

ABOGACÍA

2016

El daño a la salud ¿constituye un tertium genus?

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN



admin

IVANA YESIKA SÁNCHEZ

Resumen.-

Se pretende con la presente obra delimitar e interpretar las diversas posiciones, tanto doctrinarias como jurisprudenciales, relativas a la consideración, o no, del daño a la salud como rubro independiente a los fines indemnizatorios. Se esbozarán los aspectos y cuestiones más relevantes de la temática en cuestión, desarrollando conceptos generales del Derecho de Daños, del Daño a la Salud, interpretando y analizando las distintas tesis que han surgido en torno a la consideración de la autonomía de dicho daño, como así también aquellos argumentos que le niegan tal calidad. Asimismo, se analizará la normativa vigente en materia Civil en relación a la problemática que me ocupa, y lo atinente a la legitimación y prueba del daño a la salud. Finalmente se procurará arribar a una conclusión y/o reflexión en torno a la temática elegida.

Abstract.-

It is intended with this book define and interpret the various positions, both doctrinal and jurisprudential concerning the consideration, or not, the damage to health as a separate category to the compensation purposes. aspects and most relevant issues of the subject in question, developing general concepts of tort law, Harm to Health, interpreting and analyzing the different tessitura that have arisen around the consideration of the autonomy of such damage will be outlined, as so those arguments that deny such quality. Furthermore, current legislation in civil matters in relation to the issue that concerns me, and it pertains to the legitimacy and proof of injury to health will be analyzed. Finally it seeks to reach a conclusion and / or reflection on the chosen theme.

Agradecimientos.-

Si parece que fue ayer cuando comenzaba a soñar. Contra todo pronóstico y con un puñado de anhelos, me anime a creer que yo podía.

Mi mamá maestra, mi papá trabajador independiente, apostaban a que iba a seguir los pasos de ella: ser docente. Siempre admiré su vocación de servicio y el amor con el que enseñaba, pero sabía que no era lo mío. Y aquí estoy, llegando a la etapa final de mi carrera y cumpliendo mi tan anhelado sueño.

Sólo puedo darle gracias a Dios por permitirme llegar hasta aquí, por darme la fuerza y la voluntad de levantarme una y otra vez, de saber que con fe y perseverancia se puede alcanzar lo que uno se propone en la vida.

A mis padres, por enseñarme a soñar, por dejarme ser lo que yo elegí para mi vida, por dejarme volar y desplegar mis alas tan a lo alto y sin límites, por inculcarme valores y principios, por hacer de mí una mujer entera, llena de sueños y de propósitos. Por esos abrazos en silencio que me hicieron creer que yo iba a poder, por haber creído en mí, por depositar sus sueños que los hice míos, y hoy tengo la gracia y el orgullo de decir que los cumplí, por enseñarme a valorar que lo pequeño de la vida se hace inmenso cuando se lo realiza con amor; *gracias mamila y papilo!!!!*

A mis hermanos, ya que no sé qué hubiese sido de mi sin ellos!!! Gracias Dios por bendecirme, porque son los que me acompañaron, los que me contuvieron y me alentaron a seguir, porque son los pilares fundamentales en mi vida y los que me enseñaron la importancia de luchar y no bajar los brazos en esos momentos en los que ni yo misma pensaba que podía.

A mis pollitos, mis queridos sobrinos, porque con su amor incondicional y con su inocencia de niños me acompañaron siempre.

A mis amigos, que estuvieron en todos y en cada uno de los momentos de mi carrera, que me abrazaron y lloraron de alegría conmigo y me acompañaron en los momentos más difíciles; gracias por aguantarme, por acompañarme y por quedarse conmigo cuando ni yo me quería quedar. Gracias por comprender mis ausencias y mis silencios. A todos y cada uno de ellos, gracias. Pero quiero agradecer especialmente a una persona que me ayudó tanto, y de una manera tan desinteresada e incondicional para alcanzar este sueño, gracias

amigo porque sin vos no hubiera sido posible, gracias José!!!

A la Universidad, por permitir formarme como profesional y darme los medios para poder desarrollar mi vocación, especialmente al Dr. Raúl Toro por estar siempre a la par de los alumnos y ponerse siempre en nuestro lugar; infinitamente agradecida.

Solo puedo ser una agradecida a Dios y a la vida por permitirme llegar hasta aquí!!!

Y este, mi sueño, mi mayor satisfacción y mi mayor logro, te lo dedico a vos, mi viejita querida, a vos mi amada Clarita que donde estés sé que estas orgullosa de tu pichona, porque está cumpliendo tu sueño que era verme recibida de Abogada, para vos mi reina es esto gracias por ser parte de mi vida y gracias por criarme con tanto amor, por inculcarme a ser la persona que soy y porque fuiste la primera en creer en mí, gracias Abu porque sé que hoy me abrazas desde el cielo y festejas conmigo este título!!!

Solo le pido a Dios que guie cada uno de mis pasos, que me acompañe en cada decisión y que abra mis caminos para desempeñarme de la mejor manera en esta profesión que elegí y que amo!!!

Gracias a Dios y a la vida por tanto!!! Soy inmensamente feliz.

ÍNDICE

• Introducción.	<i>Página 8</i>
• Metodología.	<i>Página 12</i>
Capítulo I: ASPECTOS GENERALES.	<i>Página 14</i>
1. El daño. Definición.	<i>Página 14</i>
2. El daño resarcible. Noción.	<i>Página 16</i>
3. El daño patrimonial y daño moral.	<i>Página 17</i>
Capítulo II: LOS NUEVOS DAÑOS. DAÑO A LA SALUD.	<i>Página 19</i>
1. Los nuevos daños como terceras categorías.	<i>Página 19</i>
2. Diferentes tipos de “nuevos daños”.	<i>Página 19</i>
3. Daños a la persona.	<i>Página 23</i>
4. El daño a la salud. Noción, concepto y terminología.	<i>Página 23</i>
4.1. El derecho a la salud.	<i>Página 24</i>
4.1.1. Concepto de salud.	<i>Página 26</i>
4.1.2. Fuente constitucional del derecho a la salud.	<i>Página 26</i>
4.1.3. Vigencia del Derecho a la Salud. Corte Interamericana de Derechos Humanos.	<i>Página 27</i>
Capítulo III: EL DAÑO A LA SALUD COMO RUBRO AUTONOMO. TEORÍAS A FAVOR.	<i>Página 29</i>
1. Posturas que admiten la autonomía del daño a la salud. Doctrina y jurisprudencia.	<i>Página 29</i>
1.1. Teoría General sobre categorías independientes.	<i>Página 29</i>
1.2. Indemnización del daño a la salud con independencia de proyecciones económicas y morales.	<i>Página 30</i>
1.3. Tesitura sobre la autonomía resarcitoria de menoscabos permanentes.	<i>Página 32</i>

1.3.1. Teoría que confiere autonomía indemnizatoria a detrimentos somáticos y psíquicos graves.....Página 32

1.4. Subsunción del daño a la salud dentro de la incapacidad sobreviniente como daño material.....Página 33

1.4.1. Equiparación con la incapacidad eliminando el resarcimiento del daño moral.....Página 33

1.5. El daño a la salud como rubro distinto de la eventual incapacidad.Página 34

Capítulo IV: ARGUMENTOS EN CONTRA RESPECTO AL DAÑO A LA SALUD COMO TERCERA CATEGORÍA.....Página 36

1. Confusión entre situación lesiva y daños resarcibles.....Página 36

2. Tesis que sostiene que la integridad psicofísica no vale “per se”.....Página 36

3. Postura sobre la indebida elaboración de dos nociones diferentes de daño.
.....Página 37

4. Postura que considera que los menoscabos a la salud no siempre generan daños productivos, ni éstos son iguales.....Página 37

5. Teoría sobre la incorrecta superposición entre el daño a la salud y el moral.
.....Página 38

6. Posición que advierte la improcedencia de uniformar indemnizaciones, aunque las lesiones sean similares.....Página 38

7. El peligro de duplicidades resarcitorias.....Página 39

8. La relevancia axiológica de los daños a las personas no posibilita encuadramiento independiente.....Página 40

9. El menoscabo a la salud como fuente de daños resarcibles: espirituales y económicos.....Página 40

10. El sistema argentino. Legislación.....Página 42

10.1. El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.....Página 43

11. El daño a la salud y su tutela internacional.....Página 44

Capítulo V: EL DAÑO A LA SALUD. PRUEBA Y LEGITIMACIÓN.....Página 45

1. Prueba sobre el menoscabo a la salud.....Página 45

2. Repercusiones negativas.....	Página 45
3. Cuantificación. Parámetros.....	Página 47
4. La legitimación. Personería y acción.....	Página 50
5. Legitimación activa para el reclamo del daño a la salud. Titularidad resarcitoria.	Página 50
• Conclusión	Página 53
• Bibliografía	Página 55

Introducción:

En la actualidad, la responsabilidad civil es tratada subrayando su principal presupuesto: el daño, y su esencial eje: la persona. El daño a la persona configura un ámbito lesivo de profunda significación y trascendencia, tanto social como individual, y en el que pueden generarse perjuicios morales y patrimoniales.

Es en esa generación de daños en donde se percibe una interconexión, fundamentalmente en los casos de lesiones a la salud, que lleva a tener presente la ampliación de su contenido con el fin de proteger la intangibilidad de la persona.

El objeto del presente trabajo consistirá en el tratamiento del daño a la salud, integrante de los denominados “nuevos daños”, el cual constituye una de las nuevas figuras de daño a la persona en el intento de superar el criterio tradicional que existe con respecto a la dicotomía del daño moral y patrimonial.

El daño a la salud, también denominado como daño biológico por diversos autores, afecta la integridad psicofísica y social del ser humano, y forma parte de uno de los detrimentos más reveladores dentro de los atentados a la incolumidad personal.

Son numerosas las discrepancias que surgen, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, respecto a la consideración del daño a la salud como rubro autónomo a los fines resarcitorios.

Respecto a los argumentos con los que se ha intentado apuntalar la autonomía del daño a la salud, encontramos, entre otros, a quienes estiman como resarcible dicho menoscabo, con independencia de proyecciones económicas y morales. Mendelewicz sostiene que a veces se defiende la utilidad del concepto del daño biológico para alcanzar resultados indemnizatorios más justos (Mendelewicz, 2001).

Asimismo nuestra jurisprudencia ha sostenido en diversas oportunidades: “Es que el daño biológico parte de la base de una integridad corporal que no quede intacta y se proyecta sobre las esferas no laborales cuando, a consecuencia de un accidente, la víctima ha sido afectada en tal integridad. Pues, bajo una concepción personalística del daño, el hecho ilícito que determina una lesión a la persona afecta el equilibrio psicofísico, por lo que causa un daño al bien de la salud o daño biológico que puede ser autónomamente

resarcible, cualesquiera fueran las consecuencias patrimoniales (lucro cesante y daño emergente) o no patrimoniales (sufrimientos) de la lesión”¹.

“El daño biológico es autónomamente resarcible, cualesquiera fueran las consecuencias patrimoniales (lucro cesante y daño emergente) o no patrimoniales (sufrimiento) de la lesión sufrida (del fallo de primera instancia). El concepto de daño biológico, comprensivo de cada disminución de la integridad psicofísica de la persona, considerada en sí por sí, en cuanto incide sobre el “valor hombre”, en toda su concreta dimensión, no se agota en la actitud de producir riqueza, sino que reúne la suma de las funciones naturales referidas al sujeto en el ambiente en que su vida se desarrolla, y tiene relevancia no sólo económica sino también biológica, cultural, social y estética...”².

Dentro de esta orientación hay quienes sostienen que la lesión a la incolumidad personal (daño a la salud) debe resarcirse con independencia si resulta “definitiva”, es decir se califica la “sustancia” de un daño solo en función de su “perdurabilidad” (Zavala de González, Tratado de Daños a las Personas - Disminuciones psicofísicas 1, 2009, pág. 49).

Ahora bien, quienes entienden o bien se oponen a considerar al daño a la salud como un rubro autónomo a los fines indemnizatorios, sostienen, entre otras cosas, el peligro de duplicidades resarcitorias que ello implicaría.

Vázquez Ferreyra sostiene que una lesión a la integridad psicofísica del sujeto no constituye un rubro resarcitorio autónomo, sin perjuicio de su consideración especial como configurante de un daño patrimonial o moral (Vázquez Ferreyra, 1991).

Otros entienden que existe una incorrecta superposición entre el daño a la salud y el moral ya que si éste se equipara al sufrimiento, procedería conferir indemnización adicional por este otro título; pero si se lo interpreta con amplitud (como afectación del equilibrio existencial) englobaría la lesión a la salud y, en su virtud, un resarcimiento suplementario generaría repetición (Zavala de González, Tratado de Daños a las Personas - Disminuciones psicofísicas 1, 2009, pág. 59).

En este sentido, nuestros tribunales han proclamado: “Tras el concepto de daño biológico no se esconde otra cosa que un perjuicio físico en sentido naturalístico, el que bien puede tener repercusiones patrimoniales o extrapatrimoniales, y como tal dar lugar a

¹CNCiv., Sala F, 26-11-99, “García, José c/Microómnibus Norte SA Monsa y otro”.

²CNCiv, Sala B, 11/2/93, “García, Gustavo A. y otro c/Dos Santos Goncalves, María A. s/sumario”, ED, 152-491.

una indemnización por daño moral o daño patrimonial, por lo que no resulta atendible considerarlo como un tercer tipo de perjuicio, ofreciéndose innecesario en nuestro país, en el que impera una concepción amplia del daño moral”³. “Las consecuencias disvaliosas descritas en el rubro “daño biológico” (dolores físicos, potencia sexual disminuida, minusvalía física, imposibilidad de realizar determinada actividad deportiva) se encuentran subsumidas en el rubro daño moral, en tanto implican una repercusión disvaliosa en el espíritu del actor, y en el daño patrimonial si su padecimiento se hubiera reflejado en la necesidad de afrontar un determinado gasto o una privación de una ganancia cierta, por lo cual no se lo indemniza de modo autónomo”⁴.

Dentro de esta orientación (quienes niegan la autonomía), hay quienes sostienen que el daño a la salud se encuentra subsumido dentro de la incapacidad sobreviniente: “El daño biológico carece de autonomía y, en la medida en que incida en el aspecto laboral –como una privación de ganancia futura-, queda aprehendido en el rubro incapacidad sobreviniente”⁵.

De este modo se observan las distintas posturas que existen en la actualidad, referentes a la consideración, o no, del daño a la salud como rubro independiente. Tesituras que surgen tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, y que reflejan una ausencia notable en lo referente al marco normativo de este daño.

Aun así, resulta meritorio el aporte efectuado por el derecho comparado, y más precisamente por la legislación, doctrina y jurisprudencia italiana, en lo que hace al tratamiento del daño a la salud y sus fines indemnizatorios.

Ahora bien, el trabajo final de graduación se divide en tres partes fundamentales: en la primera, correspondiente a los capítulos I y II, se desarrollarán los aspectos generales del daño, y se analizarán diversos puntos concernientes al daño a la salud, su conceptualización, lo relativo a los nuevos daños, daños a la persona, el derecho a la salud y su relevancia en el plano internacional.

³CCCom. De San Martín, Sala II, 10-11-2005, “Pía, María Isabel c/Gómez, Alejandro y ot. s/Daños y Perjuicios”, Juba B2003885.

⁴CCCom. de Mar del Plata, sala II, 16-12-2003, “Castrillón, Leandro c/Centro Navarro Sud; Sparza, José Oscar y otros s/Daños y perjuicios”.

⁵CNFed. CC, sala III, 7-4-2006, “Billordo, Herminio J. c/Estado Nacional y otro”.

La segunda parte, correspondiente a los capítulos III y IV, la más importante del trabajo, estará referida al análisis de las diversas posturas o teorías que consideran al daño a la salud como un rubro independiente a los fines indemnizatorios, como así también las numerosas posiciones que se oponen a tal consideración.

Y, por último, se desarrollará la tercera parte, comprendida en los capítulos V y VI, en la que se tratarán aspectos relativos a la prueba y a la legitimación del menoscabo a la salud.

Finalmente, y en base a todo lo esbozado a lo largo del trabajo, se intentara emitir una conclusión respecto a la problemática optada, procurando asimismo, brindar una postura personal conforme al análisis realizado en el desarrollo de la obra.

En cuanto a los objetivos más relevantes del presente trabajo, pueden resumirse de la siguiente manera: a- destacar la importancia del surgimiento en la actualidad de los denominados “*nuevos daños*”; b- definir el daño a la salud y caracterizar al mismo; c- comparar el daño a la salud con otros rubros que surgen de los mencionados nuevos daños: daño estético, daño psíquico, daño sexual, etc.; d- desarrollar los rasgos más relevantes del daño a la salud; e- definir y analizar las distintas posiciones que han surgido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia respecto a la consideración del daño a la salud como rubro autónomo a los fines resarcitorios y asimismo las posturas que niegan dicha independencia; f- desarrollar aspectos relativos a la prueba del daño a la salud y su legitimación.

Metodología:

La metodología se refiere al estudio de las reglas o normas que eventualmente ordenan o pautan los procedimientos de investigación con arreglo a ciertos valores cognoscitivos (claridad, coherencia, objetividad, etc.). La metodología describe, valora y, en cierto modo, prescribe un conjunto de reglas, procedimientos y criterios que el investigador debe considerar para construir y validar conocimientos científicos. La metodología estudia los procedimientos y las acciones que debe seguir el investigador para construir conocimiento científico, como de una serie de criterios y reglas que permitan valorar si ese conocimiento alcanza o no el rango de científico (Yuni & Urbano, 2003, pág. 9).

La investigación tiene la intención de realizar una contribución original al conocimiento (Scavone, 2002, pág. 2).

Por lo general, la meta del investigador consiste en describir fenómenos, situaciones, contextos y eventos; esto es, detallar cómo son y se manifiestan.

El tipo de estudio que se empleará en el presente trabajo corresponde al denominado como *descriptivo* el cual apunta a hacer una descripción del fenómeno bajo estudio, mediante la caracterización de sus rasgos generales. Estos estudios no implican la comprobación de hipótesis, ya que su finalidad es describir la naturaleza del fenómeno a través de sus atributos (Yuni & Urbano, 2003, pág. 47).

Este tipo de investigación es el que mejor se ajusta a la temática elegida, ya que busca especificar las propiedades, las características y los perfiles de cualquier fenómeno que se someta a un análisis. Este tipo pretende medir o recoger información de manera independiente o conjunta sobre los conceptos o las variables a las que se refieren (Hernandez Sampieri, Fernandez Collado, & Baptista Lucio, 2010, pág. 80).

La estrategia a emplear en el trabajo será el método cualitativo puesto que se busca descubrir, profundizar, captar el sentido que los sujetos dan a sus acciones. Dicho método sostiene la especificidad de las ciencias sociales. El énfasis está puesto en la descripción, en el lenguaje y en los aspectos micro de la vida social.

El enfoque cualitativo busca principalmente “dispersión o expansión” de los datos e información, mientras que el enfoque cuantitativo pretende intencionalmente “acotar” la información (medir con precisión las variables del estudio). Desde éste enfoque

(cualitativo), se utiliza la recolección de datos sin medición numérica para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación.

Asimismo, en el caso del proceso cualitativo, la muestra, la recolección y el análisis son fases que se realizan prácticamente de manera simultánea. Estos estudios pueden desarrollar preguntas e hipótesis antes, durante o después de la recolección y el análisis de los datos (Hernandez Sampieri, Fernandez Collado, & Baptista Lucio, 2010, pág. 7).

Delimitación temporal: la temática a investigar abarca un período de tiempo reducido que comprendería aproximadamente desde mediados del año 1985, etapa en la que comenzaron a surgir fallos y trabajos doctrinarios relevantes respecto a los nuevos daños, y en particular, al daño a la salud. Periodo que se extiende hasta la actualidad, en donde los aportes, tanto jurisprudenciales como los brindados por la doctrina, se han incrementado de manera considerable, lo cual permite aclarar diversos aspectos relacionados con la problemática abordada.

Nivel de análisis del estudio: de acuerdo a los niveles jurídicos de análisis, a los cuales está referida la investigación, comprende, en especial, el estudio de los aportes doctrinarios y jurisprudenciales, propios del ámbito nacional y provincial. Asimismo abarca el estudio del aporte legislativo que brinda el Código Civil, en lo que respecta al art. 1068 y conchs.

CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES.

En este primer capítulo se desarrollarán aspectos generales que se vinculan con la temática en cuestión, en especial con el área que envuelve la problemática que es objeto del presente trabajo. Cuestiones que enriquecen y que brindan una cabal importancia en cuanto a la comprensión de todos los demás capítulos que integran este trabajo final.

1. El daño. Definición.

El daño es el primer elemento de la responsabilidad civil, puesto que sin él no hay *acto ilícito punible*, así como lo dispone el art. 1.067 de nuestro Código Civil, el cual reza: No habrá acto ilícito punible para los efectos de este código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia. El daño es el primer elemento, puesto que el problema de la responsabilidad civil del agente comienza recién a plantearse cuando existe un daño causado. Ahora bien, y desde un punto de vista cronológico y/o temporal, el daño sería el último elemento en aparecer como consecuencia o resultado de la acción antijurídica (Cazeaux & Trigo Represas, 2003, pág. 399).

Pizarro y Vallespinos señalan la importancia que implica, tanto para el damnificado como para el sindicado como responsable, la determinación de aquello que se entiende por daño, es decir, de su conceptualización. Acertadamente, estos autores advierten la presencia de enfoques que no coinciden a la hora de brindar el concepto de daño (Pizarro & Vallespinos, 1999, pág. 636).

Dichos autores han dividido estas orientaciones en tres doctrinas, las cuales se encuentran sustentadas por numerosos fallos al respecto, tanto de orden nacional como provincial. Ellas son:

- Doctrina que identifica daño con lesión a un derecho subjetivo (patrimonial o extrapatrimonial): de acuerdo a esta tesitura, el daño consiste en la lesión a un derecho patrimonial (daño patrimonial) o extrapatrimonial (daño moral). Esta distinción radica en el distinto carácter del derecho lesionado y guarda relación con la gran división de los derechos. De esta manera, la lesión de un derecho patrimonial debería generar un daño de esa naturaleza, así como la lesión a los derechos extrapatrimoniales debería producir un

daño moral. Sostienen esta teoría autores como Josserand, Tunc, Lalou, Salas, entre otros. Asimismo, encontramos diversos fallos que sustentan esta doctrina⁶.

Sin embargo, no es exacto que la lesión a un derecho extrapatrimonial arroje necesariamente un daño de esa índole. Por lo general, un menoscabo de aquella naturaleza puede generar, además del daño moral, también uno de carácter patrimonial. Lo mismo sucede de manera inversa, es decir, existe la posibilidad de que la lesión a derechos patrimoniales sea susceptible de causar, al mismo tiempo, no sólo daño patrimonial sino también de carácter moral.

• Doctrina que identifica daño con lesión a un interés legítimo: Quienes se adhieren a esta tesitura estiman que el daño consiste en la lesión a un interés que es presupuesto de un derecho. La distinción entre daño patrimonial y moral no radicaría, en el distinto carácter del derecho lesionado, sino en el interés diverso que actúa como presupuesto de ese derecho. Y como un mismo derecho puede tener como presupuesto intereses de distinta índole (ya sean patrimoniales o extrapatrimoniales), es esto último lo que debería computarse a la hora de determinar si el daño asume uno u otro carácter. Entre quienes sustentan dicha doctrina encontramos estudiosos del derecho tales como: Bustamante Alsina, Bueres, Zannoni, Vázquez Ferreyra, entre otros. Existen diversos fallos que avalan esta postura⁷.

Esta doctrina, al igual que la anterior, es objeto de diversas críticas, pues confunde las expresiones daño en sentido amplio y daño resarcible.

• Doctrina que toma en cuenta el resultado o consecuencia de la acción que causa el detrimento: esta postura, aceptada por cierto, considera que para determinar el concepto de daño es necesario efectuar una distinción, que surge de la letra y del espíritu de nuestra legislación: daño en sentido amplio y daño resarcible.

En un sentido amplio, el daño consiste en la ofensa o lesión a un derecho a un interés no legítimo de orden patrimonial o extrapatrimonial. El derecho civil pone su mira en este daño (en sentido amplio), especialmente a la hora de prevenir o hacer cesar conductas

⁶“Cam. 5ª Civ. y Com. Córdoba, SPLL, 1981-3159; CNCiv., Sala A 13/5/82, LL, 1982- D-415.”

⁷“Cam.1ª Civ. y Com. Bahía Blanca, Sala II, 24/08/82, ED 102-672, CNCiv., Sala C, 31/8/81, ED. 96-641, CNCom., Sala B, 1/6/88, JA, 1989-IV”.

lesivas para los derechos o intereses individuales y colectivos cuando se trata de punir graves transgresiones.

Por otro lado, el Código Civil atribuye otro significado a la palabra daño, al tiempo de considerarlo como elemento o presupuesto de la responsabilidad civil (daño resarcible)⁸. De esta manera, el daño es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. Por lo tanto, entre la lesión y el menoscabo existe una relación de causa – efecto; el daño resarcible es esto último (Pizarro & Vallespinos, 1999, pág. 637).

2. El daño resarcible. Noción,

El daño es la expresión de la crisis en el sistema de gobernabilidad de la sociedad, y como tal es recogido por la teoría general para determinar si, mediante condicionamientos que el mismo sistema trata de imponer, puede o no transformarse en categoría jurídica de daño reparable.

El problema y el objeto de estudio no se encuentra precisamente en los condicionamientos que el sistema impone para la transformación, pues están ligados a una cuestión de poder en las sociedades (Gherzi, 2003, pág. 61).

La comprensión del daño resarcible debe partir del fin perseguido, que es la reparación del perjuicio experimentado por la víctima. Ello al margen de procurar, si fuese posible, su evitación, pero ante la producción de aquel, ya se ha consumado el problema nocivo: solo resta compensar al afectado y, en su caso, intentar que el menoscabo no se agrave.

De esta manera, el daño adquiere relevancia cuando atenta contra intereses ajenos, es decir, si afecta “a otro”. De este modo puede surgir la relación jurídica de responsabilidad.

Sin embargo, cuando ella se traduce en una reparación (y no en la prevención del menoscabo, ni tampoco en el castigo del responsable) la noción sobre daño no puede separarse de su calidad como resarcible, es decir, susceptible de una compensación destinada al afectado, ya que es el tema a esclarecer en una responsabilidad resarcitoria.

El daño constituye eje esencial de dicha responsabilidad, pues sin él no hay nada que indemnizar.

⁸Código Civil, Arts. 1068,1069 y conchs.

La noción sobre daño resarcible y sus manifestaciones no constituye cuestión puramente teórica, sino el hilo conductor hacia soluciones indemnizatorias. No existe creación científica fructífera y de verdadera jerarquía, sin coherencia con la funcionalidad que debe presidirlas.

Cuando el ordenamiento se orienta a brindar una reparación, no puede establecerse una separación tajante entre el daño y su potencialidad (o no) como resarcible. Esta no constituye eventual y ulterior complemento de aquel, si no condición tajante o soporte integrativo para resolver cualquier efecto jurídico dentro del presente sistema (Zavala de González, 2009, pág. 1).

3. Daño Patrimonial y Daño Moral.

Tradicionalmente, y con apoyo en nuestro código civil argentino, el daño resarcible seclasifica en patrimonial (material o económico) y moral (espiritual o existencial).

El daño patrimonial es el que menoscaba el patrimonio de una persona, como conjunto de valores económicos y que, por tanto, es susceptible de apreciación pecuniaria; y puede manifestarse en dos formas típicas: como la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, es decir como un empobrecimiento del patrimonio (el daño emergente), o bien como la frustración de ventajas económicas esperadas, es decir, como la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto (lucro cesante).

El daño moral es, en cambio, en términos generales, aquella especie de agravio implicado por la violación de alguno de los derechos inherentes a la personalidad, o sea de esos derechos subjetivos que protegen como bien jurídico las facultades o presupuestos de la personalidad: la paz, la integridad física, la tranquilidad de espíritu, el honor, sagrados afectos, la vida íntima, etc., o sea, en una palabra “las afecciones legítimas” (Cazeaux & Trigo Represas, 2003, pág. 400).

En la actualidad, han quedado suprimidas las voces de aquellos quienes negaban la necesidad de reparar el daño moral, todo ello gracias a la formidable preocupación que la doctrina le ha dedicado para revelar y comprender la significación de ese aspecto del daño.

Matilde Zavala de González acertadamente ha considerado, al daño moral, como una modificación disvaliosa, anímicamente perjudicial del espíritu, que se traduce en un modo

de estar de la persona diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho (Zavala de Gonzalez, 2003, pág. 36).

CAPÍTULO II: LOS NUEVOS DAÑOS. DAÑO A LA SALUD.

Habiendo desarrollado y analizado en el capítulo anterior aquellos aspectos más relevantes del daño, los que servirán de mucha ayuda para la interpretación de la presente obra, en esta segunda parte nos adentraremos en cuestiones referentes al surgimiento de los denominados *nuevos daños* como terceras categorías a los fines indemnizatorios, y aquellos asuntos vinculados con el daño a la salud.

1. Los nuevos daños como terceras categorías.

En la actualidad se pone cada vez más énfasis en la necesidad de asegurar, a quien ha sido víctima de un daño injusto, la integridad de la reparación de todos los perjuicios. Respecto a los Derechos inherentes a la persona, es loable el importante avance para formar una conciencia universal sobre el tema, que significan, o mejor dicho, que han significado las declaraciones y convenciones internacionales, por lo que esperemos se pase al terreno de su efectiva concreción práctica (Gherzi, 1995, pág. 69).

Existe una tendencia a suprimir la concepción tradicionalista de reparación, solo consistente en el reconocimiento indemnizatorio del daño moral y del daño patrimonial. Son diversas las posturas y/o tesis existentes que consideran o reconocen la reparación, como rubro autónomo a los fines indemnizatorios, de muchas especies de daños, como sucede, por ejemplo, con el daño a la salud -objeto de este trabajo-, el daño psíquico, el daño estético, daño sexual, etc. (a los cuales haré una breve referencia a continuación).

Asimismo, existen algunas posturas, tanto doctrinarias como jurisprudenciales, que sostienen la reparación de estos nuevos daños, no como rubros independientes sino subsumidos dentro del daño patrimonial o bien dentro del daño extrapatrimonial.

2. Diferentes tipos de “nuevos daños”.

Son diversos los factores a través de los cuales surgen o han surgido estos nuevos daños: políticos, económicos, culturales, ecología y medio ambiente, daños derivados de la actividad industrial y de la actividad profesional, daños derivados de actos del poder judicial, entre otros. Sin embargo, en este punto solo se realizará una breve reseña de

aquellos detrimentos sufridos por el ser humano que más se encuentran relacionados al tema central de esta obra, el daño a la salud:

• **Daño psíquico y psicológico:** el daño psíquico o emocional es un daño que no incide en el cuerpo humano sino en la estructura anímica o alma de la víctima. También ha sido definido como la alteración de la personalidad, la perturbación patológica del equilibrio emocional que entraña una descompensación significativa que perturba su integración en el medio social (Azpeitía, Lozada, & Moldes, 1998, pág. 109).

Existe una disparidad de criterios, tanto doctrinarios como jurisprudenciales, en cuanto a su categorización, es decir si se trata de un ítem autónomo o no.

La tendencia jurisprudencial uniforme y casi unánime, considera autónomo al daño psicológico, y le asigna el ámbito o lógica de razonamiento como una función central de la integridad de la persona (Gherzi & Weingarten, 2006, pág. 89).

La autonomía del daño psicológico respecto al daño moral, deviene de que el primero se relaciona con la integridad de la lógica del razonamiento (incluso hoy se divide entre daño psíquico o neurológico y daño psicológico, que tiene que ver con el desarrollo de los programas de sistemas lógicos para la incorporación de valores y culturización); en cambio el segundo se relaciona con los sentimientos (amistad, relaciones de familia, etc.) y así es la tendencia jurisprudencial hoy fundada en la incorporación de los tratados internacionales receptados en la reforma constitucional de 1994 (Gherzi & Weingarten, 2005, pág. 157).

Hay quienes se oponen y categorizan al daño psíquico englobado dentro de otros rubros principales, sosteniendo que el daño psíquico no constituye ítem autónomo, ya que la lesión a la psiquis puede producir minoraciones (daños) a intereses patrimoniales o espirituales. Es decir, que desde esta concepción, la alteración somática llega a manifestarse resarcible a título de daño material o moral, esto último en la medida de sus repercusiones anímicas⁹.

• **Daño espiritual:** éste nuevo tipo de daño afecta al núcleo vivencial del ser humano, esto es, al sí mismo de cada cual.

⁹CNTrab., Sala VII, 11/9/86, "Salgado", Rev. "Derecho del Trabajo", t. 1987-A, p. 607, Rev. "Doctrina Judicial", t. 1987-2, p. 341.

La condición de persona del ser humano se engrandece y va conformándose a lo largo de la vida, en tanto y en cuanto el hombre eleve su espiritualidad hacia lo absoluto, sea cual fuere el nombre con que lo designe y el culto que profese.

El sentido espiritual del ser humano ensalza a la persona de tal modo que conlleva a una reflexión: si desde lo jurídico tanto se ha escrito sobre los bienes inherentes al hombre que trasuntan en derechos humanos, cobra valor de sumo bien el derecho a la fe, a la espiritualidad, el cual es más amplio que aquel que garantiza el libre ejercicio de un culto.

De esta manera, existe responsabilidad y reparabilidad por la lesión al sentimiento más puro y de mayor valor de toda persona: la espiritualidad y la religiosidad.

Sin embargo, el carácter resarcitorio de este daño queda librado a la apreciación judicial (Ghersí, 2003, pág. 84).

• **Daño estético:** la lesión estética constituye un detrimento corporal con frecuente relevancia dentro de los daños al ser humano. Puede definirse, en un sentido amplio, como una alteración del aspecto habitual que presentaba la víctima antes del hecho dañoso. Es todo menoscabo que resulta de una desfiguración, disminución o pérdida de la belleza física de una persona. La modificación del estado físico del sujeto supone un peculiar desvalor: la alteración debe ser desfavorable desde el punto de vista estético.

La autonomía del daño estético es conceptual y avalada hoy por los tratados internacionales incorporados en la reforma constitucional de 1994, como parte de los derechos humanos fundamentales de la persona (Ghersí & Weingarten, 2005, pág. 156).

Sin embargo, la tendencia predominante derivada tanto de la doctrina como de la jurisprudencia considera que la lesión estética no configura un supuesto autónomo con relación al daño patrimonial y al daño moral, es decir, no constituye un tercer género entre ambos daños. En tal corriente se ha enrolado la Corte Suprema Nacional¹⁰ cuando expresa que el daño estético no es autónomo del daño moral o material sino que integra uno u otro según sea el caso a resolver (Azpeitia, Lozada, & Moldes, 1998, pág. 104).

Es destacable el aporte del jurista Alberto J. Bueres, quien enseña que la lesión estética podrá afectar el plano espiritual importando un sufrimiento o aflicción (órbita del daño moral), o bien podrá vulnerar un aspecto económico ocasionando, por ejemplo, la

¹⁰“Turró, María C. c/Moraña, Roberto y Prov. de Mendoza s/sumario, 16/12/83”.

pérdida del trabajo o posibilidades de conseguir empleo (ámbito del daño patrimonial) (Bueres, 1994, pág. 268).

• **Daño sexual:** la Organización Mundial de la Salud ha definido a la salud sexual como el estado de bienestar físico, emocional, mental y social relacionado con la sexualidad; no es meramente la ausencia de enfermedad, disfunción o debilidad. La salud sexual requiere un acercamiento positivo y respetuoso hacia la sexualidad y las relaciones sexuales, así como la posibilidad de obtener placer y experiencias sexuales seguras, libres de coerción, discriminación y violencia. Para que la salud sexual se logre y se mantenga, los derechos sexuales de todas las personas deben ser respetados, protegidos y cumplidos.

El daño a la salud sexual puede provenir de lesiones anatómicas o funcionales, de origen físico o bien a raíz de traumas psíquicos, como ocurre en acosos sexuales o indebidas manipulaciones de un paciente durante el tratamiento psiquiátrico o psicológico (Zavala de González, 2009, pág. 303).

En cuanto a la autonomía de este menoscabo, la postura predominante considera que no constituye un rubro per se, sino fuente de daños morales y eventualmente económicos.

• **Daño a la vida de relación:** las diversas lesiones a la incolumidad personal (estéticas, psíquicas, incapacitantes) gravitan en la vida en relación de la víctima.

El hombre que sufre un daño inmerecido no vive en soledad sino en el mundo y con los demás. La persona para el Derecho no es igual que “individuo”, puesto que es inherente al hombre la faceta comunitaria.

Esta dimensión social se desenvuelve en planos inagotables: laborales, recreativos, deportivos, artísticos, culturales, productivos, etc.

El daño a la vida de relación puede perfilarse como la imposibilidad o dificultad del sujeto disminuido en su integridad para reinsertarse en las relaciones sociales o mantenerlas en un nivel normal¹¹.

Este menoscabo no constituye una categoría diferente de las tradicionales, sino que debe encuadrarse dentro de alguna de éstas, es decir, puede producir repercusiones espirituales o materiales, o bien ambas. Así lo ha determinado la jurisprudencia predominante (Zavala de González, 2009, pág. 285).

¹¹ C7ªCivCom Córdoba, 2/11/93, LLC, 1994-474.

3. Daños a la persona.

Dentro de la órbita resarcitoria, todo daño es inferido a una persona, pues siempre repercute sobre alguien. Constituye ineludible recaudo de cualquier perjuicio indemnizable, el principio de su personalidad: debe afectar intereses propios de la víctima.

Es decir, se vincula con menoscabos donde la materia lesionada es la persona considerada intrínsecamente, en cualquiera de sus facetas, atinentes a la integridad psicofísica, espiritual o social, incluyendo las relativas a la dignidad personal.

Sin embargo, suelen diferenciarse los detrimentos inferidos al sujeto como distintos a los que menoscaban algún objeto o bien, el daño a las personas o las cosas, a título de subdivisión separada de la que discrimina entre daños patrimoniales y morales, aunque admitiendo que aquellos puedan generar consecuencias nocivas en estos otros dos ámbitos.

Se restringe más la terminología, o bien el concepto, cuando los daños a las personas son reducidos a determinadas proyecciones nocivas, como la incolumidad física y mental, y excluyendo perspectivas que atañen a su dignidad: el honor, la intimidad, la libertad, etc.

De esta manera, y más estrechamente, los daños a las personas serían aquellos que afectan su cuerpo o *salud*, dejando de lado otros intereses espirituales más intangibles.

En el caso que nos atañe, corresponde brindar una especial atención a los menoscabos infligidos a la salud, sobre todo incapacitantes (Zavala de González, 2009, pág. 39).

4. El daño a la salud. Noción, concepto y terminología.

Existen algunas discrepancias respecto a la terminología entre el daño biológico y el daño a la salud, tales como que el primero afectaría la incolumidad estática del ser humano, mientras que el segundo, su desenvolvimiento dinámico.

Sin embargo, y acudiendo al sentido común, no se logra distinguir los confines entre uno y otro desmedro, por lo que las expresiones sobre el daño biológico o a la salud son apreciables con elemental sinonimia.

El daño biológico o a la salud afecta la integridad psicofísica y social del ser humano, y constituye uno de los menoscabos más significativos dentro de los atentados a la incolumidad personal.

Es así, y desde una perspectiva resarcitoria que suele asumir mayor gravedad que la pérdida de una vida, pues ésta nada vale para el que murió y solo resta examinar las irradiaciones nocivas de su extinción en quienes siguen existiendo.

El daño a la salud, cualquiera sea su encuadramiento, implica una modificación negativa del equilibrio físico, psíquico o relacional (Zavala de González, 2009, pág. 41).

Si se considera que el bien jurídico protegido es la salud, toda persona tiene derecho a que su integridad física no sea dañada y si eso ocurre debe ser indemnizado conforme al principio de reparación integral.

La jurisprudencia, en numerosas oportunidades, ha proclamado que tras el concepto de daño biológico no se esconde otra cosa que un perjuicio físico en sentido naturalístico, el que bien puede tener repercusiones patrimoniales.

El daño a la salud es aquel que agrede la integridad físico-funcional del ser humano como todo sistémico. El ser humano es único e irrepetible, y la compulsión que puede sufrir por las distintas vicisitudes de la vida transforma su personalidad y su conducta, por lo que difícilmente pueda ser el mismo (Gherzi, 2003, pág. 82).

Es decir, se entiende por daño a la salud al que parte de la base de una integridad corporal que no ha quedado intacta.

El concepto de daño biológico, comprensivo de cada disminución de la integridad psicofísica de la persona, considerada en sí por sí en cuanto incide sobre el valor hombre en toda su concreta dimensión, no se agota en la actitud de producir riqueza, sino que reúne la suma de las funciones naturales referidas al sujeto en el ambiente en que su vida se desarrolla, y tiene relevancia no solo económica sino también biológica, cultural y estética¹².

Independientemente de cuál es la naturaleza jurídica del concepto de daño biológico, es decir, si se repara como daño material, como daño moral, o como un tercer género autónomo, existe cierto consenso en nuestros Tribunales en que el ataque o daño a la integridad física es indemnizable.

4.1. El derecho a la salud.

¹²CNCiv, Sala B, 11/2/93, "García, Gustavo A. y otro c/Dos Santos Goncalves, María A. s/sumario", ED, 152-491.

En este apartado se desarrollarán aquellas cuestiones más relevantes al derecho a la salud, y que resultan de vital importancia a la hora de analizar y comprender el menoscabo a la salud. Derecho que en la actualidad se encuentra amparado tanto constitucional como internacionalmente, por lo que ha resultado, en diversas oportunidades, generador de fundamentos a la hora de determinar la autonomía del detrimento a la salud y su finalidad resarcitoria.

La Corte Suprema ha considerado que el derecho a la vida -que incluye a la salud- es el primer derecho de la persona garantizado por nuestra Constitución Nacional y por Tratados Internacionales, y constituye un valor fundamental respecto del cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental¹³.

El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales (Ahargo, 2015).

El derecho a la salud, entonces, es un corolario del derecho a la vida y se encuentra por ello en el vértice de la pirámide valorativa de nuestra Constitución, tal como lo ha manifestado la propia Corte Federal.

El derecho a la salud es un derecho multidimensional, ya que su satisfacción implica la consecución de varios estándares de calidad de vida (físico, mental, etc.).

Es un derecho de tendencia expansiva, pues su contenido no es estático, ya que la evolución del hombre y los adelantos tecnológicos y científicos han ido variando en el tiempo los estándares mínimos que conforman una "existencia digna" para cualquier habitante de una sociedad dada.

Es así que el derecho a la salud pasa a constituirse en un objetivo jurídico - político a lograr por el sistema, ya que se habla del derecho a una mejor calidad de vida, fin valioso en cuya protección está interesado el orden público, ya que el derecho a la preservación de la salud es un corolario del derecho a la vida.

El derecho a la salud, reconocido como atributo inherente a la dignidad humana y, por ende, inviolable, representa por ello una directa y constante interpelación a los jueces,

¹³M. N. C. c/ Swiss Medical S.A s/ sumarísimo. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. Sala III. 11-nov-2014.

como una manda de jerarquía superior, que reclama la búsqueda de los medios más idóneos para su consagración efectiva (Suárez, 2010).

4.1.1. Concepto de salud.

La Organización Mundial de la Salud ha esbozado un concepto de salud, sosteniendo que se trata de un estado de completo bienestar, físico, mental y social.

En cambio, para el derecho, la salud es una noción relativa, pues se determina en comparación con la situación, o estado, precedente de la víctima. De esta manera, lo que empeora esa previa normalidad, cualquiera fuese su calidad de vida, perjudica su salud, aunque no consista estrictamente en una enfermedad.

Pues ello implica, como lo dijimos con anterioridad, una modificación negativa del equilibrio físico, psíquico o relacional, y esta alteración se percibe de manera objetiva, a partir de su realidad exterior y sin necesidad de penetrar en la intimidad anímica, es decir, el damnificado vive peor, sufra o no por ello (Zavala de González, 2009, pág. 41).

4.1.2. Fuente constitucional e internacional del derecho a la salud.

El derecho a la salud forma parte del sistema internacional y nacional de derechos humanos. Existe el reconocimiento y la protección no sólo por la incorporación de tratados de derechos humanos en la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22), sino en el art. 42 de la Ley Fundamental que establece la protección de la salud. Tiene vigencia un derecho internacional que resguarda y protege la salud fundado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art 25, ap. 1º), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (ap. XI), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 12, numeral 3º; 8º, numeral 3º, ap. b; 21 y 22, numeral 2º), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (art. 5), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer (arts. 10, ap. h, y 11, aps. d y f), la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 10, ap. 2º; 14; 15, ap. 2º; 17; 24, numerales 1º y 2º; 25; 29; 32) y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, ley 24.556 (ap. X), y es un bien tutelado con fuente patria.

Asimismo, en la órbita provincial, el derecho a la salud está garantizado en diversas constituciones, como por ejemplo, la de Buenos Aires (arts. 36, 37 y 38), en la de Córdoba (arts. 19, inc. 1º; 38, inc. 9; 44, 59 y 66), la correspondiente a la Provincia del Chaco (su Preámbulo y arts. 29, 36, 47 y 76), Neuquén (arts. 27, 134 a 141, y 21 que incorpora como texto constitucional la Declaración Universal de Derechos Humanos), la Constitución de Santiago del Estero (arts. 21 al 26), entre otras.

La persona humana, en materia de salud, tiene estatus de sujeto internacional cuando actúa ante un tribunal internacional, y también goza de esa clasificación cuando actúa en el ámbito nacional por vía de derechos personalísimos (Mosset Iturraspe & Lorenzetti, 2009, pág. 151).

4.1.3. Vigencia del derecho a la salud. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los tratados de derechos humanos se incorporan con jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia y no derogan artículo alguno en la primera parte de la Constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos (art. 75, inc. 22).

Los tribunales nacionales deben seguir la efectiva aplicación de los tratados internacionales y para ello se obligan al texto y a la doctrina de los tribunales internacionales competentes para la aplicación e interpretación del convenio internacional.

En el fallo “Giroldi”, la Corte Federal sostuvo que el Pacto de San José ha sido establecido por expresa voluntad del constituyente en lo que hace a las condiciones de su vigencia (art. 75, inc. 22, 2º párrafo) esto es, tal como la Convención mencionada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por parte de los tribunales internacionales competentes para su intervención y su respectiva aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (arts., 75, Constitución Nacional; 62 y 64, Convención Americana, y 2º, Ley 23.054) (Mosset Iturraspe & Lorenzetti, 2009, pág. 153).

Los tribunales internacionales son intérpretes del Derecho Internacional, y las sentencias nacionales deben siempre seguir el sentido y consideración del organismo internacional de control.

CAPÍTULO III: EL DAÑO A LA SALUD COMO RUBRO AUTÓNOMO. TEORÍAS A FAVOR.

Como se dijo anteriormente, el daño a la salud afecta la integridad psicofísica y social de la persona, y es uno de los menoscabos más relevantes dentro de los atentados a la incolumidad personal. Existen en la actualidad diversas tesis, ya sean a favor o en contra, que exponen sus argumentos respecto a la independencia del daño biológico a los fines indemnizatorios. En este capítulo, se exhibirán aquellas posturas, que de una u otra manera, están orientadas a la consideración del daño en cuestión como rubro autónomo.

1. Posturas que admiten la autonomía del daño a la salud. Doctrina y jurisprudencia.

El carácter codicioso que se le asigna a la concepción tradicional de reparación, que clasifica al daño resarcible en moral y patrimonial, ha inducido al surgimiento de una postura que considera al daño a la salud como autónomo, en el sentido de que todo menoscabo sufrido por la persona, ya sea de orden físico, psíquico o social, debe constituirse en objeto de resarcimiento, aunque no afecte la capacidad productiva, ni se perciba o demuestre el dolor del damnificado.

1.1. Teoría general sobre categorías independientes.

Son diversos los argumentos con los que se ha procurado consolidar la autonomía del daño a la salud. Entre ellos, se sostiene que los criterios tradicionales son injustamente discriminatorios, porque dan al rico su riqueza y al pobre su pobreza, fortaleciendo desigualdades sociales y sobre todo económicas, las que pretenden ser subsanadas por preceptos o principios constitucionales. Zavala de González expone, a título ilustrativo, un horroroso precedente italiano, en donde se indemnizó la incapacidad permanente del hijo de un albañil, tomando como parámetro el ingreso económico del padre, bajo la injusta premisa de que aquél habría llegado a desempeñar idéntica actividad.

Es interesante el aporte perpetrado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia italiana, dentro de esta orientación, a tal punto de que se postula allí la configuración del

denominado *daño biológico siempre resarcible*, en el sentido de que la salud, como tal, constituye objeto de un autónomo derecho primario y absoluto. Tal es así, que se reconocen perjuicios no patrimoniales resarcibles, que son calificados como distintos del moral, por lo que algunos emplazan allí el daño a la salud.

Conforme a esta orientación y ante la existencia de un hecho lesivo que atenta contra la incolumidad personal, surgiría, como categorías indemnizatorias, un *daño patrimonial* (gastos terapéuticos y posible pérdida de ganancias), un *daño moral* (sufrimientos de la víctima y eventualmente de allegados) y un *daño a la salud*, resarcible por sí, como rubro autónomo, con total exclusión de consecuencias económicas o anímicas. De esta manera, éste último supuesto es indemnizable siempre y de manera igualitaria para lesiones similares (Zavala de González, 2009, pág. 42).

Al respecto, nuestra jurisprudencia ha proclamado esta tendencia en diversas oportunidades, como se citará, a modo de ejemplo; a saber: “es erróneo el argumento de que debe relacionarse el daño moral con la entidad del daño sufrido, porque lo que se repara por dichas vías son cuestiones diversas. Por medio de la incapacidad, se busca reparar los daños físicos, y la merma en la integridad física de la víctima constituye un derecho natural de toda persona de existencia visible. Por el contrario, el daño moral tiende a reparar los padecimientos espirituales, que no se refieren a la incapacidad, sino a los sufrimientos soportados durante el accidente, el período de recuperación los derivados de sus secuelas, comprendiendo asimismo la alteración de los estados del ánimo: la angustia y la tristeza”¹⁴.

1.2. Indemnización del daño a la salud con independencia de proyecciones económicas y morales.

Dentro de esta postura, hay quienes estiman como resarcible el daño a la salud, con autonomía de proyecciones económicas y morales.

La jurisprudencia ocasionalmente así lo ha demostrado: “...aun cuando no haya incapacidad o lesión antiestética, e independientemente del lucro cesante transitorio o del

¹⁴CNCom, Sala B, 19/8/94, LL, 1995-B132.

daño moral que acompaña al padecimiento psíquico o físico, habría que reparar, al menos, el daño a la integridad corporal, por tratarse de un mal hecho a la persona...”¹⁵.

En ocasiones, se defiende la utilidad del concepto respecto al daño a la salud para alcanzar resultados indemnizatorios más justos. Es por ello que con la expresión *mal hecho a la persona* (art. 1068 Código Civil) se ha intentado considerar al hombre como una unidad estructurada, que se expresa a través del cuerpo como de la mente, y con el derecho a conservar esa estructura indemne e intacta. La antigua concepción patrimonial ha dado paso a esta nueva manera de ver lo humano.

Se ha desarrollado la noción de lo patrimonial para abarcar, más allá de los bienes exteriores a la persona, las potencialidades humanas. Así, la integridad del ser humano presenta un valor económicamente instrumental como capital orientado a constituir fuente de beneficios económicos y de cualquier índole, cuya afectación cercena posibilidades de desenvolvimiento futuro (Mendelewicz, 2001).

Sin embargo, para poder ampliar la noción de daño patrimonial, que es legítimo, no es necesario crear un nuevo rubro nocivo (daño a la salud), sino otorgar a aquél la extensión adecuada. Es decir, a fin de que no trate sólo sobre lesiones que menoscaban bienes exteriores del afectado, sino que incluya las que perjudican potencialidades de la persona, como medios para alcanzar esos bienes u otras ventajas que revisten valor económico, aunque no se traduzcan en dinero; verbigracia, bienestar, calidad de vida.

Asimismo, hay tendencias que parecen reputar las lesiones a la integridad psicofísica como daños materiales per se, pero que en la práctica se acercan a la noción del perjuicio patrimonial como resultado de aquellas, puesto que evalúan las minoraciones a título de impedimentos para el logro de beneficios económicos.

Al respecto: “la lesión a la integridad psicofísica es resarcible como daño material, en tanto el ser humano que conserva su plenitud está habilitado para conseguir beneficios para sí o para otros, que son estimables económicamente...”¹⁶.

Sin embargo, resulta contradictorio insertar otra categoría distinta a la par de los daños patrimoniales cuando en la realidad se trata de lesiones que originan esos detrimentos, además de los espirituales (Zavala de González, 2009, pág. 46).

¹⁵CNCiv, Sala L, 14/6/00, JA, 2001-II-269.

¹⁶CFed Corrientes, 12/6/01, LLit, 2002-485.

1.3. Tesitura sobre la autonomía resarcitoria de menoscabos permanentes.

Conforme a esta orientación, el menoscabo a la incolumidad personal debe ser resarcido por separado si el mismo resulta definitivo o permanente.

La jurisprudencia, orientada de esta manera, ha rezado: "...como la vida humana tiene un valor económico en sí misma, con prescindencia de todo perjuicio económico, del mismo modo la lesión de carácter permanente, ocasione o no un daño económico, debe ser indemnizada como valor del que la víctima se vio privada (en el caso, un daño irreversible en la rodilla) resultando relevante no sólo la incapacidad laborativa, sin todos los aspectos de vida de la víctima, tanto en sus proyecciones individuales como sociales..."¹⁷ (Zavala de González, 2009, pág. 49).

Esta orientación, que se aplica a incapacidades permanentes, peca por falta de reflexión, puesto que califica la sustancia de un daño sólo en función de su perdurabilidad, lo cual entraña un factor temporal, que indudablemente incide en la magnitud de aquél, pero no define su entraña esencial.

1.3.1. Teoría que confiere autonomía indemnizatoria a detrimentos somáticos y psíquicos graves.

Como una variante dentro de ésta postura, hay quienes conceden autonomía resarcitoria a menoscabos, psíquicos y somáticos, cuando se encuentran unguados de un austero relieve nocivo.

La jurisprudencia también ha sido conteste respecto a esta orientación: "Si la incapacidad física (y nos referimos al daño biológico), el daño psíquico o el daño estético revisten suficiente envergadura, corresponde su indemnización en forma autónoma e independiente"¹⁸.

Al respecto, y ratificando lo anteriormente dicho, la magnitud o la dimensión de un menoscabo influye para redimensionar la indemnización apropiada, pero nada dice sobre cuál es él, ni tampoco sobre la técnica resarcitoria; es decir, ya sea por vía separada o bien mediante inserción dentro de los espirituales o materiales.

¹⁷CPenalVTuerto, 11/6/01, LLit, 2002-282.

¹⁸CNCiv, Sala K, 16/11/98, LL, 2000-C-948, N° 15074.

1.4. Subsunción del daño a la salud dentro de la incapacidad sobreviniente como daño material.

De acuerdo a esta postura, se absorbe el daño biológico dentro de la incapacidad sobreviniente, valorada en sus aspectos materiales. Así lo han establecido en diversas oportunidades nuestros tribunales: “...el daño a la salud carece de autonomía, y en la medida en que incida en el aspecto laboral y socio-familiar de la víctima, queda aprehendido en el rubro incapacidad sobreviniente...”¹⁹.

Cabe aclarar que no todo daño biológico es incapacitante, y cuando la invalidación se verifica se impone una indemnización mayor que en menoscabos que no producen incapacidad. Más aún, ello no autoriza a separar la sustancia ontológica y jurídica de unos y otros, los cuales presentan como común denominador la de constituir un menoscabo a la incolumidad psicofísica.

Es cierto que la incapacidad sobreviniente entraña una nocividad física cuando el detrimento afecta la integridad somática; pero, al margen de que el origen de la invalidación puede residir en traumas solamente psíquicos, en el ámbito jurídico no cabe confundir una lesión al aspecto físico del afectado, con negativos efectos materiales, entendidos como repercusiones secundariamente productivas.

Jorge M Galdós sostiene que la incapacidad sobreviniente comprende: 1) la capacidad laborativa, o productiva o sea la pérdida de ingresos o la afectación a la concreta aptitud productiva o generadora de ingresos, rentas o ganancias específicas; 2) la capacidad vital o la aptitud y potencialidad genérica, es decir la que no es estrictamente laboral; 3) el daño a la vida de relación o a la actividad social muy estrechamente vinculado con la capacidad intrínseca del sujeto. En este contexto el daño biológico se identifica con el valor intrínseco de la integridad física y psíquica, y estaría comprendido en el concepto amplio de incapacidad sobreviniente (Galdós, 2005).

1.4.1. Equiparación con la incapacidad eliminando el resarcimiento del daño moral.

¹⁹ C3ªCivComMinasPaz y Trib. Mendoza, 26/9/01, “Responsabilidad Civil y Seguros”, 2002-660; ídem, CNCiv, Sala G, 23/5/97, RepJA, 2001-542, N° 424.

Como derivación o variante de la postura antes mencionada, existen aquellos que redimensionan en una escala mayor el resarcimiento por incapacidad sobreviniente, con el objeto de abarcar “todo”, incluyendo así el cese de beneficios materiales, el dolor y la alteración del equilibrio existencial de la víctima.

Al efecto: “...no corresponde incluir como daño moral el daño a la salud, por cuanto de derivar en una incapacidad permanente con influencia en la vida laboral futura de la víctima, corresponde admitir como rubro indemnizatorio independiente el correspondiente a esa incapacidad, incluyendo no sólo el aspecto laboral, sino también el extralaboral y fijar a ese fin una suma única...”²⁰.

Acertadamente Zavala de González considera que de esta manera se construye un rubro indebidamente confuso, ya que si en él se inserta la integral nocividad sin distinguir los ámbitos productivos de los que no lo son, nadie sabrá si la suma única a la postre fijada, se adecua a la gravedad de las secuelas en ambos, por lo general distintos y cuya indefinición no permite apreciar si el resarcimiento es definitivamente justo (Zavala de González, 2009, pág. 51).

1.5. El daño a la salud como rubro distinto de la eventual incapacidad.

Quienes sustentan esta tesitura, consideran que el daño a la salud no sólo es resarcible de por sí, al margen de secuelas espirituales y materiales, sino que además debe ser valorado por separado de la incapacidad sobreviniente que ocasionalmente pueda sobrevenir.

De esta manera, estaríamos hablando de rubros complementarios a los cuales habría que asignarles montos separados, los que al sumarse en su totalidad volverían más justa la indemnización.

Sin embargo, y al margen de reparos sobre posibles duplicidades indemnizatorias, no se advierte por qué dicha disminución de aptitudes deba establecerse fuera del daño patrimonial indirecto por detrimento a la productividad. Así mismo, ya sea que el menoscabo resulte o no incapacitante corresponde evaluar la afectación del equilibrio espiritual producido por un atentado contra la salud (daño moral), al margen de que la

²⁰Capel Noreste Chubut, 25/6/99, DJ, 2000-2-778.

reparación o indemnización deba por tal concepto deba acrecentarse cuando subsisten invalidaciones (Zavala de González, 2009, pág. 52).

CAPÍTULO IV: ARGUMENTOS EN CONTRA RESPECTO AL DAÑO A LA SALUD COMO TERCERA CATEGORÍA.

El propósito de incorporar rubros indemnizatorios autónomos -como sucede con el daño a la salud, objeto de la presente obra- de daños morales y patrimoniales, ha sido y es objeto de oposiciones por parte de aquellos quienes emiten consideraciones al respecto y que se evaluarán a continuación.

1. Confusión entre situación lesiva y daños resarcibles.

Cuando se produce un atentado a un derecho o interés digno de tutela, surge en primer lugar una situación antijurídica, pero no necesariamente un daño indemnizable.

De lo contrario, el perjuicio resarcible se identificaría con la ilicitud, lo que contradice lo previsto por el art. 1.067 del Código Civil según el cual, el acto ilícito, para generar obligación resarcitoria, requiere un daño causado u otro acto exterior que lo pueda causar.

El Derecho de Daños no es sancionatorio, sino reparador, por lo tanto, no se detiene en la lesión, sino que investiga sus resultados (cómo aquella ha gravitado en la esfera patrimonial y moral del afectado). La lesión no es el daño y sí su causa, y los deterioros existenciales por un similar menoscabo a la salud pueden revestir diversa entidad según circunstancias de la víctima (Zavala de González, 2009, pág. 55).

2. Tesis que sostiene que la integridad psicofísica no vale “per se”.

Afirmar que la lesión a la integridad psicofísica implica siempre un daño material, supone que dicho menoscabo representa un desvalor económico en sí mismo, lo cual incurre en error debido a que la incolumidad de los sujetos tampoco tiene un valor económico intrínseco, es decir, no es un bien que esté en el mercado.

Valorar en sí el daño a la integridad requiere inexorablemente la posibilidad de tasar en sí a ésta y, por eso, improponible, ya que no hay un *valor hombre* desde el punto de vista económico de uso, de cambio, ni de tráfico.

Valorar el daño a la persona no significa averiguar o investigar el valor del hombre, ni de su vida en caso de muerte, sino estimar las consecuencias perjudiciales de las

lesiones. No puede calificarse al hombre como elemento constitutivo de su propio patrimonio, como un capital, ya que media imposibilidad tanto teórica como práctica de atribuir un valor en sí a la vida y a la integridad física.

Sin embargo, es acertado afirmar que la vida humana, como así también las aptitudes de la inteligencia, del espíritu, la habilidad técnica y la misma belleza del rostro o del cuerpo, representan un valor patrimonial en cuanto son medios de adquisición de ventajas materiales (Bustamante Alsina, 1993, pág. 204).

La integridad personal no vale materialmente en sí, sino en su despliegue o dinamismo. El valor económico se advierte por la aplicación de las aptitudes del sujeto en ámbitos directa o indirectamente productivos.

Aun cuando una vida se ha extinguido, como cuando el sujeto continúa en vida pero se han mutilado o disminuido sus potencias, esas pérdidas no pueden recuperarse, solo resta resarcir las consecuencias derivadas del detrimento (Zavala de González, 2009, pág. 56).

3. Postura sobre la indebida elaboración de dos nociones diferentes de daño.

Conforme a una postura, el daño moral sería solo un aspecto del daño a la persona, lo que se traduciría en dolores o aflicciones. Indistintamente, los otros daños a las personas (daño a la salud, estético, honor, etc.) serían resarcibles per se.

Ello implica la inconsecuencia de que estos últimos menoscabos se repararían en forma relativamente objetiva, teniendo en cuenta la magnitud de las lesiones mismas, mientras que en la reparación del perjuicio moral se evaluarían los efectos emocionales en qué consiste (Bueres, pág. 237). De esta manera suscitaría el interrogante de cómo considerar nociones distintas de daño, a pesar de ser todos supuestas subdivisiones de uno básico, denominado daño a la persona. Tal incompatibilidad se registra a propósito de daños económicos.

En tal sentido, no cabe admitir que el daño a la integridad personal se convierta en una especie de rubro residual, en el sentido de no probarse un perjuicio económico, al menos se indemnice aquél en cuanto tal (Zavala de González, 2009, pág. 57).

4. Postura que considera que los menoscabos a la salud no siempre generan daños productivos, ni éstos son iguales.

Quienes se adhieren a esta tesis sostienen que la integridad psicofísica sea protegida en la medida para todos, no significa que su detrimento produzca inexorablemente un daño económico para todos ni que, de ser éste real, sea igual para todos.

El perjuicio patrimonial resarcible no coincide con la lesión que se infiere al derecho mismo: la gravedad de la ofensa acarreada a la persona no importa, ni exige, el resarcimiento de inexistentes daños patrimoniales.

Existe una relación entre los bienes personales y los patrimoniales, de un modo diverso y frecuente. Resulta trascendental el reflejo patrimonial en lo que concierne a la personalidad humana; sin embargo, hay una gran distancia desde allí, a afirmar que es relación es necesaria y constante. El nexo resulta variado y frecuente, pero siempre eventual: los bienes personales, que en sí y por sí no son bienes patrimoniales, pueden ser fuente de bienes patrimoniales y pueden también no ser fuentes de tales bienes.

De esta manera, diferentes circunstancias son susceptibles, de dejar de lado los valores económicos indirectos referidos a determinada persona; y no se puede transformar lo posible en necesario (Zavala de González, 2009, pág. 58).

5. Teoría sobre la incorrecta superposición entre el daño a la salud y el moral.

Para quienes asimilan daño con lesión, el daño biológico sería resarcible per se. De esta manera surge un interrogante indemnizatorio: si el daño moral se equipara al sufrimiento, procedería otorgar indemnización adicional por este otro título, pero si se lo entiende con amplitud (como afectación del equilibrio existencial) englobaría el daño a la salud por lo que un resarcimiento suplementario generaría repetición.

La indebida superposición sólo se produciría si se indemniza el daño biológico a título independiente y además el daño moral.

Una orientación acertada es aquella que estima que las lesiones pueden ser fuente u origen de perjuicios económicos o espirituales, por lo que el daño a la salud no constituiría rubro independiente sino origen de daños resarcibles (Zavala de González, 2009, pág. 59).

6. Posición que advierte la improcedencia de uniformar indemnizaciones, aunque las lesiones sean similares.

Aquellos que estiman que los daños a la salud deben ser igualmente resarcidos si las lesiones son idénticas, impondría recurrir a parámetros abstractos y generales.

Éstos poseen su principal fundamento teórico en que la salud es un bien igualmente valioso para todos: el joven y el viejo, el rico y el pobre.

Resulta paradójico y contradictorio utilizar réditos presuntivos económicos para fijar la indemnización por daños no patrimoniales

7. El peligro de duplicidades resarcitorias.

El peligro de superposiciones resarcitorias aumenta cuando, a su vez, se despliegan los daños a las personas en numerosas situaciones lesivas, resarcibles además del moral, o bien, hasta se procura la indemnización por el llamado perjuicio biológico, al margen del daño estético, el daño psíquico, incapacitante, etc.

En este sentido, la jurisprudencia ha manifestado: “Corresponde rechazar la indemnización pretendida en concepto de daño biológico, pues si por tal debe entenderse el que afecta la integridad psicofísica y social del ser humano, dicho daño se encuentra suficientemente valorado en los resarcimientos otorgados en concepto de incapacidad sobreviniente, daño estético, lucro cesante y daño moral, siendo inconveniente crear categorías que conduzcan a una ampliación indefinida de los daños resarcibles y otorgar diversas indemnizaciones por un mismo perjuicio”²¹.

De igual manera: “Cuando se computan por separado el daño estético y el daño psicológico como secuelas permanentes a indemnizar –en el caso, debido a las graves quemaduras sufridas por un recién nacido- resarciéndose además el daño moral, el concepto de incapacidad indemnizable como ítem autónomo quedaría circunscripto a la pérdida de potencialidades físicas o funcionales del damnificado”²² (Zavala de González, 2009, pág. 60).

Acertadamente, Galdós enseña que lo que realmente importa es la justicia y plenitud del resarcimiento, el quantum al que puede, y debe, arribarse discriminando la incidencia y entidad de cada una de las subespecies en las dos únicas categorías admisibles, ya sea moral o patrimonial. Resulta conveniente precisar las numerosas expresiones que son utilizadas

²¹CNCiv, Sala K, 29/5/06, LL, 2006-F-820, 45.424-S.

²²CNCiv, Sala E, 3/4/04, Responsabilidad Civil y Seguros, 2004-1238.

para identificar idénticas lesiones con el propósito de evitar confusiones conceptuales, por el riesgo de incrementar incorrectamente las indemnizaciones por la acumulación o repetición de rubros (Galdós, 2006, pág. 53).

8. La relevancia axiológica de los daños a las personas no posibilita encuadramiento independiente.

Es necesario descartar una visión utilitaria del ser humano, como si persiguiera solo fundamentalmente bienestar material, para destacar jurídicamente la persona por lo que vale en sí.

Aceradamente, señala Boragina que esa saludable proyección no implica de, ninguna manera, consagrar la presencia de un tercer género que conviva con las dos únicas categorías habilitadas por nuestro Código Civil: el daño patrimonial y el moral. El daño a la persona - con cualquiera de sus variables integradoras, daño biológico o daño a la salud- no viene a ampliar el elenco de daños, lo que conduciría a soluciones disvaliosas, como la duplicación de indemnizaciones sin justa causa, sino a aportar nuevas posibilidades resarcitorias, las que se concretaran dentro del daño patrimonial o del daño moral, ya sea que el detrimento a la personalidad lesione intereses susceptibles de apreciación pecuniaria o espirituales (Boragina, 2001, pág. 1139).

Al respecto, los daños a las personas no configuran categoría independiente de los daños económicos y espirituales, sino un ámbito lesivo de relévate significación que puede generar estas dos clases de detrimentos (Zavala de González, 2009, pág. 63).

9. El menoscabo a la salud como fuente de daños resarcibles: espirituales y económicos.

A entender de quienes sustentan esta postura, que por cierto es la más acertada, consideran que el daño a la salud o daño biológico no constituye categoría independiente, sino origen de daños resarcibles. Asimismo, sus sostenedores insisten en refutar la afirmación de que la vida o integridad personal tenga de por sí un valor económico para su dueño o titular.

La cuestión se vincula estrechamente con el valor a asignar a la integridad personal y la noción que se sustente sobre el daño; sobre todo, en cuanto a la extensión que revisten los patrimoniales y morales.

La afectación de la salud es una clase de lesión que inexorablemente genera consecuencias espirituales desfavorables –daño moral- y que casi siempre provoca perjuicios económicos –daño patrimonial-.

Aquellos que defienden esta posición, entienden que el tema en cuestión reside en ampliar las nociones de daño patrimonial y moral para que cubran todas las implicancias económicas y espirituales que acarrea la lesión a la salud. Por ejemplo, en el ámbito patrimonial debe reconocerse un perjuicio resarcible aunque la víctima conserve su empleo, si se encuentra disminuida su capacidad productiva genérica de modo que le impida o limite cumplir tareas diarias, o si está afectado el rendimiento y es necesario aplicar mayores energías de un modo que implique sacrificio del tiempo libre, o por el riesgo de inseguridad económica que afronta todo incapacitado ante la eventualidad de perder su ocupación, etcétera (Zavala de González, 2009, pág. 71).

Es indispensable tener en cuenta que todo menoscabo de la salud acarrea un perjuicio espiritual, y que debe valorarse como significativo cuando subsisten secuelas incapacitantes.

Ahora bien, y con tal de que no se independicen intrínsecamente los detrimentos, como supuestos daños resarcibles per se, y tampoco se repita su resarcimiento *más* el de sus resultados perjudiciales, nada impide desdoblar las respectivas partidas asignadas a las lesiones, aunque siempre “dentro” de las indemnizaciones globales fijadas para el daño patrimonial o el moral.

Por otro lado, en el derecho jurisprudencial argentino se recepcionó la noción de daño biológico en un recordado precedente suscripto por la jueza de Primera Instancia Elena Highton de Nolasco, quién admitió la independencia resarcitoria de esta categoría de dañosa las personas nacida en el pretorio italiano²³. Al tiempo, y de una manera atinada, otra distinguida jurista argentina, Aída Kemelmajer de Carlucci, desde la doctrina, le

²³Sentencia de 1º Instancia de la Dra. Highton de Nolasco, confirmada Cám. Nac. Civ. sala B, 11/2/93, "García, Gustavo Alejandro y otro c/ Dos Santos Goncalves, María Alcina s/ sumario", ED 152-491, con nota crítica de Guillermo Borda "Acerca del llamado daño biológico".

dedicó interesantes reflexiones al tema preguntándose si sirve al derecho argentino la creación italiana del daño biológico concluyendo que ese instituto, en principio, resulta inaplicable en el derecho argentino (Kemelmajer de Carlucci, pág. 76).

10. El sistema argentino. Legislación.

En nuestro país, la tendencia predominante descarta que los detrimentos a la incolumidad personal sean resarcibles con autonomía de los patrimoniales o morales. A tal coincidencia mayoritaria arriban tanto quienes conceptúan el daño resarcible como lesión a un interés, como autores que en cambio atienden a los resultados nocivos.

El sistema argentino solo admite dos categorías de daños; no recepta ninguna categoría nociva diversa del daño moral y patrimonial.

Ciertamente el menoscabo contra la incolumidad de la persona es fuente de perjuicio espiritual, porque repercute como desmedro para su existencia.

Cuando el artículo 1068 del Código Civil considera como daño “el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades” lo hace vinculándolo a un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, de manera tal que éste debe existir.

Parte de la jurisprudencia rechaza enfáticamente la adición de daños carentes de respaldo normativo en nuestro sistema, por ej.: “El daño psicológico no constituye en sí mismo un capítulo independiente del daño moral o del material, sino una especie del uno o del otro, opción que tiene su apoyo en la sistematización de la materia en nuestro Código Civil”²⁴.

También ha sido así receptado en la XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Lomas de Zamora, 2007): “daño es la consecuencia perjudicial que deriva de la lesión a un interés jurídico patrimonial o extrapatrimonial. Las lesiones a la estética, a la psique, al proyecto de vida, etc., no constituyen categorías autónomas y se reconducen necesariamente en las dos únicas categorías que admite el Derecho Argentino, que son el daño patrimonial y moral. Sin perjuicio de reconocerse que el daño se subdivide en patrimonial y moral, a los efectos de la cuantificación se tendrán en cuenta los menoscabos incluidos en cada uno de los dos primeros rubros, a la estética, a la psique, a la vida en relación, etc.”(Zavala de González, 2009, pág. 62).

²⁴CCivCom San Isidro, Sala I, 28/10/99, LLBA, 2000-643.

10.1. El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

En el nuevo Código Civil Argentino se ha esbozado un concepto de daño, el cual existe cuando se causa una lesión a un derecho o a un interés que no sea contrario al ordenamiento jurídico. De allí que se distingue entre daño-lesión y la indemnización, todo lo cual implica una redacción que es clara y concreta (Arts. 1737 y 1738 del nuevo Código). Asimismo, se enfatiza para la procedencia de la indemnización en los requisitos del daño resarcible y, por primera vez en un cuerpo legal de la envergadura del Código se incorpora la pérdida de chance, largamente elaborada en doctrina y jurisprudencia:

“Art.1737.- Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”;

“Art. 1738.- Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”;

Art.1739.- Requisitos. Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador.

Frente a toda esta variedad, y teniendo en cuenta la tradición argentina en la materia, se ha decidido consagrar, como principio general, la reparación plena:

“Art. 1740.- Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable”

Como todo principio, debe lograrse su satisfacción en la mayor medida posible. Si bien la nueva legislación nada habla del daño biológico, es necesario centrar toda la teoría del responder sobre una nueva estructura, más funcional y dúctil a la hora de brindar una respuesta al permanente problema del daño sufrido.

11. El daño a la salud y su tutela internacional.

El daño a la salud se encuentra incorporado en la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 5.1, el cual reza: “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”. Por lo tanto, el resguardo de la salud está calificado autárquicamente en el sistema de protección americano, por lo tanto se encuentra incluido en las decisiones de reparación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

La CIDH le atribuye al daño a la salud una autonomía como tercer género, porque en la concreción del resarcimiento, la salud física o psíquica perturbada o afectada es designada específicamente para elaborar el perjuicio a indemnizar. Es un daño a la propia personalidad, a la subjetividad, a la integridad del sujeto humano. La elaboración de la reparación de la subjetividad individual integra el sistema internacional de derechos humanos, y como tal, impone adaptar las interpretaciones normativas domésticas con las internacionales en cuanto a la determinación del resarcimiento (Mosset Iturraspe & Lorenzetti, 2009, pág. 167).

CAPÍTULO V: EL DAÑO A LA SALUD. PRUEBA Y LEGITIMACIÓN.

1. Prueba sobre el menoscabo a la salud.

La prueba del daño incumbe a quien la alega. Sin embargo, en algunos casos el daño surgirá notorio de los propios hechos, como por ejemplo, el daño moral sufrido por los padres por la muerte del hijo; o bien, es la propia ley o la convención la que lo presumen, como sucede por ejemplo en la estipulación de una clausula penal (Gherzi, 1995, pág. 37).

Ahora bien, cuando se invocan deterioros físicos o psíquicos como fuentes de daños, es imprescindible probar la situación traumática que los genera.

Esto no sólo se ajusta a los principios comunes, sino que resulta indispensable para constatar un vínculo de causalidad adecuada con el suceso lesivo, es decir, la coherencia o correspondencia entre éste y las secuelas nocivas que postula el pretensor.

Igualmente procede en general, especialmente cuanto la situación anterior de la víctima torna dudoso el mencionado enlace etiológico, como se verifica en personas de edad avanzada o con personas con enfermedades previas (Zavala de González, 2009, pág. 74).

El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación reza en su Art. 1744: “Prueba del daño. El daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos”.

2. Repercusiones negativas.

Los errores probatorios generan serias divergencias jurisdiccionales, y además pueden acarrear la frustración de la reclamación del actor. Así lo ha reflejado, a modo de ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “Para admitir el resarcimiento del daño moral como consecuencia de los traumatismos sufridos por el actor en un accidente de automóvil, debe haberse producido prueba de las lesiones pertinentes con ese motivo. Si dicha prueba está ausente pues no se probó la autenticidad del certificado médico adjunto a la causa y el informe pericial no es convincente al respecto, pues se asienta sólo en las declaraciones del interesado, y no se agrega el informe psicológico en que dice basarse, corresponde rechazar dicho rubro como capítulo de la indemnización debida; además,

porque el razonamiento pericial no excluye la posibilidad de que las afecciones que sufriría el actor tengan por causa el deterioro propio de su edad”²⁵.

“Si el informe del establecimiento donde fue atendido el actor luego del choque y el informe pericial den cuenta de las lesiones sufridas y el tratamiento dado según las constancias de la historia clínica realizada, corresponde acceder a la indemnización por daño moral, en base a que se acreditaron los presupuestos fácticos del reclamo, máxime cuando las partes no han planteado impugnación alguna”²⁶.

Es por ello, que resulta recomendable la prolijidad probatoria del actor, aunque sea en exceso; así como que el demandado suministre elementos de juicio enervantes y agote todas las vías de impugnación toleradas por el sistema procesal y que suscite el material del contrincante.

No obstante, cuando se encuentra en puja el menoscabo a la salud y sus características propias, en general el daño moral se deduce *in re ipsa*. A modo de ejemplo: “El daño moral se configura por la alteración del ritmo normal de vida del actor y de su tranquilidad, lo que no merece prueba específica, pues normalmente surge de las circunstancias del accidente y de la gravedad de sus consecuencias”²⁷.

Conviene siempre el aporte de detalles atinentes al contexto de la víctima, previo y subsecuente a la agresión, con el objeto de dejar delineada su situación lesiva con la mayor precisión factible.

Asimismo, en numerosos casos es deducible *iuris tantum* un daño económico por agresiones invalidantes a la salud puesto que, al menos, afectan la obtención de utilidades en la vida cotidiana: “La reparación del daño económico conexo a la incapacidad es admisible aun a falta de prueba concreta respecto del tipo de actividad lucrativa que desempeñaba la víctima al tiempo del suceso –en el caso, la incapacidad derivada de un accidente de tránsito- y aun en la hipótesis de que no tuviese ocupación remunerada, hubiese perdido su empleo o fuese pensionada o jubilada”²⁸.

²⁵CSJN, 14/10/93, “Pappier, Federico R. c/Gobierno de la Provincia de Santa Fe”, ED, 158-631 (Doctrina manifestada por la mayoría).

²⁶CSJN, 14/10/93, “Pappier, Federico R. c/Gobierno de la Provincia de Santa Fe”, ED, 158-631 (Doctrina manifestada por la minoría).

²⁷C1ª CivCom Córdoba, 26/7/94, LLC, 1994-894.

²⁸CFed Corrientes, 12/6/01, LLLit, 2002-485.

Ello es así a nivel de una productividad genérica, puesto que el nivel efectivo de la que desplegaba la víctima puede ser superior, incluyendo logros dinerarios. Cuanto más acentuada sea la prueba a propósito de esta otra productividad específica, más elevado deberá ser el monto resarcitorio (Zavala de González, 2009, pág. 75).

3. Cuantificación. Parámetros.

La calificación de justa o adecuada que puede recaer sobre cierta determinación del daño reparable exige una mirada interdisciplinaria, y a la vez la precisión desde el punto de vista del observador, ya que, aún desde la órbita de la justicia, admite diferentes perspectivas. Sin embargo, puede hablarse de adecuación –más que de justicia- en el sentido de que el proceso de daños sea un medio para reflejar la magnitud del daño sufrido por la persona y no se quede en los confines del alcance vago y genérico de los conceptos, al cual el juzgador termina de modelar con montos indemnizatorios que no responden sino a aquella vacua laxitud conceptual de los rubros. De esta manera, para cumplir tal cometido, en menester recorrer las prioridades que conducen a un acto decisonal capaz de presentar una adecuación con los padecimientos de las víctimas (Mosset Iturraspe & Lorenzetti, 2009, pág. 232).

En lo que respecta al *quantum indemnizatorio*, esto es, determinar la cuantía del resarcimiento en un valor justo para repararlo, deben computarse todas las peculiaridades del caso: ocupación de la víctima, edad, condición económica. No cabe guiarse por pautas rígidas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha relativizado la eficacia de la conocida fórmula matemática financiera para la determinación del *quantum* de la indemnización señalando que la vida humana no resulta apreciable tan sólo sobre la base de criterios exclusivamente materiales, ni se trata de medir en términos monetarios la capacidad económica de la víctima, pues ello importaría instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquellos, o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu integran el valor vital de los hombres.

Es por ello que resulta necesario computar las circunstancias particulares de la víctima: capacidad productiva, edad, profesión, ingreso, posición económica y social; las que deben ser valoradas prudencialmente por el Tribunal.

Aún así, la cuestión de la reparación de los daños extrapatrimoniales es problemática no solo en la Argentina, ya que la pauta de la reparación integral denota inconvenientes en países en donde la responsabilidad civil encuentra un desarrollado estatus.

A nivel jurisprudencial, hay copiosos fallos nacionales y provinciales que atienden, a la hora de cuantificar; a la naturaleza de las lesiones, edad del damnificado, estado civil y condiciones personales, la influencia negativa en sus posibilidades de vida futura y la específica disminución de sus aptitudes laborales. Asimismo, también tienen en cuenta nivel de recuperación, necesidad de tratamientos tanto físicos como psicológicos, medio social, sexo, y toda otra circunstancia que pudiere el juzgador tener en cuenta en aras de fijar un monto que responda al criterio de reparación plena o integral.

Asimismo, se ha hecho hincapié en que los diferentes baremos son meras pautas para el sentenciante, no vinculantes y que el monto indemnizatorio no puede surgir de la utilización únicamente de un cálculo estricto efectuado sobre la base de la expectativa de vida que pudiera tener la víctima ni los porcentuales rígidos de incapacidades fijadas por los peritos porque el juzgador debe seguir un criterio flexible y apropiado a las circunstancias de cada caso.

El actual Código Civil y Comercial de la Nación se refiere puntualmente en los artículos 1741, 1745, 1746, 1747 y 1748, y fija pautas que deben ser apreciadas por el juzgador a la hora de la cuantificación.

En efecto, el Art. 1741 al referirse a la indemnización de las consecuencias no patrimoniales establece que: “el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”.

En cuanto a la indemnización por fallecimiento, toma como pauta no sólo los gastos para asistencia y posterior funeral de la víctima sino lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente. También procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto. En cuanto a la cuantificación en sí misma la reparación

debe tener en cuenta “el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes, la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido” (Art. 1745).

En el caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante “la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado” (Art. 1746).

Corresponde también acumular el daño moratorio al compensatorio o al valor de la prestación y, en su caso, a la cláusula penal compensatoria, sin perjuicio de las facultades morigeradoras del juez cuando dicha acumulación resulte abusiva (Art. 1747).

En lo que respecta al curso de los intereses, en el artículo 1748 establece que comienza a correr desde la producción de cada perjuicio (tratamiento que se advierte a nivel jurisprudencial desde el siglo pasado).

El Código Civil y Comercial fija pautas y, al hablar de capital, se refiere a que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades, es indicativo para evitar desequilibrios a la hora de la cuantificación.

Prudencia y operatividad son las pautas que el juez ha de tener en cuenta para brindar la debida tutela y protección de todos los aspectos del ser humano, no sólo físicos o psíquicos, sino individuales, familiares, sociales y su capacidad para gozar, proyectar.

Las pautas están brindadas por el nuevo cuerpo legal y con fundamento en la jurisprudencia y doctrina, en particular la que emana de nuestro Máximo Tribunal.

Al tiempo de cuantificar, en los daños a las personas, debe contemplarse la reparación plena tratando de obtener su satisfacción en la mayor medida posible porque el bien inapreciable quebrantado es lo que el Derecho debe contener y proteger, debiendo actuar el juez con la debida prudencia y con un grado eficiente de operatividad al tiempo de establecer el monto indemnizatorio por daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

4. La legitimación. Personería y acción.

La ausencia de *legitimatio ad procesam* motiva la excepción de falta de personería, y esta es una defensa que cuestiona la capacidad para estar en juicio. La incapacidad podrá constituirse ya sea porque el actor es menor de edad, por haber sido declarado demente, o por la falta o insuficiencia del poder invocado, supuesto este exclusivo para el caso en que se comparece por medio de representante.

La *legitimatio ad procesam*- personería- nada tiene que ver con la *legitimatio ad causam* “legitimación sustancial activa”. La misma hace referencia a la real titularidad del derecho invocado como sustento de la pretensión que es una defensa de fondo, usualmente denominada “falta de acción”.

Así, para evitar la procedencia de tales defensas, deberá evaluarse quién se encuentra legitimado para accionar para el reclamo indemnizatorio, distinguiéndose una primera categoría de daños materiales o patrimoniales, y una segunda categoría de daños morales o extrapatrimoniales, estableciéndose otras clasificaciones intermedias reconocidas como daños morales impropios o daños patrimoniales indirectos (Azpeitia, Lozada, & Moldes, 1998, pág. 55).

5. Legitimación activa para el reclamo del daño a la salud. Titularidad resarcitoria.

En virtud del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, y más precisamente en su Art. 1741 -indemnización de las consecuencias no patrimoniales- estaría legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes

convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste.

Resulta más comprensible la interpretación de esta nueva legislación, en comparación con el anterior Art. 1078 y su carácter restrictivo.

Es también destacable, y en lo que respecta al daño biológico, en lo referido a aquella persona que sufre una gran discapacidad, circunstancia no ajena a quien podría resultar víctima de éste daño, pudiendo en tal caso tener legitimación, a título personal, los ascendientes, descendientes, el cónyuge y además quienes se encontraban en situación de convivencia con quien ha padecido el menoscabo, debiendo para ello haber recibido un trato familiar manifiesto o evidente.

En lo que hace a la titularidad resarcitoria, la integridad y normalidad en la salud son deseables para cualquiera, y su pérdida o perturbación es resarcible con prescindencia del sexo, edad, profesión y estado civil. No obstante, estos factores influyen en el alcance del daño y, correlativamente, en los montos indemnizatorios.

No resulta discutible que cualquier menor, incluso recién nacido, que sufre por intervenciones quirúrgicas o tratamientos destinados a reparar el menoscabo en su salud, sea reconocible el daño sufrido.

Asimismo, cuando una lesión a la salud no genere incapacidad laboral, debe ser aceptada como fuente de daño moral, en tanto la modificación de la regularidad física con influencia en el equilibrio espiritual, aunque la víctima no ejerza ya actividad productiva alguna, como sucede generalmente en las personas de edad avanzada.

El derecho no protege solo a seres perfectos o superiores, privilegiados por la naturaleza, sino a todos; por lo cual la edad, sexo, y condición social de quien ha resultado víctima de un daño biológico “no deben constituirse en perjuicios que obren en contra de la procedencia de la presentación resarcitoria; solo deben servir como elementos a tener en cuenta para la fijación del monto, de la cuantía de la indemnización” (Zavala de González, 2009, pág. 233).

En otro plano, Mosset Iturraspe sostiene que el daño a la vida de relación “contempla la situación sobreviniente de una persona, del más variado tipo, que le produce una inferioridad para insertarse en las relaciones sociales, deportivas, recreativas, artísticas, sexuales, etcétera”.

Dentro de esta perspectiva, es evidente la inferioridad o desventaja que padece un ser humano cuando ha sido víctima de un detrimento físico o, dicho de otra manera, quien ha sufrido un daño biológico o a su salud. Algunos menoscabos a la vida de relación tienen clara incidencia económica (lucro cesante) o bien mediata y difusa (pérdida de chances productivas).

En resumen, puede ser titular de un daño biológico, cualquier persona sin distinción de cualidades o parámetros personales de quien lo sufre. Asimismo, las circunstancias de la víctima, que no excluyen per se el reclamo resarcitorio, sin embargo inciden decisivamente para evaluar el monto indemnizatorio.

Conclusión.-

A lo largo de la presente obra se han desarrollado diversos aspectos relativos al Derecho a la Salud, comenzando con aquellos conceptos generales referidos al área que envuelve la temática que me ocupa. Conceptos generales del Derecho de Daños, que no pueden dejar de ser plasmados debido al papel importante que cumplen a la hora de comprender e interpretar lo desarrollado en este trabajo.

En el Capítulo Segundo han sido expuestas aquellas cuestiones referentes al surgimiento de los denominados *nuevos daños* como terceras categorías a los fines indemnizatorios y aquellos asuntos vinculados con el daño a la salud.

Resultan notables los aportes doctrinarios, como así también aquellos precedentes jurisprudenciales, en esta rama del Derecho de Daños, y no solo en lo que hace al daño biológico, sino también en lo atinente a otros rubros de daños como lo son el estético, el psíquico, el daño sexual, entre otros. Son numerosas las posturas que han surgido en torno a la autonomía de estos “nuevos daños” como rubros indemnizatorios, y que cumplen un gran papel al momento de dictar sentencia por parte de los jueces.

El daño a la salud afecta la integridad psicofísica y social de la persona, y es uno de los menoscabos más relevantes dentro de los atentados a la incolumidad personal. Como se dijo en el párrafo anterior, existen en la actualidad diversas posturas, ya sean a favor o en contra, que exponen sus argumentos respecto a la independencia del daño biológico a los fines indemnizatorios. Tesituras que han sido esbozadas y analizadas en los capítulos III y IV.

Es acertada la postura expuesta por Zavala de González, en el sentido de que el daño a la salud o daño biológico no constituye una categoría autónoma, sino origen de daños resarcibles. En este orden apropiado de ideas, el daño a la salud no constituye por sí mismo un daño susceptible de indemnización autónoma, sino que resulta indemnizable por las consecuencias patrimoniales y morales que ocasiona, en la medida que puede traducirse, en cuanto a lo primero, en un factor de frustración de beneficios económicos y, en cuanto a lo segundo, en un sufrimiento derivado del detrimento en sí.

El daño a la Salud no resulta independiente del daño moral o material, sino por el contrario, integra uno u otro, según sea el caso concreto a resolver. En tal sentido, el daño a

la salud puede lesionar alternativa o conjuntamente intereses jurídicos de esencia patrimonial, o bien, de carácter extrapatrimonial.

Es decir, el daño biológico puede afectar el plano espiritual importando un sufrimiento o aflicción, que corresponde a la órbita del daño moral; o bien puede vulnerar un aspecto económico, como sucede, a modo de ejemplo, con la pérdida de posibilidades de conseguir algún empleo, que corresponde a la órbita del daño patrimonial.

Asimismo, y como todo principio, debe lograrse su satisfacción en la mayor medida posible. Y, como se expuso en el Capítulo IV, si bien la nueva legislación nada habla del daño biológico, es necesario centrar toda la teoría del responder sobre una nueva estructura, más funcional y dúctil a la hora de brindar una respuesta al permanente problema del daño sufrido.

Es por ello que, en los daños a las personas, debe considerarse la reparación plena, tratando de lograr su satisfacción en la mayor medida posible, porque el bien inapreciable quebrantado es lo que el Derecho debe contener y proteger, debiendo actuar el juez con la debida prudencia y con un grado eficiente de operatividad al tiempo de establecer el monto indemnizatorio por daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

Bibliografía.-

Doctrina:

- Ahargo, A. C. (2015). *Fertilización asistida: derecho a la salud, a fundar una familia y a gozar de los beneficios del progreso científico*. MJ-DOC-7105-AR- MJD7105.
- Azpeitia, G. A., Lozada, E., & Moldes, A. J. (1998). *"El daño a las personas"*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Boragina. (2001). *Derecho privado - Libro homenaje a Alberto J. Bueres - Boragina, Juan Carlos, El daño - Ameal Oscar J. (dirección) - Gesualdi Dora M. (coordinación)*.
- Bueres, A. J. (1994). *"El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética - Rev. de Derecho Privado y Comunitario - vol. 1"*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Bueres, A. J. (s.f.). *El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general, Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 1*.
- Bustamante Alsina, J. (1993). *"Teoría General de la Responsabilidad Civil"*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Cazeaux, P. N., & Trigo Represas, F. A. (2003). *"Compendio de Derecho de las Obligaciones" 2ª Edición Actualizada*. La Plata: Librería Editora Platense S.R.L.
- Galdós. (2005). *"¿Qué es el daño a la vida de relación?" en Microjuris del 16/2/2005. . Microjuris*.
- Galdós. (2006). *Un caso de daño sexual. Algunas consideraciones iniciales, "Jurisprudencia Santafesina", n° 68*.
- Gherzi. (1995). *"Los nuevos daños - Soluciones modernas de reparación"*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Gherzi. (2003). *"Teoría general de la reparación de daños - 3ª edición actualizada y ampliada"*. Buenos Aires: Astrea.
- Gherzi, C. A., & Weingarten, C. (2005). *"Revista Nova Tesis -2- ENE-FEB 2005 I"*. Buenos Aires: Nova Tesis Editorial Jurídica.
- Gherzi, C. A., & Weingarten, C. (2006). *"Revista Nova Tesis - 5 - Abril 2006 III"*. Buenos Aires: Nova Tesis Editorial Jurídica.

- Hernandez Sampieri, R., Fernandez Collado, C., & Baptista Lucio, M. d. (2010). *"Metodología de la Investigación" - 5ª Edición*. México: McGraw-Hill.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (s.f.). *"El daño a la persona ¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?" - Revista de Derecho Privado y Comunitario, N.º. 1 "Daños a la persona"*.
- Mendelewicz. (2001). El ser humano en expansión: daño a la integridad corporal y daño biológico. *JA, 2001-II-271*. Argentina: La Ley Online.
- Mosset Iturraspe, J., & Lorenzetti, R. L. (2009). *"Revista de derecho de daños - Daños a la persona - 2009-3"*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Mosset Iturraspe, J., & Lorenzetti, R. L. (2009). *"Revista de Derecho de Daños - Daños a la persona 2009-3"*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni.
- Pizarro, R. D., & Vallespinos, C. G. (1999). *"Instituciones de Derecho Privado - Obligaciones 2"*. Buenos Aires: Hammurabi S.R.L.
- Scavone, G. M. (2002). *"Cómo se escribe una tesis" - 1ª ED*. Buenos Aires: La Ley.
- Suárez, E. L. (2010). *Un avance importante en la tutela del celíaco y su derecho a la salud. Primera parte. MJ-DOC-4749-AR | MJD4749*.
- Vázquez Ferreyra. (1991). Daños y perjuicios derivados de la lesión a la integridad física de la persona. *LL-1991-D-144*. Argentina: La Ley.
- Yuni, J. A., & Urbano, C. A. (2003). *"Recursos Metodológicos para la Preparación de Proyectos de Investigación"*. Córdoba: Brujas.
- Zavala de González, M. (2009). *Tratado de Daños a las Personas - Disminuciones psicofísicas I*. Buenos Aires : Astrea .
- Zavala de Gonzalez, M. (2003). *"Resarcimiento de daños"*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Zavala de González, M. (2009). *"Tratado de Daños a las Personas - Disminuciones Psicofísicas I"*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

Legislación:

- Código Civil Argentino.
- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (Ley 26.994).

Jurisprudencia:

- CNCiv., Sala F, 26-11-99, “García, José c/Microómnibus Norte SA Monsa y otro”.
- CNCiv, Sala B, 11/2/93, “García, Gustavo A. y otro c/Dos Santos Goncalves, María A. s/sumario”, ED, 152-491.
- CCCom. De San Martín, Sala II, 10-11-2005, “Pía, María Isabel c/Gómez, Alejandro y ot. s/Daños y Perjuicios”, Juba B2003885.
- CCCom. de Mar del Plata, sala II, 16-12-2003, “Castrillón, Leandro c/Centro Navarro Sud; Sparza, José Oscar y otros s/Daños y perjuicios”.
- CNFed. CC, sala III, 7-4-2006, “Billordo, Herminio J. c/Estado Nacional y otro”.
- “Cam. 5ª Civ. y Com. Córdoba, SPLL, 1981-3159; CNCiv. , Sala A 13/5/82, LL, 1982-D-415.”
- “Cam.1ª Civ. y Com. Bahía Blanca, Sala II, 24/08/82, ED 102-672, CNCiv., Sala C, 31/8/81, ED. 96-641, CNCom., Sala B, 1/6/88, JA, 1989-IV”.
- CNTrab., Sala VII, 11/9/86, “Salgado”, Rev. “Derecho del Trabajo”, t. 1987-A, p. 607, Rev. “Doctrina Judicial”, t. 1987-2, p. 341.
- Turró, María C. c/Moraña, Roberto y Prov. de Mendoza s/sumario, 16/12/83”.
- C7ªCivCom Córdoba, 2/11/93, LLC, 1994-474.
- CNCiv, Sala B, 11/2/93, “García, Gustavo A. y otro c/Dos Santos Goncalves, María A. s/sumario”, ED, 152-491.
- M. N. C. c/ Swiss Medical S.A s/ sumarísimo. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. Sala III. 11-nov-2014.
- CNCom, Sala B, 19/8/94, LL, 1995-B132
- CNCiv, Sala L, 14/6/00, JA, 2001-II-269.
- CFed Corrientes, 12/6/01, LLit, 2002-485.
- CPenalVTuerto, 11/6/01, LLit, 2002-282.
- CNCiv, Sala K, 16/11/98, LL, 2000-C-948, N° 15074.
- C3ªCivComMinasPaz y Trib. Mendoza, 26/9/01, “Responsabilidad Civil y Seguros”, 2002-660; ídem, CNCiv, Sala G, 23/5/97, RepJA, 2001-542, N° 424.
- CNCiv, Sala K, 29/5/06, LL, 2006-F-820, 45.424-S.
- CNCiv, Sala E, 3/4/04, Responsabilidad Civil y Seguros, 2004-1238.

- Sentencia de 1º Instancia de la Dra. Highton de Nolasco, confirmada Cám. Nac. Civ. sala B, 11/2/93, "García, Gustavo Alejandro y otro c/ Dos Santos Goncalves, María Alcina s/ sumario", ED 152-491, con nota crítica de Guillermo Borda "Acerca del llamado daño biológico".
- CCivCom San Isidro, Sala I, 28/10/99, LLBA, 2000-643.
- CSJN, 14/10/93, "Pappier, Federico R. c/Gobierno de la Provincia de Santa Fe", ED, 158-631 (Doctrina manifestada por la mayoría).
- CSJN, 14/10/93, "Pappier, Federico R. c/Gobierno de la Provincia de Santa Fe", ED, 158-631 (Doctrina manifestada por la minoría).
- C1ª CivCom Córdoba, 26/7/94, LLC, 1994-894.
- CFed Corrientes, 12/6/01, LLLit, 2002-485.

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista	Ivana Yesika Sánchez
DNI	28.724.269
Título y subtítulo	El daño a la salud ¿constituye un tertium genus?
Correo electrónico	yesii-05@hotmail.com
Unidad Académica	Universidad Siglo 21

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis	Si
-----------------------------------	----

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica: _____certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado