

HIPÓTESIS DE DAÑO NO PATRIMONIAL DERIVADO
DE LA LESIÓN DE UN INTERÉS CONSTITUCIONALMENTE
RELEVANTE EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE DI
CASSAZIONE*

*HYPOTHESIS REGARDING A NON-PATRIMONIAL DAMAGE DUE
TO THE IMPAIRMENT OF A LEGAL INTEREST CONSTITUTIONALLY
RELEVANT IN THE ITALIAN SUPREME COURT JURISPRUDENCE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2420-2461

* Trabajo realizado en el marco de las actividades del Proyecto de Investigación "Nuevas perspectivas en la teoría de la responsabilidad civil. Revisión de la imputación objetiva como criterio de delimitación de la causalidad" (ref. RTI2018-097418-B-I00), de la Convocatoria 2018 del Programa de Proyectos I+D+i «Retos Investigación» (MICINN/FEDER), cuya investigadora principal es la profesora Pilar Álvarez Olalla.

Eva María
MARTÍN
AZCANO

ARTÍCULO RECIBIDO: 24 de junio de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: La interpretación del art. 2059 del Codice civile inspirada por la Constitución italiana de 1948 ha determinado un importante incremento de los supuestos en que se reconoce resarcimiento por el daño no patrimonial ocasionado. En este trabajo trataremos de analizar alguno de los supuestos más representativos de los resueltos por la Corte di Cassazione en los últimos años.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil; daño no patrimonial; daño moral; daño biológico; daño tanatológico; daño por pérdida de la esperanza de vida; daño por pérdida de relación parental; daño intrafamiliar; daño conyugal; lesión de derechos de la personalidad.

ABSTRACT: *The interpretation of article 2059 of the Civil Code which is inspired by the Italian Constitution of 1948, has determined a significant increase in the number of assumptions in which compensation was recognized due to a non-patrimonial damages caused. The purpose of this work is to review some of the most relevant decisions ruled by the Italian Supreme Court in recent years.*

KEY WORDS: *Civil Liability; non-patrimonial damage; moral injury; biological damage; loss of life; loss of life expectancy damage; relative's wrongful death damage; Intrafamily damage; marital damage; impairment of personality rights.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL ITER DEL DAÑO NO PATRIMONIAL: DEL CODICE DECIMONÓNICO A LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LAS SENTENCIAS DE SAN MARTÍN.- III. SUPUESTOS DE RESARCIBILIDAD DEL DAÑO NO PATRIMONIAL.- 1. Lesiones mortales infligidas a un pariente cercano.- 2. Daños intrafamiliares.- 3. Lesión de derechos de la personalidad.

I. INTRODUCCIÓN.

Si ha habido un área que ha sido objeto de una expansión significativa, durante las últimas décadas, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, en el Derecho italiano, esa es, sin género de duda, la de los daños no patrimoniales. El referido ensanchamiento de los confines de esa figura se ha verificado no mediante reformas legislativas, sino a través de la relectura del art. 2059 del *Codice civile* de 1942 (en adelante, CC)¹, a la luz de la *Costituzione* de 1948 (*Cost.*, en lo sucesivo)², en la cual la salvaguardia de la persona y de sus valores fundamentales ostenta una posición privilegiada. Tal evolución se debe, naturalmente, a la labor hermenéutica de las Cortes menores, pero, sobre todo, a la del Tribunal Supremo, respaldada por la doctrina (casi siempre) mayoritaria y corroborada por la *Corte Costituzionale*; de ahí que pueda resultar de interés el análisis del tratamiento brindado por el Alto Tribunal a alguno de los supuestos que, de acuerdo a la antedicha interpretación constitucional del 2059, integran el daño no patrimonial y han contribuido a sentar las bases de la configuración actual de la categoría.

No obstante, antes de abordar el examen de la casuística más representativa (a juzgar por el número de resoluciones a que ha dado lugar y por la atención doctrinal que ha despertado), hemos de referirnos, aunque sea brevemente, a la trayectoria del daño no patrimonial en el Derecho italiano.

II. EL ITER DEL DAÑO NO PATRIMONIAL: DEL CODICE DECIMONÓNICO A LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LAS SENTENCIAS DE SAN MARTÍN.

Pese a que el tenor literal del art. 1151³ CC de 1865 no excluía la compensación del daño no patrimonial y a que no faltaron opiniones doctrinales y pronunciamientos

1 Hemos manejado la última edición del CC disponible en www.altalex.com, actualizado con las modificaciones incorporadas por el Decreto legislativo número 147, de 26 de octubre de 2020.

2 Puede consultarse en www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf.

3 El precepto rezaba: "Qualquier acto del hombre que acarree daño a otros obliga a aquel por culpa del cual ha tenido lugar a resarcir el daño". *Cfr. Codice Civile del Regno d'Italia*, Stamperia Reale, Torino, 1865, p. 275,

• Eva María Martín Azcano

Profesora Titular Interina de Derecho civil, Universidad Rey Juan Carlos. Correo electrónico: evamaria.martin@urjc.es

judiciales favorables a su reconocimiento, parece ser que, durante la vigencia del texto legal mencionado, predominaban las voces que defendían la falta de eficacia e, incluso, la inmoralidad del resarcimiento, cuando los daños irrogados no fueran patrimoniales⁴; de ahí que, en una resolución de 20 de octubre de 1924, el Pleno de la *Cassazione* atribuyese carácter excepcional a la reparación de los daños no patrimoniales, exigiendo una disposición legal que admitiese expresamente tal posibilidad⁵.

La primera norma italiana que empleó la locución “daño no patrimonial” fue el *Codice penale* (a partir de ahora, CP)⁶ de 1930, cuyo art. 185, párrafo segundo (todavía en vigor), instituyó el principio general de resarcibilidad del daño no patrimonial en el ámbito penal⁷; se entendía, pues, que la mayor gravedad del ilícito penal justificaba una reacción más contundente por parte del ordenamiento, que consistía, precisamente, en obligar a resarcir daños que, en otras hipótesis, no se consideraban.

Con tales antecedentes, no es de extrañar que, al aprobarse el CC de 1942, además de la cláusula general de resarcibilidad del daño patrimonial contenida en el art. 2043, el 2059 contemplase explícitamente la reparación de los daños no patrimoniales, pero sólo en los supuestos establecidos por la ley⁸. El ámbito de aplicación de dicho precepto resultaba muy restringido, ya que, al hecho de que, durante mucho tiempo, el art. 185, párrafo segundo, CP fue la única norma que contempló la reparación de los daños no patrimoniales⁹, se unía que

versión digitalizada disponible en <http://www.notaio-busani.it>.

- 4 BONILINI, G.: voz «Danno morale», en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, Utet, T. V, Torino, 1989, p. 84; y CRICENTI, G.: *Il danno non patrimoniale*, Cedam, 2.ª ed., Padova, 2006, pp. 6 y ss.
- 5 Citada en FIANDACA, L.: *Il danno non patrimoniale: percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 2.
- 6 Puede verse una versión actualizada a diciembre de 2020 en www.altalex.com.
- 7 Tal medida ya se contemplaba, aunque sólo respecto de algunos delitos, en el art. 38 del CP de 1889; cfr. *Codice Penale per il Regno d'Italia*, Stamperia Reale, Roma, 1889, p. 16, versión digitalizada disponible en www.antropologiagiuridica.it. Además, un par de décadas más tarde, el art. 7 del *Codice di procedura penale* de 1913 amplió el catálogo de delitos cuya comisión podía determinar la obligación de reparar el daño no patrimonial; véase el Regio Decreto número 127, de 27 de febrero de 1913, en www.normattiva.it.
- 8 En el informe ministerial que acompañaba al *Codice*, se explica el porqué de tal decisión: «Acerca del resarcimiento de los denominados daños morales, es decir, acerca de la reparación o compensación indirecta de aquellos efectos del ilícito que no tienen naturaleza patrimonial, se ha decidido no extender a todos la resarcibilidad...
»La resistencia de la jurisprudencia a tal extensión puede considerarse límpida expresión de nuestra conciencia jurídica. Ésta advierte que sólo en caso de delito es más intensa la ofensa al orden jurídico y mayormente sentida la necesidad de una más enérgica represión con carácter también preventivo. Por tanto, el nuevo código se ha limitado a declarar que el daño no patrimonial debe ser resarcido (en sentido amplio) sólo en los casos determinados por la ley, presente o futura, y en las formas, eventualmente diversas de una indemnización pecuniaria, por ella establecidas (art. 2059)». Véase *Codice Civile. Testo e Relazione Ministeriale*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1943, p. 182.
- 9 Aunque, paulatinamente, se fueron incrementando los supuestos de reconocimiento de compensación del daño no patrimonial en la legislación ordinaria, fuera de la hipótesis de delito; así, entre otros, puede mencionarse el art. 2 de la Ley número 117, de 13 de abril de 1988, sobre resarcimiento de los daños ocasionados en el ejercicio de las funciones judiciales y responsabilidad de los magistrados, modificado por la Ley número 18, de 27 de febrero de 2015, que contiene la disciplina de la responsabilidad civil de los magistrados; o el art. 1 bis de la Ley número 89, de 24 de marzo de 2001, sobre la previsión de reparación adecuada en caso de violación del término de duración razonable del proceso, introducido por obra de la

la jurisprudencia los equiparaba con el denominado daño moral subjetivo —esto es, con la perturbación psicológica transitoria de la víctima subsiguiente al daño sufrido, con la injusta alteración de su estado de ánimo, con su sufrimiento físico (sensaciones dolorosas) o psíquico, cuya compensación se conoce como *pretium doloris* o *pecunia doloris*¹⁰—; cualquier otro perjuicio inmaterial, por tanto, no se tomaba en cuenta.

A partir de ese momento, la evolución del daño no patrimonial vino impulsada por los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales para dar respuesta a las hipótesis que surgían en la práctica y no encajaban en la bipartición vigente (que distinguía entre daño patrimonial y daño moral subjetivo) sin someterlas a las referidas “horcas caudinas” del 2059 CC, lo que dio lugar a la aparición de diversas categorías resarcitorias¹¹. La primera de ellas fue la del daño biológico, con la que se intentaron resolver aquellos casos en que, a pesar de haberse producido la lesión psíquica o física de una persona, su capacidad reidual no resultaba afectada.

Hasta ese momento, el detrimento de la integridad fisis-psíquica de la persona encontraba acogida en el sistema aquiliano sólo si determinaba la limitación o, incluso, la pérdida de su capacidad para generar renta; en tal caso, atendida la susceptibilidad de valoración económica del mismo, el daño venía considerado como patrimonial y, en consecuencia, su resarcimiento se incardinaba en el art. 2043 CC¹². Aunque se admitían algunas correcciones a este principio, que, mediante el empleo de presunciones, permitían resarcir lesiones a individuos que no desarrollaban actividad profesional alguna¹³, la consideración del ser humano exclusivamente desde el punto de vista de su productividad originaba situaciones injustas, que chocaban frontalmente con los principios de salvaguarda de la persona e igualdad, amparados por la *Cost.*; así, había personas que, por no

Ley número 208, de 28 de diciembre de 2015. El texto de los referidos preceptos puede consultarse en www.normattiva.it.

10 En estos términos se pronuncia la importantísima sentencia de la *Corte Costituzionale*, número 184, de 14 de julio de 1986 (*Il foro italiano*, vol. 109, núm. 2, septiembre 1986, pp. 2053-2068).

11 BONA, M. y MONATERI, P. G.: *Il nuovo danno non patrimoniale*, Ipsoa, Milano, 2004, pp. 112 y ss.

12 La reparación del mismo se calculaba tomando en consideración la reducción experimentada en la “capacidad laboral específica” del interesado, lo que se conoce como la regla del zapatero, enunciada por el pensador italiano Melchiorre GIOIA: “un zapatero, por ejemplo, elabora dos zapatos y cuarto al día; habéis debilitado su mano, de modo que ya no consigue hacer más que un zapato: le debéis el valor de la confección de un zapato y cuarto multiplicado por el número de días que le restan de vida, menos los días festivos. El número de días que restan a un individuo, cuando se conoce su edad, resulta de las tablas de mortalidad que todos conocen”. (*Dell'ingiuria dei danni del soddisfacimento e relative basi di stima avanti i Tribunali civili*, Giovanni Silvestri, 2.ª ed., Milano, 1829, p. 217).

13 En tales supuestos, se acudía a la “capacidad laboral genérica”; a título de ejemplo, suele mencionarse el supuesto resuelto por la sentencia del Tribunal de Milán de 18 de enero de 1971, conocido como caso Gennarino, en la que se reconoció a un niño de cinco años la incapacidad permanente derivada de un ilícito, calculándose el importe del resarcimiento en base a la actividad desarrollada por su padre (peón no especializado), dando por sentado que sería a la que el interesado hubiera podido acceder. Se conoce también como daño patrimonial presunto. Cfr. BONA, M. y MONATERI, P. G.: *Il nuovo*, cit., p. 115; FIANDACA, L.: *Il danno*, cit., pp. 4 y ss.; y MORLINI, G.: “Danno patrimoniale e danno esistenziale”, 2014, disponible en www.ordineforense.re.it, p. 4.

encajar en el perfil mencionado (desempleados; pensionistas, por edad o invalidez; rentistas) o por sufrir perjuicios que no afectaban a su capacidad para generar renta (microlesiones), no percibían ningún resarcimiento por la lesión de su salud, y otras que, ante el mismo daño en la integridad psico-física, percibían reparaciones muy dispares, por tener distinto nivel de ingresos¹⁴.

El daño biológico se reconoce por primera vez por el Tribunal de Génova, en su sentencia de 25 de mayo de 1974, en la que, al pronunciarse sobre las consecuencias de un accidente de tráfico, la Corte *ligure* decide apartarse del mecanismo de liquidación entonces imperante, inclinándose por "dar relieve al daño físico en sí considerado y valorar aparte la eventual lesión del mismo sobre la capacidad de trabajo-ganancia... En la hipótesis de lesiones a la integridad física de la persona debe resarcirse el daño biológico en sí y por sí considerado, prescindiendo de la efectiva incidencia sobre la capacidad laboral del lesionado"¹⁵. En cuanto al fundamento normativo del supuesto, el Tribunal entendió que, dado que el art. 2059 CC aludía al daño moral subjetivo, cualquier otro daño extrapatrimonial debía reconducirse al 2043 CC.

Partiendo de esta concepción del daño a la salud —que no tardaron en acoger las Cortes superiores¹⁶—, se instaura un sistema resarcitorio tricotómico, en el que, a las tradicionales categorías de daño patrimonial y daño moral subjetivo, se añade un *tertium genus*, el daño biológico, que, sin tener carácter patrimonial en sentido estricto, se incardina en el art. 2043 CC, en cuanto especie del género daño injusto, contemplado por este precepto¹⁷. No faltaron justificaciones diversas a la subsunción del daño biológico en el 2043 —por ejemplo, atribuyéndole carácter patrimonial lato sensu, por cuanto resulta susceptible de valoración económica mediante el uso de parámetros como la renta media, oportunamente atemperada en función de la edad de la víctima, o el uso de baremos¹⁸— ni elaboraciones conceptuales abstractas, para evitar calificarlo como patrimonial o no patrimonial —que es lo que hizo el Tribunal Constitucional en la sentencia 184, de 14 de julio de 1986, creando una categoría inédita hasta ese momento, la del daño evento, que consentía resarcir la lesión de un derecho en base al comportamiento ilícito del autor del hecho, sin tener en cuenta los eventuales perjuicios producidos y la

14 MONATERI, P. G.: Voz «Danno alla persona», en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, Utet, T. V, Torino, 1989, p. 76.

15 Tribunal Génova, 25 mayo 1974, cit. en BONA, C.: *Studio sul danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 89.

16 Corte Costituzionale, núm. 88, 26 julio 1979 (www.giurcost.org); Cass. civ., Sez. III, núm. 3675, 6 junio 1981 (*Il foro italiano*, vol. 104, núm. 7/8, julio-agosto 1981, pp. 1883/1884-1891/1892); y Cass. civ., Sez. III, núm. 6607, 11 noviembre 1986 (*Il foro italiano*, vol. 110, núm. 3, marzo 1987, pp. 833-844).

17 MONATERI, P. G.: «Danno alla», cit., p. 76; y SALVI, C.: Voz «Danno», en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, Utet, T. V, Torino, 1989, pp. 67 y 68.

18 BONA, C.: *Studio sul*, cit., pp. 10 y ss., y 96 y ss.

naturaleza (económica o moral) de los mismos¹⁹—, pero lo cierto es que, a partir de entonces, se admitió la resarcibilidad del daño biológico ex art. 2043 CC, en relación con el art. 32 Cost.²⁰.

No obstante, seguían detectándose perjuicios de carácter no reidual, que no encajaban ni en el concepto de daño moral ni en el de daño biológico —supuestos en que los miembros de una familia veían incrementadas sus obligaciones o restringidas sus libertades, por tener que asistir a un pariente portador de una grave discapacidad, consecuencia de un accidente de tráfico o una negligencia médica; aquellos en los que alguien veía desaparecer todo entusiasmo por los que, hasta el momento de la pérdida de un ser querido por el acto ilícito de un tercero, habían constituido sus principales proyectos vitales; otros en que a un trabajador se le depauperaba la reputación o motivación profesional, por encomendársele indebidamente funciones inferiores a las propias de su cualificación o someterle a cualquier forma de acoso en su puesto de trabajo, etc.²¹—, que los intérpretes trataban de resolver, según el caso, ampliando el campo de acción de las categorías tradicionales (daño patrimonial, moral o biológico), brindando nuevas nociones, con desigual nivel de aceptación (v. gr., daño a la vida de relación, daño a la esfera sexual, daño estético,...) o fundamentando la inadmisibilidad del resarcimiento, por temor a un incremento excesivo de las demandas resarcitorias²².

De ahí que, tras identificar el denominador común presente en casos como los señalados —la alteración, impuesta y perniciosa, de la cotidianeidad de una

19 BONA, C.: *Studio sul*, cit., p. 92.

20 BONA, M. y MONATERI, P. G.: *Il nuovo*, cit., pp. 116 y ss.

21 Un compendio bastante exhaustivo de los casos planteados ante la jurisprudencia de mérito, así como de las soluciones proporcionadas en cada caso, puede verse en ZIMIZ, P.: “Alla scoperta del danno esistenziale”, en AA.VV.: *La responsabilità extracontrattuale. Le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza* (coord. por P. CENDON), Giuffrè, Milano, 1994, pp. 46 y ss.

Raro es el trabajo sobre esta materia que no menciona, en este punto, el caso resuelto por la sentencia de la Corte di Cassazione número 6607, de 11 de noviembre de 1986, que dirimió la petición planteada iure proprio por un individuo cuya esposa presentaba una grave afección en las vías genitourinarias, como consecuencia de la omisión de la debida diligencia por un médico, al practicarle una cistoscopia. Dado que la enfermedad impedía la actividad sexual, el marido reclamaba una reparación para sí, al margen de la obtenida por su mujer en concepto de daño biológico y del reembolso de los gastos ocasionados por los cuidados médicos y asistenciales requeridos. La demanda resarcitoria se consideró infundada en primera instancia y en apelación, por entender que el alegado por el marido no constituía un efecto normal del hecho ilícito sufrido por su consorte, sino una mera consecuencia refleja, que no le proporcionaba título para ejercitar una pretensión por sí mismo.

Sin embargo, la Cassazione sí apreció la lesión de un derecho propio del marido, reconocido y garantizado constitucionalmente: “También el derecho recíproco de cada cónyuge a las relaciones sexuales con el otro es —como se ha visto— derecho inherente a la persona: constituye un derecho que concierne y tiene por contenido un modo de ser, un aspecto del desenvolvimiento de la persona de cada cónyuge en el ámbito de la familia, sociedad natural fundada sobre el matrimonio, formación social donde se desarrolla la personalidad del hombre, cuyos derechos inviolables son reconocidos y garantizados constitucionalmente. Como tal, en cuanto derecho de la persona, en un aspecto de su ser y desarrollo en la familia, se equipara al derecho a la salud, como derecho de la persona a la integridad físico-psíquica. Y como tal derecho, cuando sea lesionado por el hecho doloso o culposo de un tercero, que, causando al otro cónyuge la imposibilidad de las relaciones sexuales, lo haya suprimido, es, de igual modo, resarcible: como daño que no es ni patrimonial ni no patrimonial, sino un detrimento del modo de ser y del desenvolvimiento de la persona, en aquel aspecto, de por sí, y de aquel modo reparable”.

22 BONA, M. y MONATERI, P. G.: *Il nuovo*, cit., p. 110.

persona²³—, cierto sector doctrinal propusiera implantar una nueva categoría conceptual, capaz de aglutinar esos y otros supuestos. La justificación proporcionada para ello era que del mismo modo que, cuando se menoscaba la integridad fisisíquica de una persona, hay una respuesta resarcitoria consecuencia de la lesión de un derecho constitucionalmente garantizado (el derecho a la salud), cada vez que se daña el libre desarrollo de la personalidad, dificultando, impidiendo o imponiendo una determinada actividad en el ámbito familiar, social o profesional, se comprometen otros valores del individuo tutelados por la Norma Suprema, por lo que también entonces debería haber una reacción del ordenamiento, de manera que quedasen protegidas todas las dimensiones de la existencia humana²⁴. Surge así la controvertida modalidad del daño existencial, impulsada por las escuelas triestina y turinesa²⁵, con el mismo fundamento normativo que el empleado por la sentencia 184/1986 del *Costituzionale* para sustentar el daño biológico: el art. 2043 CC en relación con la *Norma Normarum*, particularmente con su art. 2, combinación que garantiza la reparación integral de los daños causados en los valores de la persona distintos del derecho a la salud (familia, educación, libertad, honor, intimidad, etc.), por cuanto obstaculizan, injustamente, las actividades “realizadoras” de la persona (entendiendo por tales las que permiten el libre desarrollo de la personalidad, el que una persona se realice)²⁶.

23 En este sentido, ROSSI, R.: “Il danno esistenziale”, en AA.VV.: *Trattato dei nuovi danni* (dir. por P. CENDON), vol. I, Cedam, Padova, 2011, p. 19.

24 En tal sentido, FANELLI, L.: “Le ragioni alla base dell'emersione di una nuova categoria di danno: danno esistenziale”, en AA.VV.: *Critica del danno esistenziale* (coord. por G. PONZANELLI), Cedam, Padova, 2003, pp. 29 y 30.

25 Representadas, respectivamente, por los profesores Paolo Cendon y Patrizia Ziviz, y por Pier Giuseppe Monateri y Marco Bona. La principal diferencia entre ambas corrientes estribaba en que, mientras la triestina consideraba que la nueva modalidad absorbía el daño biológico —distinguiéndose el “daño existencial biológico” (esto es, los perjuicios de carácter dinámico-relacional derivados de una lesión fisisíquica) del “daño existencial no biológico” (las consecuencias negativas resultantes de la lesión de cualquier otro derecho)—, la de Turín entendía que se sumaba a éste, conformando el mencionado “tercer género”, en el que quedaban integrados todos los daños no patrimoniales que no resultasen cubiertos de otro modo; coincidían, en cambio, en que las dos lo subsumían en el art. 2043 CC. Vide BONA, M. y MONATERI, P. G.: *Il nuovo*, cit., pp. 152 y ss.; FANELLI, L.: “Le ragioni”, cit., p. 20, nota 9, y p. 26, nota 19; y ROSSI, R.: “Il danno”, cit., p. 21.

26 Estos fueron los razonamientos empleados por la *Cassazione* en la sentencia número 7713, de 7 de junio de 2000 (*Il foro italiano*, vol. 124, núm. 1, enero 2001, pp. 187-204), la primera resolución que reconoció expresamente el daño existencial (aunque el germen de la categoría ya se dejó notar en la 6607/1986). En ella se parafrasea el siguiente fragmento de la 184/1986, si bien el Supremo sustituye las referencias al art. 32 por las del 2 del texto constitucional: “La vigente Constitución, garantizando principalmente valores personales, revela que el art. 2043 CC debe ponerse sobre todo en relación con los arts. de la Carta fundamental (que tutelan los referidos valores) y que, por tanto, debe leerse de modo idealmente idóneo para compensar el sacrificio que los mismos valores sufren a causa del ilícito. El art. 2043 CC, en relación con el art. 32 Const., se extiende necesariamente hasta abarcar el resarcimiento no sólo de los daños patrimoniales en sentido estricto, sino (excluidos, por las razones ya indicadas, los daños morales subjetivos) todos los daños que, al menos, potencialmente, obstaculizan las actividades realizadoras del ser humano. Y éste es el profundo significado innovador de la reclamación de resarcimiento autónomo, en cualquier caso, del daño biológico: tal reclamación contiene una implícita, pero ineludible invitación a poner especial atención en la norma primaria, cuya violación funda el resarcimiento ex art. 2043 CC, al contenido de la *iniuria*, a la que se refiere el mismo art., y a la inclusión en el resarcimiento (ya no limitado, por tanto, a la garantía de los bienes patrimoniales) de la lesión de bienes y valores personales”.

Con posterioridad, mediante dos resoluciones del 2003 —conocidas como sentencias gemelas, por haberse emitido el mismo día, el 31 de mayo, así como por la semejanza de sus motivaciones²⁷—, el Supremo italiano concluyó que, igual que se venía haciendo para justificar la ampliación del área del 2043 CC, cabía realizar una lectura constitucionalmente orientada del art. 2059, lo que permitió reconducir los daños a la persona (incluido el biológico) a su sede natural, además de sortear las limitaciones que, durante tanto tiempo, habían obstaculizado su pleno reconocimiento. En concreto, retomando la noción brindada por el *Costituzionale* en la sentencia 88/1979²⁸, se abandona la interpretación restrictiva del 2059 CC, identificándose el daño no patrimonial (ya no sólo con el daño moral subjetivo, sino) con el daño derivado de la injusta lesión de intereses o valores inherentes a la persona, carentes de relevancia económica. De la tricotomía previa, el régimen de responsabilidad civil extracontractual italiano pasa, pues, al sistema bipolar del daño patrimonial y no patrimonial.

A partir de ahí, para salvar el límite que sólo admite la reparación del daño no patrimonial en los supuestos legalmente previstos, el Alto Tribunal entendió que, dado que, de todas las sanciones contempladas por el ordenamiento, el resarcimiento constituye la menor de las que pueden articularse para garantizar la salvaguarda de valores personales de relieve constitucional, su reconocimiento no puede someterse a límite alguno, puesto que eso se traduciría en la denegación de la forma mínima de tutela a los supuestos excluidos. En coherencia con ello, cuando se hallen en juego valores personales de relieve constitucional, el límite establecido en el art. 2059 CC ha de entenderse inoperante. Por si lo dicho no bastase, las sentencias gemelas proporcionan un argumento alternativo: el reenvío del 2059 a “los casos determinados por la ley”, tras la entrada en vigor de la *Cost.*, bien puede entenderse referido a las previsiones de la propia Norma Suprema²⁹. Por tanto, la interpretación combinada del art. 2059 CC y los principios constitucionales amplía los daños no patrimoniales resarcibles, que ya no son únicamente los determinados expresamente por la ley, sino también los derivados de la lesión de los derechos inviolables de la persona reconocidos por la Carta Magna.

27 Cass. Civ., Sez. III, núm. 8827, 31 mayo 2003 (www.altalex.com); y Cass. Civ., Sez. III, núm. 8828, 31 mayo 2003 (www.ilsole24ore.com).

28 En la que se señala que la noción de “daño no patrimonial” del 2059 CC “es amplia y general hasta el punto de alcanzar, sin sombra de duda, cualquier perjuicio que se contraponga, en vía negativa, al patrimonial, caracterizado por la economicidad del interés lesionado. Lo cual lleva a entender que el ámbito de aplicación de los referidos arts. 2059 del código civil y 185 del código penal —contrariamente a cuanto se afirma en la ordenanza de remisión— se extiende hasta abarcar cualquier daño no susceptible directamente de valoración económica, comprendido el de la salud”.

29 “[E]l reconocimiento en la Constitución [en su art. 2] de los derechos inviolables inherentes a la persona carentes de naturaleza económica exige su tutela implícita, pero necesariamente, de tal modo que constituye un caso de reparación del daño no patrimonial determinado por la ley, al máximo nivel!” (Cass. Civ., Sez. III, núm. 8828, 31 mayo 2003).

La Corte Costituzionale, por su parte, enseguida manifestó complacencia con tal lectura; poco más de un mes después de las gemelas, en su sentencia número 233, de 11 de julio, atribuyó a las resoluciones *de quibus* “el indiscutible mérito de reconducir a racionalidad y coherencia el atormentado capítulo de la tutela resarcitoria del daño a la persona”. Asimismo, partiendo de la clasificación enunciada por la sentencia 8827/2003 del Supremo, el Tribunal Constitucional precisó las distintas voces que integran la categoría compleja del daño no patrimonial; la “interpretación constitucionalmente orientada del art. 2059 CC —afirma la 233/2003— [va] dirigida a condensar en la abstracta previsión de la norma cualquier daño de naturaleza no patrimonial resultante de la lesión de valores inherentes a la persona: y, por tanto, sea el daño moral subjetivo, entendido como perturbación pasajera del estado de ánimo de la víctima; sea el daño biológico en sentido estricto, entendido como lesión del interés, constitucionalmente garantizado, a la integridad psíquica y física de la persona, consiguiente a una comprobación médica (art. 32 Cost.); sea, por último, el daño (a menudo definido por la doctrina y la jurisprudencia como existencial) derivado de la lesión de (otros) intereses de rango constitucional inherentes a la persona”, quedan comprendidos en la noción regulada por el 2059 CC.

Asentada la bipolaridad del sistema por obra de las gemelas, en lo sucesivo, el debate doctrinal y jurisprudencial se concentró en una de las modalidades resarcitorias en que se venía segmentando la categoría de los perjuicios no patrimoniales: el daño existencial. Esta figura no fue pacíficamente acogida por la civilística italiana; al contrario, su aparición dio lugar a una enconada polémica (que todavía subsiste) entre quienes consideran que, al igual que la salud, las restantes dimensiones de la existencia de la persona merecen tutela resarcitoria y que, para ello, resulta imprescindible el reconocimiento de una voz de daño autónoma, que permita dar respuesta a lesiones distintas de las consideradas por el daño moral y el biológico³⁰; y aquellos que, por el contrario, defienden que no sólo no es preciso configurar una figura ad hoc, para asegurar el resarcimiento integral del daño, sino que no es posible reconducir la lesión de cualesquiera intereses a una categoría genérica de daño, al objeto de admitir su resarcimiento, sin base normativa alguna para ello, por cuanto eso supondría revertir la tipicidad del daño no patrimonial establecida por el art. 2059 CC³¹.

30 Que conforman lo que se conoce como corriente existencialista, cuyos máximos exponentes son los representantes de las escuelas triestina y turinesa, que se han señalado.

31 Éstos son los llamados anti-existencialistas; así, COMANDÉ, G.: «Il danno esistenziale e il “diritto pigro”», en AA.VV.: *Critica del danno esistenziale* (coord. por G. PONZANELLI), Cedam, Padova, 2003, pp. 72 y ss.; D’ADDA, A.: “Il cosiddetto danno esistenziale e la prova del pregiudizio”, en *Il foro italiano*, vol. 124, núm. 1, enero 2001, pp. 196 y ss.; FANELLI, L.: “Le ragioni”, cit., p. 30; PEDRAZZI, G.: «“Lifting the veil”: il disvelamento del danno esistenziale», en AA.VV.: *Critica del danno esistenziale* (coord. por G. PONZANELLI), Cedam, Padova, 2003, pp. 45 y ss.; o PONZANELLI, G.: «La “forza” del sistema bipolare», en AA.VV.: *Critica del danno esistenziale* (coord. por G. PONZANELLI), Cedam, Padova, 2003, pp. 11 y ss.

El referido antagonismo permeó en la jurisprudencia, no sólo en la de mérito³², también en la de legitimidad³³; de ahí que, al tratar de resolver el recurso planteado por los familiares de una persona fallecida en un accidente de tráfico (habían obtenido en apelación la reparación del daño biológico y del moral, pero reclamaban también el existencial), la *Terza Sezione Civile* de la Corte de Casación invocase la intervención de las *Sezioni Unite*³⁴, mediante la ordenanza número 4712, de 25 de febrero de 2008³⁵, exhortándolas a resolver diversas cuestiones sobre el daño no patrimonial, entre ellas, «la misma “existencia” del daño existencial». La respuesta de las *Sezioni Unite* a la referida ordenanza se verificó en la sentencia número 26973³⁶, cuya motivación se reprodujo íntegramente en otras tres decisiones del *Massimo Consesso di Giustizia*, que resolvían sendas hipótesis en las que también se pretendía el reconocimiento del daño existencial³⁷.

En tales pronunciamientos —que se conocen como las sentencias de San Martín, por datar del día 11 de noviembre de 2008³⁸—, el Pleno del Supremo italiano asumió la interpretación constitucionalmente orientada del art. 2059 CC proporcionada por las sentencias 8827 y 8828/2003; así, reiteró la bipolaridad del sistema de responsabilidad aquiliana contenido en el CC y puntualizó que, como el art. 2059 no configura un ilícito civil distinto del contemplado en el 2043, para resarcir el daño no patrimonial, deben concurrir los mismos elementos estructurales requeridos por el art. 2043 CC para el reconocimiento del daño patrimonial (esto es, un hecho doloso o culposo, un daño injusto y el nexa causal entre ambos). No

32 Puede verse un detallado catálogo de la jurisprudencia menor sobre danno esistenziale en MORLINI, G.: “Danno non”, cit., p. 11; y ROSSI, R.: “Il danno”, cit., pp. 18 y 19.

33 A título de ejemplo, además de las mencionadas hasta el momento, entre las que admiten el daño existencial, merece señalarse la sentencia número 2050 de la Cuarta Sezione Penale de la Corte de Cassazione, de 23 de noviembre de 2003 (<http://www.ordineavvocatifrosinone.it>). Niega relevancia a la categoría, en cambio, la sentencia número 15022 de la Terza Sezione Civile de la Cassazione, de 15 de julio de 2005 (*Il foro italiano*, vol. 129, núm. 5, mayo 2006, pp. 1357-1360).

34 En realidad, las *Sezioni Unite* de la Cassazione ya habían sido requeridas sobre el particular, lo que dio lugar a su sentencia número 6572, de 24 de marzo de 2006 (*Il foro italiano*, vol. 129, núm. 5, mayo 2006, pp. 1345-1355), en la que, en relación con un caso de despido nulo de un trabajador por la compañía de Ferrocarriles del Estado, tras varios años de degradación y descalificación profesional, se reconoció la procedencia del daño no patrimonial, tanto biológico como existencial. Sin embargo, los magistrados anti-existencialistas de la Cassazione, lejos de doblegarse a los argumentos del Pleno, interpretaron que el *dictum* en cuestión debía entenderse limitado al ámbito del Derecho laboral, siendo imposible atribuirle valor general, y, en consonancia con ello, continuaron emitiendo resoluciones en las que se negaba sistemáticamente la admisibilidad del daño existencial, concediéndole, en el mejor de los casos, mero valor descriptivo. Constituye ejemplo de ello la sentencia número 23918 de la Terza Sezione Civile de la Cassazione, de 9 de noviembre de 2006 (*Responsabilità civile e previdenza*, LXXII, núm. 2, febrero 2007, pp. 276-284).

35 *Il foro italiano*, vol. 131, núm. 5, mayo 2008, pp. 1447-1458.

36 Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 26973, 11 noviembre 2008 (*Il foro italiano*, vol. 132, núm. 1, enero 2009, pp. 119-160).

37 Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 26972, 11 noviembre 2008 (www.ambienteditratto.it); Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 26974, 11 noviembre 2008 (www.vittimestrade.org); y Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 26975, 11 noviembre 2008 (www.anao.it).

38 Hay quien entiende que la fecha de depósito de estas sentencias no fue arbitraria, sino que se hizo coincidir con el comienzo del año agrícola para, de algún modo, simbolizar que, tras ellas, comenzaba una nueva estación, un nuevo periodo, en lo relacionado con el daño no patrimonial. Cfr. PARDOLESI, R. y SIMONE, R.: «Danno esistenziale (e sistema fragile): “die hard”», en *Il foro italiano*, vol. 132, núm. 1, enero 2009, p. 128.

obstante, también resaltó la diferencia esencial entre ambas hipótesis resarcitorias: mientras el daño patrimonial se caracteriza por su atipicidad, lo que supone que el perjuicio injusto puede derivar de la lesión de cualquier interés jurídicamente relevante, el daño no patrimonial se distingue por su tipicidad, lo que implica que sólo la lesión de algunos intereses hará surgir un perjuicio resarcible. “En el plano de la injusticia del daño —se lee en la 26973/2008—, la resarcibilidad del daño no patrimonial demanda la selección de los intereses de cuya lesión deriva el daño. Selección que se lleva a cabo a nivel normativo, en los casos determinados por la ley, o en vía interpretativa por parte del juez, llamado a individualizar la subsistencia, conforme al criterio de la Constitución, de un concreto derecho inviolable de la persona, necesariamente, amparado por la tutela resarcitoria mínima”.

Al mismo tiempo, para moderar la proliferación de demandas indemnizatorias (en muchos casos, solicitando la reparación de perjuicios fútiles³⁹), las *Sezioni Unite* trataron de acotar los supuestos en que podía concederse resarcimiento por los daños no patrimoniales derivados de la lesión de derechos constitucionales, mediante el establecimiento de dos requisitos: la gravedad de la ofensa y la seriedad del perjuicio; en otras palabras, la conculcación del derecho debe rebasar cierto umbral de ofensa, de modo que el perjuicio sea lo bastante serio para merecer tutela, en un sistema que impone un mínimo de tolerancia⁴⁰.

Por lo demás, las sentencias de San Martín rechazan abiertamente la posibilidad de identificar subcategorías resarcitorias en el ámbito del art. 2059 CC, norma que deviene, tras su reinterpretación constitucional, la única que disciplina el daño no patrimonial, entendido como todo perjuicio derivado de la lesión de intereses inherentes a la persona y carentes de relevancia económica. Sólo a efectos descriptivos admite el Supremo italiano que se emplee una denominación para representar casos específicos, cuyo resarcimiento quede amparado por la ley en los términos antedichos. “En tal sentido, esto es, como mera síntesis descriptiva, deben entenderse las distintas denominaciones (daño moral, daño biológico, daño de pérdida de la relación familiar) adoptadas por las sentencias gemelas del 2003 y acogidas por la sentencia n. 233/2003 de la Corte Constitucional”⁴¹.

39 A modo de ejemplo de tales daños triviales, el Alto Tribunal transalpino menciona la ruptura del tacón del zapato de una novia el día de su boda, el corte de pelo errado, la espera estresante en un aeropuerto o el apagón eléctrico que impide disfrutar de la emisión de un partido de fútbol; cuestiones resueltas por los Jueces de Paz.

40 “Evidentemente —señalan las *Sezioni Unite*—, no son merecedores de la tutela resarcitoria...los perjuicios consistentes en malestares, fastidios, decepciones, ansiedades y en cualquier otro tipo de insatisfacción concerniente a los aspectos más dispares de la vida cotidiana que cada uno conduce en el contexto social, a los cuales ha conferido protección, en cambio, la jurisprudencia de proximidad. No vale invocar, para declararlos resarcibles, derechos del todo imaginarios, como el derecho a la calidad de la vida, al estado de bienestar, a la serenidad; en definitiva, el derecho a ser felices”.

41 Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 26973, 11 noviembre 2008.

Particularmente, se niega al denominado daño existencial la dignidad de componente autónoma del daño no patrimonial, invocando el principio enunciado por algunas de las resoluciones anti-existencialistas de la *Cassazione*, como la 15022/2005 o la 23918/2006: porque, a través de tal subcategoría, “se acaba por llevar también el daño no patrimonial a la atipicidad, aunque sea a través de la individuación de la aparente figura típica del daño existencial, en la que, sin embargo, confluyen supuestos no necesariamente previstos por la norma a los efectos de la resarcibilidad de tal tipo de daño, mientras esa situación no es querida por el legislador ordinario ni viene requerida por la interpretación constitucional del art. 2059 CC, que resulta satisfecha por la tutela resarcitoria de valores específicos de la persona, amparados por derechos inviolables según la Constitución”. No tiene inconveniente, el Alto Tribunal, en que, por economía expresiva, se describan como existenciales aquellos perjuicios que, consiguientes a la lesión de un derecho inviolable, afecten a la existencia de la persona; no obstante, tal referencia responderá sólo a exigencias descriptivas, sin que, en ningún caso, pueda suponer el reconocimiento del daño existencial como categoría específica dentro de la general, del daño no patrimonial.

Sin embargo, al mismo tiempo, paradójicamente, se confiere al componente biológico del daño no patrimonial “alcance tendencialmente omnicompreensivo”, por cuanto parece abarcar los restantes tipos de perjuicios; en consecuencia, se considera duplicación resarcitoria la liquidación separada de las consecuencias morales o existenciales, en lugar de considerarlas como “voces” del elemento biológico⁴².

A pesar de que algunos acogieron las resoluciones del otoño del 2008 como si —parafraseando a la profesora ZIVIZ— de las “Tablas de la Ley” se tratase⁴³, lo cierto es que no supusieron (ni mucho menos) el fin del añoso debate sobre los componentes del daño no patrimonial. Además de las inconsistencias que los existencialistas detectaron en ellas⁴⁴ y que alguno de sus pronunciamientos

42 Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 26973, 11 noviembre 2008.

43 “Ogni cosa è illuminata (da Cass. 1361/2014)”, en *Persona e danno*, 12 febrero 2014, disponible en www.personaedanno.it.

44 Por ejemplo, MONATERI (“Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale”, 2009, disponible en www.jus.unin.it, p. 4) critica el empeño de las sentencias de San Martín en diferenciar entre categorías jurídicas y descriptivas, atribuyendo peor condición a estas últimas, cuando, desde el punto de vista ontológico, tal distinción no aporta nada, puesto que, al margen de su procedencia (la ley o la doctrina), ambas categorías cumplen la misma función: pormenorizar elementos, hipótesis, vicisitudes o relaciones a las que aplicar el mandato contenido en la norma. De otro lado, como ya hemos apuntado, genera perplejidad que, de un lado, se niegue la posibilidad de reconocer subcategorías en el daño no patrimonial y que, al mismo tiempo, se refuerce la figura del daño biológico, otorgándole carácter omnicompreensivo. Además, dado que tal instituto no abarca la totalidad de hipótesis de daño a la persona que pueden surgir en la práctica, no parece demasiado realista pensar que, mediante la *reductio ad unum* pretendida por el Pleno del Supremo en noviembre de 2008, pueda satisfacerse el principio del resarcimiento integral que preside la materia que nos ocupa. En este sentido, puede verse Rossi, R.: “Il danno”, cit., pp. 27 y 28.

fueron sucesivamente desmentidos por el legislador⁴⁵, la propia jurisprudencia de legitimidad no tardó en puntualizar sus postulados; en efecto, diversas sentencias del Supremo posteriores a las de San Martín reiteraron que el daño biológico, el moral y el existencial constituyen perjuicios no patrimoniales ontológicamente diversos y todos resarcibles, y que semejante afirmación no contrasta con la unidad del daño no patrimonial sancionada en los pronunciamientos del 2008, por cuanto ésta impone una liquidación unitaria del daño, pero no la consideración atomística de sus efectos⁴⁶. Se trata, pues, de garantizar el resarcimiento integral del daño sin incurrir en duplicaciones indemnizatorias⁴⁷.

De hecho, a la vista del enfoque que confiere últimamente a la cuestión, la *Cassazione* parece haberse desmarcado definitivamente de los argumentos defendidos por su Pleno en las sentencias del 2008; así, según la sentencia de la *Terza Sezione* número 901, de 17 de enero de 2018⁴⁸, aunque para verificar y reparar el daño no patrimonial, no hay necesidad de acudir a categorías taxonómicas abstractas (es más, haciendo uso de ellas se corre el riesgo de subestimar algún perjuicio o incurrir en duplicaciones, si se emplean categorías poco precisas), tampoco puede ignorarse la fenomenología del daño a la persona mediante "estériles formalismos unificantes"⁴⁹. En consecuencia, atendiendo a la doble dimensión del sufrimiento humano —que presenta una vertiente

45 Es el caso de la supuesta dilución del daño moral en el biológico a la que se refieren las sentencias del 2008, puesto que, tras ellas, se han aprobado normas que, aunque en ámbitos sectoriales, contemplan el resarcimiento autónomo del daño moral; así el art. 1 del Decreto del Presidente de la República número 181, de 30 de octubre de 2009, que aprueba el Reglamento que contiene los criterios médico-legales para la constatación y determinación de la individualidad del daño biológico y moral a cargo de las víctimas del terrorismo y de las matanzas de tal origen, conforme al art. 6 de la Ley número 206, de 3 de agosto de 2004; o, más recientemente, la redacción dada por el art. 1.17 de la Ley número 124, de 4 de agosto de 2017, anual para el mercado y la competencia al art. 138 del *Codice delle assicurazioni*. Ambas pueden consultarse en www.gazzettaufficiale.it.

46 Cass. Civ., Sez. III, núm. 20292, 20 noviembre 2012 (www.altalex.com); Cass. Civ., Sez. Lavoro, núm. 9770, 23 abril 2013 (www.webgiuridico.it); Cass. Civ., Sez. III, núm. 23147, 11 octubre 2013 (www.altalex.com); Cass. Civ., Sez. III, núm. 15491, 8 julio 2014 (www.altalex.com); o Cass. Civ., Sez. III, núm. 10414, 20 mayo 2016 (www.ilfoglio.it).

47 Cass. Civ., Sez. III, núm. 23778, 7 noviembre 2014 (www.altalex.com): "Nuestro ordenamiento sólo conoce una distinción en materia de daños aquilianos: aquella entre daños patrimoniales y daños no patrimoniales. Cada una de estas categorías jurídicas es unitaria. Bajo el punto de vista jurídico, así como no hay diferencia entre el daño patrimonial consistente en la pérdida de un crédito y el consistente en la pérdida de un ingreso, ...no hay ninguna diferencia ontológica —como se suele decir— entre una lesión a la salud y una al honor. Obviamente, tanto el daño patrimonial como el no patrimonial pueden asumir infinitas formas, porque pueden incidir sobre infinitos bienes o intereses. El daño no patrimonial, por tanto, que es categoría unitaria, se diferencia en los criterios de constatación y liquidación, según el interés concreto sobre el que recaiga. Sin embargo, la proclamada naturaleza unitaria del perjuicio no puede constituir un mero obsequio formal a la dogmática: y, en consecuencia, no está permitido multiplicar las voces de daño designando perjuicios idénticos con nombres diversos". En sentido similar, Cass. Civ., Sez. III, núm. 16516, 28 septiembre 2012 (www.altalex.com); Cass. Civ., Sez. Lavoro, núm. 28137, 17 diciembre 2013 (www.olympus.uniurb.it); Cass. Civ., Sez. III, núm. 1361, 23 enero 2014 (www.altalex.com); Cass. Civ., Sez. III, núm. 3374, 20 febrero 2015 (www.iclouvell.com); o Cass. Civ., Sez. III, núm. 21059, 19 octubre 2016 (www.personaedanno.it).

48 *Danno e responsabilità*, núm. 4, 2018, pp. 463-467.

49 En términos similares, la ordenanza de la *Cassazione* número 7513, de 27 de marzo de 2018 (*Danno e responsabilità*, núm. 4, 2018, pp. 456-462), señala que "el daño no patrimonial (como el patrimonial) constituye una categoría jurídicamente (aunque no fenomenológicamente) unitaria".

interna, constituida por el padecimiento espiritual en todos sus aspectos: dolor, vergüenza, remordimiento, desestimación propia, melancolía, tristeza, etc.; y otra externa, representada por el impacto modificativo *in peius* en la vida cotidiana del interesado—, el Supremo considera que, para constatar y liquidar adecuadamente el daño no patrimonial, una vez identificado el interés protegido por la *Cost.* (salud, relación familiar, honor, libertad de expresión, religiosa, etc.⁵⁰), el Juez debe analizar y valorar rigurosamente, desde el punto de vista de la prueba, las repercusiones de la lesión tanto en la esfera interna como en la externa de la víctima⁵¹.

La interna se corresponde con el daño moral; la externa, por su parte, se identifica con el daño dinámico relacional (o relacional, a secas), que constituye el giro elegido por el Alto Tribunal italiano para evitar aludir al daño existencial, pero que define en términos idénticos: “perjuicio de naturaleza no meramente emotiva e interior, sino objetivamente constatable, provocado en la actividad no reidual del sujeto, que altere sus hábitos de vida y actitudes relacionales propias, induciéndole a elecciones vitales diversas en cuanto a la expresión y realización de su personalidad en el mundo externo”⁵². Ambas tipologías de daño, moral y dinámico-relacional, constituyen modalidades diversas y autónomamente resarcibles, siempre que los respectivos perjuicios se prueben, oportunamente, caso por caso, mediante cualesquiera medios de prueba admitidos por el ordenamiento⁵³.

En definitiva, una década después de las sentencias de San Martín, la *Cassazione* ha recuperado y redistribuido los factores o componentes tradicionales del daño a la persona, articulándolos en una nueva clasificación, que, según algunos, permite no incurrir en asignaciones o duplicaciones erróneas, por cuanto abarca la total fenomenología del daño en dos “sólidos confines categoriales”⁵⁴. En opinión de otros, en cambio, la propuesta del 2018, además de constituir una *contradictio in adiecto*⁵⁵, desvirtúa la labor nomofiláctica de las *Sezioni Unite* (ignorada no ya por la jurisprudencia de mérito, sino también por la de legitimidad), evidencia la polarización de los Jueces arriñados —que, divididos en biologicistas y

50 La sentencia 901/2018 da por superada la «pretendida “unidad omnicompreensiva” del daño biológico», por lo que la lesión de cualesquiera intereses constitucionalmente protegidos puede determinar la obligación de reparar el daño.

51 Reitera este principio de la 901/2018 la sentencia número 13770 de la *Cassazione*, de 31 de mayo de 2018 (*Danno e responsabilità*, núm. 4, 2018, pp. 453-456).

52 *Cass. Civ.*, Sez. III, núm. 901, 17 enero 2018. La misma descripción se empleó por la sentencia 6572/2006 del Supremo para concretar la noción del daño existencial.

53 Este esquema presenta bastantes similitudes con el planteamiento de la cuestión defendido por la escuela triestina; *cfr.* nota 26.

54 BIANCHI, A.: “Il danno alla persona secondo le sentenze Travaglino e Rossetti”, en *Danno e responsabilità*, núm. 4, 2018, p. 472, nota 9.

55 De “unidad binaria” la califica, por ejemplo, PARDOLESI, R.: “Danno non patrimoniale, uno e bino, nell’ottica della Cassazione, una e Terza”, en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, año XXXIV, núm. 9, 2018, p. I, disponible en www.law-economics.net.

existencialistas, consiguen inclinar la balanza a su favor cada cierto tiempo⁵⁶— y, en general, marca el declive de la *Cassazione* como órgano judicial de referencia⁵⁷. En suma, aunque el esquema delineado por las mencionadas resoluciones del 2018, probablemente, constituirá el estatuto conforme al cual se liquidará el daño no patrimonial durante los próximos diez años —como señala PONZANELLI⁵⁸—, no parece que, de momento, el debate pueda darse por zanjado.

III. SUPUESTOS DE RESARCIBILIDAD DEL DAÑO NO PATRIMONIAL.

Con independencia de la eventual adscripción de las hipótesis que se plantean en la práctica a una u otra categoría descriptiva o doctrinal, o a la genérica del daño no patrimonial, lo cierto es que, en los últimos años, la jurisprudencia italiana viene aplicando asiduamente la interpretación expansiva (o constitucionalmente orientada) del art. 2059 CC; precisamente, dedicaremos las páginas que siguen a repasar algunos de los supuestos más emblemáticos en que se hace uso de la referida exégesis.

I. Lesiones mortales infligidas a un pariente cercano.

En el ámbito que nos ocupa, las reclamaciones atendidas con mayor frecuencia por los Tribunales transalpinos se refieren a supuestos en que, como consecuencia de la conducta ilícita de un sujeto, otra persona sufre lesiones que, de forma inmediata o tras un periodo de tiempo más o menos prolongado, provocan su fallecimiento. Se atribuye naturaleza pluriofensiva a tales ilícitos, por cuanto de los mismos resultan daños no sólo para la víctima primaria, sino también para ciertas personas de su entorno, que, en consecuencia, podrán reclamar *iure proprio*, por la abrupta y definitiva ruptura del vínculo familiar; además de *iure hereditatis* —siempre que, naturalmente, ostenten la condición de heredero—, por los padecimientos causados al familiar fallecido⁵⁹.

56 Resultan muy expresivas las palabras de PARDOLESI (“Danno non”, cit., p. 2), en este sentido: “La guerrilla militante de la *Terza Sezione* —o de parte de ella, hoy dueña del campo— ha minado, en el arco de una década, las líneas de resistencia y los puntos de debilidad, hasta inclinar el equilibrio (de por sí precario). Misión cumplida. El nuevo orden se ha instaurado. O tal vez no...”.

57 En esta línea, PARDOLESI, R.: “Danno non”, cit., pp. 2 y ss.; y PONZANELLI, G.: “Danno non patrimoniale: l'abbandono delle Sezioni Unite di San Martino”, en *Danno e responsabilità*, núm. 4, 2018, pp. 468 y ss.

58 “Danno non”, cit., p. 468.

59 Así, según se lee en la sentencia número 1704 de la *Cassazione*, de 25 de febrero de 1997, «el resarcimiento del daño no patrimonial, sufrido en vida por persona fallecida a consecuencia de lesiones provocadas por el hecho ilícito de otro, tras un apreciable lapso de tiempo desde las lesiones sufridas, puede ser reclamado por cada uno de los herederos, en tal calidad y en los límites de la respectiva cuota, sin que sea obstáculo la demanda propuesta por ellos como parientes cercanos de la víctima por el resarcimiento del daño que les corresponde *iure proprio* a causa de la muerte del familiar, tratándose de daños diversos objetiva y subjetivamente, por ser el primero el mismo daño sufrido por el “*de cuius*”, repartido “*pro quota*” entre los herederos, y el segundo el soportado por el pariente a consecuencia de la muerte del familiar, susceptible, en caso de pluralidad de familiares, de diversa gradación según la intensidad del ligamen» (www.studiolegaleliguori.com).

A fuerza de resolver supuestos como el descrito, la jurisprudencia italiana ha ido perfilando diversas hipótesis de perjuicio, en las que pretende encuadrar las posibles consecuencias del evento lesivo para el interesado y sus allegados, sin incurrir ni en vacíos ni en duplicaciones resarcitorias; así, a la persona que sufre las lesiones se la reconoce el denominado daño de muerte inminente o daño terminal, que, además de la componente biológica, fruto de las *vulnera* corporales, puede albergar otra moral, derivada del eventual sufrimiento psíquico experimentado.

El daño biológico terminal pretende compensar un daño no patrimonial, el menoscabo de la integridad física de la víctima, desde que se causa la lesión hasta que se verifica el fallecimiento; esto es, la conculcación de un derecho constitucionalmente tutelado —la salud (art. 32 Cost.)—, resarcible, pues, conforme a la interpretación lata del 2059 CC. Naturalmente, el resarcimiento por el referido perjuicio corresponde a la víctima, pero, tratándose de un derecho de contenido económico, a su fallecimiento, se integra en su herencia y se transmite a sus herederos, que, en los límites de sus respectivas cuotas, podrán ejercitar la pretensión correspondiente⁶⁰.

Para su reconocimiento, los Tribunales italianos exigen que, entre el evento lesivo y el fatal desenlace, haya transcurrido un lapso de tiempo “apreciable”⁶¹, que permita constatar no la mera lesión del bien jurídico protegido, sino la concreta pérdida o reducción que ésta determina en la integridad física del interesado — en el conjunto de funciones naturales inherentes a la persona, que la permiten desarrollarse plenamente, en todas las facetas de su vida, no sólo en el aspecto económico, sino también desde el punto de vista espiritual, social, cultural, estético, etc.—, que es lo que permite precisar la entidad del daño con fines compensatorios⁶². En cambio, la muerte instantánea o inmediata impediría que las específicas consecuencias de la lesión se hiciesen patentes en la integridad física del interesado y pudiesen cuantificarse oportunamente; asimismo, el deceso supondría la lesión de un bien jurídico distinto del de la salud, el de la vida —

60 Cass. Civ., Sez. III, núm. 7632, 16 mayo 2003 (www.avvocatinovara.com); Cass. Civ., Sez. III, núm. 18305, 1 diciembre 2003 (www.bizzarrilex.it); Cass. Civ., Sez. III, núm. 3549, 23 febrero 2004 (www.altalex.com); Cass. Civ., Sez. III, núm. 21976, 19 octubre 2007 (www.altalex.com); o Cass. Civ., Sez. VI, núm. 15395, 26 julio 2016 (www.altalex.com).

61 Lo que se denomina por algunos “criterio cronométrico”. Vide DELLACASA, M.: “La vita ha valore...ma solo per chi non la perde? Rinnovamento e restaurazione nel risarcimento del danno da morte”, en AA.VV.: *Il danno da morte. Cinque voci per un tema controverso* (coord. por G. CRICENTI), Aracne, Roma, 2016, pp. 12, 15, 45 o 47; y ZAMBRANO, V.: “Il danno da perdita della vita. Spunti di diritto interno e comparato”, en AA.VV.: *Il danno da morte. Cinque voci per un tema controverso* (coord. por G. CRICENTI), Aracne, Roma, 2016, p. 140.

62 «Por comodidad expositiva se habla de “apreciación del tiempo”, cuando, en efecto, se trata de “apreciación del daño” a la salud, antes del infausto resultado final. De hecho, el tiempo es apreciable, por definición, en cualquier caso: el daño a la salud, entendido como pérdida, puede en cambio no ser apreciable, si el tiempo transcurrido entre el estado de plena vitalidad y el de la muerte es muy restringido. De modo plenamente compartible, esta Corte ha resuelto que la transmisión a los herederos del derecho de crédito compensatorio por daño biológico debe excluirse cuando la muerte suceda al evento lesivo en un plazo de tiempo tan escaso que haga inapreciable la incisión del bien salud (Cass., 1704/1997)» (Cass. Civ., Sez. III, núm. 3549, 23 febrero 2004).

que, como enseguida se verá, el ordenamiento italiano tutela mediante recursos distintos del de la responsabilidad aquiliana—⁶³.

Aunque corresponderá al Juez valorar, en cada caso, si el margen temporal previo al deceso resulta o no suficiente para concluir que la víctima sufrió un daño biológico, hasta el momento, la jurisprudencia mayoritaria parece entender que algunos días e, incluso, veinticuatro horas de subsistencia constituyen un “lapso apreciable”⁶⁴. De otro lado, el común de las resoluciones aprecia la producción del daño a la salud con independencia del estado de inconsciencia de la víctima; “lo que cuenta —señala la sentencia 18305/2003 del Supremo italiano— es la existencia de la lesión bio-psíquica, que es un hecho objetivo, no la consciencia o percepción que la víctima pueda haber tenido de ella”⁶⁵.

Por lo que respecta a la liquidación, los Tribunales suelen acudir a los criterios que, habitualmente, se emplean para la cuantificación de las lesiones biológicas (baremos, cálculo por punto de incapacidad, etc.), aunque convenientemente adaptados al caso concreto. Esta modalidad de daño biológico se configura como un supuesto de incapacidad temporal, por cuanto sólo cabe hablar de incapacidad permanente cuando, superada una concreta afección y readquirido el equilibrio por el organismo, se manifiestan secuelas persistentes; circunstancia que resulta imposible en un supuesto como el que nos ocupa, en el que los perjuicios causados determinan el fallecimiento de quien los padece⁶⁶. Obviamente, no se reconoce el resarcimiento por el tiempo que hubiera podido vivir el fallecido, considerando su edad y la esperanza de vida media⁶⁷, sino por el que, efectivamente, ha vivido con la integridad física mermada a consecuencia del evento dañoso⁶⁸.

63 Según se lee en la sentencia de la Cassazione número 3549, de 23 de febrero de 2004, “afirmar, por tanto, la resarcibilidad del daño biológico *iure hereditatis* sólo cuando la víctima sobrevive por un margen de tiempo apreciable no implica nada más que admitir la transmisibilidad del derecho a indemnización del daño biológico *iure hereditatis* únicamente cuando el daño existe: y eso en caso de muerte inmediata (o casi) no tiene lugar, mientras que, en caso de supervivencia, aunque muy limitada en el tiempo, sí se produce, ya que la víctima del hecho sufre aquella pérdida de tipo biológico, que constituye el presupuesto de la indemnización por daños a la salud”. Véase SCALERA, A.: “I malati terminali”, en AA.VV.: *Trattato dei nuovi danni* (dir. por P. CENDON), vol. I, Cedam, Padova, 2011, pp. 784 y 785.

64 Cass. Civ., Sez. III, núm. 3549, 23 febrero 2004; y Cass. Civ., Sez. III, núm. 21976, 19 octubre 2007. Si bien no faltan decisiones que deniegan su reconocimiento por el transcurso de pocos días, verbi gratia Cass. Civ., Sez. III, núm. 458, 13 enero 2009 (www.altalex.com).

65 En la misma línea, pueden verse también Cas. Civ., Sez. III, núm. 18163, 28 agosto 2007 (www.altalex.com); Cass. Civ., Sez. III, núm. 21976, 19 octubre 2007; y Cass. Civ., Sez. VI, núm. 15395, 26 julio 2016.

66 Cass. Civ., Sez. III, núm. 7632, 16 mayo 2003; Cass. Civ., Sez. III, núm. 3549, 23 febrero 2004. TRIOLO, D. P.: *La responsabilità extracontrattuale*, 2.ª ed., Key editore, Milano, 2017, p. 209.

67 Lo que la Cassazione ha denominado “daño biológico consolidado” (Cass. Civ., Sez. III, núm. 18305, 1 diciembre 2003).

68 De lo contrario, parafraseando a la Cassazione, se estaría admitiendo “por la ventana”, lo que “ha sido arrojado por la puerta”, refiriéndose al daño tanatológico, que, como ya hemos apuntado y enseguida desarrollaremos, hasta el momento, no se admite, al menos, de forma generalizada (Cass. Civ., Sez. III, núm. 7632, 16 mayo 2003; y Cass. Civ., Sez. III, núm. 3549, 23 febrero 2004).

Eso sí, atendiendo al desenlace fatal, el daño biológico terminal se valora en su máxima expresión, por entidad e intensidad⁶⁹. Al igual que en caso de incapacidad temporal absoluta, habitualmente, se le atribuye una entidad del 100%, pero, como ambos supuestos no pueden equipararse por completo —repárese en que, mientras que el daño biológico terminal se resuelve con el fallecimiento, la incapacidad temporal absoluta finaliza con la curación o, en el peor de los casos, con la estabilización de la pérdida funcional— y no cabe mayor medida que el 100%, se le concede mayor intensidad⁷⁰, a través de la denominada “personalización” del daño⁷¹, que no es otra cosa que la adecuación de la compensación resultante de la aplicación de los criterios de liquidación, cuando se considere simbólica o irrisoria, conforme al prudente arbitrio del Juez (o, si se prefiere, un correctivo que permite incrementar la liquidación resultante, cuando sea preciso)⁷².

En cuanto a la vertiente moral —el denominado daño terminal moral, catastrófico o de lúcida agonía—, pretende contrarrestar el sufrimiento psíquico experimentado por la víctima, cuando percibe la gravedad de su situación y la ineluctable cercanía del fin de su vida⁷³. Aunque alguna resolución defiende su subsunción en el daño biológico (que, además de físico, puede ser psíquico)⁷⁴, presenta alguna característica que impide la plena equiparación entre ambas modalidades; en concreto, el reconocimiento del daño catastrófico no exige un intervalo temporal considerable entre las lesiones y el óbito —de hecho, se admite en supuestos de muerte inmediata, en que, como hemos advertido, no se concede el daño biológico—⁷⁵. En cambio, sí requiere que la víctima se haya percatado de

69 Cass. Civ., Sez. III, núm. 7632, 16 mayo 2003; Cass. Civ., Sez. III, núm. 18305, 1 diciembre 2003; Cass. Civ., Sez. III, núm. 3549, 23 febrero 2004; Cass. Civ., Sez. VI, núm. 15395, 26 julio 2016;

70 «Lo que marca la diferencia —declara la sentencia 7632/2003— es que el daño biológico terminal es más intenso porque la agresión sufrida por la salud del individuo incide también sobre la virtualidad de la misma para recuperar (total o parcialmente) las funcionalidades perdidas o al menos de estabilizarse en la pérdida funcional ya sufrida. En otros términos, en el daño biológico terminal, esta capacidad de recuperación o, al menos, estabilizadora, también se ve comprometida de forma irreversible. La salud dañada no sólo no se recupera (es decir, no “mejora”) ni se estabiliza, sino que se degrada hacia la muerte: este último evento queda fuera del daño a la salud...pero no el “descenso” hacia él, ya que durante este período el sujeto lesionado aún estaba vivo».

71 Tal y como se apunta en la sentencia 23183/2014, en estas hipótesis la gravedad de la lesión a la salud exige el recurso a “factores de personalización”, lo que excluye que la liquidación pueda efectuarse “mediante la aplicación mecánica de criterios contenidos en los baremos, que, aunque detallados, en la mayor parte de los casos, están previstos para la liquidación del daño biológico o de la incapacidad, temporal o permanente, de sujetos que sobreviven al evento dañoso”.

72 Cass. Civ., Sez. III, núm. 7632, 16 mayo 2003; Cass. Civ., Sez. III, núm. 3549, 23 febrero 2004.

73 “El miedo de tener que morir, experimentado por quien ha sufrido lesiones personales y se percata de que serán letales”, según la Cassazione (Cass. Civ., Sez. III, núm. 13537, 13 junio 2014, www.altalex.com).

74 Cass. Civ., Sez. III, núm. 3260, 14 febrero 2007 (www.webgiuridico.it).

75 Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 26972, 11 noviembre 2008: “En cambio, el juez podrá reconocer y liquidar correctamente sólo el daño moral, al objeto de restaurar el sufrimiento psíquico sufrido por la víctima de lesiones físicas (a las que, tras breve tiempo, siga la muerte), que haya permanecido lúcida durante la agonía, en espera consciente del fin. Se evita así el vacío de tutela determinado por la jurisprudencia de legitimidad que niega, en caso de muerte inmediata o producida a poca distancia del evento lesivo, el resarcimiento del daño biológico por la pérdida de la vida...y lo admite por la pérdida de la salud sólo si el sujeto ha permanecido en vida por un tiempo apreciable, al cual lo equipara...Tal sufrimiento psíquico, de máxima intensidad aunque de duración contenida, no siendo susceptible, en razón del limitado intervalo de tiempo

su estado y del desenlace que le esperaba⁷⁶; se excluye esta modalidad resarcitoria, pues, cuando el infortunado entra en coma o en estado vegetativo tras la lesión, aunque las referidas condiciones clínicas se dilaten en el tiempo⁷⁷, o cuando, pese a estar plenamente consciente, no advierta lo que se le avecina⁷⁸⁻⁷⁹. En este caso, el bien jurídico lesionado es, pues, la integridad moral, “máxima expresión de la dignidad humana”, amparada por el art. 2 *Cost.*⁸⁰. Se liquida conforme al criterio equitativo puro⁸¹ y, aclarado que difiere ontológicamente del daño terminal biológico, se considera compatible con él⁸².

En caso de muerte instantánea o muy cercana al evento dañoso, se discute sobre el posible derecho de la víctima al resarcimiento por la pérdida de la vida, lo que se conoce como daño tanatológico⁸³. La posición tradicional de la *Corte di Cassazione* es contraria a la admisibilidad de tal variante resarcitoria (y, en consecuencia, a su eventual transmisión *iure successionis*), esencialmente, por los siguientes motivos⁸⁴: a) la muerte inmediata de la víctima imposibilita la adquisición y ulterior transmisión por ésta de cualquier crédito, ya que, para intervenir en el tráfico jurídico (y, por tanto, para adquirir el derecho al resarcimiento), es preciso ostentar subjetividad jurídica, lo que exige estar vivo⁸⁵; b) porque, tratándose de un bien inherente a su titular, cuyo disfrute le corresponde exclusivamente a él, como ocurre con la vida, no procede la reparación por equivalente; c) porque, si

entre lesiones y muerte, de degenerar en patología y dar lugar a daño biológico, viene resarcido como daño moral, en su nueva acepción amplia”. En el mismo sentido, la recentísima ordenanza número 11719 de la Terza Sezione Civile, de 5 de mayo de 2021 (www.studiocataldi.it).

- 76 Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 26972, 11 noviembre 2008; Cass. Civ., Sez. III, núm. 6754, 24 marzo 2011 (www.miolegale.it) y Cass. Civ., Sez. III, núm. 13537, 13 junio 2014.
- 77 En este sentido, SCALERA, A.: “I malati”, cit., pp. 786 y 787.
- 78 A este respecto, la sentencia 13537/2014 ha puntualizado que «el daño no patrimonial consistente en el “miedo de morir” exige necesariamente que el lesionado experimente el referido miedo...es un daño no patrimonial resarcible únicamente si la víctima ha estado en disposición de comprender que el propio fin era inminente; en defecto de tal consciencia no es concebible la existencia del daño en cuestión, sin perjuicio de que la muerte haya sido efectivamente causada por las lesiones».
- 79 Sea como fuere, el rechazo de la resarcibilidad de la agonía por la inconsciencia del interesado, en casos como el que aquí se analiza, no se compadece demasiado con el reconocimiento de daño moral al neonato o *nascituro*, y a las personas jurídicas, que, en cambio, la *Cassazione* admite sin reservas, tal y como señala la sentencia 1361/2014, con cita de numerosas decisiones del Alto Tribunal transalpino.
- 80 Cass. Civ., Sez. III, núm. 1361, 23 enero 2014.
- 81 Cass. Civ., Sez. III, núm. 23183, 31 octubre 2014 (www.altalex.com); Cass. Civ., Sez. VI, núm. 15395, 26 julio 2016; y Cass. Civ., Sez. III, núm. 20915, 17 octubre 2016 (www.neldiritto.it).
- 82 Cass. Civ., Sez. VI, núm. 15395, 26 julio 2016; y Cass. Civ., Sez. III, núm. 20915, 17 octubre 2016.
- 83 Sobre las distintas posiciones doctrinales al respecto, puede verse ROSSETTI, M.: *Voz «Il danno tanatologico»*, en *Treccani. Il libro dell'anno del Diritto 2016*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2016, disponible en www.treccani.it.
- 84 *Cfr.* Cass. Civ., Sez. III, núm. 7632, 16 mayo 2003; Cass. Civ., Sez. III, núm. 3549, 23 febrero 2004; Cas. Civ., Sez. III, núm. 18163, 28 agosto 2007; o Cass. Civ., Sez. III, núm. 21976, 19 octubre 2007, entre otras. Véanse también BONA, M. y MONATERI, P. G.: *Il nuovo*, cit., pp. 403 y ss.; FIANDACA, L.: *Il danno*, cit., pp. 326 y ss.; y ROSSETTI, M.: «Il danno», cit., disponible en www.treccani.it.
- 85 “Si los daños se producen con la lesión, éstos ingresan y pueden ingresar lógicamente en el patrimonio del lesionado, sólo en cuanto y mientras el mismo permanezca con vida. Habiendo fallecido éste, cesa también la capacidad de adquirir, que presupone precisa y necesariamente la existencia de un sujeto de derecho” [Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 3475, 22 diciembre 1925 (cit. en Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 15350, 22 julio 2015, www.altalex.com)].

se concediese una compensación, pese a que la víctima no pudiera llegar a disfrutar de ella (ni siquiera breve o idealmente), se estaría atribuyendo al resarcimiento una función sancionadora (de pena privada), cuando se admite pacíficamente que la que cumple es reparadora⁸⁶; y d) porque, como hemos apuntado, la ausencia de *spatium vivendi* “impide que la lesión se refleje en una pérdida a cargo de la persona ofendida, que ya no está viva”, que es lo que, precisamente, se pretende compensar mediante la reparación por equivalente, por ejemplo, cuando se reconoce daño biológico⁸⁷.

No obstante, alguna resolución del *Supremo Collegio* se ha hecho eco de los argumentos esgrimidos por algunos Tribunales menores y por parte de la doctrina, defendiendo no sólo la posibilidad, sino también la conveniencia de reconocer el resarcimiento del referido daño tanatológico⁸⁸; es el caso de la sentencia 1361, de 23 de enero de 2014, de la *Terza Sezione Civile*, que, oponiéndose frontalmente a la mayoría de las decisiones de la *Cassazione* en la materia, declaró que la pérdida

86 En este sentido, resulta muy ilustrativa la sentencia 6754/2011, al puntualizar que «el resarcimiento constituye sólo una forma de tutela consiguiente a la lesión de un derecho (o de una posición jurídica subjetiva cualificada, aunque no ostente el rango de derecho subjetivo); y consiste en el derecho de crédito, diverso del derecho vulnerado, a ser mantenido indemne, en la medida de lo posible, de las consecuencias negativas que derivan de la lesión del derecho, mediante la restitución del bien perdido, la reparación, la eliminación de la pérdida o la consolación-satisfacción-compensación, si la reparación no fuera posible. Por tanto, no sólo no es jurídicamente concebible que sea adquirido por el sujeto que muere, y que así desaparece, un derecho que deriva del hecho mismo de su propia muerte (quien ya no existe no puede adquirir un derecho que derivaría del no existir), sino que tampoco resulta configurable desde el punto de visto lógico la propia función del resarcimiento, que, en el ámbito civil, en nuestro ordenamiento, no es sancionatoria (función garantizada por el derecho penal), sino reparadora o consoladora. Y, en caso de muerte, excluida la función reparadora, obviamente, tampoco la tutela con misión consolatoria puede, por la fuerza de las cosas, ser actuada a favor del difunto... Pretender que sea “también” concedida al difunto responde, bien mirado, al contingente objetivo de hacer conseguir más dinero a los familiares... el resarcimiento adquiriría entonces una función meramente punitiva, que, en cambio, se asume por la sanción penal».

87 Argumento ya invocado por la *Cassazione*, en su sentencia del Pleno número 3475, de 22 de diciembre de 1925, y refrendado por el *Costituzionale*, en su resolución 372, de 27 de octubre de 1994 (www.giurcost.org). De especial interés resulta esta última, que resolvió la cuestión de legitimidad constitucional de los arts. 2043 y 2059 CC, planteada por el Tribunal de Firenze, en la medida en que no consentían el resarcimiento por la violación del derecho a la vida. En concreto, el órgano jurisdiccional remitente solicitaba que se aclarase si la tesis que negaba la reparación del daño tanatológico debía considerarse superada tras la sentencia 184/1986 del Constitucional italiano, de modo que, al igual que el daño a la salud, el infligido a la vida podía incluirse en la categoría de daño-evento, por lo que la mera lesión del bien jurídico en cuestión (independientemente de las eventuales consecuencias) podría hacer surgir también en este caso el derecho a la compensación.

No obstante, el Juez de las leyes declaró que el daño biológico y el daño tanatológico se refieren a bienes jurídicos distintos (la salud y la vida, respectivamente), por lo que no cabe aplicar al segundo la construcción teórica elaborada para el primero por la decisión de 1986. Aprovechó, asimismo, para matizar lo afirmado en la referida sentencia, “no correctamente entendida” por el Tribunal remitente; según la 372/1994, no es cierto que el daño a la salud sea presunto o que se identifique con el hecho ilícito, sino que la prueba de la propia lesión constituye prueba del daño, por cuanto de una lesión psico-física sería resulta muy difícil recuperarse por completo. En consecuencia, “se requiere siempre la prueba ulterior de la entidad del daño, es decir, la demostración de que la lesión ha producido una pérdida de tipo análogo a la indicada por el art. 1223 cod.civ., constituida por la disminución o privación de un valor personal (no patrimonial), a la cual el resarcimiento debe ser (equitativamente) equiparado” (*Corte Cost.*, núm. 372, 27 octubre 1994). BONA, C.: *Studio sul danno*, cit., p. 94, nota 227.

88 En BONA, M. y MONATERI, P. G.: *Il nuovo danno*, cit., pp. 403 y ss., puede consultarse tanto una exhaustiva cita de la jurisprudencia menor en el sentido apuntado (p. 403, nota 112), como los principales puntos débiles del argumentario habitual de la *Cassazione* (pp. 408 y ss.). Cfr. también ROSSETTI, M.: «Il danno», cit., disponible en www.treccani.it.

de la vida por el hecho ilícito de un tercero no puede carecer de consecuencias en lo civil (por mucho que las tenga en otros ámbitos del ordenamiento), por cuanto eso supondría privar al bien supremo de la persona (la vida) de la tutela que se concede, en cambio, a otros que representan un *minus* respecto de aquél (como, por ejemplo, la salud); cosa que, paradójicamente, se traduce en que, para el agente dañoso, desde el punto de vista crematístico, resulta más conveniente matar que lesionar. De igual modo —siempre según la antedicha resolución—, el recurso sistemático por parte de la jurisprudencia a “trucos” o artificios interpretativos, como el daño biológico terminal o el daño catastrófico, que no son más que “soluciones indirectas” para compensar de algún modo la pérdida de la vida⁸⁹, o las más o menos ingeniosas propuestas doctrinales para fundamentar la procedencia del resarcimiento en caso de muerte inmediata⁹⁰, ponen de manifiesto que la conciencia social imperante en la actualidad choca con el tradicional rechazo a la compensación del daño tanatológico, por lo que, probablemente, convendría redefinir el tratamiento de la cuestión.

A tal objeto, la 1361/2014 no considera insuperables las objeciones que se plantean habitualmente para negar la resarcibilidad del daño derivado de la pérdida de la vida; en concreto, respecto de la falta de capacidad jurídica de víctima, arguye que el derecho al resarcimiento (no personalísimo y de carácter patrimonial, y, por tanto, transmisible *iure hereditatis*, al contrario que el bien supremo vulnerado) se adquiere en el momento de la lesión mortal, que es siempre previa al exitus (*momentum mortis vitae tribuitur*)⁹¹. Por lo que se refiere a la exigencia de que

89 Cuyo empleo, según ZIVIZ —“I pregiudizi non patrimoniali conseguenti all'illecito mortale”, en AA.VV.: *Il danno da morte. Cinque voci per un tema controverso* (coord. por G. CRICENTI), Aracne, Roma, 2016, p. 91—, en muchos casos, se traduce en un sustancioso incremento del resarcimiento, que no se corresponde con los concretos perjuicios padecidos por la víctima durante el periodo de supervivencia.

90 Como, por ejemplo, la tesis que defiende la consideración del daño a la vida no ya como perjuicio al interesado, sino a la colectividad (a su núcleo familiar y a la sociedad en general), de modo que, aunque (una vez destruida) no pueda reconducirse a su titular (porque ya no existe), la vida resulta igualmente merecedora de tutela en interés del grupo social en que se desarrolló; o la que plantea la cuestión en términos de pérdida de oportunidad de supervivencia, conforme a la cual el ilícito determina la supresión de la aptitud para sobrevivir del interesado, que coincide temporalmente con la lesión y desemboca en la muerte, por lo que, al surgir, su titular todavía está vivo. ZIVIZ, P.: “I pregiudizi”, cit., p. 103 y ss.

91 Este razonamiento ya se había realizado en la sentencia 15760, de 12 de julio de 2006 (www.altalex.com), si bien como *obiter* sistemático: “La doctrina italiana y europea que reconoce el derecho fundamental a la vida defiende el reconocimiento de la lesión como momento constitutivo de un derecho de crédito que entra instantáneamente como equivalente del daño injusto al momento de la lesión mortal, sin que importe la distinción entre evento de muerte mediata o inmediata. La certeza de la muerte, según las leyes nacionales y europeas, está científicamente probada y se produce por la destrucción de las células cerebrales, que se verifica mediante técnicas refinadas que constatan la cesación de la actividad eléctrica de dichas células. La muerte cerebral jamás es inmediata, salvo dos excepciones: la decapitación y el aplastamiento del cerebro. En este marco, también el daño de muerte, como daño injusto por ilícito, es transferible *mortis causa*, formando parte del crédito del difunto contra el agente dañoso y sus solidarios”.

Algunos autores referencian el resarcimiento al momento de la lesión, pero no porque entiendan que existe una sucesión cronológica entre el supuesto de hecho y el nacimiento de la obligación de reparar, sino como consecuencia de una operación lógico-jurídica del legislador que los vincula. «Tal vínculo — afirma DELLACASA (“La vita”, cit., pp. 34 y 35)— viene constituido por el legislador, que lo delinea como considera oportuno, sin necesidad de observar sucesión cronológica alguna entre el supuesto de hecho y el nacimiento de la obligación resarcitoria. En los términos del art. 2043 c.c., en efecto, es el “hecho doloso o culposo” el que obliga al responsable a resarcir el daño. Dado que se ha verificado la lesión de un bien jurídicamente protegido (daño injusto) y que tal lesión ha provocado un perjuicio patrimonial o

la lesión se concrete en una o varias consecuencias negativas oportunamente probadas, para admitir la compensación del daño, el Alto Tribunal señala que el daño tanatológico constituye la excepción al principio “de la resarcibilidad exclusiva de los daños-consecuencia, ya que la muerte tiene por resultado la pérdida no sólo de alguna cosa, sino de todo; no únicamente de uno de los múltiples bienes, sino del bien supremo de la vida; no ya de algún efecto o consecuencia, sino de todos los efectos y consecuencias, de todo aquello de lo que consta(ba) la vida de la víctima (de aquella determinada) y que habría continuado desplegándose en todos sus múltiples efectos si el ilícito no hubiese determinado su supresión”, es decir, “en realidad, la pérdida de la vida debe valorarse *ex ante* y no ya *ex post* respecto al evento que la determina”⁹². Por último, se rebate también que admitir la reparación del daño por pérdida de la vida implique atribuir al resarcimiento una función punitiva, “puesto que la función compensativa resulta, por el contrario, plenamente satisfecha por la circunstancia objetiva de que el crédito correspondiente a la víctima por la pérdida de la propia vida a causa del ilícito de otro acrece su patrimonio hereditario”⁹³.

En coherencia con lo anterior, la 1361/2014 proclamó que la pérdida del bien vida, objeto de un derecho absoluto e inviolable, constituye *ex se* un daño resarcible, diverso del que surge cuando se vulnera el bien de la salud, de modo que, para su reconocimiento, no se requiere la concurrencia de otros presupuestos, como la subsistencia durante cierto periodo o la consciencia de la víctima.

Las contradicciones que esta decisión de la *Terza Sezione* planteó frente a la postura clásica de la *Cassazione* hicieron precisa la intervención del Pleno, que, reafirmando en sus postulados originarios, ha mantenido la imposibilidad de compensar *iure hereditatis* la pérdida del derecho a la vida. En efecto, en la sentencia 15350/2015, las *Sezioni Unite* apelaron, una vez más, al que (ellas mismas) denominan argumento epicúreo —por cuanto evoca alguno de los razonamientos, sobre la felicidad, de Epicuro en la *Carta a Meneceo*⁹⁴—, conforme al cual, en el caso de muerte verificada inmediatamente o tras un breve periodo de tiempo desde la causación de las lesiones, la irresarcibilidad deriva de la ausencia de un sujeto al cual pueda referirse la pérdida, una vez se produzca, y en cuyo patrimonio

no patrimonial (daño resarcible), el débito resarcitorio se imputa al responsable desde el momento en que ha llevado a cabo la conducta lesiva: en este momento la víctima, destinada a morir, todavía está viva, así que puede adquirir el derecho y transmitirlo a los herederos». En sentido similar, CRICENTI, G.: “Breve dogmatica della morte immediata”, en AA.VV.: *Il danno da morte. Cinque voci per un tema controverso* (coord. por G. CRICENTI), Aracne, Roma, 2016, pp.129 y ss.

92 Cass. Civ., Sez. III, núm. 1361, 23 enero 2014.

93 Cass. Civ., Sez. III, núm. 1361, 23 enero 2014.

94 “Por tanto, el más temible de los males, la muerte, no es nada para nosotros, porque, cuando nosotros existimos, no existe la muerte; cuando existe la muerte, nosotros ya no existimos. La muerte no es, pues, nada, para los vivos como para los muertos: porque para los vivos ella no existe todavía, mientras que, por lo que se refiere a los muertos, son ellos mismos los que no existen” (Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 15350, 22 julio 2015).

pueda integrarse el relativo crédito, o de la falta de utilidad de un periodo de vida irrisorio⁹⁵. Eso no significa, obviamente, que el bien jurídico vida carezca de tutela, sino que tal protección se dispensa a través de la sanción penal, “cuya función peculiar es, precisamente, la de satisfacer exigencias punitivas y de prevención general”⁹⁶; de ahí que el Pleno de la *Cassazione* se pregunte por qué, según algunos —concretamente, según la sentencia 1361/2014 de la *Terza Sezione*—, la conciencia social sólo resultaría satisfecha si se reconociese el resarcimiento en este concepto a los herederos de la víctima (el Estado, en algún caso)⁹⁷. Por último, respecto a la posibilidad de que la lesión del derecho a la vida pueda representar una excepción al principio de la resarcibilidad exclusiva de los “daños-consecuencia”, el Supremo italiano concluye que, «aparte de que la hipotética excepción a la regla sería de tal alcance que vulneraría la fiabilidad del principio y, en cualquier caso, sería difícilmente conciliable con el sistema (mismo) de la responsabilidad civil, fundado sobre la necesidad a fines resarcitorios de concretarse en una pérdida referida a un sujeto, la anticipación del nacimiento del crédito resarcitorio al momento de la lesión dejaría en nada la distinción entre el “bien salud” y el “bien vida”, sobre la cual se muestran de acuerdo tanto la doctrina predominante como la jurisprudencia constitucional y de legitimidad».

Aunque no falta quien entiende que ha resuelto la cuestión de manera categórica⁹⁸, el referido fallo no ha conseguido acallar las voces discrepantes, que continúan criticando que el resarcimiento se limite a los casos en que se verifique cierto lapso entre la lesión y el deceso, por cuanto tal esquema determina una injustificada disparidad de tratamiento entre las víctimas de un mismo perjuicio⁹⁹. La solución definitiva a la controversia, según parece, habrá de venir por vía legislativa; ya ha habido alguna tentativa en este sentido, pero, hasta el momento, todas han resultado infructuosas¹⁰⁰.

95 Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 15350, 22 julio 2015.

96 Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 15350, 22 julio 2015.

97 Además, tal y como señala la sentencia 15350/2015, aunque pudiera identificarse con claridad una única conciencia social, ésta sólo podría tener relieve en el plano axiológico o de las eventuales modificaciones normativas, pero no constituye un criterio que pueda guiar legítimamente la actividad del intérprete del Derecho positivo.

Llama la atención que, en cambio, en las sentencias de San Martín, el Pleno del Supremo invocase la conciencia social al considerar los requisitos para admitir el resarcimiento (la seriedad del daño y la gravedad de la lesión). “Si la conciencia social puede representar criterio de referencia para establecer limitaciones al resarcimiento —señala ZIVIZ (“I pregiudizi”, cit., p. 101)—, no se entiende por qué el mismo parámetro no puede operar como justificación para la ampliación de la tutela del perjudicado”.

98 ROSSETTI, M.: «Il danno», cit., disponible en www.treccani.it.

99 “La violación del derecho a la vida —sostiene ZIVIZ (“I pregiudizi”, cit., p. 93)— tiene lugar frente a quien sufre un ilícito mortal, con independencia de que el deceso venga o no precedido de un periodo de agonía, así como de la circunstancia de que la víctima sea consciente del aproximarse de la partida. Tales elementos no condicionan el dato fundamental, encarnado por la concurrencia de la lesión del derecho a la vida: si un daño se indemniza en relación con esta última, lo mismo debe atribuirse prescindiendo de las circunstancias en que se haya verificado la muerte”. En sentido similar, DELLACASA, M.: “La vita”, cit., p. 15.

100 A modo de ejemplo, podemos mencionar la Propuesta de Ley número 1063, presentada a la *Camera dei Deputati* el 28 de mayo de 2013, que contiene las modificaciones al Código civil, a las disposiciones para su aplicación y al Código de los Seguros Privados, al que se refiere el Decreto Legislativo número 209, de 7

En caso de lesiones culposas o dolosas, naturalmente, quien sufre el mayor infortunio es la persona que las soporta, pero se reconocen también otras víctimas, denominadas secundarias por la *Cassazione*, que son aquellas que ostentan una posición cualificada por el contacto con aquélla, que suele identificarse con la relación familiar; si bien no se agota necesariamente en ésta; nos referimos, claro está, a familiares y demás allegados. Aunque no siempre se ha admitido la resarcibilidad de los perjuicios sufridos por estas personas¹⁰¹, en la actualidad, no se discute la naturaleza pluriofensiva de los ilícitos que ocasionan la muerte o graves lesiones para un sujeto, puesto que, además de acabar con la vida o menoscabar gravemente la salud de éste, pueden determinar la extinción o deterioro de sus

de septiembre de 2005, concernientes a la determinación y el resarcimiento del daño no patrimonial [Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XVII Legislatura, núm. 1063, pp. 1-44 (www.camera.it)].

Según se lee en la Exposición de Motivos del referido texto, en la actualidad, “el agente dañoso que haya lesionado y matado en el mismo momento a la víctima no está obligado frente a ésta a ningún resarcimiento: tal paradoja quedaría completamente superada introduciendo un evidente elemento de mayor justicia social”, que no es otro que el denominado “daño tanatológico”. Con esta figura —continúa el Preámbulo de la norma proyectada— “se pondría fin a cualquier tipo de diatriba jurisprudencial sobre la configurabilidad o no de tal daño y, sobre todo, se pondría fin a la cavilosa individuación, por parte de los jueces, de un tiempo mínimo, entre la lesión y la muerte, para poder reconocer un resarcimiento a la víctima”.

En coherencia con ello, el art. 2 del Proyecto proponía la introducción de un art. 84-bis en las disposiciones para la aplicación del CC, cuyos párrafos segundo y tercero preveían un resarcimiento para la víctima del ilícito mortal equivalente al ochenta por ciento del daño no patrimonial señalado en los respectivos baremos, que, además, podría incrementarse hasta en un cincuenta por ciento, si en el periodo entre la lesión y el deceso se hubiese verificado un deterioro relevante de los aspectos dinámico-relacionales del interesado.

- 101 Concretamente, hasta el cambio de tendencia impuesto por la sentencia del Pleno del Supremo italiano número 9556, de 1 de julio de 2002 (www.aifvs.vittimestrada.org), cuando las lesiones infligidas al interesado no determinaban su fallecimiento, se negaba cualquier reparación a sus familiares, por considerar que el daño que experimentaban constituía repercusión de los padecimientos de la víctima principal del ilícito y no consecuencia inmediata y directa de éste, tal y como exige el art. 1223 CC, aplicable en sede de responsabilidad extracontractual por disposición del 2056 del mismo cuerpo legal. «La tesis sostenida por los recurrentes —rezaba alguna decisión de la *Cassazione*— está desprovista de cualquier fundamento jurídico constituyendo *ius receptum* que “por el principio de la resarcibilidad del daño directo e inmediato establecido por el art. 1223 c.c., el resarcimiento del daño no patrimonial corresponde sólo a quien ha padecido directa e inmediatamente el sufrimiento, es decir, al sujeto lesionado y no a sus parientes cercanos, porque éstos, padeciendo por los sufrimientos del familiar, no resultan afectados de modo directo e inmediato por la conducta lesiva del tercero”» [Cass. Civ., núm. 11396, 17 noviembre 1997 (inédita, cit. por CRICENTI, G., *Il danno*, cit., p. 373)].

Se alegaba, asimismo, que tampoco concurría el requisito de la culpa, exigido por el art. 2043 CC para admitir la existencia de responsabilidad aquiliana —que requiere que el agente dañoso hubiese querido causar el daño o que no lo hubiera previsto, cuando un comportamiento más cuidadoso y diligente habría permitido preverlo—, por considerar que los eventuales daños padecidos por los parientes no resultan cognoscibles *ex ante* por el autor del hecho. En palabras de la *Corte Costituzionale*, «cuando se pueda demostrar que el infortunio mortal provocó una lesión fisis-psíquica a un familiar (infarto por *shock* o un estado de postración tal que acabe con el gusto por vivir), la hipótesis de compensación del daño en términos del art. 2043 debe ser valorada en una perspectiva diferente, que asume la lesión del tercero como hecho dañoso integrante de un supuesto autónomo de injusto, transfiriendo así el problema desde el presupuesto de la injusticia del daño al de la culpa. Este planteamiento pone de relieve el verdadero obstáculo al resarcimiento según el modelo del art. 2043: el criterio subjetivo de imputación del daño allí señalado quedaría reducido a mera ficción, no siendo posible, por falta de previsibilidad concreta del hecho, una valoración autónoma de la culpa. El evento de daño a los familiares sería imputado al autor en base a una valoración “alargada” de la falta cometida contra otro sujeto, titular del bien (vida) amparado por la regla de conducta violada (en este caso, una norma del código de la circulación): valoración realizada *ex post* por el juez asumiendo como referente el elemento subjetivo de otro caso y con amplio margen de arbitrio... En definitiva, no se trataría de responsabilidad enmarcada en el art. 2043, sino de responsabilidad objetiva por pura causalidad» (Corte Cost., núm. 372, 27 octubre 1994). En el mismo sentido, FIANDACA, L.: *Il danno*, cit., pp. 283-285.

relaciones familiares o personales, con lo que, al mismo tiempo, vulneran otros intereses de quienes los rodean¹⁰².

En este sentido, la *Cassazione* ha declarado que la expresión “daños reflejos o de rebote”, empleada con frecuencia en este ámbito¹⁰³, puede resultar engañosa, ya que con ella no se pretende poner de manifiesto la diferencia etiológica entre éstos y los daños directos, por cuanto todos traen causa del hecho ilícito del tercero, sino que las consecuencias de éste alcanzan también a las víctimas secundarias, a los sujetos vinculados por un ligamen significativo con el individuo lesionado en vía primaria. Por tanto, entre el hecho del tercero y el daño sufrido por los parientes del fallecido (al igual que respecto del padecido por el propio infortunado) existe una relación de causa a efecto; “hay una víctima primaria, lesionada o en el bien de la vida o en el bien de la salud, y una víctima ulterior (el pariente), también lesionado en vía directa, pero en otro interés de naturaleza personal”¹⁰⁴. En consecuencia, el padecido por los familiares se considera daño inmediato y directo, resarcible en el sentido del art. 1223 CC, de suerte que, para reclamarlo, ostentan legitimación *iure proprio*¹⁰⁵. Esto es lo que se conoce como “propagación intersubjetiva de las consecuencias de un hecho ilícito”, regla invocada por la *Cassazione*, en cuya virtud cualquiera que demuestre haber sufrido un daño no patrimonial por la muerte de su familiar, conforme al criterio de la causalidad adecuada —lo que comprende todos los daños que se presenten como efecto normal del ilícito, sin que quepa distinguir entre inmediatos y directos o mediatos e indirectos—, está legitimado para reclamar el resarcimiento correspondiente¹⁰⁶.

El *Supremo Collegio* también ha desmentido el defecto de culpa del agente dañoso por la imprevisibilidad de la privación de la relación parental, en perjuicio de los supérstites, al declarar en reiteradas ocasiones que la previsibilidad del evento debe valorarse no en concreto, sino en abstracto, por lo que, considerando que lo normal es que la víctima forme parte de un núcleo familiar, como cónyuge, progenitor, hijo o hermano, el autor del daño estaría en disposición de prever que su actuación podría vulnerar también el interés de otras personas a la intangibilidad de las relaciones familiares¹⁰⁷.

La muerte intempestiva y repentina de un ser querido puede conllevar diferentes tipos de padecimientos, que podrían justificar el reconocimiento de

102 Cass. Civ., Sez. III, núm. 1516, 2 febrero 2001 (www.diritto2000.it); Cass. Civ., Sez. III, núms. 8827 y 8828, 31 mayo 2003; Cass. Civ., Sez. III, núm. 13546, 12 junio 2006 (www.bizzarrilex.it).

103 Y que coincide con la utilizada por la jurisprudencia francesa, “dommages par ricochet”. Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 9556, 1 julio 2002.

104 Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 9556, 1 julio 2002.

105 Cass. Civ., Sez. III, núm. 1516, 2 febrero 2001; Cass. Civ., Sez. III, núms. 8827 y 8828, 31 mayo 2003; Cass. Civ., Sez. III, núm. 13546, 12 junio 2006.

106 Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 9556, 1 julio 2002; Cass. Civ., Sez. III, núms. 8827 y 8828, 31 mayo 2003.

107 Cass. Civ., Sez. III, núms. 8827 y 8828, 31 mayo 2003; Cass. Civ., Sez. III, núm. 13546, 12 junio 2006.

modalidades resarcitorias ontológicamente diversas y, al menos desde el punto de vista teórico, compatibles entre sí; así, la conmoción inicial, la aflicción (más o menos profunda, según la intensidad del trato entre allegados, y más o menos duradera, en función de la resiliencia del superviviente), el dolor experimentado, en definitiva, tendrían cabida en el concepto de daño moral; si las antedichas emociones persistiesen en el tiempo y adquirieran determinada entidad, podrían degenerar en una patología psiquiátrica, encajando entonces en la noción de daño biológico; y, finalmente, la privación definitiva y ex abrupto del vínculo afectivo podría hacer surgir el que la doctrina y jurisprudencia denominan daño parental por muerte de un familiar. Sin embargo, en la práctica, normalmente, los perjuicios enumerados se subsumen en la última de las voces mencionadas, liquidándose de modo unitario (aunque, como se ha reiterado, para garantizar el resarcimiento integral, todos los componentes del daño habrán de valorarse oportunamente)¹⁰⁸.

El daño parental o de pérdida de la relación parental se define como aquel “que va más allá del crudo dolor que la muerte en sí de un ser querido provoca, en especial si viene precedida de agonía, en los parientes cercanos que le sobreviven, concretándose en el vacío generado por no poder gozar ya de la presencia y de la relación con el desaparecido y, por lo tanto, en la irremediable destrucción de un sistema de vida basado en la afectividad, en el intercambio, en la tranquilizadora cotidianeidad de las relaciones entre mujer y marido, entre madre e hijo, entre hermano y hermano, en el no poder hacer más lo que se ha hecho durante años, así como en la alteración que una desaparición de ese género produce también, inevitablemente, en las relaciones entre supervivientes”¹⁰⁹. Por tanto, conforme a cuanto ha reiterado el Supremo italiano, en caso de muerte de un ser querido, se vulnera la intangibilidad de la esfera de los afectos recíprocos y de la solidaridad mutua que caracterizan la vida familiar, el libre y pleno desarrollo de la personalidad en el seno de la particular formación social que constituye la familia; intereses que encuentran fundamento y garantía en los arts. 29 y 30 *Cost.*, y que no son susceptibles de valoración pecuniaria, por lo que su lesión hace surgir el derecho a la reparación en base a la actual lectura del art. 2059 *CC*¹¹⁰.

Ahora bien, el vínculo parental no determina, en todo caso, la efectiva existencia de una relación afectiva entre los familiares, con lo que la muerte de uno de ellos puede carecer de trascendencia para los otros; de igual modo, tampoco puede excluirse que personas sin nexo legal o convivencial con la víctima del

108 GUERRA, E.: “Il lutto”, en AA.VV.: *Trattato dei nuovi danni* (dir. por P. CENDON), vol. I, Cedam, Padova, 2011, p. 803; y ZIVIZ, P.: “I pregiudizi”, cit., pp. 112 y ss. Sobre la liquidación conjunta de los referidos perjuicios, puede verse Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 557, 14 enero 2009 (www.personaedanno.it), si bien, en el caso resuelto por esta decisión, el Pleno del Supremo consideró que el daño parental se hallaba incluido en la cantidad atribuida por la Corte de apelación a los actores en concepto de daño moral.

109 Cass. Civ., Sez. III, núm. 9196, 13 abril 2018 (www.altalex.com).

110 Cass. Civ., Sez. III, núms. 8827 y 8828, 31 mayo 2003; Cass. Civ., Sez. III, núm. 13546, 12 junio 2006; y Cass. Civ., Sez. III, núm. 15760, 12 julio 2006.

ilícito vean vulnerada su “esfera de los afectos recíprocos” como consecuencia del fallecimiento de ésta, por cuanto entre ellas bien podría existir una “comunidad de vida y afecto”, significativa y duradera, en cuyo caso, el precepto constitucional a invocar sería (no el 29 o 30, sino) el 2, que protege los derechos inviolables del individuo en cualquier formación social en que se desenvuelva su personalidad¹¹¹. En consecuencia, quien quiera hacer valer la pretensión resarcitoria deberá alegar y probar la subsistencia y naturaleza de la relación en el momento de verificarse el ilícito, así como su estabilidad (esto es, que no se trata de un contacto ocasional, sin continuidad en el tiempo), pudiendo valerse a tal fin de cualesquiera medios probatorios, también de las presunciones¹¹².

A este respecto, el Supremo italiano ha declarado que un perjuicio como el que nos ocupa (el sufrimiento del pariente por los daños de la víctima), “consistiendo en un cambio del ánimo, difícilmente podrá ser probado con las denominadas pruebas históricas, por la obvia razón de que tan solo *in interiore homine habitat veritas*. Por tanto, la existencia del daño en examen normalmente tendrá lugar mediante las llamadas pruebas críticas, entre las que destaca la presuntiva (art. 2727 c.c.). Para acreditar la existencia de un daño no patrimonial consistente en sufrimiento interior, el recurso a la prueba presuntiva no puede reducirse a un automatismo acrítico, de modo que, probada la lesión personal, se deba inferir

111 De hecho, son numerosos los casos en que se ha reconocido legitimación para reclamar a familiares de facto (es decir, personas con las que el dañado principal no se encontraba unido por parentesco, pero sí por un “*affectio familiaris*” equiparable al que, normalmente, deriva de tal vínculo); por ejemplo, incluso antes de que se contemplase específicamente por el art. 1.49 de la *Legge 76/2016* (disponible en www.gazzettaufficiale.it), se admitía el derecho al resarcimiento del conviviente *more uxorio* (véase, por todas, Cass. Civ., Sez. III, núm. 12278, 7 junio 2011, www.giudicedipace.it), también en hipótesis de PACs, dirigidos (al menos, inicialmente) a dar respuesta a las uniones homosexuales (Cass. Civ., Sez. III, núm. 15760, 12 julio 2006); también se ha concedido compensación por los daños padecidos por el prometido (Cass. Civ., Sez. III, núm. 7128, 21 marzo 2013, www.olympus.uniurb.it) o el hijo unilateral del cónyuge o conviviente, en hipótesis de familias reconstituidas, cuando se ha constatado que, entre víctima y actor, subsistía una relación coincidente con la resultante de la filiación [Cass. Civ., Sez. III, núm. 8037, 21 abril 2016 (*Danno e responsabilità*, núm. 1, 2017, pp. 30-32)]; e, incluso, por la muerte del cónyuge separado a favor del supérstite (Cass. Civ., Sez. III, núm. 10393, 17 julio 2002, www.palermolegal.it), puesto que, “aunque no existía ya un proyecto de vida en común, la precedente relación conyugal, así como la permanencia de un vínculo afectivo —en el supuesto, oportunamente concretado por la Corte territorial en la presencia de un hijo común y en el breve lapso de tiempo transcurrido desde la fractura de la vida conyugal— legitiman la reclamación de resarcimiento” (Cass. Civ., Sez. III, núm. 1025, 17 enero 2013, www.altalex.com). Es más, ni siquiera se exige la convivencia o que los reclamantes sean miembros de la denominada “familia nuclear”, para que se conceda compensación por el fallecimiento de un allegado, como lo prueba la reciente ordenanza de la *Cassazione* número 7743, de 8 de abril de 2020 (www.altalex.com), según la cual, «en caso de reclamación de indemnización por daño moral “por muerte”, planteada “*iure proprio*” por familiares de la persona fallecida, estos últimos deberán acreditar la efectividad y consistencia de la relación parental, respecto a la cual la convivencia no representa requisito mínimo de existencia, sino que puede constituir elemento probatorio útil para demostrar su amplitud y profundidad, y esto incluso cuando la acción venga propuesta por el nieto a consecuencia de la pérdida del abuelo; de hecho, dado que no es aceptable limitar la “sociedad natural”, a la que alude el art. 29 de la *Cost.*, al ámbito restringido de la denominada “familia nuclear”, la relación abuelos-nietos no puede quedar vinculada a la convivencia, para ser considerada cualificada y relevante jurídicamente, excluyendo de modo automático, en el caso de inexistencia de la misma, la posibilidad de que estos familiares prueben en la práctica la existencia de relaciones constantes de afecto mutuo y solidaridad con el fallecido».

112 Cass. Civ., Sez. III, núm. 13546, 12 junio 2006; Cass. Civ., Sez. III, núm. 907, 17 enero 2018 (www.cassazione.net). En este sentido, véase también GARIBOTTI, A.: “Il risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale nell’ambito delle famiglie ricostituite e nelle unioni civili”, en *Danno e responsabilità*, 2017, núm. 1, pp. 45 y 46.

automáticamente la existencia de un daño moral para los familiares cercanos de la víctima principal. Sin embargo, si bien la prueba presuntiva no puede devaluarse a una mera máxima de experiencia, también es cierto que debe buscarse siempre, incluso de oficio, una vez que la parte haya alegado y probado los hechos notorios que pueden constituir el fundamento. De hecho, la prueba presuntiva no consiste sino en un razonamiento lógico-deductivo que, sobre la base de hechos notorios, consiente inferir hechos desconocidos. En consecuencia, cuando los hechos notorios se hayan incorporado oportunamente al material susceptible de ser empleado para decidir, el juez deberá realizar aquel razonamiento, en cualquier caso: sea para extraer la prueba que busca, sea para concluir que los hechos notorios de que dispone carecen de los requisitos de gravedad, precisión y concordancia, por lo que no consienten deducir el hecho ignoto¹¹³.

Aducidos los extremos anteriores, la prueba idónea para vencer las presunciones planteadas incumbirá al causante del daño, que, a tal efecto, deberá demostrar la concurrencia de circunstancias que comprometan la unidad, continuidad e intensidad de la relación, como, por ejemplo, el distanciamiento entre las partes, que la convivencia venía forzada por las circunstancias, la existencia de tensiones o crisis constantes, etc.¹¹⁴.

Como no puede ser probado en su preciso importe —tal y como reza el art. 1226 CC, al que remite el 2056 CC—, el Juez debe liquidar el daño parental mediante valoración equitativa¹¹⁵, motivando su resolución, esto es, incluyendo en ella el *iter* lógico que le ha permitido cuantificar los diversos perjuicios, considerando, entre otros aspectos, “la duración e intensidad de lo vivido, la composición del restante núcleo [familiar] que puede prestar asistencia moral y material, atendiendo sea a la edad de la víctima primaria que a la de los familiares dañados, a la personalidad individual de éstos, a su capacidad de reacción y resistencia frente al trauma, y a cualquier otra circunstancia del caso concreto”¹¹⁶.

2. Daños intrafamiliares.

Aunque, naturalmente, también en el seno de la familia pueden resultar vulnerados derechos constitucionalmente protegidos como consecuencia de hechos ilícitos no constitutivos de delito, durante mucho tiempo, buena parte de la jurisprudencia italiana desechó la aplicabilidad del resarcimiento por daños

113 Cass. Civ., Sez. III, núm. 17058, 11 julio 2017 (www.fanpage.it).

114 Cass. Civ., Sez. III, núm. 13546, 12 junio 2006; Cass. Civ., Sez. III, núm. 9231, 17 abril 2013 (www.cassazione.net).

115 A tal objeto, suelen emplearse tablas o baremos de matriz jurisprudencial. Ziviz, P.: “I pregiudizi”, cit., p. 118.

116 Cass. Civ., Sez. III, núm. 9231, 17 abril 2013.

en el ámbito de las relaciones familiares¹¹⁷, alegando, entre otros extremos, la autosuficiencia del Derecho de familia —cuyos recursos específicos (separación, imputación de la misma, divorcio, pérdida de la responsabilidad parental, etc.) permiten solventar los problemas que pudieran surgir—, la perpetuación o el empeoramiento del conflicto que podría motivar la admisión de la reclamación resarcitoria entre familiares, e, incluso, la coartación de la libertad de los miembros de la familia, que podrían tomar (o dejar de tomar) decisiones relativas a su esfera personal por temor a la eventual obligación de satisfacer una compensación económica¹¹⁸.

No obstante, diversos factores han contribuido a que, ya en el albor de este tercer milenio, se haya incluido la reparación mediante indemnización entre los remedios a los que cabe acudir, en determinadas hipótesis de crisis familiar¹¹⁹; así, el tránsito de la concepción publicista de la familia (que otorgaba mayor valor al grupo que al individuo) a la vigente —que la concibe como comunidad de afecto, en la que sus componentes pueden crecer y realizarse en plenitud—, fruto de la aprobación de la *Cost.* y de la Ley número 151, de 19 de mayo de 1975, de reforma del Derecho de familia¹²⁰; la diversidad de naturaleza, función y límites de las instituciones en liza¹²¹, que permite defender la compatibilidad estructural entre ellas, cuando un determinado comportamiento, además de permitir la activación de alguno de los recursos del Derecho de familia, revista los caracteres del ilícito civil; la insuficiencia o inadecuación para satisfacer plenamente las expectativas de la víctima o neutralizar todas las consecuencias del hecho

117 Pese a que el legislador, en más de una ocasión, ha empleado remedios resarcitorios en dicha sede; confróntese, por ejemplo, el art. 129-bis CC o la Ley número 154, de 4 de abril de 2001, sobre la violencia en las relaciones familiares (www.gazzettaufficiale.it). Vide BUFFONE, G.: “Il terzo complice nell’adulterio: responsabilità sì o no?”, en AA.VV.: *Famiglia e responsabilità civile* (coord. por P. CENDON), Giuffrè, Milano, 2014, p. 244.

118 CENDON, P.: “¿Dónde se está mejor que en familia? Agravios domésticos y resarcimiento del daño”, en AA.VV.: *Cuestiones actuales de Derecho de familia* (dir. por T. ECHEVARRÍA DE RADA), La Ley, Madrid, 2013, pp. 205 y ss.

119 MONTARULI, V.: “Le condotte illecite”, en AA.VV.: *Famiglia e responsabilità civile* (coord. por P. CENDON), Giuffrè, Milano, 2014, pp. 597 y ss.

120 Cass. Civ., Sez. I, núm. 9801, 10 mayo 2005 (www.altalex.com): “Ahora la familia se configura como el lugar de encuentro y de vida común de sus miembros, entre los cuales se establecen relaciones de afecto y solidaridad...no ya como un lugar de compresión y de mortificación de derechos irrenunciables, sino como sede de autorrealización y de crecimiento, caracterizada por el recíproco respeto e inmune a cualquier distinción de roles, en cuyo ámbito los componentes singulares conservan sus connotaciones esenciales y reciben reconocimiento y tutela, antes que como cónyuges, como personas, en adhesión a lo dispuesto en el art. 2 Constitución, que, al reconocer y garantizar los derechos inviolables del hombre sea como individuo que en las formaciones sociales en que se desenvuelva su personalidad, delinea un sistema pluralista inspirado en el respeto de todas las agrupaciones sociales en las que la personalidad de cada individuo se manifiesta y se desarrolla”.

121 Mientras la indemnización por daños pretende compensar o reparar un perjuicio, la separación y el divorcio buscan, respectivamente, enmendar una convivencia intolerable y disolver el vínculo matrimonial, la pensión compensatoria cumple una función asistencial, etc. Sobre el particular, véase, por ejemplo, BUFFONE, G.: “Il terzo”, cit., p. 242.

injusto de otros remedios civiles¹²² o penales¹²³; y, sobre todo, la ampliación de los supuestos en que puede resarcirse el daño no patrimonial, mediante la lectura constitucionalmente orientada del 2059 CC, por cuanto, si —como venimos señalando— el resarcimiento constituye la forma mínima y esencial de tutela de los derechos inviolables, no cabe negar tal protección a quien vea vulnerado alguno de esos valores por la actuación de un miembro de su familia¹²⁴.

En coherencia con ello, la *Cassazione* ha declarado que “el respeto a la dignidad y a la personalidad de cada componente del núcleo familiar, en su integridad, asume los caracteres de un derecho inviolable, cuya lesión por parte de otro componente de la familia, así como por parte de un tercero, constituye el presupuesto lógico de la responsabilidad civil, sin que quepa sostener que derechos definidos como inviolables puedan recibir distinta protección en función de si sus titulares se hallan o no en un contexto familiar”¹²⁵. No obstante, no cualquier violación de los deberes conyugales o de los derivados de la filiación hace surgir la responsabilidad; sólo cuando la vulneración de las mencionadas obligaciones familiares ocasione, a su vez, la lesión de bienes constitucionalmente relevantes (salud, honor, intimidad, etc.), habrá que compensar el daño causado¹²⁶. La transgresión de esos valores fundamentales producirá idénticos efectos, aunque se verifique en un consorcio *more uxorio* (siempre que goce de los caracteres de seriedad y estabilidad), puesto que, de acuerdo con el art. 2 Cost., tales derechos se reconocen en todas las formaciones sociales en que se desenvuelve la personalidad del individuo¹²⁷.

Naturalmente, para dar entrada a la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares, es preciso que subsistan los presupuestos del ilícito civil, lo que exige, entre otras cosas, valorar adecuadamente los intereses en conflicto, al objeto de constatar si el sacrificio del familiar que sufre el daño encuentra justificación en el legítimo ejercicio de un derecho del familiar causante del daño, puesto que, en tal caso, por más que contraríe a otra u otras personas, carecerá de efectos resarcitorios (v. gr., aunque la solicitud de divorcio pueda resultar dolorosa para uno de los cónyuges o los hijos, prevalece la libertad del actor que decide

122 Por ejemplo, la pérdida del derecho a la pensión compensatoria como consecuencia de la imputación de la separación carece de trascendencia, si el cónyuge transgresor es el que dispone de medios económicos. BUFFONE, G.: “Il terzo”, cit., p. 242; y FIANDACA, L.: *Il danno*, cit., p. 237.

123 Los arts. 570 y 570-bis CP sancionan la conducta de quienes incumplan las obligaciones de asistencia familiar, moral o material, lo que (conforme a lo dispuesto en el art. 185 CP) conllevará la obligación de resarcir a la víctima los perjuicios patrimoniales y no patrimoniales, pero, además de no abarcar los comportamientos no delictivos, nada prevén respecto de otros deberes familiares, por ejemplo, del deber de fidelidad, cuya inobservancia, como se verá, también puede dar lugar a un daño injusto. FIANDACA, L.: *Il danno*, cit., pp. 251 y 252; y MONTARULI, V.: “Le condotte”, cit., pp. 603 y ss.

124 FIANDACA, L.: *Il danno*, cit., p. 233.

125 Cass. Civ., Sez. I, núm. 9801, 10 mayo 2005.

126 Cass. Civ., Sez. I, núm. 8862, 1 junio 2012 (www.altalex.com).

127 Cass. Civ., Sez. I., núm. 15481, 20 junio 2013 (www.altalex.com).

poner fin al vínculo matrimonial, sin que quepa exigir reparación alguna)¹²⁸. Si, por el contrario, la conducta carece de justificación y presenta cierta gravedad —dado que los “comportamientos de mínima eficacia lesiva, susceptibles de encontrar arreglo en el interior de la familia, en base al espíritu de comprensión y tolerancia que forma parte del deber de recíproca asistencia”, resultan irrelevantes a los efectos que nos ocupan¹²⁹—, dará derecho al resarcimiento al familiar que la haya soportado.

Pese al poco tiempo transcurrido desde la admisión jurisprudencial de los denominados ilícitos intra o endofamiliares (lo que explica que no haya tantos pronunciamientos de legitimidad como en otras materias), se ha formado ya una significativa y variada casuística *in subiecta materia*; una de las primeras decisiones en este sentido fue la sentencia número 7713, de 7 de junio de 2000, que —como ya señalamos, a partir de la lectura constitucionalmente orientada del art. 2043 CC— reconoció la lesión causada por un progenitor en los derechos fundamentales de su vástago, “en cuanto hijo y en cuanto menor”, como consecuencia de su “obstinado rechazo a proporcionar[le]” medios para subsistir, tras la determinación judicial de la filiación¹³⁰. Con posterioridad, empleando ya la interpretación lata del 2059 CC para resolver supuestos similares, la *Cassazione* ha tenido ocasión de puntualizar que el desinterés mostrado por un progenitor frente a un hijo, manifestado durante años y caracterizado por el incumplimiento reiterado de las obligaciones de manutención, educación e instrucción, determina un *vulnus* (de consecuencias considerables y, por desgracia, indelebles) en los derechos que, derivando de la filiación, gozan de reconocimiento y tutela en la *Cost.* (arts. 2 y 30) y en las normas de Derecho internacional acogidas por el ordenamiento italiano; lesión que, por supuesto, da lugar a resarcimiento¹³¹.

En cuanto a las relaciones entre cónyuges, merece especial mención la sentencia de la *Prima Sezione Civile* de la *Cassazione* número 9801, de 10 de mayo de 2005, que constituye el primer pronunciamiento de legitimidad que resolvió específicamente una reclamación resarcitoria por incumplimiento de los deberes

128 En este sentido, FACCI, G.: “Il danno da adulterio”, en AA.VV.: *Famiglia e responsabilità civile* (coord. por P. CENDON), Giuffrè, Milano, 2014, pp. 557 y ss.; y FIANDACA, L.: *Il danno*, cit., pp. 232 y 237.

129 Cass. Civ., Sez. I, núm. 9801, 10 mayo 2005. Téngase en cuenta, además, que —tal y como afirma TRIOLO (*La responsabilità*, cit., p. 237)— “tratándose de problemáticas concernientes a un núcleo familiar, debe exigirse una tolerancia mayor frente a tales agresiones, respecto a la que se requeriría entre extraños, en cumplimiento del deber de solidaridad ex art. 2 *cost.* que en el grupo familiar presenta mayor relevancia”.

130 El precedente en este sector (de ilícitos de los progenitores frente a los hijos) se localiza en la sentencia del Tribunal de Piacenza, de 31 de julio de 1950 —citada, entre otros, por CENDON, P.: “¿Dónde se está?”, cit., p. 202; y FACCI, G.: “Il danno”, cit., p. 540—, que acogió la reclamación de una hija contra sus padres, por considerarlos responsables de su enfermedad, dado que, pese a saber que padecían sífilis y a conocer el carácter hereditario de la misma, la concibieron sin tener en cuenta el riesgo de contagio.

131 Cass. Civ., Sez. I, núm. 5652, 10 abril 2012 (www.webgiuridico.it); Cass. Civ., Sez. I, núm. 26205, 22 noviembre 2013 (www.studiolegalemartignetti.it); y Cass. Civ., Sez. I, núm. 16657, 22 julio 2014 (www.ilcaso.it).

matrimoniales¹³² y la primera que, tras las sentencias gemelas, aplicó al ámbito de las relaciones familiares la interpretación constitucionalmente orientada del art. 2059 CC. En ella, el Supremo italiano señaló que, dada la naturaleza jurídica y no exclusivamente moral de los deberes conyugales (art. 143 CC), la inobservancia de los mismos podía representar, además de causa de separación y de divorcio, fuente de responsabilidad aquiliana, siempre que de la referida violación resulte una lesión de los derechos constitucionalmente tutelados del cónyuge ofendido que revista cierta envergadura, puesto que “únicamente aquellas conductas que por su gravedad intrínseca constituyan actos de agresión de derechos fundamentales de la persona” serán relevantes a los efectos que aquí nos interesan¹³³.

En el caso que dio origen a la 9801/2005, la Casación italiana reconoció la lesión infligida a la esposa en el derecho fundamental “a realizarse plenamente en la familia y en la sociedad como mujer, como cónyuge y eventualmente como madre”, al haberle ocultado su marido que sufría una patología que le impedía cumplir con el deber de la *traditio corporis*, determinando con ello “una violación de la persona considerada en su integridad, en su libertad [y] dignidad, en su autónoma determinación al matrimonio, en sus expectativas de vida sexual armónica, en sus proyectos de maternidad, en su confianza en una vida conyugal fundada sobre la comunidad, la solidaridad y sobre el pleno desarrollo de sus propias potencialidades en el ámbito de aquella peculiar formación social constituida por la familia, cuya tutela reside en los arts. 2, 3, 29 y 30 Constitución”. El Alto Tribunal entendió que los deberes conyugales, caracterizados por la inderogabilidad e indisponibilidad (art. 160 CC), se hallan ya presentes en las relaciones entre las partes, en la fase previa al matrimonio, de modo que, aunque en ese momento falta todavía el vínculo conyugal, en perspectiva de su constitución, pesa sobre ellas “una obligación de lealtad, de corrección y de solidaridad, que se sustancia también en una obligación de información de cualquier circunstancia inherente a las propias condiciones psicofísicas y de cualquier situación idónea a comprometer la comunión material y espiritual a la que el matrimonio se dirige”.

Una cuestión a la que la jurisprudencia de legitimidad ha dedicado especial atención, como posible fuente de responsabilidad civil, es el incumplimiento del deber de fidelidad, que el Supremo italiano configura en sentido amplio, como el “compromiso que recae sobre cada uno de los cónyuges, de no traicionar la

132 Hubo otras previas que aludieron a esta cuestión, pero, según parece, exclusivamente, desde el punto de vista teórico, a través de *obiter dicta*; suelen mencionarse como ejemplo de ello las sentencias número 2468/1975 y 5866/1995. CENDON, P. Y SEBASTIO, G.: “Lei, lui e il danno. La responsabilità civile tra coniugi”, en *Responsabilità civile e previdenza*, núm. 6-2002, p. 1261, notas 7 y 8; y FACCI, G.: “Il danno”, cit., p. 542.

133 En esta decisión, se intuye ya la exigencia que, en las sentencias del otoño del 2008, consagrarían las *Sezioni Unite*, respecto a la seriedad y gravedad de los perjuicios irrogados. En este sentido, vide FACCI, G.: “Il danno”, cit., p. 600. Reproducen los razonamientos de la 9801/2005, entre otras, Cass. Civ., Sez. I, núm. 18853, 15 septiembre 2011 (www.altalex.com); y Cass. Civ., Sez. I, núm. 6598, 7 marzo 2019 (www.studiocataldi.it).

confianza recíproca o de no traicionar la relación de entrega física y espiritual entre los cónyuges”, que “no debe entenderse exclusivamente como abstención de relaciones sexuales extraconyugales”¹³⁴; no en vano la inobservancia del mismo constituye, desde el punto de vista estadístico, la principal causa de imputación de la separación matrimonial en el país transalpino¹³⁵. El que se declarase la inconstitucionalidad de los delitos de adulterio y concubinato, mediante sendas resoluciones del *Giudice delle Leggi*, la número 121/1968 y la número 147/1969¹³⁶, no dejó desprovista de consecuencias la violación del deber de fidelidad, que, al igual que las restantes obligaciones conyugales, como hemos apuntado, tiene carácter jurídico y no meramente moral; de hecho, de conformidad con el párrafo segundo del art. 151 CC, la separación se imputará al cónyuge transgresor (salvo que pruebe que su comportamiento ha sido fruto y no causa de la crisis, o que no ha rebasado los límites que los cónyuges han establecido como admisibles¹³⁷), que, además de perder el derecho a la manutención, si le correspondía (art. 156, párr. 1.º, a contrario, CC) —sin perjuicio del derecho de alimentos, cuando proceda (art. 156, párr. 3.º, CC)—, y los derechos sucesorios (arts. 548 y 585 CC), resultará obligado a satisfacer los gastos procesales¹³⁸, por cuanto se considera que es el que ha fracasado en sus pretensiones.

Además, puede determinar la causación de un daño susceptible de resarcimiento, si bien no hay ningún automatismo entre la inobservancia del deber de fidelidad o la declaración de la condición de responsable del fracaso del matrimonio y la obligación de reparar¹³⁹, es decir, no cualquier infidelidad es fuente de responsabilidad civil, aunque haya determinado la intolerabilidad de la convivencia y el fin del matrimonio. Para ello es preciso que, a través de la referida traición o deslealtad, se comprometan también valores constitucionalmente protegidos del cónyuge ofendido, como la salud, el honor, la imagen, la intimidad, la dignidad, las relaciones sociales, etc., porque sólo entonces prevalecerá este interés sobre el contrapuesto de la libertad personal del cónyuge infiel, determinando la aplicación de la tutela resarcitoria prevista en el art. 2059 CC¹⁴⁰. Como señala

134 Cass. Civ., Sez. I, núm. 9287, 18 septiembre 1997 (cit. en FIANDACA, L.: *Il danno*, cit., p. 241).

135 FACCI, G.: “Il danno”, cit., p. 543.

136 FIANDACA, L.: *Il danno*, cit., p. 241.

137 FIANDACA, L.: *Il danno*, cit., p. 242.

138 MONTARULI, V.: “Le condotte”, cit., p. 621.

139 De hecho, según la sentencia 18853/2011, la acción de resarcimiento es «del todo autónoma respecto de la demanda de separación y de imputación, y ejercitable prescindiendo de dichas demandas, pudiendo la misma “*causa petendi*” dar lugar a una pluralidad de acciones autónomas caracterizadas cada una de ellas por un diverso “*petitum*”. Resulta, además, que cuando en el juicio de separación no se haya solicitado la imputación, o se haya renunciado al pronunciamiento de imputación, la firmeza se forma...únicamente en relación con el “*petitum*” accionado y no subsiste, por tanto, preclusión alguna al ejercicio de la acción de resarcimiento por violación de los deberes nacidos del matrimonio, así como ninguna preclusión se deduce en caso de separación consensual».

140 “Para que pueda existir una responsabilidad resarcitoria —ha declarado la *Cassazione*, en la sentencia 18853/2011—, constatada la violación del deber de fidelidad, fuera de la hipótesis de delito deberá probarse también la lesión, consecuencia de dicha violación, de un derecho constitucionalmente protegido. Será

MOTTOLA, “lo que importa son los modos y el momento en que el derecho de autodeterminación viene ejercitado por el cónyuge: el particular grado de dolo con el que traiciona, los engaños, el ambiente en que se manifiesta, los modos en que se muestra, la arrogancia y la falta de respeto por la dignidad del otro cónyuge. No es posible, en efecto, imaginar que un derecho, sólo por estar protegido, pueda ser ejercitado de cualquier manera. Existe un principio general del ordenamiento según el cual los derechos deben satisfacerse de conformidad con las normas y sin perjuicio ajeno”¹⁴¹.

Últimamente, la *Cassazione* ha tenido que aclarar si de la violación del deber de fidelidad cabría deducir alguna responsabilidad para el tercero “en discordia”¹⁴²; según el Alto Tribunal, semejante posibilidad podría considerarse sólo si “el amante mismo, con el propio comportamiento y atendiendo a las modalidades con las que se haya desarrollado la relación extraconyugal, ha lesionado o contribuido a vulnerar derechos inviolables —como la dignidad y el honor— del cónyuge traicionado (piénsese, por ejemplo, en la hipótesis en que se haya jactado de la conquista en el ambiente de trabajo común o haya difundido las imágenes), y siempre que resulte probado el nexo causal entre tal conducta, dolosa o culposa, y el daño producido. En caso contrario, en efecto, el comportamiento del amante resulta inidóneo para integrar los extremos del daño injusto... habiendo ejercitado simplemente su derecho, constitucionalmente garantizado, a la libre expresión de la propia personalidad, derecho que puede manifestarse también en el mantener relaciones interpersonales con individuos casados; del mismo modo en que, aunque dentro de los límites señalados, cada cónyuge es libre de autodeterminarse”¹⁴³.

además necesaria la prueba del nexo de causalidad entre la violación y el daño, que, para ser relevante a dicho fin, no puede consistir en el mero sufrimiento psíquico causado por la infidelidad y por la percepción de la ofensa que deriva de ella —objetivamente ínsita en la violación de la obligación de fidelidad— de por sí no resarcible, por cuanto constituye un perjuicio derivado de violación de ley ordinaria, sino que debe concretarse en el comprometimiento de un interés constitucionalmente protegido.

Eventualidad, que puede verificarse en casos y contextos del todo particulares, cuando se demuestre que la infidelidad, por sus modalidades y en relación con la especificidad del supuesto de hecho, haya dado lugar a lesión de la salud del cónyuge (lesión que deberá demostrarse también bajo el perfil del nexo de causalidad). O cuando la infidelidad por sus modalidades haya degenerado en comportamientos que, sobrepasando los límites de la ofensa de por sí ínsita en la violación de la obligación en cuestión, se hayan concretado en actos específicamente lesivos de la dignidad de la persona, que constituye bien constitucionalmente protegido”. En la misma línea, la Cass. Civ., Sez. I, núm. 6598, 7 marzo 2019.

En sentido similar, véase también MOTTOLA, M. R.: *La fedeltà nel matrimonio. Parte II: Profili processuali e risarcimento del danno*, Key editore, Milano, 2015, pp. 16 y ss.

141 *La fedeltà*, cit., p. 30.

142 Concretamente, en el caso resuelto por la 6598/2019, el cónyuge ofendido dirigió su reclamación, además de contra su esposa, contra el amante de ésta y la sociedad para la que trabajan ambos adúlteros, por considerar que había quebrantado su obligación de vigilancia sobre sus dependientes, al objeto de evitar daños a terceros.

143 Cass. Civ., Sez. I, núm. 6598, 7 marzo 2019. Cfr. también BUFFONE, G.: “Il terzo”, cit., p. 245; FIANDACA, L.: *Il danno*, cit., p. 243; y MONTARULI, V.: “Le condotte”, cit., p. 614.

3. Lesión de derechos de la personalidad.

La conculcación de los derechos de la personalidad —reconocidos y tutelados por la Constitución, que los contempla genéricamente en su art. 2, aunque algunos se consideran también específicamente en otros preceptos de la Carta Magna (como la igualdad, art. 3; la libertad personal, art. 13; la religiosa, art. 19; la de expresión, art. 21, etc.)— también pueden determinar la causación de un daño no patrimonial, resarcible conforme a la exégesis del art. 2059 CC de la que nos venimos ocupando, en aquellos casos en que el perjuicio no derive de delito (difamación, revelación de secretos, allanamiento, etc.) o se deduzca de otros “casos previstos por la ley” —como las disciplinadas por los arts. 5, 7 o 10 CC (integridad física, nombre e imagen, respectivamente)—; y, por supuesto, de ello da cuenta la jurisprudencia de legitimidad¹⁴⁴. Nos hallamos, una vez más, ante un daño-consecuencia, que, por tanto, no coincide con la lesión del interés, sino que debe alegarse y probarse por quien pretende el relativo resarcimiento, si bien, al tratarse de un perjuicio que se proyecta hacia el futuro, a tal objeto, se admite el recurso a juicios pronósticos y a presunciones (incluso simples). Asimismo, su cuantificación se efectuará en vía equitativa¹⁴⁵.

De la lesión al nombre, a la dignidad y a la identidad personal, por ejemplo, se ha ocupado la sentencia número 16222 de la Sección Primera de la Casación, de 31 de julio de 2015¹⁴⁶, al pronunciarse sobre la impugnación por defecto de veracidad planteada por un individuo respecto del reconocimiento del hijo de su esposa, llevado a cabo al contraer matrimonio con ésta, más de seis décadas antes. Según la Corte Suprema, la impugnación de la paternidad repercute seriamente en el interesado, puesto que le priva de la conciencia de sí mismo y quiebra los vínculos afectivos asentados durante toda su vida, sin posibilidad de establecer otros; de hecho, aunque se mantuviese el apellido, no sería expresivo de la pertenencia a un grupo familiar ni adecuado para permitir al interesado y a sus descendientes reconstruir una nueva identidad. Añade el Supremo que la identidad —como todos los derechos de la personalidad— se refuerza y consolida con el paso del tiempo, de modo que, cuanto mayor sea el lapso entre el reconocimiento y la impugnación por falta de veracidad, mayor será la lesión; de ahí, precisamente, que la Ley número 219, de 10 de diciembre de 2012, de disposiciones en materia de reconocimiento de hijos naturales¹⁴⁷ haya limitado la imprescriptibilidad de la acción de impugnación de reconocimiento, exclusivamente, a los casos en que se ejercite por quien conste como hijo. Asimismo, la anulación del reconocimiento

144 TRIOLO, D. P.: *La responsabilità*, cit., pp. 225 y ss.; y TRIOLO, D. P. y MATTA, M.: *Diritto civile*, 4.ª ed., Key editore, Milano, 2020, pp. 54 y ss.

145 Vide Cass. Civ., Sez. I, núm. 9385, 16 abril 2018 (www.canestrinilex.com), con cita de otras en el mismo sentido.

146 Disponible en www.unipa.it.

147 Puede verse en www.gazzettaufficiale.it.

incide negativamente en la vertiente social de la dignidad personal del afectado. “En esencia —se lee en la resolución comentada—, nos hallamos frente a un repudio perpetrado tras decenios de vida familiar y de atribución de identidad personal, posibilitado sólo por la conciencia de la falsedad del reconocimiento de paternidad efectuado en un momento remoto; por tanto, no cabe pensar que la Corte de apelación hubiera podido negar el derecho a ser resarcidos por tal comportamiento, manifiestamente lesivo, sin incurrir en evidente contraste con los valores de nuestra Constitución y con la jurisprudencia en materia de daño no patrimonial”.

Especial atención ha dedicado la *Corte di Cassazione* a los derechos al honor y a la intimidad, así como a su (en ocasiones, conflictiva) relación con las manifestaciones de la libertad de expresión conocidas, respectivamente, como derecho de crónica, crítica y sátira, puesto que el legítimo ejercicio de alguno de éstos constituiría causa de justificación que excluiría la apreciación de un eventual perjuicio en la reputación o en la privacidad de las personas afectadas. Según la consolidada doctrina de la Casación en la materia, el ejercicio del derecho de crónica — corolario de la libre manifestación del pensamiento y de la libertad de prensa, que supone el derecho a informar, a exponer acontecimientos de relevancia pública, a través de cualquier medio de comunicación— ha de respetar tres límites: la utilidad social de la información, la veracidad objetiva e, incluso, putativa, de los hechos y la continencia expresiva (es decir, que la forma de exponer la noticia sea respetuosa con la dignidad de las personas)¹⁴⁸. Recientemente, el Pleno del Supremo italiano ha incorporado, además, el requisito de la actualidad de la información, que, de no concurrir, podría determinar la lesión del derecho al olvido de sus protagonistas¹⁴⁹.

El derecho de crítica, en cambio, en cuanto manifestación de la opinión de quien lo ejercita, no requiere la narración detallada y veraz de los hechos, puesto que consiste en un juicio subjetivo de los mismos, si bien los acontecimientos enjuiciados han de ser veraces o, al menos, tenerse por tales. Asimismo, a menudo, implica el uso de un lenguaje áspero e, incluso, severo, cosa que se admite siempre que las cuestiones objeto de crítica revistan interés público, que la reprobación que

148 Cass. Civ., Sez. III, núm. 839, 20 enero 2015 (www.renatodisa.com); y Cass. Civ., Sez. Unite, núm. 19681, 22 julio 2019 (www.altalex.com).

149 Sobre el particular, la sentencia 19681/2019 ha enunciado el siguiente principio de Derecho: “En materia de relaciones entre derecho a la intimidad (en su particular manifestación del denominado derecho al olvido) y el derecho a la rememoración histórica de hechos y vicisitudes concernientes a eventos pasados, el juez de mérito —sin perjuicio de la libertad de la elección editorial en orden a tal rememoración, que es expresión de la libertad de prensa y de información, protegida y garantizada por el art. 21 Cost.— debe valorar el interés público, concreto y actual, a la mención de los elementos identificativos de las personas que de aquellos hechos y aquellas vicisitudes fueron protagonistas. Tal mención se considera lícita sólo en la hipótesis en que se refiera a personajes sobre los que, en el momento presente, recaiga el interés de la colectividad, sea por razones de notoriedad que por el rol público que revisten; en caso contrario, prevalece el derecho de los interesados a la privacidad respecto de acontecimientos del pasado, que hieran la dignidad y el honor y sobre los cuales no quede ya memoria colectiva”. Cfr. también TRIOLO, D. P.: *La responsabilità*, cit., pp. 231 y ss.

pueda incidir sobre el honor o reputación ajena se motive oportunamente y que no se incurra en afirmaciones injuriosas y denigratorias o en ataques puramente ofensivos de la persona a la que se refieren¹⁵⁰. La sátira, por último, constituye una modalidad corrosiva y, generalmente, despiadada de la crítica, que se sustrae al parámetro de la veracidad, por cuanto manifiesta un juicio irónico sobre un hecho (mediante la paradoja y la metáfora surrealista), pero queda sometida al límite de la continencia y de la funcionalidad de las expresiones a la finalidad de denuncia social o política perseguida¹⁵¹.

Si se respetan las condiciones antedichas o si, por el contrario, se causa un daño resarcible, deberá determinarse caso por caso, no siendo susceptible de catalogación *a priori* la eventual casuística en la materia.

150 Cass. Civ., Sez. III, núm. 1434, 27 enero 2015 (www.altalex.com).

151 Cass. Civ., Sez. III, núm. 23144, 11 octubre 2013 (www.sentenze-cassazione.com).

BIBLIOGRAFÍA

BIANCHI, A.: "Il danno alla persona secondo le sentenze Travaglino e Rossetti", en *Danno e responsabilità*, núm. 4, 2018, pp. 470-477.

BONA, C.: *Studio sul danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 2012.

BONA, M. y MONATERI, P. G.: *Il nuovo danno non patrimoniale*, Ipsoa, Milano, 2004.

BONILINI, G.: voz «Danno morale», en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, Utet, T. V, Torino, 1989, pp. 83-90.

BUFFONE, G.: "Il terzo complice nell'adulterio: responsabilità sì o no?", en AA.VV.: *Famiglia e responsabilità civile* (coord. por P. CENDON), Giuffrè, Milano, 2014, pp. 241-245.

CENDON, P.: "¿Dónde se está mejor que en familia? Agravios domésticos y resarcimiento del daño", en AA.VV.: *Cuestiones actuales de Derecho de familia* (dir. por T. ECHEVARRÍA DE RADA), La Ley, Madrid, 2013, pp. 199-250.

CENDON, P. y SEBASTIO, G.: "Lei, lui e il danno. La responsabilità civile tra coniugi", en *Responsabilità civile e previdenza*, núm. 6-2002, pp. 1257-1310.

COMANDÉ, G.: «Il danno esistenziale e il "diritto pigro"», en AA.VV.: *Critica del danno esistenziale* (coord. por G. PONZANELLI), Cedam, Padova, 2003, pp. 63-76.

CRICENTI, G.: *Il danno non patrimoniale*, Cedam, 2.^a ed., Padova, 2006.

CRICENTI, G.: "Breve dogmatica della morte immediata", en AA.VV.: *Il danno da morte. Cinque voci per un tema controverso* (coord. por G. CRICENTI), Aracne, Roma, 2016, pp. 123-132.

D'ADDA, A.: "Il cosiddetto danno esistenziale e la prova del pregiudizio", en *Il foro italiano*, vol. 124, núm. 1, enero 2001, pp. 188-204.

DELLACASA, M.: "La vita ha valore...ma solo per chi non la perde? Rinnovamento e restaurazione nel risarcimento del danno da morte", en AA.VV.: *Il danno da morte. Cinque voci per un tema controverso* (coord. por G. CRICENTI), Aracne, Roma, 2016, pp. 9-51.

FACCI, G.: "Il danno da adulterio", en AA.VV.: *Famiglia e responsabilità civile* (coord. por P. CENDON), Giuffrè, Milano, 2014, pp. 537-565.

FANELLI, L.: "Le ragioni alla base dell'emersione di un nuova categoria di danno: danno esistenziale", en AA.VV.: *Critica del danno esistenziale* (coord. por G. PONZANELLI), Cedam, Padova, 2003, pp. 17-31.

FIANDACA, L.: *Il danno non patrimoniale: percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2009.

GARIBOTTI, A.: "Il risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale nell'ambito delle famiglie ricostituite e nelle unioni civili", en *Danno e responsabilità*, 2017, núm. 1, pp. 30-46.

GUERRA, E.: "Il lutto", en AA.VV.: *Trattato dei nuovi danni* (dir. por P. CENDON), vol. I, Cedam, Padova, 2011, pp. 799-810.

MONATERI, P. G.: Voz «Danno alla persona», en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, Utet, T. V, Torino, 1989, pp. 74-83.

MONATERI, P. G.: «Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale», 2009, disponible en www.jus.unitn.it.

MONTARULI, V.: "Le condotte illecite", en AA.VV.: *Famiglia e responsabilità civile* (coord. por P. CENDON), Giuffrè, Milano, 2014, pp. 595-634.

MORLINI, G.: "Danno non patrimoniale e danno esistenziale", 2014, disponible en www.ordineforense.re.it.

MOTTOLA, M. R.: *La fedeltà nel matrimonio. Parte II: Profili processuali e risarcimento del danno*, Key editore, Milano, 2015.

PARDOLESI, R.: "Danno non patrimoniale, uno e bino, nell'ottica della Cassazione, una e Terza", en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, año XXXIV, núm. 9, 2018, disponible en www.law-economics.net.

PARDOLESI, R. y SIMONE, R.: «Danno esistenziale (e sistema fragile): "die hard"», en *Il foro italiano*, vol. 132, núm. 1, enero 2009, pp. 128-134.

PEDRAZZI, G.: «"Lifting the veil": il disvelamento del danno esistenziale», en AA.VV.: *Critica del danno esistenziale* (coord. por G. PONZANELLI), Cedam, Padova, 2003, pp. 41-62.

PONZANELLI, G.: «La "forza" del sistema bipolare», en AA.VV.: *Critica del danno esistenziale* (coord. por G. PONZANELLI), Cedam, Padova, 2003, pp. 7-15.

PONZANELLI, G.: “Danno non patrimoniale: l'abbandono delle Sezioni Unite di San Martino”, en *Danno e responsabilità*, núm. 4, 2018, pp. 467-469.

ROSSETTI, M.: Voz «Il danno tanatologico», en *Treccani. Il libro dell'anno del Diritto 2016*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2016, disponible en www.treccani.it.

ROSSI, R.: “Il danno esistenziale”, en AA.VV.: *Trattato dei nuovi danni* (dir. por P. CENDON), vol. I, Cedam, Padova, 2011, pp. 17-59.

SALVI, C.: Voz «Danno», en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, Utet, T. V, Torino, 1989, pp. 63-74.

SCALERA, A.: “I malati terminali”, en AA.VV.: *Trattato dei nuovi danni* (dir. por P. CENDON), vol. I, Cedam, Padova, 2011, pp. 781-798.

TRIOLO, D. P.: *La responsabilità extracontrattuale*, 2.^a ed., Key editore, Milano, 2017.

TRIOLO, D. P. y MATTA, M.: *Diritto civile*, 4.^a ed., Key editore, Milano, 2020.

ZAMBRANO, V.: “Il danno da perdita della vita. Spunti di diritto interno e comparato”, en AA.VV.: *Il danno da morte. Cinque voci per un tema controverso* (coord. por G. CRICENTI), Aracne, Roma, 2016, pp. 133-156.

ZIMIZ, P.: “Alla scoperta del danno esistenziale”, en AA.VV.: *La responsabilità extracontrattuale. Le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza* (coord. por P. CENDON), Giuffrè, Milano, 1994, pp. 41-69.

ZIMIZ, P.: “Ogni cosa è illuminata (da Cass. 1361/2014)”, en *Persona e danno*, 12 febrero 2014, disponible en www.personaedanno.it.

ZIMIZ, P.: “I pregiudizi non patrimoniali conseguenti all'illecito mortale”, en AA.VV.: *Il danno da morte. Cinque voci per un tema controverso* (coord. por G. CRICENTI), Aracne, Roma, 2016, pp. 85-122.

