparar este tipo de perjuicio económico se encuentra generalmente justificado en la afirmación de la ausencia de la relación de causalidad, pero dada la permeabilidad –*souplesse*– con la que la relación de causalidad es apreciada en el Derecho francés, este rechazo de admitir la existencia de una relación de causalidad en estos casos tiene al menos una razón técnica, consistente en el temor de los tribunales de otorgar un alcance desmesurado a la responsabilidad.

rollado, provocando así una pérdida de ingresos. En dicho caso, el demandante no invoca la modificación tangible de la realidad –como sería para el caso de un daño a un interés corporal–, sino la modificación hipotética de un hecho que se debió producir. Ahora, más allá del hecho que podríamos interrogarnos sobre el carácter cierto y actual de dicho daño, parece discutible que el demandante obtenga reparación por el acaecimiento de un evento que afecte negativamente sus probabilidades –*chance*– de obtener ganancias, en tanto que no se otorgará nada si se produce un acontecimiento que aumente sus probabilidades –*chance*– de obtener ganancia.

A través de la reparación de la pérdida exclusivamente económica –*préjudice économique pur*–, el Derecho ofrece a los justiciables una especie de garantía contra ciertos eventos susceptibles de afectar negativamente su actividad económica, ya que el Derecho no puede hacer que se les pague por todos los beneficios que se pudo haber obtenido. Ello no sería inconcebible, si la pérdida exclusivamente económica –*préjudice économique pur*– no tuviera un carácter virtual. El repararlo de manera constante constituye –de cierta manera– el conservar para el demandante el beneficio por el riesgo de las ganancias y transferir a un tercero el riesgo por las pérdidas inherentes a toda empresa de naturaleza económica. Desde un punto de vista económico, el carácter constante de la reparación del daño económico parece, entonces, criticable<sup>77</sup>.

Así pues, el admitir sin discusión alguna el carácter reparable de todos los perjuicios resultantes por los daños a los intereses incorporales que forman parte de esta cuarta categoría implicaría exponerse a una expansión ininterrumpida del campo de acción de la respon-

sabilidad, con todos los riesgos –claramente económicos– que ello pudiere ocasionar, así como los riesgos que se pueden crear para el beneficio social que, por otra parte, debe ser demostrado. En ese sentido, nos parece necesario abordar en la siguiente parte del presente artículo los mecanismos necesarios para la delimitación de la dimensión de los perjuicios reparables.

## B. Por una protección diferenciada de los intereses

La idea de una protección diferenciada –dentro del Derecho de la responsabilidad civil– de los intereses que son reconocidos como legítimos por parte del sistema jurídico podría parecer inconcebible, pues dicha idea va en contra de la tradición francesa sobre la materia, la cual, por su parte, desearía que todo perjuicio sea reparado siempre y cuando se cumplan con los demás requisitos que componen la responsabilidad<sup>78</sup>.

Tal y como ya ha señalado la profesora Geneviève Viney: “La responsabilidad civil no ha sido concebida para reparar en su integridad todos los daños que puedan ser imaginados, sino para responder a una necesidad –*demande*– social de compensación que es, en cierta medida, imperiosa y, en cierta medida, legítima, dependiendo de la naturaleza del interés lesionado y la gravedad del perjuicio. Negar la posibilidad de una gradación de esta necesidad social no es justo ni realista desde una perspectiva económica”<sup>79</sup>.

Así pues, en la actualidad existen excepciones al carácter reparable de todos los tipos de daños<sup>80</sup>. Así, por ejemplo, al menos en uno de sus *arrêts*, la Corte de Casación rechazó una demanda de reparación, no porque no

<sup>77</sup> Para una crítica de la asimilación de la esperanza perdida de ingresos a lo que es un perjuicio, ver especialmente: WEIR, Tony. *Op. cit.* p. 47.

<sup>78</sup> Ver de todas formas la famosa tesis de doctorado de Boris Starck, quien propone se trate de manera diferenciada los daños corporales y materiales, de un lado, y los daños morales y las pérdidas económicas, de otro. STARCK, Boris. “Essai d’une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée”. 1947.

<sup>79</sup> Observaciones a la Casación de la Segunda Sala Civil del 27 mayo de 1999, señaladas en la nota a pie de página 56. Ver, especialmente: TUNC, André. *Op. cit.* pp. 176-179; VINEY, Geneviève. “Introduction à la responsabilité”. París: LGDJ. 2008. p. 65.

<sup>80</sup> Así, por ejemplo, podemos citar las aplicaciones –largamente ocultas– de la relatividad aquiliana en el Derecho francés. Este principio sostiene que en caso de violación de una norma sólo sean reparables los tipos de perjuicios que la norma había buscado prevenir. Oficialmente, la relatividad aquiliana no tiene derecho de ciudadanía en el Derecho francés; sin embargo, algunas veces es aplicada por los tribunales, incluso en los casos de violación de una norma cuyo texto y cuyo objeto están claramente delimitados. Ver los ejemplos citados por: VINEY, Geneviève y Patrice JOURDAIN. *Op. cit.* p. 441.

haya habido un perjuicio, sino porque el demandante no había invocado un perjuicio **reparable**<sup>81</sup>.

Por ejemplo, la responsabilidad por problemas de vecindad –*troubles anormaux de voisinage*– pone en evidencia que determinados caracteres –además de su sola existencia– son exigidos al perjuicio a fin de que este sea reparable. Además, la Ley del 5 de julio de 1985 sobre los accidentes de tránsito ofrece un ejemplo típico de jerarquización de los intereses tutelables –*protégés*–. Así pues, si bien dicha ley no excluye *a priori* la reparación de ningún tipo de perjuicio, sí somete a regímenes distintos los daños resultantes de una lesión a la integridad física y aquellos que son producto de un perjuicio causado a los bienes.

El caso de la responsabilidad por productos defectuosos también debe ser traído a colación. En ese sentido, la Directiva Comunitaria del 25 de julio de 1985 ha establecido la reparación de los perjuicios resultantes por los daños a la integridad física de las personas y sus respectivos bienes, a condición que estos últimos hayan sido destinados para un uso privado<sup>82</sup>. De esta manera, dicha ley excluye

la reparación de los perjuicios resultantes por los daños a los bienes para uso profesional y –*a fortiori*– la reparación del daño por la pérdida exclusivamente económica –*préjudice économique pur*–<sup>83</sup>. La razón consiste en que este régimen especial ha sido concebido para la protección de determinados intereses en particular –en especial aquellos de las personas naturales víctimas, en sus cuerpos o en sus bienes, por los productos peligrosos–, y no a efectos de permitir la indemnización de todos los perjuicios susceptibles de ser causados por un producto defectuoso. Sin embargo, cabe precisar que dicha lógica es bastante ajena al Derecho francés, lo que explica que el legislador francés haya “olvidado” introducir las limitaciones establecidas por la directiva comunitaria aludida respecto a la dimensión de los perjuicios reparables al momento de trasponer dicha norma al sistema francés<sup>84</sup>.

Estos ejemplos evidencian que el principio de una protección diferenciada de los intereses en el Derecho francés –a un mismo tiempo– está presente y es mal aceptado. El Anteproyecto de Reforma del Derecho de las Obligaciones<sup>x</sup> prolonga esta ambivalencia que perenniza el principio general del carácter reparable de

<sup>81</sup> Casación de la Primera Sala Civil del 25 de junio de 1991. Puede consultarse en: “Recueil Dalloz”. 1991. p. 567, con nota de le Tourneau; “La Semaine Juridique-Édition Générale”. 1992. II.21784., con nota de Barbiéri; “Revue trimestrielle de droit civil”. 1991. p. 791, con observaciones de Jourdain, quien sostiene que “la existencia de un hijo concebido por la madre no constituye por sí misma –para la madre– un perjuicio jurídicamente reparable, más aún si el nacimiento se produjo luego de una intervención practicada sin éxito a fin de realizar un aborto voluntario –*l’interruption de la grossesse*–”. Ver, recientemente, la Casación de la Segunda Sala Civil del 12 de julio de 2007, en un caso en el que un hombre entregaba sumas de dinero al juzgado para la manutención de su hijo. La madre de este niño señalaba que el padre de su hijo había actuado culposamente al aceptar tener relaciones sexuales sin adoptar las medidas apropiadas dirigidas a evitar o a impedir –*combattre*– el peligro de la concepción. La Alta jurisdicción estableció que la Corte de Apelación consideró que “habiendo libre y plenamente consentido el mantener relaciones sexuales no protegidas con la Señora “Y” desde el primer encuentro, el Señor “X”, hombre sexualmente experimentado a quien correspondía, tanto como a su compañera, el adoptar las medidas necesarias dirigidas a evitar la procreación, no se establecía ni la culpa de la madre del niño por haberse entregado a dicha relación o por haber pedido la paternidad del niño y solicitar la contribución para la manutención del niño, **ni la existencia de un perjuicio directa o indirectamente indemnizable**” [El énfasis es nuestro].

<sup>82</sup> Véase el artículo 9 de la Directiva Comunitaria de fecha 25 de julio de 1982.

<sup>83</sup> BORGHETTI, Jean-Sebastián. Op. cit. pp. 303-307.

<sup>84</sup> Ello crea una contradicción entre el Derecho francés –artículo 1386-2 del Code– y la Directiva, que no ha sido advertida por la Comisión Europea pero que terminará, ciertamente, siendo condenada por la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas –CJCE– cuando se analice un caso judicial. Ver especialmente, sobre este punto, las observaciones de Borghetti a la Casación de la Primera Sala Civil del 3 de mayo de 2006. En: Recueil des Cours. 2006. p. 1239.

<sup>x</sup> Nota del traductor: Se hace referencia explícita al Proyecto de Reforma del Code Civil que ha sido elaborado bajo el auspicio de l’Association Henri Capitant y bajo la Dirección General del profesor Pierre Catala. El 22 de septiembre de 2005 se entregó dicho Anteproyecto de Reforma al Ministerio de Justicia. Podemos señalar que la materia concerniente a las obligaciones convencionales fue dirigida por el profesor Gérard Cornu. La materia concerniente a la responsabilidad civil fue encomendada a la profesora Geneviève Viney y al profesor Jacques Durrty. La parte concerniente a la Prescripción fue dirigida por el profesor Philippe Malaurie. Finalmente, señalar que existen otros dos Proyectos de Reforma adicionales en Francia, uno bajo la dirección del profesor François Terré –que en abril de 2013 ha presentado una versión actualizada sobre el Régimen General de las Obligaciones–, y otro del propio Ministerio de Justicia, que en febrero de 2014 quiso someter su proyecto a debate, empero por cuestiones de forma correspondientes al Senado no se pudo realizar.

todo perjuicio, reconduciendo los perjuicios resultantes de las lesiones a la integridad física hacia un régimen particular a efectos de facilitar su reparación<sup>85</sup>. Sin embargo, en nuestra opinión, es necesario ir aún más lejos y dar un paso adicional, no contentándose con facilitar la reparación de determinados perjuicios sino, más bien, admitir explícitamente que existen determinados perjuicios que no son reparables, al menos no en todos los casos. Así pues, sería conveniente delimitar las excepciones al principio actual que postula el carácter reparable de todos los perjuicios<sup>86</sup>.

Así, en primer lugar, cabe precisar que el carácter reparable de todos los perjuicios causados por una lesión a la integridad física de las personas no debería ser cuestionado –al menos por la jurisprudencia– sea cual fuere el fundamento de la responsabilidad que se haya invocado. En lo referente a los intereses incorporales especialmente tutelables –*protégés*–, los requisitos necesarios –*les conditions*– para la reparación de estos daños son establecidos por reglas específicas, las que ponen punto final al asunto. Quedan, sin embargo, los daños ocasionados a la integridad de los bienes corporales y los daños ocasionados a otro tipo de intereses incorporales, siendo a estos daños únicamente a los cuales debe dirigirse el cuestionamiento del principio según el cual todo perjuicio debe ser reparado.

Expuesta de esta manera nuestra posición, este cuestionamiento al principio de la reparación integral de todos los perjuicios puede darse de dos maneras<sup>87</sup>. La más radical de ellas consiste en determinar que ciertos perjuicios

nunca serán reparables. Bueno, al menos de esta manera es como puede interpretarse la intervención del legislador francés a raíz del *arrêt* Perruche<sup>88</sup>. Por ejemplo, unos diez años antes, la Corte de Casación se apoyó en la ausencia de un perjuicio reparable a efectos de rechazar la indemnización a una madre que entabló una demanda por el fallido aborto voluntario –*interruption volontaire de grossesse*– que le fue practicado y que hizo que trajera al mundo un niño sano. Ciertamente, no se trata de una casualidad si nos damos cuenta que, en estos dos casos –a raíz de dos controversias vinculadas con un nacimiento no deseado– se ha materializado el rechazo a reconocer el carácter reparable del perjuicio invocado. Así pues, “reparar” un nacimiento entendido como un perjuicio pone sobre el tapete cuestiones de orden moral y metafísico para las que el Derecho no está necesariamente habilitado para dar una respuesta.

Por nuestra parte, podemos señalar que el hecho que una persona venga al mundo y exista no constituye un perjuicio reparable –ni para ella misma ni para otros–, no necesariamente porque no haya un perjuicio, sino porque el juez no está, ni debe estar habilitado, a decidir si una vida vale o no la pena ser vivida, si es que ella constituye un bien o un mal para el sujeto mismo o para otros. Así pues, no se trata de negar o de afirmar expresamente la existencia de un perjuicio, sino de limitarse a una forma de agnosticismo y de reconocer que la demanda de reparación de este perjuicio excede el campo de los tópicos que el Derecho de la responsabilidad civil está habilitado para conocer<sup>89</sup>.

<sup>85</sup> Artículo 1351.

<sup>86</sup> Es importante precisar que este principio no tiene –a nuestro parecer– valor constitucional, dado que no ha sido enunciado expresamente por ningún texto de dicho rango, y que no puede ser considerado como implícitamente consagrado por el Derecho positivo teniendo en cuenta las numerosas excepciones legales y jurisprudenciales que existen, algunas de las cuales acaban de ser mencionadas. Ver, en ese sentido: VINEY, Geneviève y Patrice JOURDAIN. Óp. cit. pp. 59-2 y siguientes.

<sup>87</sup> En la preocupación de delimitar la reparación de los daños a los intereses incorporales, el profesor Olivier Berg propone el no admitir esta reparación sino cuando la víctima pueda hacer valer una “legítima expectativa” de obtener una reparación. BERG, Olivier. Óp. cit. pp. 316 y siguientes. Ver, en dicho sentido, las observaciones de Viney a la Casación de la Segunda Sala Civil del 27 de mayo de 1999, mencionadas en la nota de pie de página 56 Si compartiésemos esta preocupación por limitar la reparación de los daños a los intereses incorporales, admitimos ser más escépticos sobre el carácter operativo del criterio propuesto.

<sup>88</sup> Ver la nota a pie de página 9. Sabemos que la ley ha establecido que: “Nadie se puede valer del perjuicio de haber nacido”. Sin embargo, este texto puede ser interpretado, al menos, de dos maneras: a) Negando la existencia de un perjuicio ligada al nacimiento; y, b) excluyendo simplemente la reparación de este perjuicio sin negar necesariamente su existencia. La primera interpretación corresponde de mejor manera a la letra del texto, pero la segunda corresponde a una aproximación que, desde una perspectiva teórica, nos parece preferible.

<sup>89</sup> Puede verse la posición más radical de WEIR, Tony. Óp. cit. p. 17, considerando que la vida no es buena ni mala y que ni el nacimiento, ni la pérdida de la esperanza de vida, ni la pérdida de la conciencia de vivir –estar en estado de coma– constituyen perjuicios.

Algunas voces afirmarán que esta posición niega un derecho a la reparación de las personas que experimentan un sufrimiento real y que pueden vivir una situación trágica. Sin embargo, la finalidad del Derecho de la responsabilidad civil no es la de apaciguar todo sufrimiento ni la de remediar toda tragedia. Creer que el Derecho de la responsabilidad, o que el Derecho *tout court*, puede resolver todos los problemas del mundo constituye una concepción casi mágica de esta institución.

En el caso de los perjuicios ligados al nacimiento y a la vida, no se trata de afirmar que no existe un perjuicio, sino de evidenciar simplemente que existen situaciones en las cuales el Derecho de la responsabilidad no puede dar respuesta. Ciertamente, podríamos señalar que el Derecho de la responsabilidad tiene también una función simbólica y que es muy importante que el juez pueda reconocer que —en algunos casos— un nacimiento o una vida pueden ser considerados como perjuicios. Y, frente a ello, deberíamos señalar que es justamente a fin de no ocultar ésta función simbólica del Derecho que se propone —para dichos casos— no tanto el negar la existencia del perjuicio, sino tan solo el rechazar la admisión de su reparación a través de la responsabilidad civil.

El reconocimiento simbólico de aquello que es subjetivamente percibido como un perjuicio puede tener lugar en la realidad —o en todo caso no quedar excluido— sin que a raíz de ello el juez señale que, a los ojos del Derecho, hubiere sido mejor que dicho ser humano no hubiera venido al mundo. Ello porque la violencia simbólica de dicha afirmación sería aún más radical de lo que sería la negación de la existencia de un perjuicio del demandante.

Pero existe además otro tipo de perjuicio respecto del cual podríamos declarar no precisamente su inexistencia, sino su irreparabilidad:

Se trata, pues, del caso del perjuicio moral *par ricochet* invocado por algunos parientes de la víctima directa. En este punto, debe aplaudirse el hecho que desde hace ya bastante tiempo y a diferencia de, por ejemplo, el Derecho inglés, el Derecho francés repara el sufrimiento experimentado —*vécue*— por determinados parientes de la víctima directa, en especial el del padre o de la madre. Por el contrario, la reparación del perjuicio experimentado —*subi*— por aquellos parientes un poco más lejanos, como el caso del tío o de la tía, es bastante discutible. Como ya sido señalado con bastante frecuencia, su valoración es muy delicada y su utilidad social es más que incierta. En estos casos, no sería inconcebible —desde nuestra perspectiva— afirmar que tan solo es reparable el perjuicio moral *par ricochet* de los parientes más cercanos de la víctima inmediata, como el padre, la madre, los abuelos, los hijos y, eventualmente, los hermanos y hermanas<sup>90</sup>.

La negación categórica del carácter reparable de algunos perjuicios —que constituye el primer modo de limitación de los perjuicios reparables— no puede ser sino excepcional<sup>91</sup>. Ahora, el segundo modo de limitación, que concierne tanto a los daños a la integridad de los bienes corporales como a los daños a los intereses incorporales, podría tener un campo de aplicación más amplio, y éste consistiría en limitar de manera diferenciada los distintos tipos de perjuicios reparables en función del hecho generador de la responsabilidad que es accionado.

Para los casos de culpa, cuando la responsabilidad se encuentre fundada en el artículo 1382 del Code, todos los perjuicios directamente causados por un hecho generador deben ser considerados como reparables, a excepción de los dos tipos de perjuicios anteriormente evocados, los que —por su propia naturaleza— no deberían ser nunca reparados<sup>92</sup>. De esta manera, se preservaría

<sup>90</sup> Numerosos autores se han pronunciado en favor de una exclusión, o al menos de una limitación, de la reparación del perjuicio moral *par ricochet*. Ver, por ejemplo: LE TOURNEAU, Philippe. Óp. cit. p. 1556; VINEY, Geneviève y Patrice JOURDAIN. Óp. cit. p. 269.

<sup>91</sup> Conviene precisar, por otra parte, que el rechazo de considerar ciertos perjuicios como reparables por el Derecho de la Responsabilidad civil no equivale a un cuestionamiento de la protección que el Derecho puede y debe otorgar a los intereses cuya lesión constituyen estos perjuicios. En concreto, en una sociedad rica como la nuestra, es impensable que el Derecho no prevea mecanismos de ayuda a las personas que presentan discapacidades —*handicapées*— y a sus parientes.

<sup>92</sup> Sin embargo, sería deseable que la culpa y el nexo de causalidad sean realmente evidentes, lo que está lejos de ser el caso.

la generalidad de la regla establecida en el artículo 1382 del Code, así como su aptitud para subsumir nuevos tipos de situaciones y así dejar emerger nuevos tipos de derechos e intereses tutelables –*protégés*. Así pues, no se trata simplemente de cuestionar –en lo absoluto!– este principio general del Derecho francés, desconocido por tantos Derechos de otros países, que consiste en que todo daño causado mediando culpa pueda dar lugar a una reparación, sino de otorgarle su configuración exacta.

Así pues, el artículo 1382 del Code no afirma que todo daño deba ser reparado, sea cual fuere el fundamento empleado para accionar la responsabilidad. Por consiguiente, es posible considerar –sin contravenir el texto y el espíritu de esta norma tan importante– que, para el caso de una responsabilidad que se base en otro fundamento distinto a la culpa, los perjuicios resultantes por daños a los bienes corporales o a los intereses incorporales no sean reparables, en tanto que su reparación corresponda a la *ratio legis* del régimen de responsabilidad especial invocado para el caso concreto.

La mayoría de los regímenes de responsabilidad sin culpa que conoce el Derecho francés han sido concebidos y desarrollados con el propósito –más o menos claramente expresado– de reparar las consecuencias de los daños a la integridad física de las personas. De esta manera, es evidente que si la jurisprudencia se ha empeñado por descubrir un principio general de responsabilidad por el hecho de las cosas contenido en el primer párrafo del artículo 1384 del Code; ello ha sido a efectos de reparar los daños producidos por los accidentes al cuerpo causados, en un primer momento, por los equipos in-

dustriales y, en un segundo momento, por los automóviles. Asimismo, cuando los tribunales deciden que el hecho no culposo de un niño –por cierto, causa directa del daño– es suficiente para dar pie a la responsabilidad civil de los padres, no es a fin de indemnizar la pérdida exclusivamente económica –*préjudice économique pur*– del demandante, sino con la finalidad de permitir la reparación de su daño corporal.

En consecuencia, consideramos perfectamente admisible que, en caso de aplicación de un régimen de responsabilidad sin culpa, los tribunales rechacen el indemnizar determinados daños a los bienes corporales o a los intereses incorporales, y claramente, la pérdida exclusivamente económica –*préjudice économique pur*–, dado que la reparación de este tipo de perjuicios no ingresa en dicho régimen<sup>93</sup>. Así pues, no se trata simplemente de establecer *a priori* una lista limitativa de los intereses tutelables –*protégés*– para cada régimen de responsabilidad sin culpa, sino de excluir la indemnización de determinados tipos de perjuicios cuando dicha indemnización parezca ajena a la razón de ser del régimen de responsabilidad sin culpa que ha sido invocado<sup>94</sup>.

#### IV. CONCLUSIÓN

Las líneas precedentes no han tenido otro propósito sino el de contribuir a una reflexión sobre la delimitación de la responsabilidad civil en el Derecho francés, a través de una reflexión sobre el perjuicio y su carácter reparable. Este trabajo no constituye sino un esbozo, y somos conscientes que las ideas propuestas puedan parecer iconoclastas, incluso heréticas. Así pues, el simple hecho de sugerir que sería necesario –o que algún día será necesi-

<sup>x1</sup> Nota del traductor: Artículo 1984 del Código Civil francés.- “No sólo somos responsables por el daño que causamos con un hecho propio, sino también por los daños causados por las personas por las cuales debemos responder o por las cosas que tenemos bajo guarda”.

<sup>93</sup> Esta propuesta ciertamente no carece de vínculo con la teoría de la relatividad aquiliana –ver la nota a pie de página 80. Por cierto, sería una buena idea aplicar abiertamente esta teoría cuando la acción de responsabilidad se funde sobre la violación de una norma textual claramente encaminada.

<sup>94</sup> Podría plantearse la aplicación de esta concepción restrictiva del perjuicio reparable al supuesto de la responsabilidad delictual del deudor contractual a raíz de un incumplimiento del contrato –*manquement du contrat*. Ver el Fallo de la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación del 6 de octubre de 2006, mencionado en la nota a pie de página 2. En efecto, a pesar que la jurisprudencia parece asimilar actualmente todo incumplimiento contractual a una culpa delictual, esta asimilación parece abusiva –confróntese el análisis de STOFFEL-MUNCK, Philippe. “La relativité de la faute contractuelle”. En: *Recueil des Cours*. 2007. p. 587. Pareciere que allí, más bien, se tiene un nuevo hecho generador de responsabilidad, autónomo y, por ende, de cierta manera un delito civil especial, lo que justificaría la no reparación de ciertos perjuicios bajo este fundamento –a condición que sea determinada la *ratio legis* de este nuevo régimen, lo que no se materializará sin dificultades de por medio.

rio— limitar el campo de los perjuicios reparables puede parecer incongruente con el contexto del Derecho francés.

Es más, una idea como la esbozada podría parecer ir en contra de esta preocupación que la Profesora Viney ha siempre manifestado por las víctimas. Sin embargo, nos parece que hacer propia la suerte de dichas personas no significa necesariamente reparar todos los

tipos de perjuicios que un justiciable pueda accionar. En todo caso, y si la Profesora Viney encontrase que las ideas que proponemos son contrarias a las suyas, tenemos la firme convicción de que ella no nos lo reprochará. En efecto, en ningún momento la Profesora Viney nos ha objetado el pensar de manera distinta a ella. Ello evidencia, ante nuestros ojos, la característica propia de un verdadero maestro.