



Dossier doctrinario



Autores de Chubut

Dr. Manuel G. Burgueño Ibarguren

Compilado por Lic. Lucía Funes y TSB Alicia Cárcamo

Una producción de la **Biblioteca de Tribunales Comodoro Rivadavia**

Editado por la Dirección de Bibliotecas - Superior Tribunal de Justicia

Provincia del CHUBUT

Dossier doctrinario. Autores de Chubut

Este nuevo servicio de la Red de Bibliotecas del Poder Judicial del Chubut, busca recopilar, en un solo sitio, toda la doctrina publicada por autores locales con trayectoria en el derecho y la función jurídica.

El presente dossier reúne todos los trabajos doctrinarios realizados a la fecha por el Dr. Manuel Gonzalo Burgueño Ibarguren.

Dirección de Bibliotecas
Superior Tribunal de Justicia del Chubut

© **Dirección de Bibliotecas** – Superior Tribunal de Justicia del Chubut
Roberto Jones y Rivadavia – Rawson – Chubut
biblio@juschubut.gov.ar
Teléfonos: (0280) 4482331 - 4482332

Biblioteca Tribunales Comodoro Rivadavia
Edificio de Tribunales – Hipólito Yrigoyen 650 – Comodoro – Chubut
bibliocr@juschubut.gov.ar
Teléfono: (0297) 4442942

Horario de atención: de Lunes a Viernes de 7.00 a 13.00 hs

Tabla de contenido

<i>Sobre el autor</i>	9
El daño en la función resarcitoria del Código Civil y Comercial argentino. .11	
Indemnización del daño moral causado a la pareja.	66
Dogmática del Derecho Civil constitucionalizado del consumo: La relación de consumo y el concepto de consumidor.	81
Daño moral causado por el adulterio del cónyuge.....	164
El daño moral resarcible producido mediante informes crediticios. Análisis jurisprudencial.....	183
La cuantificación del daño moral en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012.....	200
La caducidad del derecho en el derecho argentino. Comentario fallo URQUIZA, Paola Valeria c/ PREVENCIÓN ART S.A. Sala A Cámara de Apelaciones de Trelew 2015	227
El derecho a la reparación integral.	243
La responsabilidad objetiva de los profesionales de la salud en el Código Civil y Comercial.	335
La aplicación temporal del Código Civil y Comercial a la función resarcitoria de la responsabilidad civil.....	365
La vigencia de la antijuridicidad en el derecho de daños.	376
Discriminación y responsabilidad civil.	415
Reflexiones sobre la lesión a la integridad psicofísica y moral.	428
Anexo fallo comentado	444

Tesis: Indemnización del daño moral. ¿Cómo se cuantifica actualmente y cómo debe ser cuantificada en el derecho argentino? En busca de parámetros constitucionales, concretos y actuales que faciliten la labor de los operadores jurídicos.461

Palabras preliminares.....461

Capitulo I

Introducción Conceptos fundamentales en la reparación del daño moral.465

1. Responsabilidad civil y daño.....465

2. Daño. Daño patrimonial y daño moral.....467

3. Noción de daño moral.471

4. La indemnización del daño moral493

5. Modelos indemnizatorios caídos en desuso según la doctrina.....502

Capitulo II

Pautas y métodos de cuantificación de la indemnización del daño moral propuestos por la doctrina argentina.504

1. Doctrinas que fijan pautas para guiar el criterio del juez en la cuantificación del daño moral.505

2. Métodos basados en fórmulas matemáticas que excluyen el criterio del juez.....555

3. La cuantificación del daño moral en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2007.....568

Capítulo III

La cuantificación del daño moral en la jurisprudencia571

1. La cuantificación del daño moral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.571

2. La cuantificación del daño moral en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.	589
3. La cuantificación del daño moral en los máximos tribunales de las provincias argentinas	599
4. La cuantificación del daño moral en el Superior Tribunal de Justicia de la C.A.B.A.....	657
5. La cuantificación del daño moral en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.....	659
Capítulo IV	
La cuantificación del daño moral en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012.....	677
1. La norma proyectada. Sus antecedentes en la doctrina	677
2. Aportes doctrinarios críticos que abonan el método de cuantificación del daño moral en el proyecto.....	681
Capítulo V	
1. Conclusiones respecto de la cuantificación del daño moral en el sistema argentino	683
2. Críticas a los métodos de cuantificación del daño moral en el sistema argentino	690
Capítulo VI	
La cuantificación de la indemnización del daño moral en el Derecho Comparado.	713
1. Cuantificación del daño moral en América.	713
2. Cuantificación del daño moral en Europa	732
Capitulo VII	
1. Cómo cuantificar el daño moral hoy.....	758

Capítulo VIII

¿Cómo debe cuantificarse la reparación del daño moral?	766
1. Las normas y principios constitucionales que rigen en la materia.	766
2. Principios del derecho privado aplicables en la cuantificación del daño moral.....	781
3. La valoración del daño moral.....	785
4. Cómo cuantificar la indemnización del daño moral.	796
Anexo I - Montos indemnizatorios del daño moral o inmaterial en la jurisprudencia de la CIDH	809
Anexo II - Montos indemnizatorios del daño moral determinados por la CSJN.....	896

Sobre el autor



MANUEL GONZALO BURGUEÑO IBARGUREN

Oficial del Ejército Argentino (promoción 133 del Colegio Militar de la Nación)

Licenciado en Administración (Colegio Militar de la Nación – Instituto de Enseñanza Superior del Ejército)

Abogado egresado de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco SEDE Comodoro Rivadavia

Magíster en Derecho Privado (Universidad Nacional de Rosario)

Máster en Economía y derecho del consumo online (Universidad de Castilla y La Mancha - España)

Especialista en derecho de daños (UBA).

Cursante en las Universidades de Salamanca, Universidad Complutense de Madrid, Universidad de Paris 2 (Pantheon Assas).

Cursante de 2do año de la especialización en derecho de daños de la Universidad Nacional del Litoral.

Desempeño laboral y profesional

Abogado de la matrícula Federal, de la Provincia del Chubut y de Santa Cruz.

Ejercicio de la docencia universitaria

Profesor de Derecho en la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco de Comodoro Rivadavia:

Cátedra: Civil II, Jefe de Trabajos Prácticos.

Obras publicadas en co-autoría, colaboración y/o en obras colectivas.

Jalil, Julián. *Cuantificación del daño. Región Patagonia. Cuantificación del daño: Región Patagonia: Valor vida, incapacidad psicofísica, derechos personalísimos*. Buenos Aires: La Ley, 2017.

Disponible en: Biblioteca de Tribunales de Rawson

López Mesa Marcelo. *Derecho de las Obligaciones*. Montevideo: B de F, 2015. 2 Tomos.

Disponible en: Biblioteca de Tribunales de Esquel, Rawson, Puerto Madryn y Trelew.

López Mesa Marcelo. *La responsabilidad civil y médica*. Buenos Aires: B de F, 2016

López Mesa Marcelo (Dir); Barrera, Delfino (Dir) *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado*. Buenos Aires. Hammurabi, 2019

El daño en la función resarcitoria del Código Civil y Comercial argentino.

Por Manuel Gonzalo Burgueño Ibarguren

Disponible en: <https://ar.ijeditores.com/>

Publicado en: Revista Argentina de Derecho Civil N° 4 (Abril 19)

Cita online: IJ:-DCCXXXIX-618

[Consultado: 19/08/20]

I. Introducción.

El daño, como hecho social, es la quintaesencia del fenómeno normativo de la responsabilidad civil actual. Sin embargo, tras una larga y constante evolución dentro de un contexto de metamorfosis permanente de la responsabilidad civil, priman en el daño resarcible aspectos normativos que -además- se integran a otros elementos como la antijuridicidad.

De esta forma, se pasó de una simple mención del daño en los tratados a un nivel de conceptos que resulta difícil para los operadores jurídicos (o es directamente desconocidos y poco relevantes para el éxito de un juicio o para redactar una sentencia), muy distante de la noción de daño vulgar y aprehensible por cualquier persona sin importar su grado de educación. Además, los conceptos actuales resultan pasibles de críticas que no pueden superar sin complicar aún más sus estructuras lógicas o alejarse más de la realidad.

Por ello, este estudio se esfuerza en conocer el estado actual de la materia y en encontrar los puntos flacos de cada teoría, en el afán de hallar una propuesta para dar a conocer y someter a las críticas de la comunidad jurídica que puedan ventilar las falencias de mi propia opinión que pretende acercar la teoría a los hechos y el daño a las disciplinas científicas idóneas para dilucidarlo.

Sentado lo anterior, damos paso a la exposición de los antecedentes, teorías y críticas que dan lugar a nuestra conclusión.

II. Evolución del daño en la responsabilidad civil contemporánea.

Anteriormente, cuando estaba en vigencia el Código Civil redactado por Vélez Sarsfield y con las sucesivas modificaciones que configuraron su última versión, existía solo una regulación de la responsabilidad civil resarcitoria[1] desglosada en dos grandes segmentos: 1) por un lado, se regulaba en general la responsabilidad civil emergente del incumplimiento obligacional en los artículos 519 a 522[2]; 2) en otro sector, en los artículos 1066/1136 se regulaba la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana[3] que, a su vez, se dividía en delitos y cuasidelitos. Dentro de los capítulos de los delitos se regulaba a los daños provenientes de hechos dolosos y se incluía capítulos de delitos contra las personas y contra la propiedad. A continuación, se regulaba la responsabilidad civil emanada de los daños producidos sin dolo, por hechos culposos u otros supuestos especiales de responsabilidad.

Esta estructura, visiblemente ramificada y muchas veces redundante, fue simplificada en la práctica por la jurisprudencia con el consejo y aval de la doctrina [4], apartándose de la literalidad de los textos legales para arribar a soluciones ajustadas con los cambios sociales y las necesidades de justicia. Por ello, puede decirse que el derecho de daños real no era fiel a los textos legales, que fueron reinterpretados a la luz de los desafíos de cada época [5]. De esta misma manera, surgió la noción de unidad del fenómeno resarcitorio de la responsabilidad civil, con manutención de las diferencias que pudieran particularizar a la responsabilidad contractual y extracontractual[6]; se eliminó la distinción de delito y cuasidélito[7], se avanzó en la atribución objetiva sin culpabilidad, en la protección por sobre los derechos subjetivos previamente reconocidos[8] y se dio paso a la apertura de la responsabilidad civil al cumplimiento de otras

funciones, como ser la prevención del daño[9] y la sanción de las graves inconductas.

Por supuesto, el sistema de responsabilidad civil que se reguló en el Código y el que fue surgiendo de la evolución jurídica -a partir de la doctrina y jurisprudencia- se fue encontrando en relación cada vez más estrecha con los sistemas y normas de responsabilidad civil especiales[10]; con la Constitución Nacional y Tratados Internacionales; dado que el proceso de evolución interno del derecho de daños en el Código (concentración o unificación del fenómeno resarcitorio) fue atravesado por otros dos fenómenos: la jerarquización o expansión vertical y la expansión horizontal; que se configuraron a partir de la constitucionalización del derecho de daños[11], del nacimiento de las funciones preventiva y punitiva de la responsabilidad civil y de la proliferación de multitud de leyes con regulaciones de responsabilidad civil con igual jerarquía normativa que el Código Civil.

De esta forma, en el ordenamiento jurídico se configuró -a lo largo de todo el siglo XX y lo que va del siglo XXI- una inflación de las regulaciones del fenómeno jurídico de daño y se ha atrapado allí a una mayor porción de la realidad, que estaba excluida de la responsabilidad civil en el siglo XIX [12].

Así las cosas, debe concluirse en que la responsabilidad civil, vista como fuente de obligaciones, instituyó progresivamente mayor cantidad de relaciones jurídicas entre los miembros de la sociedad, primero para reparar daños que habían quedado al margen, luego para prevenirlos y para punir hechos socialmente disvaliosos. Asimismo, esa expansión se reforzó a partir del fenómeno de “desindividualización y socialización” del derecho de daños: donde el agente y deudor para el derecho clásico pasó a ser colectivizado (por la pluralidad de víctimas y de dañadores en un mismo curso causal), remplazo del deudor por las aseguradoras, el Estado a partir de la seguridad social y los fondos de garantía (especialmente en otros países)[13].

Por supuesto, en el desarrollo general de la materia -que experimentó importantísimos cambios en poco más de cien años- también cupo una análoga transformación para la noción jurídica del daño y su rol en el marco de la responsabilidad civil [14]. Desde una perspectiva general del sistema de responsabilidad y con vista en todas las funciones, el daño, desde hace aproximadamente 30 o 40 años y en mayor medida desde la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, constituye un elemento imprescindible de la función preventiva y siempre lo ha sido en la función resarcitoria. Para algunos autores, es también un requisito de procedencia de los daños punitivos, posición que no comparto.

Sin embargo, la exigencia de la verificación del daño en todas las funciones asume matices en torno a su certidumbre. Es decir, admite gradaciones que van desde la posibilidad razonable de su ocurrencia futura (compatibles con una acción preventiva y la indemnización del daño futuro) a la completa y absoluta certidumbre de su producción. También, de la misma forma cobrará en cada función mayor relevancia la sola vulneración del derecho o interés o las consecuencias nocivas padecidas por el damnificado. Sobre estas cuestiones abordaremos en los últimos segmentos de este trabajo.

Entonces, en lo que respecta exclusivamente a la función resarcitoria de la responsabilidad civil, el daño se ha estimado siempre como un elemento o requisito fundamental para su conformación y para que se dé lugar al efecto jurídico de la regla de responsabilidad civil: el nacimiento de una obligación de indemnizar el daño.

Por ello, desde antiguo se viene diciendo que no hay responsabilidad sin daño. Sin embargo, en el siglo XIX y buena parte del siglo XX, el daño no fue el elemento o factor supremo de la responsabilidad civil, dado que la culpa y la antijuridicidad ocupaban un lugar tan preponderante como el que correspondía al daño o más (dado que el sistema se estimaba sancionatorio) y, por ello, también se solía decir que no había responsabilidad civil sin culpa y la admisión de los factores de atribución objetivos costó muchos años de brega, en un contexto de cambio ideológico del sistema anterior de

reparación del daño “injustamente causado” a la idea de reparación del daño “injustamente sufrido” por la víctima, que sigue vigente[15].

De la misma manera, entonces, la antijuridicidad fue concebida como un requisito formal de oposición de la conducta a una norma del ordenamiento jurídico (producto de la ya mencionada ideología sancionatoria de la responsabilidad) y el artículo 1066 del C.C. era claro en el sentido de que no se aplicaría la “pena” o “sanción” del Código si no hubiere una disposición que la hubiera impuesto. Si simplificáramos la idea, tendría que afirmarse que no hay responsabilidad civil sin antijuridicidad y solo existía si se vulneraba una norma del ordenamiento jurídico. Hoy el requisito también existe, pero en mayor relación de dependencia con el daño y la vulneración del deber de no dañar.

Finalmente, el restante requisito de la responsabilidad civil, la relación causal también conformó y conforma a la fecha una exigencia notable para el nacimiento de la obligación de indemnizar; desde mi óptica es el requisito que más estable se ha mantenido dado que los otros tres sufrieron modificaciones radicales [16].

Entonces, en el contexto de la continua metamorfosis del sistema de la responsabilidad civil, el día 05 de agosto de 1986, la CSJN constitucionalizó el principio *alterum non leadere* [17], dándole sustento normativo a un deber de no dañar en el artículo 19 de la Constitución Nacional [18] y rápidamente se lo vinculó a la idea de reparación [19], que luego se denominó integral [20]. A partir de este punto, con el establecimiento del deber constitucional de no dañar, cualquier hecho que cause un daño, se reputaría antijurídico; salvo que el agente acreditara una causa de justificación. Esto, implicaría la antijuridicidad de la causación de daños injustificados; lo que reunido con la regulación sobre los factores objetivos de responsabilidad concluye en un sistema de responsabilidad civil donde campea el daño como factor gravitante.

Esta modificación del centro de gravedad del sistema, desde el Código a la Constitución y de los elementos de la responsabilidad civil hacia el daño, tuvo otra consecuencia más, a partir de la codificación

vigente: el Código Civil y Comercial que rige desde el año 2015 establece expresamente deberes de prevención del daño (artículo 1710) y alude, directamente, al deber de no dañar en el artículo 1716, donde comienza el tratamiento de la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Allí, afirma claramente que “La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código”.

Esta regulación responde a un esquema totalmente distinto al elaborado en el Código de Vélez; puesto que el C.C.C. no establece una cláusula general de responsabilidad, como la que había en el Código de Vélez en el artículo 1.109[21]. A partir del artículo 1.716 del C.C.C., lo que se establece es un sistema que opera a partir de la violación del deber de no dañar. Es una norma de tercer grado [22] no una cláusula general; sino que la responsabilidad civil resarcitoria es una norma que regula los efectos del incumplimiento de un deber preexistente -el deber de no dañar o una obligación-.

Desde ese punto de vista, la violación del deber de no dañar es un hecho jurídico, que tiene por efecto el nacimiento de una relación jurídica patrimonial [23]; más precisamente: la obligación de repararlo integralmente -siempre que no confluya una causa de justificación, exista relación causal adecuada entre el hecho y el daño y sea atribuible al autor o a otro responsable. Es decir, si concurren los presupuestos de la responsabilidad civil, cada uno con el contenido que le asigna la codificación (que se encuentra en línea con el que venían exponiendo desde la doctrina y la jurisprudencia)-.

De esta forma, el daño es el elemento que emplaza a las personas en el marco de la responsabilidad civil y, a partir de él, se ha de analizar la concurrencia de los restantes elementos de la responsabilidad civil resarcitoria para dar nacimiento a la obligación de reparar el daño de forma integral.

Por otro lado, el daño injustificado cumple un rol no menos importante en la responsabilidad civil, en el marco de la primacía que ocupa; atento a que su existencia implica la vulneración del deber de

no dañar. Así las cosas, la noción de daño separará paja del trigo en la materia. Esto quiere decir que un determinado perjuicio será o no sustancia de la violación del deber de no dañar y activará o no el dispositivo normativo de la responsabilidad civil resarcitoria [24].

En otras palabras, este nuevo Código se diferencia del velezano - que escogió un catálogo abierto pero limitado de conductas pasibles de responsabilidad civil: hechos que se opongan a una norma con la posibilidad de que el legislador incorpore nuevas conductas en futuras normas-. En este caso, se no establece en concreto qué daños serán dignos de reparación y tampoco qué conductas serán de importancia para el derecho de daños. De hecho, se ha constituido un sistema de absoluta atipicidad del ilícito y del daño; por ello, es pasible de responsabilidad civil cualquier conducta que cause cualquier clase de perjuicio, salvo que se trate de un provecho ilícito. Aquí, con el nuevo Código Civil y Comercial, ha sido el legislador el que elevó a categoría de interés protegido a cualquier aspecto lícito de la persona, su vida y su existencia en sociedad.

De esta forma, en líneas generales, cualquier perjuicio sobre bienes lícitos de la persona puede implicar una vulneración del deber de no dañar sin importar la modalidad de la conducta del actor, siempre y cuando no se corresponda a una causa de justificación que extraiga al caso de la esfera de la responsabilidad civil.

Por ello, desde ese doble rol general[25] que se le asigna al daño como elemento de la responsabilidad civil indemnizatoria (servir para verificar la vulneración del deber de no dañar para activar el sistema normativo resarcitorio y cumplir el rol de filtro de aquello que pertenece al fenómeno indemnizatorio de aquello que no se tiene por tal) debe tenerse por una cuestión central del derecho a la fijación del concepto del daño resarcible, que tiene un importante efecto práctico para el abogado: separar casos viables de los improcedentes.

Asimismo, el juez -a partir del concepto de daño y del control de licitud del interés lesionado- debe desbrozar casos en los que debe hacer lugar a la acción, de otros en los que debe rechazarse por falta

de un presupuesto de la responsabilidad, aunque puedan estar presentes los demás o alguno de ellos.

III. El desarrollo dogmático del concepto de daño.

De conformidad con lo expuesto en el punto anterior, donde se destacó la importancia asumida por el daño en la responsabilidad civil resarcitoria y su relevancia práctica, corresponde explicar el concepto jurídico de daño que opera como llave maestra para abrir los accesos a la indemnización del perjuicio padecido; es decir, como componente de la función resarcitoria.

En este campo, correspondiente a la noción intrínseca del concepto de daño, se advierte que también fue objeto de una progresiva evolución[26], que implica mayor grado de complejidad, abstracción y excesiva teorización académica por sobre la realidad y los conceptos arraigados en nuestra cultura[27]. Esto, sin dejar de mencionar que esa transformación ha ocurrido en Argentina sin considerar herramientas formidables que tiene nuestro ordenamiento -como el régimen de consecuencias- para arribar a un concepto orgánico, funcional a nuestras reglas y coherente con todo el sistema.

Lo afirmado, que se expresa de forma controversial, radica en el conocimiento de que en las obras clásicas contemporáneas no se necesitaba explicar qué era un daño y, cuando existía tratamiento del tema, apenas se le dedicaban al concepto de daño unas breves líneas en un tratado[28]. Parece ser que no era un tema que despertara el interés de la doctrina o se daba por sobre entendido.

Ello, en línea con el conocimiento vulgar [29] y el sentido que da la RAE a la palabra “daño” [30].

En efecto, durante el siglo XX y hasta llegar al estadio actual del Código Civil y Comercial Argentino, se produjo un apartamiento entre la experiencia colectiva, en la que toda persona siempre reconoce cuándo ha sido dañada (conforme la naturaleza y los valores sociales de su tiempo), y la noción jurídica de daño (concepto normativo); a punto tal que es muy difícil explicarle a un alumno de

segundo año, abogado u operador jurídico promedio qué es un daño en la ciencia jurídica actual, cuya dificultad conceptual solo resulta accesible a los maestros que pasan años estudiando la cuestión[31]-sin que ello implique que la realidad de los Tribunales continúe transcurriendo sin que se precise en las demandas y fallos un concepto de daño y los juicios se ganan con las pericias efectuadas por peritos calificados en disciplinas científicas no jurídicas con indiferencia de los debates teóricos-.

Efectivamente, a partir del interés suscitado en la doctrina y los esfuerzos intelectuales, según manifiesta Alpa “la construcción de la noción de daño ha sufrido una auténtica revolución: se ha cuestionado o abierto la crítica sobre la noción ontológica de daño; sobre su noción jurídica; sobre la relación entre daño (elemento) y estructura del ilícito; sobre la relación entre daño y nexo de causalidad; y sobre la extensión del daño resarcible” [32].

Por supuesto, como no podría ser de otra forma, existen múltiples posiciones en torno al concepto de daño. Así, desde una perspectiva que se ha ido superando, se afirmó en Argentina que el daño es la vulneración de algún derecho subjetivo [33] o de los “que configuran la personalidad jurídica de los sujetos de derecho”[34].

Por otro lado, incluso hasta la fecha, ha habido numerosos juristas de todas las nacionalidades que tuvieron por tal a la vulneración los bienes jurídicos [35] o simplemente de los bienes patrimoniales y extrapatrimoniales de la persona. Entre nosotros, también en nuestro país, Trigo Represas y López Mesa acogen esta postura contemporáneamente [36].

Además, entre las posiciones más difundidas en argentina se encuentra una tercera posición que define al daño como la consecuencia o resultados de la acción antijurídica [37]. Esta teoría suele distinguir la lesión al interés o injuria del daño que se causa en el patrimonio o en el honor y las afecciones legítimas [38]. Otros autores, con marcada influencia italiana, distinguen daño evento de daño consecuencia en alusión mismo distinguo.

Por otro lado, existe otra teoría que entiende al daño como la lesión a un simple interés patrimonial o extrapatrimonial [39]; noción que, a primera vista, parece ser la abrazada en el flamante Código argentino. La definición se atribuye a la creación de Canelutti y fue volcada en la obra *il danno e il reato*, de 1926, con la finalidad de evitar concepciones tipificantes y sancionatorias de los hechos ilícitos [40].

Según se estimaba, en esta teoría que abrevia en las más generales nociones sobre el derecho de Ihering: el derecho tutela intereses; ese es su fin. El daño tiene por objeto al interés, porque coincide con el objeto de la tutela jurídica. Así, “Lo que el derecho tutela, el daño vulnera. Si el derecho tutela, un determinado interés humano, éste puede ser atacado por un daño, que será un daño en sentido jurídico (daño jurídico), en cuanto contra él apresta el derecho la propia reacción” [41].

Por ende, atendiendo a la definición proporcionada, el concepto de daño se supedita a otro concepto jurídico: el interés (que no se puede concebir sin explicar previamente la noción de bien, que es todo lo que satisface una necesidad) [42]. En ese orden, el interés se trata de un poder de actuar hacia el bien, objeto de satisfacción (consistente en toda clase de bienes jurídicos de titularidad personal o colectiva), lo que puede constituir un derecho subjetivo o un interés simple -dependiendo el tipo de reconocimiento y tutela que le asigne el Derecho-.

Entonces, siguiendo esta línea de pensamiento, el interés patrimonial o extrapatrimonial es lo que opone el damnificado al exigir la reparación y, para ello, debe demostrar que se ha menoscabado o afectado su esfera propia y el disfrute de bienes jurídicos sobre los que se ejerce una facultad de actuar. En efecto, el bien jurídico es, en este caso, un objeto de satisfacción y el interés es la situación de provecho que lo vincula con un sujeto [43]. Por ello, para esta teoría no es correcto determinar la naturaleza del daño en función del tipo de bien menoscabado [44].

En conclusión, para quienes adhieren a la postura en estudio, un menoscabo en un bien patrimonial puede provocar daños extrapatrimoniales y, viceversa, un menoscabo a un bien extrapatrimonial puede acarrear perjuicios patrimoniales; toda vez que, a partir de un bien de una u otra naturaleza, se puede satisfacer intereses de la naturaleza opuesta [45]. Por ejemplo, alguna cosa que ha estado en una familia por generaciones puede satisfacer intereses extrapatrimoniales de alguno de sus miembros, más allá de su valor patrimonial.

Finalmente, cabe destacar que, en una vertiente de la misma teoría, según lo que explica el profesor Bueres, lo que corresponde observar es el interés lesionado (patrimonial o extrapatrimonial) que guarda homogeneidad con la consecuencia, que debe ser de igual índole [46]. Esta posición ya asigna relevancia a los efectos dañosos del acto y constituye un punto medio -sin abandonar la noción de daño como vulneración a un interés- entre las posiciones que solo atienden a la vulneración de un interés y otras que segmentan al daño en dos momentos (vulneración del interés y consecuencias).

IV. Críticas a la noción de daño como vulneración a un interés.

Se advierte rápidamente que el concepto de interés -fundamental en la moderna conceptualización del daño jurídico y en la noción acogida en el C.C.C es polisémico, dentro y fuera de la responsabilidad civil; puesto que excede ampliamente la cuestión del daño, está en la base misma del conflicto social y de toda construcción jurídica necesaria para regularlo; por medio de la prevalencia de determinados intereses por sobre otros (constituyendo derechos subjetivos o intereses legítimos) en un asunto ligado a la parte general del derecho que tiene que ver con la tutela que brinda el ordenamiento jurídico a determinadas situaciones de las personas. También, representa un aspecto fundamental de la teoría de la relación jurídica -que excede muy ampliamente el campo de la responsabilidad civil, de la obligación y de lo patrimonial-. Además,

forma parte del concepto de obligación en el C.C.C. -a partir del artículo 724, que consigna al interés del acreedor como elemento de la obligación[47]- y corresponde el mismo vocablo para el accesorio en dinero que generan las obligaciones como lucro, resarcimiento o sanción[48]. Como si fuera poco, también es un requisito de legitimación de la acción preventiva la acreditación de interés razonable (artículo 1712 C.C.C.) lo que es parte de un problema general procesal en torno de la legitimación activa.

Asimismo, a la par de los significados referidos, en los estudios sobre los elementos de la responsabilidad civil resarcitoria se habla de interés en dos sentidos, al estudiar el concepto de daño: dado que, por un lado, se expresa una noción ligada al reconocimiento de la tutela de un bien que aprovecha el sujeto: así, se habla de interés como derecho subjetivo o contenido del derecho subjetivo, interés legítimo (ligado a la manutención de la legalidad en una situación en la que participa un sujeto sin lesión de un bien jurídico propio y exclusivo) o al simple interés -como facultad de actuar atribuida conforme a derecho (aunque no exigible)-. Por otro lado, también al hablar de interés dentro del daño, se refiere a una situación de hecho que implica el provecho o disfrute que un bien proporciona a una persona [49].

Esta dicotomía que se ha remarcado al definir al daño -elemento de la responsabilidad civil resarcitoria-, que ya podía leerse en la obra de De Cupis [50], guarda una notoria exactitud con lo que profesaba Ihering al delinear al derecho subjetivo a partir de la teoría del interés. Para el ilustre jurista alemán, “el derecho subjetivo no tutela la voluntad, sino intereses humanos protegidos, resultando que éste tiene dos elementos: uno material, dado por la utilidad del goce, y otro formal, dado por la protección jurídica (y que no son sino reformulaciones de la dualidad aspecto material – aspecto formal de la relación jurídica de Savigny)” [51].

Así las cosas, más allá de la confusa amplitud de los significados de la terminología escogida (interés), no es posible que el daño sea definido -como tal- en la responsabilidad resarcitoria de manera próxima a lo que se estima que es un derecho subjetivo o un señorío

exigible a otro; puesto que todos los elementos de la responsabilidad civil juntos son la fuente de obligaciones y, recién estando todos verificados, surge el derecho a la reparación integral o plena. Recién es este punto aparece el derecho subjetivo, que es diferente al daño que es un requisito de la existencia de la causa fuente. Este derecho resultante es el que goza de exigibilidad. Hasta allí, cuando existe obligación resarcitoria, se trata al daño como parte de un hecho jurídico -por su virtud jurídica para dar nacimiento a relaciones jurídicas, si se configuran los demás elementos de la responsabilidad- y el daño es una cuestión de hecho principalmente, no una entelequia o construcción intelectual.

Asimismo, en la Real Academia Española a la palabra interés le asignan seis significados genéricos y dos significados para interés legítimo, sin obviar que existen otros significados más para términos compuestos ligados a la palabra interés [52]. Por lo expuesto, se advierte que el término interés es ambiguo, polivalente y mucho más difícil de aprehender que la noción de daño que surge de la experiencia y recae sobre objetos materiales o inmateriales de la persona, de la naturaleza y de la vida en sociedad.

Además, a las complicaciones que devienen de toda la pluralidad de significados dentro y fuera del derecho, se le debe anexar otra exigencia técnica que conduce a imprecisión en el concepto de daño y tiene que ver con la forma en que se aprecia la existencia del interés: dado que esa relación entre el sujeto y el bien que satisface necesidades puede aprehenderse de forma subjetiva u objetiva, según se estime lo valioso para un hombre en concreto desde su mirada o no [53]. Este punto es crucial para poder determinar en concreto qué interés se ha afectado. También, en cuanto a la aplicación del concepto de interés a las distintas clases de sujetos, la teoría bajo estudio tiene dificultad para justificar el interés de las personas jurídicas -que carecen de necesidades y es más fácil advertir que sí se sirven de bienes que componen el acervo bajo su titularidad-.

Asimismo, en la faceta práctica, esta posición que define al daño como la vulneración de un interés padece serias dificultades para

poder explicar la relación que existe entre la vulneración del interés y el aspecto cualitativo y cuantitativo del perjuicio[54]; lo que ha llevado a algunos de sus más agudos expositores a reconocer que existe homogeneidad entre lesión al interés y las consecuencias que emergen; pudiendo considerarse una segunda acepción de daño a la noción que lo entiende a partir de estas[55].

Por consiguiente, la extrema generalización de la teoría del daño como vulneración a un interés, que requiere para explicar al daño de la elaboración de dos conceptos jurídicos como son el interés y el bien jurídico, impone un elevado grado de abstracción y de apartamiento de la experiencia sensible, que acarrea dificultades prácticas y tiene por resultado el desconcierto de los operadores jurídicos y los prácticos, a la hora de valorar el perjuicio en un caso y de cuantificar la indemnización; por la gran distancia entre los conceptos y los hechos que frecuentemente se ventilan en los tribunales.

En el mismo sentido, estudiando la conceptualización del interés legítimo y del bien jurídico, se realiza una insoslayable crítica por parte de Iribarne, quien ha sabido explicar que se fundan en posturas filosóficas idealistas y racionalistas.

Estas posiciones distinguen lo físico de lo espiritual y lo natural de lo jurídico; de esa forma, animan la noción de interés legítimo como requisito del daño y “Se es incapaz de afrontar la experiencia sensible con objetividad y de dar respuesta adecuada a los problemas que plantea, por eso se edifica el sistema normativo como aparato conceptual y se termina por reducir el mundo a los textos legales”. Así, el mundo se define a partir de los conceptos jurídicos y la naturaleza se limita a los textos legales [56].

En efecto, según estima el autor citado, lo que corresponde -a partir de una posición realista con miras a la virtud significativa de las cosas y la aptitud del sujeto para conocerlas- es transformar la noción de daño en un problema abierto y, para definirlo, debe atenderse a la experiencia y a la valoración -por sobre la deducción dogmática- para incluir todos los bienes gozados dentro del obrar lícito de un sujeto y

resarcir todo bien del sujeto en su plenitud ontológica con indiferencia de los conceptos jurídicos que se formulen respecto del bien.

Por otro lado, desde la doctrina se señala que esta noción de daño, como lesión a un interés, confunde las expresiones de daño en sentido amplio y daño resarcible [57]. En efecto, el daño en sentido amplio es la lesión u ofensa a un interés patrimonial o extrapatrimonial no reprobado por el ordenamiento jurídico, es una intrusión en la esfera ajena que puede hacerse cesar, es pasible de prevención y sanción[58]; por otro lado, el daño resarcible es la consecuencia perjudicial que se desprende de la lesión. Por ello, entre lesión y el daño resarcible existe una relación de causa-efecto y gozan de diferente naturaleza [59].

En ese mismo sentido, explica Espinoza Espinoza que “El daño no puede ser entendido sólo como la lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equívoco y sustancialmente impreciso: el daño incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos (negativos) que derivan de la lesión del interés protegido. En sustancia, interés lesionado y consecuencias negativas de la lesión son momentos vinculados entre sí, pero “autónomos conceptualmente, cuanto al contenido y a la naturaleza”. De allí surge la célebre distinción entre daño evento (lesión al interés) y daño consecuencia (daño emergente, lucro cesante y daño moral) [60].

En esta línea, atinadamente, los autores refieren asiduamente que existen situaciones en los que se configuran lesiones a derechos ajenos o situaciones protegidas sin daños concretos en la esfera de la persona. Al respecto, se señala como ejemplo a los casos en los que se atraviesa un predio ajeno sin causar daños. Ante este tipo de supuestos, en la jurisprudencia italiana, se ha hecho lugar a planteos de responsabilidad civil sin prueba de las consecuencias dañosas y ha bastado la prueba del hecho que vulneró el interés (especialmente en casos de tutela a la persona y vida privada). Pero, en la doctrina, se han deslindado los casos de mera lesión al interés de los de daño: ante la lesión del interés sin prueba del daño, la responsabilidad civil cumple una función sancionatoria o disuasiva (deterrencia), quedando

la función clásica vinculada a supuestos en los que se acrediten consecuencias negativas [61].

Aquí, en Argentina, en lo inherente a la discusión jurídica que han abonado nuestros autores en torno al concepto del daño, advertimos que se presenta una dicotomía equiparable a la que existía, hace un tiempo, entre la doctrina italiana y la francesa al estudiar el mismo fenómeno en sus textos. En líneas generales, en la doctrina italiana se tiene en cuenta la vulneración de los intereses, para la determinación del daño injusto que es pasible de tutela jurídica, y atiende a las consecuencias como otro elemento distinto. En cambio, en Francia, tradicionalmente, los juristas estimaron que la lesión de un interés constituye una unidad con el daño -del cual se discute la admisibilidad del resarcimiento- y, señala Alpa, solo los estudios más exhaustivos formulan la distinción que resulta familiar para los juristas italianos [62]. Sin embargo, recientemente una corriente doctrinaria francesa -que prolifera entre los autores contemporáneos- se ha aproximado a la inteligencia que se realiza en Italia y se está formulando la distinción de *dommage* (lesión) y *préjudice* (consecuencia) que tradicionalmente se entendieron como sinónimos [63].

De esta forma, atendiendo a las críticas que se realizan, estimamos que entender al daño como vulneración a un interés ha sido importante para la evolución jurídica y, especialmente, para desligar al perjuicio de la necesidad de preexistencia de un derecho subjetivo que tutele el bien lesionado. Sin embargo, se advierte que es una teoría casi centenaria, que se corresponde con una noción de derecho elaborada durante el siglo XIX. Esto, de por sí, no tiene que suponer ningún tipo de connotación negativa; pero es innegable el desplazamiento de la responsabilidad civil sanción hacia la reparación del daño y a la creación de nuevas funciones. Por otro lado, también hubo un desplazamiento del mayor interés de tutela desde el patrimonio a la persona y desde la persona a la colectividad.

En este contexto, ya no se necesita que el agente del daño vulnere el orden jurídico ni que actúe en transgresión de una tutela

especialmente designada por medio de un derecho o interés jurídico, porque ahora se tutela al interés simple, que implica la protección de cualquier aspecto lícito de la persona y su realidad, aunque el derecho objetivo no se refiera a ellos (el ordenamiento argentino ha convertido la existencia del sujeto y su entorno en interés jurídicamente protegido, salvo que en esa realidad existan objetos o componentes ilícitos). Además, lo más importante, con el avenimiento de la constitucionalización de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, la persona es un fin en sí mismo, protegida como tal y objeto directo de la máxima tutela de nuestro ordenamiento.

En este enfoque -en el que el ser humano cobra preeminencia, se lo ampara per se y por su condición de tal, creemos que pierde sentido la necesidad de limitar la protección a las relaciones que los sujetos tengan con los bienes que le dan satisfacción (interés); cuando en la modernidad se incrementa la lesividad en el ser humano mismo, su intimidad y su esfera interna. No olvidemos que el daño moral ni siquiera era reconocido en los ordenamientos jurídicos de la época de Carnelutti (salvo en Argentina) y se lo percibía como una sanción (lo que explica la naturaleza reducida del instituto en el actual Código italiano vigente desde 1942) [64].

De esta forma, debe admitirse que el daño puede recaer sobre la persona misma, cuestión que parece ajena a la noción de interés, que solo pone su mirada en la necesidad de la persona y su relación con el bien; mas no en su integridad y plenitud. Esto quiere decir que hay daños que no tienen nada que ver con las necesidades las personas y con bienes jurídicos, sino con el ser humano y sus aspectos intrínsecos, como el que recae sobre el cuerpo, los sentimientos o el sufrimiento psíquico. En este punto -al igual que lo señalado sobre las personas jurídicas- encontramos que tiene dificultades la teoría bajo revisión para dar explicaciones simples y realistas; que se identifica mucho mejor con la tutela de bienes patrimoniales.

Por otro lado, pero en el mismo sentido, al ampliarse la tutela del derecho a bienes colectivos o intereses difusos, ocurre que se no se precisa ya de una relación entre el sujeto y el bien; dado que puede

que ni siquiera satisfaga sus intereses concretos o eventuales para que pueda haber titularidad de la exigibilidad de la recomposición o indemnización del bien colectivo dañado (como ocurre en materia ambiental o de patrimonio cultural). De la misma forma, las personas a las que se le da legitimación activa para presentar acciones colectivas podrán no obtener satisfacción real del bien que se busca reparar (por ende, la exigibilidad no deriva del interés, sino de la tutela dada a determinados tipos de bienes por sus condiciones específicas). En estos puntos, también encontramos serias dificultades para arribar a las justificaciones de las nuevas figuras desde la teoría que se basa en los intereses vulnerados.

Por lo expuesto, no adherimos a la idea de que la tutela jurídica no se dirige a los bienes, sino a las situaciones particulares de los sujetos frente a aquellos [65]. Este ámbito que se considera es insuficiente en este tiempo y no es propio del sistema que se ha previsto para nuestro país considerando los TT.II de DD.HH y el reconocimiento de bienes colectivos. Además, se presenta la teoría más próxima a un problema de antijuridicidad o titularidad del bien y de las acciones que de allí derivan, que, ligada a la problemática de la esencia del daño como elemento de la responsabilidad civil, quicio en el debe ser colocada la cuestión.

Finalmente, pensamos que el daño, dentro del marco que le corresponde a la función resarcitoria de la responsabilidad civil, no recae sobre una construcción dogmática que se parece a un derecho subjetivo sin serlo (aunque se dice que es el género en el que el derecho subjetivo es especie) y que, como se dijo, deriva en cuestiones que se aproximan a problemas sobre la titularidad de los bienes dañados y del derecho al resarcimiento (por eso se lo analizó muchas veces como un requisito del daño resarcible y como un problema vinculado a la legitimación activa para demandar).

Además, la sola vulneración de intereses sin daños da lugar a efectos jurídicos relacionados con la función preventiva de la responsabilidad civil y tal vez la punitiva (ambas legisladas en nuestro país y por separado), sin que corresponda aplicar la función

reparatoria hasta que se produzca un daño efectivo. De esta forma, entendemos que no corresponde definir al daño como una vulneración a un interés, sino que se lo debe buscar por otro sitio y definirlo a partir de otros fenómenos de la realidad; por eso, nos ubicamos más cerca de las teorías que atienden a las consecuencias.

Sin embargo, creemos al respecto, que tampoco se puede descartar completamente la teoría criticada; porque tiene aceptación general y Argentina no puede ser ajena al estado conceptual del daño en este tiempo -conforme la situación de los países que tienen un derecho de nuestra familia y las experiencias que puedan aprenderse del common law-, pero, sin olvidar esas enseñanzas y nuestra tradición jurídica -donde la idea de derecho como vulneración a un interés tiene raíces y aceptación generalizada, así sea como un aspecto próximo al concepto de daño (entre sus detractores)-. No obstante, deben hacerse algunas precisiones para poder llegar a una posición que sea plenamente coherente con nuestros textos legales vigentes; que tienen particularidades y notas especiales que lo diferencian del resto de los países.

En este contexto, es en el que debe encuadrarse a la cuestión de la vulneración del interés en relación al daño y la responsabilidad civil reparatoria; pues, si bien entendemos que no puede ser el concepto actual de daño en nuestro derecho, sí juega un rol relevante en el sistema y figura explícitamente en el C.C.C. Por ello, se deben organizar algunas cuestiones propias del entramado legal y dogmático; para encontrar el lugar que le corresponde.

V. Críticas a las posiciones que distinguen el daño evento del daño consecuencia y a las que lo estiman solo como consecuencias genéricas.

Tras formular las críticas manifestadas en torno a la noción de daño entendido como vulneración a un interés, corresponde analizar si el daño puede ser conceptualizado formulando la distinción entre lesión y las consecuencias de la lesión.

Sobre esto último, en primer lugar, afirmamos que el daño - dentro de la función resarcitoria- no puede ser entendido como solo lesión a un interés (de utilidad en la función preventiva de la responsabilidad que está expresamente regulada en una sección distinta o en la función punitiva). En otras palabras, la función indemnizatoria de la responsabilidad civil no se ocupa de atender las amenazas o vulneraciones de intereses ajenos que no causen un perjuicio efectivo.

En segundo lugar, en todo caso, atendiendo a que la inteligencia y utilidad real que ha tenido el interés en el derecho, desde el punto de vista teórico, ha sido equiparar a determinadas situaciones de vulneraciones de bienes a derechos subjetivos para acceder a la tutela y lograr la exigibilidad de la reparación (de hecho, se estima que el derecho subjetivo es un tipo de interés).

De esta forma, la vulneración de un derecho o más generalmente de un interés no se vincula con el perjuicio sufrido. Es, en verdad, una característica del hecho dañoso, del evento que hace a la antijuridicidad de la acción por implicar la vulneración de un derecho subjetivo o del deber de no dañar (que se vulnera cuando se transgrede un interés ajeno) [66]. Más aun, a partir de 1994, cuando prácticamente todo interés lícito de la persona se relaciona o puede ser incluido en algún derecho supremo; por incorporación de los Tratados de Derechos Humanos en la grada constitucional.

En términos semejantes, el Profesor De Lorenzo explica que los sostenedores del daño evento entienden que la resarcibilidad del daño deriva de la lesión al interés; por ello, la antijuridicidad y la dañosidad se acoplan en un mismo momento. Esta idea es ajena a nuestro sistema y no se condice con el presupuesto de hecho de la responsabilidad resarcitoria, que sí se satisface con la causación de un perjuicio a la víctima [67].

Además, desde el punto de vista práctico, la distinción del daño en dos partes como lesión y consecuencia tampoco aporta mayor utilidad, dado que a la hora de valorar el perjuicio y fijar la indemnización solo se atiende a los efectos perjudiciales sufridos por

el damnificado. Por ello, usualmente, la sola lesión al interés no cumple ningún rol en la determinación del daño como tal y queda limitada su utilidad al control de la legalidad del interés vulnerado.

Por otro lado, también advertimos que existe una seria dificultad en el seccionamiento de la relación de causalidad, dado que se suele decir que las consecuencias dañosas (el verdadero daño) se encuentra en relación causal adecuada con la vulneración de intereses. Estimamos respetuosamente que la única forma de que tenga sentido esa afirmación es entendiendo -como lo hacemos- que la vulneración de intereses es una cuestión propia del hecho antijurídico; toda vez que la relación de causalidad vincula el hecho con el daño y no se necesita introducir -en el problema de la relación de causalidad- otro tipo de juicio ligado a los intereses en ella. Entonces, la dinámica que se podría asignar a la vulneración de intereses sería necesariamente inherente a la antijuridicidad: dado que se afirma que todo hecho que causa daños es antijurídico -por vulnerar intereses- salvo que esté justificado.

Asimismo, la vulneración del interés no tiene por qué estar vinculado con la exigibilidad de la indemnización al dañador o responsable, que es un efecto propio de la obligación de reparación integral emergente -de configurarse todos los requisitos de la responsabilidad civil resarcitoria, que es fuente de obligaciones. La exigibilidad de la reparación supera ampliamente al daño y requiere de la presencia de todos los elementos de la responsabilidad civil-.

Por otro lado, cuando se hace la distinción entre lesión al interés y consecuencias o solo se alude a estas últimas como concepto de daño, si bien se afirma que son estas las que deben ser reparadas, tampoco se indica donde recaen y en qué consisten (más allá de una genérica alusión al patrimonio y el espíritu como afección anímica y minoración económica)[68]. De hecho, es cierto que es primordial en el fenómeno resarcitorio atender a las consecuencias, pero no se tratan de un simple dato, sino del aspecto central de la responsabilidad civil reparatoria. Por ello, está faltando una precisión mayor para explicar donde recaen, sobre qué tienen su asiento y efecto perjudicial.

Desde esta última perspectiva, si bien se encuadra al daño dentro de las consecuencias derivadas de un acto, no se arriba a su esencia y no se especifica que es propiamente el daño. Por ello, estimamos que es necesario encontrar el lugar específico donde se producen los efectos perjudiciales.

A consecuencia de las ideas que se vienen expresando, estimamos que el daño no puede ser circunscripto conforme las teorías expuestas con sus variantes y es necesario introducirse en mayor medida en las consecuencias del hecho dañoso, para encontrar allí al daño resarcible en su asiento y con la entidad que le corresponde.

VI. Nuestra posición. El daño como componente de un sistema en la responsabilidad civil resarcitoria.

1. El daño a partir del articulado del C.C.C. Interpretación conjunta de los artículos que dirimen la definición.

Para abordar la cuestión en nuestro derecho actual, estimamos procedente iniciar con las referencias normativas del Código Civil y Comercial de la Nación -que por su modernidad son plenamente vigentes-. Por ello, debe atenderse a que se establece en el artículo 1737 que “Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.

Por otro lado, al regular qué tipos de perjuicios -no taxativos- integran la indemnización (artículo 1738) y al regular la consecuencia extrapatrimonial (artículo 1741) la normativa pone el énfasis en los efectos nocivos sobre la persona y los bienes patrimoniales o extrapatrimoniales (de titularidad singular o difusa), por ello refiere a consecuencias.

Además, en nuestra tradición jurídica e, incluso, en los dos textos de Código Civil que han estado vigentes se reguló el régimen de atribución de consecuencias -que antiguamente se había consignado en la teoría de los hechos jurídicos [69] y actualmente está

incorporado a las disposiciones de responsabilidad civil resarcitoria en los artículos 1727 (para todo tipo de daños, salvo los contractuales) y 1728 (para los contratos)-.

Por ello, de la lectura conjunta de la normativa se advierte que el Código afina en un concepto normativo de daño que atiende a dos aspectos diferentes: la lesión de un derecho e interés y las consecuencias o efectos sobre la persona y bienes afectados (prevé la degradación de bienes actuales, futuros y la privación de bienes que debían disfrutarse). Por ello, el concepto definitivo debe atender a todas las facetas que tuvo en cuenta la Ley y, por supuesto, también basarse en datos empíricos de lo en definitiva debe regular: dado que el concepto normativo se debe relacionar a los fenómenos de la realidad; puesto que se dirige a captar porciones de la realidad social para asignarle efectos jurídicos.

Por lo expuesto, entre la noción general de daño y la noción jurídica debe existir una íntima conexión. Para ello, el derecho se auxilia de otras disciplinas científicas a fines de comprobar con precisión la existencia de menoscabos [70], a los que somete a ciertas condiciones para asignarle efectos jurídicos.

Por esto, estimo que debe desterrarse la afirmación de que el daño en sentido jurídico es distinto del daño en sentido natural. Por el contrario, se trata de un mismo fenómeno, solo que el derecho recorta el fenómeno más amplio de daño (todos los daños posibles que pueden ocurrir en el mundo) y selecciona hipótesis, a las que valora y asigna efectos por tratarse de supuestos donde existe controversia de intereses entre sujetos.

Por ello, la respuesta del derecho civil ante el daño -sin perjuicio de las respuestas penales y administrativas- es el establecimiento de relaciones jurídicas de carácter obligacional para prevenirlo, indemnizarlo o sancionarlo, mediante la asignación de derechos y deberes exigibles judicialmente y pasibles de todos los efectos propios de las obligaciones (lo que corresponde a todas las funciones de la responsabilidad civil). En efecto, estimamos que el concepto jurídico de daño resarcible es una especie correspondiente a un género mayor,

el de daño y debe relacionarse con los aspectos naturales y sociales que lo constituyen en esencia. Por otro lado, adquiere distintas características en las diversas funciones de la responsabilidad civil y acá estamos atendiendo a la función resarcitoria.

Entonces, teniendo en cuenta las cuestiones preliminares enunciadas, se puede atender a los aspectos más destacados por la normativa actual y que hacen al daño jurídico como tal y como elemento de la responsabilidad civil resarcitoria: la cuestión de la vulneración de un derecho o interés no reprobado por el ordenamiento jurídico y la del rol atribuible al daño como consecuencia, conforme se han introducido en nuestro actual Código Civil y Comercial.

2. Definición funcional del daño, como elemento integrado al sistema por la relación causal adecuada.

Lo manifestado hasta este punto permite afirmar que el daño es una consecuencia en la realidad, que puede recaer sobre la persona o personas y otros bienes de titularidad singular o colectiva [71]. Allí radica el perjuicio; es decir, el ente donde se asienta el menoscabo que es consecuencia del actuar antijurídico (hecho atribuible a una persona contrario al ordenamiento jurídico por causar daño injustificado)[72].

Por ello, al daño se lo reconoce empíricamente con la asistencia de otras ciencias o disciplinas y no es el derecho el que asigna contenido material o entidad a cada perjuicio. Serán, en todo, caso la medicina, la psicología, la ingeniería, la mecánica, las profesiones medioambientales, etc. He aquí la conexión ya mencionada entre el derecho y la realidad. Esta realidad, desde la perspectiva de nuestro derecho, debe ser observada a partir del régimen de consecuencias para delimitar el alcance del daño que se le puede atribuir a un determinado agente.

Así, encontramos un recorte al daño natural a partir de la causalidad adecuada y el régimen de las consecuencias inmediatas y mediatas que inciden sobre el concepto mismo de daño resarcible; al

determinar los confines causales del acto y dar dimensión al daño en sentido jurídico[73]. De esta manera, se tamizan las conclusiones que arrojan las otras ciencias que han analizado el daño sobre la persona y otros objetos de estudio.

Este es el puntapié inicial del fenómeno jurídico-resarcitorio; a partir de datos de la realidad, que se constatan por medio de los profesionales idóneos para cada tipo de efecto nocivo. En todos estos casos, cabe reiterar que el daño se ubica en la persona u objetos de la realidad [74] y, a partir de esos efectos, debe deslindarse el curso causal adecuado que ha ocasionado esas consecuencias y distinguir -en su caso- qué consecuencias se vinculan a otros cursos causales diferentes.

Esto no significa necesariamente que el daño jurídico sea de menor dimensión que el daño natural (lo que no constituye una afirmación absoluta y debería estudiarse caso por caso); sino que se deben relacionar las consecuencias con la causa correspondiente y solo importan al derecho aquellas que se vinculen con el actuar humano ajeno y la vida en sociedad. De esta forma, se descartan las consecuencias provenientes de hechos naturales, de hechos de la víctima misma y de otros agentes externos que tengan incidencia en el mayor efecto dañoso constatable. En materia contractual, será de importancia en este punto la valoración de la previsibilidad del perjuicio y de la culpa o dolo del agente del daño.

En este orden, la primera conclusión que debe extraerse es que el daño es un menoscabo que se ubica en un ente determinado (sea la persona u otro objeto). Allí es donde hay que indagar sobre la existencia del perjuicio y, a partir de que se constata el detrimento, se debe distinguir entre los hipotéticos hechos causales para poder atribuir consecuencias a diferentes agentes. Por ello, no puede definirse al daño como un compartimiento estanco; puesto que la relación de causalidad viene a incidir en su conformación y lo determina caso a caso [75].

Por ello, la esencia del daño se afina en el efecto perjudicial que se ha producido, es decir en la consecuencia que se padezca en el ser

humano u otro objeto material -como una vivienda- o inmaterial - como una prestigiosa percepción social-[76].

Entonces, en concreto, el juicio de causalidad adecuada permite recortar el daño resarcible: al delimitar los efectos causados sobre el ser humano y distintos tipos de bienes jurídicos, vistos desde la perspectiva de un mismo curso causal. Ello permite analizar los resultados nocivos del hecho sobre el afectado y su realidad en su conjunto, sin acudir a la noción de interés como intermediario que permita explicar la diversidad de efectos patrimoniales o extrapatrimoniales que produce un mismo hecho.

Es decir, contrariamente a la crítica que se suele formular a la teoría que estima al daño como el menoscabo o privación de un bien, no es cierto que esta tenga dificultades para explicar como un hecho puede dañar a la vez bienes patrimoniales y extrapatrimoniales. La relación de causalidad bien entendida permite vislumbrar cómo un hecho determinado causa -a la vez- la minoración de un bien patrimonial y de otro extrapatrimonial (sea observando solo a las consecuencias inmediatas o adicionando el análisis de las consecuencias mediatas relevantes en el caso). En otras palabras, el hecho causa consecuencias inmediatas y mediatas que tienen efectos que se ramifican y afectan a diferentes bienes dentro de un mismo y único curso de causalidad adecuada (aunque no haya intermediación temporal o no se produzcan todos los daños al unísono).

De esta forma, estimamos que la lesión de un bien patrimonial de la persona no causa la merma de bienes extrapatrimoniales (tampoco viceversa). Por el contrario, en todo caso y conforme a las circunstancias, es el mismo hecho el que causa una consecuencia patrimonial y otra extrapatrimonial (que podrá ser inmediata o mediata, dependiendo de cómo se haya desenvuelto el nexo causal y la afectación de los bienes) [77].

En el caso de nuestro país, donde sí se regula un régimen de consecuencias del hecho -y se fija un tipo de causalidad adecuada por ley-, entendemos que es necesario integrarlo en la noción de daño y servirse de él para poder conformar un concepto apropiado para

nuestro derecho, sin dejar de tener en cuenta que los demás sistemas del civil law no tienen semejante regulación, que puede ser de tanta utilidad para abandonar posturas sumamente conceptuosas -donde hay que emplear otros conceptos complicados como el de interés- y abstractas –que buscan soluciones universales desconocidas por los operadores jurídicos, indiferentes para el éxito del juicio y que prescindan de los datos de la realidad que obtienen otras ciencias caso a caso.

Además, se simplifica el sistema de responsabilidad al dar plena conexión entre el hecho y el daño -visto como el conjunto de consecuencias dañosas sufridas en el ser humano y sus bienes (todo aspecto útil que conforma su realidad y existencia) en virtud de un exclusivo vínculo causal que tiene sus proyecciones en uno o más coyunturas del hombre.

Si no, de acogerse la teoría de la vulneración al interés, el nexo de causalidad (eminentemente fáctico) se ve intervenido por aspectos jurídicos -como la necesidad de encontrar intereses lesionados (lo que estimo propio de la antijuridicidad y totalmente inútil en nuestro Código que tutela cualquier bien o aspecto de la persona[78])- y, asimismo, se introduce una segmentación en la relación causal entre la vulneración de los intereses y las consecuencias nocivas (lo que también implica dividir el nexo de causalidad en dos, al exigir que exista relación de causa efecto entre la vulneración al interés y las consecuencias, y asignarle una fuerte carga de componentes ajenos a lo fáctico: de hecho, el nexo causal como fenómeno físico se desvirtúa y solo puede proceder entre el hecho y sus consecuencias). Así visto, con todas estas redundancias, el fenómeno de la responsabilidad civil se hace más complejo y se duplican las valoraciones correspondientes a distintos elementos o requisitos, al introducir aspectos extraños al daño y que corresponden a otros elementos, cuando se debe atender directamente a las consecuencias del hecho.

Entonces, conforme lo antes expuesto, si afianzamos la relación entre daño y relación de causalidad podemos explicar con el siguiente ejemplo: si se coloca indebidamente a una persona en el registro de

deudores morosos, se causa una afectación en su persona (que puede ser constatada en una pericia psicológica o, en su defecto, ser inferida por el juez *in re ipsa loquitur*). El hecho de manera inmediata causa una consecuencia extrapatrimonial. Ahí mismo, de forma directa, puede significar la imposibilidad de acceder al crédito y, en su relación con otro hecho, como podría ser la profesión de la víctima, puede ocasionar un daño patrimonial por descrédito social.

En otro tipo de casos, el incendio de un hogar de familia puede causar de forma adecuada una merma al patrimonio del dueño y una consecuencia extrapatrimonial a la vez, como consecuencias adecuadas inmediatas y propias de un mismo nexo causal sin necesidad de interponer alegaciones relativas a la existencia de intereses. De la misma forma ocurre, en un accidente en que se daña - en un mismo curso causal adecuado- el cuerpo, mente, integridad moral y patrimonio del sujeto (sea por pérdida de capacidad productiva, imposibilidad transitoria de presentarse a trabajar y generación de gastos o privación de ganancias y de oportunidades).

En todo caso, creemos que no es necesario introducir relaciones de causa efecto entre intereses de los afectados; el Código alude a otro juicio a realizarse para delimitar el alcance del perjuicio: el análisis de las consecuencias inmediatas y mediatas (para definir el perjuicio mismo e indemnizarlas) y separarlas de las remotas y casuales (que no se indemnizan y son ajenas al daño). En este punto, en la dirección trazada por la codificación y mediando un régimen de consecuencias, ahí debe ponerse el énfasis, en la cuestión causal, con vista en los efectos en concreto en las personas o los bienes; no en lesiones a intereses que no existen y no tienen entidad.

Sin embargo, el análisis de los intereses vulnerados sí juegan un papel en parte similar y en parte diferente al que proponen tradicionalmente: se relaciona con la tutela genérica del objeto del daño (aspecto tradicional) y se limita a la corroboración de la licitud del ente que se busca reparar (tendencia moderna acogida en el C.C.C.). Por ello, no vemos óbice a equiparar -de forma interpretativa- el término interés (expresado en el C.C.C.) a bien [79].

Después de todo, el concepto de intereses no hace más que manifestar la valoración que una persona determinada realiza sobre un bien que satisface sus necesidades [80]. Además, tanto en el Código como en la máxima jerarquía normativa sobran ejemplos de tutela a la persona que también se deben integrar a la interpretación del derecho de daños.

3. El papel que le corresponde al juez y a la licitud del interés.

La explicación que se ha formulado previamente es trascendente; toda vez que -a primera vista- pareciera que el Código Civil y Comercial de la Nación define al daño como la vulneración de un derecho o de un interés -conceptos culturales creados por la sociedad a partir de las normas y como integrantes de la relación jurídica [81]- que, efectivamente, no pueden ser dañados; a lo sumo se pueden transgredir al actuar, pero jamás menoscabarlos en el plano fáctico.

Por ello, en línea con lo que se viene expresando, entendemos que solo se puede hacer una definición del daño resarcible, si se analiza esa conceptualización con las correspondientes a las consecuencias del hecho dañoso -en los términos que se han expresado para estas, donde se ubica al daño en la persona y los objetos (naturales y sociales) lícitos que se vulneran en el curso causal adecuado desencadenado por un hecho-.

De esta forma, el daño recaerá sobre las personas y los objetos (individuales y colectivos) y será (el daño) materia de un primer abordaje científico para delimitar su contorno, clasificar los tipos de consecuencias que se verifican sobre los diferentes bienes, distinguir el curso causal adecuado de los cursos extraños y la autoría que les corresponden. Luego, desde una valoración jurídica, deberá analizarse si lo que se ha dañado no implica la defensa de un provecho vedado por el ordenamiento jurídico. Es decir, debe comprobarse que no se trate del resarcimiento de algún tipo de objeto ilícito [82].

Dicho de otra manera, como se ha establecido un sistema reparatorio absolutamente atípico y absolutamente tuitivo de las

personas y todos sus bienes (objetos de su titularidad personal o colectiva), el control judicial se limita a verificar que lo afectado no sea contrario al ordenamiento jurídico y, por ello, se reconoce que debe tutelarse todo aspecto de la persona y su existencia que no esté prohibido por el derecho -como, por ejemplo, ocurriría con el capital obtenido ilícitamente cuya privación buscara resarcirse-[83]. Esta protección, que implica la posibilidad de resarcibilidad, opera sin necesidad de que se trate del objeto de un derecho subjetivo ni que el Derecho asigne algún otro tipo de protección particular -dado que todo interés (mejor dicho: bien u objeto valioso o útil) lícito está jurídicamente protegido[84]. De la misma forma, la persona y varios de sus bienes existenciales están protegidos por profusa normativa superior al C.C.C.

Lo explicado implica un apartamiento de la noción jurídica de injusticia del daño que ha proliferado en Italia, a partir de la moderna interpretación que se ha hecho del artículo 2043 del Código de 1942[85]. Aquí, desde la entrada en vigencia del C.C.C. el legislador ha decidido proteger toda faceta lícita de la persona; por ello, el Poder Judicial no debe seleccionar cuáles son los intereses o bienes dignos de tutela [86]. Lo que debe hacer es constatar que no exista oposición entre el daño que se pretenda reparar y el derecho vigente. Por supuesto, tanto en Italia a partir del artículo 2059, como aquí por el artículo 1741, este amplio margen de admisión del fenómeno resarcitorio no compete al daño extrapatrimonial que cuenta con un régimen más limitado, al menos por la ley y sin contemplarse ahora las lecturas constitucionales que pudieran ser pertinentes [87].

En efecto, siempre que se verifique que el daño recae sobre aspectos lícitos de la vida de las personas, puede tenerse por acreditada la existencia del perjuicio y, una vez determinados los agentes, tener por vulnerado al deber de no dañar, salvo que exista una causa de justificación [88].

Este camino, en principio, debe ser objeto de otra ponderación extra, de tratarse de un daño extrapatrimonial; dado que se prevé un reconocimiento más reducido de la tutela a la persona y debería

controlarse -además de todo lo correspondiente al daño patrimonial- que se trate de uno de los sujetos a los que el Código le asigna una acción. De no tratarse de uno de ellos, la vulneración a su interés extrapatrimonial no se protege, por más lícito y virtuoso que sea [89]. Desde ya, el sistema del código puede no aprobar un test de constitucionalidad y convencionalidad [90].

En consecuencia de lo manifestado, debe entenderse que la vulneración al interés no puede implicar por sí sola la definición del daño en sentido jurídico, puesto que el concepto y la esencia del elemento de la responsabilidad civil se ubica en las consecuencias que aminoran o efectúan la privación de aspectos centrales de la persona o bienes (que son en el derecho argentino todos aquellos objetos no reprobados por el ordenamiento jurídico, de titularidad personal o difusa). En nuestro entendimiento del daño resarcible, la vulneración de un interés lícito pasa a ser un requisito más y no el concepto de daño, lo que no es extraño, dado que siempre hubo autores que colocaron la cuestión de la vulneración al derecho, al interés legítimo o interés simple junto a los requisitos de certidumbre, carácter personal y subsistencia del perjuicio [91].

Lo recién mencionado no significa que la vulneración al interés carezca de valor alguno y sí es un dato de relevancia dentro del fenómeno resarcitorio, dado que permite dejar sin tutela a objetos ilícitos y, principalmente, implica un pronunciamiento muy importante del legislador: en el sentido de amparar a la persona y sus bienes (teniéndose por tales a todos los aspectos lícitos de la vida, de la realidad existencial de la persona) en la máxima dimensión posible, sin necesidad de que una norma se refiera a ellos[92].

Ahí está la principal virtud del reconocimiento de la protección al interés lícito, lo que permite tener por daño a cualquier lesión a la persona, su realidad y bienes. Por supuesto, esto no tiene que ver con la exigibilidad de la reparación, que es un efecto propio de la obligación emergente de la fuente responsabilidad civil, lo que requiere que junto al daño estén presentes todos los elementos positivos que la conforman (hecho antijurídico, relación de causalidad

y factor de atribución) y la ausencia de los elementos negativos que la inhiben (causas de justificación, ruptura del nexo de causalidad, exclusiones del factor de atribución previstos por la ley).

Por eso, tampoco pensamos que le corresponda al daño un papel exorbitante que permita tenerlo como sinónimo de responsabilidad civil, con absoluto desprecio de los demás elementos que deben acompañarlo.

En conclusión, el razonamiento expresado posibilita la organización del concepto de daño resarcible visto en su contexto coordinado con los demás elementos de la responsabilidad civil resarcitoria, atendiendo especialmente a las consecuencias nocivas, al papel que le corresponde a la lesión al interés que explicita el C.C.C. e integrando la regulación del daño moral del artículo 1741 que carece de la amplitud que se le asignó al daño patrimonial (pese a que estimamos necesario eliminar toda discriminación sobre el daño extrapatrimonial y esta teoría sirve también para ese caso). De esta forma, se mantiene la unidad conceptual del daño en la función reparatoria, sin excluir al daño extrapatrimonial, sea con su régimen especial o eliminándolo para dar paso a una mayor resarcibilidad.

VII. El concepto de daño.

Como conclusión, en efecto, cabe expresar que tenemos por daño a las consecuencias perjudiciales (inmediatas y mediatas) que se producen en la persona o sus objetos valiosos o de utilidad -singular (desde la perspectiva subjetiva) o colectiva (desde la perspectiva objetiva del ordenamiento jurídico)-, siempre y cuando no estén reprobados por el ordenamiento jurídico.

Por lo expuesto, el daño es consecuencia; el daño tiene asiento explícito; el daño solo se sujeta al requisito de licitud y no es necesario definirlo mediante la invocación de otros elementos de la responsabilidad civil como la acción antijurídica o el hecho culposo.

Además, si bien preferimos no consignarlo en el concepto, los términos en que se asignan a las consecuencias sobre las personas y los bienes implican a las patrimoniales y extrapatrimoniales, así como a las actuales y futuras y aquellas que signifiquen la merma de la persona y los bienes, como las que impliquen la privación de un bien que debía ser disfrutado.

De esa forma, no hay obstáculo para que el concepto incluya al daño actual y futuro, como al daño emergente, lucro cesante y pérdida de chance de todo tipo de bienes (privados y colectivos; patrimoniales y extrapatrimoniales).

En suma, preferimos un concepto de daño más apegado al daño natural y estimamos que en el daño debe eliminarse al mínimo la exigencia de recaudos jurídicos o normativos, de conformidad con lo establecido en el C.C.C., quedando limitada la indagación del derecho a la comprobación de que no se trate de un bien o provecho adquirido por medio de algún ilícito -situación que no se presume, al contrario-. De esta forma, dejamos el mayor contenido normativo para la antijuridicidad y el factor de atribución -cuyas valoraciones no deben reiterarse en el concepto de daño.

Referencias Bibliográficas.

[1] Por supuesto, desde la entrada en vigencia del Código Civil aprobado por la Ley N° 340 la responsabilidad civil ha sido siempre exclusivamente resarcitoria. No había regulación civil de una función preventiva del daño (hasta la incorporación de la acción de amparo en la Constitución Nacional) ni regla alguna relacionada con daños punitivos, sanción disuasiva o función sancionatoria de la responsabilidad civil (que en 2008 se incorporó a la Ley de Defensa del Consumidor sin un sistema general). Recién en la década de 1980 comenzó la jurisprudencia a fomentar la prevención del daño generándose grandes controversias.

[2] Sin perjuicio de que se prevean normas especiales de responsabilidad para diferentes supuestos de incumplimientos de

relaciones jurídicas obligacionales, como el que se estableció una regulación para las obligaciones de dar sumas de dinero en el artículo 622 del C.C. o por leyes especiales como el Código Aeronáutico, la Ley de Navegación y la Ley de Riesgos de Trabajo.

[3] La responsabilidad civil extracontractual también exorbitaba a la regulación de estas normas, dado que se previó supuestos especiales en otros puntos del Código (responsabilidad del constructor hacia terceros del artículo 1647 y en infinidad de normas especiales como la Ley de Defensa del Consumidor, Ley General del Ambiente, Ley de Residuos Peligrosos).

[4] “la jurisprudencia ha cedido ante las apremiantes instancias de la doctrina y ha acogido casi todas las soluciones que se le han propuesto”. Cfr. Ripert, George; *La regla moral en las obligaciones civiles*, Valencia Estrada, Carlos (traductor); Bogotá, 2016, Grupo Editorial Ibáñez, pág. 213.

[5] Por ejemplo, el requisito de antijuridicidad del artículo 1066 se flexibilizó hasta dejar la norma casi en desuso o como mera formalidad; se crearon las causas de justificación del daño con la sola referencia analógica al Código Penal -en el mejor de los casos-; el análisis de la relación de causalidad y sus consecuencias inmediatas y mediatas no se suele ver en las sentencias; se creó el deber de no dañar a partir del artículo 19 de la CN (pensado para dar una zona de reserva a la persona, es decir, para otra cosa); la obligación de seguridad a partir de la buena fe; las obligaciones de medio y de resultado sin andamiaje normativo pero con el efecto de tornar objetiva la responsabilidad contractual o incidir sobre la carga de la prueba; la asunción de riesgos, muy difundida para exonerar de responsabilidad en el deporte; la reparación integral como pauta de reparación y objeto de un derecho constitucional; se aplicó analógicamente el factor de atribución riesgo a las actividades, cuando solo se lo previó para las cosas; se fomentó la idea de prevención del daño incluso con fallos judiciales al respecto, sin norma alguna y hasta sin pedido de parte; entre otras figuras y herramientas esenciales de la responsabilidad civil moderna que no tenían sustento normativo. Este

fenómeno que se comenta fue definido por Viney como “El contraste entre la relativa estabilidad de los textos y la amplitud de los cambios reales”. Cfr. Viney, Geneviève; Montoya Mateus, Fernando (traductor); Tratado de Derecho Civil. Introducción a la responsabilidad, Bogotá, 2007, Universidad del Externado de Colombia, pág. 45 y ss.

[6] Inicialmente, fueron los pandectistas quienes vislumbraron una teoría general del resarcimiento a partir de las normas que no gozaban de un carácter particular contractual o extracontractual y así se plasmó en el Código Civil Alemán, sin perjuicio de que se extendió la formulación teórica a sistemas que -como el nuestro- se habían configurado normativamente con el distingo de responsabilidad obligacional y extracontractual. Cfr. De Cupis, Adriano; Martínez Sarrion Ángel (traductor); El Daño, Barcelona, 1975, Bosch, pág. 75.

[7] Distingo que implicaba mayor responsabilidad sobre las consecuencias dañosas del actuar doloso por sobre el actuar culposo.

[8] Hace casi treinta años, decía Busnelli que el daño se encontraba en una tercera etapa de estudios y experiencias: en la primera etapa se bregó por superar la máxima de que no existe responsabilidad sin culpa; en la segunda etapa el esfuerzo se centró en ampliar el ámbito de los intereses protegidos, sobrepasándose la “tradicional ecuación entre injusticia del daño y lesión de un derecho subjetivo absoluto, a su vez modelado sobre el esquema originario del derecho de propiedad...”. Cfr. Busnelli, Donato Francesco; problemas de la clasificación sistemática del daño a la persona; AA.VV, Daños, Buenos Aires, 1991, Depalma, pág. 35 y ss.

[9] Ya en 1942 decía el maestro Salas que “el concepto de prevención desempeña un gran papel en la teoría de la responsabilidad civil”. J.A., 1942-III, pág. 48.

[10] Similar fenómeno de descodificación, a tevé de la proliferación de leyes especiales de responsabilidad y de actualización del Código por parte de la jurisprudencia se ha dado en Francia. Cfr. Amodio, Claudia; Agurto González, Carlos y Quequejama Mamani,

Sonia Lidia (traductores); Responsabilidad médica en el derecho francés: entre (re)codificación y praxis aplicativa; AA.VV.; Nuevas tendencias del derecho comparado, 2016, Ara Editores – Ediciones Olejnik, pág. 74.

[11] Mosset Iturraspe, Jorge; Derecho Civil Constitucional, Santa Fe, 2011, Rubinzal Culzoni, pág. 417 y ss. Gil Botero, Enrique; La constitucionalización del derecho de daños: nuevo sistema de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado, Bogotá D.C., 2014, Temis, pág. 19 y ss.

[12] En Francia la extensión de la responsabilidad civil comenzó en la segunda mitad del siglo XIX con el impulso de la doctrina. Cfr. Jourdain, Patrice; Les principes de la responsabilité civile, 9ª ed., Paris, 2014, Dalloz, pág. 9 y ss.

[13] Viney, Geneviève; op. cit. pág. 46 y ss. Diez Picazo y Ponce de León, Luis; Derecho de Daños, reimp. Madrid, 1999, Civitas, pág. 159 y ss.

[14] “La historia de la responsabilidad civil está caracterizada por la expansión progresiva de las hipótesis de daño, reconocidas como merecedoras de resarcimiento y, al mismo tiempo, de la exigencia de delimitar el ámbito del daño resarcible”. Cfr. Patti, Salvatore; Ramos Espino Francy (traductor); Las Secciones Unidas y la parábola del daño existencial, en AA. VV.; Derecho Privado Moderno, Córdoba, 2015, Ara Editores- Ediciones Olejnik, pág. 87

[15] Cfr. López Olarciregui, Esencia y fundamento de la responsabilidad civil, RDCO, 1978-941. Cit por Zannoni, Eduardo A.; El daño en la responsabilidad civil, 3ª ed., Buenos Aires, 2005, Astrea, pág. 7.

[16] Por ejemplo, la antijuridicidad se transformó en material sin modificación normativa (ya no requería de la vulneración de una norma, sino de algún principio del ordenamiento jurídico) y luego pasó a depender directamente del daño a partir de la constitucionalización del principio alterum non laedere en 1986. La culpabilidad pasó a un plano secundario con la admisión de los

factores objetivos de responsabilidad que campean en el escenario nacional (desde la admisión de la teoría del riesgo por la Ley N° 17.711 en el artículo 1113 del C.C.) y el daño se constituyó a ser el eje del sistema con notoria incidencia sobre todos los demás requisitos.

[17] “Como es sabido, el adagio de Ulpiano, otras veces denominado *neminem laedere*, se cuenta entre los principios más empleados, inclusive durante la vigencia del antiguo Código Civil, y ya en aquel tiempo no faltó alguien que planteara el problema de su utilidad y el de su significado, a la vez. En efecto, este principio, inmutable en el tiempo, pretende indicar tanto una regla de comportamiento cuanto un precepto, cuya violación debe ser sancionada”. Cfr. Franzoni, Massimo; León Hilario, Leysser (traductor); La evolución de la responsabilidad a partir del análisis de sus funciones; AA.VV.; Responsabilidad civil contemporánea, Lima, 2009, Ara editores, pág. 19.

[18] CSJN, Santa Coloma, Luis F. y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos, 05/08/1986, Fallos 308:1160, LA LEY 1987-A, 442; Gunther, Raúl F. c. Ejército Argentino, 05/08/1986, La Ley Online AR/JUR/2036/1986. Este último caso, Günther, fue antecedente directo en la resolución del caso “Luján” -tercer caso de la jornada, con el que se completa el trío de precedentes históricos del 05 de agosto de 1986- Cfr. Luján, Juan Honorio c/ Nación Argentina, 05/08/1986, Fallos (308:1109).

[19] Cfr. la doctrina del caso Günther, considerando 14, op. cit.: “la responsabilidad que fijan los artículos 1109 y 1113 del Código Civil sólo consagra el principio general establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los "hombres" perjudicar los derechos de un tercero. El principio del *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica. Ninguna disposición constitucional destaca la posibilidad de un

tratamiento distinto entre las personas privadas o públicas (Estado) y el artículo 100 de la Carta Magna menciona a la Nación como justiciable por cualquier clase de causa, por lo que resulta indudable también desde este ángulo la existencia de responsabilidad estatal en el sub lite”.

[20] CSJN, P., F. F. c. Empresa Ferrocarriles Argentinos, 24/08/1995, La Ley online AR/JUR/3453/1995.

La CSJN ya había expuesto la noción de reparación justa en la causa Provincia de Sante Fe c/ Nicchi, Carlos de 1967, Fallos: 268:112. Según explica, sería tal “cuando restituye al propietario el mismo valor económico de que se lo priva y cubre, además los daños y perjuicios que son consecuencia directa e inmediata de la expropiación”. Agregó que la indemnización debe ser integral, por lo que “el valor objetivo del bien no debe sufrir disminución ni desmedro alguno, ni debe lesionar al propietario en su patrimonio”, Cfr. <http://www.editorialestudio.com.ar/libreria/jurisp.asp?x=308>; y, también, se la utilizó como pauta para mantener la equivalencia de prestaciones locativas ante la inflación en CSJN, Vieytes de Fernández, Juana c. Provincia de Buenos Aires, 23/09/1976, Fallos (295:973).

Más allá de que esta doctrina de la reparación justa es invocada en el caso Aquino (CSJN, Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A., 21/09/2004, La Ley Online AR/JUR/2113/2004), en líneas generales la CSJN califica a la reparación debida por causar daños como integral.

[21] Tributario del artículo 1.382 del Código Napoleón, que también fuera receptado en el artículo 1.902 del Código español. Tampoco se apega a una cláusula general, algo distinta, como es la del artículo 2.043 de Código italiano.

[22] En el pensamiento de Betti, hay normas jurídicas que regulan a la condición jurídica de la persona o de las cosas (en primer grado decimos nosotros). Esas regulaciones pueden ser el presupuesto de otra norma (en segundo grado) para la asignación de otros efectos

jurídicos, como serían los deberes y derechos que caben para ciertas personas -como en deber de no dañar-. El incumplimiento de esos deberes (en tercer grado) puede ser el presupuesto de otra norma que establezca una sanción -o en este caso la consecuencia jurídica de deber reparar integralmente-. Cfr. Betti, Emilio, Teoría general del negocio jurídico, Pérez, Martín (Traductor), Madrid, 1959, Editorial Revista de Derecho Privado, 2da Ed., pág. 7.

[23] Del conjunto de situaciones jurídicas, hay algunas que adoptan el carácter de relaciones jurídicas, que según dice Betti: son aquellas que derivan de normas que tienen en cuenta relaciones interpersonales signadas por conflictos de intereses entre los individuos [23]. Cfr. Betti, Emilio, Teoría general del negocio jurídico, op. cit., pág. 7.

Para resolver los conflictos interpersonales, se crean vínculos entre las personas y se determinan derechos en favor del interés que se quiere favorecer y deberes sobre sobre el interés opuesto. Esta es una forma de regir las relaciones humanas por medio del orden jurídico, puesto que se “otorga una esfera de poder, en la que su voluntad es determinante; otorga derechos y establece los deberes correspondientes. De esta manera nacen las relaciones jurídicas, esto es, se asignan efectos jurídicos a las relaciones humanas que el orden jurídico halla formadas”. Cfr. Von Thur, A.; Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán, Madrid, 1998, Marcial Pons, Vol. I, pág. 127.

[24] Según Adriano De Cupis, “determinar bajo qué condiciones el daño produce efectos jurídicos, es indudablemente una de las más graves tareas del legislador. Lo que no ofrece duda, es que en ningún tiempo y en ningún país, el derecho ha sentido la necesidad de reaccionar ante cualquier daño. De manera constante puede advertirse la exigencia de establecer un criterio de discriminación, adecuado para distinguir el daño, como hecho jurídico, del daño como simple fenómeno del orden físico, aunque aquél siempre se haya configurado como una especie de este”. De Cupis, Adriano, op. cit., pág. 83.

Según ha manifestado Emilio Betti, la complejidad de la realidad hace imposible efectuar la valoración de una imputabilidad concreta en el fenómeno del daño -sea por la problemática de la culpa, por la indefinida concatenación de hechos precedentes por la contigüidad y superposición de los intereses de los miembros de la comunidad-. Por ello, el orden jurídico debe determinar el criterio del nexo de causalidad entre el hecho dañoso y otras situaciones socialmente relevantes para la calificación del daño injusto y, además, fijar criterios para hacer identificables a los intereses que deben protegerse por el derecho y cuya lesión se califica como daño injusto; en razón de un criterio de correlatividad que permite discernir qué intereses lesionados asume el carácter de daño, de entre los varios intereses que resultan perjudicados por un hecho lesivo. Betti, Emilio; De los Mozos, José Luis (Traductor); Teoría General de las Obligaciones, Madrid, 1970, Editorial Revista de Derecho Privado, Tº II, pág. 174.

En la misma dirección, “Hay que identificar aquellos intereses que sean dignos de la tutela jurídica y que, por eso cuando son lesionados, hacen nacer acciones indemnizatorias”. Cfr. Díez Picazo, Luis; op. cit., pág. 296.

[25] Estas funciones generales que se enuncian no implica desconocer que el daño -como elemento fundamental de la responsabilidad civil- también determina aquello de lo que debe responder el agente del daño y determina el objeto de la obligación de reparar. Es decir, establece la medida del daño la cuantía de la indemnización. Gómez Ligüerre, Carlos; Concepto de daño moral en Gómez Pomar, Fernando; Marín García, Ignacio (directores); El daño moral y su cuantificación, Barcelona, 2015, Bosch, pág. 32.

[26] Además de la evolución propiamente conceptual del concepto de daño, debe tenerse presente que se ha verificado otra modificación que opera a un diferente nivel, externo al concepto mismo y probablemente en el nivel ideológico de la responsabilidad civil, toda vez que se se produjo un corrimiento del eje central de la cuestión resarcitoria de los bienes patrimoniales hacia la persona misma, con mayor interés en su protección y se pasa -a su vez- de la

medición del daño en base a la ganancia a un daño vinculado con el valor intrínseco del ser humano. Esto, en Italia, ha tenido el efecto práctico de patrimonializar daños a la salud y a la persona, por las limitaciones que se han legislado para el daño moral. Busnelli, Donato Francesco; León Hilario, Laysser (traductor); La parábola de la responsabilidad civil, AA.VV.; Responsabilidad civil contemporánea, op. cit, pág. 115.

[27] “La vida diaria ofrece al observador más distraído el espectáculo de una serie múltiple y heterogénea de daños. Daño no significa más que nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable”. De Cupis, Adriano, op. cit., pág. 81.

[28] Laffaille, Héctor; Bueres, Alberto J.; Mayo, Jorge A.; Derecho Civil: Tratado de las Obligaciones, 2da ed., Buenos Aires, 2009, La Ley, tº I, pág. 374. Llambías, Jorge Joaquín; Raffo Benegas, Patricio; Tratado de Derecho Civil: Obligaciones, 5ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, Abeledo Perrot, tº III, pág. 620. Mazeaud, Henri; Mazeaud, Leon; Tunc, André; Alcalá Zamora y Castillo, Luis (traductor); Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, 5ª ed., Buenos Aires, 1977, Ediciones Jurídicas Europa – América, tº I, pág. 293 y ss. Savatier, René; Traité de la responsabilité civile en droit français, Mayenne, 2016, Lextenso éditions, tº II, p. 87 y ss. Borda, Guillermo A.; Borda, Alejandro (actualizador); Tratado de derecho civil. Obligaciones, 9ª ed., Buenos Aires, 2008, La Ley, tº I, pág.150 y ss. Cazeaud, Pedro N-; Trigo Represas; Félix A.; Cazeaux, José M. (actualizador); Derecho de las obligaciones, 4ª ed., Buenos Aires, 2010, La Ley, tº I, pág. 335 y ss.

También es cierto que la notoria despreocupación por el concepto de daño se puede deber al evidente interés y preocupación por la ilicitud y la culpabilidad, propio de un sistema sancionatorio, como se advierte en la obra de Von Tuhr. Cfr., Von Tuhr, Andreas; Roces, W. (traductor); Tratado de las Obligaciones, Granada, 2007, Editorial Comares, pág. 211 y ss.

[29] De Cupis, Adriano, op. cit. pág. 81.

[30] Para la RAE, daño es efecto de dañar y dañar es: causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia y maltratar o echar a perder algo.

[31] En la misma línea, Luis Diez Picazo manifestó que “El concepto jurídico de daño que la doctrina nos ofrece presenta unas características de generalidad que lo hacen escasamente aprehensible”. Diez Picazo, Luis; op. cit., pág. 307.

[32] Alpa, Guido; Alpa, Guido; Moreno More, César E. (traductor); La Responsabilidad Civil. Parte General, Lima, 2016, Ediciones Legales, tº II, pág. 780.

[33] Alterini, Atilio Aníbal, Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil, 2ª ed., 3ª reimpr., Buenos Aires, Abeledo Perrot, pág. 123; De la Fuente, Horacio H.; Concepto jurídico del daño. Daño patrimonial y daño moral, J.A., tº 87, pág. 914. También en el extranjero tuvo arraigo esta noción Cfr. Chironi, G.P.; Belnardo de Quiros, C. (traductor); La culpa en el derecho civil moderno, Madrid, 1904, Hijos de Reus editores, tº I, pág. 84 y ss.

[34] Brebbia, Roberto H.; El daño moral, 2ª ed., Orbir, 1967, pág. 41.

[35] Suárez Videla, Jorge; Daño moral y su reparación civil, J.A., tº 35, pág. 7.

[36] Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; Tratado de la Responsabilidad Civil, 2ª reimpr., Buenos Aires, 2008, La Ley, tº I, pág. 411 y ss.

[37] Bustamante Alsina, Teoría general de la responsabilidad civil, 9ª ed., Buenos Aires, 1997, Abeledo Perrot, pág. 237. Esta posición es seguida por importantes juristas como Zavala de González y Pizarro.

[38] Orgaz, Alfredo, El daño resarcible (actos ilícitos), 2ª ed., Buenos Aires, 1960, Bibliográfica Omeba, pág. 36 y ss.

[39] Brun, Philippe; Téllez, Cynthia y Cárdenas Miranda, Eduardo (traductores); Responsabilidad Civil Extracontractual, Lima,

2015, Instituto Pacífico, pág. 185. Mekki, Mustapha; La place su préjudice en droit de la responsabilité civile, AA. VV.; Le préjudice: entre tradition et modernité. Journées franco-japonaises, Tome I/2013, Millau, 2013, Éditeurs Bruylant el LB2V, pág. 10. Bascoulergue, Adrien; Les caracteres du préjudice reparable. Réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile, Aix en Provence, 2014, Presses Universitaires D´ Aix Marseille, pág. 20 y ss. Agoglia, María Marta; El Daño jurídico. Enfoque actual, Buenos Aires, 1999, La ley, pág. 59. Además, se verá que en Argentina, de acuerdo con los trabajos que se citan en otros numerales, sostienen esta posición los profesores Bueres, Zannoni, Vázquez Ferreyra, Calvo Costa, Jalil, entre otros destacados juristas.

[40] Busnelli, Donato Francesco; León Hilario, Laysser (traductor); La parábola de la responsabilidad civil, AA.VV.; Responsabilidad civil contemporánea, op. cit, pág. 117.

[41] De Cupis, Adriano; op. cit., pág. 109.

[42] De Cupis, Adriano; op. cit. pág. 109.

[43] Alberto J.; Derecho de daños, Buenos Aires, 2001, Hammurabi, pág. 290.

[44] Zannoni, Eduardo A., op. cit., pág. 50 y ss.

[45] Bueres, Alberto J.; Derecho de daños, op. cit., pág. 286. Vázquez Ferreyra, Roberto A.; Responsabilidad por daños (Elementos), Buenos Aires, 1993, Depalma pág.170 y ss.

[46] Bueres, Alberto J.; Derecho de daños, op. cit., pág. 286. En el mismo sentido, “Les types de dommages susceptibles d’être réparés dépendent de la nature de l’intérêt lésé. C’ est ainsi qu’ une atteinte portée à un intérêt patrimonial donne naissance à un préjudice matériel, tandis que la violation d’un intérêt extrapatrimonial engendre un dommage moral. Cette césure ne retrace toutefois qu’imparfaitement la variété des dommages ouvrant donner lieu à indemnisation. En effet, certains préjudices se situent aux confins de la división et mettent en jeu des intérêt d’ une souble nature. Tel est le

cas du dommage corporel dont les conséquences sont à la fois matérielles et morales. C'est la raison pour laquelle la législateur moderne préfère parfois distinguer le préjudice porté aux biens, de celui résultant des atteintes à la personne". Fournier, Stéphanie; Maiste du Chambón, Patrick; *Le responsabilité civile délictuelle*, 4^a ed., Grenoble, 2015, Presses universitaires de Grenoble, pág. 35 y ss.

En cambio, para Alpa, partiendo de la misma noción, afirma que el daño es la lesión a un interés protegido y, de la lesión, pueden derivar consecuencias de carácter económico y de carácter no patrimonial. Sin embargo, luego aclara que en todo caso daño alude a la consecuencia de un hecho y que se trata de un factor o elemento distinto de la lesión del interés y de la culpa o dolo. Cfr. Alpa, Guido, *op. cit.*, pág. 780 y ss.

[47] Tomando posición el Código en una larga discusión que inició en el siglo XIX. Cfr. Grosso, Giuseppe; Hinestrosa, Fernando (traductor); *Las obligaciones. Contenido y requisitos de la prestación*, Bogotá, 2011, Universidad Externado de Colombia, pág. 148 y ss.

[48] De Cupis; *op. cit.*, pág. 109. Von Tuhr, Andreas; Ravá, Tito (traductor); *Derecho Civil. Teoría General del Derecho Alemán*, Madrid, 1998, T^o I, pág. 57 y ss. Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, *op. cit.*, pág. 9.

Sobre el interés legítimo, se explica su familiaridad con el derecho subjetivo en los siguientes términos: «Desde el punto de vista de la "tutela", no se diferencia del derecho subjetivo, pues a la par de éste es, un efecto, interés "directamente protegido" en cuanto situación de ventaja encaminada a la consecución de un resultado favorable, consistente, según los casos, en la conservación o en la modificación de una determinada realidad». Breccia, Umberto; Lina Bigliazzi, Geri; Natoli, Ugo; Busnelli; Francesco D.; Hinestrosa, Fernando (traductor); *Derecho Civil. Normas, sujetos y relación jurídica*, Bogotá, 1992, Universidad Externado de Colombia, pág. 430

[49] Zannoni, Eduardo A.; *op. cit.*, pág. 58 y ss.

Respecto de los intereses protegidos, explica Von Tuhr que surgen de deberes establecidos por interés general y sujetos al control estatal, que en ocasiones- pueden aprovechar a intereses particulares; pero el individuo no cuenta con la facultad para exigir el cumplimiento del deber o para otorgar la liberación. Por ello, no se trata de derechos subjetivos, sino de un derecho del Estado a la obediencia de esos deberes. Cfr.Von Tuhr, Andreas; Ravá, Tito (traductor); Derecho Civil. Teoría General del Derecho Alemán, op. cit., pág. 59.

[50] Al respecto, De Cupis solía integrar la estructura del daño dos elementos. El primero de ellos, era elemento material o sustancial, el núcleo del concepto, que consiste en el hecho físico. El segundo elemento es formal y proviene de la norma. Cfr. De Cupis, Adriano; op. cit., pág. 82.

[51] Bullard, Alfredo; La relación jurídico patrimonial. Reales vs. Obligaciones, 2ª ed., Lima, 2011, pág. 109.

También en Goldschmidt, Werner; Introducción al derecho (estructura del mundo jurídico), 2ª ed., Buenos Aires, 1962, Aguilar, pág. 289.

[52] 1. m. Provecho, utilidad, ganancia; 2. m. Valor de algo; 3. m. Lucro producido por el capital; 4. m. Inclínación del ánimo hacia un objeto, una persona, una narración, etc; 5. m. pl. bienes; 6. m. pl. Conveniencia o beneficio en el orden moral o material. “interés legítimo”: 1. m. Der. interés de una persona reconocido y protegido por el derecho; 2. m. Der. Situación jurídica que se ostenta en relación con la actuación de otra persona y que conlleva la facultad de exigirle, a través de un procedimiento administrativo o judicial, un comportamiento ajustado a derecho.

[53] Brebbia, Roberto H.; op. cit., pág. 32.

[54] “Pues si lo que decide la existencia y extensión del daño es el bien o interés violado, la indemnización debería ser más o menos uniforme para cada especie de lesión”. Cfr. Zavala de González,

Matilde, Resarcimiento de daños. Daños a las personas [Integridad sicofísica], 2ª ed. 3ra reimpr., Buenos Aires, 1996, pág. 36.

Compartimos parcialmente la crítica, dado que la medida de la lesión al bien sí puede ser constatadas; por ejemplo, el valor de reparación del vehículo, los gastos de curación, la pérdida de capacidad laboral etc. Dependiendo de cada tipo de objeto dañado existe una forma de merituar el perjuicio y de cuantificar la indemnización, lo que resulta imposible en el concepto de interés que es solamente una relación.

[55] Bueres, Alberto J.; op. cit., pág. 306 y ss.

[56] Iribarne, De los daños a la persona, 1ª reimpr, Buenos Aires, 1995, EDIAR, pág. 435.

[57] «Ya he aclarado que el término “daño”, en el lenguaje del legislador, en el ámbito de la regulación de los hechos ilícitos, asume un doble significado. Cuando se habla de “daño injusto”, como elemento objetivo del hecho ilícito, se hace referencia a la lesión del interés tutelado; en cambio, cuando se habla de daño en relación con la obligación de resarcimiento, es decir, con referencia al “daño resarcible”, la expresión asume el significado de perjuicio valorable en términos económicos, y abarca el daño emergente, el lucro cesante y los sufrimientos morales padecidos por la víctima del ilícito y por otros». Cfr. Visintini, Giovanna; Kemelmajer de Carlucci, Aída (traductora); Tratado de la Responsabilidad Civil, Buenos Aires, 1999, Astrea, tº II, pág. 203.

[58] Al menos en nuestra opinión, los daños punitivos no requieren de la existencia de daño resarcible para su procedencia y pueden ser accesorios a una acción preventiva en la que ha evitado el resultado perjudicial.

Respecto de los efectos jurídicos preventivos del daño (resultantes del ejercicio de una acción preventiva o hechos de terceros), que pueden operar por la sola interferencia en interés o derecho ajeno sin que haya daño efectivamente producido, debe tenerse presente que “el acto ilícito se configura sin el daño y tiene

como consecuencia jurídica precisamente tratar de evitar que dicho daño se verifique. Por consiguiente, el efecto jurídico que deriva de dicha ilicitud no será el deber de reparar el daño (indemnizar-responsabilidad civil), sino será el de prohibir la práctica del acto”. Rodovalho, Thiago; Contribución al estudio de los presupuestos del acto ilícito y de la responsabilidad civil; Moreno More, César E. (coord.) AA.VV; Estudios sobre la responsabilidad civil, Lima, 2015, Legales Ediciones, pág. 41.

[59] Pizarro, Daniel Ramón; Vallespinos, Carlos Gustavo; Instituciones de derecho privado. Obligaciones, Buenos Aires, 1999, Hammurabi, tº II, pág. 639 y ss. Por otro lado, se puede agregar que existen estudios de tesis doctoral en Francia que versan sobre el daño y que estiman que la lesión (préjudice) y la consecuencia (dommage) tienen diferente naturaleza, siendo subjetiva y personal la lesión al interés y objetiva la consecuencia; sin perjuicio de la crítica que realiza el autor a la jurisprudencia que objetiviza a la lesión y la aprecia de forma muy flexible. Cfr. Bascoulergue, Adrien; op. cit, pág. 28 y ss

[60] Espinoza Espinoza, Juan; Derecho de la Responsabilidad Civil, 7ª ed., Lima, 2013, Editorial Rodhas, pág. 252.

[61] Gallo, Paolo; Agurto González, Carlos Antonio y Quequejama Mamani, Sonia Lidia (traductores); Derecho Privado, Córdoba, 2015, Ara Editores – Ediciones Olejnik, pág. 85 y ss.

[62] Alpa, Guido; op. cit., pág.780 y ss. También, se destaca que la visión tradicional de la doctrina francesa no ha distinguido entre lesión (dommage) y consecuencias (préjudice) y que se estimó a los términos como equivalentes. Sin embargo, sí se plantea modernamente la distinción de ambos aspectos del daño y la relación triangular que instituye entre el autor, el damnificado y el derecho objetivo y, desde allí, a los terceros. Mekki, Mustapha; La place su préjudice en droit de la responsabilité civile, op. cit., pág. 10.

[63] Morita, Hiroki; Notion de préjudice en droit japonais, op. cit., pág. 24. Bacache, Mireille; Le prejudice économique pur rapport français, op. cit., pág. 39 y ss. Le Tourneau, Philippe; Tamayo Jaramillo,

Javier (traductor); *La responsabilidad civil*, 3ra reimpr., Bogotá D.C., 2010, Legis, pág. 59 y ss

[64] Evadiendo la crítica vertida, la posición del Dr. Padilla se manifiesta a favor de una noción de interés que se integre con la persona misma, que permita entender al sujeto y sus intereses y no se la limite al universo relacional en el que la persona sea solo sus intereses. Padilla, René A.; *Sistema de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pág. 188 y ss. Discrepamos en esta posición, dado que no parece posible que los intereses del sujeto lo integren en su totalidad como ser, siendo que la tutela jurídica sí recae sobre toda su entidad íntegramente considerada: vida, salud, integridad física, psíquica y moral.

[65] De Cupis, Adriano; op. cit. pág. 111.

[66] De acuerdo con esta posición, Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas...*, op. cit., pág. 35.

[67] De Lorenzo, Miguel Federico; *El daño injusto en la responsabilidad civil. Alterum non laedere*, Buenos Aires, 1996, Abeledo-Perrot, pág. 18 (nota N°11).

[68] Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas...*, op. cit., pág. 38 y ss.

[69] En el Código de Vélez se plasmó en los artículos 901, 903/905.

[70] “El derecho debe ser consumidor de la noción de daño que le proporcionan otras ciencias, señaladamente, la antropología y las ciencias naturales, y no productor de un concepto propio, autónomo y exclusivo de daño que lleve a distinguir entre daños jurídicos y daños antijurídicos para concluir que los segundos son susceptibles de ser compensados”. Cfr. Gómez Ligüerre, Carlos; op. cit., pág. 33

[71] “...el daño puede producirse no sólo respecto de bienes privativos de una persona, es decir, de un interés propio y personal suyo (trátase de un «interés legítimo» o de un «interés simple»), sino también respecto de intereses que un grupo de personas o una

colectividad comparten, o sea, de los cuales coparticipan. Se trata, en este último supuesto, de daños a los denominados intereses “colectivos” o «difusos»...”. Zannoni, Eduardo A.; op. cit., pág. 1.

[72] La antijuridicidad, en el contexto del pasaje de la concepción contra jus del ilícito a la sine jure del daño injusto, ha trasladado su relevancia a la teoría de las causas de justificación; por ello la conducta dañosa o potencialmente dañosa, aunque no sea antijurídica genera responsabilidad si no está justificada por el ejercicio regular de un derecho, legítima defensa o estado de necesidad. Cfr. Alterini, Atilio A.; Estudios de Derecho Civil, Buenos Aires, 2007, La Ley, pág. 329. La cita se comparte con la salvedad de que las conductas potencialmente dañosas son objeto de la función preventiva y, allí, la antijuridicidad debe ser formal o emerger de la actuación de mala fe o abuso de derecho. No puede inferirse la antijuridicidad del daño no producido, ni vedarse, a la ligera, hechos que constituyen parte de la libertad de otros sujetos.

[73] En un sistema como el nuestro, que al igual que el sistema francés de responsabilidad civil, en que se encuentran -comparativamente en relación a otros países- con menos filtros para las acciones de responsabilidad y son de aplicación múltiples supuestos y muy frecuentes de responsabilidad objetiva, es función propia de la relación de causalidad determinar los confines entre lo que se debe resarcir y lo que no debe ser resarcido. Cfr. Infantino, Marta; Moreno More, César E. (Traductor); El derecho comparado de la causalidad aquiliana, AA.VV, La responsabilidad civil. Estudios Italianos contemporáneos, 2015, Ara editores- Ediciones Olejnik, pág. 115 y ss. Además, debe destacarse el compromiso para el sentido natural de justicia que se involucra en la operación de determinar el límite de lo que se debe resarcir. Cfr. De Ángel Yagüez; AA.VV; Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (coord.); Tratado de Responsabilidad Civil, 2da ed., Barcelona, 2008, Bosch, pág. 414 y ss.

[74] “...toda disminución o supresión de un objeto patrimonial o extrapatrimonial de la víctima supone, necesariamente, la ocurrencia de un daño que afecta al titular del bien lesionado”. Tamayo Jaramillo,

Javier; Tratado de Responsabilidad Civil, 2ª ed., Bogotá D.C., 2007, Legis, tº II, pág. 327.

[75] En esta misma dirección Philippe Brun ha expresado que “el daño no puede permanecer independiente de otras condiciones como lo son: el hecho generador y la causalidad. En este aspecto, la doctrina ha tomado actualmente consciencia de su importancia y, al mismo tiempo, de su complejidad”. Brun, Philippe; op. cit., pág. 185. También, Alpa ha expuesto en la misma línea que “el daño debe estar vinculado causalmente con el comportamiento del agente o con la actividad del responsable y se puede emplear el nexo causal para la selección de los daños resarcibles”. Alpa, Guido, op. cit. pág. 780

[76] Según explica Goldschmidt, “Objetos inmateriales son, verbigracia, la vida, el honor, la libertad, el nombre, la propiedad intelectual, el derecho a una patente, una marca, un modelo de utilidad, etc. Todos estos bienes pueden ser objeto de agresiones...”. Goldschmidt, Werner; op. cit., pág. 296.

En contra, se estima que el daño “consiste en una valoración en términos económicos de la situación, nueva y desfavorable, propiciada por el evento; situación que impone al damnificado decidir si sobrelleva el estado de hecho (y mantiene viva su necesidad), o si actúa para erradicarlo (mediante alternativas satisfactorias)...”. Cfr. León Hilario, Leysser; La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas, 3ª ed., Lima, 2017, Instituto Pacífico, pág. 261 y ss.

[77] Por ello, en todo caso, si el daño moral proviene de la vulneración de un bien patrimonial o viceversa, si es que no se trata de consecuencias inmediatas, en todo caso podrá tratarse de consecuencias mediatas, lo que implicará que el daño que se produce como último efecto es un daño mediato. Por ello, no acordamos con la caracterización de tales consecuencias como daños indirectos.

En contra, Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños. Daños a las personas..., op. cit., pág. 37.

[78] De esta forma, estimamos que no corresponde extender la antijuricidad del hecho al daño y que el juicio de antijuricidad no se debe reiterar en la evaluación del daño dentro del contexto de la responsabilidad civil, lo que ocurre cuando se afirman ideas tales como: “Ciertamente, el contraste con la norma protectora de un interés ajeno comporta la lesión de tal interés, es decir, el daño”. De Cupis, Adriano; op. cit., pág. 91. De la misma forma, respetuosamente discrepamos de la opinión en la que se hermana antijuricidad y daño moral, al sostenerse que el daño moral se mide por el desprecio de la actividad dañosa en sí misma, desplazando a un segundo grado de importancia a la valoración de las consecuencias dañosas. Zannoni, Eduardo A.; op. cit., pág. 153 y ss.

[79] Goldschmidt, Werner; op. cit., pág. 289. Suárez Videla, Jorge; op. cit, pág. 1 y ss. Este último autor en la página 3 de su excelente trabajo cita la obra de Ihering, cuestiones jurídicas, trad. De A. Posada, pág. 65. Allí demuestra la identidad entre interés y bien en su visión: “Se entiende por interés -dice- todo contenido de utilidad, cualquier cosa, aunque no sea pecuniariamente valuable, con tal de que sea un bien para el sujeto, satisfaga una necesidad, causando una felicidad y rechazando un dolor. Si me intereso por una persona, por un objeto, por una situación, es porque siento que dependo de ella, desde el punto de vista de mi existencia o mi bienestar, de mi satisfacción o de mi felicidad. Los intereses son, pues, las condiciones de la vida en su sentido lato”.

[80] En otros términos: “interesse é a valoração que determinado bem recebe de alguém, considerando a relação ou a posição jurídica de certa pessoa em face dele”. De tarso Vieira Sanseverino, Paulo; Principio da reparação integral. Indemnização no Código Civil, 2ª ed., São Paulo, 2011, Editora Saraiva, pág. 143. Jalil, Julián Emil; Derecho de daños aplicado, Bogotá D.C., 2013, Ibáñez, pág. 462.

“...resulta en mayor medida aceptado por la doctrina un concepto subjetivo (que tome en consideración las circunstancias concretas del interés del perjudicado) y real-concreto del daño (que parta de los singulares factores de daño...”. Tapia Gutiérrez, Paloma;

La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado, Madrid, 2013, Dykinson, pág. 43.

[81] Goldschmidt, Werner; op. cit., pág. 284 y ss.

[82] “L’exigence qu’il soit légitime et juridiquement protégé exprimerait seulement l’idée d’un refus d’action à certaines situation qui sont contraires au droit ou à la morale” Morita, Hiroki; Notion de préjudice en droit japonais, op. cit., pág. 26. Cita a diversos autores franceses: Carbonnier, Le Tourneau, Brun, Becache- Gibeili y Mazeaud.

[83] Según Calvo Costa, “El simple interés constituye una facultad de actuar no repudiada por el derecho, y que será tutelado por el Derecho en la medida que el mismo sea valorado por los jueces como susceptible de protección jurídica a la luz de la totalidad del ordenamiento jurídico”. Calvo Costa, Daño resarcible. Su concepción a la luz del Código Civil y Comercial, RCyS2015-IV, 81, AR/DOC/555/2015.

En este punto, pensamos que la tutela que brinda la ley no debe estar sujeta a criterio judicial. Insistimos que el análisis judicial se centra en la evaluación de la licitud del bien dañado y no debe ser el juez el que valore qué es lícito de tutela y que no, dado que el Código asigna la tutela a todo aspecto de la vida de las personas que pueda ser dañado, con la sola exigencia de que no sea contrario a derecho.

[84] Así, un interés naturalístico se reconoce por el derecho y se lo protege jurídicamente de los demás sujetos que deben respetarlo y pasa a constituir el ámbito de la zona de lo no permitido, determinándose así el contenido del *neminem laedere*. De Lorenzo, Miguel Federico, op. cit., pág. 56 y ss.

[85] “usado como criterio selectivo de los intereses protegidos y, por ende, de los daños resarcibles”. Alpa, Guido; Moreno More, César E. (traductor); op. cit., tº I, p. 459. “¿Qué significa injusticia del daño? La mejor doctrina ha aclarado que esta expresión constituye una cláusula general, por cuanto la elección del legislador implica

remitir a los jueces la valoración y selección de cuáles han de ser los intereses merecedores de tutela”. Cfr. Visintini, Giovanna; Kemelmajer de Carlucci, Aída (traductora); op. cit., tº II, pág. 9.

También se ha explicado que se vincula con la flexibilización del requisito de antijuridicidad, con el que inicialmente se identificó al artículo 2043 del Código italiano: «daño injusto significa "daño no justificado", un daño que se ocasiona sin que el hecho lesivo se encuentre autorizado por una norma, sin que el comportamiento perjudicial se realice en el ejercicio de una facultad concretamente atribuida por el ordenamiento. El requisito tradicional de la iniuria se entiende, por lo tanto, no en el sentido de contra ius, de contravención de un derecho o interés protegido del damnificado, sino más bien en el sentido, históricamente más correcto, de non iure, vale decir, de ausencia de un derecho del culpable del daño a la ejecución del acto que ha causado el daño». Cfr. Schlesinger Piero; Forno Flórez, Hugo y León Hilario; Laysser (traductores); La injusticia del daño en el ilícito civil, Themis, 1998, Nº 39, pág. 316. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/399245>.

[86] Al estilo de lo que hace el juez a partir del danno igiusto italiano o el juez en Japón. Morita, Hiroki; Notion de préjudice en droit japonais, op. cit., pág. 27.

[87] “...il criterio giuridico dell’ingiustizia non è stato considerato utilizzabile ai fini del giudizio di responsabilità, poiché l’applicazione dell’ artículo 2043 c.c è stata limitata, ma senza alcuna convincente motivazione, al solo danno patrimoniale”. Procida Mirabelli Di Lauro, Antonino; Feola, Maria; La responsabilità civile. Contrato e torto, Torino, 2014, G. Giappichelli Editore, pág. 110.

Justamente, en lo relativo al daño moral nos apartamos de los demás sistemas jurídicos occidentales. Como se ha explicado, la atipicidad del daño en el sistema argentino incluye toda especie de supuestos de vulneración a los intereses patrimoniales y extrapatrimoniales con reducción de la acción en los casos de intereses extrapatrimoniales. En el Código de Italia, se protege con amplitud a los intereses patrimoniales, pero se limita la protección de

los intereses extrapatrimoniales a los casos de delitos. En el de Alemania, se habla de tipicidad de los bienes e intereses protegidos por dar lugar al resarcimiento si se los menciona en la ley y en el de Francia se postula una atipicidad total en ambos campos de intereses pasibles de vulneración y amplia protección. Bascoulergue, Adrien; op. cit, pág. 24 y ss. Sin embargo, estas diferencias de técnica legislativa han sido sorteadas por la jurisprudencia, que ha completado la obra del legislador en los tres países. Por ello, se llega a soluciones similares ante los mismos tipos de casos e, incluso, en Francia donde existe la regla más amplia de responsabilidad en la ley los jueces han generado un proceso de tipificación de los actos ilícitos. Cfr. Visintini, Giovanna; Kemelmajer de Carlucci, Aída (traductora); op. cit., pág. 3 y ss.

Sin embargo, en Italia el criterio taxativo de interpretación del artículo 2059 de su Código Civil y Comercial se ha atenuado -a partir del año 2006- mediante la relectura constitucional del artículo mencionado. Cfr. Vettori, Giuseppe; González Agurto, Carlos y Quequejana Mamani; Sonia; Daño no patrimonial y derechos inviolables; AA.VV, Lima, 2012, Montevisa, Observatorio de derecho civil, vº 13, La responsabilidad civil, pág. 55 y ss.

[88] Esto que parece sencillo puede complicarse si se introduce el juez en el estudio de la moral y buenas costumbres que pudieran verse atacadas.

[89] “por nuestra parte, rechazamos abiertamente la postulación que consagra la impunidad para la causación de ciertos daños, negando su existencia en la materialidad, por mero hecho de no encuadrar en el sistema de representación jurídica. De más está decir que el daño existe con prescindencia de la decisión política que permita, o no, su resarcimiento”. Burgos, Osvaldo R.; Daños al proyecto de vida, Buenos Aires, 2012, Astrea, pág. 44.

[90] De acuerdo con la crítica aducida, se ha expresado «No hay duda que un nuevo enfoque sobre el concepto de daño, que ponga el acento en su calidad de “injusto”, nos lleva a decidir que la tan restrictiva legitimación de nuestro Código Civil para reclamar daño

moral merece ser urgentemente revisada». Casiello, Juan José; El daño injusto como daño jurídico, vinculado con la atipicidad del ilícito resarcible, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artcasiello?searchterm=casiello>.

[91] Alterini, Atilio Aníbal, Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil, op. cit., pág. 127. Vicente Domingo, Elena; Los daños corporales. Tipología y reparación, Barcelona, 1994, José María Bosch Editor, p. 44 y ss. La profesora española destaca allí que hay dos formas de entender al daño lícito: 1) el que proviene de la vulneración de un derecho subjetivo o interés jurídicamente protegido y 2) atendiendo a las circunstancias del que lo padece y a la actividad que realiza contrariando la ley, la moral o las buenas costumbres.

[92] La teoría de la vulneración del interés ha permitido la superación de posturas más restringidas que estimaban la existencia del daño solo en los casos en los que se vulnerara derechos subjetivos. Cfr. De Tarso Vieira Sanseverino, Paulo; op. cit., pág. 144.

Daños: Daños derivados de las relaciones de familia

Indemnización del daño moral causado a la pareja.

Por Manuel Gonzalo Burgueño Iburguren

Disponible en: <https://bit.ly/2ZATkya>

[Consultado: 03/09/20]

Resumen.

Frente a la posición que alienta el cese de la aplicación del derecho de daños a los casos de infidelidad, justificamos una postura contraria, que explica la procedencia de la indemnización del daño sufrido por el cónyuge, conviviente y pareja con fundamento en las normas supremas de nuestro ordenamiento y en las normas del CCC.

1. Presentación del problema.

La responsabilidad en el derecho de familia tendrá continuidad evidente en múltiples nichos. Por ejemplo: la responsabilidad por falta de reconocimiento de los hijos (Art. 587 CCC) y la responsabilidad por daños causados por violencia contra la mujer (Art. 7, inc. g de la Convención Belem Do Pará).

Aparte, habrá una serie de casos en los que existe responsabilidad por aplicación de las disposiciones comunes; puesto que las relaciones de familia no son causa de justificación del daño. Cualquier supuesto atrapado en la normativa del derecho de daños integra este grupo, como el incumplimiento del deber alimentario¹, daños con las cosas, la transmisión culposa de enfermedades hereditarias, etc. Este plexo

¹ GROSMAN, Cecilia; La responsabilidad de los cónyuges entre sí y respecto de los hijos, Ghersi, Carlos A. (coord.), Los nuevos daños (soluciones modernas de reparación), Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 414

de normas, enmarcaría al daño causado dentro del seno de una pareja, por hechos dañosos que solo puede realizar un cónyuge, lo que antes se denominaba daño moral derivado del divorcio. También se subsumiría a los daños que se causen por el conviviente y en otras relaciones amorosas.

Sin embargo, en lo atinente al matrimonio se pretende que no sea así. La opinión de la Comisión Reformadora ha sido otra, según surge de los fundamentos del anteproyecto: “Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños”². Además, hay posiciones doctrinarias que postulan la disociación del matrimonio y el divorcio respecto del derecho de daños; a la par del carácter meramente moral de los deberes clásicos de fidelidad y cohabitación³.

Esta nueva solución, que expresa un sector de nuestro derecho – que no emerge de los artículos del CCC-, se opone al status quo imperante hasta la entrada en vigencia del nuevo Código. La procedencia del resarcimiento del daño por hechos del cónyuge se ha declarado por primera vez en 1983⁴, ha evolucionado expansivamente en los Juzgados, se ha declarado admisible en un fallo plenario capitalino⁵ y ha sido propugnada por gran cantidad de maestros⁶.

² Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, p. 77.

³ Herrera Marisa; El régimen de divorcio incausado en el Código Civil y Comercial de la Nación, Sup. Esp. Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014 (diciembre), La Ley Online AR/DOC/4320/2014.

⁴ Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala II, A., A. c. A., M. N., 07/04/1983, con nota de Jorge Mosset Iturraspe, LA LEY 1983-C, 350, AR/JUR/713/1983

⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, G., G. G. c. B. de G., S. M., 20/09/199, L.L. tº 1994- E, p. 538

⁶ Burgueño Ibarguren, Manuel Gonzalo; Daño moral causado por el adulterio del cónyuge, 07/12/12, MJ- DOC-6099-AR | MJD6099.

Escogimos este tema, porque se observa una ruptura en la intención de los proyectistas y de parte de la doctrina⁷. Eso implica un posible conflicto de teorías - que deviene en incertidumbre para los operadores jurídicos y, lo que es peor, en posibles holocaustos para sujetos dañados.

Anticipamos nuestra visión favorable a la continuidad de la reparación del daño causado por el cónyuge. También, entendemos que el derecho vigente, a partir de agosto de 2015, permite indemnizar el daño sufrido en el seno de la unión convivencial y en toda relación afectiva. En la responsabilidad civil, en la Convención Belem do Pará y en la Constitución no se hace distingo entre estas situaciones a la hora de resarcir daños sufridos por una persona.

2. Posición asumida. Justificación.

Para el suscripto, corresponde aplicar la responsabilidad civil a las relaciones matrimoniales y afectivas -como a todo caso en que se cause adecuadamente daños a terceros, imputables a un responsable, sin causa de justificación-. Para llegar a esa conclusión se atiende a una serie de fundamentos. Primero aclararemos porque corresponde en el ámbito matrimonial – pues, es donde hay controversia- y, luego, hablaremos de lo que sucede con el daño producido en otras relaciones lícitas:

⁷ En el punto, los proyectistas de 2012 se distanciaron del proyecto de 1998. Este preveía expresamente la reparación del daño causado por el cónyuge culpable, a consecuencia de la separación, y por incumplimientos **de deberes matrimoniales (Art. 525)**; siempre y cuando, se actué con culpa grave o dolo (art. 1686, inc. a) y no proceda la causa de justificación específica para las relaciones de familia del Art. 1589, inc. d: “En el ámbito de las relaciones de familia, si la admisión de una acción reparatoria puede poner en peligro los intereses generales respecto de la persistencia y de la estabilidad de la institución familiar, de la solidaridad entre sus miembros y, en su caso, de la piedad filial”.

1) Fundamento de interpretación supralegal

Desde el punto de vista normativo, no se puede atender a la voluntad de quienes hicieron el proyecto de reforma —en cuanto pretenden que el ámbito matrimonial quede afuera el derecho de daños—. Tampoco son atendibles las opiniones doctrinarias que no tienen otro fundamento que la explicación de motivos del proyecto de CCC.

En primer lugar, el deber del juez - según el artículo 3 del CCC- no es hallar la solución última y más perfecta del caso; sino, arribar a una sentencia razonablemente fundada. La ley habilita el disenso, siempre y cuando haya razonabilidad en la motivación del fallo. Con esto se destierra la posibilidad de hablar de posiciones equivocadas o verdaderas. Las habrá razonables e irrazonables, en su caso.

Por otro lado, la Constitución y los Tratados Internacionales son fuentes del derecho civil y deben ser considerados al interpretar la normativa (Arts. 1 y 2 CCC). Esto sin olvidar que el Código es norma inferior; por ende, en la interpretación legal no se puede alterar, restringir o suprimir los derechos y garantías superiores.

En efecto, ante en un caso de una persona dañada por su cónyuge - o pareja-, el operador jurídico debe tener en cuenta que del texto del Código no surge limitación alguna a la reparación de ese daño. No existe norma que excluya al caso subjetivamente, ni que exonere de la responsabilidad de esos daños, ni causa de justificación particular. Existe solamente una calificada opinión (no normativa) en los fundamentos del proyecto -que no es fuente, ni criterio exclusivo y principal de interpretación del CCC, si entendiéramos que están plasmadas allí las finalidades de la norma-.

Desde la perspectiva supra legal, la pretendida liberación de los cónyuges dañadores no es una finalidad legislativa válida; porque en la máxima jerarquía normativa y axiológica, en el art. 5.1 de la CASDH,

se establece que la persona tiene derecho a la integridad sicofísica y moral⁸

La integridad psíquica y moral –normalmente afectada por la infidelidad- es un derecho humano y el legislador no puede recortarlo de forma irrazonable. En efecto, en la postura “negativa” hay irrazonabilidad; porque desvirtúa y restringe ese derecho para categorías enteras de personas, al permitir que las violaciones dañosas de este derecho no accedan a las reglas de la responsabilidad civil - solo por estar casadas entre sí y sin atender a la existencia del perjuicio-. Esto contradice al Art. 28 de nuestra Carta Magna, lo que es imposible jurídicamente. La misma alteración se efectúa sobre el derecho a la reparación integral del daño sufrido, que se ha vinculado al Art. 19 de la Constitución⁹ y al derecho al honor –si es afectado en el caso.

Además, cerrar la vía de la reparación del daño en el ámbito del matrimonio, podría llevar a la vulneración de compromisos internacionales en ciertos casos. Los hechos ocurridos dentro del matrimonio –o de otra relación-, por su forma de comisión, podrían constituir maltrato y violencia psicológica y moral contra la mujer (art. 1 Convención Belem do Pará). En esos casos, el Estado debe establecer mecanismos para garantizar el “acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces” (Art. 7, inc. g, Convención Belem do Pará). El derecho y garantía de igualdad ante la ley, conduce a que, también, los hombres dañados accedan a la reparación.

⁸ Coherentemente, el Art. 51 CCC, establece la inviolabilidad de la persona humana y su dignidad.

⁹ La CSJN constitucionalizó el principio *alterum non laedere* en el Art. 19 C.N, en el fallo Santa Coloma, Luis F. y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos, 05/08/1986, Fallos 308:1160. El mismo día, vinculó “entrañablemente” el principio a la idea de reparación en la causa Gunther, Raúl F. c. Ejército Argentino, La Ley online AR/JUR/2036/1986. Posteriormente, sostuvo que la indemnización debe ser integral en P., F. F. c. Empresa Ferrocarriles Argentinos, 24/08/1995, La Ley online AR/JUR/3453/1995 y Peón, Juan Domingo y otra v. Centro Médico del Sud S.A, 17/03/1998, La Ley Online 993743

Con visión integral del ordenamiento jurídico y con respeto de las reglas de fuentes y de interpretación del Código, no hay cortapisa e imposibilidad legal para aplicar la responsabilidad civil al ámbito matrimonial. De hecho, donde haya un daño injustificado a la integridad de la persona, debe haber una reparación; pues, es un derecho expreso en nuestra máxima ley. El CCC no puede legislar lo contrario, ni se puede afirmar válidamente que así lo establezca.

Como primera conclusión, manifestamos: las verdaderas causas del divorcio poco importan para el trámite de la disolución. Pero, sí podrán ser jurídicamente relevantes para la indemnización de los daños sufridos por un cónyuge, de la misma manera que se tutela a cualquier otra persona dañada de nuestro país; pues, merecen iguales posibilidades de bregar por la reparación del detrimento que soportan.

En este punto, aparece nuevamente la igualdad, que así lo exige¹⁰ y, otra vez más, la razonabilidad que impone la Constitución a la regulación inferior y el Código a la sentencia del juez.

3. Porqué se aplica la responsabilidad civil a los daños causados por infidelidad y otros supuestos.

a) Axioma de partida

Partiendo de que la responsabilidad civil o derecho de daños se aplica a todo supuesto alcanzado por sus normas, sin recortes –por exigencia superior al CCC–, es hora de analizar el caso especial de la infidelidad como hecho causal adecuado de perjuicios. Este supuesto es el más controvertible y sirve de ejemplo para razonar las reglas generales de la responsabilidad civil para todo tipo de relación sentimental estable.

Primeramente, se hablará de cómo se interpreta la responsabilidad civil en el CCC; a continuación, de cómo se engarzan

¹⁰ Artículo 16 de la Constitución Nacional, el Art. II de la DADDH, Art. 7 DUDH, Art. 24 CASDH

los casos de adulterio matrimonial en esas reglas y, posteriormente, se aclarará que ocurre en otras relaciones amorosas de confianza.

b) El sistema general de la responsabilidad civil

La nueva responsabilidad civil del CCC es diferente a la velezana. Sus elementos tienen diferente composición y el sistema funciona de otra manera: no hay tipicidad del hecho dañoso, sino que se ha utilizado una formulación abierta que permite atrapar cualquier modalidad de actuación que resulte en daño jurídico y, por otro lado, se ha abierto la definición de daño para atrapar mayor cantidad de perjuicios.

El daño es lo primero que debe valorarse. Ello requiere de un juicio de valor de las consecuencias dañosas sufridas por la persona, sus bienes e intereses. Debe meritarse si esos perjuicios constituyen o no un daño en sentido jurídico. Se requiere como mínimo la existencia de un menoscabo a un aspecto de la realidad del sujeto que no contradiga al derecho. Este será el punto de partida del análisis de los demás presupuestos de la responsabilidad civil¹¹¹.

Entonces, en el CCC, lo primero es la verificación de la existencia de un daño material- cierto, subsistente y personal- que esté ligado íntimamente (como consecuencia a indemnizar) a la vulneración de derechos, intereses legítimos e intereses no reprobados por el ordenamiento jurídico (todo lo permitido por el derecho, que compone la realidad existencial de la persona y que le proporciona en una satisfacción, beneficio, disfrute o provecho, en sentido amplio y no solo económico)¹²¹².

¹¹ Hay homogeneidad entre lesión al interés y sus secuelas, que son las que se indemnizan. Cfr. Bueres, Alberto J.; Derecho de Daños, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 306 y ss y Pizarro, Daniel Ramón; Vallespinos, Carlos Gustavo; Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, T° 2, p. 639

¹² Todo puede subsumirse en la noción de interés, sin que sea estrictamente necesario mencionar al derecho e interés legítimo. Cfr. Calvo Costa, Carlos A.; Daño resarcible. Su concepción a la luz del Código Civil y Comercial, RCyS2015-IV, 81, AR/DOC/555/2015

El análisis del daño requiere de la consideración de los hechos dañosos y de la relación de causalidad. Puesto que no se podrá decir que ha existido un hecho antijurídico, sino se comprueba la autoría de un sujeto y la existencia de causalidad adecuada con las consecuencias dañosas materiales (previsibles, inmediatas y mediatas previsibles). Recién en este punto se puede conocer si hay daño en sentido jurídico y si es materialmente imputable a alguien.

Si partiéramos directamente del análisis del hecho, podría ocurrir que al no haber daño se avanzara estérilmente en el estudio de un caso ajeno a la responsabilidad civil (por no haber, luego, daño). Esto no pasará si se comprueba primero la existencia del daño, para analizar, inmediatamente, la relación de causa y efecto con el hecho enunciado en la demanda.

Si se juzga que existe daño jurídico (Art. 1737¹³) y se acredita la autoría y la relación causal -normal y previsible- entre hecho y sus efectos, debe pasarse al juicio de antijuridicidad. Sin el análisis previamente explicado, no se le podrá achacar a un sujeto la infracción del deber de no causar daños a otros (Art. 1716).

Para la nueva antijuridicidad de la función resarcitoria, el daño causado adecuadamente por un hecho es crucial. Por eso, en este punto, el juez debe evaluar las alegaciones y pruebas de causas de justificación –si las hay-. Si no se esgrimen causas de justificación o no proceden fáctica y jurídicamente, el hecho es antijurídico. La antijuridicidad tiene un contenido amplio, atípico y objetivo. Existe en un caso, cuando se causa un daño a otro, sin que medie causa de justificación (Art 1717). Es evidente que la antijuridicidad proviene de causar daño a otro.

¹³ Nuestro Art. 1737, sin ser una norma primaria, es una cláusula general que remite a los jueces para que determinen qué intereses merecen tutela y reparación, al igual que artículo 2043 del Código italiano, que sí es norma primaria. Cfr. Visintini, Giovana, Tratado de la responsabilidad civil, Kemelmajer de Carlucci, Aída (Traductora), Buenos Aires, Astrea, 1999, tº 2, p. 11. Nuestra norma es análoga al 1343 del “Proyecto Catalá”: “Es reparable todo perjuicio cierto consistente en la lesión de un interés lícito, patrimonial o extra patrimonial, individual o colectivo. Pero, se diferencia de la noción del Proyecto Terré y de la idea de daño generalizada en Francia, la de lesión a un interés legítimo jurídicamente protegido, Cfr. Mekki, Mustapha; El rol del perjuicio en el derecho de la responsabilidad civil, RCyS2015-V, p. 5 y ss.

La justificación del daño causado a la pareja cobrará importancia, cuando sea consecuencia del ejercicio regular de un derecho –como la decisión de miembro de dar ruptura a la unión, ejerciendo regularmente su derecho a la libertad-. Por lo que no puede concluirse que todos los daños causados son indemnizables en nuestro derecho. Mientras haya legitimidad en la conducta, no se indemniza el daño del otro. No hay legitimidad si se actúa sin justificación contra el deber de no dañar y cuando se ejerce abusivamente un derecho.

Este sistema de responsabilidad civil funciona como una norma secundaria, ante la infracción del deber de no dañar a otros, establecido en el Art. 19 de la CN y, ahora, expresamente en el Art 1716 del CCC¹⁴. Es una interesante amalgama entre la noción italiana de daño injusto, ampliada para los daños extra patrimoniales¹⁵, y el cumplimiento de la exigencia constitucional de antijuridicidad de la conducta (art. 19 CN)¹⁶.

A continuación, se explica cómo se aplican estas normas al adulterio.

c) Responsabilidad civil por adulterio

a. Daño, hecho y relación de causalidad

En los casos de adulterio, es normal y previsible que haya merma psíquica y moral en la persona que toma conocimiento de la

¹⁴ En esto hay una gran diferencia, porque el sistema italiano del Art. 2043, opera como norma primaria y, si hay daño injusto, no se requiere de la infracción de un deber establecido en otra norma. Cfr. Busnelli, Francesco Donato; La parábola de la responsabilidad civil, Leysser L. León Hilario (Traductor), AAVV, Responsabilidad Civil Contemporánea, Lima, ARA Editores E.I.R.L., 2009, pág. 112.

¹⁵ No debemos olvidar que la noción de daño injusto del art. 2043 del Código Italiano, no se aplica a los daños morales, que tienen un régimen restrictivo a los casos expresamente establecidos en la ley, según el Art. 2059 del mismo cuerpo. La noción se limita al daño patrimonial. Procida Mirabelli di Lauro, Antonino; Feola, María; La responsabilità civile. Contratto e torto, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014 p. 110.

¹⁶ Pizarro, Daniel Ramón; Vallespinos, Carlos Gustavo; Instituciones de Derecho Privado..., op. cit. p. 482. Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; Tratado de la responsabilidad civil, La Ley, Buenos Aires, 2da. Ed., 2011, Tº II, p. 258 y 266.

situación¹⁷; eso, puede tener consecuencias patrimoniales (gastos terapéuticos) y consecuencias extra patrimoniales por el sufrimiento psíquico y emocional (Art. 1741).

Según el Art. 1737 del CCC, el daño requiere de la lesión de un derecho o de un interés lícito. Esto es lo primero que debe evaluar el juez. Ya vimos que la CASDH establece un derecho a la integridad psicofísica y a la integridad moral. En efecto, si se perjudica la integridad psíquica o moral de una persona habrá daño, siempre y cuando exista una modificación disvaliosa en su ser y existencia (efecto). En otras palabras, el daño como consecuencia en el sujeto debe existir junto a la lesión al derecho. No puede haber violación de la integridad psicofísica y moral, sin consecuencias en el ser humano y, viceversa, daño a la persona sin violación de su derecho o interés.

Siempre que haya menoscabo al ser humano, habrá violación de un derecho y, por lo tanto, daño. De igual manera procederá si hay mella al honor del cónyuge o lesión a otro derecho supremo y, por supuesto, si la modalidad de la infidelidad constituyera violencia contra la mujer, será aplicable también esa normativa específica para elucubrar la existencia de daño.

Por otro lado, siguiendo en la perspectiva de daño, tenemos que la fidelidad es un deber moral con recepción legal en el Art. 431 (lo que pone en duda su solo carácter moral). La fidelidad configura el proyecto de vida común del matrimonio, junto a la cooperación y la asistencia recíproca. Por ende, es como mínimo un interés lícito –y, probablemente, un interés jurídico–.

A los fines del daño, la violación de la fidelidad, por hechos que constituyen adulterio, representa un interés lícito de la persona. Y si es vulnerado dañosamente, con tangible merma en el individuo, da lugar

¹⁷ No siempre se presentan ambas lesiones (psíquica y moral). Pero ambas son, por experiencia, normales y previsibles

a la reparación de daño; puesto que el Código así lo permite, aun cuando no tuviésemos la normativa superior ya señalada¹⁸¹⁸.

Si bien el derecho de familia, en cuanto al deber de fidelidad, se ha desplazado y le ha restado fuerza -sepultado el divorcio con expresión de causa-, el derecho de daños se ha desplazado en sentido coincidente, al no exigir antijuridicidad formal y, a consecuencia de ello, continúa subsumiendo en sus normas a los hechos que configuran el quebrantamiento del “deber moral de fidelidad” si dañan a otro. Por eso, es que se produce su efecto jurídico: generación de obligaciones de reparar el daño que sufre la víctima de la infidelidad.¹⁹

b. Factor de atribución.

El factor de atribución en estos casos será subjetivo (art. 1721). En algunos supuestos, como cuando nace un hijo extramatrimonial de un miembro del matrimonio con un tercero (probado por estudio de ADN), corresponde aplicar el dolo -por existir manifiesta indiferencia por los intereses del cónyuge (es menos común que se sea infiel con la intención de dañar al otro). En su caso, cuando se prueba la infidelidad por indicios o se acreditan diversos hechos; pero no el contacto físico, deberá sopesarse la conducta del esposo a la luz de las normas sobre culpa.

En el último caso, se deberá tener en cuenta la conducta que corresponde a una persona casada y contrastarla con la efectivamente realizada. La culpa deberá ser evaluada con un criterio más severo

¹⁸ Así las cosas, el juicio de divorcio deja de ser un antecedente del proceso de daños, que puede iniciarse en todo momento y depende de su propia prueba. Desde ya, el juez podrá valorar la actitud de quien reclama sin divorciarse, pero no le puede rechazar la demanda si prueba el daño y los presupuestos de la responsabilidad. ¹⁹ La teoría del daño punzante no tiene sustento legal y el mayor o menor daño se relaciona con la mayor o menor indemnización, no con la procedencia de la responsabilidad civil. Por otro lado, el coautor del daño, podrá ser responsable solidario, salvo que justifique el daño causado: arts. 1710, 1716, 1718, 1721 y 1751.

¹⁹ La teoría del daño punzante no tiene sustento legal y el mayor o menor daño se relaciona con la mayor o menor indemnización, no con la procedencia de la responsabilidad civil. Por otro lado, el coautor del daño, podrá ser responsable solidario, salvo que justifique el daño causado: arts. 1710, 1716, 1718, 1721 y 1751.

para el dañador (por su calidad de cónyuge); puesto que estamos ante casos de confianza especial (art. 1725, 2do y 3er párr.) y se tienen en cuenta sus calidades personales y la naturaleza de la relación matrimonial.

c. La justificación del daño.

El demandado puede defenderse desvirtuando cada elemento de la responsabilidad civil o acreditar una causa de justificación. No obstante, en especies como esta no se advierten muchas posibilidades jurídicas y fácticas de acreditar el ejercicio regular de una libertad o derecho.²⁰

El consentimiento libre e informado del cónyuge (Art. 1720 CCC) no podría conducir a la exoneración de responsabilidad; porque se trata de lesiones a la integridad psicofísica, moral u honor y tendrán las exigencias del Art. 55 del CCC para su disposición. En efecto, están limitadas a supuestos congruentes con la ley, la moral y las buenas costumbres. Difícilmente se podría enrolar a semejante pacto dentro de ese baremo.

Las parejas casadas que opten por un estilo de vida más libre, deberían abstenerse de incurrir en abusos de derecho y en daños al otro. Sin daño, no habrá nunca responsabilidad civil. De todos modos, la infidelidad es posible, incluso, en relaciones liberales y swingers, si no se respetan las reglas de la pareja. El consentir determinadas prácticas en determinados momentos, no suele ser un permiso para vivir como soltero, ni una dispensa

El perdón de la pareja no justifica el daño, pero podrá derivar en la prescripción, la no judicialización, el desistimiento de la demanda, la carta de pago o cualquier solución que encuentren las partes.

²⁰ Podría haber un ejercicio regular de un derecho, si ha habido separación de hecho definitiva y actuaciones tendientes a obtener el divorcio y recién allí se inician relaciones con terceros. por todos los daños futuros que se causen, ni modifican el esencial pacto de confianza que existe en toda unión.

d.Situación de otro tipo de relaciones de pareja.

Partamos de la base de que nadie puede dañar a otro y que la vulneración de la integridad psíquica y moral, basta para configurar daño. Este será resarcible o no, según lo ya expuesto. Por eso, propiciamos la indemnización del daño en todo tipo de relaciones sentimentales de pareja; pues, no hay tipicidad del daño, no se exige antijuridicidad formal y no existe causa de justificación genérica para estas situaciones. Además, podemos hacer algunas disquisiciones puntuales respecto a la infidelidad:

En las uniones convivenciales se exige relaciones afectivas de carácter singular (Art. 509 CCC). En este contexto, parece evidente que corresponde aplicar las reglas de la reparación del daño, si es que hay un miembro dañado por el hecho del otro e, incluso, por la infidelidad del otro. Sin dudas, la fidelidad en este tipo de relaciones es como mínimo un interés lícito (posiblemente legítimo); puesto que la ley exige la singularidad, y no de la convivencia –sino de la relación afectiva.

El factor de atribución, también, es subjetivo. Si no se puede probar el dolo, se aplica la culpa, destacándose la confianza que debe también existir en este tipo de vinculaciones al valorarla.

En cualquier relación amorosa informal o de convivencia menor a dos años, también cabe la aplicación de las reglas de la responsabilidad; puesto que nada lo impide frente al daño. Si hay daño psíquico y moral, hay marco jurídico suficiente para ordenar la reparación de esos efectos, sin importar la modalidad de acción del agente que lo causó.

De todos modos, es posible efectuar una gradación: no es lo mismo un matrimonio o una unión convivencial que una convivencia breve, un noviazgo largo y uno corto. Naturalmente, en estos últimos casos, la confianza depositada en el otro es menor, por ende el factor de atribución culpa debe ser analizado con mayor laxitud, cuando proceda. Igualmente, a menor duración y confianza, mayor espacio para el ejercicio regular de la libertad personal. Por eso, puede

justificarse el daño causado a un novio de una semana y no el de quien se entera de la infidelidad el día de su casamiento o de un hijo fuera del noviazgo de años. Por supuesto, probablemente la dimensión del daño sería diferente, pero esto afecta solo al monto de la indemnización. El daño punzante no tiene fundamento legal.

De todas maneras, siendo que la buena fe en el ejercicio de los derechos es un principio general (Art. 9) y el abuso de derecho está vedado en todo ámbito (Art. 10), difícilmente la infidelidad sea coincidente con el actuar de buena fe y el ejercicio regular de la libertad o de otro derecho, más si ha sido dañosa para otro.

El factor de atribución es subjetivo. En caso, de que se trate de la culpa, debe tenerse en cuenta la confianza, connatural con toda relación afectiva. Pero, el rigor de la apreciación de la desviación de la conducta, debe tener en cuenta los matices de confianza de la realidad del caso.

En suma, las reglas para resolver la responsabilidad civil en todo tipo de relación de pareja son las mismas, pero con algunos matices para cada tipo de relación. Nada excluye a la responsabilidad civil de la pareja no matrimonial, ni siquiera la opinión de la exposición de motivos del proyecto de reforma.

4. Conclusiones.

De lege lata, concluimos que:

Según los artículos 1, 2 y 3 del CCC, se debe interpretar la normativa civilista de conformidad con la Constitución y los TT.II. El juez, debe dar una sentencia razonable, teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico, por lo que no está obligado por la exposición de motivos de los proyectistas, ni por una única visión doctrinaria. Los Arts. 5.1 de la CASDH, 16 y 19 de la C.N., los que tutelan al honor, la dignidad y los que tutelan a la mujer frente a la violencia, deben ser tenidos en cuenta. El Art. 51 CCC, también, establece la inviolabilidad de la persona humana. Por ello, es válido hacer lugar a

la indemnización pretendida contra un cónyuge, conviviente o pareja, según las reglas de la responsabilidad civil.

No todos los daños causados por un miembro de la pareja son indemnizables, puesto que algunos estarán justificados por el ejercicio regular del derecho a la libertad. De todas formas, las reglas de la responsabilidad civil se aplican a los daños sufridos por toda pareja, salvo que no concurran todos los elementos de la responsabilidad o que haya causa de justificación.

Debe indemnizarse todo tipo de daños no justificados, incluidos los causados por la infidelidad. Los derechos constitucionales lo exigen. En la ponderación del daño, la fidelidad es como mínimo un interés lícito de toda persona en el seno de una relación amorosa. De no ser así, en las relaciones flexibles, no debe haber daño psíquico o moral acreditable. No es viable aplicar la teoría del daño punzante para desbrozar unos casos de otros. El mayor o menor daño se relaciona con la cuantía de la reparación; pero, no con la procedencia de la indemnización - que corresponde si se acreditan los elementos de la responsabilidad y si no se prueba causa de justificación-. La valoración de la causa de justificación dependerá del tipo y circunstancias de la relación.

El factor de atribución es subjetivo: dolo o culpa, dependiendo de los hechos acreditados. La culpa se pondera con mayor rigor, por tratarse de relaciones de confianza, pero se aceptan matices según los grados de confianza de cada tipo de relación y de la duración.

Dogmática del Derecho Civil constitucionalizado del consumo: La relación de consumo y el concepto de consumidor.

Su repercusión en el sistema de la relación jurídica y de la teoría de la obligación. Estudio comparativo e integrativo.

Por Manuel Gonzalo Burgueño Iburguren.

Disponible en: <https://ar.lejister.com/>

Publicado en: Revista Jurídica de Daños N° 20 (Abril 2019).

Cita: IJ-DCXC-960

[Consultado: 19/08/20]

I. Introducción.

En Argentina tiene carta de ciudadanía la noción de relación de consumo, que vincula al consumidor con el proveedor. En base a ella, y no desde la noción de consumidor, se orquesta la tutela a los consumidores. Esta noción se encuentra en la Constitución Nacional explícitamente consagrada y, además, la Ley de Defensa del Consumidor la regula en su articulado. No es solo una creación pretoriana o doctrinaria, es parte de la ley y de la de mayor nivel.

El problema es que la Constitución solo la menciona -con toda claridad, pero no la define- y la Ley no la regula de forma exhaustiva, más parece una alusión sin efectos concretos ni prácticos. En suma, termina siendo más importante el concepto de consumidor que el de relación jurídica.

En general, entendemos que la reforma constitucional tiene que tener algún sentido. Que no puede ser baladí la noción de relación jurídica y que debe tener alguna implicancia en el Derecho Privado.

En este conjunto de reglas, aparece una nueva relación jurídica que vincula a personas y lo hace con objeto patrimonial. Es justo el mismo espacio que históricamente le correspondió a la obligación dentro de las relaciones jurídicas. Hoy las dos coexisten en el derecho argentino, sin que nadie haya dilucidado cómo y en qué grado de relación o independencia.

No se sabe cuál es la naturaleza jurídica de la relación de consumo y son dudosos sus elementos y sus efectos. Esto se complica, aún más, si se destaca que las fuentes de las obligaciones y de las relaciones de consumo son las mismas. Por ende, son varias las concurrencias y desconocidas con precisión las diferencias.

El tema nos ha parecido de interés, porque aprendimos que en España se protege al consumidor y que desde su concepto se organiza la protección al consumidor, pese a que en su Ley se habla de relación de consumo, sin que tenga mayor trascendencia, como ocurre en Argentina. De todos modos, la situación no es la misma, porque en mi país está constitucionalizada, pero olvidada y no suficientemente estudiada, con la profundidad que amerita; más, si como se sospecha, modifica al derecho de forma importante e insoslayable.

Vamos a iniciar el trabajo con un análisis de la obligación, para luego pasar a la relación de consumo y establecer sus similitudes, diferencias y cómo se relacionan o como se reparten el ámbito de las relaciones jurídicas interpersonales de carácter patrimonial.

Nos interesa poder ordenar las relaciones jurídicas patrimoniales, ver si se ha modificado a la obligación para un segmento importante del mercado y de la realidad, como es el consumo; determinar si se trata de un nuevo tipo de obligación o de qué tipo de relación jurídica.

En suma, el objeto de este trabajo reside en un conocimiento dogmático de la relación entre los consumidores y los proveedores; por ello, en la búsqueda de sus contornos, analizaremos ineludiblemente al concepto de consumidor y de proveedor. Veremos qué avances propició la jurisprudencia y echaremos un vistazo a las opiniones doctrinarias. Todo ello, con la ambición de encontrar

respuestas a un enigma que ha desinteresado a todos en Argentina, pero que encierra el primer paso ineludible en la conformación de un verdadero diálogo de fuentes coherente, sensato y sistemático.

II. La relación jurídica.

1. Necesidad de acudir a la teoría de la relación jurídica

Posiblemente, de haberse realizado esta obra un siglo atrás -y más en el pasado- no tendría que darse inicio al estudio de la obligación y de la relación de consumo, partiendo desde un concepto superior, que es el género relación jurídica. Esto, como se verá, se puede afirmar, porque en las definiciones más antiguas de obligación no se las entendía como componentes de un concepto superior. Por otro lado, en el ámbito propio de la obligación, al menos en Argentina, se ha superpuesto la noción de relación de consumo, que no ha sido suficientemente estudiada desde una perspectiva dogmática y sistemática, en función de las realidades normativas coexistentes en el país -Constitución Nacional, Código Civil y Ley de Defensa del Consumidor-.

En la investigación del campo de las obligaciones en el Derecho argentino se parte de la premisa de que el codificador no ha definido a la obligación[1] y, por la nota del art. 495 del Código Civil argentino, se puede colegir que esa omisión ha sido adrede, puesto que entendió en el punto que las definiciones eran ajenas a un código de leyes, a menos que sirvieran a los fines de determinar las circunstancias previstas por una norma[2], a lo que no se tendería definiendo la obligación.

En efecto, han sido la doctrina, principalmente, y la jurisprudencia quienes han quedado con la importantísima labor de determinar que es una obligación [3]. La mayoría de los estudios se retrotraen a las normativas justinianeas, donde se había plasmado un concepto que sirvió de base a las posteriores definiciones hasta comienzos del siglo XX [4].

Según las Institutas de Justiniano y coherentemente con la definición de Paulo recogida en el Digesto “La obligación es un vínculo jurídico que nos constriñe a pagar algo a otro, según el derecho civil”[5]. No han faltado prestigiosos autores del siglo XX que afirmaran la vigencia de las mencionadas definiciones a las necesidades modernas [6]. Incluso, en el proyecto de reforma al Código Civil argentino de 1993 se plasmó una definición semejante a las de la legislación justinianea: “se denomina obligación al vínculo en virtud del cual una persona debe a otra una prestación que constituye su objeto, trátese de dar, hacer o no hacer”.

Lo más importante, y lo que queremos destacar como aspecto central en este acápite, es que entrado el siglo XX y aún en nuestros días, en pleno siglo XXI, al lado de las definiciones que parten desde la existencia de un vínculo que constriñe o que permite exigir el cumplimiento de una prestación, han aparecido otras que califican a la obligación como una especie de situación jurídica [7] o de relación jurídica [8]. Por ello, la necesidad de explicar el motivo por el cual se desarrollan a estos conceptos como un paso previo al de la obligación, puesto que esta pertenece a aquellas en la modernidad, aunque antes no fuera así.

Por otro lado, Argentina ha orquestado la tutela de los consumidores en base a la noción de relación de consumo. Así figura en la Constitución Nacional y se cuenta con una definición legal en la Ley de Defensa del Consumidor, donde también se regulan sus sujetos, objeto y efectos. Tenemos, entonces, doble régimen de relaciones jurídicas intersubjetivas de carácter patrimonial, en un escenario donde había reinado la noción de obligación por más de dos milenios.

Es necesario, en consecuencia, analizar ambos regímenes desde una perspectiva común, que es el de la relación jurídica -y que debe ser desarrollada-, para tratarlos luego de forma específica, apuntar sus similitudes, diferencias y, por supuesto, sus vinculaciones en el marco de nuestro contexto normativo actual. A estos fines, se hace necesario iniciar este trabajo estudiando la relación jurídica.

2. *La situación jurídica y la relación jurídica.*

La relación jurídica es una situación jurídica, puesto que la última es el género que la contiene. La primera es solo una especie de situación jurídica que cuenta con sus particularidades.

La realidad existe con independencia del derecho y del ordenamiento jurídico. Estos solo son construcciones culturales que emergen del desarrollo de la civilización para regir las relaciones humanas según las valoraciones de cada tiempo. De todo el universo existente, a los fines de la regulación de la conducta humana en la sociedad, solo nos interesan algunos tipos de hechos y situaciones - escasas en comparación con todas las posibles-.

Estas porciones de la realidad, que se seleccionan y aíslan, cobran trascendencia mediante la creación de la norma, que siempre es una estructura lógica abstracta y se compone por una previsión -hecho previsto- y una disposición correlativa -su efecto jurídico-[9].

Es decir, que determinados supuestos de hecho cobran relevancia jurídica y se los eleva a proposición hipotética de una norma, también llamados según distintas visiones doctrinarias: *factum*, *tatbestand*, *état de cause* y *fattispecie*[10]. Por supuesto, la relevancia que tienen los hechos previstos dentro de la norma no es solo su recepción, sino que en la segunda parte se regulan los efectos jurídicos que por derecho les han de corresponder.

Entonces, desde la existencia de la norma, al configurarse en la realidad social el presupuesto de hecho predeterminado en su primera parte, proceden los efectos que se han fijado en la segunda parte: la consecuencia. Por efecto de la norma y por imperio de la ley, la situación resultante deja de ser una mera situación, para pasar a denominarse situación jurídica. Ello, por ser una realidad tenida en cuenta y valorada por el derecho y que posee relevancia jurídica [11].

Las situaciones jurídicas nacen, se modifican y se extinguen a través de hechos jurídicos que tienen la virtud de mutar su *status quo*. Por otro lado, en todo ordenamiento jurídico es posible que, en un segundo grado, existan normas que tengan como presupuesto a una

situación jurídica determinada a la que subsiguientemente se le asignan nuevos efectos jurídicos. También, en tercer grado puede haber normas que prevean que las situaciones jurídicas de una norma de segundo grado se encuadren el tipo legal de otras normas y se atribuyan otros efectos jurídicos más. Eso es así, porque las normas de un mismo ordenamiento se interrelacionan por nexos lógicos de subordinación y coordinación [12].

Del conjunto de situaciones jurídicas, hay algunas que adoptan el carácter de relaciones jurídicas [13], que según dice Betti, son aquellas que derivan de normas que tienen en cuenta relaciones interpersonales signadas por conflictos de intereses entre los individuos [14]. Para resolverlos, se crean vínculos entre las personas y se determinan derechos en favor del interés que se quiere favorecer y deberes sobre sobre el interés opuesto. Esta es una forma de regir las relaciones humanas por medio del orden jurídico, puesto que se “otorga una esfera de poder, en la que su voluntad es determinante; otorga derechos y establece los deberes correspondientes. De esta manera nacen las relaciones jurídicas, esto es, se asignan efectos jurídicos a las relaciones humanas que el orden jurídico halla formadas”[15].

En el marco de estas relaciones interpersonales, las relaciones jurídicas son “el conjunto de consecuencias jurídicas que fluyen de una relación entre dos personas o de una persona con una cosa, ya sea que consistan en un derecho subjetivo, o en la posibilidad de que surja, ya en otros efectos jurídicos” [16].

En otras palabras, entre distintos sujetos vinculados en la realidad, por imperio de la norma que prevé esa situación se asignan un derecho o derechos a uno de los sujetos -señorío- u otras facultades y se carga al otro individuo con uno o varios deberes correlativos, por los que queda sujeta su conducta a la realización u omisión de un comportamiento determinado -sea activo o negativo, es decir: acto u omisión-. Por supuesto, el carácter activo y pasivo puede recaer sobre múltiples sujetos vinculados.

La asignación de derechos y deberes provenientes de una misma relación jurídica puede llevar a que los sujetos revistan a la misma vez

el carácter activo para algunos derechos y pasivo para algunos deberes, llevando a que el otro sujeto sea correlativamente forzado a cumplir con lo debido en base a aquellos derechos y titular de los derechos que implican un deber para el otro sujeto vinculado.

De la misma forma, a los fines de evitar conflictos sociales, hay quienes entienden que puede haber una relación jurídica entre un sujeto y una cosa, lo que importará derechos regulables, por las normas, sobre la cosa, y que pesarán sobre otras personas (que, a su vez, se encuentran obligadas a no interferir en el ejercicio de esos derechos). Se incluye, por ende, dentro de la relación jurídica a los derechos y sus correlativos deberes que favorecen y gravan a los distintos sujetos vinculados.

Otro punto que merece aclaración es el atiente al objeto de las relaciones jurídicas. Como se dijo, la relación jurídica es una relación que prexiste en la realidad a la que el derecho le da importancia, tras una valoración, y le asigna efectos jurídicos, creando derechos y deberes, a los fines de resolver conflictos de intereses. Los derechos y deberes que son regulados por las normas en la parte de la consecuencia jurídica versan sobre alguna materia trascendente para la convivencia humana. Versan sobre aspectos familiares, derechos fundamentales de las personas e incluso sobre cuestiones patrimoniales. La noción de relación jurídica es en este punto universal. El concepto no discrimina por el contenido, atrapa a lo patrimonial y a lo extrapatrimonial. Incluye a toda clase de relaciones entre personas y entre personas y cosas, como en las relaciones reales para quienes entienden que es una relación jurídica.

Las relaciones jurídicas patrimoniales por excelencia, cuando se trata de vínculos interpersonales, son las obligaciones. Mas, en ordenamientos jurídicos como el nuestro, el argentino, la relación de consumo se entromete en ese mismo ámbito, con consecuencias que deberemos estudiar.

3. La relación Jurídica intersubjetiva de carácter patrimonial

III. La obligación.

1. Concepto.

1) Concepto en Argentina.

En la República Argentina el Código Civil, como ya se señaló, no tiene una definición normativa de obligación. Por ello, dar con una única definición es imposible. Hay tantas nociones de obligación como autores o, al menos, como líneas de pensamiento o escuelas.

Es sabido que a diferencia de otros entes la obligación es una abstracción de la lógica y del derecho que se impone sobre la realidad social donde se llevan a cabo los intercambios y la cooperación humana. En consecuencia, el concepto naturalmente puede mutar según el ojo del observador y los tiempos que corran. Esta circunstancia es coherente con lo que ocurre en el concepto de relación jurídica, porque la obligación forma parte de ella.

Al partir desde el punto de vista que tenemos del fenómeno obligacional, implícitamente nos pronunciamos en contra de las definiciones, que, a la usanza justiniana, lo interpretan como un vínculo de poder por el que uno compele a otro respecto a un objeto [17].

De la misma manera, entendemos que las definiciones no deben partir de la noción de situación jurídica [18], pero no por ser incorrecta o por implicar menor dinamismo que la idea de relación jurídica. El verdadero fundamento es que el concepto de relación jurídica es más preciso que el de situación jurídica para definir a la obligación, por ser su género directo y más caracterizado, mientras que la situación jurídica incluye a las relaciones jurídicas y a muchas otras situaciones que no son relaciones entre personas. Situación jurídica, dentro del derecho, es el universo. La relación jurídica es el sistema solar, donde la obligación es, por ejemplo, la tierra. Por ello, con parte de la doctrina argentina, sostenemos que la obligación es una especie de relación jurídica [19].

Por supuesto, ubicar a la obligación en su género es solo el primer paso, pero no basta para su definición. Para poder determinar

su entidad también es necesario considerar sus elementos característicos y sus efectos, es decir, su proyección y desenvolvimiento. Por todos estos aspectos, nos parece de las mejores definiciones argentinas la que han ensayado Pizarro y Vallespinos, ambos profesores cordobeses.

Según estos juristas, la obligación es: “aquella relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene un derecho subjetivo a exigir del deudor una determinada prestación, patrimonialmente valorable, orientada a satisfacer un interés lícito, y ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés, sea en especie o de manera equivalente” [20].

La definición tiene raíz en otras del derecho comparado. Por ejemplo, se ha expresado similarmente el jurista italiano Giorgianni: “Es obligación aquella relación jurídica, en virtud de la que una persona, determinada, llamada deudor, está vinculada a un comportamiento patrimonialmente valorable para satisfacer un interés, aunque no sea patrimonial de otra persona determinada, llamada acreedor, que tiene derecho a ese comportamiento por parte de la primera”[21].

No obstante, la similitud entre las definiciones es de destacar que en la propiciada por los argentinos se prevé también los efectos ante el incumplimiento del deudor. Este aspecto nos parece central, puesto que es cierto que existen dos momentos en la dinámica de la obligación. En el primero, la etapa de deuda, hay una expectativa de cumplimiento en el acreedor -y expectativa de ver satisfecho su interés- y un estado psicológico de débito en el deudor, por el cual se siente presionado al cumplimiento por su situación frente al ordenamiento jurídico y los efectos que prevé ante la vulneración del deber que le pesa. Producido el incumplimiento absoluto o relativo (mora), se ingresa en la etapa de responsabilidad donde se pueden forzar las prestaciones y demandar por daños y perjuicios. Tanto en la etapa de deuda y en la de responsabilidad, según corresponda por las regulaciones particulares, se puede echar mano a las distintas herramientas que provee el derecho y que se dan a conocer como

efectos auxiliares de la obligación, entre los que, por ejemplo, se encuentran las medidas cautelares, los privilegios, el derecho de retención, las acciones subrogatoria, directa, pauliana y de simulación, etc. Al respecto se aclarará y ampliará más adelante.

Por supuesto, también es relevante remarcar en toda definición que la relación entraña un derecho con un correlativo deber, donde están en juego las conductas del deudor y los bienes de su propiedad que hacen al objeto de la obligación y que, a su vez, configuran el aspecto central del derecho del acreedor. Este punto es crucial, por ser un aspecto característico de las relaciones jurídicas a las que la obligación pertenece. Normalmente el acreedor tendrá algún interés en la prestación, pero es un aspecto propio de su esfera que no conforma el objeto de la prestación, puesto que existe con independencia de este y, aun, ante la mutación de ellos o su completa ausencia. En la práctica existen obligaciones que nunca se reclaman por falta de interés y prescriben, pero no dejan por eso de ser tales, tienen entidad, se pueden transmitir, se pueden cumplir voluntariamente, se puede forzar el cumplimiento por la mora del acreedor y los herederos pueden accionar tras la muerte del desinteresado, si cuentan con acción para ello. Creemos que este no es un aspecto central para la definición de la obligación.

A nuestro entender, primeramente, la obligación es la relación jurídica patrimonial que vincula a los acreedores con los deudores respecto a un objeto de carácter económico. En ese marco, los acreedores gozan del derecho a que los deudores cumplan la prestación que constituye el deber jurídico que les pesa, a forzar el cumplimiento y a exigir la reparación de los daños efectivamente sufridos y, a esos fines, a acudir a los medios auxiliares que establece el ordenamiento jurídico. Por su parte, los deudores tienen derecho a liberarse a través del cumplimiento de la prestación debida, a forzar la prestación ante la mora del acreedor, a obtener recibo o comprobante del cumplimiento y a ser indemnizado por los daños que cause el acreedor.

La obligación en una relación jurídica patrimonial, pero no es la única. A su lado aparecen los derechos reales y los de la propiedad intelectual. En este caso, el ámbito de los tradicionalmente llamados derechos de crédito, lo que particulariza a la relación jurídica patrimonial, llamada obligación, es el relacionar personas -acreedores y deudores- o grupos de personas, que quedan vinculadas. El vínculo no es a todo efecto. Solo existe en base al objeto de la obligación y fuera de ello no tiene otra consecuencia ni utilidad, prima la libertad del deudor que solo se afecta parcialmente por su deber de cumplir la prestación. Este primer aspecto es el primero que remarcamos, puesto que es el central para diferenciarlo de otras relaciones que comparten el género.

Luego, dentro del marco básico que separa las aguas de las diferentes relaciones jurídicas patrimoniales, destacamos la particularidad que tienen los derechos y deberes que forman parte de la obligación: 1) versar sobre prestaciones específicas; 2) permitir su ejecución forzada para el acreedor y el deudor; 3) permitir la indemnización de los daños que se sufran por el incumplimiento obligacional o la mora del acreedor; 4) el empleo de los efectos auxiliares de las obligaciones; 5) el derecho a liberarse del deudor y a obtener comprobante de ello.

Habitualmente, en las definiciones de las obligaciones no se tienen en cuenta las potestades de los deudores y se pone énfasis en los derechos de los acreedores. Lo cierto es que, pese a que los derechos y deberes más salientes de la obligación son los atinentes a la prestación, los deudores también tienen derechos en el marco de la obligación. Tienen derecho a la indemnidad por parte del acreedor, quien no debe agravar la prestación ni obstaculizarla, y tienen derecho a liberarse, a pagar por consignación y a obtener recibo. Sin la mención de estas facultades no se delimitan suficientemente los contornos de la entidad de esta relación bipolar.

Por último, creemos esencial reflexionar sobre la causa y determinar si es o no un elemento de la obligación. Adelantamos nuestra conclusión y afirmamos que no es un elemento de la

obligación, pese a ser un capítulo importantísimo de la materia. Estimamos que la causa es el antecedente de la obligación, su fuente generadora. La obligación existe en razón de aquella, pero la causa es el hecho idóneo para crear obligaciones, por ejemplo, la declaración de voluntad o el hecho ilícito, y la obligación es su efecto. Sostenemos que la causa no es elemento de la obligación ni interno ni externo, así como los padres no son los hijos ni forman parte de ellos.

Más aún, la causa no puede ser elemento de la obligación, si entendemos a esta como relación jurídica, puesto que la causa no es más que un hecho al que el derecho le asigna una consecuencia jurídica llamada obligación y la relación jurídica es la obligación que vincula a los sujetos. La causa sí es parte del fenómeno obligacional, pero en un contexto macroscópico, cuando se la mira como situación jurídica. Es decir que la norma recepta ciertos hechos a los que les asignan el efecto jurídico particular de crear obligaciones. En ese contexto, mirando con toda amplitud al fenómeno de la obligación con causa incluida, se está en el marco de la situación jurídica, puesto que el legislador ha valorado a que hechos se le asigna la virtud de generar obligaciones.

El tipo normativo incluye a la causa y la consecuencia jurídica a la obligación. Por supuesto, la noción de causa tiene integralidad ontológica y conceptual con independencia de la obligación y lo mismo pasa con esta misma. Una sin la otra es una previsión estéril para el derecho, porque de nada sirve prever causas que no llevan a ningún efecto y la obligación necesita de la causa para existir, porque en el derecho no hay generación espontánea.

Por eso, concluimos en que la causa y su estudio son estudios obligados en el campo de las obligaciones y debe hacerse de forma exhaustiva, aunque frecuentemente los contratos se estudien como materia aparte. Pero no son elementos de la obligación. La causa es distinta a la obligación, no la integra, aunque sí integre al fenómeno obligacional entendido como situación jurídica, más cuando entre las causas se aprecian tan diversos tipos de hechos que ni siquiera responden a las mismas clasificaciones [22].

En razón de todo lo dicho hasta aquí y vista de los verdaderos elementos de la obligación, de los derechos y deberes que surgen para los acreedores y deudores, de los efectos de la obligación para los sujetos activos y pasivos, insistimos en expresar que entendemos por tal a la relación jurídica patrimonial que vincula a los acreedores con los deudores respecto a un objeto de carácter económico; en cuyo marco, los acreedores gozan del derecho a que los deudores cumplan la prestación que constituye el deber jurídico que les pesa, a forzar el cumplimiento y a exigir la reparación de los daños efectivamente sufridos y, a esos fines, a acudir a los medios auxiliares que establece el ordenamiento jurídico. Por su parte, los deudores tienen derecho a liberarse a través del cumplimiento de la prestación debida, a forzar la prestación ante la mora del acreedor, a obtener recibo o comprobante del cumplimiento y a ser indemnizado por los daños que cause el acreedor.

2) Concepto en España y Derecho Comparado.

En cuanto a la definición de obligación en el derecho español, no tenemos la autoridad ni la práctica, tampoco la base para ensayar una definición como lo hemos hecho para la Argentina, cuyo derecho estudiamos y llevamos a la práctica en la profesión. Por ello, mucho menos ambiciosamente, nos dedicaremos a reproducir algunas consideraciones que han hecho allá los doctrinarios. Todo ello, en razón de que el Código Civil español tampoco ha definido a la obligación, limitándose en el artículo 1088 a expresar que “toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

Por su trascendencia en la doctrina de mi país, donde es cita obligada de todos los juristas, aludimos en primer lugar a Diez Picazo, para quien “La obligación es una situación bipolar, que se encuentra formada, por un lado, por la posición de una persona llamada deudor, y por otro, por la posición de otra persona distinta llamada acreedor. El acreedor es titular de un derecho subjetivo (derecho decrédito), que le faculta para exigir riente al deudor lo que por éste es debido (prestación). Al mismo tiempo, cómo medida complementaria, el

acreedor se ve investido de la posibilidad, en caso de incumplimiento, de proceder contra los bienes del deudor, así como investido también de una serie de facultades para la defensa de sus intereses. La segunda faceta o el segundo polo es la posición del deudor. El deudor es sujeto de un deber jurídico (deuda), que le impone la observancia del comportamiento debido y se sitúa en el trance de soportar, en otro caso, las consecuencias de su falta” [23].

Otros importantes autores españoles, Puig Brutau, Roca y La Cruz, han puesto de manifiesto que se puede llegar a un concepto de obligación, desde lo normado en los arts. 1088 y 1911 del Código Civil español. Entonces, la obligación sería “un derecho del acreedor dirigido a conseguir del deudor una prestación de dar, hacer o no hacer alguna cosa garantizado con el activo patrimonial del obligado” [24].

Por otra parte, con una visión distinta encontramos a la definición que ha elucubrado el profesor Álvarez Caperochipi, para quien la obligación “se define como un vínculo entre dos personas que consiste en una prestación personal debida al acreedor (deberé) que está garantizada por el patrimonio del deudor (obligatio), que el derecho reconoce, cualquiera que sea su modo y forma de constituirse y cualquiera que sea su contenido, siempre que no sea contrario a la moral o a las leyes” [25].

Se advierte con esta sola muestra que la definición de la obligación se constituye a través de conceptos dúctiles, pues en manos de un jurista pueden resaltarse algunos aspectos, que en la pluma de otro no han de tener prioridad. Además, por la disimilitud de las definiciones halladas, advertimos que, al igual que en Argentina, existen múltiples teorías y definiciones, según los puntos de vista. Por ejemplo, en la primera de las definiciones encontramos reminiscencias de las ideas de Pacchioni [26] y de la dogmática alemana (schuld y hafting), mientras que en la segunda reina un positivismo y una exegesis que busca todas las respuestas en la letra de la ley.

En Italia, hace ya muchos que De Ruggiero había definido a la obligación como “la relación jurídica, en virtud de la cual una persona

(deudor) debe una determinada prestación a otra (acreedor), que tiene la facultad de exigirla, constriñendo a la primera a satisfacerla”[27]. Esta definición salió a la luz sin ninguna norma el Código Civil italiano que la avale, de la misma forma que tuvieron que arreglárselas las doctrinas españolas y argentinas.

En Colombia, el recordado maestro Fernando Hinestrosa decía que la obligación es una relación sancionada por el derecho, “establecida entre dos personas determinadas, mediante la cual un acreedor, fundadamente espera un determinado comportamiento, útil para él de parte de otra, deudor, que -debe- ajustar su conducta al contenido del nexos, so pena de verse constreñido a la prestación, o de verla convertida en dinero en cantidad comprensiva del equivalente del interés y de los daños causados, con su renuencia por las vías judiciales”[28]. En Chile, con el mismo Código Civil que en Colombia, tienen dicho que la definición más común es “la que considera la obligación como un vínculo jurídico entre personas determinadas, en virtud del cual una de ellas se coloca en la necesidad de efectuar a la otra una prestación que puede consistir en dar una cosa, hacer o no hacer algo” [29].

En otro ordenamiento jurídico, el brasilero, se nos enseña que el derecho de las obligaciones es un complejo de normas, que regula relaciones jurídicas de orden patrimonial que tienen por objeto prestaciones de un sujeto en provecho de otro [30] y, más precisamente, entiende por obligación al vínculo jurídico que confiere al acreedor (sujeto activo) el derecho de exigir del deudor (sujeto pasivo) el cumplimiento de determinada prestación. Corresponde a una relación de naturaleza personal, de crédito y débito, de carácter transitorio (se extingue por el cumplimiento), cuyo objeto consiste en una prestación económicamente cotejable [31].

Podríamos interminablemente recoger definiciones, más provenientes de países donde la ley no ha definido a la obligación, situación que sí se da en algunos otros. Para nuestro trabajo basta con concluir en que existen similitudes y sutiles diferencias a la hora de definir a la obligación, sin importar el silencio del texto legal del país.

Se advierte una idéntica raíz romanística en el estudio de las obligaciones en el derecho comparado y un paralelismo en la evolución desde la noción de vinculum la de relación jurídica. Efecto, concluimos que en todos estos ordenamientos jurídicos se está en presencia de un fenómeno equiparable y de un sistema normativo que regula una misma realidad.

2. Elementos de la obligación en Argentina, España y el Derecho comparado.

En general, al margen de nuestra posición, los autores han distinguido los siguientes elementos de la obligación: 1) Causa; 2) Sujetos; 3) Objeto; y 4) Vínculo. Estos componentes, serían “factores irreductibles, que entran indispensablemente en la noción de obligación, de modo que no puede concebirse esa relación jurídica sin la existencia de tales elementos” [32].

Las causas de los contratos son sus fuentes de nacimiento; es decir, los hechos previstos por la ley para tener por efecto a las obligaciones. En el Código Civil español se las regula en el art. 1089 y en Argentina tenemos un equivalente en el art. 499. Se coincide que, en ambos casos, las fuentes son la ley, el contrato, el cuasicontrato, el delito y el cuasi delito. También, en ambos casos podemos limitar las fuentes a la autonomía privada y a la imposición estatal, actuando la primera por los actos jurídicos y la segunda por la ley y los actos administrativos [33].

De esa fuente nace un vínculo jurídico que enlazará a los sujetos con un objeto, atribuyendo a uno un poder de exigir y a otro una conducta determinada. El vínculo entraña un derecho y un deber y su efecto jurídico es la coercibilidad del objeto, por los medios que prevé el derecho y con el auxilio de las herramientas que se ofrecen a lo largo y ancho de todas las leyes.

Por supuesto, tratándose de obligaciones, que son relaciones jurídicas interpersonales, el vínculo ligará al deudor o deudores con el

acreedor. Este es quien tiene el derecho de imponer una conducta al deudor, quien debe cumplirla.

Esa conducta debida es la prestación, que hace al objeto de la obligación. Se trata siempre de una cosa, de un hacer o de un no hacer que tiene significancia económica, por ser cuanto menos ponderable en dinero.

3. Efectos de la obligación en el Derecho argentino, español y comparado.

1) Concepto de efectos de la obligación.

La obligación tiene efectos jurídicos. Ellos son los que la caracterizan y la identifican respecto de otras relaciones jurídicas.

Por supuesto, la obligación genera efectos que son de interés para el acreedor y otros que le importan al deudor diligente. A continuación, explicamos someramente en qué consisten.

2) Efectos de la obligación importantes para el acreedor.

Los efectos de la obligación que importan al acreedor son aquellos que tienden directamente o de forma mediata a la satisfacción de su interés:

1. Efectos normales.

Los efectos normales de la obligación tienden de manera directa a la satisfacción del interés, porque son los que conducen al cumplimiento del objeto de la obligación. Es decir que permite obtener la satisfacción específica, aquello mismo que le era debido, forzando el pago, el cumplimiento idéntico e íntegro de la prestación.

Esto se logra a través de diferentes medios que asigna el ordenamiento jurídico, son acciones para que judicialmente el acreedor se procure aquello debido directamente del deudor o por un tercero a costa del deudor. Muchos consideran que el efecto normal de la obligación es su cumplimiento y, por eso, estudian llegado este

punto al pago y no como modo de extinguir obligaciones. Es cierto lo que se opina, por ello, principalmente se extinguen de esa forma las obligaciones y, en caso de que no sea así, se cuentan con estos medios para lograr el cumplimiento vía judicial, salvo cuando la compulsa limite la libertad física del sujeto. En este último caso, la coerción es imposible.

2. Efectos anormales.

El efecto anormal es la satisfacción del acreedor por medio de un sucedáneo, que se da cuando se opta por este tipo de cumplimiento - por haber desaparecido el interés del acreedor- y cuando no puede hacerse efectiva su compulsa, por violentarse la libertad del sujeto obligado. En estos casos, corresponde la obtención de una indemnización de daños y perjuicios sufridos, para lo que se dota al acreedor de facultades de agresión patrimonial para reestablecer el estatus de su patrimonio, a expensas de bienes del deudor.

3. Efectos auxiliares.

Efectos auxiliares de la obligación es la denominación común que reciben diversos instrumentos que están a disposición del acreedor en los más variados puntos del ordenamiento jurídico, pero que tienen en común el ser de utilidad indirecta, para facilitar la satisfacción del acreedor, especialmente, cuando se utilizan de forma conjunta con las acciones de cumplimiento forzado o de indemnización de daños.

Sin intención de consumir el tema, y solo a modo ejemplificativo, ingresan en este rótulo las medidas cautelares; las acciones de simulación, de fraude, subrogatorias, directas y de separación de patrimonios; los privilegios; y el derecho de retención; etc.

4. Efectos de la obligación que interesan al deudor.

El deudor puede liberarse cumpliendo la obligación y, aún, hacerlo de manera forzada por el instituto del pago por consignación cuando el acreedor no colabore para recibir el pago o directamente estorbe en el cumplimiento.

También se le reconoce el derecho a obtener comprobante del cumplimiento de la obligación.

Estas facultades se advierten como muy inferiores a las del acreedor, pero no dejan por ello de ser derechos que pueden determinar la conducta del otro sujeto de la obligación.

IV. La relación de consumo.

1. Tutela constitucional al consumo en Argentina, España y Derecho comparado.

En la Constitución española desde 1978 se previó la tutela de los consumidores. Efectivamente, en el art. 51 se redactaron tres incisos que imponen deberes al Estado español. El marco que se le da a estas regulaciones es el de los derechos y libertades fundamentales (Título I) y dentro de él, el de los principios rectores de la política social y económica (capítulo III).

El primero de ellos establece: “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

El segundo ordena que “Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a estas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca”.

Finalmente, se determina que “En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales”.

Estas normas son lo que en Argentina llamamos programáticas puesto que requieren de la creación de leyes para su aplicación a los casos concretos, según establece la misma Constitución en su art. 53.3: “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva,

la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

Por supuesto, se ha elaborado legislación de defensa de los consumidores de aplicación uniforme en toda España, el TRLGDCU, siempre imbuido de las directivas comunitarias. Además, hay múltiples normas especiales protectorias y toda una regulación de cada Comunidad Autónoma en la que se protege a los consumidores. El mandato del Constituyente se ha llenado de manera efectiva, pudiendo cualquier consumidor o asociación de consumidores peticionar ante el poder judicial y ser oído en su defensa.

Además, en España, al formar parte de la Unión Europea, son aplicables los Tratados que determinan que los intereses del consumidor constituyen políticas de importancia para los órganos de la Unión y los Estados parte. En esa línea el art. 129 A del tratado de Maastricht -que promueve el fortalecimiento de la protección de los consumidores-, el art. 153 del tratado de Ámsterdam -que tiene por objetivo afianzar la protección de la salud, la seguridad, los intereses económicos y la promoción del derecho a la información y a la educación-, el art. 12 del Tratado de Lisboa -que prevé que al fijarse y ejecutarse políticas de la Unión se tendrá en cuenta las exigencias de la tutela de los consumidores-. Estos importantes hitos se despliegan a través de los órganos creadores de derecho, y se desarrollan especialmente a través de directivas que tienen por finalidad armonizar el derecho del consumidor en el ámbito interior del mercado común, pues, al final de cuentas, es un aspecto central en la organización de dicho mercado.

Todo este plexo de normas constitucionales y de los tratados de la Unión Europea, prima facie, siguiendo su literalidad comportan más deberes de conducta de los órganos estatales y comunitarios que derechos en sí mismos que puedan ser invocados de forma individual y colectiva para forzar su cumplimiento. Y, más aun, no parece vincular a los particulares entres sí, por lo que no se advierten a primera vista posibilidades de que el o los consumidores demandan a

los proveedores bajo el amparo de estas normas. Dicho de otra forma, desde la Constitución y normas del derecho comunitario no se alimenta ni se da contenido a la protección del consumidor, ni se insuflan deberes en la relación de consumidores con los oferentes del mercado.

Lo enunciado no es una crítica, sino una observación. Creemos que es una de las formas posibles de afrontar la necesaria protección de los consumidores. Como se verá a continuación, la Argentina ha adoptado otra posición.

En Argentina, la reforma constitucional de 1994 incorporó el art. 42 a la Carta Magna. La protección legal había iniciado un año antes en 1993 con la primera versión de la Ley de Defensa del Consumidor.

En la Constitución Argentina se prevén diferentes derechos y deberes u obligaciones. En primer lugar, se constitucionaliza una relación jurídico-privada y se asignan derechos a los consumidores y usuarios en los siguientes términos: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”.

En segundo término, de forma similar a la Constitución española se establecen deberes a cargo de los Estados -nacional, provincial y municipal- no solo en cuanto a la protección de los derechos del consumidor mencionados en el párrafo anterior, sino también a la defensa de la competencia, al control de los servicios públicos y a la promoción de las asociaciones de consumidores: “Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios”.

Por último, se dirige un mandato al poder legislativo, en el que se le brinda estándares que deben seguir las leyes en algunos temas: “La

legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

Poniendo el microscopio en el primer párrafo del artículo, el que establece derechos en favor de los consumidores y usuarios, podemos ver que se constitucionaliza el derecho a: 1) la salud, que en verdad está reconocido expresamente en múltiples Tratados Internacionales de jerarquía constitucional de forma general y amplia y de forma implícita en el texto original de la constitución (art. 33); 2) el derecho a la seguridad, siendo que la integridad física, psíquica, moral, la vida, la salud y el medioambiente están protegidos en general por normas de jerarquía constitucional; 3) el derecho a la protección de los intereses económicos, que tiene protección dentro de la propiedad privada en múltiples normas tanto del texto original de la Constitución como en los Tratados Internacionales; 4) el derecho a la información adecuada y veraz; 5) libertad de elección; 6) condiciones de trato equitativo y digno. Todos estos derechos son operativos y no necesitan de ninguna ley para su plena vigencia [34].

Se ha dicho que implícitamente el consumidor cuenta con algunos otros derechos, como el de acceder al consumo, a recibir trato no discriminatorio sino en igualdad de oportunidades, derecho a satisfacer necesidades básicas o primarias de las personas y derecho a la lealtad comercial [35].

Todos estos derechos no solo corresponden al consumidor, también se da el mismo reconocimiento al usuario, por lo que alude a dos categoría de personas que debe definir la ley -aunque el convencional creía que el usuario era el de servicios públicos-; pero por otro lado, como se ve, no solo habla de sujetos titulares de derecho, sino que los circunscribe a un tipo de relación jurídica, la de consumo y dice expresamente que los consumidores y usuarios gozan de los derechos que nosotros enumeramos “en la relación de consumo”, creando un tipo de relación entre esos consumidores y

usuarios y otros sujetos que no son mencionados. Por ende, la ley es quien debe definir todos estos términos y determinar ambos polos de la relación de consumo. De hecho, lo hace en los arts. 1, 2 y 3 de la Ley de Defensa de los Consumidores.

Una voz mucho más autorizada que la nuestra, la de Germán Bidart Campos, ha expresado que el art. 42 de la Constitución argentina es, de forma similar a la concepción del derecho español, la inclusión en la norma más encumbrada de principios generales informadores del ordenamiento jurídico; pues, así debe entenderse actualmente a la defensa y protección de los consumidores [36]. De la mencionada norma, a su buen entender, se desplegaría un plexo de valores como la solidaridad, la cooperación, la seguridad, la participación, la igualdad y la justicia.

El artículo que venimos estudiando es el producto de la labor de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías de la Asamblea Constituyente de 1994. Como se informa en el Diario de Sesiones, ante la Comisión se presentaron 74 proyectos presentados por los convencionales constituyentes y de entre ellos se concluyó con un dictamen de mayoría, cinco en minoría y una disidencia parcial. Además, se tuvieron en cuenta iniciativas de particulares y el trabajo presentado por el profesor Gabriel Stiglitz ante el II Congreso de Derecho del Consumidor, que se celebró en Rosario en 1993.

Nos interesa de sobremanera el estudio de la constitucionalizada relación de consumo, por sus efectos en el ordenamiento. Sobre todo, por ser esta la forma elegida para llevar adelante la tutela del consumidor, a diferencia de la tutela del trabajador a quien se le asignan directamente derechos, sin que la relación laboral pase a ser un tipo de específica relación jurídica, pues nadie duda que el régimen de derechos y obligaciones se regirá por la teoría general de las obligaciones y por la parte general de los contratos en cuanto no contradiga los mínimos impuestos por la Ley de Contrato de Trabajo que es la ley especial. La Constitución no dice que el trabajador tenga ciertos derechos en el marco de la relación de trabajo, sino que le reconoce sus derechos que pasarán a integrarse a la relación jurídica

que preexistía a la reforma constitucional de 1957, en la que se integraron los derechos de segunda generación del trabajo.

Lo anterior tenemos que decirlo, porque el miembro informante acusa que tuvieron en cuenta la evolución del derecho y que “En su larga evolución el derecho reconoció en su momento la debilidad intrínseca del trabajador en lo que hace a su relación laboral. De allí surgió un derecho tuitivo de las relaciones del trabajo, que ha sido reconocido y que hoy tiene una consagración expresa”. No creemos que esto haya sido así y menos que se protejan relaciones. Se protegen personas, no relaciones y se compensan las asimetrías en la relación proporcionando derechos y deberes dentro del mismo vínculo, no siendo ab initio necesario crear toda una nueva relación.

En el ámbito que analizamos ahora, quedan dudas de porque tuvo tanta importancia la consignación en la norma constitucional de la relación de consumo. Por ello, nos introducimos en los fundamentos mismos de la norma, para tratar de comprender que fue lo que movilizó al constituyente.

En primer punto, al tratar de explicar cómo se orquestaría la tutela del consumidor, el miembro informante habla sobre qué es consumidor sin llegar a dar una definición, pero luego agrega: “La noción legal de consumidor sirve para delimitar el ámbito de aplicación de la norma, cuyo objeto es precisamente la protección de los consumidores. Pero junto a este criterio subjetivo de delimitación le sigue otro referido al denominado acto o relación de consumo definido por Calais Auloy como un acto jurídico que permite obtener un bien o un servicio con vistas a satisfacer una necesidad personal o familiar. Según este planteamiento es consumidor en sentido jurídico la persona que realiza un acto de consumo. La noción de consumidor en sentido concreto va indisolublemente unida a una actuación determinada, aquella que convierte a la persona en consumidor” [37].Luego, se agregó que “En virtud de que se incorporó el concepto de consumidor con la expresión «relación de consumo» se consideró apropiado definirla como «la relación jurídica que se establece entre

quien, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiriera o utiliza como destinatario final»”.

Solo en estos pasajes se dice algo sobre la relación de consumo, que con tanta claridad literal se puso en la norma. Más, no existía la misma claridad conceptual, como se aprecia. El miembro informante ni los demás constituyentes tenían idea si se trataba de una relación jurídica o de un acto jurídico. Convengamos que no son lo mismo y, pese a ello, en la explicación del texto constitucional se los amontona y se deja en el lector más dudas que certezas. Luego, cuando se da una definición, se da una tan vaga que puede atrapar casi cualquier tipo de realidad contractual.

Con la mirada de un constitucionalista, se ha entendido y explicado la inclusión de la relación de consumo desde un encuadre meta jurídica:

«Cuando se toma en consideración al mercado y al consumo, se habla de un “derecho de consumo”, en cuyo centro se ubican los derechos del consumidor. Por consumidor se entiende toda persona que adquiere o usa un producto determinado o un servicio como destinatario final. Entre consumidor y el proveedor de bienes y servicios se traba en el mercado una relación que, como mínimo, exige que la presencia del estado controle y asegure la defensa de la competencia leal (con descarte de la desleal) y la defensa del consumidor, que es la parte más débil y vulnerable en esa relación, sin dejar de computar que la bilateralidad de tal relación se inserta en un marco de globalización y generalidad muy amplia que también hace indispensable asegurar el principio protectorio -no solo del consumidor, sino de pequeños proveedores y pequeñas empresas[38].

Lorenzetti, explicando mejor las cosas que el constituyente, ha dicho que “el consumidor es un sujeto de derechos, pero no es el fundamento de la disciplina”. A esto le agrega que “El fundamento es el principio protectorio constitucional aplicado a partir del acto de consumo, lo que da lugar a una relación jurídica” [39]. Estimamos que esto ha sido lo que tuvo en miras el constituyente al crear la norma. Si no, no tiene sentido alguno la alusión a la relación de consumo y

tampoco surge su sentido de lo que se expresó en el Diario de Cesiones.

El sistema argentino, que no es igual al español, pese a que el constituyente lo cita, tampoco es similar al brasileño; pues, allí se establece un orden económico y financiero, entre los que se destacan los principios generales de la actividad económica y, allí, en el art. 170 de la Constitución se regula que: “El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurara todos una existencia digna, de acuerdo con los dictados de la Justicia Social, observando los siguientes principios” y en el punto V se enumera: “defensa del consumidor”.

En suma, nos dejan dudas hasta el momento los verdaderos fundamentos que se tuvieron en cuenta durante la redacción del texto constitucional. Esperamos que el estudio del problema nos ayude a entender y que al final de cuentas podamos organizar sus efectos, al menos, en lo que atañe a la dogmática de todas las normas en juego.

2. Concepto.

1) La relación de consumo y su concepto en Argentina.

1.1. La relación de consumo en la Ley de Defensa del Consumidor.

Inicialmente, la Ley de Defensa del Consumidor del año 1993, cuyo número es 24.240, no hacía mención de la relación de consumo. Es de destacar que la reforma constitucional, que constitucionalizó al derecho del consumo, es del año 1994. Recién en ella, como se dijo en el punto anterior, se expresó el concepto de relación de consumo. No obstante, hasta 2008, con la Ley N° 26.381, no se la definió legalmente.

La primera Ley, entonces, orquestaba la tutela sobre el sujeto consumidor y obligaba a su cumplimiento a los proveedores. En aquel primer estadio, se entendió en los arts. 1° y 2° de la mencionada norma, que la Ley tenía por objeto la protección de los consumidores y usuarios. Sin solución de continuidad, en el artículo primero nos

decía que “Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: a) La adquisición o locación de cosas muebles; b) La prestación de servicios; c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas”.

En el artículo dos, después de definir al proveedor -sobre quien pesarían los deberes que establece la ley como polo contrario a los derechos del consumidor- se determinaba quienes no son consumidores: “No tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento”.

Aquella primera Ley obligaba a los proveedores a su cumplimiento. Por tales tenía a “todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios. Se excluyen del ámbito de esta ley los contratos realizados entre consumidores cuyo objeto sean cosas usadas”.

El esquema originario de la Ley de Defensa del Consumidor se modificó en 2008 y se definió por primera vez a la relación de consumo como “el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario”.

Por otro lado, se dio una nueva definición de consumidor y de proveedor. El nuevo concepto de consumidor, ínsito en el art. 1º, quedó redactado en los siguientes términos: “toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo

familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines”.

Además, agrega un relevante párrafo: “Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”.

El proveedor, también sujeto de la relación de consumo, según el art. 2º, vendría a ser: “la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley”.

Expresamente se segrega del ámbito de la Ley a “los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento”.

1.2. El aporte jurisprudencia en la definición del consumidor y de relación de consumo.

El caso más paradigmático al respecto de la noción de consumidor y del alcance de la relación de consumo ha sido el renombrado caso “Mosca” [40].

El caso versó sobre un transportista, que esperaba a un equipo periodístico, fuera del estadio de un club de fútbol de la primera división, mientras los periodistas realizaban la cobertura del cotejo. Durante el espectáculo comenzaron desmanes y enfrentamientos

entre los asistentes y, en un momento determinado, voló desde el interior del estadio un objeto contundente que dañó al Sr. Mosca causándole incapacidad física. Por el hecho, la Corte Suprema de Justicia de la Nación actuó de forma originaria, puesto que se demandó a la Provincia de Buenos Aires. Además, entre los legitimados pasivos estuvieron la Asociación Argentina de Fútbol (AFA) y el club dueño del estadio donde se había llevado a cabo el partido.

No es menor el dato de que el actor fue indemnizado por el seguro de riesgos de trabajo de su empleador, por haber sido herido en ocasión de su prestación laboral, por lo que solo reclamaba el residuo de indemnización civil no cubierta por la laboral (43.000 pesos dio la Corte y la ART ya había pagado \$26.933,50).

La Corte le da la razón al actor en su pedido de responsabilizar al club de fútbol y a la AFA, mas no le hace lugar a la demanda contra la Provincia de Buenos Aires.

El pronunciamiento fue decidido por cuatro votos (Dres. Maqueda, Lorenzetti y Zaffaroni -que realizan un mismo voto- y, con una la Dra. Highton de Nolasco -quien amplía los fundamentos y adhiere a la decisión-). En sí, se evidencian tres posturas en el fallo, si se considera a la disidencia.

La postura de la mayoría fue condenar teniendo en cuenta la obligación de seguridad constitucionalizada[41]: “El derecho a la seguridad previsto en el art. 42 de la Constitución Nacional, referido a la relación de consumo, abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados -en el caso, formulada por los organizadores de un partido de fútbol-, por lo que la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes”.

La jueza que adhirió a la mayoría, pero que justificó aparte su decisión dijo: “Corresponde la extensión de la responsabilidad por el riesgo de la cosa prevista en el art. 1113, párrafo segundo, segundo

supuesto del Código Civil, al riesgo de la actividad desarrollada - intervenga o no una cosa- en estadios deportivos (de la ampliación de fundamentos de la doctora Highton de Nolasco)”.

Por último, la disidencia mayoritaria (dos votos de los Dres. Fayt y Petracchi) asentó su posición de no responsabilizar al Club por los hechos que ocurrieran fuera del estadio: “El club donde se celebró un encuentro deportivo -en el caso, partido de fútbol- no puede ser responsabilizado por los daños padecidos por quien fue alcanzado, mientras se encontraba en la vía pública, por un elemento contundente proveniente de incidentes ocurridos a raíz de dicho evento, pues la prueba de que hubo incidentes dentro de la cancha carece, por sí sola, de entidad para atribuir al organizador la culpa por el daño producido a la víctima que estaba fuera de las instalaciones del club (del voto en disidencia de los doctores Fayt y Petracchi)”.

Y, además, ambos jueces propusieron sin éxito exonerar de responsabilidad a la AFA con estos fundamentos: “La Asociación de Fútbol Argentino no puede ser responsabilizada por los daños que sufrió la persona alcanzada, mientras se encontraba en la vía pública, por un elemento contundente proveniente de ciertos incidentes ocurridos a raíz de un partido de fútbol, dado que dicha Asociación no organiza ni participa del espectáculo, así como tampoco ejerce control directo sobre los espectadores, menos aun con relación a personas que estaban fuera del estadio”.

El voto aislado de la Dra. Argibay también se pronunció por la negativa de la responsabilidad del club de fútbol y de la AFA: “Es improcedente responsabilizar al club de fútbol donde tuvo lugar un partido y a la Asociación de Fútbol Argentino, por los daños y perjuicios que sufrió quien resultó alcanzado por un elemento contundente mientras se encontraba en las inmediaciones del estadio, toda vez que no ha probado quién fue el autor del daño ni de dónde provino la agresión recibida, por lo que no se ha acreditado la existencia de una relación de causalidad jurídicamente relevante entre la conducta atribuida a los entes demandados y la reparación que se pretende”.

Este fallo de la Corte del 06/03/2007, como ya había pasado anteriormente, tuvo la fuerza persuasiva para poner a trabajar al legislador y, con él se explica la nueva noción de consumidor que trajo la Ley N° 26.381 del año 2008.

No obstante, la fuerza que pudiera tener el fallo, en veinte años de aplicación de la LDC no se ha producido el cambio cultural que amerita. Señala el pionero en la materia, Gabriel A. Stiglitz, que el Estado Argentino está en mora con la implementación de los organismos que debe crear, sostener y fomentar y que la educación al consumidor, entre otros aspectos, son cuentas pendientes. Esta misma realidad se advierte en los Tribunales, donde se sigue fallando con aplicación del Código Civil y una mención genérica, a lo sumo a la Ley de Defensa del Consumidor [42].

Los jueces desconocen el Derecho del consumidor. No conocen la relación ni el diálogo entre la Constitución Nacional, el Código Civil y la ley especial en la materia. Demuestran vicios y carencia de formación en lo sustantivo y, he podido comprobar que desconocen las reglas procesales específicas con los contratiempos que lleva tener que apelar desde el primer proveído. A la hora de aplicar daños punitivos se muestran tibios y renuentes, en parte desconociendo su significado y la necesidad de su efecto disuasorio y ejemplificador en el mercado. Uno a uno podríamos hablar de la cantidad de déficit existente en cada uno de los aspectos más notorios y esenciales del Estatuto.

Pero, a lo fines de no alongar en exceso la crítica, nos quedaremos con la que ha hecho el Dr. Echevesti, quien se ha ocupado de estudiar las bases de datos de la Justicia de la Provincia de Buenos Aires y, ante la escasez de fallos que invoquen la LDC y a la poca importancia que se le da cuando se la cita, ha extraído muy útiles conclusiones propias:

“Para los tribunales en general, la relación de consumo no es una fuente autónoma de obligaciones, maguer su reconocimiento en el plano legal y supra-legal (arts. 3 LDC y 42 de la C.N.); y por ende, las normas del estatuto, no regulan, ni consagran obligaciones, ni

instituyen derechos de fondo, con origen o en ocasión de aquella fuente. En consecuencia, sus preceptos no deciden nada. En todo caso, colorean, refuerzan o enfatizan una decisión; como la peroratio en la retórica, se emplean para persuadir”.

“En fin, en el espacio jurisprudencial, la normativa del consumidor es, como sus veinte años, poca cosa” [43].

1.3. Los estudios de la doctrina respecto a la relación de consumo.

Sobre la relación de consumo, Lorenzetti dice en su obra: “Consumidores” que es una relación jurídica emergida de un acto de consumo. Esta relación debe ser definida por la Ley con distintos alcances posibles, según como se trate a las fuentes, sujetos y objeto. En su perspectiva, lo que corresponde es efectuar una definición amplia, que incluya a todas las situaciones en que el sujeto es protegido, sea “antes, durante y después de contratar; cuando es dañado por un ilícito extracontractual o cuando es sometido a una práctica del mercado, cuando actúa individualmente o cuando lo hace colectivamente”. Esto debe ser así, según entiende, porque la relación de consumo determina “el ámbito de aplicación del Derecho del consumidor”. Por ello, debe incluir todas las “situaciones posibles” [44].

Frustagli y Hernández sostienen que la relación de consumo es “el vínculo intersubjetivo que reúne jurídicamente a ambos sujetos constituye una relación de consumo”. Esta permite entender a las nociones de consumidor y de proveedor en un contexto relacional, impuesto principalmente por el art. 42 de la Constitución Nacional. Esto se ha entendido así porque la relación de consumo es el marco que determina el objeto de la protección constitucional y, a su vez, los límites objetivos de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor, sirviendo para la explicación de las definiciones de consumidor y proveedor, que son el contrapunto dentro del vínculo[45].

En Argentina, como podemos ver tanto en la ley, como en la jurisprudencia y la doctrina, se entiende que la relación de consumo es

algún tipo de relación jurídica. Tendremos que ver luego sus causas y efectos a los fines de circunscribirla correctamente en nuestro derecho privado.

2) La relación de consumo y el concepto de consumidor en España.

Hemos visto que la normativa constitucional española no es como la argentina. Establece deberes para el estado y no alude en punto alguno a la relación de consumo. Pero en el art. 2º de la legislación de defensa del consumidor se regula que “Esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios”. Por ende, es la relación entre consumidor y usuario la que determina el ámbito de aplicación de la norma. No obstante, se pone más énfasis en el estudio de las nociones de consumidor y de empresa -en España no se habla de proveedor- que en la de relación jurídica de consumo o equivalentes.

Previo a hablar de los conceptos de consumidor y de empresa, hay poner de manifiesto que no hay una voz unívoca para el concepto de consumidor. Las Comunidades Autónomas, la misma Ley de Defensa del consumidor en sus libros tercero (responsabilidad por productos y servicios defectuosos) y cuarto (viajes combinados) y múltiples leyes especiales tienen distintos conceptos de consumidores.

La ley española, conocida como Texto Reunificado Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDU), sí define a al consumidor y al usuario en sus arts. 3º y 4º. No está de más prevenir que esta normativa ha sido objeto de una reciente reforma por la Ley N° 03/2014. El texto parcialmente derogado era del año 2007, lo que demuestra el dinamismo en la materia existente en el país, que supera ampliamente a esta sola reforma.

La reforma tuvo por finalidad incorporar al derecho interno a la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores. Pero, no se agotó allí, puesto que el legislador aprovechó para modificar algunos puntos más de la Ley.

El concepto de consumidor que había hasta este año era el siguiente: “a efectos de esta Norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”.

El nuevo texto legal tiene por consumidor a “efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”. A continuación, se agrega la regulación para que las personas jurídicas puedan ser consideradas consumidores: “Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

Las mutaciones en la normativa no han modificado lo esencial del concepto, sino que han sido diferencias prácticamente gramaticales, que no modificarán, como pasó en Argentina, al concepto mismo ni se amplía a nuevos casos. Dejamos el análisis exegético al Profesor Marín López, quien ya ha estudiado la reforma durante la tramitación legislativa del proyecto. Según su entendimiento, las modificaciones se limitan [46]:

Comparándolo con el actual art. 3 TRLGDCU, en una primera aproximación se advierten tres diferencias. En primer lugar, mientras éste se refiere a que el consumidor actúa “en un ámbito ajeno” a una actividad empresarial, la norma proyectada requiere que el consumidor actúe “con un propósito ajeno” a la misma. Esta diferente redacción carece de consecuencia alguna. Pues ambas definiciones se basan en un criterio negativo. Lo relevante es que el consumidor actúe con un propósito ajeno, con unos fines ajenos, o en un ámbito ajeno a su actividad empresarial. La referencia al “propósito” (o a los “fines”, que es la expresión utilizada en el concepto de consumidor en la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo) remite a un parámetro subjetivo. Pero la utilización del

término “actuar” hace referencia a un criterio objetivo, que se aproxima al “acto de consumo”, según el cual lo decisivo no es el propósito o finalidad perseguida por el acreditado, que le llevó a la obtención de ese crédito, sino el destino efectivamente dado al bien o servicio recibido.

Una segunda diferencia tiene que ver con la “actividad comercial, empresarial, oficio o profesión” como finalidad o propósito al que no puede ir destinada la actuación del consumidor. En el actual art. 3 TRLGDCU el consumidor debe actuar en un ámbito ajeno a una “actividad empresarial o profesional”. Tampoco este cambio de redacción tiene consecuencias jurídicas. Los comentaristas del actual art. 3 TRLGDCU han destacado que la alusión a la actividad “empresarial o profesional” es redundante, y que hubiera bastado con referirse únicamente a la actividad empresarial. Pues dentro de la actividad empresarial está comprendida, sin duda, la actividad profesional. Lo mismo puede decirse en relación con las nuevas alusiones a la actividad comercial y al oficio. Son igualmente menciones innecesarias. Que se trata de conceptos intercambiables se infiere también del art. 3.II proyectado, que sólo se refiere a la actividad comercial o empresarial. En consecuencia, no hubiera sido necesaria una modificación legal.

En suma, como ya había explicado, antes de la reforma, el Profesor Martínez Espin, sigue siendo consumidor: “la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros”[47].

Según su calificada opinión, también correspondería tratar como consumidores a: “a) al inversor no profesional, bien en valores mobiliarios o bien en inmuebles, que adquiere para su reventa o para su alquiler; b) al consumidor/destinatario intermedio (cfr. art. 10.1.h Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia) o intermediario no profesional, incluido quien adquiere para un uso colectivo ajeno (fuera

de un ámbito empresarial: asociaciones, etc.); c) al cedente no profesional (consumidor) que vende, arrienda, permuta, etc. algún bien a un empresario o profesional”.

El antagonista frente al consumidor es la empresa, mejor dicho, el empresario el producto y el proveedor, que vienen a ser los sujetos obligados por la ley a cumplir con los derechos del consumidor.

La nueva noción de empresario, a efectos de lo dispuesto en la norma, lo considera a “toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”.

Con relación al texto del anterior art. 4º se mantienen los requisitos para calificar al empresario: “ha tratarse de una persona física o jurídica (lo que no impiden que puedan ser empresarios entidades sin personalidad, como las comunidades de bienes), que puede tener una naturaleza pública o privada, y que desarrolla una actividad empresarial y en ese marco celebra el contrato con el consumidor” [48]. La misma Ley define especialmente a algunos tipos de empresarios, como lo son el productor y el proveedor.

El art. 5 del TRLDCU define al productor: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 138[49], a efectos de lo dispuesto en esta norma se considera productor al fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo”. Y, por último, en el art. 7 se define al proveedor: “A efectos de esta norma es proveedor el empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución”.

Se advierte que, al igual que en Argentina, las nociones de consumidor y de empresario son fundamentales para la determinación

de los sujetos tutelados por el derecho y cargados por los deberes que correlativamente fija la Ley por cada derecho reconocido. Sin perjuicio de ello, la diferencia más trascendente que se aprecia es que la relación entrambos, la denominada relación de consumo no juega un rol relevante a la hora de modificar los regímenes de responsabilidad, de los contratos y de las obligaciones. Son los derechos y los deberes que conforman esa relación los que modifican, en virtud de la ley cada instituto, sin necesitarse otros ajustes que la interpretación armónica de esta ley con las generales, cuando exista silencio de la ley especial. En nuestro país, al tener la relación de consumo, sin definición, en la Constitución Nacional cambiará el panorama, por las circunstancias que seguiremos ampliando en este trabajo.

3. Algunas diferencias conceptuales respecto al consumidor argentino y el consumidor español.

En el derecho español no se identifican actos que caractericen al consumidor. Sería consumidor todo aquel que actúe con un propósito ajeno a su actividad lucrativa frente a quien sí actúa con finalidad lucrativa, en el marco de una actividad empresarial, comercial, profesión y oficio. Por ello, también se entiende que las personas jurídicas sin fines de lucro son consumidoras cuando operan frente a los empresarios en sentido lato.

De forma amplia se reconoce la tutela a todo un espectro de vida del ser humano y se equipara, en el otorgamiento de la protección, solo a aquellos sujetos que tienen una existencia destinada a no obtener y generar lucros [50]. En suma, la tutela del consumidor, en la letra de la ley, alcanza a todo tipo de actos.

En Argentina se tiene por consumidor a las personas físicas y también a las personas jurídicas, que a título oneroso o gratuito: 1) adquieren bienes y servicios; 2) utilizan bienes o servicios. Siempre que sean como destinatarios finales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Además, de forma reiterativa o aclaratoria -con cierta redundancia- se agrega como consumidor a “quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

Por último, se dice que es también consumidor “quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”.

Este concepto de consumidor que puede englobar, según las interpretaciones, hasta cuatro tipos de sujetos que se encuentran en situaciones diferentes sigue generando polémica y enfrenta a los operadores jurídicos en posiciones frecuentemente extremistas: aquellos para quienes todo el derecho privado trata de consumo, salvo escasas excepciones y aquellos que denostan la materia. La situación jurídica más controvertida es la última, la del expuesto a la relación de consumo. Allí los contornos del derecho del consumo se hacen muy difusos y, según se interprete con mayor o menor amplitud, se puede abarcar muchas situaciones que no son propias del consumo.

Por ejemplo, quien es atropellado por un colectivo que transporta pasajeros, ¿es un expuesto a una relación de consumo? Miles de situaciones semejantes podrían entrar en esa norma, pese a que no hay una relación causal apropiada entre una situación análoga al consumo por el afectado y el daño producido. Es decir, la exposición al consumo no tiene equiparación con una situación propia de un acto de consumo, sin una necesidad análoga no hace falta el mismo estándar de protección del orden público.

Entendemos que ese tipo de normas se dirige a los consumidores potenciales, que no llegan a la adquisición o utilización de los bienes y servicios, como quien está sujeto a publicidad o quien ingresa al negocio, o quien circula por el shopping o quien es atendido por personal del proveedor. También podría entenderse en la misma situación, a quien es dañado por defectos de fabricación de un producto ajeno que no utiliza ni adquiere, pero para eso existe una norma especial, que es el art. 40 de la LDC.

Aunque, podríamos decir que esta parte, del art. 1° que comentamos, es una concepción general que intenta atrapar todos los supuestos que tienen posteriormente un tratamiento en la norma. Por ejemplo, la información, la seguridad, el derecho al trato digno y la responsabilidad por productos. Sin dudas, sería descabellado sostener que las personas no tienen derecho a la información veraz previo a la adquisición y utilización de los bienes y servicios. De la misma manera, sería incoherente pensar que quien ingresa a un local, aunque nada compre, no debe ser tratado con dignidad o que no se le adeuda seguridad.

En fin. No creo poder encontrar ahora todos los supuestos atrapados por el art. 1° de la Ley de Defensa del Consumidor, pero sí al menos como se puede orientar su interpretación.

3.1. ¿Deben ser tuteladas las sociedades comerciales por la normativa de consumo?

En España tienen dicho que no. La Ley así lo estableció desde su primera versión, cuando exigía una actuación ajena al ámbito empresarial, profesional o del oficio para definir al consumidor. Hoy que requiere un propósito ajeno a esas áreas, se seguiría aplicando la misma solución, aun en los casos en que la persona jurídica actúe fuera del espacio de su objeto social o no incorpore los bienes y servicios a su cadena de valor.

En Argentina la tendencia no es la misma. Las empresas, cuando les conviene a sus intereses tratan de acogerse a las ventajas de la LDC, pero cuando son las requeridas o demandada, intentan excluirse.

La doctrina tiene estudiado el tema. Por ejemplo, Dante Rusconi [51] -por citar la opinión de un destacado jurista en la materia que, además es juez de faltas con competencia en defensa del consumidor- ha expresado que la reforma de la Ley N° 26.381, del año 2008, le ha abierto la puerta a la protección del empresario consumidor.

Ello, según explica, era imposible en el anterior marco normativo. Primero, porque el art. 2º de la LDC tenía un párrafo que así lo determinaba: "No tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros". También, porque el decreto reglamentario del art., cuyo número era 1798/1994, establecía "Se entiende que los bienes o servicios son integrados en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros cuando se relacionan con dichos procesos, sea de manera genérica o específica".

Tras la modificación de estas normas desaparecería la prohibición, principalmente al "quedar sin sustancia, la aclaración que al respecto contenía el dec. 1798/1994 reglamentario de la ley 24.240" [52]. No obstante, destaca que "lo que importa es establecer pautas o parámetros que impidan que lo que debe ser una situación excepcional dentro del sistema de la Ley 24.240, esto es que quien actúa habitualmente como proveedor pueda ser considerado en ciertos casos como consumidor, se transforme en regla"[53]. No se habilita la tutela de la LDC, en consecuencia, al proveedor débil. Pero sí puede catalogarse como consumidor y aplicarle el tratamiento correspondiente a aquel empresario que es destinatario final del bien - que lo agota fácticamente y económicamente- y, que, a su vez, se encuentra respecto del proveedor en situación de debilidad.

Se pueden definir las circunstancias en las que se produce el consumo del empresario, que habilita la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor, utilizando esta teoría finalista-relacional. Se requiere, según explica, que el acto de consumo debe realizarse fuera de la actividad habitual y que el bien adquirido no puede incorporarse de manera directa a una actividad productiva o comercial. Con lo primero se asegura la situación de vulnerabilidad y con lo segundo se evita que se apele a la LDC "por materias primas, insumos, bienes intermedios, o bienes de cambio" [54].

La contemplación de la empresa como consumidor no es solo una posición autoral. Los Tribunales y las Oficinas de Defensa del Consumidor reciben reclamos y le dan curso en casos de adquisición de vehículos, servicios de alarma, seguros, etcétera. No es que lo hagan siguiendo el criterio del autor. Lo hacen con múltiples criterios, pero no siempre le dan la razón al peticionante, pues no siempre se entiende que hay relación de consumo [55].

Por nuestra parte, entendemos que hay posibles argumentos, muy sólidos, en favor de una postura permisiva del consumidor empresario y para una postura negativa. Los contornos difusos de la norma permiten ingresar a cualquier posición, por lo que es la dogmática la que tiene que de alguna manera hallar la solución más justa y apropiada con el espíritu del sistema y con la necesidad de defensa del verdadero consumidor.

Posibles argumentos en favor del consumidor empresario:

1) Dando plena validez y vigencia a la tutela del consumidor-empresario, podemos decir que en la normativa actual se prevé la protección de la persona física y jurídica cuando adquiere o utiliza bienes y servicios como destinatario final. No hay dudas, que de buena fe se puede interpretar la expresión “destino final” con algún sentido que permita la incorporación al tipo legal de una serie de hechos ejecutados por una sociedad mercantil o por un empresario unipersonal, sea comerciante profesional o desarrolle el ejercicio de un oficio.

2) Podremos decir que, además, esa norma -el art. 1° de la LDC, que define al consumidor- tiene anclaje en la Constitución Nacional y, como es la regulación de una norma suprema, corresponde hacer una ponderación de la norma en función de esos derechos, por lo que debe permitirse la tutela más amplia posible, pues es la forma en que se interpretan los derechos y garantías de la Constitución.

3) Podríamos agregar que se trata de un caso dudoso y que se podría aplicar el principio favor consummatoris, lo que, sumado a lo

dicho en el punto anterior, podría afianzar una línea de fundamentación.

4) Además, no es ilógico decir que la Constitución Nacional establece la igualdad ante la ley y, que, nuestro ordenamiento jurídico establece que, en principio y siempre que no haya incompatibilidad, las personas jurídicas tienen los mismos derechos que las personas físicas, con lo que las sociedades comerciales podrían ser consumidores.

5) Se puede decir que la empresa, en todas sus formas -más correctamente el empresario- puede realizar adquisiciones y utilizar bienes y servicios que no son directamente propios de su actividad comercial e, incluso, de su objeto social.

6) Se puede agregar que entre los empresarios y sus proveedores de esos servicios se dan diferencias de poderío económico, técnico, jurídico, científico, entre otros que configuran una relación profano-experto y débil-fuerte.

Argumentos en contra de la aplicación de la LDC al consumidor empresario:

1) El primer argumento para sostener la improcedencia de la tutela consumerista en favor del empresario, radica en que este no tiene jamás un solo acto que directa o indirectamente conduzca a la generación de algún lucro, a diferencia del verdadero consumidor.

La empresa es la organización de los factores de producción con el propósito de maximizar ganancias. En esa estructura compleja se requiere de infinidad de bienes y servicios. No solo la parte productiva es la empresa, la empresa incluirá tantos sectores, áreas y recursos como necesite para su funcionamiento. Pero, todos se amalgaman por su necesidad para el propósito empresarial. Es cierto que no todos los bienes y servicios generarán directamente lucro, pero si es cierto que todos propenden a satisfacer una necesidad que mejora el desempeño de la empresa. Los empresarios no gastan su dinero en bienes

suntuarios que nada le aportan al negocio. Cada adquisición y cada contratación está pensada para servir y ganar. No es tan relevante el hecho de que se adquiera con destino final y que no se dé un nuevo eslabón en la cadena de valor, como la función que cumple en algún punto de la gestión de la actividad empresarial.

Por ejemplo, de entre los casos típicos, las alarmas sirven para la protección patrimonial de las maquinarias, materias primas o mercadería. Los seguros sirven para la atomización o traslación del riesgo empresario. Los vehículos que se dan a la gerencia para la mayor comodidad y mejor cumplimiento de las tareas de gestión o, incluso, para la proyección de imagen y status. Los alimentos de comedores, para la manutención de la fuerza laboral. Por otro lado, tampoco puede considerarse actos de consumo, aquellos que resulten de imposiciones legales.

Cabe reflexionar, si verdaderamente podría haber un acto de destino final que sea completamente inútil para la empresa, así no sea directa su relación con un lucro. La respuesta negativa se impone. Hay una amplia brecha entre esta situación y la de un consumidor, aunque la doctrina no la ha advertido. El consumidor no solo está en desventaja frente al proveedor o empresario, sino que consume porque necesita sobrevivir -cada vez con necesidades más sofisticadas-, mientras que la empresa adquiere o usa bienes y servicios para obtener ganancias y solo existe para ello.

Creo, manifiesto mi opinión, que lo que se esconde detrás de la teoría del destino final empresario del bien o servicio es la voluntad de proteger a las empresas más débiles frente a las más poderosas, que se manejan a su respecto en una situación en algún punto comparable con el consumidor. De todos modos, la debilidad que existe no es la misma que sufre el consumidor. En el siguiente punto se explica el porqué de la afirmación.

2) El consumidor, al vincularse con el proveedor, solo cuenta con la información que él puede obtener. Según el tipo de bien a consumir, mayor o menor será la búsqueda de información. El consumidor dispone de más información de la que brinda el

empresario, pero no siempre está interesado en invertir tiempo y recursos en obtenerla, mientras que el proveedor está obligado a brindarla y con un estándar mínimo. Hoy, con el mercado electrónico y la superación de las comunicaciones con internet, se dispone de mayor transparencia en el mercado como nunca antes.

De todas formas, el consumidor no entenderá siempre el alcance de todos los actos que celebra, algunos son imposibles de comprender, por ejemplo, en el seguro no siempre se sabe cuáles son las obligaciones de la Compañía; pues las pólizas son difíciles de leer y de entender con muchas páginas de letra chica.

La empresa nunca acude así al mercado. La empresa más modesta tiene un abogado, un contador, un gerente que lleva algún tiempo en el rubro. Tiene expertos en su seno. Ni hablar a medida que crecen. Por supuesto que las empresas de mayor porte también utilizan contratos de cláusulas pre impuestas y que puede haber contratación por adhesión. Piensen en el contrato de franquicia o en los que desarrollan las empresas petroleras con sus contratistas. Cuando la empresa contrata con otra más poderosa sabe bien lo que está haciendo, o puede saberlo.

En este punto es cierto que el empresario es un profesional. No se le puede dar el tratamiento de alguien que no sabe. El comercio requiere de una actuación diligente, al igual que la profesión y el oficio. Cuando se trata de sociedades comerciales, su estándar de actuación es el del buen hombre de negocios (art. 58 Ley de Sociedades). No es lo mismo que el caso del consumidor que todos podrían tener por tal -el menos discutible en el concepto de la ley-. No se le puede exigir un alto estándar para todos los supuestos de leyes societarias y comerciales y luego decir en otra área, que es de su incumbencia, que son profanos o que la otra empresa era más poderosa.

Esta diferencia, de hecho, me parece central. Y, volvemos al final del punto anterior, la necesidad de equiparar a las empresas entre sí no debe ser función de la LDC, más cuando el Código Civil tiene desarrollado al abuso del derecho y a la buena fe en su articulado y

constituyen principios generales del derecho. El derecho no es el socorro de a los malos negocios ni la idéntica regulación legal para situaciones muy diferentes.

3) Violación de la igualdad ante la ley y del principio de razonabilidad:

La igualdad, según la más prístina doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia, requiere que se trate por igual a quienes se encuentren en igual situación. Por lo tanto, es desigual, que se trate de igual forma a quien se encuentra en una situación diferente.

Por ello, teniendo en cuenta las importantes diferencias que se han explicado en los puntos anteriores, creemos que no es constitucional tratar por igual a un consumidor que requiere del consumo para subsistir frente a un empresario que contrata para medrar económicamente. De la misma forma, no es igualitario el trato que se pretende dar por igual a ambos sujetos, cuando uno cuenta con un conocimiento más restringido de los alcances materiales, económicos y jurídicos de un acto, mientras que el otro sabe bien qué acto está realizando cuáles son sus efectos y, si no lo sabe, debería saberlos por su calidad de profesional. Las situaciones son muy diferentes entre las personas físicas y las jurídicas. No son iguales ante el mercado, por ello no merecen el mismo trato y la misma protección.

En la misma línea de razonamiento, creemos que la regulación legal que defina al consumidor tiene que ser razonable con el art. 52 de la Constitución, que es el que busca hacer efectivo. No creemos que interpretar al art. 1º de la LDC, introduciendo en su seno al empresario sea razonable. La irrazonabilidad proviene por la alteración de la protección en favor de quien es totalmente diferente al individuo que se quiso proteger, tanto subjetiva como objetivamente.

De hecho, en algún punto las consideraciones que hacemos se pueden proyectar a todas las personas jurídicas. Sí. Sobre todo, aquellas ideas que aluden a sus actuaciones asesoradas y necesariamente profesionales. No obstante, es más aceptable que sí se

tutele a las personas jurídicas que no actúan con fines de lucro, porque no obtienen ganancias, porque los bienes y servicios se destinan a ella y ahí se agotan allí -sin efectos directos o indirectos en otro beneficio a obtenerse- y porque propenden al bien común. En este caso, por política legislativa hay razonabilidad en la extensión del tratamiento de consumidor. Creemos que no se vulnera la igualdad y que tampoco es irrazonable. Es más, los mencionados motivos son justa causa para una valoración legislativa favorable a un plus en su protección jurídica ante el mercado.

4) Violación de principio de especialidad de la sociedad comercial:

El art. 35° del Código Civil determina que “Las personas jurídicas pueden, para los fines de su institución, adquirir los derechos que este código establece, y ejercer los actos que no les sean prohibidos, por el ministerio de los representantes que sus leyes o estatutos les hubiesen constituido”. En sintonía, el artículo 2° de la Ley de Sociedad especifica que “La sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta Ley”.

La jurisprudencia comercial ha entendido que estas normas entrañan el principio de especialidad por el cual las sociedades comerciales están limitadas en su capacidad jurídica a la obtención de ganancias [56].

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en sus fallos que este principio existe y lo ha utilizado con la finalidad de rechazar las indemnizaciones del daño moral pedidas por diferentes sociedades comerciales. Ha sido clara la CSJN. Las sociedades cuentan con capacidad limitada a la obtención de ganancias [57]. Para ello existen y todo lo que hacen está orientado a ello.

Si este es de verdad un principio que surge de la Ley y que la jurisprudencia avala, se debe aplicar a todos los supuestos de la vida de la sociedad comercial y no selectivamente. Y, si la sociedad comercial existe para generar ganancias, nada de lo que hace puede ser consumo, puesto que su capacidad, su objeto y todos sus actos

tienden al lucro. Encontramos que existe un fundamento jurídico a la visión económica y organizacional que plasmamos en el punto 1) de los argumentos en contra del consumidor-empresario.

Por supuesto, el principio está limitado a la sociedad comercial y no a toda empresa. Creemos que basta con lo dicho en el punto 1) para explicar por qué la empresa no puede ser consumidora. Ahora, con más claridad se suma otro aporte a la explicación de por qué no puede serlo la persona jurídica comercial, por mandato de la Ley.

Pero, puede decirse que es más dudoso el caso de las personas físicas empresarias, que actúan en un doble frente: a veces son consumidores y a veces no, cuando actúan como empresa, profesionales o en el marco del oficio.

Es correcto que cuando consuman como personas comunes, fuera de su actividad le corresponde la tutela de la LDC. Pero si consumen en el marco de su actividad no deben ser amparadas por la Ley estatutaria del consumidor. Esto no implica dejarlos desprovistos de defensas, puesto que el régimen común no es injusto. El caso de los profesionales matriculados (abogados, médicos, ingenieros, arquitectos, veterinarios, etc.) es de lo más curioso. Están expresamente excluidos de la LDC como proveedores y por ende no se aplica la Ley a sus actividades salvo la publicidad y, además, se los quiere introducir como consumidores.

Se podrán presentar casos dudosos, donde el bien se utilice tanto en una como en otra esfera de la vida. En ese caso, como dudoso, se debe aplicar el principio favor consummatoris y tenerlo por consumidor, a menos que el uso mayoritario y esencial sea el empresarial, pues ahí no habría duda.

En nuestra opinión, la empresa es incompatible con el consumo y, por ende, es incompatible con la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor a sus contratos, a sus adquisiciones y usos.

4. Algunas diferencias conceptuales respecto al proveedor argentino y el empresario español.

En España, se entiende por empresario a todo el que actúe con “un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”. Mientras que en Argentina han dado muchos giros para definir al proveedor: “Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios”. En general, quienes realizan todas estas actividades, que no son un *numerus clausus* son empresarios, pese a ello se incurrió en un casuismo que se ve desbordado por la abundancia de la realidad y por la evolución veloz de estos tiempos.

Pero, en Argentina, el Estado puede ser proveedor, por ejemplo, de servicios de salud, de educación, de seguridad y otros. Estas personas son consumidores en el texto lato de la ley, puesto que se permite tener por proveedor a las personas jurídicas de naturaleza pública. Por ende, los servicios públicos que presta el Estado se deben prestar de conformidad con esta Ley de Defensa del Consumidor y, podrá incurrirse en responsabilidad civil por esta norma.

Un punto que les resultará muy curioso a quien lea este trabajo en España, es que la Ley de Defensa del Consumidor, que es tan amplia en el concepto de consumidor, excluye de la norma a los profesionales liberales: “No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vinculen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación”.

Si confrontamos el texto generosísimo del art. 1° de la LDC, por el que casi cualquier sujeto puede ser consumidor, con este art. 2°, puntualmente con este segundo párrafo, nos damos cuenta de una gran incongruencia de la Ley.

Se está sacando de la esfera de la norma tuitiva a un gran segmento de casos, que sí necesitan de la protección especial de la LDC y que sí están en situación de inferioridad de conocimiento y en general en desventaja económica respecto del profesional que lo atiende de forma antojadiza. Es cierto que algunas actividades cuentan con normas especiales muy completas, como en el caso de los médicos que hay leyes de derechos de los pacientes y del ejercicio profesional de la salud, pero no en todas las profesiones están esas disposiciones. Tampoco todas las actividades se organizan como la salud, en la que las obras sociales, la medicina pre-paga y los centros de salud sí se alcanzan por la LDC.

En muy incoherente ver cómo la Ley saca por la borda a todos estos que sí son consumidores y se altera de forma sospechosa al art. 42 de la Constitución Nacional, mientras que como polizón se introduce al empresario-consumidor, sin que nadie denuncie esta incoherencia.

Dicho de otra forma, quien se presenta ante el estudio jurídico o el médico o el veterinario no es consumidor. Pero una empresa que adquiere un auto para que su gerente lo use para ir al trabajo, efectuar la representación de la empresa y usarlo eventualmente con fines privados sí podría ser consumidora.

No nos parece lógica ni justa esta discriminación en contra de todas las personas que depositan su confianza en profesionales que posteriormente los defraudan, muchas veces de forma dolosa. Más allá de esos supuestos extraordinarios, en los hechos más habituales la inferioridad está presente. No vemos justificación alguna a la exclusión de los profesionales de esta ley, máxime cuando sí se introduce al plomero, al taxista, al albañil y a muchos otros oficios que suelen tener menos distancia -técnica, científica y económica- con su consumidor.

Otra escandalosa exclusión de los proveedores del contexto de la Ley ha sido la del transporte aéreo, lo que no tiene ningún sentido, tratándose de vuelos de cabotaje. Pero la LDC en su art. 63 aún dice que: “Para el supuesto de contrato de transporte aéreo, se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la presente ley”.

La Ley N° 26.381 derogó este artículo, pero el poder Ejecutivo lo vetó por decreto y quedó vigente el texto que transcribimos en el párrafo anterior. El decreto 565/2008 no es de las más encumbradas piezas jurídicas de nuestro país y no resiste un análisis de derecho. La realidad que la norma se mantiene como está porque el gobierno de turno decidió “re- estatizar” a la aerolínea de bandera. Lo que buscó hacerse fue disminuir el alcance de las negligencias y torpezas que se pudieran realizar desde la gestión pública en perjuicio de los consumidores. Sin lugar a dudas, el artículo limita y restringe de forma inadmisiblemente la tutela constitucional debida al consumidor.

Si estas cuestiones del derecho argentino no han sorprendido al extranjero, tendríamos que agregar una breve mención a la pretendida exoneración de los seguros de esta Ley, por regirse por una ley especial -la de seguros- la que no es derogada por leyes posteriores generales como las del consumidor. O, que la LDC no se aplica cuando el estado efectúa un contralor de las actividades, más en Argentina donde hay una Superintendencia de Seguros, que visaría las pólizas y controlaría las condiciones del contrato. En fin, algo de esto se dice en el decreto que firmó la presidente, para liberar del peso de la ley a las empresas de transporte aéreo. Todos bregan por salirse de la norma, como si el derecho común fuese la salvación, cuando en verdad ningún derecho en manos de un juez idóneo es la justificación de ningún tipo de fechoría o abuso o detrato hacia un cliente [58].

Por último, hemos de destacar que el proveedor en Argentina, en cuanto a su profesionalidad, no requiere de una actividad continua. Se tiene por proveedor, también, a quien realice actividades propias de un empresario, incluso cuando lo haga de forma ocasional. Esto atrapa a los que realizan algunas actividades profesionales de forma eventual

o única (artesano que vende sus obras en una única vez), siempre que los bienes o servicios de que se trate sean destinados al consumo final por los adquirentes u usuarios o se afecte a uno de los otros sujetos protegidos por la normativa. Por supuesto, también atrapa las actividades empresariales que no son las propias y más características del proveedor.

¿Están incluidos aquí los consumidores que venden objetos adquiridos de un proveedor?

Creemos que la respuesta negativa se impone, porque les falta el requisito de la profesionalidad, que caracteriza al proveedor. Pero, sí sostenemos, que en el caso de que todavía tenga derechos del consumidor exigibles al proveedor por el bien, como la garantía, que puede ceder sus derechos junto con la cosa. Por lo que seguiría existiendo relación de consumo, con sustitución de un sujeto.

5. El concepto de relación de consumo en el derecho comparado.

En el Código de Defensa del Consumidor de Brasil, Ley N° 8.078, del 11 de septiembre de 1990, así como en la Constitución del país, no se habla de relación de consumo.

De forma similar a la legislación española y al texto original de la Ley argentina, define al consumidor y al proveedor y subjetivamente delimita los alcances de la aplicación de la Ley.

Según el art. 2°, será consumidor “toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza un producto o servicio como destinatario final”. Además, “Se equipara a consumidor la colectividad de personas, aunque indeterminables, que haya intervenido en las relaciones de consumo”.

Al igual que lo hace la Ley argentina, probablemente tomando de aquí la terminología, en Brasil se habla de proveedor y se tiene por tal a “toda persona física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, así como los entes despersonalizados, que desarrollan

actividad de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, exportación, distribución o comercialización de productos o prestación de servicios”.

En Italia, según interpretan dos profesores argentinos, en torno a la noción de consumidor del Código de septiembre de 2006: “se observa que el código comentado carece de rigidez en relación a ella toda vez que admite diferentes grados de protección”. Por un lado, en el art. 3, apartado 1 a), comienza definiéndolo como "la persona física que adquiere para fines extraños a la actividad empresarial o profesional eventualmente desarrollada", concepto que resulta ratificado expresa o implícitamente en otras disposiciones del Código (vg. Parte IV "Seguridad y calidad"). En otras oportunidades, extiende el alcance de la protección reconociendo algunas relaciones generadas con independencia de una concreta adquisición de bienes o servicios; así lo hace al regular la obligación general de información en el art. 5, apartado 1, donde entiende por consumidor o usuario a la persona física a la cual es dirigida la información comercial. En materia de publicidad, va aún más allá considerando como consumidor o usuario a la persona física o jurídica a la que se encuentra dirigida la comunicación comercial y que sufre sus consecuencias (art. 18, apartado 2). Por otro lado, profundizando la protección, algunas disposiciones tutelan de modo particular ciertas situaciones de vulnerabilidad, como luego veremos [59]. Esta situación no diferente a la española, puesto que ya hemos señalado que hay múltiples definiciones de consumidor con distintos alcances a diversos efectos.

En efecto, la definición legal que da en el art. 3° el Código Italiano del consumo es muy parecida a la del art. 3° del TRLGDCU español, lo que no debe sorprender porque están influenciados por la misma legislación y directivas comunitarias. Sí hay una diferencia importante en que en el instrumento italiano no se menciona a las personas jurídicas, mientras que en España se tutela a todas aquellas que no produzcan lucro.

A continuación, en los siguientes incisos del art. 3° se definen a la Asociación de Consumidores, al profesional -empresario de ley

española- al productor y al producto. Destacaremos que por profesional se entiende a la persona física o jurídica que actúa en el ejercicio de su actividad comercial, artesanal o profesional, o su representante.

No advertimos grandes diferencias con el ordenamiento español vigente. Al menos en estos conceptos, se aprecia que la armonización legislativa fue efectiva, con la única diferencia de la tutela a la persona jurídica.

El profesor Chabas, en Francia, nos indica que en su país la norma no ha definido al consumidor, por ello se convence de que la noción de consumidor no es uniforme, sino relativa, y de que tal vez, incluso, el derecho consagra menos la categoría de consumidor, que el concepto mismo de consumo [60]. Destaca en el trabajo citado la existencia de multiplicad de normas confusas por las distintas soluciones que arroja y las idas y venidas que ha tenido la jurisprudencia en torno a determinar quién es consumidor y quién no, especialmente cuando se trata de personas jurídicas. En su conclusión, afirma que debe reorganizarse la legislación francesa de forma necesaria.

Por último, queremos destacar los términos en que se han pronunciado el Parlamento Europeo y el Consejo en la directiva 2011/83/UE, que entiende por consumidor a “toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”. A su vez, comerciante es: “toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la presente Directiva”.

Esta norma y sus conceptos son muy importantes porque tienden a la uniformidad de las leyes internas de los estados europeos, por ello no quisimos dejar de mencionarlas, puesto que serán un estándar por el que se habrán de cotejar las leyes nacionales; la misma directiva así lo determina en el art. 4º: “Los Estados miembros no

mantendrán o introducirán, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo disposición en contrario de la presente Directiva”.

De este vuelo rasante por el derecho comparado, no encontramos parangón a la importancia que se le ha dado en Argentina a la relación de consumo.

6. La relación de consumo en el Derecho argentino (profundización, crítica y análisis dogmático)

En el derecho comparado se define al consumidor y al proveedor sin poner mucho énfasis en la relación que hay entrambos -más allá de las consideraciones sociológicas y económicas que hace la doctrina-, dejándola a la teoría general de las obligaciones (con sus fuentes: contratos y responsabilidad civil). En Argentina se ha creado a la relación de consumo. Podría no haberse hablado de ella y tendríamos otras cuestiones de qué pensar, pero se lo hizo y se creó una nueva relación jurídica donde es dudoso que fuera necesaria. Se pudo escoger otra forma de protección del consumidor que tuviera menos implicancia en el Derecho Privado -o al menos dificultad para entender a las relaciones jurídicas- y la misma eficiencia tutelar del débil jurídico.

Como en otros países, se pudo haber reconocido los derechos de los consumidores tal y como están sin inventar a la relación de consumo normativa, no la vemos como algo necesario y son suficiente muestra de ello, que no tiene asidero en otras normas del derecho comparado que suelen ser referencia para nuestro país, como todas las que analizamos aquí. Pensamos que es la incorporación a la Ley de elaboraciones doctrinarias que en verdad poco han de sumar y, como vimos, no son transparentes los motivos de su agregación a la Constitución, por más buenos justos y bien intencionados fueran.

Pese a todo ello, lo cierto hoy es que la relación de consumo está en la Constitución y que la LDC la contiene de forma, creemos, poco clara, conceptualmente hablando. Recordemos que la Constitución Argentina en su art. 42° prevé la tutela del consumidor en el marco de la relación de consumo. El art. 3° de la LDC, dice que la relación de consumo es la relación que existe entre consumidor y proveedor. En el art. 1° se define al consumidor y en el art. 3° se determina quién es el proveedor. Hasta aquí sabemos que existe un vínculo y dos o más sujetos ligados. Lo que ya queda claro es que es un tipo de relación interpersonal. Lo que no queda claro es cuál es su objeto y cuáles sus efectos y que dinámica tiene en la práctica. Tampoco es patente su utilidad e indispensabilidad.

A priori, no tenemos idea de cómo se engarza esta noción en el marco de las relaciones jurídicas.Cuál es su relevancia jerárquica en ese conjunto a quien se parece y de quien se diferencia y cuál es su naturaleza jurídica.

En un primer análisis, uno se imaginaría que algún tipo de relación ha de tener con la obligación, pues se percibe que la relación de consumo tiene efectos obligacionales. Por ejemplo, el art. 10 bis establece que “El incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección a: a) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible; b) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; c) Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato”. In fine agrega: “Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan”.

Nos parece que era innecesario reiterar los efectos de la obligación que surgen del art. 505 del Código Civil, así como poner como efecto de la obligación a la dación en pago -que también tiene regulación civil- y mezclarla con un efecto comisorio, que si se quería regular correspondía hacerlo entre las disposiciones contractuales de la LDC.

Creemos que dichos efectos no eran necesarios, puesto que ya preexistían en nuestro derecho en el régimen común, pudiendo haberse regulado de otra forma. Pero, aún cuando se hubiesen regulado otros, ha faltado alguna reflexión para conformar un régimen coherente dentro de las relaciones jurídicas patrimoniales de nuestro derecho privado.

Pero, mirando más atentamente el artículo, notamos que el art. 10° bis regula solo algunos efectos obligacionales dentro de una sección destinada a regular la oferta y la venta -era aquí más importante darle cabida a la obligación nacida de la voluntad unilateral-. Por ende, no sería lógico que la obligación fuera la relación de consumo, si solo está ligada a algunos de los fenómenos que la integran.

Pero, por supuesto, tampoco podemos ya afirmar lo contrario, porque la Ley no echa luz por ningún lado a esta cuestión. Y, para colmo, la Ley especial que regula el vínculo entre consumidor y proveedor se ha olvidado de los derechos del proveedor, por lo que la normativa prácticamente se ocupa de cargarlo de deberes sin hablar de los deberes del consumidor y los derechos del proveedor, que los tiene, están vivos y saludables y requieren también de la tutela constitucional que le asigna el art. 17 a la Constitución Nacional.

Por ende, en esta primera reflexión esbozamos una superficial crítica a la norma a su necesidad, vaguedad, ambigüedad y falta de profundidad y de completitud. La relación de consumo, al ser un concepto legal constitucional, implica una carga de trabajo de interpretación que podría no existir. Y, de hecho, en la práctica diaria este tema no ha preocupado a ningún operador de la defensa del consumidor, porque todo el eje de nuestra costumbre forense pesa sobre la noción de consumidor. Sabiéndose que el cliente es consumidor directamente se entiende al caso subsumido en la Ley de Defensa del Consumidor, sin necesidad de escarbar en las oscuras ramificaciones de la relación de consumo. Lo mismo para la empresa. Sabiendo que el contrario es consumidor se sabe la aplicabilidad de la

LDC, sin necesidad de siquiera valorar la necesidad de algo que parece inútil y arcano.

En otras palabras, sabiéndose quién es el consumidor se sabe que derechos entran en juego y qué herramientas especiales se disponen contra el proveedor y, solo contra él o ellos. Se percibe de inmediato la existencia de un deber coexistencial que puede compelerse al cumplimiento, como cualquier otro deber u obligación, sin tenerse que apreciar nada sobre la relación de consumo, la que parece como un mero concepto que no ha sido bajado a la tierra ni propiciado ninguna ventaja práctica ni intelectual.

Probablemente por todos estos motivos la doctrina prefiera escribir de miles de otros temas que no sean la relación de consumo, también cuando hablan de ella [61]. La definición del consumidor es uno de ellos, porque ahí se ve la utilidad de la norma en nuestra tradición, no en el vínculo entre sujetos; a diferencia de lo que acontece en el ámbito de la obligación, donde el vínculo se estudia y se analiza desde la época de Justiniano.

6.1. Opinión doctrinaria.

En Argentina, probablemente, quien más ha estudiado a la relación de consumo con su alcance, con mirada dogmática, ha sido Lorenzetti.

Tras la reforma de la Ley N° 26.381, y llegado al estado actual del derecho, el jurista y ministro de la CSJN considera que la relación de consumo, que existe entre proveedor y consumidor, en los términos de la Ley es “muy poco significativa”; por limitarse a mencionar a sus sujetos con una “amplitud que roza la indeterminación” [62]. Por ello, no queda otra a la doctrina y a la jurisprudencia que echar manos a la labor de comprender a todo este fenómeno. Sin dudas, existe razón en esta afirmación.

Santarelli teme, por la letra de la ley, que pudiera invocarse a la regulación legal con fines de limitar la relación de consumo a las

relaciones contractuales: “No obstante, el artículo en comentario, concibe a la relación de consumo -en una estrategia legislativa de dudoso acierto- en la cual reivindica el carácter jurídico de la relación entre un consumidor y un proveedor de bienes y servicios, dando asidero a hipotéticas interpretaciones que pretendan circunscribir la relación de consumo al contrato; desechando conceptos tales como el «consumidor de facto» o similares situaciones que en la amplitud del actual artículo 1° encuentran protección”[63].

Nosotros no creemos que este temor pueda verse plasmado en la realidad, porque, como ya anticipamos, lo más importante en nuestra tradición jurídica es el concepto de consumidor con el que se califica a una porción de la realidad como materia de derecho de consumo y se encuadra el caso en sus reglas. Por otro lado, es natural que el vínculo abstracto que se elabore contenga a todos las relaciones jurídicas posibles entre consumidor y proveedor, sin quedar limitado al contrato. Luego, en la especie sí se podrá concretar la relación jurídica específica que corresponda.

En el mismo sentido, MossetIturraspe y Wajtraub opinan que “una noción acotada de la relación de consumo no dejaría sin poder contemplar estos supuestos expresamente contemplados por la legislación. Además, teniendo su fundamento principal en la normativa constitucional, esta amplitud de criterio es la que mejor se adecua a una correcta hermenéutica” [64].

En concreto, la Ley, al diseñar la relación de consumo, solo establece un vínculo y determina sujetos, con amplitud. Por supuesto, podrían inferirse las causas fuente de la relación de consumo, al analizar el concepto de consumidor y las circunstancias fácticas y jurídicas de su comportamiento, que lo ha llevado a incluirse en la norma (contratos, uso del bien, ofertas, publicidad, daños, etc.). También es cierto que se puede inferir un objeto tácito en nuestro ordenamiento jurídico, pero discordamos con la doctrina que dice que el objeto “es el que se configura por la operación jurídica considerada o los bienes a los cuales se refiere, que son los productos y los servicios” [65].

Por último, se destaca como elemento a la causa fin, que sería el destino de consumo al que alude la Ley. Este vendría a ser un elemento calificante del régimen de defensa del consumidor. “Si no se da esa finalidad, el vínculo no es regulado dentro del régimen de protección del consumidor” [66].

No estamos de acuerdo con estas ideas, puesto que llevan a una muy dificultosa integración de la relación de consumo con el resto del derecho. Primero, porque superpone el objeto de la obligación con el de la relación de consumo; segundo, porque se olvida de tener en cuenta los derechos del proveedor o empresario y los deberes del consumidor; tercero, porque introduce el elemento causa fin que es propio de los contratos; cuarto, porque no demuestra con claridad cuáles son los efectos de la relación jurídica y estos, es necesario no superponerlos a los de los contratos y obligaciones, atento a que no hay un régimen general en la LDC, sino especial.

Por todo esto creemos que es otra la inteligencia que debe realizarse de la relación de consumo.

7. Nuestra opinión sobre la relación de consumo.

7.1. La base del razonamiento: la letra de la ley y el acuerdo parcial con la doctrina.

Es indudable que la relación de consumo es la que vincula al consumidor -entendiendo a todos los sujetos posibles por el tipo legal- con el proveedor -entendido como todos los sujetos posibles según las diferentes previsiones de la LDC-[67].

También, por los términos de la Ley, es indudable que surge de los contratos onerosos y gratuitos y en beneficio de terceros (504 C.C.), de ciertos casos de daños y perjuicios, de actos unilaterales del proveedor como ofertas y concursos -entre otras manifestaciones de voluntad-. También es cierto que podrá surgir de un hecho jurídico como es la adquisición o uso de bienes y servicios por cualquier medio no contractual y por cualquier tipo de exposición que amerite

equiparar al afectado al consumidor, por haber una adecuada razonabilidad entre las coyunturas en las que ha sido agredido por la relación de consumo y las demás situaciones previstas por la LDC.

Por ello, convenimos con la doctrina nacional en que la relación de consumo es un vínculo entre sujetos determinados ampliamente por la Ley de Defensa del Consumidor y que nace de una fuente prevista tácitamente en la definición misma de consumidor.

Hasta aquí es lo único que se puede colegir de forma lógica de la LDC. Para determinar el objeto de la relación de consumo y otros elementos que pudiera haber hay que hacer reflexiones con bases más amplias. Hay que buscar en las normas y hacer el tan mencionado “diálogo de fuentes”. Hay que leer el art. 42 de la Constitución Nacional y hay que ver cuáles son las previsiones que el Código Civil ha establecido para las obligaciones y los contratos, para ver como todos juntos constituyen los engranajes de un sistema lógico y perfecto que haga posible la tutela suficiente del consumidor.

7.2. El objeto de la relación de consumo.

Si la relación de consumo es el vínculo que une al consumidor con el proveedor, ¿son las operaciones jurídicas concertadas o los bienes y servicios el objeto de la relación de consumo?

En ese caso ¿Qué pasa con los demás derechos que tiene el consumidor, como la información, el trato digno, la seguridad?

¿Dónde están los derechos del proveedor y los deberes del consumidor o sus obligaciones? ¿El vínculo no debería abarcar todos los derechos en juego? ¿O se completa con otros vínculos contractuales y obligatorios que están fuera de esa relación jurídica y pertenecen a otra que complementa a la relación de consumo?

Si el objeto de la relación de consumo es lo que tiene dicho la doctrina ¿Cómo se coordinan con las obligaciones y los contratos o el derecho de daños?

Además, ¿qué pasaría con todos aquellos consumidores que no conciertan ninguna operación y que no requieren bienes y servicios, como quien pasando entre góndolas es víctima de la explosión de una gaseosa o cerveza? ¿Cuál sería el objeto para el transportado benévola por de un auto cero kilómetro que pierde una rueda en la ruta por un vicio de fabricación? La única relación con el bien o servicio el causal del daño. Son consumidores. El objeto de esta relación de consumo no es ninguna operación, ni los bienes, ni los servicios.

Creemos que todos estos interrogantes descalifican rápidamente la noción propuesta por la doctrina. Se ve con sencillez que no puede ser el objeto propuesto el que de verdad corresponda a la relación de consumo. Ni hablar que la operación concertada es el objeto de un contrato y que el bien o el servicio son objeto de la obligación. Esto siempre fue así y no ha cambiado.

¿Entonces? ¿Cuál es el objeto de la relación de consumo?

Particularmente creemos que la relación de consumo debe ser estudiada con visión macroscópica, no microscópica, como lo hacía la doctrina. Esta mirada requiere contemplar a todo el fenómeno, cosa que se hizo muy bien cuando la doctrina estudió a los sujetos de la relación, pero no tanto al estudiar el objeto.

La Ley nada dice sobre el posible objeto de la relación de consumo. Calla absolutamente. Pero la Constitución Nacional da una pauta cuando dice “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”.

Y, efectivamente, esto es la relación de consumo. El ámbito normativo y conceptual donde se da la protección jurídica al consumidor. Por ende, el objeto de la relación de consumo incluye a los derechos y deberes del consumidor, a los correlativos deberes y derechos del proveedor. Aquí se amalgama el derecho de fondo con la

protección jurídica que viene de la Constitución Nacional y la Ley de Defensa del Consumidor.

Ya vimos que los contratos y los hechos que crean la relación de consumo están en su génesis, son las fuentes. Una vez que nace la relación de consumo, como vínculo macro entre proveedor y consumidor, nuclea a todas las obligaciones recíprocas nacidas por el tipo de fuente que corresponda por el Código Civil y le inyecta las cuestiones específicas modificatorias de la Ley protectoria.

Puede decirse que, en consecuencia, el efecto tácito de la relación de consumo es colocar a sus sujetos en el espacio tuitivo de la defensa del consumidor. Es decir, que, siendo un sujeto consumidor y el otro proveedor, a las reglas de derecho común que en su parte general se aplican, corresponde sumar las de derecho especial y transportar a los implicados a la esfera de protección donde se suman nuevos derechos para un sujeto y específicos deberes para el otro. Allí, en ese contexto protectorio pro consummatoris el objeto de la misma son los derechos generales del consumidor como la seguridad, la información y el trato digno, por ejemplo, más los créditos que tuviera para exigir el cumplimiento de las prestaciones debidas con todos los efectos obligacionales del 505 del Código Civil; más, en su caso, las herramientas contractuales de los códigos de fondo y de la LDC.

7.2.1. Justificación de la posición asumida.

Llegamos a la posición asumida en base a interrogantes que nos dejó la bibliografía. Por ello, la mejor manera de argumentar los fundamentos es respondiendo a las mismas preguntas que nos fuimos haciendo y que arriba las hemos formulado.

1) ¿Son las operaciones jurídicas concertadas o los bienes y servicios el objeto de la relación de consumo?

Por supuesto que no. Esos son efectos de los contratos y objetos de las obligaciones contraídas. Si bien una cosa puede formar parte de distintas categorías, la naturaleza jurídica requiere que sean de una.

Por ello, priorizamos su calificación tradicional; puesto que no encontramos ninguna necesidad de modificarla, atengo a que la relación jurídica tiene un objeto muy diferente al descrito por la doctrina.

2) ¿Qué pasa con los demás derechos que tiene el consumidor, como la información, el trato digno, la seguridad, etc.?

Por supuesto que tienen que ser parte del objeto de la relación de consumo, puesto que la relación de consumo, como vínculo jurídico, entraña a estos derechos del consumidor y con los deberes que implican para el proveedor. Estos derechos no son parte de la operación ni de los bienes y servicios, sino que son deberes que la ley y la Constitución imponen. Por supuesto, la buena fe y la dignidad de la persona los impone a todo contrato, pero aquí, en la LDC están explícitos y regulados, aunque falte mejorar legislativamente los efectos de su incumplimiento en algunos casos.

3) ¿Dónde están los derechos del proveedor y los deberes del consumidor o sus obligaciones?

Si la relación de consumo es el vínculo jurídico entrambos, naturalmente estarán allí todas las obligaciones en juego con sus derechos y deberes. ¿Dónde más si no?

4) ¿El vínculo no debería abarcar todos los derechos en juego?

El vínculo debe alcanzar todos los derechos en juego, si no, tendría que existir superposición de relaciones jurídicas, para un mismo caso, entre las mismas personas, para definir una misma relación fáctica, lo cual, no es correcto, dado que la relación jurídica es la recepción por la ley de una relación real, en la que se realiza el reparto de derechos y obligaciones por el legislador, para resolver la controversia de intereses y para equiparar a las partes tratándose de consumo. Por ello, en la equiparación, se insertan todos los derechos nacidos de la ley y todas las soluciones que propicia para el régimen de los contratos, las obligaciones, la responsabilidad civil, la solución de controversias y el acceso a la justicia.

5) ¿Se completa con otros vínculos contractuales y obligatorios que están fuera de esa relación jurídica y pertenecen a otra que complementa a la relación de consumo?

Conforme lo que venimos explicando, mal puede necesitarse de una amalgama de relaciones jurídicas: de consumo, contractuales y obligacionales para atender a una misma situación. La relación de consumo es la que corresponde al tratarse de consumidores y proveedores y en su seno se dirimen absolutamente todos los conflictos de intereses, por ello contendrá a todos los vínculos obligacionales y contractuales del caso.

6) ¿Qué pasaría con todos aquellos consumidores que no conciertan ninguna operación y que no requieren bienes y servicios?

Son consumidores también, cuentan con los derechos propios de la relación de consumo y su objeto será el propio de los derechos y obligaciones en juego. Por ejemplo, quien se ve dañado por un producto vicioso tiene derecho a demandar y obtener una reparación integral y podrá pedir la aplicación del art. 40 de la LDC, que establece la atribución objetiva de responsabilidad al fabricante y a la cadena de comercialización, con quienes ni siquiera hubo contrato. Todos estos sujetos cargan con los deberes de la LDC sin cortapisas.

De manera más general, todos los afectados o expuestos a las relaciones de consumo están dentro de una con un determinado proveedor, por ende, es aplicable a ellos la LDC y el plexo de derechos y deberes queda conformado por los que determine el derecho de fondo y el derecho del consumidor en especial.

7) Con la noción de relación de consumo que propiciamos, el efecto propio sería el de emplazar a los sujetos en el ámbito del derecho del consumo para brindar el plus de protección jurídica que asigna. Esto no es el objeto, sino su efecto jurídico. En el objeto estaría absolutamente todo el manejo de derechos y de deberes correspondientes al caso en concreto. Por supuesto, idealmente y de forma abstracta podemos figurarnos que por objeto pueden contenerse a todos los derechos y deberes posibles por la LDC, pero

en concreto se lo va a precisar hasta alcanzar formas palpables y bien definidas, exactamente igual que con lo que ocurre con el objeto de los actos jurídicos y el de la obligación.

8) El objeto de la relación de consumo no está sujeto a la voluntad de las partes, se constituye por normas de orden público que vienen a ser las determinantes para el caso, pues allí está lo sustancial de la protección del consumidor. El régimen general resulta aplicable en coherencia con lo especial del estatuto consumerista.

9) El contrato, el hecho ilícito, el hecho del consumo o de la exposición a la relación de consumo son fuentes de la relación de consumo, pues vinculan al consumidor con el proveedor. Son los hechos jurídicos que generan el vínculo que tiene por efecto colocar a las partes en la órbita de la protección del consumidor. Es una relación amplia y general, una relación marco.

En el objeto de la relación de consumo están absolutamente todas las obligaciones nacidas del contrato, cada uno de esos vínculos menores coercibles, con sus objetos especiales y sus efectos obligacionales propios. La relación de consumo es el arcoíris entre dos puntos, consumidor y proveedor, las obligaciones son cada uno de los colores. Cada obligación entraña un derecho y un deber, pudiendo ser sujetos activos y pasivos el consumidor y proveedor según corresponda, puesto que en algunos casos corresponde un polo al consumidor y en otros al empresario. El consumidor es acreedor de diversos derechos y deudor de múltiples deberes. Por ejemplo, se le debe información -tiene derecho a ella- y debe el pago del precio -es deudor y el proveedor acreedor.

10) La relación de consumo comparte la naturaleza de relación jurídica con la obligación. Más, no son lo mismo. Comparten las fuentes, también es cierto. Pero la relación de consumo no tiene los efectos propios de las obligaciones, no fuerzan una conducta, ni hacen exigir una reparación por el incumplimiento. Esto sigue siendo propio de las obligaciones. Esto que digo se prueba por la regulación del art. 10 bis, que es propio de las obligaciones voluntarias. Allí se confirman, prácticamente los efectos de la obligación, mediante una

reiteración, y se remite al régimen del Código Civil en la parte final. El 10 bis de la LDC, es la adaptación al régimen de la LDC de la obligación general. No es la regulación de los efectos de la relación de consumo, que proviene de la lectura de la Constitución Nacional en interrelación con las fuentes de las obligaciones y de la relación de consumo y los regímenes de estos institutos y el derecho de daños.

11) Puede encontrarse un parecido entre la relación contractual, es decir, todas las obligaciones que nacen de un contrato de forma recíproca para sus sujetos y la relación de consumo. Ambas parecen un arcoíris de obligaciones, sí. De hecho, en los casos de contratos de consumo, la relación de consumo tendrá por objeto a lo que se puede llamar relación contractual, y por efecto el inyectarle toda la normativa contractual y obligacional de la LDC, es decir, le agrega la protección al consumidor, que no es inherente al contrato -que puede ser civil o comercial-, sino a la relación de consumo. La relación de consumo opera siempre igual, sin importar cuál sea su fuente. Recordemos que el contrato, que es un acto jurídico, es una de ellas junto a otras, por ello no son lo mismo con la relación contractual.

Creemos haber encontrado una interpretación armónica, que pone en su quicio a todas las relaciones jurídicas de carácter privado y su vinculación con sus fuentes compartidas a diferentes efectos.

7.3. *La causa fin.*

Había expresado que en la doctrina argentina indican que la causa fin es un elemento de la relación de consumo, que sería el destino de consumo al que alude la ley. Según opinan, vendría a ser un elemento calificante del régimen de defensa del consumidor; pues, “Si no se da esa finalidad, el vínculo no es regulado dentro del régimen de protección del consumidor” [68].

Creemos que esta afirmación no es cierta. El hecho de que la Ley requiera del destino final de un bien no habla en sentido jurídico y prescinde de los aspectos intelectuales e intereses del consumidor y de los aspectos propios de los actos jurídicos que se celebren. Creemos

que se trata de un elemento objetivo y económico, el agotamiento del bien -fáctico y económico- y su retiro de la cadena de valor.

Por otro lado, siuviésemos en cuenta la finalidad de consumo como elemento de la relación de consumo, no podría exceder el campo de las relaciones nacidas de los contratos y, tal vez, de los actos unilaterales [69], puesto que solo ahí existe un fin de consumir. No ocurre lo mismo con el consumo fáctico, con los hechos ilícitos y con la afectación o exposición a una relación de consumo. En todos estos casos, ni siquiera es necesario el ánimo, ni el efecto contractual, ni el agotamiento de ningún bien o servicio. Por ende, no es propio de la relación de consumo la causa fin y nuestra ley, siquiera, en todos los casos requiere destino final de los bienes; mucho menos, intención de consumir o un interés en hacerlo concretamente.

Por estos motivos, sostenemos que este no es un elemento propio de la relación de consumo.

7.4. Nuestra conclusión sobre la relación de consumo.

La relación de consumo es una relación jurídica, pues nace de la realidad, la recepta la Ley y le asigna efectos jurídicos.

Según el derecho argentino tiene por fuentes a los contratos de consumo -conteniendo la mora y el incumplimiento de sus obligaciones y su reparación-, a los hechos ilícitos por producto vicioso o riesgoso, por servicio y por violación del deber de seguridad (arts. 5 LDC y 42 C.N.) y, probablemente, otros daños causados por culpa por el proveedor. Además, nace de las manifestaciones unilaterales de voluntad, del hecho mismo de la adquisición y uso sin contratación, y de la afectación o exposición a una relación de consumo.

Ese vínculo jurídico une a los proveedores y a los consumidores en torno a un objeto que incluye a todas las obligaciones recíprocas del caso, con, más, todos los derechos del consumidor nacidos de la Ley. El efecto de la relación de consumo es emplazar a las partes en el

espacio de la protección del consumidor, haciéndose aplicables al objeto sus normativas de fondo, de forma y de Derecho Administrativo.

El régimen de los contratos del Código Civil y el de las obligaciones se mantiene, salvo por las diferencias que regule de forma especial la Ley de Defensa del Consumidor, pero en el objeto de la relación de consumo, cada obligación tiene su dinámica propia, con sus etapas de crédito/débito y de responsabilidad. El contrato, como fuente, también sigue esa misma lógica.

Entonces, la relación de consumo es la relación jurídica entre consumidores y proveedores, que tiene por efecto hacer aplicable a la tutela del consumidor con sus particularidades de régimen y, en cuyo seno, se dirimen todos los intereses contrapuestos entre ellos; pues, en su objeto se amalgaman los derechos del consumidor nacidos de la Ley con las obligaciones recíprocas que correspondan en el caso concreto.

Los elementos de la relación de consumo son el vínculo, los sujetos y el objeto. La causa, al igual con lo que ocurre en la obligación, es su antecedente no integra a la relación de consumo que nace de ella.

8. La posición de la relación de consumo en las relaciones jurídicas.

Tenemos que aceptar que en nuestro derecho ha habido un cambio. Podemos seguir diciendo que no era necesario, pero no podemos negar que la modificación está hecha y que la Constitución y la Ley modificaron el escenario del Derecho Privado. Donde antes estaba la obligación, como única señora indiscutida, apareció algo más. Ahora, en el seno de las relaciones personales de carácter patrimonial hay una superposición de diferentes tipos de vínculos que operan en diferentes niveles y coexisten en el mismo caso, de manera armónica, orgánica y coordinada.

La relación de consumo necesita siempre de las obligaciones. No son género y especie. Operan en distintos rangos de frecuencia. La relación de consumo es una vinculación marco entre los sujetos y la obligación es la más microscópica relación respecto a algún objeto particular que puede existir en paralelo entre varios otros. Si no actúan conjuntamente, la relación de consumo carece de efectos útiles que permitan la satisfacción del consumidor y del proveedor, que también tiene derechos. La relación de consumo tiene que nutrirse de la obligación, es la relación jurídica de menor grado, que le permite realizarse y dotar al consumidor de herramientas concretas, sin privar al proveedor de las que también lícitamente necesita.

La actuación en cualquier caso será siempre conjunta y coordinada, puesto que la relación de consumo nos permitirá colocar al caso en el plexo normativo correcto, para poder cotejar correctamente a todos los derechos y deberes en juego, es decir todas las obligaciones del caso: las que emergen de la LDC y los poderes clásicos propios de toda obligación. De esta forma, viajando en el seno de la relación de consumo por las obligaciones desde el régimen común al especial, encontraremos la regla de derecho que dirige al caso y sabremos como plantearlo procesalmente y cómo resolverlo.

Creemos que aquí está la utilidad de la teoría que propiciamos. Organiza el razonamiento del abogado y del juez para la aplicación de un sistema que está legislativamente desorganizado, legislado de a trozos que no tienen una organización sistémica, ni van de lo más general a lo particular. Por otro lado, se hace parte del sistema a los derechos del proveedor, que siempre parecen olvidados. Está bien que sea el fuerte, que no necesite de mayor protección y que se busque equiparar al otro polo de la relación de consumo, mas, eso no significa que se extingas sus derechos o que queden desprovistos de ellos. Máxime, cuando la LDC, en alguna oportunidad regula sus derechos como acreedor: El art. 8° de la Ley determina que el proveedor debe “abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias” y, más específicamente, luego agrega: “En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier

medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial”. Sin dudas, no son obligaciones ajenas al sistema ni a la relación de consumo - hablamos de las que tienen por acreedor al proveedor.

En conclusión, creemos que la naturaleza jurídica común de la relación de consumo y la de las obligaciones es el de las relaciones interpersonales de carácter patrimonial. Pero creemos que la obligación existe con carácter autónomo con prescindencia de la relación de consumo en todo el ámbito civil, comercial y hasta de Derecho Público. Mientras que la relación de consumo existe solo en el espacio reservado para el derecho del consumo, ampliamente significativo en el mercado, y que necesita sí o sí de la obligación para tocar tierra, es decir, para precisar de los deberes y derechos que singularmente le corresponde a cada sujeto.

En este ámbito, la relación de consumo es más general que la obligación y la obligación es la que termina por darle forma al objeto de la relación de consumo y a ese ámbito se circunscribe. Lo cual no es irrelevante, puesto que los efectos de la obligación son determinantes para forzar el cumplimiento de los derechos en los que radica la tutela al consumidor, aún en los que parezcan extrapatrimoniales, puesto que será perseguible la reparación de daños y, particularmente, el del daño moral.

Reflexión final.

Cuando emprendimos este viaje, teníamos casi la seguridad de que íbamos a llegar a un determinado puerto. Confeccionamos un índice de los temas que se tratarían en la obra, casi como si fuera un itinerario o un programa.

Respecto a la obligación, no nos fue necesario desviarnos. Después de todo es milenaria, plenamente abstracta y muy estudiada en todo el mundo. Los libros de cualquier país pueden servir para estudiar el régimen de cualquier otro de la familia jurídica. Es impresionante la uniformidad y el similar grado de evolución.

Con honestidad, creí que la relación de consumo sería una superposición en el régimen de las obligaciones; que no podrían ser muy distintas y con esa convicción reproduje los puntos de estudio que había elegido para la obligación. De nada sirvió, tuve que hacer camino al andar y como dicen los GPS, cuando desviamos el camino, recalculamos como llegar al final de esta tesis. Cada punto tuve que repensarlo y reordenar las ideas y prejuicios que acarrea.

Me sorprendió mucho la incorporación del concepto de relación de consumo a nuestro derecho y su soledad, al comparar los textos normativos de los países que suelen ser nuestra referencia. Pero más me sorprendió la oscuridad del concepto y de su procedencia. Ni el constituyente sabía bien que era lo que estaba introduciendo en la norma constitucional. Luego, el legislador tampoco se supo lucir y definió conceptos que no parecían relevantes, a nadie le importó la noción de relación de consumo, sino la de consumidor; subjetivándose así la tutela.

Nos sentimos complacidos de poder encontrar un razonamiento abstracto que tome a la Constitución Nacional, a la Ley de Defensa del Consumidor y a los aportes doctrinarios, para llegar a una nueva noción, con un efecto jurídico claro y que ponga orden en la inteligencia de las relaciones jurídicas interpersonales y patrimoniales. Sentimos que hemos podido ordenar el panorama, sin forzar una interpretación, sino que tratamos de poner las piezas del rompecabezas en su sitio y ver con claridad toda la imagen, sin dejar afuera a ningún componente del sistema.

En este sentido, creemos que hemos llegado a una conclusión personal y a un aporte novedoso, que ha surgido de nuestra investigación y de nuestro pensamiento, más allá de las carencias metodológicas y los errores formales que hemos podido parecer y cometer. No hemos querido copiar nada de nadie. Creemos que estos trabajos son las oportunidades para la propia creatividad y que es un vicio manifiesto de la doctrina, la inclinación a copiar y adaptar ideas ajenas que brillan en otros países, normalmente europeos. Aquí tenemos otra cultura y por más que se quiera transpolar una ley

foránea o las soluciones de su doctrina, aquí tenemos nuestras disposiciones que necesitan ser estudiadas en nuestro contexto.

Siempre nos hizo ruido la relación de consumo. Sobre ellas consultamos en post grados, conferencias, congresos, pero a nadie parecía interesarle. Tampoco abundan las obras sobre el punto. Nos pareció siempre que ameritaba un estudio más profundo y a eso nos dedicamos este tiempo. A buscar material, a leer y sobre todo a pensar. Por ello, no requerimos de abundancia de citas en múltiples pasajes del trabajo, porque no nos interesó tanto que nos digan como son las cosas, sino que preferimos salir a buscarlas por nosotros mismo y expresar con nuestras palabras la experiencia.

Nos sentimos satisfechos de poder llegar a un puerto, imprevisto, pero un puerto al fin, donde nos queda la sensación de que podemos pisar tierra firme tratándose de este tema, que se nos presentó como algo oscuro y olvidado en las catacumbas del derecho.

Referencias Bibliográficas.

AA.VV: Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada, Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto (Directores), Buenos Aires, La Ley, 2009, T° I.

AbeliukManasevich, René: Las Obligaciones, 4ta ed., T° I.

Alterini, Atilio Aníbal; Ameal, Oscar José; López Cabana, Roberto M.: Derecho de Obligaciones civiles y comerciales, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Álvarez Caperochipi, José Antonio: Curso de Derecho de Obligaciones, Madrid, Civitas, 2000, Vol. I.

Armau Moya, Federico: Lecciones de Derecho Civil II. Obligaciones y Contratos, 2008/2009, UJI, www.sapientia.uji.es

Babot, Fernando: Ley de Defensa del Consumidor vs. Ley de Seguros: el Final, DJ10/07/2014, 9.

Betti, Emilio: Teoría general del negocio jurídico, Pérez, Martín (Traductor), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, 2da Ed.

Bidart Campos, Germán: Manual de la Constitución reformada, Buenos Aires, Ediar, 2002, T° II.

Borda, Guillermo A.: Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, La Ley, Bs. As., 2008, 9ª ed., T° I.

Carlos A. Hernández, Sandra A. Frustagli: El reciente Código del Consumo Italiano. Aportes para reflexionar sobre el derecho del consumidor en Argentina, LA LEY 01. 1/3/2006, Id Infojus: DASF060076.

Cazaeaux, Pedro N.; Trigo Represas; Félix A.: Derecho de las Obligaciones, La Ley, 2010, 4ta Ed., T° I.

Chabas, François: La noción de consumidor, pág. 96, <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/188501.pdf>

De Ruggiero, Roberto: Instituciones de Derecho Civil, Ed. Reus, Trad. R. Serrano Suñer y J. Santa Cruz Tejeiro, Madrid s/f, T. II.

De Ruggiero, Roberto: Instituciones de Derecho Civil, Serrano Suñer, Ramón y Santa Cruz Tejeiro, José (Traductores), Madrid, Editorial Reus, 1981, 4ta Ed., Vol. II.

Diario de Cesiones de la Convención Constituyente de 1994.

Diez Picazo, Luis; Gullón, Antonio: Sistema de Derecho Civil, Madrid, Tecnos, 1992, 6ta Ed., 2da. Reimpr., Vol. II.

Echevesti, Carlos A.: Naturaleza de la normativa del consumidor, LA LEY 24/10/2013, 24/10/2013, 1 - LA LEY 2013-E, 1277 - LA LEY 24/10/2013, 1, AR/DOC/3888/2013.

Frustagli, Sandra A. Hernández, Carlos A.: El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el Derecho argentino, LA LEY 20/09/2011, 20/09/2011, 1 - LA LEY 2011-E, 992, AR/DOC/3099/2011.

Gastaldi, José María: La causa "fin": actualidad y utilidad, LA LEY 05/07/2010 1 y LA LEY 2010-D, 943 AR/DOC/4948/2010.

Gonçalves, Carlos Roberto: Direito Civil Brasileiro, Teoria Geral das obrigações, Editora Saraiva, 2011, 8va ed., Tº II.

Hinestrosa, Fernando: Derecho Civil. Obligaciones, Universidad Externado Colombia, s/f.

Lafaille, Héctor; Bueres, Alberto J. y Mayo, Jorge A. (Actualizadores): Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones, Buenos Aires, La Ley, 2009, 2da. Ed. Actualizada y Ampliada, tº I.

LLambías, Jorge J., Raffo Benegas, Patricio (Actualizador): Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2005, 6ta Ed., Tº 1

Lorenzetti, Ricardo Luis: Consumidores, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, 2da. Ed.

Marín López, Manuel Jesús: Comentarios al proyecto de ley de reforma de la LGDCU. El "nuevo" concepto de consumidor y empresario en la inminente reforma del TRLGDCU, www.uclm.es/centro/cesco.

Martínez Espín, Pascual: Aproximación al concepto de consumidor, www.uclm.es/centro/cesco.

MossetIturraspe, Jorge: Derecho civil constitucional, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011.

MossetIturraspe, Jorge; Wajntraub, Javier H.: Ley de Defensa del Consumidor, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, reimpr., 2010.

Nissen, Ricardo A.: Las sociedades comerciales y su legitimación para reclamar la reparación del daño moral, LA LEY 2008-C, 1312.

Pizarro, Ramón Daniel; Vallespinos, Carlos Gustavo: Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, Buenos Aires, 1999, Hammurabi, Tº 1.

Pothier, Robert Joseph: Tratado de las obligaciones, Buenos Aires, Heliasta, 2007, 2da ed.

Rusconi, Dante: Concepto de "consumidor-empresario", LA LEY 04/04/2014, 04/04/2014, 5.

Salvat, Reymundo M.; Galli, Enrique V. (actualizador): Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en General, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1952, 6ta. Ed., T° I.

Stiglitz, Gabriel A.: A veinte años de la sanción de la ley 24.240 de defensa del consumidor, LA LEY 16/04/2013, 16/04/2013, 1 - LA LEY 2013-B, 1209, AR/DOC/1128/2013.

Stiglitz, Gabriel A.; Echevesti, Carlos A.; Solsona, Guillermo E.; Cambi, María Claudia: Obligaciones, parte General, Editorial Juris, Rosario, T° I.

Von Thur, A.: Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán, Madrid, Marcial Pons, 1998, Vol. I.

Notas.

[1] La relación de consumo si tiene definición en el art. 3 de la Ley de Defensa del Consumidor: “Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario” y está mencionada en la Constitución Nacional, en su art. 42 sin que se la defina allí.

El Código Civil español tampoco define a la obligación, sino que la describe en el art. 1088, donde se ha establecido que “toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer una cosa”. Cfr. Álvarez Caperochipi, José Antonio: Curso de Derecho de Obligaciones, Madrid, Civitas, 2000, vol. I, pág. 23.

[2] Nota al art. 495 del Código Civil Argentino: nos abstenemos de definir, porque, como dice Freitas “las definiciones son impropias de un código de leyes, y no porque haya peligro en hacerlo, pues mayor peligro hay en la ley que en la doctrina. En un trabajo

legislativo solo pueden admitirse aquellas definiciones, que estrictamente contengan una regla de conducta, o por la inmediata aplicación de sus vocablos, o por su influencia en las disposiciones de una materia especial. La definición exacta de los términos de que se sirve el legislador para expresar su voluntad no entra en sus atribuciones. La definición es del dominio del gramático y del literato, si la expresión corresponde al lenguaje ordinario, y es de la atribución del profesor cuando la expresión es técnica. En todo caso es extraña a la ley, a menos que sea legislativa, es decir, que tenga por objeto restringir la significación del término de que se sirva, a las ideas que reúnan exactamente todas las condiciones establecidas en la Ley. Lo que pensamos sobre las definiciones se extiende por los mismos motivos a toda materia puramente doctrinal, a lo que generalmente se llama principios jurídicos, pues la ley no debe extenderse sino a lo que dependa de la voluntad del legislador. Ella debe ser imperativa, y sea que mande o prohíba, debe sólo expresar la voluntad del legislador. Así como existe una diferencia notable entre la jurisprudencia y la legislación, así también la ley nada tiene de común con un tratado científico de derecho”.

Este no es criterio seguido por el proyecto de reformas y unificación al Código Civil y Comercial del año 2012, que cuenta con estado parlamentario, donde sí se ha acogido una definición de obligación en el art. 724: “La obligación es la relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene derecho a exigir del deudor el cumplimiento de una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés”.

[3] La definición adoptada en el art. 724 del Proyecto de reformas y unificación del Código Civil y Comercial del año 2012, para la República Argentina, había sido preelaborada por un sector de la doctrina, que posteriormente se encargó de la reforma. Cfr. Pizarro, Ramón Daniel; Vallespinos, Carlos Gustavo: Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, Buenos Aires, 1999, Hammurabi, T° 1, págs. 50 y 51.

En el punto se aparta de la definición del Proyecto de 1998, que fue una importante fuente en la preparación de la reforma y que también incluía una definición de obligación, en cuyo art. 671 rezaba otra definición: “Se denomina obligación a la relación jurídica en virtud de la cual una persona tiene el deber de cumplir una prestación a favor de otra. La prestación puede ser de dar, de hacer o de no hacer”.

[4] Pothier en su tratado no define a la obligación, solo se remite a Las Institutas y al Digesto de Justiniano. Cfr. Pothier, Robert Joseph; Tratado de las obligaciones, Buenos Aires, Heliasta, 2007, 2da ed., págs. 7 y 8.

[5] Lafaille, Héctor; Bueres, Alberto J. y Mayo, Jorge A. (Actualizadores): Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones, Buenos Aires, La Ley, 2009, 2da. Ed. Actualizada y Ampliada, t° I, págs. 11 y 12, especialmente cita Nro. 43. Cazaeaux, Pedro N.; Trigo Represas; Félix A.: Derecho de las Obligaciones, La Ley, 2010, 4ta Ed., T° I, págs. 3.

[6] Cazaeaux, Pedro N.; Trigo Represas; Félix A.: Op. cit., págs. 4 y 5, en las que se menciona reivindicando a las definiciones de obligación de la época justiniana a los hermanos Mazeaud en Francia, a Espín en España y a Doménico Barbero en Italia.

[7] Salvat, Reymundo M.; Galli, Enrique V. (actualizador): Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en General, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1952, 6ta. Ed., T° I, págs. 16 y 17. Lafaille, Héctor, Bueres, Alberto J. y Mayo, Jorge A. (Actualizadores): Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones, Buenos Aires, La Ley, 2009, 2da. ed. Actualizada y Ampliada, t° I, pág. 13.

[8] Cazaeaux, Pedro N.; Trigo Represas; Félix A.: Derecho de las Obligaciones, La Ley, 2010, 4ta Ed., T° I, pág. 21. Pizarro, Ramón Daniel; Vallespinos, Carlos Gustavo: Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, T° 1, págs. 50 y 51. LLambías, Jorge J., Raffo Benegas, Patricio (Actualizador): Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Buenos Aires, Lexis Nexis

Abeledo Perrot, 2005, 6ta Ed., T° 1, pág. 10. En la nota Nro. 3 se recopilan diferentes definiciones existentes en la época del autor, sobre todo de reputados autores europeos. Diez Picazo, Luis; Gullón, Antonio: Sistema de Derecho Civil, Madrid, Tecnos, 1992, 6ta Ed., 2da. Reimpr., Vol. II, pág. 127. De Ruggiero, Roberto: Instituciones de Derecho Civil, Serrano Suñer, Ramón y Santa Cruz Tejeiro, José (Traductores), Madrid, Editorial Reus, 1981, 4ta ed., Vol. II, pág. 2.

[9] Betti, Emilio: Teoría general del negocio jurídico, Pérez, Martín (Traductor), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, 2da Ed., pág. 4.

[10] Hinestrosa, Fernando: Tratado de las obligaciones, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2002, T° I, págs. 37 y ss. Cit por MossetIturraspe, Jorge: Derecho civil constitucional, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011, pág. 22.

[11] Hinestrosa, Fernando: Op. cit., pág. 21.

[12] Betti pone como ejemplo a las normas jurídicas que regulan a la condición jurídica de la persona o de las cosas (en primer grado decimos nosotros). Esas regulaciones pueden ser el punto de partida presupuesto en otra norma (en segundo grado) para la asignación de otros efectos jurídicos, como serían los deberes y derechos que caben para ciertas personas. El incumplimiento de esos deberes (en tercer grado) puede ser el presupuesto de otra norma que establezca una sanción. Cfr. Betti, Emilio: Op. cit., pág. 7.

[13] En otras palabras, no todas las situaciones jurídicas entrañan relaciones jurídicas. Por ejemplo, no son relaciones jurídicas las consecuencias previstas por el ordenamiento a través de sus normas que se dirigen a establecer normas de organización o de configuración, que sirven de apoyo a las relaciones jurídicas, como las que tratan sobre aspectos de las personas y cosas.

[14] Betti, Emilio: Op. cit., pág. 9.

[15] Von Thur, A.: Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán, Madrid, Marcial Pons, 1998, Vol. I, pág. 127.

[16] Von Thur, A: Op. cit., pág. 130.

[17] Borda, Guillermo A.: Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, La Ley, Bs. As., 2008, 9ª ed., Tº I, pág. 1.

[18] Lafaille, Héctor: Op. cit., pág. 13. Salvat, Raymundo M.; Galli, Enrique V. (Actualizador): Op. cit., pág. 17.

[19] Cazeaux, Pedro N.; Trigo Represas, Félix A.: Op. cit., pág. 7. Alterini, Atilio Aníbal; Ameal, Oscar José; López Cabana, Roberto M.: Derecho de Obligaciones civiles y comerciales, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 15. Stiglitz, Gabriel A.; Echevesti, Carlos A.; Solsona, Guillermo E.; Cambi, María Claudia: Obligaciones, parte General, Editorial Juris, Rosario, Tº I, pág. 4. Pizarro, Ramón Daniel; Vallespinos, Carlos Gustavo: Instituciones de Derecho Privado Obligaciones, Hammurabi José Luis de Palma Editor, Bs. As., 1999, Tº I, pág. 50. Llambías, Jorge Joaquín; Raffo Banegas, Op. cit., pág. 27.

[20] Pizarro, Ramón Daniel; Vallespinos, Carlos Gustavo: Op. cit., págs. 50 y 51.

[21] Giorgianni, Michele: La obligación, ed. Bosch, págs. 23, 135 y 137. Cit. por Cazeaux, Pedro N.; Trigo Represas, Félix A.: Op. cit., pág. 7.

[22] Por ejemplo, el contrato es un acto jurídico y el cuasi delito es un hecho ilícito y ambos, por igual, son fuentes de las obligaciones.

[23] Díez Picazo, Luis; Gullón, Antonio: Op. cit., pág. 127.

[24] Armau Moya, Federico: Lecciones de Derecho Civil II. Obligaciones y Contratos, 2008/2009, UJI, www.sapientia.uji.es, pág. 19.

[25] Álvarez Caperochipi, José Antonio: Op. cit., pág. 19.

[26] Pacchioni, Giovanni: Tratado delle obbligazioni, Torino, 1927, Cap. I. Cit por, Salvat, Reymundo M.; Galli, Enrique V. (actualizador): Op. cit., pág. 15.

[27] De Ruggiero, Roberto: Instituciones de Derecho Civil, Ed. Reus, Trad. R. Serrano Suñer y J. Santa Cruz Teijero, Madrid s/f, T. II, pág. 3.

[28] Hinestrosa, Fernando: Derecho Civil. Obligaciones, Universidad Externado Colombia, s/f, pág. 17.

[29] Abeliuk Manasevich, René: Las Obligaciones, 4ta ed., T° I, pág. 13.

[30] Gonçalves, Carlos Roberto: Direito Civil Brasileiro, Teoria Geral das obrigações, Editora Saraiva, 2011, 8va ed., T° II, pág. 19.

[31] Gonçalves, Carlos Roberto: Op. cit., pág. 37.

[32] Llambías, Jorge Joaquín: Op. cit., pág. 19.

[33] Diez Picazo, Luis; Gullón: Antonio: Op. cit., págs. 131 y ss.

[34] Lorenzetti, Ricardo Luis: Consumidores, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, 2da. Ed., pág. 45.

[35] Bidart Campos, Germán: Manual de la Constitución reformada, Buenos Aires, Ediar, 2002, T° II, pág. 95.

[36] Bidart Campos: Op. cit., pág. 94.

[37] Diario de Cesiones de la Convención Constituyente de 1994, pág. 4214.

[38] Bidart Campos: Op. cit., pág. 94.

[39] Lorenzetti, Ricardo Luis: Op. cit., pág. 84.

[40] CSJN, Fallos 330:563.

[41] Ya habíamos visto que se reconoce el derecho a la seguridad en el art. 42 de la Constitución Argentina.

[42] Stiglitz, Gabriel A.: A veinte años de la sanción de la ley 24.240 de defensa del consumidor, La Ley 16/04/2013, 16/04/2013, 1 - LA LEY 2013-B, 1209, AR/DOC/1128/2013.

[43] Echevesti, Carlos A.: Naturaleza de la normativa del consumidor, La Ley 24/10/2013, 24/10/2013, 1 - La Ley 2013-E, 1277 - LA LEY24/10/2013, 1, AR/DOC/3888/2013.

[44]Lorenzetti, Ricardo Luis: Op. cit., págs. 84 y 85.

[45]Frustagli, Sandra A. Hernández, Carlos A.: El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el Derecho argentino, La Ley 20/09/2011, 20/09/2011, 1 - La Ley 2011-E, 992, AR/DOC/3099/2011.

[46]Marín López, Manuel Jesús: Comentarios al proyecto de ley de reforma de la LGDCU. El “nuevo” concepto de consumidor y empresario en la inminente reforma del TRLGDCU, www.uclm.es/centro/cesco, pág. 2 y ss.

[47] Martínez Espín, Pascual: Aproximación al concepto de consumidor; www.uclm.es/centro/cesco, pág. 3 y ss.

[48]Marín López, Manuel Jesús: Op. cit., pág. 8.

[49] A los efectos de la responsabilidad civil se entiende por productor, además del definido en el art. 5: 1. El fabricante o importador en la Unión Europea de: a) Un producto terminado; b) Cualquier elemento integrado en un producto terminado; c) Una materia prima. 2. Si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante.

[50] El caso del Corte Inglés merece un tratamiento especial, suponemos, en la aplicación de la norma. Deja un tema para reflexionar.

[51] Rusconi, Dante: Concepto de "consumidor-empresario, LA LEY 04/04/2014, 04/04/2014, pág. 5.

[52] Rusconi, Dante: *ibidem*.

[53] Rusconi, Dante: *ibidem*.

[54] Rusconi, Dante: *ibidem*.

[55] Al respecto, ver la explicación del Profesor Fulvio Santarelli, Cfr. Santarelli, Fulvio G., en AA.VV: *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada*, Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto (Directores), Buenos Aires, La Ley, 2009, T° I, pág. 32 y ss.

[56] Nissen, Ricardo A.: *Las sociedades comerciales y su legitimación para reclamar la reparación del daño moral*, LA LEY2008-C, 1312.

[57] CSJN; *Industria Maderera S.R.L c/ Gobierno Nacional*, 30/06/1977, E.D. 73-717. *Kasdorf S.A. c/ Provincia de Jujuy y otro*, 22/03/1990, L.L. 1991-A, 52. *De la Mata, Manuel Horacio y otro c/ Gas del estado y otros*, 03/11/1992, L.L. 1994-B, 449. *Provincia de Santa Fe c/ ENCoTel S.A.*, 11/07/2002, L.L., 2002-F, 852.

[58] Babot, Fernando: *Ley de Defensa del Consumidor vs. Ley de Seguros: el Final*, DJ10/07/2014, pág. 9.

[59] Carlos A. Hernández, Sandra A. Frustagli: *El reciente Código del Consumo Italiano. Aportes para reflexionar sobre el derecho del consumidor en Argentina*, La Ley 01. 1/3/2006, Id Infojus: DASF060076.

[60] Chabas, François: *La noción de consumidor*, pág. 96, <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/188501.pdf>

[61] Mosset Iturraspe, Jorge: *Op. cit.*, pág. 326 y ss.

[62] Lorenzetti, Ricardo Luis: *Op. cit.*, pág. 122 y ss.

[63] Santarelli, Fulvio G.: *Op. cit.* pág. 57

[64] Mosset Iturraspe, Jorge; Wajntraub, Javier H.: *Ley de Defensa del Consumidor*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, reimpr., 2010., pág. 58.

[65]Lorenzetti, Ricardo Luis: Op. cit., pág. 115 y ss. MossetIturraspe, Jorge; Wajntraub, Javier H.: Op. cit., pág. 59.

[66]Lorenzetti, Ricardo Luis; Op. cit., pág. 118.

[67] Por ejemplo, el art. 40 LDC establece la responsabilidad solidaria de toda la cadena de proveedores por daños causados por vicio o riesgo de las cosas o los servicios: “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio”. Luego agrega: “La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

[68]Lorenzetti, Ricardo Luis: Op. cit., pág. 118.

[69]Gastaldi, José María: La causa "fin": actualidad y utilidad, LA LEY 05/07/2010 1 y La Ley 2010-D, 943AR/DOC/4948/2010. Explica el autor que la causa fin es elemento de los actos jurídicos y que “La causa, en sentido de finalidad, en cambio, no tiene que ver con la materia sino con la voluntad. Es el elemento o aspecto volitivo o subjetivo. Es el fin buscado, que debe ser lícito, tal cual lo enuncia el Código Civil francés como elemento de los contratos ("causa lícita"). Es, en definitiva, la razón de ser del acto”.

Daño moral causado por el adulterio del cónyuge.

Por Manuel Gonzalo Burgueño Iburguren

Disponible en: <https://ar.microjuris.com/>
Cita online: MJ-DOC-6099-AR | MJD6099
[Consultado: 19/08/20]

Sumario.

I. Introducción. Daño moral en las relaciones de familia. II. Daño moral causado por violación de deberes conyugales. III. Desarrollo histórico del daño moral en el divorcio culpable. IV. Violación al deber de fidelidad y daño moral. V. Culpabilidad mutua. VI. Necesidad de declaración de divorcio. VII. Existencia de otros damnificados. VIII. La cuestión en el proyecto de reforma al Código Civil del año 2012. IX. Otras causales de divorcio culpable. X. Conclusión.

I. Introducción. Daño moral en las relaciones de familia.

Para interpretar el derecho aplicable a la responsabilidad por daño moral causada en las relaciones de familia, hay que tener en cuenta que toda persona tiene pleno derecho a que se respete su integridad moral (art. 5.1 CASDH). Este derecho es de nivel constitucional.

Por debajo de la grada suprema, el derecho civil establece el deber ser en las relaciones de familia. En el Código Civil, se regulan las normas aplicables a los especiales vínculos que puede haber entre hombre y mujer, y entre lo que en sentido amplio llamamos familiares; donde encontramos ascendientes, descendientes, colaterales y afines.

Pese a la carencia de regulación de muchas realidades, es la misma materia del derecho la que debe fijar las pautas de conducta

para todas las relaciones de hecho que son análogas al matrimonio y las demás instituciones que componen el objeto del derecho de familia.

Donde las personas se reúnen en base a los afectos, y no al patrimonio, es el ámbito de la relación jurídica extrapatrimonial, cuyos derechos y deberes se fijan por el orden público, sin grandes espacios para la regulación individual del contenido y objeto de esos vínculos.

Son aplicables las reglas de la responsabilidad civil, ante la violación de los deberes legales extrapatrimoniales del cónyuge, hijo, padre, y de todo sujeto al que se pueda forzar a un comportamiento lícito en una relación de familia, siempre que con relación causal adecuada genere un daño al sujeto titular del derecho correlativo al deber, obrando con dolo o culpa. Esta responsabilidad civil específica solo puede caber a quien está ligado respecto a otro por una relación del derecho de familia.

Por otro lado, hay una responsabilidad civil genérica que cabe sobre el cónyuge, el hijo, el padre, etc., cuando se viola un deber general de conducta que pesa sobre cualquier ciudadano, con prescindencia de su vinculación familiar con la víctima del daño. Ejemplos de esta responsabilidad civil genérica son el causar la muerte, la conculcación de la integridad física, psíquica y moral, la lesión al honor, y en fin, cualquier caso de responsabilidad aquiliana por daños a un sujeto respecto de quien media una relación de familia (ej. la persona que ataca a su cónyuge o conviviente causando daños en el cuerpo).

La violación dañosa de un derecho-deber extrapatrimonial, así como la vulneración genérica de la prohibición de no dañar a otros, en el espacio del derecho de familia implica la aplicación de las reglas de la responsabilidad extracontractual para ambos casos.

En consecuencia de lo que venimos expresando, cuando se afecta a la persona en su ser y sentir como repercusión de una infracción a un deber dentro de las relaciones de familia, habrá daño moral en el específico campo del derecho de familia. Cuando el daño moral se

produce, así sea en un ámbito doméstico, a consecuencia de un actuar dañoso que implica infringir normas de orden civil general, la vinculación familiar pasa a un segundo plano y se vuelve indistinta. Por ello, el victimario familiar -en sentido amplio- responde de la misma forma que respondería cualquier tercero.

En todos los casos, se hace aplicable el art. 1078 del Código Civil. Por ello, a la par de la indemnización que pudiera corresponder por rubros patrimoniales, puede ser pertinente indemnizar el daño moral proveniente de la conducta antijurídica contraria al derecho de familia u opuesta a los deberes generales de conducta de no dañar a otros.

II. Daño moral causado por violación de deberes conyugales.

Existen, según el derecho positivo vigente, tres deberes principales que emergen del acto jurídico matrimonial: a. fidelidad; b. cohabitación; c. asistencia. No respetar estos deberes puede conducir, entre otros efectos, al divorcio con atribución de culpabilidad. Analizaremos si corresponde que la violación del deber de fidelidad, en concreto, dé lugar a indemnizar el daño moral causado.

III. Desarrollo histórico del daño moral en el divorcio culpable.

Primero, entonces, analizamos históricamente, si corresponde o no indemnizar el daño moral causado por el hecho de uno de los cónyuges, que da lugar a la disolución del vínculo por culpa.

En primer precedente se fijó en relación a la violación del deber de fidelidad. El 7 de abril de 1983, la Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala II, determinó procedente el daño moral ante la infidelidad del consorte: «La casual de adulterio, que dio pie al divorcio; causa indudablemente daño moral al actor en los

términos del art. 1078 del Cód. Civil (ADLA, XXVIII-B, 1799). Debe así entenderse que ha sufrido daño moral el cónyuge que no solo ve quebrantada la fidelidad conyugal por las relaciones sentimentales de su consorte sino que ello adquiere estado público dentro de su círculo de actuación» (1). Este fallo ha sido un verdadero hito en la responsabilidad civil dentro de las relaciones de familia.

Poco después, el 14 de julio de 1983, la Sala III de la Cámara Primera de La Plata emitió un fallo en idéntico sentido, condenando al marido a indemnizar el daño moral causado a su exesposa, de quien se había divorciado mediando infidelidad del marido (2).

Sin embargo, en 1985, la jurisprudencia se mostraba contraria a conceder indemnizaciones de daños y perjuicios relacionadas a la infidelidad (como conducta antijurídica dañosa). De hecho, no había casi precedentes, si no fuera por el fallo citado de 1983, y una denegatoria del año 1957, a la pretensión de un marido engañado contra el hombre que se relacionó de forma adulterina con su esposa. Al contrario, en la doctrina nacional, sí se discutía, décadas atrás, sobre la infidelidad y su proyección hacia la responsabilidad civil, habiendo posiciones encontradas, (3) destacándose las que se pronunciaban a favor de la indemnización del daño moral en estos casos (4).

Han negado la posibilidad de indemnizar los perjuicios morales causados por la infidelidad: «Bibiloni ("Anteproyecto de reformas al Código Civil argentino", t. 2 p. 510 y sigts.); Borda ("Tratado de derecho civil argentino - Familia", t. I, p. 509, N° 548 ter., 4ª ed.; Llambías ("Tratado de derecho civil - Obligaciones", t. I, p. 32, N° 23, nota 31); Molinario ("Responsabilidad civil", p. 387 y sigts.) y Díaz de Guijarro ("Imprudencia del resarcimiento del daño moral en el juicio de divorcio y su admisibilidad en la nulidad de matrimonio", en JA, 1983-III-625)» (5).

Han afirmado que procede indemnizar el daño moral causado por la infidelidad: «Rébora ("El daño moral", en JA, t. 14 p. 100, sec. doct.), Salas ("Indemnización de los daños derivados del divorcio", en JA 1942-II-1011); Acuña Anzorena ("Responsabilidad civil del

cónyuge adúltero y de su cómplice por causa de adulterio", en La Ley, 27-212); Colombo ("Indemnización del daño producido por el adulterio de la esposa", en La Ley, 89-708); Belluscio ("Daños y perjuicios derivados del divorcio", en La Ley, 105-1041), Barbero ("Daños y perjuicios derivados del divorcio", Ed. Astrea 1977); Spota ("Tratado de derecho civil", t. 12, p. 149); Zannoni ("Derecho de familia", t. 2, p. 175 y sigs.); Mazzinghi ("Derecho de familia", t. II, p. 26, N° 160 y t. III, p.183 y sigs.); Bustamante Alsina ("Divorcio y responsabilidad civil", en La Ley, 1988-D, 376); Makianich de Basset ("Otra acertada acogida del derecho a reparación de los daños ocasionados por el cónyuge culpable de divorcio", en ED, 115-844); Mosset Iturraspe ("Los daños emergentes del divorcio", en La Ley, 1983-C, 348); Uriarte ("Rechazo de la indemnización del daño moral por el adulterio de uno de los cónyuges", en La Ley, 1991-D, 216 y "Reparación del daño moral derivado de los hechos constitutivos del divorcio", en JA 1988-III-390)» (6).

En 1988, la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil se pronunció a favor de indemnizar el daño moral causado en el divorcio (7). En 1989, la Sala F de la misma Cámara sentaba el mismo criterio (8) y, 1990, lo reiteraba a instancias del voto del Dr. Bossert, en el que se afirmaba la procedencia de la indemnización del daño moral del cónyuge inocente:«La probada violación al deber de fidelidad lesiona bienes extrapatrimoniales del cónyuge, como su derecho a la paz en el ámbito de la familia y al bienestar y la felicidad en la relación conyugal, así como su sentimiento de autoestima, lo que torna procedente la indemnización del daño moral» (9).

La Sala B, en 1991, también acogió un reclamo de resarcimiento del daño moral del cónyuge inocente y mantuvo el criterio en 1992 (10). De esta forma la sala modificó la posición negativa de la indemnización, que había acogido en el año 1988 (11).

Sin embargo, al margen de los importantes precedentes citados, no hubo en la primera parte de los 90 en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, y no hay hoy en todos tribunales, total acogimiento del daño moral en el divorcio; debido, por un lado, a la

recepción de la teoría del «daño punzante» propugnada por Santos Cifuentes en su disidencia sobre el tema (12) -considerada también por la Sala E en 1992-, por la que se resuelve rechazar el rubro indemnizatorio, al no tenerse por acreditadas extraordinarias circunstancias en la infidelidad o un menoscabo moral que supere la normal tolerancia (13). A estos motivos se han adicionado la falta de prueba del daño moral; (14) y, como justificativo para disminuir montos indemnizatorios cuantificados por el a quo, no acreditar «que el culpable hubiera obrado con un notorio afán de desacreditar maliciosamente a la esposa» (15).

La ambivalencia de las sentencias sobre el tema llevó a que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil dictara el 20 de septiembre de 1994 fallo plenario, en el que se sostuvo que pueden ser reparables los daños morales causados por el cónyuge culpable, en consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio (16). Con esta apertura de criterio, cualquier hecho constitutivo del divorcio que cause daño moral al cónyuge inocente, da lugar a la indemnización del daño moral, si se presentan todos los elementos de la responsabilidad extracontractual (17).

Otro hito relevante en el tema que estudiamos ha sido el proyecto de Código Civil de 1998, en sus arts. 525, 1686 y 1589. El art. 525 regulaba positivamente la responsabilidad por los daños causados al cónyuge inocente, en la separación del matrimonio con exclusiva culpa de uno de sus miembros. La demanda debía interponerse en el proceso de separación. Por otro lado el mismo artículo establecía que «Los daños provenientes de los hechos ilícitos que constituyen causales de separación son indemnizables». Sin embargo, para que proceda la responsabilidad del cónyuge culpable, atendiendo al art. 1686, el daño no debía estar justificado y debía ser ocasionado actuando el cónyuge con dolo o culpa grave. Se justificaba el daño, según el art. 1589, si la admisión de una acción reparatoria pone en peligro la persistencia y estabilidad de la familia, de la solidaridad entre sus miembros o de la piedad filial (18).

Pese a todas las idas y vueltas que ha habido a partir de la letra de nuestro actual Código Civil, las discusiones continúan y se dice que el tema no ha penetrado en la costumbre jurídica de nuestro país, por lo que se piden pocas indemnizaciones del daño moral, que a veces se rechazan y otras veces se cuantifican en montos meramente simbólicos por los jueces (19).

El proyecto de reforma del Código Civil del año 2012 trae un nuevo giro sobre la aplicación del derecho de daños a los divorcios culpables. Los divorcios culpables en el proyecto no existen, y más aún, no hay deberes morales de conducta que emerjan del matrimonio. Ya no se debería fidelidad, ni convivencia, sino exclusivamente asistencia. De entrar en vigencia el proyecto como Código Civil para la república, todas las elaboraciones que se han hecho sobre la infidelidad y el deber de fidelidad como causante de daño moral; así, como de todos los hechos constitutivos del divorcio, dejarían de ser congruentes con el derecho positivo.

IV. Violación al deber de fidelidad y daño moral.

La fidelidad es un derecho-deber que entraña, por un lado, a la exclusividad sexual en la pareja casada y, por el otro, el deber de abstenerse de mantener vinculaciones de carácter afectivo de naturaleza sexual o amorosa fuera del cónyuge. Hay que analizar si al margen del divorcio con atribución de culpa, procede o no indemnizar el daño moral causado por la infidelidad, y en su caso, estudiar si es necesario o no el divorcio vincular para que sea viable la acción civil resarcitoria.

Quienes vienen negando la posibilidad de indemnizar al cónyuge inocente, ante la infidelidad del otro, sostienen en primer lugar: que hay un valladar entre la responsabilidad civil y el derecho de familia, impuesto por la especialidad de este último, que prevé como sanción de la infidelidad el divorcio con atribución de culpabilidad, nunca el resarcimiento de daños, como sí está previsto expresamente en la nulidad del matrimonio, en favor del cónyuge inocente. Se sostuvo

también que los reclamos por daños serían inmorales, degradantes y repulsivos a la sensibilidad moral Argentina (20).

Revisando la responsabilidad por daños, autores de la talla de Zanonni y Mizrahi han vislumbrado la abstracción de castigar a un cónyuge en un divorcio culpable, que dé también lugar a una indemnización de daños. El fundamento de la postura se asienta en que la fractura del matrimonio, que lleva a los hechos que dan lugar al divorcio, ha ocurrido tiempo antes que el hecho que se ventila en juicio. De esa forma, se escapan al juez una gran cantidad de hechos relevantes de ambos miembros de la pareja, que son idóneos para dar causa al divorcio. La culpa nunca es de uno solo de los cónyuges y el juez no llegará nunca a saber qué ha pasado. Es por ello que no se dictará una sentencia ajustada a derecho (21).

En favor de la indemnización de los daños que se causaren al cónyuge inocente, se viene diciendo que ante la prescindencia de normas específicas dentro del derecho de familia, corresponde aplicar el régimen general de la responsabilidad civil. Máxime, atendiendo a que la infidelidad es una violación al deber de fidelidad, por lo que es de por sí un acto ilícito, que de causar daños da nacimiento a la obligación de resarcir el perjuicio que no está justificado. Esta postura es la que resulta ser preponderante, aunque no exclusiva.

Entre ambas posturas, emerge la del «daño punzante» que si bien no es proclive a denegar todo resarcimiento del daño moral por la infidelidad, requiere un daño de mayor intensidad que no se puede presumir *in re ipsa* de cualquier infidelidad que no sea pública, o escandalosa, o mortificante, ataque la dignidad o haya golpes que dejen marcas (22). Es necesario que el hecho que da lugar a la declaración de culpabilidad en el divorcio, por su gravedad y su potencial dañoso, amerite exorbitar el régimen de la legislación familiar, para que se apliquen las normas de la responsabilidad civil, por aparecer en el hecho circunstancias especiales.

En la actualidad esta posición que diseñara Cifuentes sigue teniendo repercusiones en los tribunales: «El hecho de que se haya decretado el divorcio por culpa de uno de los cónyuges bajo la causal

de adulterio, no es suficiente por sí solo para generar derecho a la reparación del daño moral a favor del inocente, sino que debe demostrarse que dicha situación agravó las repercusiones espirituales propias de la ruptura matrimonial» (23).

Desde comienzos de la década de 1980 se ha avanzado mucho en la cuestión del daño moral en el divorcio, sin que exista una infinita expansión de causas en los juzgados, por no haberse hecho costumbre difundida reclamar judicialmente.

Pese a que se discute todavía, hay una postura que se muestra como más acogida (la que concede la indemnización) y otra que se resiste a abandonar nuestra doctrina y jurisprudencia (la del daño punzante).

A la par de la problemática de la indemnización del daño causado en el acto que da lugar a divorcio culpable, quedan por definir otros aspectos conflictivos que devienen de la correcta aplicación del derecho de daños al derecho de familia: 1. Daños recíprocos por hechos antijurídicos que dan lugar al divorcio. 2. Necesidad o innecesidad de la declaración de divorcio. 3. Existencia de otros damnificados. 4. La cuestión en el proyecto de Código Civil del año 2012.

V. Culpabilidad mutua.

En el caso de que ambos cónyuges hayan cometido infidelidad y se declare culpa de ambos en el divorcio, nadie parece avalar la posibilidad de que se indemnice a cada cual por los daños sufridos. Así como la infidelidad de un miembro de la pareja no justifica la infidelidad del otro, las mutuas infidelidades no justifican los daños causados. De acudirse a la teoría general de la responsabilidad, no encontramos causa de justificación que impida condenar a ambos cónyuges a pagar el daño moral que ha causado injustamente al otro.

En una novedosa sentencia se ha dicho que, ante el caso de que en el juicio de divorcio se acrediten causales de divorcio recíprocas y diferenciadas, que generen daños morales en ambos cónyuges,

corresponde condenar, a cada cual, al pago de la pertinente indemnización: «Si las declaraciones de culpabilidad en el divorcio de ambas partes se sustentan en hechos diferentes en el caso, infidelidad de la esposa y violencia psicológica del marido cada uno deberá responder por el daño moral ocasionado con el hecho dañoso cometido, el ser independientes los hechos y las culpas» (24).

No parece acertado que se mande a indemnizar el daño causado por diferentes géneros de hechos ilícitos matrimoniales de cada consorte, y que no se indemnicen los daños provenientes del mismo tipo de acto antijurídico, aunque siempre sean, de todos modos, hechos diferentes uno de otro.

Si cada parte en un pleito acredita los hechos ilícitos, la relación de causalidad, el daño y la culpa, no hay motivo para no reconocer a cada cual el derecho a su indemnización, sin importar su actuación como dañador, por la que debería responder.

VI. Necesidad de declaración de divorcio.

Otro punto crítico que vislumbramos surge de la siguiente hipótesis: Una persona a consecuencia de la infidelidad de su legítimo marido o mujer sufre una depresión que amerita tratamiento psiquiátrico o psicológico. Surge de las pruebas del caso que se acredita el adulterio, el daño, la relación de causalidad, y la culpa del cónyuge. ¿Debe ser rechazada la demanda por no aparejar petición de divorcio vincular? Salvando las diferencias, por supuesto, es como requerir al trabajador que renuncie a su trabajo antes de reclamar por las secuelas de un accidente de trabajo o imposibilitar el reclamo del daño moratorio porque continúa la relación contractual.

En fin, estaríamos en el supuesto ante un acto antijurídico causado en el marco de una relación convencional. Del derecho de daños, no surge norma que implique tolerancia del perjuicio sufrido por el afectado, a menos que se resuelva o extinga la relación en cuyo marco se ha causado el menoscabo.

El ejemplo se complica, si se tiene en cuenta que incoar la demanda de daños y perjuicios implica no dar lugar a la reconciliación y bien puede ser el puntapié inicial, previo al juicio de divorcio.

Otro interrogante que nos queda es si puede iniciarse juicio de daños y perjuicios y a la vez divorcio por mutuo acuerdo o por causal objetiva.

En el caso de la concurrencia de una demanda por daños y perjuicios y por otro lado la presentación conjunta peticionando la declaración de divorcio, todo parece indicar que se trata de dos procesos de objeto diferenciado, que persiguen diferentes efectos jurídicos, que no resultan contradictorios entre sí.

Cuando la demanda de daños y perjuicios concorra con una demanda de divorcio por causal objetiva, la situación es diferente, atento a que por lógica, si el deber de fidelidad se coarta con el cese de la convivencia, el hecho de infidelidad que intente demandar algún cónyuge estaría prescripto. Desde ya que la prescripción no impediría la promoción de la demanda, pero sería aventurado dar comienzo a un proceso en esas condiciones, quedando a merced de la contraria.

En todos estos casos debe concluirse atendiendo a que no hay prohibición legal expresa para la hipótesis que planteo, ni norma similar a la del proyecto de Código Civil del año 1998. Por ello, el art.5.1 CASDH habilita la demanda, siempre y cuando no haya reconciliación.

Desde lo ideológico no estoy a favor de la aplicación del derecho de daños al derecho de familia, fuera de supuestos de violación de deberes generales de conducta. Es decir, que solo en casos de daños a bienes materiales o extrapatrimoniales causados por hechos que atenten contra la vida, la salud, la integridad física y el honor, preferiría no dar espacio en esta materia a la responsabilidad civil.

Sin embargo, desde lo normativo, en el actual Código los caminos están totalmente abiertos a todo tipo de planteos ante el matrimonio desquiciado. La prudencia judicial debe cotejar todos los valores y bienes jurídicos en juego, para que no se acallen algunos

derechos en pos de otros, y mucho menos, para que no se niegue el reconocimiento de derechos en base a las creencias metajurídicas del juzgador, cuestión que constituye históricamente un lugar común en el derecho y especialmente en esta rama de las relaciones de familia.

No aludimos a situaciones fraudulentas ni a la ley ni a terceros. Hablamos de casos de daños ciertos que se pueden acreditar, y que ninguna norma habilita al rechazo in limine de la demanda ni al rechazo al dictar sentencia.

Sin prohibición legal ni daños a terceros, no vemos por qué debe iniciarse el juicio de divorcio. Solo coincidimos, en principio, que podría existir una conducta incompatible con la comunidad de vida, (25) que en concreto puede o no existir, dependiendo del caso. Sin dudas no es una afirmación absoluta.

Pero, de todos modos, tampoco implica esa circunstancia, prohibición normativa alguna para demandar reparación de daños sin iniciar juicio de divorcio. A veces la inclusión de una rama del derecho en otra lleva a algunos efectos no deseados. Por ello resulta acertada la regulación normativa del proyecto del año 1998, que incluía en el Código Civil la respuesta al problema que detectamos.

Hoy la ley deja una vía abierta a la demanda de daños sin divorcio, y el sentido de justicia del intérprete tiene que alejarse de la ley, porque esta no da soluciones apropiadas para todos los problemas familiares de estos tiempos.

VII. Existencia de otros damnificados.

¿Podrían los hijos o un conviviente requerir la indemnización del daño moral por el adulterio del padre o por el mantenimiento de relaciones sexuales y sentimentales fuera del concubinato?

El hijo seguramente se verá afectado por la actuación de sus progenitores, ya que el adulterio será causa de conflicto familiar. Sin embargo no es titular de un derecho-deber de fidelidad. No está

obligado a mantenerla, y no puede exigirla. Se trata de deberes que surgen del matrimonio.

Lo mismo sucede con el conviviente, quien no se ha casado con su pareja. Si uno de los miembros de la unión mantiene relaciones amorosas con otras personas, no estaría alcanzado por los mismos efectos que corresponden a los cónyuges matrimoniales.

En ambos casos pareciera que faltaría a su respecto conducta antijurídica como elemento de la responsabilidad civil. Además el art. 1078 del CCiv determina: «La acción por indemnización del daño moral solo competará al damnificado directo» con lo que se excluiría al hijo, damnificado indirecto del accionar de sus padres.

Sin embargo, la mujer u hombre traicionado por su conviviente sí es un damnificado directo. Y, además, se dice hoy en día que la antijuridicidad formal ya no es un elemento sine qua non de la responsabilidad civil; porque mediando daño injusto hay antijuridicidad material, y oposición al ordenamiento jurídico, y el principio *neminem laedere*. Si sumamos que en casos de muerte del conviviente la jurisprudencia y la doctrina vienen diciendo que corresponde indemnizar el daño moral de la pareja como si se tratara del consorte, llegamos a una sumatoria de factores que hacen pensar que no sería descabellado indemnizar a una persona por la infidelidad amorosa y sexual de su conviviente.

La solución que se diseñe debe ser muy prudente, ya que en el proyecto de reforma del Código Civil de 2012 se coloca, en cuanto a la infidelidad, a los esposos en la misma situación que está hoy el concubino. Se acabará con la ilicitud de la infidelidad, mas no queda claro que no se aplique el derecho de daños en esos casos.

En este esquema, en el cual la buena fe es un principio general del derecho, la confianza será primordial, y pese a la falta de ilicitud, la traición a la confianza y a las expectativas normales de cualquier pareja casada o no podrían obligar, como obligan en la teoría general de los actos jurídicos.

Hoy la prohibición de no dañar a otros se encuentra vigente. Por ello consideramos que se hace posible tutelar a la persona del conviviente ante los hechos abusivos que perpetrare el otro, siempre que causen desmedro de las lícitas esperanzas de quien está compartiendo un proyecto común de vida, cuya integridad moral la norma suprema garantiza.

Hoy en la jurisprudencia se va avanzando en esa dirección: «Corresponde otorgar una indemnización por daño moral a la concubina de quien falleció en un accidente de tránsito, si existió entre ambos un vínculo calificado por la cohabitación, la fidelidad, la asistencia recíproca y que duró por varios años hasta la muerte de la víctima, pues negar los padecimientos sufridos por la accionante solo por no ser heredera forzosa, vulneraría la garantía de igualdad ante la ley consagrada en el art. 16 de la Constitución Nacional» (26). De este reconocimiento de igualdad a otros hay solo un paso. Tal vez de una buena vez empecemos a brindarle el tratamiento analógico al matrimonio, que merece toda unión de personas, que actúa de base de una familia.

VIII. La cuestión en el proyecto de reforma al código civil del año 2012.

El proyecto de Código Civil del año 2012, en los arts. 431 y 432, ha establecido como deberes de los cónyuges la asistencia recíproca y los alimentos. Nada se dice sobre el deber de fidelidad y de convivencia. Por otro lado ha derogado el divorcio castigo, pudiendo uno solo de los esposos o ambos juntos solicitar el divorcio, sin que se lleve adelante ningún tipo de juicio de reproche o culpabilidad (art. 437).

Desde la normativa del derecho de familia desaparecería la ilicitud de la actuación del esposo infiel. ¿Sería posible, entonces, que continúen los pedidos de indemnización de los daños y perjuicios ante esas conductas de un cónyuge?

La respuesta afirmativa se impone en virtud de lo que el proyecto regula para la responsabilidad civil.

Son fundamentales los arts. 1710, 1714, 1715, 1716 y 1733 del proyecto: El art. 1710 del proyecto del año 2012 establece como deber genérico: «... evitar causar un daño no justificado». El art. 1714 define el deber de no dañar en idéntico sentido: «La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código». El art. 1715 determina que: «Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada». Las causas de justificación del art. 1716 son: legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho. Por otro lado el art. 1733 define al daño: «Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva».

Ahora es menester explicar por qué estas normas habilitan la prosecución de juicios de daños ante infidelidades que no tienen su correlato con un deber-derecho.

El daño en el proyecto es la ilicitud. Ya no es necesario flexibilizar la antijuridicidad, esta ha sido absorbida por el perjuicio como elemento de la responsabilidad civil. Para que se configure el daño ilícito, basta con que se lesione un interés lícito de una persona - es decir que tutela el acervo del ser humano el sentido más amplio-. La fidelidad dentro del matrimonio seguirá siendo un interés lícito, aunque ya no sea un derecho deber, porque sigue siendo idónea como medio para satisfacer necesidades humanas como son la familia, la identidad, la integridad moral, la libertad de culto y su práctica, etc. Por otro lado, la infidelidad agrede el derecho humano a la integridad moral, que sí está explícitamente reconocido.

Sin dudas, ante un acto de adulterio, se causa daño a la otra persona en el sentido que lo entiende el proyecto. Al causar daño, y solo con eso, se incumple un deber de conducta de no dañar a otros, lo que lleva a la necesidad de que el dañador cuente con una

justificación, para que no responda por el perjuicio causado. Si no cuenta con la justificación que permite la ley, habrá daño resarcible, aun sin deberes de conducta en el matrimonio; por lo que se podría seguir demandando al cónyuge culpable y este debería resarcir el detrimento que causare.

Esta nueva normativa abriría la puerta a que los convivientes planteen iguales demandas que los esposos, ya que la sola lesión comprobable a la integridad moral da lugar a daño ilícito.

IX. Otras causales de divorcio culpable.

Mucho de lo dicho para el adulterio como causante de daño moral cabe sostenerse para las demás causales que prevé la ley para justificar el divorcio castigo. La historia les es común, y los precedentes ya citados justifican la misma solución; porque es indemnizable todo perjuicio que se ocasione por actos configurativos de las causales de divorcio Incluso lo dicho para el proyecto de 2012 también es aplicable a estos otros ilícitos dañosos.

X. Conclusión.

a. Procede aplicar el derecho de daños a las consecuencias dañosas de las causales subjetivas de divorcio y a todo daño que cause el cónyuge producto de un delito o cuasidelito.

b. En el caso de los hechos constitutivos de causales de divorcio, al margen de sus efectos para pedir el divorcio, y los que emergen de la sentencia, corresponde indemnizar el daño moral que causa.

c. El daño moral que cause el adulterio en el otro cónyuge es resarcible. Los daños recíprocos son resarcibles por el causante. No existe prohibición legal para demandar por daños y perjuicios sin iniciar juicio de divorcio. Es posible que dando tratamiento igualitario se permita la indemnización del daño moral de los concubinos por la infidelidad de la pareja.

d. La misma posibilidad de lograr el resarcimiento del daño moral ocasionado por el adulterio es viable en el proyecto de reforma del Código Civil del año 2012. El proyecto permitiría, incluso, que se deba reparar el daño moral del conviviente que sufre la infidelidad del compañero.

Referencias Bibliográficas.

(1) Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala II, A., A. c. A., M. N., 07/04/1983, con nota de Jorge Mosset Iturraspe, LL 1983-C, p. 350.

(2) Barbero, Omar U., La primera sentencia argentina que condena a reparar el daño moral derivado de un divorcio, ED, t. 107, p. 925.

(3) Álvarez Perreta, Graciela B., Deber de fidelidad. Daño material y daño moral, LL 1985-A, p.989.

(4) Barbero, Omar U., ¿Daño moral por hecho constitutivo de causal de divorcio? Sí, ma non troppo, MJD2786.

(5) CNCiv, Sala E, F., D. A. c. D., E. H., 30/10/1992.

(6) *Ibidem*.

(7) CNCiv, Sala C, 17/5/88, LL 1988-D, p. 376.

(8) Causa 39.362 del 28/3/89. Citada en CNCiv, Sala E, F., D. A. c. D., E. H., 30/10/1992.

(9) CNCiv, Sala F, L., J. c. M. de L., E. P., 22/11/1990.

(10) CNCiv, Sala B, al resolver en las causas 91.795 del 20/8/1991 y 110.450 del 2/9/1992. Citadas por CNCiv, Sala E, F., D. A. c. D., E. H., 30/10/1992.

(11) CNCiv, Sala B, al resolver en la causa 32.184 del 29/4/88. Citada en CNCiv, Sala E, F., D. A. c. D., E. H., 30/10/1992.

(12) CNCiv, Sala C, 17/5/1988, La Ley, t. 1988-D, p. 376.

(13) CNCiv, Sala E, F., D. A. c. D., E. H., 30/10/1992. Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, C. G., M. L. c. R. R. A. L., 21/04/2005. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de Río Cuarto, O., M. A. c. V., A. M., 09/08/1996.

(14) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quilmes, Sala I, Acosta Leonardo c. Rodríguez Melitona s/ divorcio vincular contradictorio, 18/11/1997.

(15) CNCiv, Sala A, De Canio, Marta c. Espiñeira, Javier Marcelo, 22/05/2006.

(16) Barbero, op. cit. Mazzinghi, Jorge Adolfo, El Fallo Plenario Sobre Daño Moral En El Divorcio, ED, t. 162, p. 959.

(17) Rivera, Julio César, Daño moral derivado de los hechos que causaron el divorcio ¿Permite el plenario las indemnizaciones de equidad?, JA 1994-IV, p. 577. Jalil, Julián, Viabilidad de la pretensión resarcitoria del daño moral deviniente de un divorcio causal, RCyS 2010-IV, p. 239.

(18) Barbero, op. cit., p. 404.

(19) Cfr. Barbero, op.cit., p. 401.

(20) Cfr. Cifuentes, Santos, El divorcio y la responsabilidad por daño moral, LL 1990-B, p. 807.

(21) Zannoni, Eduardo A., Repensando el tema de los daños y perjuicios en el divorcio, JA 1994-III, p. 822. Mizrahi, Mauricio L., Improcedencia de las indemnizaciones por daños en los divorcios decretados por causales subjetivas, JA 1991-IV, p. 680. Citado en Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil, 1ª Ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, t. IV, p. 278. Cfr. Bosch Madariaga (h.), Alejandro F., Daño moral en el divorcio. Análisis jurisprudencial de su procedencia y cuantificación, DJ 2007-II, p. 1111.

(22) Cifuentes, Santos, El divorcio y la responsabilidad por daño moral, LL 1990-B, p. 809

(23) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, Sala III, S., A. T. c. F., M. R., 17/09/2009, LLBA 2009 (noviembre), p. 1146, DFyP 2010 (marzo) con nota de Néstor E. Solari, p. 91, AR/JUR/31817/2009.

(24) Juzgado de Primera Instancia de Familia N° 3 de Rawson, Provincia del Chubut, G., M. D. c. P., A. N., 26/02/2009, con nota de Néstor E. Solari, LL 2009-C, p. 376, ED, t. 239, p. 29, AR/JUR/1863/2009.

(25) Medina, Graciela, Daños en el derecho de familia, 2ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, p. 98.

(26) Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala II, Hernández, María R. c. Witomski, Mario N. y otro, 27/02/2007, LLBA 2007 (mayo) LLBA 2007 (mayo), 461 RCyS 2007 RCyS 2007, 797 LLBA 2007 (junio) con nota de Félix A. Trigo Represas LLBA 2007 (junio), 489, AR/JUR/399/2007.

El daño moral resarcible producido mediante informes crediticios. Análisis jurisprudencial.

Por Manuel Gonzalo Burgueño Iburguren

Disponible en: <https://clasicoar.microjuris.com/>

Cita online: MJ-DOC-6042-AR | MJ6042

[Consultado: 20/08/20]

Sumario.

I. Introducción. II. El derecho de daños y su aplicación en la materia. Posibles supuestos de partida. III. Sujetos legitimados activamente y pasivamente. IV. Aplicación de la teoría general de la responsabilidad a los casos donde existe una indebida denuncia de un estado de deuda. V. La responsabilidad de la entidad informante en la jurisprudencia. VI. La responsabilidad del administrador o titular del registro privado en la jurisprudencia. VII. El daño moral causado por publicación de información carente de veracidad en la jurisprudencia. Prueba del daño moral. VIII. El monto del daño moral resarcible. IX. Conclusión.

I. Introducción

Las actividades financieras y mercantiles requieren, para su funcionamiento eficiente y seguro, del conocimiento de las condiciones de solvencia de las personas que acuden al mercado en búsqueda de financiamiento, bienes y servicios. Ante esta necesidad, la tecnología ha proporcionado los instrumentos idóneos para facilitar la reunión de información, su registro y difusión.

El Banco Central de la República Argentina (BCRA) cuenta con registros de cheques rechazados y de cheques extraviados, sustraídos y adulterados (ambos registros consultables por Internet), de cuentacorrentistas inhabilitados (información intransferible disponible para entidades financieras), y de deudores del sistema financiero. Para conformar este último registro, pesa sobre las entidades financieras, emisores de tarjetas de crédito, fideicomisos financieros y administradores de carteras de créditos de ex entidades financieras, el deber de informar al BCRA sobre los retrasos en el cumplimiento o el incumplimiento de las obligaciones asumidas por sus clientes, sin que constituya discriminación alguna.

La información recabada por el BCRA en el registro de deudores del sistema financiero se distribuye mensualmente de forma onerosa y a solicitud a cada una de las entidades que están obligadas a brindar la información de sus deudores. Se proporciona también de forma onerosa y a pedido a los inscriptos en el Registro Nacional de Bases de Datos de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales -dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación- que hubieran declarado como finalidad principal la prestación de servicios de información crediticia.

La información a registrar debe representar datos significativos para evaluar la solvencia económico-financiera de los afectados durante los últimos cinco años. Este plazo se reduce a dos años cuando el deudor cancele o de otro modo extinga la obligación, debiéndose hacer constar dicho hecho (1). No se publican datos que contravengan este mandado, emergente de la Ley 25.326.

Además de la registración de información patrimonial obligatoria del Banco Central, toda empresa, aun cuando no sea proveedora de servicios financieros, e incluso cualquier acreedor pueden denunciar a un servicio privado de información crediticia datos personales relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones de contenido patrimonial (2). Esto, siempre respetando que los datos sean significativos para evaluar la solvencia económico-financiera de los afectados durante los últimos cinco años; reduciéndose el plazo a

dos años cuando el deudor cancele o de otro modo extinga la obligación, debiéndose hacer constar dicho hecho. En otras palabras, pesa sobre todo sujeto acreedor y registro la misma prohibición impuesta por la ley, respecto de los datos a informarse.

Frente a las posibilidades de actuación que se permiten a los acreedores y a los registros públicos y privados de contenido patrimonial, se yergue la esfera individual de los derechos y garantías del deudor o de cualquier tercero expuesto al mal manejo de la información, que se ve tutelado en su honor e intimidad por el derecho.

Como contrapeso de todas las facultades de informar y registrar incumplimientos del deudor con que cuentan los acreedores y los titulares de los registros de deudores, se ha reconocido el derecho a los sujetos afectados por los datos o ligados a los mismos, a conocer la información que sobre ellos existe registrada, y en caso de falsedad o discriminación, exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. Para estos casos, se prevé el habeas data como remedio constitucional, y los mecanismos de acceso a la información, de rectificación, actualización y supresión de los arts.13 a 20 de la Ley de Protección de Datos Personales.

Desde otra óptica, cuando por error se denuncia la situación de deudor moroso o contumaz de una persona que no lo es, se afecta a un individuo en su faz personal objetiva, al hacérselo conocer en plaza como un sujeto que no cumple sus obligaciones. Y, en muchos casos, se le causa pesar o sufrimiento subjetivo cuando se lo expone de manera concreta ante otras personas o se le deniega algún servicio solicitado por la persona denunciada.

En estos casos, al margen de la normativa sobre los datos personales, entra en juego la aplicación de las normas de la responsabilidad civil o derecho de daños en favor de la víctima de un actuar ilícito o abusivo.

II. El derecho de daños y su aplicación en la materia. Posibles supuestos de partida.

Convergen en la materia bajo estudio diferentes circunstancias de hecho y derecho que ameritan diferentes aplicaciones normativas y, por ende, soluciones variadas del derecho de daños, dependiendo de la calidad del hecho o el acto que dé nacimiento a relaciones jurídicas y de los sujetos intervinientes. El motivo de todas estas divergencias deviene de la existencia de relación jurídica o no, previo a causarse el daño al cliente, consumidor o tercero mediante mal uso de su información patrimonial.

Partiendo de la clasificación propuesta, podemos distinguir: a) Por el acto o hecho que da nacimiento a la relación jurídica: 1. Contrato. 2. Acto de consumo cuando el acto u hecho jurídico se dirige a satisfacer necesidades personales del contratante, de su familia u otros usuarios y expuestos al consumo (finalidad del acto). 3. Hecho extracontractual civil o de consumo. Y b) Por los sujetos intervinientes en la contratación: 1. Podrá configurarse un acto de comercio ante la contratación celebrada entre comerciantes para fines comerciales (una empresa que solicita crédito para financiar actividad propia de su objeto), el incumplimiento del empresario dará lugar a la publicación de su situación como deudor. 2. En similar situación estará el sujeto no comerciante que adeude el pago de sus obligaciones exigibles por financiamiento o adquisición de bienes y servicios no destinados al consumo (una persona que contrata un mutuo para invertir en el ejercicio de su profesión liberal). Si contrata con comerciantes será acto de comercio. 3. Contrato u obligación civil: Cualquier acreedor de deuda civil también puede denunciar a una base de datos crediticios la situación de su deudor.

Todos estos supuestos contractuales o extracontractuales sirven para ilustrar las relaciones donde puede darse un caso de error del acreedor en informar un estado de mora o de incumplimiento de la obligación, que no se condiga con la realidad. Incluso, ha habido casos en los que, sin mediar relación contractual alguna, se ha informado a

algún banco de datos la situación de deudor de una persona sobre la que no recaía débito alguno.

III. Sujetos legitimados activamente y pasivamente.

Mientras que la información que se proporcione al BCRA o a cualquier registro privado sea verdadera y respetuosa de la ley, no puede entenderse que hay un actuar ilícito que cause adecuadamente un daño a nadie.

La responsabilidad civil empezará a ser relevante cuando se dañe a una persona, a través de la información de datos no verdaderos, o proporcionados de forma abusiva o en infracción a la norma protectoria de los datos personales. La causación de daños sin justificación legítima a la víctima a obtener la indemnización de daños y perjuicios pertinente.

El legitimado pasivo será, en primer lugar, quien ha informado incorrectamente los datos del afectado a los registros obligatorios o voluntarios.

También es posible responsabilizar al administrador del banco de datos privado cuando, no habiendo obtenido la información del BCRA, es decir, de un registro público, registra erróneamente a una persona como deudor sin efectuar un mínimo control. Y en los casos en que no actúe con diligencia para modificar la información errada ante el requerimiento judicial o extrajudicial instado por el interesado.

En algunas oportunidades, se ha responsabilizado al dueño del registro privado por el hecho de publicar información incorrecta, dejando a salvo la acción de regreso contra quien ha proporcionado los datos de la mora o del incumplimiento en el pago de las obligaciones de una determinada persona. Quienes siguen esta línea le asignan al titular del registro, frente al damnificado, una función de garantía.

IV. Aplicación de la teoría general de la responsabilidad a los casos donde existe una indebida denuncia de un estado de deuda.

Ante la causación de un daño a un sujeto, corresponde analizar la presencia de los demás elementos de la responsabilidad civil (hecho antijurídico, relación de causalidad y factor de atribución). En casos especiales como los daños ocasionados por la información, registración y publicación indebida de un estatus de deudor moroso o incumplidor, se hacen aplicables tanto las reglas de la responsabilidad contractual, como las normas de la responsabilidad extracontractual.

De mediar una relación contractual emergente de un acto de comercio, de un contrato civil, o de un contrato que tenga por finalidad la satisfacción de necesidades personales de consumidores o usuarios, se aplicarán las normas de la responsabilidad contractual. Campean en este terreno los arts. 1198 del CCiv y 5 y 40 de la LDC, que establecen la obligación de seguridad o garantía y el riesgo del servicio como atribución de responsabilidad.

Cuando no hay vinculación contractual que dé origen a la relación jurídica que liga a las partes, corresponde aplicar las reglas de la responsabilidad extracontractual, especialmente los factores de atribución de los arts. 1071 , 1109 y 1113 del CCiv, que establecen la responsabilidad de quien causa daños abusando de su derecho, por culpa y por el riesgo de la actividad.

La jurisprudencia no ha marcado el camino unívoco a seguir, por el contrario, en nuestros tribunales, existen precedentes abiertamente opuestos. La situación no debe proseguir, por lo que propiciamos una solución uniforme para los casos de daños ocasionados por información compuesta por datos falsos, errados o ilícitos -contrarios a la Ley de Protección de Datos Personales.

V. La responsabilidad de la entidad informante en la jurisprudencia.

En líneas generales, los tribunales argentinos tienden a indemnizar, por daños y perjuicios, a la entidad que ha informado erróneamente la situación de deudor de una persona.

Se advierten distintas líneas de soluciones en base a la existencia o inexistencia de contratos entre el informante y la víctima del daño.

A. Mediando marco contractual -en cuyo seno se daña al cliente de la entidad que informa la situación de deudor al registro-, se responsabiliza en base a la sola denuncia errada por la sola fuerza de los hechos, acreditándose que la información ha existido como tal y su incongruencia con la realidad, como si se objetivara el factor de atribución:

a. «Cabe responsabilizar a la entidad bancaria por el envío de información errónea al registro de deudores, pues el deudor afectado fue colocado en la categoría "5", como "irrecuperable", cuando se encontraba cancelando las cuotas del convenio de refinanciación celebrado con aquella entidad, lo cual demuestra de manera clara la voluntad de pago.» (3)

b.«Corresponde responsabilizar a la entidad bancaria por los daños sufridos por el actor al ser incorporado erróneamente en la base de datos de deudores irrecuperables en virtud de un crédito prendario que ya había sido pagado, pues de los informes y de la prueba pericial aportada surge que luego del robo del vehículo que era asiento de la garantía prendaria, la compañía de seguros canceló completamente el crédito garantizado, mediante la entrega de un cheque que fue cobrado por la entidad accionada.» (4)

Toda información que se proporcione de manera errada, siendo perjudicial para el cliente de la entidad financiera, de conformidad con la ley, da lugar a la posibilidad de alcanzar una sentencia que condene a resarcir todo menoscabo. Las normas generales de responsabilidad se aplican a cualquier caso. Sin perjuicio de que son más abundantes los pleitos por informes a la Central de Deudores del Sistema

Financiero del BCRA, los informes injustificados y dañosos que se formulen a otros registros públicos o privados requieren igual solución por imperio de las mismas reglas.

Como ejemplo, ha habido casos de denuncias al registro de cuentacorrentistas inhabilitados:

c. «El daño moral y patrimonial sufrido por un particular a raíz de haber sido incluido erróneamente en la base de datos de cuentacorrentistas inhabilitados por el Banco Central de la República Argentina, debe ser resarcido por el banco demandado, pues si bien en el ámbito del incumplimiento contractual el agravio moral debe ser juzgado estrictamente, en el caso se trata de un contrato que tiene que ver con la seguridad económica del actor, generando tal hecho un estado de incertidumbre respecto de su situación financiera, máxime cuando el obrar de la entidad fue negligente y antijurídico.» (5)

B. En los casos de responsabilidad extracontractual, ya que no hay contrato, los jueces han ingresado en el análisis de la culpa del causante del daño, subjetivando el factor de atribución.

a.«Corresponde responsabilizar a la entidad financiera demandada por las lesiones sufridas por la actora al ser incorporada erróneamente en una base de datos de deudores irrecuperables, pues quedó acreditado que no actuó con la debida diligencia y la profesionalidad que le eran exigibles, al abrir una cuenta corriente a nombre de la damnificada sin verificar la titularidad de las firmas existentes en los instrumentos identificados como información al cliente, reglamentaciones y condiciones generales para operar, y luego, informó al Banco Central de la República Argentina y a la Organización Veraz que la accionante mantenía un saldo impago en virtud de dicha cuenta.»

b. «El banco demandado es responsable ante el daño sufrido por una persona cuyo documento extraviado fue utilizado para adquirir mercaderías a cancelar con un crédito bancario y, ante la falta de pago, fue incluida como deudora en la base de datos del Banco Central de la República Argentina, pues en función de la delegación que efectuó al

comercio para que controlara la identidad del solicitante, omitió observar las directivas establecidas por la reglamentación vigente, lo cual fue determinante para el acaecimiento del daño en tanto, de haber mediado una adecuada verificación, difícilmente hubiese podido lograrse la aprobación del préstamo.» (6)

En conclusión puede afirmarse que, en líneas generales, toda empresa informante responde por los daños que se causen por proporcionar información patrimonial, inadecuada con la realidad o violatoria de la ley, mediando o no contrato.

VI. La responsabilidad del administrador o titular del registro privado en la jurisprudencia.

A. Entre los criterios seguidos por nuestros tribunales, encontramos un grupo de sentencias en las que no se dudó en condenar al responsable del registro privado por actuar negligente para su calidad de especialista e incluso por considerarse riesgosa la actividad de gestionar información.

Es necesario aclarar que esta primera postura se atribuye responsabilidad por culpa o riesgo por la sola registración y publicación de datos erróneos. Por lo que se equipara la responsabilidad del registro a la del informante.

a. «La organización dedicada a prestar servicios de información crediticia accionada resulta responsable por los perjuicios causados al actor en virtud de haber informado erróneamente que se encontraba registrado como deudor del sistema financiero, pues la Ley 25.326 requiere que los datos personales manipulados coincidan sean ciertos, adecuados y pertinentes, para lo que aquella debió instrumentar las medidas necesarias para que la información suministrada se ajustase a la realidad.» (7)

b. «Corresponde responsabilizar a la empresa de servicios de información financiera, por la falsedad de esta consignada en su base de datos, a consecuencia de que le había sido proporcionada por una

entidad bancaria, ya que por su especialidad en la materia pudo extremar los cuidados al propagar la misma, a fin de evitar el daño causado.» (8)

c. «La empresa encargada de brindar informes crediticios resulta responsable por los daños y perjuicios provocados como consecuencia de la errónea anotación y difusión de la condición del actor como deudor irrecuperable, ya que el hecho de difundir implica responsabilidad, en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor (ADLA, LIII-D, 4125) y la moderna teoría en materia de daños, pues, siendo una tarea remunerada aquella debe hacerse cargo del riesgo implícito de la actividad empresaria, sin perjuicio de la acción de regreso que podría deducir contra quien le hubiera suministrado el dato erróneo.» (9)

B. En el otro extremo de la paleta, encontramos un grupo de resoluciones que propugnan la irresponsabilidad de quien detenta el registro, por los daños causados por la información que erróneamente se informó, atento a que no hay culpa de su parte, por no poder controlar la existencia ni la exactitud de la deuda ni pesar un deber que la fuerce a constatar la información que se extrae de un registro público.

«La entidad que brinda información de riesgo crediticio no resulta responsable por la inclusión del reclamante en un banco de datos de deudores morosos, pues carece de la obligación de verificar la existencia y legitimación de la deuda que se le informa y no incurrió en una conducta u omisión susceptible de reproche, dado que como consecuencia de los datos suministrados por el administrador de un fideicomiso al Banco Central de la República Argentina y el asiento efectuado por este, no tuvo a su alcance la posibilidad ni el deber de obrar de un modo distinto.» (10)

C. En una posición intermedia, entre ambas posturas extremas señaladas en los puntos A y B, se encuentran una serie de fallos que, en principio, no aceptan la responsabilidad del registro privado por la publicación de información no veraz. Sin embargo, sí consideran aplicables las reglas del derecho de daño para atribuirles

responsabilidad si, tras la publicación de los datos patrimoniales errados, no enmiendan con diligencia los datos desapegados de la realidad.

En efecto, para liberarse de toda responsabilidad, el registro debe eliminar con celeridad el dato cuestionado o estudiar si es cierto y continuar su publicación, porque en este último caso no cabe tampoco responsabilidad alguna.

a.«Corresponde rechazar la acción de daños y perjuicios promovida, contra una empresa de servicios de información financiera, que suministró información errónea relativa al actor si, la demandada eliminó tal dato de su registro al recibir la intimación cursada por aquel pues, la rápida enmienda del error y el hecho de que el actor figurara como deudor moroso por otros motivos, impide tener por acreditada la relación de causalidad entre el negligente actuar de la demandada y los daños reclamados.» (11)

b. «Corresponde rechazar la demanda de daños y perjuicios interpuesta por quien fue incluido en la base de datos de deudores del sistema financiero contra la organización Veraz S.A., toda vez que ni del escrito inicial, ni de ninguna otra parte del proceso surge que el actor haya siquiera mencionado haberse presentado directamente ante la demandada o que hubiera dirigido nota alguna solicitando la supresión de sus datos, como así tampoco surge constancia al respecto del proceso homónimo seguido sobre habeas data sino que, por el contrario, de su lectura resulta que la accionada informó haber cumplimentado con lo dispuesto por el art. 16 inc. 6° de la Ley de Habeas Data.» (12)

c. «Corresponde responsabilizar a la empresa de servicios de información financiera que continuó incluyendo al reclamante como demandado en un juicio ejecutivo con la aclaración de que se encontraba en archivo, aun cuando se había solicitado la eliminación de dicha información por haberse desistido de la acción, pues la empresa recibió de manos del peticionante documentación -en el caso, un escrito firmado por el apoderado de la parte actora- que acreditaba el desistimiento de la acción y sin embargo, ante la

constatación de que el expediente se encontraba archivado, se limitó a incluir en sus informes esta circunstancia, sin corroborar lo informado por el reclamante.» (13)

VII. El daño moral causado por publicación de información carente de veracidad en la jurisprudencia.prueba del daño moral.

No hay uniformidad tampoco en lo que respecta al daño causado a la persona y su probanza en la causa. Por un lado, se propugna la acreditación mediante prueba del perjuicio sufrido, y en oposición a esa tesis, se admite el perjuicio por la ilicitud de la conducta de quien ha informado sin derecho el estado de deudor de su cliente.

En la primera postura, en diciembre de 2011, la Sala A de la CNCom ha determinado: «La entidad financiera demandada debe ser eximida de responder por los daños que habría sufrido el usuario de una tarjeta de crédito por la divulgación de los datos crediticios adversos informados por aquella a raíz de una deuda, pues, aun cuando el plazo de conservación de tales datos previsto en el art. 26 de la Ley 25.326 se encontraba vencido, el reclamante no acreditó que su difusión le hubiese ocasionado perjuicio alguno concreto» (14).

Por su parte, en mayo de 2012, la Sala E de la CNCom ha sostenido que: «La sola inclusión injustificada de una persona en la base de datos de deudores del sistema financiero comporta per se una situación lesiva que justifica la reparación del agravio moral, pues son innegables, en una situación como la descrita, las afecciones y los padecimientos causados en la tranquilidad anímica del agraviado» (15).

Basta, para probar el grado de desencuentro en la interpretación de casos que entrañen la problemática del daño causado por medio de la información, con señalar que dos salas de la misma cámara adoptan actualmente criterios distintos.

En un plazo de seis meses, se han pronunciado fallos cuyas doctrinas siembran amplias desigualdades, atento a que en algunos

tribunales bastaría con probar el hecho ilícito -información indebida- para que se condene al pago de una indemnización, mientras que en otros juzgados habrá que emprender un mayor esfuerzo probatorio dirigido a acreditar de manera suficiente el daño sufrido.

VIII. El monto del daño moral resarcible.

La cuantificación del daño moral es uno de los problemas más conflictivos del derecho y, pese a ello, todos los días se cuantifica el daño moral en nuestros tribunales.

Por supuesto, se viene sosteniendo que lo mejor que puede hacerse es dejar al juez con amplitud de instrumentos para poder determinar la suma correspondiente a cada caso concreto.

Sin perjuicio de lo recién dicho, una manera práctica de cuantificar el daño moral es mirar a los precedentes de casos similares para poner de manifiesto las diferencias con el nuevo caso que el abogado presenta y pedir en más o en menos, según las circunstancias del daño sufrido por la persona que busca el reconocimiento de su derecho, en comparación con las constancias del precedente.

No debe olvidarse al estimar el monto la posible extensión del juicio y las condiciones económicas del país, especialmente la inflación.

Reseñando las sumas que cuantificaron los tribunales como indemnización del daño moral, encontramos notorias divergencias:

- \$ 15.000,00 como indemnización del daño moral causado por informar erróneamente la situación de deudor del actor (16) (marzo de 2008).

- \$ 10.000,00 en resarcimiento por el daño moral causado por la demanda al informar erróneamente al registro y mantener la información publicada por más de un año (17) (marzo de 2011).

En 2005, la Sala A de la CNCiv fijó la suma de \$ 4.000,00 en concepto de daño moral causado por registrar y difundir información desacertada de la situación económica del actor (18).

La Sala C de la CNCiv, al cuantificar un caso similar, cuantificó el daño moral en la suma de \$ 12.000,00 (19).

La Sala D de la misma CNCiv había otorgado la misma suma en 2007 (20) y, en 2004, determinó la indemnización en la suma de \$ 15.000,00 (21). Sin embargo, existen antecedentes pretéritos que llegan a cifras mayores. Por ejemplo, los \$ 15.000,00 fijados por la Sala D, ante un hecho similar, que tuvo además repercusiones dañosas en la esfera patrimonial del damnificado (22).

La Sala F de la CNCom recientemente, el 21 de junio de 2012, determinó la suma de \$ 6.000,00, cuantificados como reparación del daño moral causado por la demandada al informar erróneamente al registro (23).

En 2004, también la Sala L de la misma cámara, fijó la suma de \$10.000,00 (24). Mientras que la Sala K, en el mismo año, había arribado a la suma de \$ 15.000,00 (25) y de \$ 6.000,00 (26).

La Sala M de la CNCiv fijó en febrero de este año \$ 5.000,00 en reparación de daño moral a cada actor (dos en total) causado por registración de información patrimonial errónea (27). Es de destacar que la misma Sala M en 2004 había fijado una indemnización por el mismo tipo de daños en la suma de \$ 12.000,00 (28) y de \$20.000,00 en el año 2003 (29).

IX. Conclusión.

Las reglas de la responsabilidad civil se aplican a los usos indebidos de la información crediticia, eso no se discute. Sin embargo, todavía hay numerosos aspectos que no tienen una solución uniforme en nuestros juzgados, lo que lleva a que haya grandes desigualdades en

los pronunciamientos, que a la postre derivan en inequidades para los justiciables.

La responsabilidad de los administradores y dueños de registros de datos privados, el factor de atribución que corresponde considerar, la prueba del daño moral y el monto de la indemnización son cuestiones pendientes de uniformidad. Es menester diseñar pautas igualitarias para dejar en claro la posición ante el ordenamiento jurídico de cada uno de los sujetos en cuestión, para promover soluciones justas para cada uno de los intervinientes en este tipo de hechos, con suficiente equidad con respecto a las demás personas que están o han estado en la misma situación jurídica como dañador y víctima.

Referencias Bibliográficas.

(1) BCRA, Centrales de Información, texto ordenado al 31 de agosto de 2011. Ver especialmente el punto 4. De conformidad con el art. 26 inc. 4 de la Ley de Protección Datos Personales 25.326.

(2) Ley de Protección de Datos Personales 25.326, art. 26 incs. 1 y 2.

(3) CNCom, Sala B, G. P., H. A. c. Organización Veraz, 12/09/2006, DJ 2007-I, 78, ED 222, 678, AR/JUR/6769/2006.

(4) CNCom, Sala D, González, Claudio Néstor c. Citibank N.A., 15/08/2008.

(5) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, Sala II, Leccese, Juan Pablo c. Banco Columbia S.A., 27/04/2011, La Ley Online, AR/JUR/24311/2011.

(6) CNCom, Sala A, Laino, Romina Gabriela c. Banco Sáenz S.A., 11/02/2010, LL 31/05/2010 con nota de Marcelo Hersalis, LL 2010-C, AR/JUR/4453/2010.

(7) Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, Sala II en lo Civil y Comercial, Cuadra, Ma. Fernanda c. FF

Fideicomiso Revel y Otro, 10/09/2010, LL Litoral 2011 (febrero), 58, AR/JUR/73206/2010.

(8) G. P., H. A. c. Organización Veraz cit.

(9) CNCiv, Sala K, T., L. V. c. Organización Veraz, 12/12/2006, La Ley Online, AR/JUR/8593/2006.

(10) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, Monaldo, Daniel Alfonso c. BCRA y otros, 30/10/2009.

(11) CNCom, Sala B, Cressa, Beatriz María y otro c. Organización Veraz S.A.Comercial de Mandatos e Inf., 10/12/2010, LL 11/02/2011, AR/JUR/82644/2010.

(12) CNCom, Sala D, Mazzotti, Horacio Atilio c. Banco Sudameris Argentina S.A. y otro, 03/10/2008.

(13) CNCiv, Sala D, Quintana, América Iberia c. Organización Veraz S.A. , 12/09/2007.

(14) CNCom, Sala A, C., A. V. c. Italcred S.A., 21/12/2011, con nota de Alejandro Drucaroff Aguiar RCyS 2012-VI, 67, AR/JUR/93540/2011.

(15) CNCom, Sala E, Mastronardi, Elio c. Coto C.I.C.S.A. s/ ordinario, 24/11/2011, DCCyE 2012 (abril) con nota de Martín E. Paolantonio DCCyE 2012 (abril), 295 DJ 09/05/2012, 74, AR/JUR/87393/2011.

(16) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, Sala III, Mohamed, Daniel c. Banco Macro Bansud, 12/03/2008.

(17) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de Viedma, Ciganda, Hugo Silvio c. Banco Hipotecario S.A., 14/03/2011, La Ley Online, AR/JUR/3225/2011.

(18) CNCiv, Sala A, Junod, Jorge Marcelo c. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. y otro, 12/10/2005.

(19) CNCom, Sala C, Flores, Carlos A. c. Banco Río de la Plata, 08/07/2005.

(20) CNCiv, Sala D, Paladino, Omar Roberto c. Banco Roella S.A., 27/03/2007.

(21) CNCiv, Sala D, Leguizamón Peña, Adolfo Martín c. Banco Hipotecario Nacional S.A., 23/06/2004.

(22) CNCom, Sala D, Marco, Diego Héctor c. Organización Veraz S.A., 22/11/2005.

(23) CNCom, Sala F, 21/06/2012, Rodríguez, Fabiana Rosa Alejandra c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo.

(24) CNCiv, Sala L, Bernaldez, Marcelo Osvaldo c. Banca Nazionale del Lavoro S.A., 21/12/2004.

(25) CNCiv, Sala K, Baublys, Jaqueline c. Citibank N.A., 10/03/2004.

(26) CNCiv, Sala K, Stranges, Palermo Oscar c. Citibank SA, 13/12/2004.

(27) CNCiv, Sala M, C., J. R. y otro c. Banco Bansud SA y otro , 23/02/2012.

(28) CNCiv, Sala M, Aznares, Reinaldo Andrés c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires, 21/05/2004.

(29) CNCiv, Sala M, Oliver, Horacio Raúl c. Banco del Buen Ayre S.A., 14/08/2003.

La cuantificación del daño moral en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012.

Por Manuel Gonzalo Burgueño Iburguren

Disponible en: <https://www.eldial.com>

Cita: elDial.com - DC1C20

[Consultado: 19/08/20]

I. Introducción.

II. La norma proyectada. Sus antecedentes en la doctrina.

El artículo 1741 del proyecto de reformas al Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012 legisla la forma en que se debe determinar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales del hecho dañoso [1]. Al respecto la norma establece que: “El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”. Esta norma, de entrar en vigencia, llenaría el vacío regulatorio del artículo 1.078 vigente, que si bien determina la procedencia del daño moral en casos de ilícitos extracontractuales no dice como llevar a cabo la cuantificación del daño moral. A su vez, da pautas más concretas que las que proporciona el actual artículo 522 que las limita a “la índole del hecho generador” y “circunstancias del caso”.

Entendemos que la ley establece como regla de referencia el valor de los bienes del mercado, que son aptos para resarcir al afectado (solo con ellos es posible la satisfacción y la compensación a través del dinero que es solo un medio en este caso [2]). Este criterio que el proyectista ha preferido, por sobre los demás que estaban disponibles en la doctrina y jurisprudencia actual, ha sido difundido por el Profesor Iribarne hace más de veinte años[3], y tiene un antecedente – en sentido lato- en la obra de Rotman de 1981[4].

En palabras de Iribarne- quien más escribió en Argentina sobre el precio del consuelo - esta es la mejor forma de atender a la situación de la víctima porque es imposible la reparación como *restitutio in integrum*, y por ello solo es posible asistir a la víctima mediante el suministro de bienes para sí o para beneficiar a otros. Concretamente, y en términos prácticos, el juez debe estimar qué bienes existentes en el mercado son aptos para mitigar el dolor del afectado (por causar placer y delectación en sentido tomista [5]), y en base a ellos calcular el valor de la indemnización [6].

El razonamiento del autor se funda en la idea de que el daño moral y la indemnización en dinero no son proporcionales si no se acude a otro elemento, que son los bienes aptos para amenguar el perjuicio extrapatrimonial, pues tienen la virtud de provocar algún grado de satisfacción. Entonces, se debe fijar relaciones entre padecimientos y bienes puntuales que sí sean cuantificables en dinero, y las sumas así calculadas ser la cuantía de la indemnización [7].

Estas ideas son coherentes con la posición unánime de la doctrina que señala la incompatibilidad esencial entre el daño moral y el dinero como resarcimiento. En ese sentido, se ha explicado con total claridad que en el daño moral, la indemnización no ocupa materialmente el lugar que tenían los bienes afectados dentro del acervo moral de la persona; la indemnización solo se coloca a su lado de manera yuxtapuesta, como forma imperfecta de satisfacción a la víctima[8]. No hay dudas de que en esta materia el daño moral no se repara por equivalente sino por satisfacción mediante un sucedáneo que siempre tendrá algún grado de arbitrariedad [9].

La concordia que reina en la doctrina respecto de la función del dinero en la reparación del daño moral nos parece central porque a partir de ella se puede construir un método de cuantificación de éste tipo de daños. Más aún, consideramos acertado el criterio adoptado por el proyectista porque proporciona visos de razonabilidad y admite la aplicación de criterios de la realidad económica, perfecciona los aspectos más criticados por la doctrina a las ideas de Iribarne, y arriba a una pauta de ponderación del daño moral que es coherente con uno

de las pocas ítems del daño moral donde reina unanimidad en nuestro país.

Dicho de otra manera, cuando el proyecto indica que el monto de las consecuencias dañosas extrapatrimoniales se calcula a través de la ponderación de las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas, no hace más que dar una solución que es coherente con la opinión de todos los doctrinarios, puesto que se cumple con la finalidad resarcitoria que debe cumplir la indemnización del daño moral.

III. Aportes doctrinarios críticos que abonan el método de cuantificación del daño moral en el proyecto.

Cuando hacemos referencia a que el Proyecto ha receptado ideas de Iribarne o Rotman no creemos que las haya tomado a todas al pie de la letra y que de ahora en más se deba seguir exclusivamente a esos autores.

El problema es que las teorías que ambos confeccionaron, al desarrollar la forma en que se debe llevar a cabo la identificación de los bienes que darían la pauta de los valores monetarios que se deberían asignar, recaen en contradicciones dogmáticas que tendrían como consecuencia práctica indemnizar dos veces daños patrimoniales sin resarcir el daño extrapatrimonial. Refutando el ejemplo de Iribarne, si una persona es afectada en su normal desenvolvimiento motriz, la restauración de sus aptitudes (tratamiento) o la mejoría (adquisición de silla de ruedas, vehículos, etc.) son daños patrimoniales que deben resarcirse como tales. De la misma manera, el costo de tratamiento psíquico –en el ejemplo de Rotman- junto con todos los que sean necesarios para la recuperación son daños económicos [10].

En efecto, el daño moral tiene su espacio propio y autónomo desde lo metodológico y lo conceptual; y amerita valoración y cuantificación particularizada de conformidad con su naturaleza y su entidad propia. Por lo tanto, no se puede reparar en base a los gastos

y erogaciones necesarias para reparar facultades extrapatrimoniales impedidas, atento a que ese tipo de perjuicios son daños patrimoniales indirectos.

Tampoco se puede entender que el daño moral se ha de compensar por medio de consolaciones placenteras, porque el perjuicio extrapatrimonial –en su sentido amplio receptado por nuestro derecho– permite resarcir este tipo de perjuicios con total indiferencia de que la víctima pueda sentir o no disfrute de los bienes que adquiere con el dinero. Aún para personas impedidas de todo disfrute se debe determinar una cantidad de dinero como indemnización del daño moral, dado que es la única forma conocida [11].

Como última crítica de carácter general, y al margen de las muy eruditas fuentes y de su gran autoridad, no compartimos como viable la posibilidad de determinar el resarcimiento del daño moral por el monto de donaciones, obras o bienes para beneficiar a terceros. Sin dudas pueden llegar a ser actos que den tranquilidad al individuo dañado en sus intereses como persona; pero el método de cuantificación del daño moral debe apuntar al daño resarcible y con ese prisma fijar la suma de dinero en igualdad de condiciones que en cualquier caso. Una vez cobrada la indemnización, el destino que se le dé al dinero queda librado a sus necesidades, conciencia y forma de ser.

Como conclusión de lo hasta aquí dicho, consideramos acertado apuntar al valor de los bienes socialmente valiosos como referencia objetiva para cuantificar la indemnización del daño moral sufrido por una persona. Sin embargo, no pueden ser considerados desde la perspectiva de las lesiones sufridas y su reversión, ni por el solo disfrute que pueda proveer; al contrario es necesario determinar qué tipo de bienes dan verdadera equivalencia al perjuicio sufrido, y entender qué montos de dinero generalmente son apropiados para actuar como sucedáneo.

Expondremos una propuesta de interpretación dogmática como punto definitivo de este trabajo, previo a ello es necesario conocer el

estado actual de nuestro Derecho en el que vendría a irrumpir la nueva norma.

IV. Repercusiones de la norma en estado actual de nuestro Derecho.

Hasta el día de hoy, el panorama en la cuantificación del daño moral en Argentina se califica cuanto menos como anárquico; porque existe divergencia en los montos indemnizatorios ante casos similares, lo que atenta contra la seguridad jurídica, extiende los pleitos, los encarece, dificulta el uso de medios alternativos de resolución de conflictos; entre otros efectos nocivos, como la imagen social que se forma la Justicia como institución, y la sensación de injusticia que puede recaer en los justiciables que advierten que su caso ha sido tratado de forma arbitraria y menos generosa que el de otros individuos.

Dentro de este panorama, pocos han sido los juristas y tribunales que han podido dar un método de cuantificación del daño moral que sea exactamente un “método”, es decir una serie de reglas que permitan paso a paso llegar a una suma resarcitoria del daño moral que sea justa. Desde nuestra doctrina se han propuesto los que a continuación exponemos:

A. Tarifación indicativa del daño moral, iuris tantum o comparativa.

La doctrina mayoritaria, de entre los que han propuesto métodos completos, se adscribe con matices al uso referencial y flexible de los precedentes jurisprudenciales. Esta corriente receptó las enseñanzas que plasmó un maestro del Derecho Procesal en un muy influyente trabajo de 1993. Allí, Peyrano expresó una solución muy práctica y sencilla, que a su vez, no recortaría la indemnización integral a la que tiene derecho la víctima. Básicamente, ante cualquier caso, se debe acudir a los valores que frecuentemente viene estableciendo la jurisprudencia y corregirlo en más o menos según las particularidades

del caso a juzgar y la prueba producida, de allí su nombre de tarificación judicial indicativa o *iuris tantum* [12].

Esta idea fue tomada por otros juristas, que en algunos casos la insertaron dentro de una teoría general, y en otros la aplicaron sin agregar más detalles. Ejemplos del primer grupo son Pizarro, Trigo Represas, López Mesa y Abrevaya; ejemplo del segundo grupo es Mendelewicz [13]. También fue el método de cuantificación del daño moral votado por la mayoría en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2007 para que se aplique de *lege lata*.

Pizarro, como se ha dicho, tomó la tarificación judicial indicativa y la introdujo en el método que comparte con Zavala de González [14], aquel que entiende que para cuantificar el daño moral, se lo debe primero valorar y luego cuantificar, empleando en esta segunda operación el método judicial *iuris tantum* [15].

Trigo Represas y López Mesa introdujeron la idea de Peyrano entre una serie de pautas de carácter general con la denominación de cuantificación comparativa del daño moral, desarrollada en tres pasos [16]. La explicación del método se hace en la cuarta de las reglas que a continuación transcribimos:

1) El juez debe partir el análisis del daño moral desde la contemplación de una personalidad del término medio, ni héroes, santos y mártires ni sujetos excesivamente sensibles; 2) El perjuicio moral no guarda relación con el daño material. Al contrario, es un rubro que se indemniza independientemente sin relación ni proporción entre ellos; 3) La gravedad de la falta del sujeto que ha causado el daño es irrelevante para la fijación del monto indemnizatorio por no tratarse de una pena, sino de una reparación; 4) Ni discrecionalidad absoluta ni objetivación; 5) En casos de tratarse de personas incapacitadas para sentir dolor, como las que se encuentran en estado vegetativo, para cuantificar el daño moral corresponde valorar “la duración del estado de vida vegetativo, sus condiciones, la posibilidad o no de revertirlo, etc.”; 6) La dimensión de la lesión espiritual sufrida y de sus secuelas difiere entre las

personas; para la cuantificación de la indemnización no existen recetas apriorísticas, sino indicadores a tener en cuenta[17].

Para la Doctora Abrevaya, la ponderación del daño moral involucrará tres aspectos diferentes: 1) la apreciación objetiva del hecho y del impacto que produce en los derechos fundamentales de la persona, sin que sea necesario particularizar las condiciones subjetivas de la víctima; 2) el sufrimiento particular del damnificado como consecuencia del hecho dañoso; 3) la función ejemplar que debe cumplir toda la indemnización [18]. Para fijar el quantum indemnizatorio la jurista considera importante, tanto en la labor del abogado como en la del juez, tomar en cuenta las sentencias judiciales de cada fuero, porque “pondrán en evidencia los márgenes dentro de los cuales, dadas las características similares de los precedentes, puede moverse la discrecionalidad propia del rubro”[19].

Estas voces que transcribimos agrupan al mayor número de juristas generando algún nivel de consenso, pero no por ello son las únicas [20]. También han dado métodos de cuantificación del daño moral otros autores como Mosset Iturraspe, Ghersi, El Grupo de Análisis de Criterios dirigidos por Guibourg, y los ya mencionados Iribarne y Rotman.

B. Creación consensual de baremos por tipo de lesión extrapatrimonial.

Mosset Iturraspe, en uno de los trabajos más influyentes de la doctrina Argentina en esta materia, sugiere, dentro del celeberrimo decálogo que propone, que se realice un catálogo de los daños que se consideren daños morales, de forma tal, que queden tipificados por especie. Dicho de otra forma, a su entender, habría que aislar particulares daños morales dentro del género daño moral para luego clasificarlos y jerarquizarlos [21].

Según el maestro, como primer paso, se individualizaría como perjuicios extrapatrimoniales a: 1. Alteración disvaliosa de los estados de ánimo, angustia, tristeza, etcétera; 2. alteración originada en una disminución de la salud, de la integridad psicofísica; 3. Alteración por

la pérdida de un órgano, de un sentido, de un miembro, etcétera; 4. Alteración por la tragedia ocurrida a un familiar: cónyuge, padres o hijos; 5. Alteraciones nacidas del avance en la intimidad o reserva; 6. Alteraciones por pérdida de la armonía o belleza, del rostro o de las partes del cuerpo que se muestran; 7. Alteración por la frustración de los proyectos de vida; 8. Alteración por la limitación de la vida de relación, 9. Alteración por el ataque a la identidad personal, al bagaje cultural propio, etcétera. El segundo paso consiste en llevar a cabo la clasificación y jerarquización de las distintas especies. Esta tarea se debe realizar mediante el consenso.

C. Cuantificación matemática del daño moral.

Como última expresión de la cuantificación del daño moral en nuestra doctrina, quedan las posiciones que apelan a las fórmulas matemáticas en reemplazo de la prudencia y apreciación judicial caso por caso. Los métodos elaborados por el Dr. Ghersi y el Grupo de Análisis de Criterios [22] se componen de variables estándar que permiten tomar pautas de cada caso en concreto y llegar a una cifra indemnizatoria del daño moral.

a. Fórmula matemática diseñada por el Dr. Ghersi

Para el Profesor Ghersi son aspectos centrales de la víctima para cuantificar el daño moral: la edad del dañado, su proceso de culturización, clase económica y cultural, grupo laboral y barrial, estado civil, valor de la salud y belleza; de tratarse de damnificados indirectos, cobran relevancia la relación que tuvieran con el dañado y la convivencia que pudiera existir.

En cada caso, mediante pericia, corresponde determinar la personalidad sentimental con anterioridad al hecho dañoso para compararla con el modelo abstracto del 100% de intensidad de sentimientos, y así fijar la base desde la que se referencia el impacto [23]. También mide el perito la intensidad del daño en la personalidad real del sujeto [24], que puede verse modificada, en más o menos, según la personalidad del afectado. Al impacto definitivo del hecho

sobre la personalidad del sujeto se lo denomina intensidad absoluta y es la piedra angular del cálculo de la indemnización.

En este punto entra en juego “el turismo vacacional” que es la referencia económica que permite dar entidad monetaria al resarcimiento. Para ello, de forma previa se debe determinar la cantidad de días de descanso y vacaciones gozados al año por la víctima o en su caso acudir a la estadística [25].

Se multiplica el porcentaje de intensidad absoluta del hecho dañoso por la cantidad de días de vacaciones que le corresponden al sujeto, y de esa forma se identifica el número de días de descanso anuales que se requieren para paliar el daño moral. Estos días corresponden solo al año del hecho, pero el daño moral se calcula hasta el final de la esperanza de vida de un ser humano en el país. Sin embargo, la cantidad de días de vacaciones anuales que se requiere como sucedáneo del daño moral, no se mantiene constante hasta el fin de la vida; porque el perjuicio mengua con el paso del tiempo hasta llegar a cero. Por ello, decrece la cantidad de días de vacaciones anuales conforme pasan los años, y se tiene que determinar un nuevo número anualmente hasta llegar a cero sobre el final de la vida expectable.

Se debe establecer la cantidad de días de descanso entre la edad de la víctima y la expectativa de vida, para conocer la totalidad de días en especie aplicables para indemnizar el daño moral [26]. Esta cantidad de días se convierte en dinero, también con auxilio de la estadística o con las pruebas del caso concreto. La conversión de días de descanso en una suma de dinero requiere de la referencia al gasto en turismo que se realiza; por ello puede acudir a la prueba de la realidad o tenerse en cuenta los promedios normales, por ejemplo: el gasto del importe de un sueldo y aguinaldo en el tiempo promedio de vacaciones (15 días).

Si se divide la suma de un sueldo más aguinaldo del sujeto dañado sobre la cantidad de días de vacaciones promedio, se obtiene

el importe que se gasta en un solo día de vacaciones. A este número se lo debe multiplicar por la cantidad de días de vacaciones ya fijadas y, de esa forma, se calcula el total de la indemnización.

b. Fórmula matemática creada por el Grupo de Análisis de Criterios

El Grupo de Análisis de Criterios concluye su investigación definiendo dos fórmulas matemáticas, pero limitadas a casos de lesión a la integridad psicofísica. Los sistemas de criterios propuestos se identificaron con las letras A y B. Al sistema A lo diseñaron con el acuerdo de todos los investigadores, menos Carlos J. Molina Portela que propuso en soledad el sistema B [27].

El sistema A parte del horizonte económico de la persona afectada que se quiere indemnizar. Para ello, se debe considerar el ingreso total de la víctima, lo que trae alguna complejidad según los casos. Si la víctima es asalariado su ingreso total coincide con su sueldo, pero si es una persona que tiene múltiples ingresos hay que sumarlos, y si los ingresos son irregulares total o parcialmente conviene estimar una suma anual y reducirla a días de ingreso o meses de ingreso dividiéndola por 365 o 12.

Si no se tienen datos precisos sobre los ingresos de la víctima se pueden estimar a partir de los datos disponibles, por ejemplo su actividad o nivel de vida, o el nivel medio de las personas que tienen la misma actividad. Si la persona no tiene ingresos, como niños y ancianos, se puede calcular su nivel de gastos de la media familiar que los mantiene así sea estimativamente de los datos que haya en el expediente. De no existir ningún tipo de datos, otra posibilidad es emplear los montos estadísticos de ingresos medio per cápita.

Conociendo la base de cálculo que es el ingreso total de la víctima, se debe considerar el daño moral anterior al alta médica que se calcula siguiendo cierto tipo de patrones, y de existir incapacidad permanente se debe calcular el daño moral pertinente que utiliza otros patrones diferentes.

Para calcular el daño moral anterior a la alta médica, hay que tener en cuenta que el hecho dañoso produce perjuicios inmediatos y pasajeros como dolor y molestias del tratamiento. Se puede extraer de la historia clínica el tiempo de duración del tratamiento y el de la atención ambulatoria; en caso de que no surjan manifiestos se deben estimar a partir del daño psicofísico inmediatamente posterior al hecho. Cada día de internación hospitalaria se indemnizará con un (1) día de ingreso; la terapia intensiva se indemniza con dos (2) días de ingresos; y el tratamiento ambulatorio hasta el alta se indemniza con un tercio (1/3) de ingreso diario por día de duración.

Con los importes diarios que se indicaron se cubre todo daño moral padecido durante el tratamiento o causado por él, sin perder de vista que mitigar el dolor es el efecto buscado por la asistencia médica. Para indemnizar el daño moral directamente causado por el hecho dañoso, como ser fractura, traumatismos, golpes, etc., se puede emplear una magnitud fija como cinco días de ingreso.

Para la determinación del daño moral causado por la incapacidad psicofísica permanente diseñaron un baremo que incluye escalas de incapacidad a las que les corresponde un número de días de ingresos diarios. Fijan un tope mínimo de indemnización en 20 días de ingresos ante la existencia de incapacidad, pero sujeta a las reglas que pasamos a exponer: 1) Hasta 10% de incapacidad, corresponden 10 días de ingreso cada 1%; 2) De 10% a 35% de incapacidad corresponden 15 días de ingresos por cada 1%; 3) De 35 a 40% de incapacidad corresponden 20 días de ingresos por cada 1%; 4) Desde el 40% de incapacidad corresponde un mes de ingresos por cada 1%.

La edad de la víctima amerita recargos indemnizatorios hasta los cuarenta años. Si la víctima al momento del hecho tiene menos de 20 años, el recargo es del 45% del cálculo básico; si tiene entre 20 y 30 años es del 25%; y si tiene entre 30 y 40 el recargo es del 15% sobre el cálculo básico.

El sistema B es completamente diferente, aunque igualmente parta del ingreso de la víctima. Este ingreso se multiplica por 1000 y por un coeficiente que resulta de dividir 100 sobre la edad de la

víctima al momento del hecho. El resultado se multiplica por 1,5 y de él se toma una proporción equivalente al de incapacidad psicofísica sufrida. De éste monto, la indemnización del daño moral se fijara, según el caso, en una suma que estará entre el 30% y el 40%.

La fórmula puede expresarse de la siguiente forma: $DM = (x \cdot 1000 \cdot ci \cdot 1,5) / (100 \cdot 100)$ donde x representa el ingreso diario de la víctima, i los puntos porcentuales de incapacidad, m en número no menor de 30 ni mayor de 40 estimado prudencialmente según el caso, c es el coeficiente de edad que se obtiene de la siguiente forma: $c = 100 / e$ que es la edad de la víctima.

V. Críticas a los sistemas propuestos por la doctrina argentina.

a. Críticas a la cuantificación indicativa, iuris tantum o comparativa.

1. Como aspectos favorables se ha de destacar la sencillez, practicidad y disponibilidad del método para cualquier operador jurídico – si se cuenta con sentencias con datos suficientes-. Sin dudas el método es favorable para lograr algún tipo predictibilidad y colabora en ese sentido con la seguridad jurídica.

2. Como aspecto negativo, se debe señalar que la base del método es una anárquica realidad en la que existe gran divergencia de montos indemnizatorios del daño moral, además se suelen determinar sin una clara y suficiente fundamentación, limitándose a la prudencia del magistrado interviniente sin contenido explícito. Tomar de allí los montos indemnizatorios propende más al orden que al valor justicia que debe estar presente caso por caso.

3. Por otro lado, lesiones similares no son daños similares, y se sabe que no hay dos daños morales idénticos por ello no se puede uniformar un número para todo caso de igual lesión, porque no es la lesión lo resarcible sino el daño. Esta crítica puede ser achacada a todo baremo que agrupe lesiones.

4. A la hora de cuantificar las particularidades del caso, cuando el juez deba despejarse de la “tarifa” que vienen fijando los tribunales, nuevamente estará ante el problema de determinar cuánto por daño moral, por lo que el método es estéril para dar soluciones definitivas y metódicas a cada caso.

b. Críticas a las fórmulas matemáticas que se han propuesto.

1. Las fórmulas matemáticas que hemos explicado en éste trabajo también cooperan con la seguridad jurídica a través del favorecimiento de la predictibilidad. Sin embargo, la fórmula del Profesor Ghersi se muestra como demasiado compleja y de difícil acceso al operador jurídico, a menos que se difunda como instrumento actuarial disponible para todos.

2. Todas las fórmulas matemáticas parten de definiciones del daño moral sumamente estrechas que dejan fuera de sí múltiples daños en la persona que merecen valoración y resarcimiento.

3. Además, las fórmulas marran al acudir a la solvencia económica de la víctima como aspecto trascendente de la cuantificación del daño moral. No pueden asignarse mayores indemnizaciones a las personas ante hechos similares por el solo hecho de contar con mayores ingresos. Creemos que el daño en la persona se produce ante seres de igual dignidad, por ello la lesión a intereses extrapatrimoniales no puede responder a la mayor o menor fortuna, sino a la mayor o menor repercusión negativa en esos intereses.

4. La fórmula del Dr. Ghersi tiene en cuenta a un posible sucedáneo económico “el turismo vacacional” ese aspecto puede ser acertado si se lo valora de forma objetiva y separada del nivel patrimonial de la víctima. Es una máxima de la experiencia que la honra y la sensibilidad humana no son equiparables con la riqueza poseída. Las fórmulas del Grupo de Análisis de criterios no refieren a ningún sucedáneo evaluable en dinero.

5. La necesidad del método de acudir a peritos encarece el proceso judicial y lo extiende cuando en la mayoría de los casos se acredita el perjuicio *in re ipsa*. Este aspecto sumado a la dificultad del cálculo puede desalentar a los abogados para su elección.

6. Las fórmulas que se proponen excluyen el criterio de los magistrados no dejando espacio a posibles correcciones que pudieran ameritar por justicia los casos en particular.

VI. Posibilidades en la cuantificación del daño moral según el Proyecto y el estado actual de la materia. Propuesta.

En el estado actual de la materia, se puede llegar a realizar una construcción colectiva que recepte todos los aspectos legales y doctrinarios que se vienen expresando, porque todos tienen una cuota de razón.

Para poder colocar a la problemática de la cuantificación del daño moral en su justo quicio, primero se debe determinar cuáles son las normas y valores constitucionales en juego, luego cuales son los principios del derecho privado que se deben contemplar, para finalmente valorar y cuantificar el daño moral.

En el cenit normativo e interpretativo de ésta cuestión se hallan: el derecho constitucional a la integridad moral (art. 5.1 C.A.S.D.H), el derecho a la indemnización integral (art. 19 C.N), el principio de razonabilidad emanado (del artículo 28 de la C.N.), y el derecho a la igualdad (art. 16 C.N).

Estas normas indican que toda persona tiene derecho al respeto de su integridad moral, y ante la lesión se la debe reparar integralmente (como principio), mediante un método razonable que permita la reparación y la vigencia de aquellos derechos supremos (lo que descarta a las indemnizaciones simbólicas, y considera las posibilidades económicas del país), con igualdad para todos los individuos -según las similares situaciones personales y ambientales en que se halle inmersa la víctima (como la realidad económica que le

toca vivir a su región, provincia o ciudad)-. Como contrapartida, se deben también ponderar los derechos constitucionales del dañado, como su propiedad privada (art. 17 C.N) que solo puede ser mermada por sentencia fundada en ley (Lo que exige adecuada fundamentación en la sentencia y prudencia en la determinación de la cuantía indemnizatoria).

Por otro lado, en virtud de los principios del Derecho Privado, se debe evitar el enriquecimiento sin causa (indemnizaciones desproporcionadas con el daño sufrido) y correlativos empobrecimientos injustificados (ligado al art. 17 CN), los ejercicios abusivos de los derechos y las actuaciones de mala fe. Además, la cuantificación del daño moral debe respetar los principios de la responsabilidad civil, y previo a la indemnización se debe acreditar cada uno de sus elementos, especialmente el daño (cierto y personal) y la relación de causalidad, para separar perjuicios resarcibles de los que no lo son.

En este punto, ya delineado el marco en el que se dirige la cuantificación del daño moral, se puede dar paso a las precisiones que permiten llegar a un número razonable como indemnización. Para ello es imprescindible valorar y cuantificar el daño moral. Estas dos operaciones son pasos ineludibles a esta altura del desarrollo doctrinario nacional; la primera implica conocer la materialidad, los aspectos intrínsecos del daño, y todas sus circunstancias y efectos en la persona; la segunda operación es la que permite dar valor en dinero a la indemnización.

Valorar el daño moral requiere del conocimiento de los hechos del caso como: la gravedad del daño, la personalidad de la víctima, su situación familiar, su particular sensibilidad[28], edad, sexo, condición social, vínculo del damnificado con la víctima de lesión o muerte, el tipo y cantidad de lesiones sufridas a intereses no económicos, la intensidad y duración del daño, las características, condiciones y forma de la actuación del dañado si incrementan el daño sufrido, etc.[29] También pueden utilizarse -para valorar el daño moral y formarse una mejor idea de su entidad- las categorías jurídicas de daño biológico,

daño estético, daño psicológico, pretium doloris, daño fisiológico, daño sexual, daño a la salud, daño existencial, daño juvenil, pérdida de la capacidad de disfrute, etc.[30]. Esta operación se debe formular con mirada subjetiva de la víctima en concreto [31].

Con todos estos aspectos, el abogado de parte o el juez puede tener una idea aproximada de la magnitud del perjuicio moral de cada caso en particular; que es sabido serán siempre diferentes, pues no hay dos daños morales iguales. De todas formas, sí se podrá consolidar como noción si un daño moral ha sido o no mayor que el de otros casos.

Llegado este momento, es necesario cuantificar el daño moral. El Proyecto de Reforma establece que se deben tener en cuenta las satisfacciones o compensaciones que pueden procurarse las partes con el dinero de la indemnización. Estimamos que esta operación se debe realizar de forma objetiva y circunstanciada al lugar donde vive la víctima con referencia a sus particularidades económicas; porque a una persona rica no la conformaría nada y a una muy pobre la conformaría poco, pasando por sobre la igual dignidad que merece la persona; por otro lado igual indemnización puede ser arbitraria ante dos realidades diferenciadas, máxime cuando se debe señalar el valor de las cosas que puede adquirir la víctima con la indemnización, que bien puede cambiar de ciudad en ciudad.

En los fallos, a partir de la entrada en vigencia de la nueva ley, se debe indicar una relación entre el daño moral sufrido y el valor de bienes de mercado que dan cuantía a la indemnización. Creemos que se debe buscar un método simple que de indemnizaciones que cumplan con la normativa constitucional y los principios del Derecho Privado. Proponemos considerar como bienes económicos de referencia a los inmuebles, los automotores, los viajes, y las actividades de esparcimiento, académicas o culturales, en ese orden, como correlato de daños morales graves, intensos, moderados y leves.

Cada juez categoriza el daño moral sufrido en concreto y lo vincula objetivamente a estos bienes que son los que la sociedad más valora –en términos generales- y los que ha señalado la doctrina.

Dentro de ésta relación entre daño y bien, tiene amplio margen para asignar mayor o menor valor, según las características del bien elegido y el valor que tenga en el lugar del país donde vive la víctima. Por ejemplo, ante la muerte de hijos, cuadriplejías, muertes cerebrales, parálisis, grandes incapacidades y destrucciones del proyecto de vida se puede acudir al valor de inmuebles; ante incapacidades físicas intermedias o injuriantes lesiones al honor se puede acudir al valor de automóviles; para largas internaciones sanatorias sin incapacidad o lesiones al honor se puede proporcionar viajes de importancia o el pago de estudios; y para daños morales mínimos el acceso a algunos espectáculos que permitan algún tipo de solaz. Es importante destacar que la mayor o menor gravedad del daño moral proviene de las consecuencias dañosas del hecho o la lesión, y para determinarlas es que cobra importancia la valoración del daño moral como operación previa.

Una vez establecidos los criterios, se pueden reiterar y recurrirse a los fallos precedentes purgando varias de las críticas que hemos hecho al sistema de la cuantificación judicial indicativa o *iuris tantum*, atento a que ahora sí los fallos tienen una justificación razonable en orden a la finalidad que persigue la indemnización del daño moral, es decir, adquirir sucedáneos que permitan algún disfrute o tranquilidad a la víctima del daño. El juez tiene siempre la posibilidad de elegir dentro del género de bienes alguno de mayor o menor valor según las circunstancias del caso y la prueba producida, utilizando el valor del bien promedio en su género si no se justifica la ampliación o reducción de la indemnización.

VII. Justificación del método propuesto.

A partir de la entrada en vigencia de la nueva codificación, el método de cuantificación que proponemos vendría a ser una de las posibilidades que el ordenamiento jurídico permitiría. Creemos que vincular tipos de daños morales -según sus consecuencias- con los bienes de mercado que la gente promedio más valora, es una chance

válida que incluso podría ser considerada en uso de la normativa actual del Código Civil que no establece ninguna referencia concreta.

Hemos preferido darle al problema de la cuantificación del daño moral, una dogmática amplia que se remonte a la Constitución Nacional, los principios del Derecho Privado y de la Responsabilidad Civil para poder hallar una propuesta que sea razonable con las normas y valores superiores que dan correcto marco jurídico al tema. En esta época de constitucionalización del Derecho Privado, no nos parece suficiente que la dogmática se limite al Derecho Civil. Por ello, hemos preferido determinar los márgenes que desde arriba se han de imponer para justificar cualquier tipo de elección interpretativa, descartando todas aquellas que no sean razonables.

En la órbita precisa de la cuantificación del daño moral, intentamos presentar un método simple, entendible y aplicable por cualquier operador jurídico que tendrá a su alcance la información necesaria para poder arribar a una cifra indemnizatoria. Sin dudas, siempre hay posibilidades de crítica y de discusión, pero no pueden considerarse como referencia la infinidad de bienes y servicios existentes en el mercado, dado que tal vinculación haría imposible proveer al orden y la seguridad jurídica; ya que dependiendo del criterio de cada juez se podría referir a un sinnúmero de valores, lo que representaría no modificar el desequilibrado estado actual de cosas.

Creemos que debe existir proporción entre los bienes extrapatrimoniales más caros al hombre y los bienes patrimoniales más relevantes en promedio para la sociedad, es decir aquellos que suelen ser el fruto del esfuerzo, del trabajo, del ahorro y del crédito, que son los que aspiran a obtener la mayoría de las personas: la casa, el auto, vacaciones y el entretenimiento. Esto no implica desmerecer otros, por ejemplo podría considerarse estudios de grado o de posgrado, idiomas o cualquier tipo de cuestión cultural, lo importante es que se uniformen las soluciones en el aspecto dinerario, dado que es ahí donde debe armonizarse entre diferentes casos de daños similares en una misma región [32]. La elección de otros bienes por la

parte en la demanda, no puede llevar al pago de indemnizaciones mayores sin mayores daños. Por el principio de congruencia, la elección de bienes de menor valor de los que reconoce la jurisprudencia, sí debe tener por efecto el recorte en la indemnización.

Tampoco importa si el dinero se gasta en el bien considerado por el juez, puesto que su destino final depende de la voluntad de la víctima o el damnificado, quien luego podrá escoger la adquisición de otros bienes para él prioritarios o darle el uso que prefiera.

Con la reiteración de casos, después de la elección del juzgado de un criterio interpretativo razonable con todas las normas, principios y valores implicados, se pueden utilizar los precedentes para justificar una nueva sentencia, y retomar el empleo de los bienes que ya han elegido los jueces en casos anteriores, siempre considerando su valor actual de mercado, para evitar la pauperización del resarcimiento.

De la forma que proponemos, de forma ecléctica recogemos las enseñanzas de Brebbia, Trigo Represas, Mosset Iturraspe, Zavala de González, Peyrano, López Mesa, Pizarro, Iribarne, Rotman, Ghersi, entre otros, puesto que se expone un método de cuantificación del daño moral que tiene en cuenta la ponderación objetiva del perjuicio y su cuantificación, dentro de un contexto de reglas que emergen del derecho vigente, y se acude a bienes concretos del mercado para dar cuantía a la indemnización que se le debe asignar a un determinado sujeto; pudiéndose luego, repetir los mismos criterios en casos posteriores. Creemos que todos tienen una parte de razón en este problema y que la mejor forma de resolverlo es tomar algo de cada cual y llevar adelante una construcción social enriquecida por el aporte colectivo.

VIII. Conclusión.

El método de cuantificación del daño moral que propone el Proyecto de Reformas al Código Civil y al Código Comercial del año 2012 establece una referencia para cuantificar el daño moral, que es razonable en consideración con las normas constitucionales y los

principios del Derecho Privado y el Derecho de Daños. Además, es coherente con lo que unánimemente tiene dicho la doctrina respecto a que el resarcimiento del daño moral se efectúa mediante sucedáneos que pueden adquirirse con el dinero de la indemnización. Cualquier determinación de la indemnización que no refiera a su aptitud económica para adquirir bienes y servicios, carece de un trascendente aspecto que emerge de la realidad económica y que es coherente con la naturaleza resarcitoria del daño moral.

Para cuantificarse el daño moral es imprescindible ponderar su entidad y todas sus características intrínsecas, para luego dar paso a determinar el monto justo de la indemnización.

Para fijar la cuantía de la indemnización, de lege lata proponemos establecer una jerarquía de daños según sus consecuencias –no por tipo de lesión- distinguidas en graves, intensas, moderadas y leves, y relacionarla con un escueto conjunto de bienes como referencia económica para efectuar la cuantificación del daño moral, con flexibilidad para el magistrado de escoger dentro de cada género (inmuebles, rodados, viajes, espectáculos o educación y cultura) el de mayor o menor valor según las características de cada menoscabo, y la prueba que se produzca en el proceso. Luego, podrán utilizarse los precedentes de forma indicativa, al valor actualizado del bien al momento de la sentencia.

Referencias Bibliográficas.

[1] Es importante interrelacionar el mencionado artículo 1741 con el artículo 1738 para comprender que se alude a daño moral como consecuencias de la violación de derechos personalísimos, de la integridad personal, de la salud psicofísica, de las afecciones espirituales legítimas y las emergentes de la interferencia al proyecto de vida. Esta enumeración no resulta taxativa, y está abierta a la expansión futura según los cambios sociales, doctrinarios y jurisprudenciales, porque el artículo 1737 entiende que el daño en general es la lesión a un derecho o interés lícito previendo la existencia

de innumerables lesiones extrapatrimoniales o personales; sin embargo, sí es contundente el proyecto a la hora de determinar que el daño resarcible son las consecuencias de la lesión al derecho o al interés, lo que también puede entenderse como las consecuencias nocivas del hecho dañoso. Creemos que el proyecto ha receptado de forma amalgamada dos de las teorías dogmáticas sobre el daño que más se han difundido en Argentina en las últimas décadas que determinan la calidad de daño según las proyecciones dañosas en el patrimonio o la persona, sin importar la naturaleza patrimonial o personal del derecho o interés lesionado a priori. Cfr. Bueres, Alberto J.; Derecho de Daños, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, págs. 285 y ss. Pizarro, Ramón Daniel; Vallespinos, Carlos Gustavo; Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, T° 2, págs. 636 y ss.

[2] Stiglitz, Gabriel A.; Echevesti, Carlos A.; El daño moral, Responsabilidad Civil, Mosset Iturraspe, Jorge (Director), 2da reimp., Buenos Aires, Hammurabi, 1997, pág. 306.

[3] Iribarne, Héctor Pedro; De los daños a la persona, 1ra. Reimpresión corregida, Buenos Aires, EDIAR, 1995; La cuantificación del daño moral, “Revista de Derecho de Daños”, 1999: vol. 6, Rubinzal–Culzoni Editores, págs. 199 y ss.; De la conceptualización del daño moral como lesión a derechos extrapatrimoniales de la víctima a la mitigación de sus penurias concretas en el ámbito de la responsabilidad civil, Responsabilidad civil. Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg, Alterini, Aníbal Atilio; López Cabana Roberto M. (Directores), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, pág. 377 y ss.; Ética, derecho y reparación del daño moral, “El Derecho”, T° 112, pág. 280 y ss.

[4] Rodolfo B. Rotman ha propuesto resarcir el daño moral por su costo de reversión de forma similar a la que se indemniza el daño patrimonial; en este sentido, el costo de reversión incluiría el valor de todas “las inversiones que el damnificado debe realizar para gozar de un adecuado período de descanso y para dedicar al cuidado de su ánimo en una institución apropiada, incluyendo los medicamentos

(euforizantes, sedantes, etc.), y el traslado al lugar de internación si fuere del caso”. El demandado puede solicitar en la demanda una suma coherente con sus necesidades psíquicas particulares y ofrecer la prueba pericial adecuada para obtener una condena acorde con aquellas. Rotman, Rodolfo B., *Valuación del daño moral por su costo de reversión*, “La Ley”, T° 1981-C, pág. 358 y ss.

[5] En las ideas de Santo Tomás de Aquino, según Iribarne, la delectación es gozar de operaciones –actividades- no impedidas. Por lo tanto, a lo que apunta el autor es a que se pueda restablecer en la víctima aquellas actividades que se han visto truncadas o afectadas por el hecho dañoso. Por ejemplo si se afecta la operación motriz se deben tener en cuenta todos los bienes de mercado que permitan restablecerla en la medida de lo posible y desde allí ponderando su valor, fijar el resarcimiento del daño moral. Serían ejemplos de esos bienes las prótesis, la silla de ruedas y vehículos.

[6] Iribarne, Héctor Pedro; *De los daños a la persona*, 1ra. Reimpresión corregida, Buenos Aires, EDIAR, 1995, págs. 155, 156, 157 y 401.

[7] Iribarne, Héctor Pedro; *De la conceptualización del daño moral como lesión a derechos extrapatrimoniales de la víctima a la mitigación de sus penurias concretas en el ámbito de la responsabilidad civil*, Responsabilidad civil. Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg, Alterini, Aníbal Atilio; López Cabana Roberto M. (Directores), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, pág. 383

[8] Zavala de González; Matilde María, *Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Astrea, 2009, pág. 63.

[9] Brebbia, Roberto H.; *El daño moral*, Rosario, 2da. Ed., Orbir, 1967, pág. 222; *Carácter de la suma de dinero entregada a la víctima de un daño moral*, “La Ley”, 1986-E, p. 508; *Responsabilidad objetiva y daño moral*, “El Derecho”, t° 91, pág. 426. Pizarro, Daniel Ramón; *Daño moral. Prevención. Reparación. Punicción*, 2da ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, págs. 419 y 420; *Daño moral contractual*,

“Jurisprudencia Argentina”, 1986-IV, pág. 930; Reflexiones en torno al daño moral y su reparación, “Jurisprudencia Argentina”, 1986-III, pág. 900. Mosset Iturraspe, Jorge; Responsabilidad por daños, tº V, El daño moral, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 1999, págs. 206 y ss. Ghersi, Carlos A.; Daño moral y psicológico, 3ra. Ed. Actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2006, pág. 192. Mayo, Jorge A; El daño moral. Los diversos supuestos característicos que lo integran, “Revista de Derecho de Daños”, 1999: vpl 6, Rubinzal–Culzoni Editores, pág. 179. Goldenberg, Isidoro H.; El daño moral en las relaciones de trabajo, “Revista de Derecho de Daños”, 1999: vol. 6, Rubinzal–Culzoni Editores, pág. 261. Stiglitz, Gabriel A.; Gandolfo de Stiglitz, Ana; Resarcimiento del daño moral civil, comercial y laboral, Rosario, Editorial Juris, 1999, pág. 56. Abrevaya, Alejandra D.; El daño y su cuantificación judicial, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pág. 310. Fernández Madero, Jaime; Derecho de Daños, Nuevos Aspectos Doctrinarios y Jurisprudenciales, Buenos Aires, La Ley, 2002, pág. 125. López Herrera, Edgardo; Teoría general de la responsabilidad civil, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pág. 195. Quintanilla, Marcelo R.; El daño moral resarcible (la íntima sensibilidad), Córdoba, Lerner Editora S.R.L., 2008, págs. 162 y ss.

[10] Cfr. Zavala de González, Matilde María, Resarcimiento del daño moral, Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 136 y ss.

[11] Pizarro, Daniel Ramón; Daño moral. Prevención. Reparación. Punición, 2da ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, págs. 433 y 434.

[12] Peyrano, Jorge W.; De la tarificación judicial “*iuris tantum*” del daño moral, “Jurisprudencia Argentina”, Tº 1993-I, pág. 877 y ss.

[13] Mendelewicz, José; Cuantificación judicial del daño moral, “Doctrina Judicial”, año XXV, Nº 3 del 21/01/2009, Págs. 103 y ss.; Apuntes sobre la cuantificación del daño moral, “El Derecho”, Tº 240, págs. 1046 y ss.; La sistematización de los precedentes judiciales. Herramienta para la cuantificación del daño moral, “El Derecho”, Tº 238, págs. 1028 y ss.

[14] La jurista no comparte la idea de que sea apropiado cuantificar el daño moral en base los precedentes del juzgado. Para ello se requería que los fallos argumenten con mayor rigor los montos indemnizatorios: “Las tablas individuales” o antecedentes elaborados por cada órgano jurisdiccional pueden ser de “utilidad” cuando no se confeccionan sólo con asiento en su “autoridad” decisoria; requiere, además, que los precedentes a los que eventualmente se remite en sentencias actuales tengan, a su vez, adecuada fundamentación cuantitativa. Cfr. Zavala de González, Matilde María, Resarcimiento del daño moral, Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 100.

[15] Pizarro, Daniel Ramón; Daño moral. Prevención. Reparación. Punición, 2da ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pág. 422 y ss.

[16] En el primer momento, el juez brinda pautas del caso en forma clara, e identifica los extremos de hecho relevantes para la cuantificación; luego, se efectúa un repaso de los antecedentes jurisprudenciales similares y se expresa la cuantificación que se ha hecho en los distintos casos; finalmente, conociendo los importes determinados, se valoran las circunstancias concretas del caso y se corrigen aquellas sumas en más o menos. Cfr. Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; Tratado de la Responsabilidad Civil, 1ra ed. 2ª reimp., Buenos Aires, La Ley, 2008, Tº IV, pág. 713.

[17] Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; Tratado de la Responsabilidad Civil, 1ra ed. 2ª reimp., Buenos Aires, La Ley, 2008, Tº IV, pág. 709 y ss.

[18] Abrevaya, Alejandra D.; El daño y su cuantificación judicial, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pág. 334.

La Dra. Abrevaya es partidaria de la teoría resarcitoria del daño moral que triunfó sobre las teorías sancionatorias y mixtas. Sin embargo, se posiciona más cerca de las teorías mixtas que de las puramente resarcitorias porque propugna la ejemplaridad de la indemnización por daño moral. Entiende que la indemnización debe propender a la prevención de nuevos hechos dañosos y afianzar el rol

social de la responsabilidad civil, pues el daño y el hecho que lo produce repercuten disvaliosamente en todos los integrantes de comunidad. Cfr. Abrevaya, Alejandra D.; El daño y su cuantificación judicial, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pág. 314.

[19] Abrevaya, Alejandra D.; El daño y su cuantificación judicial, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pág. 335.

[20] El método que consiste en acudir de forma flexible a los precedentes judiciales también se ha receptado en Uruguay por Gamarra, Venturini y la jurisprudencia oriental. Cfr. Venturini, Beatriz; El daño moral en nuestra jurisprudencia y en el derecho comparado, 2da ed. Corregida, actualizada y ampliada, Montevideo, Uruguay, Fundación de cultura universitaria, 1992, pág. 98. En Brasil, parte de la doctrina ha sugerido acudir al valor de los precedentes para organizar un sistema por tipo de lesiones. Cfr. Rampazzo Soares; Flaviana, Responsabilidade civil por daño existencial, Porto Alegre, Brasil, Livraria do advogado, 2009, pág.126. También en Inglaterra se tiene en cuenta el valor indemnizatorio concedido en los precedentes judiciales. Cfr. Barrientos Zamorano, Marcelo; El resarcimiento por daño moral en España y Europa, Salamanca, España, Ratio legis Librería Jurídica, 2007, pág.422.

[21] Mosset Iturraspe, Jorge; Responsabilidad por daños, tº V, El daño moral, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 1999, pág. 228 y ss.

[22] Equipo de Investigación de la Universidad Nacional de Buenos Aires conformado por Ricardo V. Guarinoni (codirector), Martín A. Cristello, Carlos A. Domínguez, Carlos J. Molina Portela, Liliana Rodríguez Fernández, Jorge Arturo Cerdio Herrán, Iván Tolnay de Hagymassy, Ricardo A. Guibourg (Codirector), Grupo de Análisis de Criterios; Análisis de decisión judicial. El daño moral. Resultados de una investigación, “Responsabilidad Civil y Seguros”, 2010-XII, pág. 242 y ss.

[23] Ghersi, Carlos A.; Weingarten, Celia; Tratado de daños reparables, Ghersi, Carlos A (director); Weingarten, Celia (coordinadora), Buenos Aires, La Ley, 2008, t° I, pág. 239.

[24] A modo de ejemplo, los profesores grafican un caso en el cual la base de la persona es del 80% sobre el 100% abstracto, y la intensidad del hecho exterior es del 15%. Según la personalidad real del sujeto, la intensidad del hecho exterior puede aumentar en términos absolutos por las bajas defensas del sujeto o disminuir por la baja personalidad real. En el caso concreto el perito debe fundar esa mayor o menor intensidad. Cfr., Ghersi, Carlos A.; Weingarten, Celia; Tratado de daños reparables, Ghersi, Carlos A (director); Weingarten, Celia (coordinadora), Buenos Aires, La Ley, 2008, t° I, pág. 240.

[25] En caso de acudir a la estadística, debe contemplarse que el 100% de los días del año son 365. Sobre ese total se trabaja 280 días y se descansa aproximadamente 85 días (en promedio, considerando sábado medio día, domingos y licencias promedio LCT)

[26] Se indica que la cantidad de días de vacaciones entre los 40 y 83 años se determina mediante programas.

[27] Grupo de Análisis de Criterios; Análisis de decisión judicial. El daño moral. Resultados de una investigación, “Responsabilidad Civil y Seguros”, 2010-XII, pág. 242 y ss.

[28] Brebbia, Roberto H.; El daño moral, Rosario, 2da. Ed., Orbir, 1967, pág. 233 y ss.

[29] Pizarro, Daniel Ramón; Daño moral. Prevención. Reparación. Punición, 2da ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pág. 428 y ss.

[30] Zavala de González, Matilde María, Resarcimiento del daño moral, Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 41 y ss.

[31] Mosset Iturraspe, Jorge; Responsabilidad por daños, t° V, El daño moral, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 1999, p. 225.

[32] Sí merece especial atención que los bienes escogidos por el juez no impliquen un doble resarcimiento de los daños patrimoniales, como sucedería si se escogen aquellos que implican una reversión o restitución de una incapacidad (según lo dicho por Rotman e Iribarne); porque así se desvirtuaría la indemnización del daño moral, al dirigirse la transferencia patrimonial que implica la indemnización, a otro tipo de intereses que no son los de carácter extrapatrimonial. El resarcimiento del daño moral, como se dijo, requiere de la proporción de algún tipo de mejoría en la esfera personal del ser humano, y no se puede resarcir adecuadamente con atención a bienes inherentes a menoscabos en intereses económicos del individuo.

La caducidad del derecho en el derecho argentino.

Comentario al fallo: “URQUIZA, Paola Valeria c/
PREVENCION ART S.A. s/ Accidente de Trabajo
(Sistémico)”, Expte. N° 80 - Año 2015 de la Excma. Sala
A de la Cámara de Apelaciones de Trelew.

Por Manuel Gonzalo Burgueño Ibarguren

Disponible en: <https://www.eldial.com>

Cita on line: elDial.com - DC1F18

[Consultado: 19/08/20]

I. Introducción.

1. Etimología y breve historia de la caducidad de derechos.

Caducidad, en la 22ª edición del Diccionario de la lengua española (de 2012), significa en su tercera acepción: “Extinción de una facultad o de una acción por el mero transcurso de un plazo configurado por la ley como carga para el ejercicio de aquellas”.

El término ha sido objeto de una constante evolución, que ha tenido por resultado la modificación del significado de la palabra (que durante el siglo XX incorporó también un sentido jurídico especial, antes desconocido) [1]. Y, dentro del concepto jurídico atrapado como acepción de la palabra, se produjo la generalización conceptual del término –que evolucionó y depuró en los últimos cuarenta años-, y la eliminación de todas las explicaciones que se solía realizar, para expresar cada uno de los significados especiales que podría tener el término en distintos ámbitos del derecho –por ejemplo el de la caducidad de la instancia, que sucintamente se explica por separado.

Para demostración de la evolución descrita, puede tenerse como referencia a la obra del Dr. Spota y al Diccionario de 1970. Cuando el maestro Spota escribió la más clásica de nuestras obras sobre el tema (en 1958), nos decía que caducar era para el diccionario: “acción y efecto de caducar, perder su fuerza una ley o un derecho”[2]. En la edición del diccionario de 1970 se toma esta misma significación para la primera acepción de la palabra caducidad, a la que se le añaden otras acepciones y la definición de caducidad de la instancia –También de claro contenido jurídico-. La transformación del lenguaje de las últimas décadas ha llevado a la redefinición de la palabra en sentido jurídico y a la postergación al tercer sitio entre las acepciones.

Como no podía ser de otra forma para un término jurídico, la palabra castellana actual procede del latín, en el que *caducus* –sustantivo- era “que cae o ha caído” y, también, “percedero, frágil, decrepito” [3]. Una antigua obra sobre etimología, afirma que caducidad proviene del verbo *cadere* (*cado o cadō* es la conjugación del presente indicativo de la primera persona), de donde proviene el desusado *cader* del español antiguo y el moderno *caer*. De la misma raíz provienen palabras que son elocuentes para entender el significado de la caducidad del derecho, como lo son: *cadáver*, *cadavera* –sustituido por *calavera*-, *decadencia* [4], *deceso*, *ocaso* [5].

Los antecedentes jurídicos de esta figura también localizan sus raíces en Roma, donde se creó leyes *caducarias* - para dejar sin efecto (total o parcialmente) disposiciones testamentarias válidas o herencias, que debieran favorecer a hombres que no tuvieran hijos-. El legado o la herencia se podrían recibir, si el afectado se casaba en cien días y, de esa forma, se buscaba fomentar el aumento de población [6].

Por supuesto, el Código Civil francés y los tratadistas franceses tuvieron influencia moderna para la elaboración de la teoría de la caducidad de los derechos. No se las apreció de forma general, sino como específica situación jurídica en el área de los testamentos y de las donaciones. Respecto a los primeros, en los artículos 1039, 1040 y 1041 se establece el efecto de la caducidad para casos de derechos emergentes de cláusulas testamentarias válidas y no revocadas, que,

pese a ello, no surten efectos. En los casos de las donaciones por causa de matrimonio, el legislador francés estableció la caducidad de las mismas en caso de que no se concrete el matrimonio, en el artículo 1088. La doctrina expresó que los casos previstos en la ley, correspondían a condiciones suspensivas fallidas, por lo que la idea moderna de caducidad del derecho tuvo que esperar mucho tiempo para madurar [7]- especialmente hasta la obra de Donneau.

Sin embargo, se dice que no fue en Francia, sino en Alemania donde más se ha hecho por la teoría de la caducidad de derecho, puntualmente en el siglo XIX, a través de la obra de Grawein (padre de la teoría moderna de la caducidad), Rosemberg y Windscheid –que recogió la obra del primero en el Tratado de las Pandectas-. Estos desarrollos no fueron ajenos a la doctrina italiana –que le dio distinto tratamiento respecto de la doctrina alemana- y a la española [8].

En el Código Civil de Vélez no hay un tratamiento orgánico de la caducidad del derecho. Esto no fue una omisión; sino que responde a que se desconocía la teoría en la época del codificador [9]. De todos modos, el Código originario está plagado de posibles supuestos de caducidad –sin unanimidad en su consideración como tales-; por ejemplo, dentro de las acciones de estado de familia (art. 258, 259, 263), derecho de usufructo de los hijos ante el fallecimiento de uno de los padres (art. 296), derecho de los contratos (1369, 1381 y 1382, 1393, 1399, 1400, 1647 bis, 2244), acción de despojo (2493), sucesiones (3366), privilegios (3885), prescripción (3980), etc. Lo mismo puede decirse del Código de Comercio, con vigencia anterior al Código Civil, que tampoco cuenta con un sistema de caducidades; pero, que sí contiene supuestos especiales de ellas en los artículos: 73, 102, 119, 183, 248, 472 y 473[10].

En el Código Civil de 2015, que regirá desde agosto de 2015, sí existe normativa destinada a regular la caducidad de derechos en los artículos 2566/2572. No obstante, a diferencia de lo que se hace en la prescripción –donde sí se regulan los plazos de prescripción de cada supuesto-, en la regulación de la caducidad no hay un desarrollo de los supuestos especiales; por lo que hay que buscarlos a lo largo y ancho

del Código Civil, como era cuando no existía regulación. Pese a lo que señalamos, existe un gran avance al codificar lo relativo a la caducidad con lo que se acaba con algunas discusiones; por ejemplo, la que hubo sobre su existencia autónoma respecto de la prescripción [11].

II. La caducidad del derecho en la doctrina contemporánea, previa a la recodificación argentina.

1. Concepto y requisitos de la caducidad en la doctrina argentina anterior al Código Civil de 2015 y al proyecto de 2012.

Tanto la caducidad como la prescripción existen por motivos de interés público y tienden a proporcionar certeza y seguridad jurídica a las relaciones interpersonales [12]. Ello, no significa que sean la misma cosa. Nos dicen Cazeaux y Trigo Represas que: “Al lado de la prescripción, pero sin confundirse con ella, encuentran los autores a otro instituto: el de la caducidad” [13]. Esto queda reafirmado en el nuevo Código Civil: puesto que organiza el régimen de ambos institutos en un mismo libro, el sexto, bajo un mismo título (el I - prescripción y caducidad); en diferentes capítulos (capítulo 2 para la prescripción liberatoria, que tiene raíces comunes con la adquisitiva en el capítulo 1) y el capítulo 4 queda para la caducidad.

Esta estructura del Código de 2015 tiene sentido; porque tanto una como la otra tienen un mismo supuesto de hecho, la inactividad durante un lapso previsto por la Ley o convención, y un efecto impeditivo del posterior ejercicio del derecho –pese a sus matices en esta consecuencia-. Por supuesto, luego tendremos que analizar específicamente su regulación.

La incorporación de la caducidad al Código puede ser en principio beneficiosa; más si se advierte el escaso tratamiento que se le ha dado en nuestras obras de obligaciones –apenas se le dedican unas pocas páginas a continuación de la prescripción-. Aparte, cualquier disquisición que se haga, se erige a partir de supuestos especiales; por lo que queda librada toda la tarea de interpretación a la doctrina -que carece de reglas legales que den seguridad jurídica, al margen de las

opiniones de cada jurista y de las influencias del derecho comparado-. Así y todo, los juristas se las han arreglado para dar tratamiento a la materia con lo que han tenido a su alcance, lo que ha facilitado la labor de jueces y abogados frente a diversos supuestos en los que no se utiliza la expresión “caducidad”, “pérdida de derechos” u otra semejante que permita inferir literalmente la caducidad del derecho (por ejemplo, el art. 56 de la Ley de seguros).

Nuestros autores contemporáneos, que se han convertido en clásicos, sin tener a la vista al nuevo Código –pero si a los distintos proyectos que hubo- elaboraron definiciones o nociones de la caducidad de derechos o caducidad sustantiva.

Por ejemplo, Spota proporcionó una definición: “la caducidad es una causa extintiva del derecho subjetivo o del derecho potestativo por no sobrevenir su hecho impeditivo durante el plazo prefijado por la ley o por la convención”[14]. También Llambías supo definir a la caducidad: “es un modo de extinción de ciertos derechos en razón de la omisión de su ejercicio durante el plazo prefijado por la ley o la voluntad de los particulares”[15].

Borda se abstuvo de definir a la caducidad, por encontrar dificultad en ello, por lo que se limita a expresar que comparte con la prescripción la calidad de derivar en la pérdida de un derecho por inacción del titular y señalar sus diferencias [16]. De forma similar, sin definir, Cazeaux y Trigo Represas señalan que están en favor de una de las tesis existentes en la materia – aquella que entiende que dentro del plazo de caducidad se deberá realizar hechos (positivos o negativos) o actos que dan nacimiento a un derecho o una acción-. Para estos maestros, “la realización del acto es uno de los elementos integrantes del supuesto previsto para que se origine o consolide el derecho, o nazca la acción, ya que antes más que de un derecho cabe hablar de una mera expectativa; la no realización del hecho o acto no determina pues ninguna extensión del derecho, sino que por contrario obsta a que éste nazca o se consolide” [17].

No compartimos esta última opinión; puesto que, si bien se aplica a ciertos casos de caducidad, no la vemos aplicables a los de las

acciones de estado de familia (art. 259 C.C. de Vélez) ni a aquellos casos en que el derecho está reconocido expresamente (arts. 1381 y 1382, de pacto de retroventa): donde la acción o el derecho están completamente expeditos para ejercerlos; pero fenecen en el plazo de caducidad, muriendo si no se ejercen –sin que estén condicionados a ningún hecho o acto previo para su existencia-. Por ende, el razonamiento no es suficiente para valer como una generalización del instituto y resulta necesario efectuar distingos.

Nos parece más atinada la explicación que efectúa Valente, para quien el hecho impeditivo de la caducidad es “la manifestación de la voluntad substancial y formalmente idónea para evitar los efectos de la caducidad”, que debe satisfacer los requisitos que imponga cada una de las normas, para cada caso de caducidad. No bastan para la subsistencia del derecho, la realización de otros actos que podrían configurar manifestaciones de voluntad de ejercer derechos acciones o potestades; hay que realizar exactamente la que viabiliza el ejercicio del derecho o la que da lugar al nacimiento del derecho o a su persistencia [18].

En consecuencia, son requisitos de la caducidad en el Código de Vélez –luego veremos si algo cambiará-: la falta de ejercicio del derecho, acción, potestad o la falta de realización de los presupuestos de su origen o consolidación, que consiste en una conducta contraria a la exigida por la norma para el goce de los mismos o para su génesis o vigencia, y, como segundo requisito, el transcurso del tiempo establecido en la Ley o contrato. El efecto de la concurrencia de ambos factores, será la extinción del derecho, acción o potestad no ejercida [19].

2. Características particulares de la caducidad. Diferencias con la prescripción y la caducidad de la instancia.

Siguiendo a nuestra doctrina clásica contemporánea, la caducidad tiene las siguientes particularidades que la distinguen de la prescripción:

1) La caducidad extingue derechos [20]. La prescripción extingue acciones, puesto que los derechos continúan existiendo como obligaciones naturales [21].

2) La caducidad opera por el paso del tiempo y, en algunos casos, puede requerirse de un hecho del titular del derecho. La prescripción resulta del paso del tiempo, pero exige siempre un hecho del interesado, que el beneficiario accione o interponga excepción, sino no surte efectos.

3) La caducidad es una institución que afecta solo a algunos derechos, mientras que la prescripción es una institución general que afecta a todos los derechos civiles, salvo norma especial en contrario.

4) El plazo de caducidad no se suspende ni interrumpe. El de prescripción, sí.

5) El plazo de caducidad nace de la Ley o de un acto jurídico. El término de prescripción surge exclusivamente de la Ley.

6) La caducidad es irrenunciable y puede ser aplicada de oficio en defensa de un interés público. La prescripción puede ser renunciada, dispensada por el juez y requiere de planteo del interesado en sus efectos.

7) En los casos de caducidad se pretende dar certidumbre a una situación o relación jurídica por cuestiones de política legislativa; por eso sus plazos suelen ser breves y contiene notas de objetividad y rigidez. En cambio, en la prescripción se pone orden general a todas las relaciones jurídicas existentes en la sociedad, sus plazos suelen ser más largos, aunque no es esta una regla incontrovertible y, de hecho, hay plazos que se dicen de caducidad que son más largos que muchos de los de prescripción.

Respecto de la caducidad de instancia, puede señalarse esta diferencia: la caducidad del derecho extingue al mismo, mientras que la caducidad de la instancia es solo procesal, no afecta derechos y no elimina elemento alguno de la obligación, que seguirá tal y como era - con la sola limitación de la pérdida del efecto interruptivo de la

prescripción que tuvo la demanda interpuesta, que dio lugar al proceso caduco-[22].

III. La caducidad del derecho en el Código de 2015.

El Código Civil de 2015 no brinda una definición de la caducidad. Se limita a definir su efecto en el artículo 2566: “La caducidad extingue el derecho no ejercido”. Por lo tanto, siguen vigentes las definiciones clásicas y puede tenerse por actual a cualquiera que exprese que la caducidad es modo de extinguir ciertos derechos previstos en la ley o de derechos disponibles determinados en una razonable y válida convención de partes, en razón de su falta de ejercicio en el plazo correspondiente.

Para evitar los efectos tan perjudiciales que entraña la caducidad, se debe realizar el acto previsto por la ley o el acto jurídico; lo que redundaría en el ejercicio mismo del derecho o en la realización de una conducta establecida para dar nacimiento o manutención del mismo. También impide la caducidad, “el reconocimiento de derechos efectuado por la persona contra la cual se pretende hacer valer la caducidad prevista en un acto jurídico o en una norma relativa a derechos disponibles” [23] (ambos supuestos surgen del artículo 2569). Estos supuestos no inhiben el efecto de la prescripción; por lo que el derecho que continúa vivo debe ejercerse antes de que prescriba.

Se ponen de manifiesto las siguientes diferencias con la prescripción [24]:

1) La caducidad ataca a la existencia misma del derecho. La prescripción, no; puesto que lo pagado por una obligación prescripta no es repetible (art. 2538). Subsiste en una mínima medida el derecho, que pierde toda su coercibilidad.

2) La fuente de la caducidad puede ser la ley o la voluntad, mientras que la prescripción emerge de la ley. En efecto, hay caducidad legal y caducidad convencional –limitada a derechos

disponibles, con obligatorio plazo razonable, en situaciones jurídicas no superpuestas con la regulada por normas de prescripción (art. 2568).

3) Tal y como venía aceptando la doctrina, según el artículo 2567, los plazos de caducidad no se interrumpen, ni se suspenden –a diferencia de lo que ocurre con la prescripción–, salvo que alguna norma especial lo decreta –art. 16 LDC

4) La caducidad puede ser declarada de oficio por el juez, cuando surge de leyes imperativas, respecto de las que no hay posibilidad de disponer para las partes (2572). La prescripción, como siempre, debe ser interpuesta por el interesado.

5) En la caducidad las partes pueden alterar la normativa legal –que será siempre supletoria– cuando las convenciones versaren sobre derechos disponibles; por supuesto, no podrá formularse pacto alguno cuando traten sobre derechos indisponibles para las partes (2571). Las normas de prescripción nunca pueden ser alteradas por convención (art. 2533).

6) La prescripción ya ganada puede ser renunciada por quien puede otorgar actos de disposición. La caducidad solo puede renunciarse cuando trate sobre derechos disponibles de quien puede otorgar actos de disposición, porque no puede ser menos exigente la regla de capacidad en este caso que en el anterior.

El profesor López Mesa, sin dar su respuesta definitiva, ha encontrado treinta casos de caducidad en el nuevo Código Civil y admite que puede haber otros [25]. Muchos de estos casos también fueron indicados por el profesor Calvo Costa [26]. Son muchos supuestos en comparación con los que hemos señalado en el Código de Vélez, tras ciento cincuenta años de doctrina. Los supuestos proliferan en todas las materias y se hacen infinitos en materia patrimonial, donde la autonomía de la voluntad podrá crear un sinfín de hipótesis de caducidad –siempre y cuando no haya cláusulas abusivas, de plazos irrazonables o en fraude a las normas de prescripción–.

La caducidad que siempre se caracterizó por su rigidez, se vuelve gris, maleable y discutible. Las normas dan demasiado margen a la discreción, con lo que podrá haber interpretaciones judiciales cruzadas sobre un tema que requiere de especial claridad; máxime, si está en juego la vida o muerte de muchos derechos –una minoría, no solo casos de excepción-. De hecho, la norma de reconocimiento del derecho como eximición de la caducidad (art. 2569) no queda clara, es confusa y tampoco se sabe por cuánto tiempo evita la producción de la caducidad del derecho o si sus efectos son útiles hasta la prescripción. Queda el espacio a dudas y a diversas interpretaciones razonablemente fundadas (art. 3).

IV. Comentario al fallo: “Urquiza, Paola Valeria c/ Previsión ART S.A. s/ Accidente de Trabajo (Sistémico)”, Expte. N° 80 – Año 2015 de la Excma. Sala A de la Cámara de Apelaciones de Trelew.

Después de analizar cuestiones generales de la caducidad, podemos atender al fallo de la Cámara de Apelaciones de Trelew, solo en cuanto se ha tratado una cuestión de caducidad del derecho.

El 29 de abril del año dos mil quince se dictó sentencia definitiva de segunda instancia en los autos ya indicados. La Cámara trató el agravio que presentó el actor, que fue introducido en la apelación. Atinadamente, los jueces le dieron tratamiento – no sin antes exaltar el silencio del actor en la demanda sobre el tema y su actitud tendiente a pasar por alto al principio de congruencia y a requerir un pronunciamiento fuera de las actuaciones del expediente.

Se trató el agravio, en razón de que se invocó una causal de caducidad del derecho, lo que podría haber requerido de un pronunciamiento de oficio de los magistrados-por tratarse del derecho aplicable (*iura novit curia*) y de un tema que deben conocer per se-. Si se hubiera rechazado *in limine*, sin atender a un caso de caducidad, se podría fallar contrariando el derecho que le cabe a cada parte. De todos modos, no se puede pasar por alto que la buena praxis requiere

del planteo de los hechos que configuran su tipo normativo se hagan en la demanda o contestación. Los hechos de la caducidad de derecho deben ser controvertidos de la litis y objeto de prueba.

La actora presentó su expresión de agravios ante el rechazo de su demanda por indemnización de los daños sufridos en un accidente de trabajo. Su argumento, en torno a la caducidad de derechos fue que: “el siniestro quedó aceptado por la demandada al haber dejado ésta transcurrir los diez días del plazo previsto en el art. 6 del Dec. 717/96 P.E.N. sin rechazar la pretensión de prestaciones, sino que, antes bien, cumplió con la atención médica necesaria hasta el momento en que, con tardía nota, negó la cobertura”.

Recordemos que el artículo 6 del decreto 717/96 establece que “El silencio de la Aseguradora se entenderá como aceptación de la pretensión transcurridos diez (10) días de recibida la denuncia. Dicho plazo se suspenderá en el supuesto del artículo 10, apartado 1 inciso d) del presente Decreto”. El quid de la cuestión radica en determinar si este plazo es de caducidad o si no lo es.

La Cámara decidió en el fallo que el plazo no era de caducidad; por lo que no correspondía que se pronunciara de oficio sin alegación de parte, que –como se dijo- arguyó este punto recién en la apelación. No desconocemos que ha habido quienes le asignaron a la misma norma el carácter de plazo de caducidad [27]. Tampoco se nos pasa que el supuesto guarda cierta analogía [28] con el del artículo 56 de la Ley de seguros: “El asegurador debe pronunciarse acerca del derecho del asegurado dentro de los treinta días de recibida la información complementaria prevista en los párrafos 2º y 3º del artículo 46. La omisión de pronunciarse importa aceptación”. Y, tampoco desconocemos que esta última norma ha sido interpretada por la doctrina especializada como un supuesto de caducidad [29].

Ahora bien, pese a todos los argumentos en favor de la existencia de un caso de caducidad no es tal. El artículo 6 del decreto 717/96 no incorpora un supuesto de caducidad. Es correcto lo señalado por los jueces votantes, la caducidad es restrictiva, no puede ser declarada por vía interpretativa ni por aplicación de la analogía y debe surgir

manifiesta de la ley. Como se dice en el fallo, con cita a Cerdeira Bravo de Mansilla: “la única forma de que ella rija es que se constate su presencia, sin lugar a dudas, de la voluntad del legislador asentada en la norma”.

La ley 24.557 no establece un plazo de caducidad para la ART, que corra desde la denuncia y que la fuerce a rechazar o aceptar un siniestro. Cuando se creó el decreto 717/96, el poder ejecutivo actuó en base a dos normas: “99, inciso 2) de la Constitución Nacional, y artículo 21, inciso 3) de la Ley N° 24.557”.

En efecto, el decreto 717/96, no es más que una reglamentación. Si el decreto es solo una reglamentación, no se puede entender que en el art. 6 se crea una caducidad, donde la ley no la ha establecido. Entender que las ART están sujetas a un plazo de caducidad cada vez que se le denuncia un siniestro es pasar por encima de la Ley de Riesgo de Trabajo y derivar en una inteligencia que excede al campo de la reglamentación.

Ello es inconstitucional, por irrazonabilidad, y está vedado al PEN. Por todo esto, flaco favor se le hace al derecho, si se abonan interpretaciones que no cumplen con los más elementales cánones republicanos. Es jurídicamente imposible que el decreto indicado tenga en sí un caso de caducidad que no esté en la Ley.

Por otro lado, habría vulneración del art. 16, al tratarse más gravosamente a las ART con respecto a otras Aseguradoras que tienen un plazo mucho mayor para aceptar o rechazar el siniestro - siendo que los bienes de las eventuales víctimas interesadas en el seguro gozan de igual jerarquía constitucional y que los dos tipos de Aseguradoras merecen de igual derecho de defensa y tutela de su propiedad privada.

Sumamos los fundamentos que aquí exponemos a los que brindaron los jueces que resolvieron el caso y llegamos a la conclusión de que no corresponde considerar el supuesto del art. 6 del decreto 717/96 como un caso de caducidad; por eso, entendemos que el rechazo del agravio fue justo y que fue valioso que los jueces se

tomaran el trabajo de analizar si se estaba privando al actor de una tutela judicial efectiva, pese a lo tardío de la presentación del argumento de la apelación.

Referencias Bibliográficas.

[1]Cruz Ponce, Lisandro; Análisis histórico de la caducidad del derecho, Boletín mexicano de derecho comparado, México, Instituto de investigaciones jurídicas – UNAM, Nueva serie, año XX, Nro. 59, Mayo/agosto de 1987, págs. 490 y 491.

[2]Spota, Alberto G.; Leiva Fernández, Luis F. P. (actualizador), Prescripción y Caducidad. Instituciones de Derecho Civil, 2da. Ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2009, T° II, pág. 381.

[3]Spota, Alberto G.; Leiva Fernández, Luis F. P. (actualizador), Prescripción y Caducidad. Instituciones de Derecho Civil, op. cit., pág. 381.

[4]En Italia no se utiliza la expresión caducidad, sino decadencia y los franceses emplean déchéance, que como se advierte, tienen la misma raíz que nuestra palabra caducidad. Cfr. Valente, Luis Alberto; La caducidad de los derechos y acciones en el Derecho Civil, La Plata, Librería Editora Plantense, 2009, pág.28. López Herrera agrega el término francés: forclusión, como sinónimo de caducidad. Cfr. López Herrera, Edgardo S.; El nuevo régimen de prescripción liberatoria en el Derecho francés, RCyS2008, 1315 - LA LEY 09/03/2009, 09/03/2009, 4 - LA LEY2009-B, 897, AR/DOC/2372/2008.

[5]Monlau, Pedro Felipe, Diccionario Etimológico de Lengua Castellana (ensayo). Precedido de unos rudimentos de etimología, Madrid, Imprenta y estereotipia de H. Rivadeneyra, 1856, pág. 218

[6]Lex Julia de Maritandis Ordinibus (17 A.C.) y Lex Papia Poppea (9 D.C.). Estas leyes clasificaron a los romanos en célibes – solteros, viudos y divorciados sin hijos-, orbis –casados sin hijos- y patres –casados con al menos un hijo-. La Lx Julia privó a los célibes de los beneficios que pudieran recibir de testamentos y la Lex Papia

afectó a los orbis, que solo podrían recibir la mitad de los bienes que les correspondiera por testamento o herencia. Por supuesto, el desmedro de los célibes y orbis, beneficiaría a los padres beneficiados por el mismo testamento o la herencia (Jus caduca vindicandi). Cfr. Cruz Ponce, Lisandro; Análisis histórico de la caducidad del derecho, Boletín mexicano de derecho comparado, op. cit, págs. 495 y 496.

[7]Cruz Ponce, Lisandro; Análisis histórico de la caducidad del derecho, Boletín mexicano de derecho comparado, op. cit, págs. 492 y ss.

[8] Valente, Luis Alberto; La caducidad de los derechos y acciones en el Derecho Civil, op. cit., págs. 23, 24, 25 y 26.

[9]Valente, Luis Alberto; La caducidad de los derechos y acciones en el Derecho Civil, op. cit., pág 88.

[10]Bueres, Alberto J. (director); Highton, Elena I. (coordinadora); Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Buenos Aires, Hammurabi, 200, T° 6B, págs. 578 y 579. Valente, Luis Alberto; La caducidad de los derechos y acciones en el Derecho Civil, op. cit, págs. 88 y ss.

[11]Ver cita 936 de Spota, Alberto G.; Leiva Fernández, Luis F. P. (actualizador), Prescripción y Caducidad. Instituciones de Derecho Civil, op. cit., pág. 381.

[12]Valente, Luis Alberto; La caducidad de los derechos y acciones en el Derecho Civil, op. cit., pág 33.

[13]Cazeaux, Pedro N.; Trigo Represas, Félix A.; Derecho de las obligaciones, 4ª ed. aumentada y actualizada por Trigo Represas; Félix A., Buenos Aires, La Ley, 2010, T° III, pág. 653.

[14]Spota, Alberto G.; Leiva Fernández, Luis F. P. (actualizador), Prescripción y Caducidad. Instituciones de Derecho Civil, op. cit., pág. 393.

[15] Llambías, Jorge Joaquín; Tratado de derecho civil. Parte general, 10ª ed., Raffo Benegas, Patricio (actualizador), Buenos Aires, LexisNexis/ Abeledo-Perrot, 2003, Tº II, pág. 611.

[16] Borda, Guillermo A.; Tratado de derecho civil. Obligaciones, 9ª ed., Borda, Alejandro (actualizador), Buenos Aires, La Ley 2008, Tº II, pág. 114.

[17] Cazeaux, Pedro N.; Trigo Represas, Félix A.; Derecho de las obligaciones, op. cit., pág. 655.

[18] Valente, Luis Alberto; La caducidad de los derechos y acciones en el Derecho Civil, op. cit., pág. 39 y 40.

[19] Esto surge de la lectura e interpretación de las obras de Cazeaux y Trigo Represas y de Spota. Cfr. Lo extraído de la cita anterior y de Spota, Alberto G.; Leiva Fernández, Luis F. P. (actualizador), Prescripción y Caducidad. Instituciones de Derecho Civil, op. cit., pág. 393 y 394.

[20] Para Cazeaux y Trigo Represas, “la caducidad no extingue propiamente el derecho, sino que en realidad obsta a su nacimiento o consolidación”. Cfr. Cazeaux, Pedro N.; Trigo Represas, Félix A.; Derecho de las obligaciones, op. cit., pág. 656.

[21] En contra Spota, para quien la prescripción extingue derechos. En palabras del autor, la prescripción: “es una causa de pérdida del poder jurídico no ejercido durante el tiempo establecido por la ley (arts. 3947 y 4017 Cód. Civil); según la doctrina que hemos sustentado, no solo se extingue la pretensión sino también esa prerrogativa, y ello por inactividad de su titular, sobreviniendo tal consecuencia de pleno derecho (ipso jure), no obstante que el Código Civil, en su art. 3949, se refiera a la prescripción opuesta por vía de excepción (ope exceptionis). Cfr. Spota, Alberto G.; Leiva Fernández, Luis F. P. (actualizador), Prescripción y Caducidad. Instituciones de Derecho Civil, op. cit., pág. 382.

[22]Falcón, Enrique M.; Caducidad o perención de instancia, 3ra. ed. ampliado y actualizado, Santa Fe – Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 18.

[23]No se dilucida con facilidad el presupuesto de hecho que atrapa la norma a los fines de evitar la caducidad. Creemos que trata del reconocimiento de derechos dado por quien se beneficia con la caducidad y en favor del titular del derecho. Esto, siempre que se trate de casos convencionales y de derechos disponibles.

[24]Puede ampliarse viendo el trabajo del profesor López Mesa, Marcelo J.; La caducidad de los derechos en el nuevo Código Civil y Comercial, que se publicará en el Dial, próximamente.

[25]Material gentilmente proporcionado por el maestro López Mesa, que será publicado en la obra: López Mesa, Marcelo J., Derecho de las obligaciones. Análisis exegético del nuevo Código Civil, Buenos Aires, 2015, B de F.

[26]Calvo Costa, Carlos A.; Prescripción extintiva o liberatoria en el Código Civil y Comercial de la Nación, Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, 237, AR/DOC/3847/2014.

[27] Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala laboral, Álvarez, Antonio c. La Caja Art. S.A., 17/04/2007, IMP 2007-13 (Julio), 1327, LLC 2007 (junio), 495, AR/JUR/1340/2007 (voto de la minoría, Dra. Blanc de Arabel).

[28] Por supuesto, no es el mismo caso, puesto que las compañías de seguros tienen un plazo mucho mayor que las ART, ya que los treinta días del art. 56 de LS pueden contar cuentan desde un largo lapso posterior a la denuncia del siniestro conforme lo habilita esta norma, coordinadamente con el art. 46 de la misma ley.

[29]Stiglitz, Rubén S.; Derecho de Seguros, 5ta ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, T° II, pág. 308. Piedecosas, Miguel A.; Régimen legal del seguro. ley 17418, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, Argentina, 1999, pág. 216.

El derecho a la reparación integral.

Por Manuel Gonzalo Burgueño Ibareguren.

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: Revista Código Civil y Comercial 2019 febrero, 125

Revista Responsabilidad Civil y Seguros 2019-XI, 33

Cita online: AR/DOC/19/2019

[Consultado: 18/08/20]

Sumario.

I. Alterum non laedere y derecho a la reparación integral - II. La reparación integral en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.-III. La reparación integral en la Corte Suprema de Justicia argentina.- IV. La reparación integral en la doctrina.- V. Efectos de la reparación integral en la resolución de casos civiles - VI. Los llamados límites al derecho a la reparación integral - VII. Conclusiones.

I. Alterum non laedere y derecho a la reparación integral.

El principio alterum non laedere o deber de no dañar a otros se ha ubicado jurisprudencialmente y doctrinariamente en el art. 19 de la Constitución Argentina (1). Si entendemos que todo deber tiene como contrapartida un derecho, se reconoce implícitamente el derecho a no ser dañado. Por ende, toda persona puede imponerle a las demás y al Estado un comportamiento que evite causar un daño y, correlativamente, esos sujetos deben ajustar su conducta a la que resulte inofensiva, según cada circunstancia.

El nuevo Código Civil y Comercial, ante hechos dañosos y potencialmente dañosos, le permite al afectado instar la acción preventiva del daño, si la conducta es antijurídica. La acción deriva en

una condena a enderezar el comportamiento hacia el que evita, mitiga o cesa el efecto nocivo del hecho antijurídico, mediante prestaciones de dar, hacer o no hacer (2).

Cuando la relación causal dañosa no ha podido ser detenida a tiempo y se configuró definitivamente un daño, la única opción posible es la reparación. Aquí, cobra relevancia la función resarcitoria de la responsabilidad civil; que opera a partir de la comprobación de sus presupuestos: hecho antijurídico, relación de causalidad, daño y factor de atribución.

El Cód. Civ. y Com. no establece una cláusula general de responsabilidad, como la que había en el Código de Vélez en el art. 1109 (3). A partir del art. 1716 del Cód. Civ. y Com., lo que se establece es un sistema que opera a partir de la violación del deber de no dañar. Es una norma de tercer grado (4), que depende de la violación de otra norma inserta en el art. 1716, que establece: "La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código". Por ende, la responsabilidad civil resarcitoria es una norma que regula los efectos del incumplimiento de un deber preexistente —el deber de no dañar o una obligación.

Desde ese punto de vista, la violación del deber de no dañar es un hecho jurídico, que tiene por efecto el nacimiento de una relación jurídica patrimonial (5), más precisamente la obligación de repararlo integralmente —siempre que constituya un hecho antijurídico, causalmente adecuado para producir el daño y atribuible a su autor o a otro responsable; es decir, si concurren los presupuestos de la responsabilidad civil.

Ahí se encuentra la interrelación entre el deber de no dañar/derecho a no ser dañado y el derecho a la reparación integral que se pregona en favor de todo afectado injustamente por un daño en sentido jurídico, que no tenga porqué soportarlo en razón de algún fundamento de derecho.

Entonces, efectivamente, el derecho a la reparación integral tiene una íntima conexión con el derecho a no ser dañado y con las reglas de la responsabilidad civil tradicional o su función resarcitoria actual. Estas han de ser una regulación razonable del derecho a la reparación y este influye sobre aquellas, haciendo que todo daño relevante jurídicamente o injusto deba ser resarcido y la obligación de reparar debe tener un objeto idóneo —entendido como medio— para satisfacer los fines que se han tenido en miras al reconocerlo, más en los países donde se lo ha admitido como derecho constitucional o derecho humano.

Desde ya, la idea de reparación integral y su relación con el deber de no dañar no nacieron espontáneamente en el derecho moderno, ni tienen las mismas connotaciones en todos los niveles jurisdiccionales de un determinado ordenamiento y, mucho menos, en los diferentes sistemas de la familia del Derecho Continental Europeo. No obstante eso, no es ajena a ningún ordenamiento e, incluso, tampoco al common law, donde existe el concepto de full compensation (6).

Por la complejidad del tema y la abstracción que requiere, pasamos a estudiar sus manifestaciones particulares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Corte Suprema Argentina y en la doctrina sin perder de vista las similitudes y diferencias con el derecho comparado, organizado el conocimiento de forma sistemática; por lo que desechamos el análisis de cada país como un compartimiento estanco.

II. La reparación integral en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé la reparación de los daños sufridos por las víctimas de violaciones de derechos humanos, garantizándose el goce de los derechos lesionados, la reparación de las consecuencias dañosas de la lesión y el pago de una indemnización.

Ante la violación de los derechos humanos de alguna persona, imputable a un Estado del sistema americano, en palabras de la propia Corte, "surge la responsabilidad internacional de este por la violación de la norma internacional, con el consecuente deber de reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación" (7). La obligación de reparar se regula completamente por el derecho internacional y, no taxativamente, determina su alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios. Esta obligación inmodificable por el Estado condenado, que no se libera ni siquiera por imposiciones de su derecho interno (8).

Es el art. 63.1 el que regula la potestad que tiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para decidir respecto al restablecimiento de los derechos afectados y la reparación del daño. Según la norma citada, "[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".

La norma, que proviene del ámbito consuetudinario internacional (9), le asigna amplias facultades al órgano jurisdiccional de la Convención para fijar todas las medidas que estime procedentes y determinar, con prudencia y criterio, las medidas de reparación, los rubros indemnizatorios y su cuantía, si se tratare de la indemnización dineraria (10). La reparación, inclusiva de la indemnización y otras medidas, es un principio fundamental del derecho internacional moderno sobre la responsabilidad internacional del Estado (11).

No cualquier reparación satisface el estándar de la CASDH y de La Corte Interamericana. Esta ha puesto de manifiesto, en su afinada jurisprudencia, que la reparación del daño causado por una violación de derechos humanos es un principio del derecho internacional (12). También, que a la reparación deben sumarse medidas positivas del Estado para conseguir que los hechos lesivos no se repitan (13).

De ser posible, la reparación del daño causado debe perseguir la plena restitución, entendida como *restitutio in integrum*, que procura el restablecimiento de la situación anterior a la violación. Ante la imposibilidad, procede "ordenar que se adopten medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias que produjeron las infracciones y se efectúe el pago de una indemnización como compensatorio de los daños ocasionados" (14).

Las reparaciones deben guardar relación con las violaciones comprobadas y tienden a hacer desaparecer sus efectos. Las medidas que se adopten, su naturaleza y monto serán flexibles y se fijan con relación al daño sufrido, tanto material como inmaterial, sin implicar enriquecimiento ni empobrecimiento para los afectados (15). Como pauta para enderezar la valoración de las reparaciones más apropiadas para el caso, la Corte entiende que "deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas y los daños acreditados, así como con las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos" (16).

En el caso "Niños de la calle vs. Guatemala", la CIDH expresó que el daño moral —luego daño inmaterial— no puede ser reparado con dinero, por ello, la posibilidad que queda, en aras de proporcionar una reparación integral, es compensarlo de dos formas: 1) "mediante el pago de una suma de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad"; y, 2) mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolación de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir (17). Dentro de este segundo grupo de reparaciones, están las denominadas medidas de reparación y las de satisfacción.

Las medidas de reparación típicas son: la condena que compele al cumplimiento del deber de investigar los hechos que generaron violaciones de derechos humanos, identificar a los responsables, juzgarlos y, en su caso, sancionarlos. También cumple esta función la condena a búsqueda del familiar desaparecido forzosamente y la entrega de los restos mortales a la familia (18).

Como medidas de satisfacción, la CIDH ha ordenado la publicación de la sentencia de condena; porque constituye una forma de compensación del daño moral, según lo ha entendido de forma reiterada y de conformidad con otros Tribunales Internacionales (19). Incluso, la sentencia misma per se es entendida como reparación del daño moral o inmaterial (20).

Por igual motivo, se ha condenado a diversos Estados al reconocimiento público de responsabilidad por incumplimientos a la Convención Americana de Derechos Humanos, a la realización de homenajes o conmemoraciones y al otorgamiento de garantías de no repetición —que se hacen efectivas, por ejemplo, mediante la capacitación en protección de los derechos humanos a los funcionarios o instituciones responsables de las violaciones (21) o por la dotación de recursos humanos y económicos a los organismos nacionales encargados del esclarecimiento de los hechos que implicaron violaciones a los derechos humanos (22)

Toda esta batería de medidas se complementa con otras que tienden a la rehabilitación de la víctima de violaciones de derechos humanos, mediante tratamientos médicos y psicológicos integrales y gratuitos por el tiempo que resulte necesario (23).

En suma, la indemnización dineraria —exclusiva en el derecho interno— es solo una de las varias condenas que fija la Corte Interamericana, a los fines de lograr la reparación integral de las violaciones de derechos humanos. Al dinero, hay que adicionar las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición (24) apropiadas para el caso.

Todas las medidas que se adoptan, según las particularidades del caso, podrían marcarle el camino al derecho interno, para que sean fijadas en los casos de violaciones de derechos humanos en los que entiendan los tribunales nacionales.

Para ello, deberíamos reformular la forma en que entendemos el derecho de daños, que no se aprecia desde la perspectiva de los derechos humanos y se interpreta como simples relaciones entre particulares, cuando existen verdaderos intereses públicos en la necesidad de respeto de la vida, la integridad, el honor, la libertad, la propiedad y todos los demás derechos reconocidos en la Constitución y los Tratados Internacionales.

III. La reparación integral en la Corte Suprema de Justicia Argentina.

El principio de la reparación integral comenzó a configurarse en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del 05/08/1986 (25), día en el que la CS falló en los célebres casos "Santa Coloma" y "Günther", constitucionalizando el principio de no dañar a otros (*alterum non laedere*) en el art. 19 de la CN (26). Con esto, el milenarismo principio de Ulpiano pasó a ser un deber jurídico en nuestro sistema e inmediatamente se vinculó con la noción de reparación (27), que a los pocos años, se calificó de "integral" (28).

La reparación integral, en este primer estadio posterior a Santa Coloma y Günther, se entendió con el "alcance que surge de su enunciado en el sentido de que todo el daño causado debe ser resarcido, más la necesidad de preservarlo —aun sin pedido de parte— que pesa sobre el órgano jurisdiccional"; por supuesto, dejando a salvo los principios constitucionales que rigen el proceso, según supo señalar la Corte (29).

En 2004, en el fallo "Aquino", la CS reflató una vieja jurisprudencia de 1967 de la causa "Provincia de Santa Fe c. Nicchi" (30), que versó sobre la indemnización correspondiente por expropiación a causa de utilidad pública.

Así, la Corte rescató la jurisprudencia de la indemnización justa, por la que "resultaba inconstitucional una indemnización que no fuera 'justa', puesto que 'indemnizar es [...] eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento'", lo cual no se logra "si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida". Por supuesto, aclaró la Corte, recordando las ideas de Risolía y Argúas, que si la indemnización justa o integral corresponde en el ámbito del derecho a la propiedad privada, que tiene por objeto a bienes patrimoniales que son instrumentales para la persona, con más razón procede en los ámbitos propios de la tutela al ser humano que es el fin del sistema jurídico y un valor fundamental. Máxime, cuando el art. 21, inc. b), de la CASDH (31) se aplica, según la doctrina de la Corte a daños patrimoniales como extrapatrimoniales (32).

En la moderna jurisprudencia del Alto tribunal argentino, el principio de la reparación integral ha sido de utilidad para: 1) enderezar cuantificaciones de rubros indemnizatorios arbitrariamente rechazados o injustificadamente bajos (33); 2) admitir la indemnización del lucro cesante causado por hechos lícitos del Estado (34) y desprestigiar la aplicación analógica de la Ley de Expropiaciones —que excepcionalmente limita la reparación integral por causa de utilidad pública— (35); 3) declarar la inconstitucionalidad del art. 56 de la ley 21.499 de Expropiación (36); 4) para que se reintegre el mismo valor que se le priva al titular del bien expropiado, "ofreciéndole el equivalente económico que le permita, de ser posible, adquirir otro bien de similares características" (37); 5) declarar la inconstitucionalidad de la ley 23.982 de Consolidación de Deudas del Estado (38) o decretar su inaplicabilidad (39); 6) obviar la aplicación de la ley 25.561 y dec. 214/2002 de pesificación de deudas en moneda extranjera (40); 7) declarar la inconstitucionalidad de la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo, cuyo sistema vedaba el acceso del trabajador a la reparación del derecho común y regulaba un sistema tarifado de indemnización que la limitaba a una parte menguada del daño patrimonial (41); 8) declarar la inconstitucionalidad del art. 76, inc. 3°, apart. c, de la ley 19.101, que establece un régimen de responsabilidad del Estado por servicio militar obligatorio (42); 9) decretar la

reinstalación en el puesto de trabajo de un empleado despedido discriminatoriamente (43); 10) también, supo analizar el principio de la reparación integral para encontrar sus límites y declarar la oponibilidad de la franquicia del contrato de seguros a la víctima (44) o limitar las obligaciones de la aseguradora a los términos del contrato (45).

En conclusión, podemos afirmar que la Corte no se ha encargado de dar amplias definiciones dogmáticas sobre el derecho a la reparación integral. No ha gastado tinta en explicar su naturaleza jurídica (46), precisar completamente su concepto, ni ha elaborado una doctrina general de sus efectos jurídicos. Ha sido más bien pragmática y, desde su reconocimiento jurisprudencial, le ha asignado el verdadero nivel de derecho constitucional.

Como efecto del reconocimiento de la existencia de un derecho constitucional a la reparación integral, se ha permitido declarar la inconstitucionalidad de algunas leyes o excluir a casos bajo juzgamiento del ámbito de su aplicación. En otros casos, la CS utiliza a la reparación integral como principio útil para la determinación de una suma de dinero diferente a la que había decretado el tribunal inferior —generalmente aumenta la indemnización.

En todo caso, cuando la CS intenta realizar la reparación integral acude al Código Civil (47); por lo que siempre vincula a la reparación integral al régimen indemnizatorio posible a la luz del ordenamiento civil —sin que jamás haya efectuado cuestionamiento alguno sobre su razonabilidad e idoneidad como sistema—. Entonces, el Código Civil se ha tenido por regulación válida del derecho a la reparación integral y como unidad de medida concreta para comparar cualquier tipo legislación indemnizatoria especial (48).

En este sentido, por aplicación de este derecho, teniendo en cuenta la doctrina de la Corte, surge una pauta dirigida a los jueces, para que sean criteriosos en el uso de sus facultades discrecionales y den plenitud a la reparación integral en los casos en los que les toca intervenir. No es menor que hasta pueden declarar la inconstitucionalidad de oficio de una ley, por aplicación de este

derecho (49). Por supuesto, el límite a la discrecionalidad radica en que no se debe pasar por encima de los derechos constitucionales que rigen en el proceso. Por eso, llegado el caso, deben hacer un juicio de ponderación en el que permitan la realización armónica de los derechos del dañado con los del dañador (50).

Por otro lado, al reconocerse un derecho de toda persona al resarcimiento integral también se envía un mandato al legislador (51), que debe respetar la Constitución y ser razonable en la limitación de la reparación, para crear regímenes especiales de responsabilidad civil válidos; que no sean declarados inconstitucionales por la CS, conforme a la recta doctrina expuesta (52).

Se advierte que el reconocimiento del derecho a la indemnización integral configura un mensaje institucional muy fuerte hacia los poderes del Estado, revistiendo el carácter de limitación al Poder Legislativo e imposición del derecho vigente para el Poder Judicial, que dependerá de este derecho para la constitución de sentencias que llenen todos los requisitos de un acto jurisdiccional válido (53).

IV. La reparación integral en la doctrina.

IV.1. La reparación integral como principio emergente del Código Civil.

En Argentina, la doctrina anterior a la constitucionalización del derecho a la reparación integral ya la conocía como principio general de la indemnización del daño patrimonial. Encontraba su fundamento normativo en los artículos del Código Civil y entendía que no se aplicaba al daño moral, cuya regulación se limitaba a los casos delitos del Código Penal. De todos modos, pese a esas particularidades propias del estadio de la ciencia jurídica de la época, existía una noción acabada y la conceptualizaba en términos que calificamos, *mutatis mutandi*, como vigentes: "... el responsable debe resarcir todo el daño que ha causado con su acto ilícito" y, por aplicación de este principio, "[e]l resarcimiento comprende siempre, en principio, todo el daño ocasionado por el responsable..." (54).

A mediados del siglo XX, ya se sabía que no era posible condenar al demandado a pagar absolutamente todas las consecuencias materiales de su hecho; en razón de que el daño jurídico está limitado a las consecuencias que establece un determinado ordenamiento.

En Argentina, también a partir de la vigencia del Cód. Civ. y Com. actual, el responsable debe reparar los efectos (daños) que tienen relación causal adecuada con el hecho del agente del daño (que puede ser una persona distinta a la del responsable, un grupo o una cosa). En otras palabras, se responde por las consecuencias normales y previsibles del hecho. Las demás consecuencias, por más que provengan del mismo hecho y que este sea su antecedente ineludible de su producción, no serán resarcibles por su anormalidad y se considerarán fortuitas o casuales, indiferentes para la responsabilidad civil y exorbitantes al principio de reparación integral. La ley le impone límites al daño material, pasible de expandirse infinitamente, en razón de la conexión con hechos concomitantes y futuros imprevisibles (55).

En suma, aun cuando el daño material no sea totalmente resarcido, habría reparación plena; porque "la plenitud del resarcimiento no quiere decir plenitud material sino, como es obvio, jurídica, es decir, siempre dentro de los límites que la ley ha fijado, con carácter general, para la responsabilidad en el derecho" (56). Categóricamente, explicó Orgaz que el por reparación integral no debía entenderse su sentido semántico amplio; sino algo más reducido: que debe repararse todo el daño devenido del hecho con relación causal adecuada (57).

El pensamiento de Orgaz ha sido trascendente en Argentina: ha sido trasplantado y reelaborado por autores de la talla de Bustamante Alsina (58), Goldenberg (59) y Pizarro (60), que tienen muy en cuenta las ideas expuestas en sus teorías.

El art. 1740 del Cód. Civ. y Com. actual utiliza la terminología de indemnización plena e indica que consiste en "la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie". En definitiva, es la restitución íntegra

y no parece más que una diferenciación semántica; porque integral significa en su primera acepción "global, total" y plena "completa, llena" (61).

Además, al regular los efectos prevé la indemnización en especie y la indemnización en dinero, a la par de otras medidas como la publicación de sentencias o de parte de ellas para los casos de violación de derechos al honor, intimidad e identidad.

Se advierte que la norma no encorseta al juez, ni a la parte en la fijación de indemnizaciones dinerarias y, tampoco, agota en estas toda la reparación, que bien puede ser mixta, dependiendo de la naturaleza de cada rubro reclamado, de la viabilidad material, la proporcionalidad económica, de la voluntad de la víctima, y de las circunstancias del caso (62).

IV.2. El derecho constitucional a la reparación integral.

IV.2.a. Su autonomía y características como derecho constitucional y humano.

El principal cambio de la reparación integral moderna ha sido su transformación, desde principio del derecho de daños con asiento en el Código Civil a derecho constitucional; por efecto de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, que ha tenido importantes efectos prácticos e institucionales. La reforma de la Constitución Argentina de 1994 abonó y dio mayores fundamentos a la mencionada metamorfosis de naturaleza jurídica.

Hoy, a raíz de la permanencia y profundización de la aplicación del derecho a la reparación integral, no puede discutirse su existencia y naturaleza, que hasta justificó declaraciones de inconstitucionalidad de leyes. De todos modos, hay distintas opiniones en la doctrina sobre el fundamento normativo constitucional del derecho.

Algunos autores, consecuentemente con la CS, derivan al derecho a la reparación integral del art. 19 de la CN —donde se ubicaría el principio *alterum non laedere*—, de la garantía

constitucional de la propiedad privada o de la seguridad jurídica. Otra fundamentación liga al derecho a la reparación al art. 68 de la CASDH, dándole el carácter de principio general de los derechos humanos —de la misma forma que lo interpreta la CIDH—. Por otro lado, lógicamente, se definió que el derecho a la reparación es la consecuencia de la vulneración de un derecho reconocido que, ante su infracción dañosa, debe ser reparado el daño ocasionado (63). En otra línea, algunos autores consideran que es un derecho autónomo extraíble implícitamente de múltiples normas constitucionales o del art. 33 de la CN (64).

El reconocimiento del derecho constitucional a la reparación integral tiene consecuencias relevantes para el ordenamiento jurídico. La doctrina constitucionalista destaca, que como todo derecho humano o superior, la reparación integral tiene los siguientes rasgos y efectos: a) es un derecho subjetivo; b) universal; c) fundamental; d) oponible al Estado y a los particulares; e) ejercibles por grupos y asociaciones; f) contiene prestaciones exigibles a los sujetos pasivos de dar, hacer o no hacer; g) opera sin necesidad de norma positiva que lo reconozca o que establezca sus efectos; h) requiere de mecanismos procesales adecuados (65).

Por emerger de la voluntad del constituyente, el legislador no puede negarlo; pero sí puede reglamentarlo. La reglamentación debe ser razonable y acorde con los valores e ideología de la constitución y recién en segundo lugar, entran en juego los valores y disciplinas particulares (66). Prevalece sobre los principios procesales y, especialmente, el principio de congruencia y el de la prohibición de *reformatio in pejus* para cuestiones de justicia restaurativa en casos de violaciones de Derechos Humanos, sin que haya vulneración del debido proceso (67).

También es de destacar que, si bien no puede transmitirse, disponerse (68) o renunciarse de forma anticipada y genérica, su manifestación patrimonial que es la indemnización, en cuanto corresponde su naturaleza propiedad privada, sí puede serlo (69),

conforme a que es un crédito de valor que recibe el mismo tratamiento que cualquier otra obligación del derecho privado (70).

IV.2.b. El objeto del derecho a la reparación integral.

Nosotros, puntualizando en las características propias del derecho estudiado, destacamos que este derecho implica, por un lado, un primer efecto jurídico lógico: todo dañado, por quien está obligado a no dañar, tiene derecho a ser reparado. Por eso, las leyes no pueden limitar el acceso a la reparación sin razonabilidad o de forma desigual ni pueden alterar el derecho ni restringirlo.

Por eso, el contenido del derecho también apunta a los componentes fundamentales de todo sistema de responsabilidad —y exige que los criterios seleccionados por el legislador sean conducentes a la vigencia del derecho en todos los aspectos de la responsabilidad y, especialmente, en lo atinente al régimen de consecuencias causales, los intereses jurídicos que configuran el daño y la medida de la reparación (que deben ser regulaciones razonables, según el art. 28, CN)— (71).

En efecto, implica que las condiciones de procedencia de la responsabilidad civil, las condiciones de configuración de sus elementos o presupuestos, especialmente, de determinación del daño (donde se cruza la selección de intereses lícitos y el régimen de consecuencias de la relación causal) sean tales que permitan el ejercicio del derecho sin alterarlo o restringirlo.

Entre otros efectos, esto deriva en que se proteja a todo dañado, sin necesidad de que el daño jurídico y resarcible derive de la vulneración en un derecho o interés legítimo, aunque todo interés lícito tiene relación con algún derecho patrimonial o es propio de la integridad del ser humano. Todo daño sobre intereses lícitos o no reprobados por el derecho debe ser indemnizado; pues, el derecho a la reparación es autónomo y, si hay daño, le brinda una facultad a la víctima para imponer un comportamiento resarcitorio a quien lo ha

dañado o a quien la ley señala como responsable. Si no, no sería un verdadero derecho.

Tampoco debe haber recortes injustificados en el daño resarcible, procedente del criterio que el legislador fije para determinar qué consecuencias del hecho son las reparables, ni excesiva imposición de requisitos para acotar los hechos receptados en las normas de responsabilidad civil. El sistema de responsabilidad civil o los sistemas deben estar en función del derecho a la reparación, incluso por sobre la idea de violación del deber de no dañar —como derivación propia del traspaso de la responsabilidad civil al derecho de daños.

Por otro lado, como segundo efecto y con la mirada puesta en el deber de reparar emergente (la obligación indemnizatoria), el derecho a la reparación integral caracteriza el objeto de la obligación de indemnizar —que debe ser equivalente al daño jurídico padecido como consecuencia del hecho dañoso del agente (como adelantamos, es vital la razonable determinación de intereses tutelables del sujeto y el régimen de consecuencias atrapables por el sistema de responsabilidad)

En definitiva, la prestación reparatoria (que incluye a la indemnización en dinero y toda otra medida que fije el juez para eliminar los efectos dañosos) tiene que ser razonable y permitir la realización del derecho. Debe permitir que la víctima reciba prestaciones correlativas y adecuadas con el perjuicio padecido, sea en dinero, especie o natura.

El derecho constitucional no impone un goce absoluto de este derecho, sino la proporcionada relación entre daño e indemnización (72). Esto explica por qué el Código Civil es la referencia de nuestro derecho para todos los subsistemas y por qué la CS acudió a él cada vez que declaró la inconstitucionalidad de un régimen especial de responsabilidad, siendo que, por supuesto, no repara absolutamente todo el daño natural, real y material (73).

De todos modos, el derecho a la reparación integral es relativamente joven y podría llegar a motivar la inconstitucionalidad,

en casos concretos, de las excepciones que impone la normativa civil, como la indemnización de equidad por actos involuntarios (art. 1750, Cód. Civ. y Com.), la atenuación de responsabilidad (art. 1742, Cód. Civ. y Com.) y las limitaciones en la legitimación activa para reclamar consecuencias extrapatrimoniales (art. 1741). Incluso los factores de atribución que fije el legislador, el régimen de consecuencias imputables, las fórmulas para la cuantificación del daño, los topes y tarifas deben ser coherentes con el derecho analizado.

De continuar la expansión del derecho a la reparación, toda la tradición jurídica podría ser revisada y exigir una nueva forma de pensar al fenómeno del daño, con un sistema plenamente coherente y razonable consigo mismo y a la luz de todo el ordenamiento (74). Esta es la consecuencia natural del choque de una noción histórica de la responsabilidad civil con la constitucionalización del Derecho Privado —que ha reconocido un derecho constitucional que no había—. La fricción de forma a nuevos fenómenos jurídicos y la responsabilidad que nunca ha detenido su evolución debe receptor a este derecho, que tampoco ha parado de crecer (75).

Creemos que, como mínimo, el derecho a la reparación integral permite avanzar en algunos cambios interpretativos en la responsabilidad del Código Civil, sin que sea necesario plantear grandes modificaciones en los criterios históricos. Pasamos a explicarlo.

IV.2.c. Indemnización legal y reparación integral en el derecho interno.

Lo dicho hasta aquí haría pensar que el derecho a la reparación integral es una reiteración de las reglas del Código Civil y Comercial, que es la que regula las reglas de la responsabilidad civil y de la indemnización. Más, aun, serían aceptables muchos otros regímenes especiales de indemnización, si son razonables. Pero estimamos que, en los casos de violaciones de derechos humanos, sería necesario adoptar otras medidas restaurativas o de no reiteración, que vayan más allá de la misma indemnización, como lo hace la CIDH y como

ha hecho la CS al restablecer a un operario en su puesto, tras un despido discriminatorio (76).

Por ende, desde la perspectiva de los derechos constitucionales y humanos, la reparación integral es equivalente a restitutio in integrum y entraña, por un lado, un derecho a la indemnización pecuniaria razonable y, por otro lado, una exigencia de mayores medidas, más allá del dinero, para obtener una reparación plena en los casos de agresiones a los derechos humanos —en los que el dinero, útil para satisfacer parcialmente el interés privado de la víctima es insuficiente para reparar el daño adecuadamente causado, aun aplicando las normas de imputación del Cód. Civ. y Com. (77)

Esto que parece una innovación, no es tal; sino la generalización de medidas aisladas que dan cuenta de que el derecho privado conoce de la insuficiencia de la indemnización para reparar el daño jurídicamente relevante. Tal como lo ha regulado el Cód. Civ. y Com. en el art. 1740 para casos de lesiones al honor, la intimidad o la identidad personal, en los que los jueces pueden, a pedido de parte, "ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable" (78) o la Ley General del Ambiente que, en su art. 30, establece la recomposición del ambiente dañado, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por aplicación del Cód. Civ. y Com. —por ende, el pago en dinero de la indemnización también es insuficiente en este amplio campo del derecho que se encuentra en expansión.

Por lo expuesto, concordamos con Pizarro, cuando expresa que el derecho a la reparación integral es más amplio en la Constitución Nacional que en el Código Civil y Comercial que lo reglamenta (79), como una posibilidad razonable entre otras. En esto, como anticipamos, alumbra la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que distingue categóricamente la indemnización en dinero de otras vías reparatorias y las integra en sus sentencias, conformando la condena al Estado vencido (80).

Si bien es cierto que se podría reprochar nuestra posición con la afirmación de que la condena que pesa contra el Estado es una secuela

de la vulneración de intereses públicos, lo cierto es que muchas de estas medidas favorecen a los intereses particulares de los afectados; por lo que no creemos que ese sea el fundamento de la reparación más allá de la indemnización, sino la ineptitud del dinero para borrar todas las consecuencias adecuadas de la infracción a deberes correspondientes a derechos humanos.

La CIDH de derechos humanos solo se ocupa de casos contra los Estados, pero ello no significa que haya obstáculo alguno para recoger sus criterios en el derecho interno y hacer evolucionar al derecho privado, no por aplicación del Código Civil; por aplicación interna de los tratados del espacio americano, como la CASDH.

Después de todo, la CIDH es su último intérprete y ha entendido que la sola indemnización no basta para reparar las repercusiones de violaciones a estos derechos, sus fallos tienen validez erga omnes para el derecho interno de cualquier país miembro (81) y nuestra CS ha destacado la validez interna de los criterios de aquella alta corte internacional —en razón de que los TT.II. se aplican en las condiciones de su vigencia, lo que incluye la jurisprudencia de la CIDH y las recomendaciones de la Comisión Interamericana (82)

Con más razón, esas condenas se podrían imponer por jueces argentinos a los tres niveles del Estado, para evitar que los damnificados deban acudir a instancias internacionales para el adecuado respeto de sus derechos (83).

También tenemos la opinión de que en materia ambiental es aplicable la misma solución, lo que no resulta discutible, puesto que nuestra legislación nacional ya lo impone de esa manera y exige la reparación como *restitutio in integrum* y se integra con medidas de recomposición y el pago de indemnizaciones en dinero.

En virtud de lo expuesto, concluimos en que es posible la expansión de la sola indemnización monetaria, para acompañarla de otras prestaciones que permitan enjugar todas las consecuencias dañosas, adecuadamente causadas, que el dinero no logra palear (84).

V. Efectos de la reparación integral en la resolución de casos civiles.

Ya señalamos que la reparación integral nació de la interpretación del Código Civil y que, posteriormente, adquirió jerarquía constitucional con un contenido superior a la indemnización económica. Ello tiene como efecto que, aun hoy, sea relevante en la resolución de casos civiles y que estas soluciones se proyecten a todos los subsistemas de responsabilidades especiales —en razón de que la jurisprudencia acoge la normativa civil cada vez que posterga las normas especiales—. No obstante ello, se necesitan algunos ajustes en los casos en los que la indemnización dineraria se muestra insuficiente, que son aquellos en los que se propugna la adición de otras medidas reparatorias.

Partamos de la base de que la reparación integral del daño en el Código Civil siempre se entendió, respetando sus reglas de imputación de consecuencias, como la igualdad entre el daño y la indemnización. Creemos que la relación, hoy, en verdad, se da entre daño y reparación (que es un concepto superior e inclusivo del de indemnización). Podríamos definir a la reparación integral, entonces, como la proporcionada relación entre la magnitud del perjuicio padecido y, por el otro lado, la calidad y cantidad de las medidas reparatorias (cuando correspondan) más el montante de la indemnización justa en dinero.

Ese estándar de vinculación entre daño y reparación (e indemnización), que es la reparación integral, exige tener presente cuatro principios que orientan en la práctica al operador jurídico: "el daño debe ser fijado al momento de la decisión; la indemnización (reparación, decimos nosotros) no debe ser inferior al perjuicio; la apreciación debe formularse en concreto y la reparación no debe ser superior al daño sufrido" (85).

Visto de esta perspectiva, cumple tres cometidos: la reparación e indemnización de la totalidad del daño (función compensatoria), prohibición del enriquecimiento injustificado del lesionado (función

indemnizatoria) y, por último, valuación concreta de los perjuicios efectivamente sufridos (función concretizadora) (86).

Por ende, el operador jurídico, especialmente el juez, primero debe valorar el daño, analizando objetivamente todas las consecuencias dañosas que tengan nexo de causalidad adecuado con el hecho y las que provengan de la sola conexión del hecho dañoso con otro. Téngase en cuenta que, en materia contractual, la extensión del daño jurídico se limita a las consecuencias previsibles al momento de la celebración del contrato y, solo si hay dolo, se pueden evaluar las consecuencias previsibles del incumplimiento (esto sin olvidar la mayor previsibilidad debida al mayor deber de prudencia y conocer del art. 1725).

Hasta aquí, sigue los lineamientos que da el legislador al juez (87); pero, acto seguido, al momento de fijar la reparación y cuantificar la indemnización, son importantes las guías que derivan del principio de reparación, para obtener prestaciones que sean integrales (88). Sin embargo, habrá limitaciones emergentes de los principios procesales, que también influenciarán en la decisión, conforme las pretensiones de las partes. El juez no podrá asignar prestaciones reparatorias no solicitadas, ni sumas mayores a las solicitadas, indemnizaciones por daños no probados, ni rubros olvidados por el actor que estime en concreto procedentes (sin perjuicio de la morigeración de los principios procesales cuando se ponderan frente al derecho a la reparación integral, sin que implique recaer en arbitrariedad o absurdo).

En este campo, por aplicación del Código Civil y Comercial y los Códigos Procesales, la reparación integral es un principio difícil de cumplir; lo que ha llevado a que se lo critique por su vaguedad (89) y se lo considere como mito, fantasía (90) o falacia (91).

De todos modos, más allá de que en última instancia el juez tiene las facultades procesales para fijar la indemnización —no otras reparaciones— y de las dificultades prácticas y procesales para el reconocimiento cabal, el principio de la reparación integral es una pauta flexible que, caso a caso, debe buscar su realización. No es una

quimera, sino un nivel cualitativo a alcanzar en la determinación de las medidas necesarias y la cuantificación de la indemnización —no debe olvidarse que ha motivado declaraciones de inconstitucionalidad de leyes, decretadas de oficio, y que nunca antes se tuvo tantas posibilidades de conocer sobre el daño y las diversas formas de reparación (92)

Es un principio, por eso su intangibilidad; es una guía para la solución justa del caso y la principal directriz del operador para precisar cómo se repara y la indemnización pecuniaria, dentro de los márgenes que imponen el derecho sustantivo y adjetivo (considerando la Constitución y los TT.II). No respétalo le resta valor a la sentencia y hasta a la ley.

En otras palabras, el abogado debe animarse a invocar este principio en el caso concreto para pedir una verdadera reparación y una indemnización justa. El juez también debe hacer lugar a los pedidos. Ambos cuentan con todo un abolengo internacional de normas que le permiten fundamentar adecuadamente la resolución (art. 3º, Cód. Civ. y Com.). Estas peticiones, podrán garantizarle al afectado una mejor calidad de vida y un inmediato efecto positivo en la sociedad (más centrada en la prevención y beneficiada por el imperio del derecho). Por ello, consideramos fundamental la tarea del letrado para no circunscribir la decisión del juez a una pretensión insuficiente y para la vigencia del *ius cogens* en casos donde sean aplicables directamente las normas de la CASDH. No se le debe tener temor reverencial a la letra del Cód. Civ. y Com., cuyas soluciones conservadoras no se muestran totalmente satisfactorias para darle vigencia al plexo de derechos humanos, las decisiones de la CIDH y solucionar todos los problemas actuales a la luz del ordenamiento jurídico.

La misma actitud es fundamental para la indemnización en dinero; porque no corresponde atarse a un número cerrado de rubros indemnizatorios y por aplicación de este derecho a la reparación, habrá tantos rubros como daños en particular y su monto debe ser el necesario para enjugar el padecimiento.

Lamentablemente, los montos que se mandan a pagar no son suficientes para la indemnización completa de la persona, de conformidad con los principios rectores del sistema. Ello es una práctica regular que debe atenuarse, pues la cuantía de los montos de nuestros Tribunales demuestra que la verdadera quimera no es el principio de la reparación integral, sino la función compensatoria de la responsabilidad civil, dado que no se constituye como un verdadero remedio económico ante la tragedia. No por imperio de la ley, sino por la letra de las sentencias que declaman grandes finalidades y valores insuficientes para afrontar una vida con grandes lesiones.

No es necesario cambiar un ápice del ordenamiento jurídico actual para llegar a soluciones más justas, que les permitan a las personas continuar una existencia digna frente al daño. Es necesario que se renuncie a la idea de que la reparación se trata de fantasías, porque el daño injusto es muy real y el derecho que se tiene a no soportarlo también lo es. Insistimos, la aplicación del sistema entero de la responsabilidad civil resarcitoria depende del derecho a la reparación integral; si esta se frustra, el sistema carece de sentido y, hoy, asistimos a una reparación nominal e insuficiente para efectivizar el humanismo de nuestra legislación.

Eso es atribuible a los operadores jurídicos y debemos racionalizar el sistema desde este alto principio estudiado, para darle congruencia al derecho de daños y, en la práctica, hacerlo efectivo — sobre todo para las grandes incapacidades.

VI. Los llamados límites al derecho a la reparación integral.

Usualmente, la doctrina señala diversos límites a la reparación integral, fundamentados en cuestiones propias del proceso judicial de daños, cuestiones económicas que fundamentan regímenes especiales de responsabilidad, criterios judiciales o cuestiones de política legislativa: tendientes a distribuir riesgos, simplificar los trámites de reclamo o favorecer la contratación de seguros, entre otros (93).

Entendemos que las connotaciones del derecho a la reparación integral en Argentina no permiten limitaciones, sino diferentes regulaciones razonables que no alteren ni restrinjan el derecho. Por ende, no habría propiamente limitaciones; sino particulares normas que, sin desnaturalizar el derecho, propician diferentes maneras de aplicarlo. En caso contrario, las denominadas limitaciones a la reparación integral no surten efecto y se las declara inconstitucionales o, en las sentencias, se las deja de lado.

Lo que hemos afirmado se sustenta en que la CS ha declarado la inconstitucionalidad de regímenes especiales que de alguna manera menguaban la reparación completa del afectado. Lo que demuestra que no hay verdaderos límites al derecho, sino reglas sujetas al test de constitucionalidad y convencionalidad y que dependerá su aplicación de la superación de ese examen.

A pesar de lo dicho, la abundancia de normas mencionadas como limitaciones al derecho estudiado amerita el análisis pormenorizado de su impacto y la demostración cabal de que no hacen mella en el derecho a la reparación integral, por diversos motivos.

VI.1. Limitaciones a la reparación integral del Código Civil y Comercial argentino.

Por ser la norma de responsabilidad más general, comenzamos con los usuales señalamientos que se han efectuado sobre diferentes reglas, que se las ha indicado como verdaderas limitaciones a la reparación integral.

VI.1.a. Régimen de consecuencias del Código Civil y Comercial.

El Código Civil y Comercial de la Argentina establece, en razón de la incorporación legal de la teoría de la causalidad adecuada, limitaciones al daño resarcible —circunscripto a las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles—. A la par, se establece un marco regulatorio para la materia contractual, donde se tienen en cuenta las

consecuencias previsibles al momento del contrato (previstas o que pudieron preverse) y, si hay dolo, las previsibles al momento del incumplimiento.

Este régimen de consecuencias diferencia el daño natural del daño en sentido jurídico, que es el que debe ser resarcido integralmente. No son verdaderas limitaciones al derecho a la reparación, sino pautas de establecimiento del verdadero daño causado. Ir más allá de ellas, implica que se hace reparar al dañador consecuencias que escapan a su conducta y que encuentran relación causal adecuada con hechos ajenos a sus hechos. Ello implicaría responder por el daño que no se ha causado y que es la derivación de coyunturas que le son extrañas.

Por ello, entendemos que cumplen un importante rol en la determinación del perjuicio jurídico, pero que no por eso significan una merma en la reparación integral. Esta última no impone que se cargue al dañador de efectos que no ha producido, sino que repare el daño que efectivamente causó. Desde esta perspectiva, la consideración caso por caso del régimen de consecuencias es el antecedente directo y la materia o sustrato sobre la que ha de trabajar el principio de la reparación integral.

No es propiamente una limitación, sino la imputación al agente del daño de las consecuencias propias y adecuadas de su acto. Sobre esta base, es innegable la íntima relación con el derecho a la reparación integral, atento a que se debe reparar todo este perjuicio caracterizado por el régimen de consecuencias— y no más que ello.

En materia contractual, el régimen de consecuencias parece más estrecho que el planteado para los otros daños (94). No obstante, la fórmula adoptada alcanza también a consecuencias inmediatas y mediatas, si pudieron ser previstas —sea al contratar o al incumplir dolosamente—. Por otro lado, el art. 1725 del Cód. Civ. y Com. se establece que las consecuencias dañosas se ponderan en función de las obligaciones propias del contrato y los aspectos subjetivos de las partes (a mayor deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas mayor previsibilidad del daño).

Además, existe en Argentina una extensa tradición que equipara el régimen de consecuencias para los casos de daños a las personas. Por ende, las limitaciones de consecuencias solo podrían jugar en materia directamente patrimonial y solo se las limitaría en supuestos donde no haya consecuencias mediatas que hubieran podido preverse. En estos últimos casos, que no son todos, sí existe un estrechamiento del daño resarcible: por lo que el daño jurídico puede resultar menor al daño realmente padecido.

En estos casos, no creemos que eso sea justo, si el dañador vulnera el derecho constitucional a la propiedad privada y el derecho a la reparación más allá de 1/3 de su objeto, como lo ha señalado reiteradamente la Corte. Si ello ocurriera en algún caso en concreto, el régimen de imputación de consecuencias no tendría por qué ser constitucional: por implicar un sacrificio intolerable a derechos superiores. Esto bajo ningún punto de vista es un bill de indemnidad contra malos negocios; sino una interpretación del plexo de normas aplicables frente a daños injustificados. Si bien se procura la previsibilidad de la responsabilidad en materia contractual, no se puede pasar por encima de derechos fundamentales.

En conclusión, creemos que no hay una verdadera limitación al derecho a la reparación en estas normas, sino una necesaria operación previa que permite, luego, la realización de la reparación integral. En su caso, para un pequeño segmento de la responsabilidad contractual, de corresponder en la especie, podría haber una inconstitucionalidad si se estrecha el campo del daño adecuadamente causado e injustamente sufrido hasta extremos que desnaturalicen el derecho. Que exista limitaciones en las normas, no significan que haya verdaderas limitaciones al derecho; al contrario, la normas deberán nutrirse del derecho superior e interpretarse armónicamente con él o no aplicarse, si son restricciones inadmisibles. Pero, nunca han de ser excepciones a un principio superior; a lo sumo, insistimos, razonables reglamentaciones.

De todos modos, debe destacarse que, si se trata de daños a bienes e intereses ligados a derechos disponibles, hay un amplio

margen de maniobra para la autonomía de la voluntad. Esto debe ser muy tenido en cuenta, para arribar a soluciones equilibradas.

VI.1.b. El pago a mejor fortuna y el beneficio de competencia.

Estos institutos receptados entre los arts. 889 y 893 del Cód. Civ. y Com. en principio afectan a las obligaciones en su objeto y en cuanto hace al pago de estas, con independencia de que emerjan daños del incumplimiento. Por ende, en principio tienen implicancia sobre créditos del acreedor y su propiedad privada. Solo en el caso de que la obligación en cuestión sea de reparar daños sufridos, podrían implicar una afectación al derecho a la reparación integral.

De esta forma, el pago a mejor fortuna no amenaza el sustrato de la reparación integral debida, sino la oportunidad del cumplimiento de pago, que será cuando pueda el deudor o mejore de fortuna. De todos modos, solo la voluntad de la víctima podría establecer esta particularidad en la obligación de reparar.

La ley sí impone el beneficio de competencia, para muy pocos y especiales deudores —todos familiares en casos de daños— (95) y el beneficio no libera del pago del total de la reparación integral; sino que, al igual que el pago a mejor fortuna, difiere el pago hasta el mejoramiento de la fortuna del deudor.

VI.1.c. Tope al pago de costas.

El art. 730 *in fine*, como lo hacía el art. 505 del Cód. Civil anterior, establece un límite a las costas judiciales que debe pagar quien haya sido compulsado para el cumplimiento de la obligación. El límite fijado en el 25% del monto de sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo, no afecta al derecho a la reparación de la víctima, quien sí verá satisfecho integralmente su interés, conforme a su pretensión.

Por más que se haya vinculado la condena en costas con la reparación integral, no se merma un ápice el derecho a la reparación, sino que se limita la responsabilidad del dañador por gastos causídicos. Ello no afecta a la víctima en su derecho, como sí lo hace la permisibilidad de pactos de cuota litis, que sí reducen la indemnización y se permiten hasta niveles del 40% del valor de la reparación, lo que puede restringir el derecho en juego. Creemos que lo razonable exige que los porcentajes sean proporcionados.

VI.1.d. La atenuación de responsabilidad.

El art. 1742 del Cód. Civ. y Com., en línea con el art. 1069 del Código anterior, establece: "El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable".

Este artículo debe ser interpretado restrictivamente, en razón de que el principio general es la reparación integral o plena (96). Sin dudas afecta al monto de la reparación y, efectivamente, al derecho a la reparación integral. Por eso, creemos que solo debe ser aplicado a casos, donde la realidad demuestre que es meramente declarativa una sentencia correcta con toda la cuantía que corresponda.

En otras palabras, el cobro de la suma que representa la reparación integral debería ser denegado por los hechos y no por el derecho. Ahí está el campo de acción de la norma. No es el derecho civil el que puede negar la concreción del derecho a la reparación integral que es superior. Son los hechos los que demuestran que no es viable el cobro de toda la deuda a ese sujeto dañador, que se muestra impotente para realizar el pago y, por otro lado, la víctima también tiene que poder procurarse la asistencia necesaria por otro medio que no la perjudique aún más. En el caso contrario, se la daña dos veces.

VI.1.e. La indemnización de equidad por daños causados por actos involuntarios.

Según el art. 1750 del Cód. Civil, modificando lo que establecía el art. 907 del Cód. Civil derogado, "[e]l autor de un daño causado por un acto involuntario responde por razones de equidad. Se aplica lo dispuesto en el art. 1742".

Esta norma en el contexto del nuevo Cód. Civ. y Com. tiene un espectro residual, puesto que no se aplica para los casos de responsabilidad objetiva por riesgo de las cosas o de la actividad, donde la voluntad y la culpa poco importan (97). Además, para actos de incapaces, habría otros responsables como padres, tutores, curadores y delegados en el ejercicio de la responsabilidad parental (98). Cuando se trate de niños dentro del establecimiento escolar, también responde el dueño, sea público o privado (99). Lo mismo ocurre con el establecimiento que tiene a su cargo personas internadas, que responde por la negligencia en el cuidado de quienes, transitoria o permanentemente, han sido puestas bajo su vigilancia (100).

Por otro lado, se modificó la redacción del Código anterior, que establecía: "Cuando por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes, solo se responderá con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido".

Ahora, es facultad del juez morigerar o no la indemnización "si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho", por aplicación del art. 1742 del Cód. Civ. y Com., en el que ingresan los señalamientos hechos en el punto anterior.

Por ende, para los pocos casos posibles de aplicación de la norma, el principio es la responsabilidad del dañador involuntario y responde porque es equitativo que así sea, siendo la única opción posible la morigeración de la cuantía —lo que debe proceder de forma restrictiva y no debe aplicarse si hay obligados concurrentes o

solidarios que pueden afrontar el pago completo de la indemnización—. En efecto, creemos que la modificación introducida en el nuevo Código y la lectura contextual de todas las reglas de las responsabilidades especiales, hacen de este caso una rara avis, que además no redundaría en una absoluta y completa limitación al derecho a la reparación integral —como lo era en el previo Código Civil, donde la indemnización por equidad era la excepción al principio de la irresponsabilidad de quien actúa sin voluntad.

Por último, hemos de señalar que es muy distinto el caso de quien actúa bajo fuerza irresistible, puesto que este sujeto no es agente del daño; pues actúa como mero instrumento de un tercero que sí ha de responder civilmente. Este no es supuesto de limitación al principio de la reparación integral, sino un caso de falta de autoría.

VI.1.f. Daño moral y consecuencia extrapatrimonial.

El Código Civil Argentino, en su última versión vigente, regulaba la indemnización del daño moral para incumplimientos contractuales y para hechos ilícitos en sendas normas, los arts. 522 y 1078 respectivamente. Esta última norma fue atacada de inconstitucionalidad por limitar la acción al damnificado y, en caso de su muerte, a los herederos forzosos.

Con la definición legal, el daño moral sufrido no se trasmite a los herederos —en esto es igual el nuevo Cód. Civ. y Com. y una posición diferente a la adoptada por la CIDH que sí indemniza el daño moral del afectado directamente por muerte o desaparición forzada y lo manda a pagar a sus herederos (quienes también son indemnizados por su propio daño inmaterial, junto a todas las personas que acrediten el daño)

Este punto jamás ha sido atacado de inconstitucionalidad y exige la interposición de demanda por el afectado directo a los fines de la transmisión del derecho a sus causahabientes. Entendemos que el daño o consecuencia extrapatrimonial no es la exclusiva lesión de derechos personalísimos —sino algo más amplio que recae sobre cualquier

interés lícito no económico—, por ende, no entendemos la razón por la que se priva al damnificado que fallece de la indemnización por la degradación absoluta de sus intereses espirituales, morales y personales.

No obstante, la legitimación activa exclusiva del afectado sí ha sido atacada por familiares de quienes sin morir han sufrido grandes incapacidades y por convivientes hermanos de las víctimas mortales (que no son herederos forzosos).

El nuevo Código Civil y Comercial ha hecho eco de los pronunciamientos jurisprudenciales y han modificado ampliamente la cuestión en el actual art. 1741, según el cual "[e]stá legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquel recibiendo trato familiar ostensible".

Esta norma amplió la legitimación activa, pero sigue dejando fuera a personas afectadas que la jurisprudencia ya había legitimado con la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del Código anteriormente vigente, como la novia que tenía ya organizado el casamiento (101).

De todos modos, la norma recorta la posibilidad de reclamo de todos los posibles afectados que se vean dañados junto a la víctima superviviente y limita la acción para todos posibles los afectados por la muerte de una persona, debiendo soportar el daño por imposición del Código Civil y Comercial. Esto, por supuesto, demuestra una gran diferencia con el daño patrimonial, que sí puede ser siempre reclamado por quien lo sufre. Sin embargo, no se permite que quien no figura en la norma pruebe su daño moral y obtenga la indemnización.

Tenemos la opinión de que la norma viola el derecho a la reparación y el derecho a la integridad moral, reconocido en el art. 5.1 de la CASDH: en razón de que, si la Constitución le da jerarquía

constitucional al derecho reconocido en ese Tratado de Derechos Humanos, el legislador debe diseñar normas que permitan su goce, prevengan los ataques e indemnicen los daños que se sufran a consecuencia de la conducta en infracción a la debida por imperio de la norma superior.

Acá no hay razonabilidad, porque no es que se restringe una parte proporcionada del derecho a la indemnización y al derecho a la integridad moral, sino que se los restringe de forma absoluta y apriorística para todos los dañados no mencionados en la norma, por más que su perjuicio pueda ser real y acreditado. Por supuesto, con la restricción expuesta se busca desalentar reclamos aventurados; pero dicha función puede quedar en manos de los jueces sin restringir derechos superiores de forma anticipada. Por ello, consideramos que la normativa es pasible de ataque en casos concretos y puede ameritar declaraciones de inconstitucionalidad cuando se prueben judicialmente daños morales no contemplados en ella.

VI.1.g. Daños causados por infidelidad en el matrimonio.

También viola el derecho a la reparación integral, el derecho a la integridad moral y, tal vez, a la integridad psíquica de la persona la posición que ha asumido parte de la doctrina argentina que, sin textos normativos, pretende la exclusión del régimen de responsabilidad civil resarcitoria de los daños causados al cónyuge por infidelidad.

Estas posiciones carecen de razonabilidad por exigir el holocausto de derechos superiores de las personas, haciéndolas soportar daños no justificados —según la recta interpretación del nuevo régimen de responsabilidad vigente y la aplicación de los derechos supremos mencionados.

VI.1.b. Fórmulas para el cálculo de las indemnizaciones en el Código Civil y Comercial.

El art. 1746 del Cód. Civ. y Com. establece para los casos de lesiones o incapacidad permanente una forma concreta de indemnización: la determinación de un capital que genere rentas que cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades económicamente valorables (sean productivas o susceptibles de valor, como las domésticas o artesanales). El capital generador de rentas debe agotarse a lo largo de la expectativa de vida del sujeto —que es el plazo expectable con toda razonabilidad.

Si bien no lo dice expresamente, la fórmula actuarial es única vía que tiene el operador para fijar un capital amortizable —en un tiempo entre el hecho y la expectativa de vida—; que, a su vez, produzca una renta periódica vinculada con la pérdida que representa la incapacidad para un sujeto determinado. La sola prudencia del juez no alcanza para satisfacer todos estos requisitos y alcanzar finalidades impuestas en la norma. Entonces, se hace imperioso utilizar una fórmula que no tiene por qué encorsetar la discrecionalidad del magistrado en otros rubros patrimoniales o extrapatrimoniales (102).

La indemnización no se ve afectada en su integralidad, puesto que atrapa toda la esfera económica de la persona (lo que gana en dinero y lo que realiza que puede tener valor económico); además, se integra con una gran cantidad de rubros, en razón de la amplitud de los arts. 1738, 1740, 1741.

Por ende, vemos como muy positivo que se llegue a una solución como la que muestra hoy el Cód. Civ. y Com., que permite acceder —a priori— a sumas muy razonables, sin que haya cortapisas para que el juez agregue los rubros que se prueben en la causa y que sean de justicia (103).

Sí se presenta un problema en la elección de la fórmula, puesto que hay al menos cinco que se conocen en el derecho argentino y que presentan sensibles diferencias. En principio y como elementos aglutinadores, todas las fórmulas operan teniendo en cuenta el

porcentaje de incapacidad, la edad de la víctima, sus ingresos, la frecuencia de percepción de ingresos, una fecha tope de expectativa de percepción de ingresos: esperanza de vida o jubilación, una tasa pura de interés anual (que es el valor del dinero, desprovisto de toda comisión, componente inflacionarios, etc.) y una tasa de descuento — que se explica por adelantarse el capital completamente, cuando en realidad el deudor debería pagar mes a mes la renta correspondiente al daño que causó, por tratarse de un daño futuro que se verificará periódicamente con la regularidad que corresponda a cada víctima; puesto que es en el futuro donde se concreta cada perjuicio (salvo lo debido por periodos pasados al momento de la sentencia)

Darle todo el capital sin aplicar tasa de descuento le permite a la víctima un enriquecimiento sin causa que debe ser evitado. En todos estos aspectos las fórmulas se parecen.

En rigor de verdad, la fórmula "polinómica" (104), la fórmula "Marshall" y su simplificación, la fórmula "Las Heras-Requena" y "Vuotto" (105) arrojan valores idénticos si trabajan con las mismas variables. No es de extrañar, porque detrás de la aparente diversidad se esconde una única fórmula (106).

Por ejemplo, para alguien de 25 años, que cobra \$10.000 por mes y que padece una incapacidad del 50% le correspondería como indemnización un capital de \$978.009, 29, si utilizamos una edad de tope de 65 años y una tasa de interés de descuento del 6% anual.

Ambos datos, la edad de límite de la expectativa de la persona y la tasa pura de dinero son sensibles y son los que cambian de jurisdicción a jurisdicción e incluso entre fórmulas. A mayor expectativa de edad, mayor cantidad de mensualidades a producir de renta y necesidad de mayor capital. En igual sentido, cuanto más bajo sea el valor de la tasa pura de interés, mayor capital es necesario para producir la renta mensual.

Eso explica porque los montos arrojados por la fórmula "Méndez" (107) son muy superiores, ya que utiliza una expectativa de

vida de 75 años y una tasa de interés pura del 4% anual. En el mismo caso del ejemplo, si el juez se decidiera por la aplicación de la fórmula "Méndez", el valor del capital de indemnización por incapacidad sobreviniente sería de \$3.351.220,80. Es decir, más del triple que con la fórmula "Vuotto".

Si en las demás formulas mencionadas utilizamos los mismos valores de la fórmula "Méndez", el monto a indemnizar en el caso del ejemplo es de \$1.396.342, 00; por ende, el período contemplado en la fórmula y la tasa de descuento no llegan a explicar esa diferencia.

Para entenderlo, debemos recordar una parte de la historia. La sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo fue la creadora de la fórmula "Vuotto" y la empleó durante años, hasta que la CS la criticó en el fallo "Arostegui" en 2008 (108). Por eso, la misma sala III, solo veinte días después, dio lugar a la fórmula "Méndez" también llamada "Vuotto II", en las que se hace cargo de las críticas de la Corte y modifica lo que estimaba pertinente.

Por eso, además de los aspectos ya indicados, le agregó un cálculo sobre la pérdida de chance de aumentos futuros de ingresos, reformulando el cálculo del sueldo: "Para calcular la pérdida de chance (o de progresos futuros), como lo quiere la Corte, la sala III propone que al salario del obrero se le aplique un coeficiente actualizador consistente en dividir el numeral 60 por la edad de la víctima a la fecha del siniestro. De este modo, al salario del momento del infortunio se lo mejora, por así decirlo, por medio de un coeficiente. Luego este salario se habrá de proyectar en el cálculo final" (109).

Como vemos, tenemos algunas fórmulas muy similares que se parecen, desde la perspectiva del monto resultante, a la del caso Vuotto, que fue desmerecida por la CS en el fallo "Arostegui". Por otro lado, tenemos una fórmula que arroja un valor que es el triple y que considera los eventuales crecimientos de ingresos —que normalmente podrían ocurrir y ocurren a lo largo de la vida—. Llegado a este punto solo podemos concluir en dos opciones: 1) la fórmula del caso "Méndez" es errónea, por ser la única que se aparta de los resultados comunes que dan las otras; 2) la fórmula "Méndez"

es razonable y las otras inconstitucionales por privar a la víctima de 2/3 de su indemnización y, por eso, resultan violatorias del derecho a la reparación integral.

Desde la realidad, si atendemos al valor de los bienes en el mercado, para una persona como la del ejemplo, con un 50% de incapacidad, no me cabe la menor duda que la suma de la fórmula Méndez es apropiada para intentar palear sus dificultades por el período de 50 años que le quedan de esperanza de vida. En un país con una canasta familiar que ronda los \$30.000,00 (110), con precios de los más altos de la región, un millón de pesos apenas pueden proveer a la familia por menos de 4 años. Luego de eso, el derecho de daños no da solución. Los ideales del derecho a la reparación, sus valores, principios y la normativa constitucional imponen mayores sumas.

Como conclusión, podemos afirmar que el empleo de fórmulas para determinar el daño patrimonial no es dañoso para el derecho a la reparación, si la fórmula es razonable. El problema de constitucionalidad se ubica en la elección de la fórmula y notamos que es necesario posicionarse sobre la que da la mayor protección a la víctima; porque es la que más se acerca a los términos económicos que hacen a la realización de la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Las otras, al menos en el ejemplo utilizado, se muestran como insuficientes para dar manutención a la víctima y su familia por los plazos prolongados que deberían satisfacer.

VI.1.i. Fideicomiso.

Se ha señalado que la ley 24.441 establecía un límite al derecho a la reparación (111). Si bien entendemos que se trataba de un límite a la responsabilidad; que bien no tendría que afectar la indemnización de algún sujeto afectado en el cumplimiento de la fiducia, salvo insuficiencia económica del patrimonio fideicomitado.

El vigente art. 1685 del Cód. Civ. y Com. no cercena el límite de la reparación y establece la obligatoriedad de un seguro o compromete

la total responsabilidad del fiduciario: "Sin perjuicio de su responsabilidad, el fiduciario tiene la obligación de contratar un seguro contra la responsabilidad civil que cubra los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso. Los riesgos y montos por los que debe contratar el seguro son los que establezca la reglamentación y, en defecto de esta, los que sean razonables. El fiduciario es responsable en los términos de los arts. 1757 y concs. cuando no haya contratado seguro o cuando este resulte irrazonable en la cobertura de riesgos o montos".

Por lo expuesto, no advertimos que hay limitación alguna al derecho a la reparación, emergente del actual régimen de responsabilidad del fiduciario.

VI.1.j. Transporte de equipaje extraordinariamente oneroso y del equipaje de mano.

En art. 1294 del Cód. Civ. y Com. se establece una exoneración de responsabilidad del transportista frente a la pérdida o daños en objeto de valor extraordinario que el pasajero lleve consigo, siempre y cuando no los haya declarado antes de comenzar el viaje.

Además, se agrega que "[t]ampoco es responsable por la pérdida del equipaje de mano y de los demás efectos que hayan quedado bajo la custodia del pasajero, a menos que este pruebe la culpa del transportista".

Ambos casos no son supuestos de disminución del derecho a la reparación integral. El primero es una consecuencia propia de la extensión de la causalidad contractual hasta lo previsible. En efecto, se responde en la medida de que se hubiera podido prever que se transportarían objetos extrañamente costosos. Por eso, cuando se los declara hay plena responsabilidad. En todo caso, no se trata de una limitación a la reparación, sino de un supuesto ajeno al riesgo de la actividad, que por su imprevisibilidad queda fuera de la relación causal adecuada —salvo que se informe y se lo haga previsible.

El segundo supuesto tampoco es un caso de reducción de la indemnización, sino de hecho imputable a la víctima, que era quien debía custodiar sus efectos personales. De todos modos, pese a lo que se advierte a primera vista, es un supuesto que no escapa a la responsabilidad civil general por culpa.

No está de más señalar que en los casos de transporte a consumidores también se aplica el estatuto de la LDC, con su deber de seguridad del art. 5°.

Por último, por convalidar el acceso al derecho a la reparación, indicamos, que en el contrato de transporte se ha estipulado que no son válidas las cláusulas limitativas de responsabilidad por muerte o daños corporales (art. 1292) (112).

VI.1.k. Límites de responsabilidad en el contrato bancario de caja de seguridad.

El nuevo Código Civil y Comercial argentino autoriza en el art. 1414 la limitación de responsabilidad del Banco que presta servicios de caja de seguridad. Esto significa que el banco puede establecer topes a su responsabilidad, si los informa y no desnaturalizan el contrato.

Esto se ha criticado, porque, en algún punto, el permitir topes desvirtuaría un contrato que tiene por finalidad la custodia y cuidado de objetos de valor por los que no se respondería, con lo que ante un servicio deficitario se estaría permitiendo la exclusión parcial de la responsabilidad y la merma en el derecho a la reparación integral.

Para cumplir con las condiciones que exige el Cód. Civ. y Com. para la validez de las cláusulas de limitación de responsabilidad, no puede imponerse el mismo tope para todas las cajas de seguridad, en razón de que dependiendo del contenido podría ser insuficiente para algunos contratos y no para otros. Si el contenido de la caja de seguridad es muy oneroso, un tope excesivamente bajo en su relación concreta con el valor de esos bienes es incumplir la norma.

Entendemos que, en la totalidad de la responsabilidad civil en juego en concreto, una cláusula de límite válida debe ser proporcionada con el derecho a la reparación que compete al cliente, que, además, muchas veces será un consumidor.

Por ello, la diligencia exigible al profesional de los servicios bancarios requiere el ofrecimiento de varias posibilidades para que escoja el cliente, según el precio que corresponda. Además, deben informarse esas posibilidades de diferentes topes para cada precio y bien se podría implementar la contratación de seguros para trasladar el riesgo. Por otro lado, la más mínima de las propuestas no podría ser inferior al 66,66% del valor de lo resguardado en la caja de seguridad —siguiendo inveterados criterios de la Corte Suprema—. Solo así no se desnaturaliza el contrato y no se desguarnea al cliente o consumidor.

VI.2. Leyes especiales de responsabilidad.

En Argentina, al igual que en otros países, hay múltiples reglas especiales de responsabilidad fuera del Código Civil y Comercial. Estas se aplican a tipos de casos puntuales y responden a diversas técnicas legislativas, que se han considerado más apropiadas para alcanzar algún fin de justicia, de economía o de certidumbre en algún rubro de la actividad económica.

En ciertas leyes particulares sobre alguna temática se insertan artículos de responsabilidad civil, que regulan cuestiones parciales del instituto: por medio de normas que establecen factores de atribución objetiva, como la Ley de Defensa del Consumidor en su art. 40 y el art. 51 de la Ley de Espectáculos Deportivos, que modifican las reglas generales de liberación en la responsabilidad objetiva (113) o que imponen seguros obligatorios, como la Ley Nacional de Tránsito en el art. 68.

Por otro lado, hay verdaderas normas especiales de responsabilidad que establecen amplias regulaciones de responsabilidad, como la Ley de Responsabilidad del Estado (114) y la

Ley de Riesgo de Trabajo (24.557 y 26.773). De todos modos, no son estas cuestiones las que nos interesan en este trabajo, sino las que pueden implicar algún recorte en el derecho a la reparación integral.

Por eso, nos limitaremos a mencionar y exponer las normas especiales de responsabilidad que regulan la indemnización para supuestos particulares, siguiendo diversas técnicas legislativas. No debemos dejar de olvidar que, en Argentina, algunas de estas técnicas, en concreto, han sido declaradas inconstitucionales, conforme se reseñó al estudiar la jurisprudencia de la CS.

VI.2.a. Normas con topes indemnizatorios.

Hay normas en las que se establecen topes indemnizatorios, como la Ley de Navegación (115), el Código Aeronáutico (116), la Ley de Transporte Multimodal (117) y, parcialmente, solo en favor del explotador, la Ley Nacional de la Actividad Nuclear —que carga el remanente del daño causado en el Estado Nacional— (118).

La Ley de Navegación y el Código Aeronáutico establecen topes flotantes, ligados a la fluctuación de la cotización del Peso Argentino Oro —única moneda de oro oficial de nuestro país—. En cambio, la regulación de energía nuclear pone un tope fijo de USD 80.000.000 para el explotador de la central nuclear, siendo el Estado el responsable por el saldo de daño que pudiera haber —por ende, no hay ni tope ni limitación a la reparación de las víctimas; sino, limitación de responsabilidad para un sujeto y carga de la totalidad del daño para el otro—.

No hemos encontrado precedentes que demuestren conflictos de intereses entre víctimas y explotadores navales, de transporte multimodal o nucleares —que justifiquen una declaración de inconstitucionalidad de los topes legales de responsabilidad—.

Sí hay acertadas críticas doctrinarias a la imposición de topes como técnica jurídica para reglamentar un área de la responsabilidad civil, dado que "[l]os límites o topes a los montos indemnizatorios,

parecen injustos con la víctima, desalientan la prevención (injustos con la sociedad), inciden mínimamente en el precio del seguro y — muy probablemente—aumentarán el nivel de litigiosidad pues (según la permeabilidad de la legislación respectiva) o se atacará su constitucionalidad o se intentará establecer una conducta dolosa o negligente para evadirlos" (119).

Por otro lado, surge de nuestra historia jurídica, del grado de evolución de la responsabilidad civil, del encumbramiento del deber de no dañar y del nivel constitucional del derecho a la reparación que los topes no podrán degradar el acceso de la víctima a una reparación suficiente y razonablemente integral. Por ende, los topes bajos no sirven de nada y no implican excepciones al derecho a la reparación integral —si lo vulneran se decretará la inconstitucionalidad de la ley—. Los topes altos tampoco son útiles, porque la jurisprudencia se equilibra por debajo de ellos y no tienen ningún interés práctico.

Por ejemplo, la Ley de Navegación tiene un tope para lesiones y muerte de \$4.835.475. Es una suma muy superior a las que se suelen mandar a pagar y lo mismo ocurre hoy con el tope del Código Aeronáutico (\$3.223.650), que sí ha sido declarado inconstitucional en el pasado, cuestión que pasamos a desarrollar.

VI.2.b. La inconstitucionalidad del Código Aeronáutico.

La Corte Suprema ha aplicado los límites del Código Aeronáutico sin desmedro, luego de haber declarado la inconstitucionalidad de la Ley de Riesgo de Trabajo (120). Sin perjuicio de ello, en épocas en que resulta baja la cotización del Peso Argentino Oro han sido dejados de lado esos topes, interpretando que ha habido culpa grave equivalente al dolo, que tiene por efecto descartar el tope, o justificando la exclusión de la norma especial, para aplicar el Código Civil que no tiene topes (121).

Más modernamente, las prescripciones del Código Aeronáutico que incluyen límites de responsabilidad civil se han declarado inconstitucionales por Cámaras de Apelaciones de la provincia de

Buenos Aires: han declarado inconstitucional el tope del art. 144, por el momento en que se considera para la cotización de los Pesos Argentinos Oro (122) o por la desigualdad existente entre la ley nacional y el Tratado de Varsovia para idénticos hechos también ubicados en la jurisdicción argentina (123). También se ha atacado el art. 163, que reduce el tope legal para los casos de daños en transporte gratuito, y se lo ha declarado inconstitucional (124).

La declaración de inconstitucionalidad no será automática, porque esta ley permite a una víctima de daños obtener una indemnización razonable en ciertos casos: El art. 144 establece una suma de \$3.223,650 como tope para las muertes o lesiones en casos de daños sufridos en ocasión del contrato de transporte. Por su parte, el art. 160 la duplica a \$6.447.300, para los casos de daños a las personas ubicadas en la superficie y dañadas por un avión o personas o cosas arrojadas desde él. El art. 163 disminuye la indemnización a \$967.095, por tratarse de un transporte gratuito. Estas sumas, calculadas al valor actual de la moneda prevista en la norma, no son notoriamente arbitrarias e insuficientes para indemnizar el daño a persona y sus bienes. Dependerá de la magnitud del daño, de las ganancias de la víctima, su edad, nivel de formación y los demás factores clásicos para el cálculo de la indemnización. De tratarse de una incapacidad física, también dependerá de la fórmula matemática utilizada.

En los daños en superficie, supuesto en los que se limita el montante a pagar, en razón del peso de la aeronave, podría, idealmente, afectarse a las víctimas al recibir una parte proporcional de su crédito a prorrata (arts. 160 y 161).

Esto, podría llevar a que una víctima con un tope totalmente abundante en apariencia (\$6.447.300), fuera perjudicada por otro tope más que se le aplica, si concurren varias víctimas. La situación que prevé la norma no es más que un riesgo potencial, que podría presentarse en algunos casos. No encontramos casos en la jurisprudencia que demuestren la sustanciación de reclamos de inconstitucionalidad de esta parte del Código Aeronáutico; pero, sí es

factible que, según las circunstancias del caso, el tope sea insuficiente (125). De todos modos, no debemos olvidar que estos topes no afectan a los derechos de los sujetos transportados, que tienen su propio tope.

Se advierte que algunos límites económicos de responsabilidad civil del Código Aeronáutico han sido aplicados o descartados —según el monto en concreto del tope, dependiente de la cotización del Peso Argentino Oro—. Otros topes no han sido objeto de conflictos casuísticos. No obstante, lo real es que el transporte aéreo es el más seguro del mundo y que la idea de los topes proviene de la época del albor de la actividad —la de la Convenio de Varsovia de 1929— y se basan en fundamentos meramente económicos en aras del aliento a la actividad. Hoy que la actividad es pujante y segura, carecen de sentido (126) y se han tornado disfuncionales para la escala de valores vigente en la sociedad (127).

En efecto, de lo investigado surge que hoy no hay excesivos límites a la reparación integral en el Código Aeronáutico y, ni bien se restringe o altera el derecho; llegado el caso, se deja sin efecto la limitación de responsabilidad y se procura una reparación completa por aplicación del régimen común.

De todos modos, no hay que desmerecer las soluciones de la ley especial, que en muchos casos pueden ser suficientes para indemnizar el perjuicio causado, como sucede con las personas transportadas, quienes hoy —en principio— no se ven afectadas por el tope. Sin embargo, es posible que, en el futuro, como ya ocurrió en el pasado, se vuelva insuficiente el tope, si baja la cotización del Peso Argentino Oro. En ese caso, hay que seguir los precedentes que ya existen y declarar la inconstitucionalidad de la norma, si cercena el derecho a la reparación.

VI.2.c. Normas que establecen fórmulas de cálculo de la indemnización.

Otras normas establecen fórmulas para el cálculo de la indemnización, como la Ley de Riesgos del Trabajo, Ley de Contrato

de Trabajo, la ley 17.319 de Hidrocarburos (128), leyes 24.043, 24.411, 26.564 (129) y la ley 25.914 —cuyo art. 4° establece una tarifa indemnizatoria en favor de las personas nacidas en detención o detenidas durante su niñez junto a sus padres, siempre que la detención o detención y desaparición respondieran a motivos políticos. La misma indemnización procede en favor de quienes se hubiera suprimido la identidad en esas mismas circunstancias— (130).

Todas las normas indicadas no cercenan el acceso a la indemnización del Código Civil, en efecto no son verdaderas limitaciones al Derecho a la Indemnización Integral; sino otras regulaciones que están disponibles para el afectado con ventajas de celeridad y dispendio de la carga probatoria del daño. Pero, al no cerrar la vía, como antes hacía la LRT, no conllevan una desnaturalización del derecho sub examine.

VI.2.d. Indemnizaciones limitadas a ciertos rubros.

Una técnica diferente, al que responden algunas normas, consiste en restringir el alcance del daño resarcible, como la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública (131) y la Responsabilidad del Estado (26.944) por actividad lícita del art. 5° (132).

Estas normas, que violan la garantía de igualdad de las cargas públicas y reducen la indemnización no resisten un test de inconstitucionalidad. Si bien la Constitución Nacional y las Constituciones provinciales regulan la expropiación, no vemos motivos serios para que el particular privado de su propiedad no reciba un equivalente justo por el perjuicio que se le causa.

Lo mismo entendemos respecto de la llamada responsabilidad del Estado por hechos lícitos, que no sería tal, si es que se viola una garantía de igualdad frente a las cargas públicas. Por lo que percibimos antijuridicidad por violación de una garantía constitucional. En estos casos, la razonabilidad conlleva que no se pueda limitar la indemnización a punto de desnaturalizar el derecho y entendemos que, en concreto, la normativa pensada en abstracto podría dañar gran

parte de los intereses de la víctima, al punto de superarse la cuota que históricamente permitió la CS.

No creemos que se trate de regulaciones válidas de la indemnización y podrían ser declaradas inconstitucionales.

VI.2.e. Sistemas previsionales ante el daño.

Hay, también, leyes que establecen pagos de sumas mensuales (retiros y pensiones), como la ley 19.101 de Personal Militar y leyes de Fuerzas de Seguridad como la 21.965 de la Policía Federal Argentina —entre otras que establezcan para las demás Fuerzas de Seguridad federales y provinciales.

Cabe realizar un distingo, como lo ha hecho la CS, entre el ámbito de la Seguridad Social y el de la responsabilidad civil. Estas normas indicadas son el espacio propio de la primera y se han declarado inconstitucionales, si deniegan el acceso a la reparación integral (133).

Por eso, tenemos la idea de que no son limitaciones al Derecho a la reparación. Al contrario, la experiencia demuestra que se han descalificado al amparo del derecho mencionado y, por ello, no representan valladar alguno para la aplicación de las normas superiores que lo justifican.

VI.3. Ley de Concursos y Quiebras.

La Ley de Concursos argentina está pensada para la empresa y deja afuera al consumidor sobre endeudado. Es un dispositivo que le permite al deudor celebrar acuerdos extrajudiciales o judiciales con sus acreedores (acuerdo preventivo extrajudicial o concurso, respectivamente) y, en ultima ratio, la liquidación del activo para ser distribuido entre los acreedores, según el privilegio que ostenten o a prorrata. Ante las dificultades financieras o la cesación de pagos, hay un traspasamiento de la preeminencia del interés individual al

comunitario. Por ello, del principio *prior in tempore potior in iure* se arriba a la par *conditio creditorum*, aunque en verdad esa paridad se parte en la práctica de los concursos y para la misma ley existen privilegiados que acaparan la mayoría de los activos patrimoniales del deudor.

La homologación judicial de los acuerdos con los acreedores tiene por efecto la novación de las obligaciones preexistentes, que quedarían modificadas a tenor de lo convenido —aunque el acreedor anterior a la homologación no haya participado del proceso concursal (arts. 55, 56 y 76, LCQ). En este caso, la víctima de daños —incluso de daños al propio cuerpo, salud, integridad y otros derechos humanos— se presenta en el concurso y es clasificada dentro de una categoría de acreedores quirografarios (muchas veces verifica tardíamente el crédito sin votar la propuesta correspondiente a su categoría).

La quiebra, que es el procedimiento liquidatorio, prevé la transmisión onerosa del activo según tres modalidades: 1) venta de la empresa en marcha; 2) venta en conjunto de los bienes; 3) venta individual de bienes (art. 204, LCQ). El dinero producido —que muchas veces no refleja el total del activo, porque existe la posibilidad del concurso especial en el art. 209, LCQ— se divide entre los acreedores. La repartición se hace atendiendo a los privilegios especiales y generales establecidos en los arts. 241 y 246 de la LCQ.

En la quiebra, el único acreedor de indemnizaciones privilegiado es el laboral que goza de privilegio especial y general —tanto por indemnizaciones laborales, como por accidentes de trabajo (entre otros créditos de la relación de empleo). El "acreedor involuntario" (134), la víctima de daños que goza de un derecho a la reparación integral no ha sido prevista en el sistema, así como tampoco se han acordado del consumidor y otros débiles jurídicos como niños y discapacitados. Esta situación de injusticia no ha sido remediada por el Cód. Civ. y Com. que para hacer valer un mejor derecho en ejecuciones individuales tampoco contempla ningún privilegio para las víctimas de daños.

Esto es un asunto serio, en razón de que el art. 239 de la LCQ establece la exclusividad de los privilegios fijados por ley y el Cód. Civ. y Com. de la Nación también expresa la necesidad de su origen legal en el art. 2574. En suma, los privilegios que reconocen las leyes son los únicos admisibles y lo son en el orden impuesto y en la medida determinada por la ley (art. 242, LCQ y 2577, Cód. Civ. y Com.). La única solución que le deja la ley a las personas que padecen daños es la de concurrir a prorrata con todos los demás acreedores quirografarios. Eso, en la realidad, es lo mismo que condenarlo a cargar con el daño injustamente sufrido. El problema jurídico que se ocasiona amerita solución urgente (135) por medio de la Legislatura o la Justicia.

Este régimen es una verdadera limitación al derecho a la reparación y dificulta de forma absoluta el cobro de cualquier parte del crédito. Sin dudas, se prefiere privilegiar a los actores económicos que cuentan con créditos patrimoniales —aunque su negocio sea próspero— o al Estado por sobre las personas más vulnerables, que apenas encuentran en el trabajador un representante en la numeración de privilegios. Esta situación es jurídicamente inadmisibles. La persona víctima de daños no tiene porqué quedar postergada, siendo que en concreto puede ser aún más vulnerable que el trabajador —que muchas veces retorna con velocidad al mercado laboral—.

Esto ha sido advertido por nuestros jueces, que no han dudado en declarar inconstitucional el régimen de privilegios de la LCQ y han hecho lugar al derecho que le asistía a un niño discapacitado por el hecho del que resulta responsable la fallida (136). Aquí, se invocaron el interés superior del niño y el derecho a la salud; pero bien se pudo atender al derecho a la reparación integral, que tantas veces invocó la CS para declarar la inconstitucionalidad de leyes que restringen derechos superiores de las víctimas de daños.

En la solución del caso, el juez determinó que el niño tenía privilegio sobre los muebles en los que fue atendido y se le causó el daño que lo incapacitó gravemente por mala praxis médica. Además, respecto a la forma en que debería cobrar su crédito —ahora

privilegiado—, el juez concluye otorgándole el derecho de pronto pago reglado en los arts. 16 y 183 de la ley concursal, afirmando textualmente que, una vez firme el decisorio, "cabrá disponer sin más el pago del crédito privilegiado del menor discapacitado" (137)..

Este caso reseñado no es solo una expresión aislada de justicia, sino un caso entre otros que grafican una tendencia en la que estos supuestos olvidados por el legislador, por motivos de equidad, son resueltos con reconocimiento del derecho y pago particularizado y más veloz. Se marca una tendencia a la realización de los derechos superiores y al pago de las indemnizaciones de las víctimas frente al proceso universal (138). Sin lugar a dudas, la necesidad de justicia así lo impone.

Se debe respetar el derecho a la reparación integral. La ley concursal no lo hace, trata al dañado como un simple acreedor quirografario y es absolutamente irrazonable respecto a este derecho que queda restringido. A la luz de la constitucionalización del derecho privado, también va a tener que repensarse el fenómeno de la insolvencia: no solo sirve para atenuar los quebrantos y dar seguridad a los negocios. No debe olvidarse a las personas físicas afectadas, a las más graves lesiones, las mayores necesidades y el nuevo orden jurídico que emerge de la Constitución, los TT.II. y el Cód. Civ. y Com., que ponen su eje en la persona y su dignidad.

Por lo expuesto, consideramos que toda exclusión del dañado del régimen de privilegios y del de pronto pago no supera un test de constitucionalidad ni convencionalidad.

VII. Conclusiones.

En el presente trabajo hemos podido comprobar que el derecho a la reparación integral es aceptado en todo el mundo jurídico, con diferentes niveles de reconocimiento. En ocasiones, se desprende de la normativa civil y en algunos Estados tiene jerarquía constitucional reconocida por los altos Tribunales nacionales.

Es un principio del *ius cogens* aplicado sistemáticamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que le da efectos más allá de los proporcionados en la indemnización del daño por los ordenamientos civiles. Estas interpretaciones, emergentes de la CASDH para casos de violaciones de derechos humanos, no se limitan a la indemnización en dinero; sino que conllevan medidas extra que permiten el restablecimiento del derecho vulnerado o garantizan la no repetición de las infracciones.

En Argentina, Colombia, Francia y España el derecho a la reparación tiene jerarquía constitucional decretada por la CS y los Tribunales Constitucionales. Especialmente en Argentina, el reconocimiento constitucional a la reparación integral la distingue del concepto de indemnización del Código Civil y le impone la exigencia de razonabilidad y proporcionalidad a todas las normas de responsabilidad civil y a las de responsabilidades especiales. Además, influye en la interpretación del Código Civil.

Se ha comprobado la categoría de verdadero derecho constitucional del derecho a la reparación integral, toda vez que ha sido el fundamento de la declaración de inconstitucionalidad de numerosas leyes argentinas. Se ha acreditado la existencia de un contenido propio y de la posibilidad de que existan numerosas formas de regulación razonable a nivel legal para la reparación. Se advierte que la extensión del derecho en cuestión podría justificar un sistema de compensación de daños como el existente en Nueva Zelanda o una normativa especial que imponga fórmulas o topes razonables y proporcionados.

Cuando se trate de casos de violaciones de derechos humanos, por aplicación inmediata de la CASDH el juez de un Estado parte del sistema americano debe decretar medidas de restablecimiento del derecho y de garantías de no repetición.

Como principio orientador de la responsabilidad civil, al resolver cada caso, se concluye en que el juez debe tenerlo presente para fijar adecuadas formas de reparación y cuantificar la indemnización, dentro

de los límites del derecho sustantivo y adjetivo —atenuados—, alcanzando sumas justas.

7. No deben existir irrazonables limitaciones legales al derecho. En los casos en que encontramos alguna, recomendamos realizar una interpretación integradora conforme al régimen de fuentes y de interpretación de la ley del Cód. Civ. y Com. o declarar la inconstitucionalidad.

Referencias Bibliográficas.

(1) El art. 19 de la CN establece: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

(2) Arts. 1711 a 1713 del Cód. Civ. y Com. Argentino.

(3) Tributario del art. 1382 del Código Napoleón, que también fuera receptado en el art. 1902 del Código español. Tampoco se apega a una cláusula general, algo distinta, como es la del art. 2043 de Código italiano.

(4) En el pensamiento de Betti, hay normas jurídicas que regulan a la condición jurídica de la persona o de las cosas (en primer grado decimos nosotros). Esas regulaciones pueden ser el presupuesto de otra norma (en segundo grado) para la asignación de otros efectos jurídicos, como serían los deberes y derechos que caben para ciertas personas —como en deber de no dañar—. El incumplimiento de esos deberes (en tercer grado) puede ser el presupuesto de otra norma que establezca una sanción —o en este caso la consecuencia jurídica de deber reparar integralmente—. Cfr. Betti, Emilio, "Teoría general del negocio jurídico", Martín Pérez (traductor), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, 2ª ed., p. 7.

(5) Del conjunto de situaciones jurídicas, hay algunas que adoptan el carácter de relaciones jurídicas, que según dice Betti, son aquellas que derivan de normas que tienen en cuenta relaciones interpersonales signadas por conflictos de intereses entre los individuos. Cfr. Betti, Emilio, ob. cit., p. 7. Para resolver los conflictos interpersonales, se crean vínculos entre las personas y se determinan derechos en favor del interés que se quiere favorecer y deberes sobre sobre el interés opuesto. Esta es una forma de regir las relaciones humanas por medio del orden jurídico, puesto que se "otorga una esfera de poder, en la que su voluntad es determinante; otorga derechos y establece los deberes correspondientes. De esta manera nacen las relaciones jurídicas, esto es, se asignan efectos jurídicos a las relaciones humanas que el orden jurídico halla formadas". Cfr. Von Thur, Andreas, "Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán", Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, vol. I, p. 127.

(6) En Italia, la parte dañada tiene derecho a ser colocada en la misma situación en que él o ella estaba antes del accidente. Cfr. Markesinis, Basil - Coester, Michael - Alpa, Guido - Ullstein, Augustus, "Compensation for Personal Injuri in English, German and italian Law. A comparative Outline", Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 83. En España, Diez Picazo señala: "La regla central en materia de responsabilidad civil extracontractual es, como sabemos bien, que el autor de un daño resarcible, cuando lo ha causado interviniendo culpa o negligencia, debe repararlo en su totalidad". Cfr. Diez Picazo, Luis, "Derecho de daños", Ed. Civitas, Madrid, 2000, 1ª reimp., p. 237. Otra posición, limita la aplicación del principio de la reparación integral a los daños patrimoniales y entiende que no es apropiado para los casos del daño moral, de ilícitos lucrativos a expensas del daño y de responsabilidad objetiva por riesgo. Ver en Naveira Zarra, Maita María, "El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual" en Abaldalejo García, Manuel - Díaz Alabart, Silvia (dirs.), Colección de monografías Jurídicas "Gregorio López", ER, Madrid, 2006, ps. 186 y ss. En Francia la reparación integral es también un principio sujeto a límites. Para Le Tourneau, "El principio que gobierna la reparación se expresa

por una máxima que nosotros hemos forjado: todo el daño, pero nada más que el daño. La reparación debe ser íntegra, sin tener en cuenta la gravedad de la culpa, los recursos de la víctima o su situación familiar". Cfr. Le Tourneau, Philippe, "La Responsabilidad civil", Javier Tamayo Jaramillo (traductor), Ed. Temis, Bogotá, 2004, p. 68. Señalan como límites a la responsabilidad integral: la previsibilidad del daño en materia de responsabilidad contractual, las limitaciones que impone la ley en los accidentes de trabajo, responsabilidad de los transportistas y las leyes o convenciones internacionales que impongan techos a la indemnización. En estos casos, la ley deroga expresamente el principio de la reparación integral y se limita forzosamente la indemnización. Por supuesto, estos límites no proceden en casos de dolo o culpa inexcusable. Cfr. Jourdain, Patrice, "Les principes de la responsabilité civile", Dalloz, París, 2014, 9ª ed., p. 148. También en Fournier, Stéphanie - Maistre Du Chambon, Patrick, "La responsabilité civile délictuelle", Presses universitaires de Grenoble, Grenoble, 2015, ps. 27 y ss. Critica fuertemente al principio de la reparación integral Viney, para quien ya ha dejado de ser un principio universalmente aceptado. Cfr. Viney, Genevieve, "Tratado de Derecho Civil. Introducción a la responsabilidad", Mateus Montoya (traductor), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 138. En el derecho japonés, la doctrina clásica divide al daño en patrimonial y moral. Respecto al daño moral, el juez tiene amplias facultades —más extensas que en el daño patrimonial— para determinar la indemnización dineraria, a partir de la apreciación global de todos los hechos alegados por la víctima, sin que deba exponer los motivos que determinan su valuación (estando ahí sus mayores facultades). En materia patrimonial, se tiene en cuenta la teoría de la diferencia patrimonial, inspirada en la doctrina alemana: se atiende al estado actual del patrimonio de la víctima y el estado que hubiera tenido si no se hubiera verificado el hecho dañoso. Según Morita, estos métodos de apreciación del perjuicio se explican por la misma idea que el principio de la reparación integral. Cfr. MORITA, Hiroki, "Notion de préjudice en droit japonais" en AA.VV., *Le préjudice: entre tradition et modernité. Journées franco-japonaises*, Éditeurs

Bruylantet LB2V, Millau, 2015, t. I/2013, p. 31. Para ver una descripción de la reparación integral en múltiples países: de YAGÜEZ, Ricardo A., "Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)", Ed. Civitas, Madrid, 1995, ps. 55 y ss. Allí, en la p. 56, se señala que el principio de la full compensation es vago y aplicable a algunas situaciones concretas y no a otras. También en EUA se conoce la noción de total reparation (restitutio in integrum, réparatio intégrale), según el cual el dañador debe indemnizar todo el daño resultante del incidente dañoso. Consiste en restaurar las condiciones que hubieran existido, si no hubiera existido el hecho compensable o hecho dañoso para nosotros. Los contornos y límites de la figura se discuten, en razón de que el sistema de reparación de daños de los EE.UU. se sustenta en el mencionado principio; pero difícilmente se lo persigue con rigurosidad. La discusión se debe concentrar, al igual que en Argentina, en si es posible apartarse del principio y, en su caso, qué desviaciones son justas y razonables. La respuesta afirmativa se impone y el principio se apega a la responsabilidad por culpa, mientras que los casos de stric liability (responsabilidad que no exige la prueba de culpa, pero que se exime por la prueba de la falta de culpa del dañador) y liability in equity (responsabilidad por equidad como la de los incapaces) el alcance de la indemnización se verá recortada. Cfr. VON BAR, Christian, "The Common European Law of Torts", Clarendon Press, Oxford, 2000, vol. II, p. 156. A continuación existe un estudio que incluye a diversos países. En la práctica, la idea de reparación integral de los Estados Unidos ha puesto en debate los límites de reparación de la Ley de Energía Atómica, y se puso en duda la constitucionalidad de sus límites de responsabilidad. "La Corte Suprema resolvió en 1978 que la limitación contenida en el US Atomic Energy Act solo es constitucionalmente admisible porque la propia ley establece que el Congreso deberá proveer medios adicionales en caso de insuficiencia de los disponibles para garantizar la indemnización hasta los límites establecidos. [26] O sea, admite la limitación porque se prevé que el Estado se hará cargo de lo necesario para compensar el exceso". Manóvil, Rafael E., "Responsabilidad civil

nuclear", Acad. Nac. de Derecho 2010 (junio), 9, La Ley Online AR/DOC/7065/2010.

(7) "Juan Humberto Sánchez vs. Honduras", 07 de junio 2003, párr. 148; "Bulacio vs. Argentina", 18 de septiembre de 2003, supra nota 30, párr. 71; "El Caracazo vs. Venezuela", 29 de agosto de 2002, párr. 76.

(8) "Bulacio vs. Argentina", 18 de septiembre de 2003, supra nota 30, párr. 72.

(9) CIDH, "Caso Baeza y otros vs. Panamá", Sentencia de 28 de noviembre de 2003 (Competencia), párr. 64; "Caso Bulacio vs. Argentina", 18 de septiembre de 2003, supra nota 30, párr. 71; "Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala", 19 de noviembre de 2015, párr. 251.

(10) La reparación es un género que contiene a la indemnización, pero no la agota. Es distinta a la indemnización del derecho privado interno; pues, a la suma de dinero se le aparejan una serie de medidas de satisfacción y de no repetición que la Corte estima, caso por caso, adecuadas para permitir el goce de derechos, restituirlos, reparar y evitar la comisión futura de infracciones semejantes. Ejemplos de estas medidas han sido: reinstalación en el puesto de trabajo, ordenar realizar investigaciones de los hechos que motivaron el caso, rehacer el proceso judicial, entrega de tierras ancestrales, entre otras. Cfr. Rousset SIRI, Andrés J., "El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Revista Internacional de Derechos Humanos, 1, año I, ISSN 2250-5210, 2011 ps. 59 y ss.

(11) "Bulacio vs. Argentina", 18 de septiembre de 2003, supra nota 30, párr. 71.

(12) Ibidem, párr. 70; "Quispialaya Vilcapoma vs. Perú", 23/11/2015 párr. 251.

(13) "Bámaca Velázquez vs. Guatemala", 22 de febrero de 2002, párr. 40.

(14) "Juan Humberto Sánchez vs. Honduras", 07 de junio 2003, párr. 149; "Bulacio vs. Argentina", 18 de septiembre de 2003, supra nota 30, párr. 72.

(15) CIDH, "El Caracazo vs. Venezuela", 29 de agosto de 2002, párr. 78; "Bámaca Velázquez vs. Guatemala", 22 de febrero de 2002, párr. 41.

(16) En el caso concreto, "La Corte considera que la reparación en casos como el presente, debe reconocer el fortalecimiento de la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales, garantizando el control de sus propias instituciones, culturas, tradiciones y territorios, a fin de contribuir con su desarrollo de acuerdo con sus proyectos de vida, necesidades presentes y futuras. Asimismo, el Tribunal reconoce que la situación de los pueblos indígenas varía según las particularidades nacionales y regionales, así como con las diversas tradiciones históricas y culturales. En vista de ello, la Corte estima que, las medidas de reparación otorgadas deben proporcionar mecanismos eficaces, enfocados desde su propia perspectiva étnica, que les permita definir sus prioridades en lo que atañe a su proceso de desarrollo y evolución como pueblo, Cfr., CIDH, "Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam", 25 de noviembre de 2015, párr. 269 y ss.

(17) CIDH, "Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala", 26/05/2001, párr. 84. La Corte sigue manteniendo la amplitud resarcitoria en dinero, natura y especie. Más recientemente, ha considerado imprescindible "otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que, además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de satisfacción, restitución, rehabilitación y garantías de no repetición tienen especial relevancia por la gravedad de las afectaciones y el carácter colectivo de los daños ocasionados". Cfr. "Caso Masacres de El Mozote y Lugares aledaños vs. El Salvador", 25/10/12, párr. 305.

(18) CIDH, "Ticona Estrada y otros vs. Bolivia", 27/11/2008, párrs. 142 y ss.

(19) Cfr. "Caso Ivcher Bronstein", supra nota 2, párr. 183; "Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)", supra nota 2, párr. 99; "Caso Baena Ricardo y otros", supra nota 2, párr. 206; "Caso del Tribunal Constitucional", supra nota 15, párr. 122; "Caso Blake. Reparaciones", supra nota 13, párr. 55. Este mismo criterio ha sido establecido por la Corte Europea, ver, inter alia, Eur. Court HR, "Ruiz Torrija vs. Spain judgment of 9 December 1994", Series A no. 303-A, para. 33; Eur. Court HR, "Boner vs. the United Kingdom judgment of 28 October 1994", Series A no. 300-B, para. 46; Eur. Court HR, "Kroon and Others vs. the Netherlands judgment of 27 October 1994", Series A no. 297-C, para. 45; Eur. Court H.R., "Darby judgment of 23 October 1990", Series A no. 187, para. 40; Eur. Court H.R., "Koendjibiharie, judgment of 25 October 1990", Series A no. 185-B, para. 34; Eur. Court H.R., "Wassink judgment of 27 september 1990", Series A no. 185-A, para. 41; y Eur. Court H.R., "McCallum judgment of 30 august 1990", Series A no. 183, para. 37. Cit. por CIDH, "Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala", 26/05/2001, nota 80. Este criterio es mantenido desde 1989 desde las sentencias de casos "Godínez Cruz vs. Honduras" y "Rodríguez Velázquez vs. Honduras" del día 21/07/1989 (párrs. 34 y 36 respectivamente).

(20) En el caso "Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina", 29/11/11, párr. 123, la CIDH estima que la sentencia y su publicación son suficiente reparación del daño inmaterial sufrido por los reclamantes; por lo que no asigna suma de dinero alguna en concepto de reparación.

(21) CIDH, "Masacres de El Mozote y Lugares aledaños vs. El Salvador", 25/10/12, párrs. 354 a 365. En el párr. 34 su voto concurrente, el Dr. García Sayán explica el fundamento del empleo de este tipo de satisfacciones, cuando dice que: "un ingrediente reparatorio fundamental, no solo para las víctimas sino para la sociedad en su conjunto, son los recuentos y pedidos de perdón por los perpetradores y los reconocimientos de responsabilidad. La plena confesión de los hechos en los que se podría haber tenido responsabilidad es un ingrediente ineludible —pero no único— de la

reparación. Además, es un mensaje hacia la sociedad de cara a cerrar el camino de la violencia como ruta para el procesamiento de las diferencias políticas o sociales. Estos "monumentos didácticos", al ser un recuento de atrocidades le recuerdan a la sociedad lo que puede ocurrir cuando se desata un conflicto armado y refuerzan las capacidades de la sociedad frente a las amenazas futuras de que algo así pudiera repetirse".

(22) CIDH, "Ticona Estrada y otros vs. Bolivia", 27/11/2008, párr. 173.

(23) *Ibidem*, párrs. 166 y ss.

(24) Cfr. Polo Cabezas, Fernanda, "Reparación integral en la justicia constitucional" en AA.VV., Montaña Pinto, Juan - Porras Velasco, Angélica (eds.), *Apuntes de derecho procesal constitucional: parte especial: garantías constitucionales en Ecuador*, Quito, 2012, 1ª reimp., t. 2, p. 72.

(25) Similarmente, el Tribunal Constitucional Español ha expresado en la STC 181/2000 que el derecho a la reparación de daños tiene dimensión constitucional. Según explicó, si el derecho a la vida, la integridad física y moral se reconoce en el art. 15 de la CE, debe haber tutela por medio de un sistema adecuado y suficiente para la reparación de los perjuicios. Esa protección constitucional no se limita a los mencionados bienes, "sino que contiene también un mandato dirigido al legislador al objeto de que articule una protección suficiente de aquellos bienes, cosa que debe presidir e informar toda su actuación, incluido el régimen legal del resarcimiento por los daños que a los mismos se hubiesen ocasionado". Cfr., Reglero Campos, L. Fernando, en Busto Lago, José M. - Reglero Campos, L. Fernando (coords.), *Lecciones de responsabilidad civil*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2013, 2ª ed., ps. 47 y 48. La Corte Constitucional Colombiana también ha indicado que el derecho a la reparación integral es un derecho fundamental, en un caso relativo a las víctimas del conflicto armado que afectó al país por décadas en la causa: C. Const., Sent. C-753, oct. 30/13. La doctrina ha señalado que la igualdad requiere que se le asigne el mismo valor al valor todo

afectado que padezca un perjuicio resarcible. Cfr. ROJAS Quiñones, Sergio, "La reparación integral: ¿un derecho fundamental susceptible de tutela?", disponible en <http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/la-reparacion-integral-un-derecho-fundamental-susceptible-de-tutela.asp?CanV=27>. En Francia, Cabrillac nos señala que habían recorrido similar camino. No solo se le dio un nivel constitucional a la reparación, sino que se lo hizo desde la perspectiva del derecho privado —realzando el texto del Código a la luz de principios de textos fundamentales—. "De la misma manera, el Consejo Constitucional ha tenido ocasión de precisar el valor constitucional del principio según el cual toda culpa da lugar a una reparación, pareciendo reconocer el mismo valor consagrado en el art. 1382 del Code Civil fundándose en el art. 4° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789". Cfr. Cabrillac, Rémy, "¿Es el Code Civil la verdadera Constitución de Francia?", José L. Gabriel Rivera (traductor), *Revista de Derecho*, 63, Ed. Themis, 2013, p. 299. Sobre la constitución del principio de la reparación, comparando la situación de Francia con la Argentina, Alterini ha dicho: "Cuando menos en la literalidad, la expresión es aún más amplia que la conclusión de la famosa sentencia del Consejo Constitucional francés del 22 de octubre de 1982, pues no incluye el requisito de la culpa (faute) como antecedente necesario de la indemnización. La Decisión del Consejo Constitucional francés 99-419 del 19 de noviembre de 1999 señaló como "exigencia constitucional" la "establecida por el art. 4° de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, de la cual resulta que todo hecho cualquiera del hombre que causa a otro un daño lo obliga a repararlo por la culpa (faute) de la cual proviene"". Cfr. Alterini, Atilio A., "Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil", *LA LEY* 30/07/2012, 30/07/2012, 1 - La Ley 2012-D, 1154, LLOnline AR/DOC/3802/2012.

(26) CS, "Santa Coloma, Luis F. y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos", 05/08/1986, CS, Fallos: 308:1160, *LA LEY* 1987-A, 442; "Gunther, Raúl F. c. Ejército Argentino", 05/08/1986, LLOnline AR/JUR/2036/1986. Este último caso, Günther, fue antecedente

directo en la resolución del caso "Luján" —tercer caso de la jornada, con el que se completa el trío de precedentes históricos del 05 de agosto de 1986—. Cfr. "Luján, Juan Honorio c. Nación Argentina", 05/08/1986, CS, Fallos: (308:1109). Tanto Lujan como Günther fueron de utilidad para desvirtuar la exclusividad de las sumas otorgadas por los regímenes del personal militar y de la policía por lesiones en actos de servicio, permitiendo en ambos casos acceder a una indemnización plena, por encima de las sumas de las regulaciones especiales. Si bien los tres casos fueron de importancia y se consideran los primeros fallos más de la CS en la constitucionalización de derecho de daños, al imponer el deber de no dañar con basamento constitucional en el art. 19 de la CN e iniciar la construcción de la Corte de la reparación integral, lo cierto es que ya se había aludido a ella como principio de la reparación integral en otros casos anteriores de la Corte y otros Tribunales: 1) en la causa "Provincia de Santa Fe c. Nicchi, Carlos" de 1967, CS, Fallos: 268:112, la Corte invocó el principio de la reparación justa y es tal "cuando restituye al propietario el mismo valor económico de que se lo priva y cubre, además los daños y perjuicios que son consecuencia directa e inmediata de la expropiación". Agregó que la indemnización debe ser integral, por lo que "el valor objetivo del bien no debe sufrir disminución ni desmedro alguno, ni debe lesionar al propietario en su patrimonio", Cfr. <http://www.editorialestudio.com.ar/libreria/jurisp.asp?x=308>; 2) se la utilizó como pauta para mantener la equivalencia de prestaciones locativas ante la inflación en CS, "Vieytes de Fernández, Juana c. Provincia de Buenos Aires", 23/09/1976, CS, Fallos: (295:973), LA LEY 1976-D, 241, JA 976-IV, 367, ED 69, 186, LLOnline AR/JUR/429/1976; 3) A los fines de la actualización del capital, ante la inflación, se lo consideró en Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2ª Nominación de Córdoba, "Chávez, Pablo G. c. Carmine Spadafora", 08/07/1977, LLOnline AR/JUR/149/1977; 4) A los fines de incorporar la condena en costas a la reparación, que debía ser integral según la Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, "Bravo, Víctor c. Piperse, Américo", 06/04/1978, AR/JUR/2606/1978; 5) Como principio para

determinar el perjuicio extracontractual en CNCiv., sala D, "Jacomelli, Manuel D. R. c. Trunky de Frydemberg, Lidia N.", 30/06/1978, LLOnline AR/JUR/2694/1978 y SCBA, "Giugovaz, Juan H. c. Soler, Carlos H.", 03/07/1979, AR/JUR/6636/1979; 6) a los fines de asimilar la extensión del resarcimiento en los delitos y cuasi delitos se la empleó en Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I, "Cravero, E. F. c. Transporte Bissio SRL y/u otro", 08/08/1980, LLOnline AR/JUR/5761/1980.

(27) Cfr. la doctrina del caso "Günther", consid. 14, ob. cit.: "la responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil solo consagra el principio general establecido en el art. 19 de la CN que prohíbe a los "hombres" perjudicar los derechos de un tercero. El principio del alterum non laedere, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica. Ninguna disposición constitucional destaca la posibilidad de un tratamiento distinto entre las personas privadas o públicas (Estado) y el art. 100 de la Carta Magna menciona a la Nación como justiciable por cualquier clase de causa, por lo que resulta indudable también desde este ángulo la existencia de responsabilidad estatal en el sub lite".

(28) CS, "P., F. F. c. Empresa Ferrocarriles Argentinos", 24/08/1995, LLOnline AR/JUR/3453/1995.

(29) Ibidem. Esta inteligencia es muy amplia, en razón que no entiende como constitucional el requisito de la culpa ni ninguno otro.

(30) CS, "Provincia de Santa Fe c. Nicchi, Carlos" de 1967, CS, Fallos: 268:112.

(31) Según el art. 21, inc. b, de la CASDH: "Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa".

(32) CS, "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA", 21/09/2004, LLOnline AR/JUR/2113/2004.

(33) CS, "Santa Coloma, Luis F. y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos", 05/08/1986, CS, Fallos: 308:1160, La Ley 1987-A, 442; "Albornoz, Juan Carlos c. Barrios, Jorge O.", 26/02/1991, CS, Fallos: (314:78), LLOnline AR/JUR/2694/1991; "Vargas, Carlos R. c. ENTel. y Caja Nac. de Ahorro y Seguro", 30/07/1991, CS, Fallos: (314:729), LLOnline AR/JUR/2266/1991; "Tabares, Silvia G. c. Sanatorio Agote y otros", 25/02/1992, CS, Fallos: (315:119), LLOnline AR/JUR/2943/1992; "H. B. T. y otra c. Roveda, Arturo N.", 19/12/1995, La Ley 1996-C, 489, DJ 1996-2, 325, LLOnline AR/JUR/2080/1995; "Picón, Sergio R. c. Fundación San Cayetano SA y otros s/ acción civil", 24/09/2015, Ed. Rubinzal Online, RC J 6227/15.

(34) CS, "Juncalán Forestal, Agropecuaria SA c. Provincia de Buenos Aires", 23/11/1989, CS, Fallos: 312:2266, LLOnline AR/JUR/2324/1989. Al respecto, La CS manifestó: "Como el tribunal ya ha tenido oportunidad de expresarlo, los actos lícitos producidos por el Estado no lo relevan de la obligación de resarcir los perjuicios sufridos por particulares que se hubiesen derivado de aquellos, por lo que no pueden limitarse al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo con probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas (CS, Fallos: 306:1409, consids. 4º y 5º). Este principio —dijo allí la Corte— se traduce en el derecho a una indemnización plena que solo podría encontrar obstáculo en razones de fuerza mayor, en el eventual marco contractual vinculante, o en una ley específica que dispusiera lo contrario en algún caso singular".

(35) CS, "Juncalán Forestal, Agropecuaria SA c. Provincia de Buenos Aires", 23/11/1989, CS, Fallos: 312:2266, LLOnline AR/JUR/2324/1989. Según lo asentado por el alto Tribunal en la causa: "tampoco cabe omitir la reparación mediante la pretendida aplicación analógica de la Ley de Expropiaciones, toda vez que no es dable extender la norma legal que excluye ese resarcimiento a otros

supuestos diversos. En primer lugar, porque la expropiación presupone una privación constitucional del derecho de propiedad mediante leyes del Congreso valorativas de la utilidad pública del objeto de despropio (CS, Fallos: 306:1409, consid. 8º) y, en segundo término, porque la aplicación analógica no parece hermenéutica apropiada cuando el término de comparación que tiene reconocimiento legal importa una solución de excepción —en este caso, frente al principio general del resarcimiento integral—. Es precisamente esta regla la que torna admisible el renglón reclamado, puesto que el daño sustantivo que aquí se repara es el sacrificio soportado sobre las utilidades probables objetivamente esperadas y no —como en la expropiación— el daño emergente que, de constituir el único indemnizable, estaría lejos de satisfacer aquel recordado principio".

(36) CS, "Aranda Camacho, Carlos c. Dirección Nacional de Vialidad", 07/04/1992, CS, Fallos: (315:596), LLOnline AR/JUR/2795/1992. El artículo indicado establece un plazo de 5 años para la prescripción de la acción para cobrar la indemnización por expropiación impropia, a computarse desde que se manifiesten los hechos del Estado turbatorios del derecho de propiedad del afectado —postura más desfavorable que la prevista para la expropiación propia, cuya prescripción comienza a correr desde que el crédito quede determinado —de mutuo acuerdo o por sentencia judicial (art. 31 de la misma ley)

(37) CS, "Benítez, Fructuoso y otra c. Estado nacional - Dirección Nac. de Vialidad", 12/04/1994, CS, Fallos: (317:377), LLOnline AR/JUR/2952/1994; "Fiscalía de Estado c. Asociación Comunidad Israelita Latina", 29/06/2004, CS, Fallos: 327:2584, LLOnline AR/JUR/2536/2004.

(38) "Corresponde declarar la inconstitucionalidad de la ley 23.982 (Adla, LI-C, 2898) por ser incompatible con la garantía de los arts. 17 y 18 de la CN, dado que la reparación integral del accidentado exige la inmediata atención de la ceguera y del sistema auditivo, como así también de las afecciones de orden psíquico y estético que

presenta". Cfr. "E., H. O. c. Fabrizio, Daniel A., Municipalidad de Tigre y otro", 24/08/1995, CS, Fallos: (318:1593), LL Online AR/JUR/1710/1995.

(39) CS, "P., J. O. y otros c. Obra Social del Papel Cartón y Químicos y otros", 30/09/2003, CS, Fallos: (326:3961), LLOnline AR/JUR/6601/2003.

(40) "A la indemnización otorgada por responsabilidad contractual derivada del incumplimiento del banco demandado de su deber de custodia y vigilancia de las sumas de dinero en dólares existentes en la caja de seguridad de titularidad del actor, no corresponde aplicarle las normas de emergencia que dispusieron la pesificación de deudas en moneda extranjera (ley 25.561 y dec. 214/2002), por cuanto dicho resarcimiento constituye una de las denominadas deudas de valor, en las que el dinero representa solamente la medida del objeto de la prestación, el cual consiste en una determinada utilidad que el deudor debe procurar al acreedor, una solución en contrario, no satisfaría la reparación integral que exigen las normas de derecho común que rigen el caso y la garantía de propiedad reconocida por el art. 17, CN". Cfr. CS, "Slatapolsky, Jorge A. c. Banco do Brasil SA s/ ordinario", 31/05/2011, Ed. Rubinzal Online, RC J 7914/11.

(41) CS, "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA", 21/09/2004, CS, Fallos: (327:3753), LLOnline AR/JUR/2113/2004; "Díaz, Timoteo F. c. Vaspia SA", 07/03/2006, CS, Fallos: (329:473), LLOnline AR/JUR/110/2006; "Arostegui, Pablo M. c. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pametal Peluso y Compañía", 08/04/2008, (CS, Fallos: 331:570), LLOnline AR/JUR/429/2008; "Lucca de Hoz, Mirta L. c. Taddei, Eduardo y otro", 17/08/2010, CS, Fallos: (333:1433), LLOnline AR/JUR/43652/2010.

(42) CS, "Rodríguez Pereyra, Jorge L. y otra c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios", 27/11/2012, CS, Fallos: (335:2333), LLOnline AR/JUR/60694/2012. Rubinzal Online, RC J 10067/12.

(43) CS, "Cencosud SA s. Recurso de hecho en: Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud SA s/ acción de amparo", 07/12/2010, Ed. Rubinzal Online, RC J 18157/10. En este caso, la corte acudió a la idea de reparación plena, como restitución en íntegro al estado anterior al hecho discriminatorio: "La reinstalación del trabajador víctima de un distracto discriminatorio guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación (restitutio in integrum) de los daños irrogados a la persona por un despido de tales características".

(44) "Si bien es cierto que el ordenamiento jurídico debe tender al resarcimiento integral del damnificado, tal objetivo no puede cumplirse en desmedro de otros principios jurídicos vinculados a la causa de las obligaciones, convirtiendo al asegurador en deudor de la totalidad de los perjuicios que el riesgo pueda eventualmente generar, pues la franquicia fijada opera como un límite de la garantía y, por lo tanto, si se extendieran los efectos de la sentencia a la aseguradora — contrariando lo pactado en cumplimiento de normas expresas— se la estaría condenando a efectuar un pago sin causa —art. 499 del Cód. Civil—. (Del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo)". Cfr. "Nieto, Nicolasa del Valle c. La Cabaña SA y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c. les. o muerte)", 06/09/2011, CS, Fallos: (334:988), LLOnline AR/JUR/47823/2011. "La condena en la acción de daños no podrá ser ejecutada contra la aseguradora, sino en los límites de la contratación, dado que la franquicia prevista en el contrato de seguro es oponible al tercero damnificado y los argumentos del a quo referentes a la aplicación al caso de la Ley de Defensa del Consumidor, según la modificación de la ley 26.361, son insuficientes para modificar ese criterio". Cfr. CS, 21/02/2013, "Calderón, Andrea F. y otros c. Marchesi, Luis E. y otro", La Ley 06/03/2013, 11; DJ 10/04/2013, 30; RCyS 2013-VIII, 237; LLOnline AR/JUR/277/2013

(45) "Si bien el acceso a una reparación integral de los daños sufridos por las víctimas de accidentes de tránsito constituye un principio constitucional que debe ser tutelado, ello no implica

desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes, y los damnificados revisten la condición de terceros frente a aquellos porque no participaron en el contrato, por lo que si desean invocarlo deben circunscribirse a sus términos". Cfr. "Buffoni, Osvaldo O. c. Castro, Ramiro M. s/ daños y perjuicios", 08/04/2014, LLOnline AR/JUR/6035/2014.

(46) Lo ha hecho derivar del art. 19 de la CN o de la garantía de propiedad privada (art. 17, CN). Cfr. Pizarro, Ramón D., "La Corte consolida la jerarquía constitucional del derecho a la reparación (primeras reflexiones en torno a un fallo trascendente y a sus posibles proyecciones futuras)", Sup. Especial La Ley 2004 (setiembre), 27/09/2004, 5 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, t. I, 01/01/2007, 529 - La Ley 2004-F, 90, LLOnline AR/DOC/2192/2004. La Corte también ha aludido parabólicamente al fundamento de seguridad jurídica que justifica la reparación en "Provincia de San Luis", CS, Fallos: (326:417). Cit. por LAPLACETTE, Carlos J., "Derecho constitucional a la reparación de daños", LA LEY 17/09/2012, 1.

(47) Recordemos que la CS, desde el caso "Günther", expresa reiteradamente que "la responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil solo consagra el [citado] principio general", de manera que la reglamentación que hace dicho código en cuanto "a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica"

(48) Recordemos que en "Vizzoti", la CS ha dicho que el derecho de propiedad se ve afectado si se descuenta de la indemnización de despido más de un 33% del valor del salario normal y habitual más alto del último año (base del cómputo de la indemnización del art. 245, LCT). Esta decisión tiene base en los casos tributarios en los que se determinó que el gravamen no puede superar 1/3 de la renta. El porcentaje es arbitrario; pero, podría ser una pauta para valorar la posible mengua del derecho a la reparación integral, en un sistema especial de responsabilidad, que sería soportable y constitucional

siguiendo los estándares de la misma Corte. Cfr. "Vizzoti, Carlos A. c. AMSA SA", 14/09/2004, CS, Fallos: (327:3677), LLOnline AR/JUR/1979/2004. Sobre confiscatoriedad fiscal, CS, Fallos: 209:114, 125/126 y 210:310, 320, consid. 6°.

(49) CS, "Rodríguez Pereyra, Jorge L. y otra c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios", 27/11/2012, CS, Fallos: (335:2333), LLOnline AR/JUR/60694/2012. Rubinzal Online; RC J 10067/12. Respecto de la decisión de la CS de declarar, aun de oficio, la inconstitucionalidad de otro régimen, Ibarlucía concluyó que se despejan las posibles dudas sobre la extensión del derecho a la reparación integral: "la Corte, habida cuenta de la dimensión que ella misma le ha dado al derecho a la reparación integral, concluye por declarar inconstitucional el precepto de la ley especial que lo contempla. Hasta ahora cabían algunas dudas acerca de si la amplia extensión de este principio cabía circunscribirlo al derecho del trabajo habida cuenta del especial hincapié que la Corte hiciera en los fallos relativos a esta materia en que trató el tema ("Aquino" y siguientes)". Cfr., Ibarlucía, Emilio A., "Reafirmación del control de oficio de constitucionalidad en una cuestión trascendente: el derecho a la reparación", Sup. Const. 2013 (abril), 09/04/2013, 27 - LA LEY 2013-B, 424, LLOnline AR/DOC/1120/2013. No está de más recordar que la declaración oficiosa de inconstitucionalidad se viene decretando desde el caso: CS, "Mill de Pereyra, Rita A., Otero, Raúl R. y Pisarello, Ángel C. c. Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contenciosa administrativa", M. 102. XXXII. REX, 27/09/2001. En Argentina, también se efectúa el control de convencionalidad de oficio desde el caso: CS, "Videla, Jorge R. y Massera, Emilio E. s/ recurso de casación", V. 281. XLV. REX, 31/08/2010.

(50) Justamente por estos argumentos, no parece en absoluto regresiva la sentencia de la CS, en autos: "Fontana, Mariana A. c. Brink's Argentina SA y otro s/ accidente - acción civil" del 03 de octubre de 2017, dado que la reparación integral es incompatible con el atropello de los derechos del obligado al pago, sea por respeto de las garantías constitucionales del proceso dispositivo o de la propiedad privada. En otras palabras, en el caso concreto, existen límites

sentados por el derecho bajo estudio y no se permite sobrecargar al dañador con cifras antojadizas y oscuras que no se acompañen con los fundamentos del razonamiento. La búsqueda de una suma de dinero apropiada debe tener en cuenta el perjuicio real y utilizar una metodología apropiada como las fórmulas.

(51) "... [L]a constitucionalización del tema importa tanto una definición del constituyente sobre el punto, como una limitación al poder legislativo ordinario, que deberá someterse a esas pautas constitucionales y perderá, en mayor o menor medida, libertad para regular al tema en cuestión...". Cfr. Sagüés, Néstor P., "Notas sobre la dimensión constitucional del derecho a la reparación", ED, 202, p. 843.

(52) Que, paradójicamente, hasta fue tenida en cuenta en el fallo Gorosito, en el que se sostuvo la constitucionalidad de la Ley de Riesgos del Trabajo —que finalmente fue tachada de inconstitucional a lo largo y ancho del país, a partir de 2004 (sin que el ordenamiento jurídico haya cambiado, cuando la CS dictó el fallo "Aquino")—. En este fallo, la CS en abstracto realizó una "inequívoca defensa del sistema de la LRT", Cfr. Ackerman, Mario E., "Pero, ¿qué dijo la Corte en 'Gorosito'?", Revista de Derecho Laboral, 2002-1. Ley de Riesgos del Trabajo II, RC D 3824/2012. En ya mencionado fallo "Gorosito", la Corte tuvo muy en cuenta al principio de la reparación, como aspecto dirimente del ordenamiento jurídico para determinar la inconstitucionalidad o constitucionalidad de un régimen especial de responsabilidad: "Es constitucionalmente válido el art. 39, inc. 1° de la ley 24.557 (Adla, LV-E, 5865), que veda la vía de reparación civil al trabajador siniestrado salvo dolo del empleador —impugnado mediante acción de inconstitucionalidad e invalidado por la Cámara en forma previa a la sustanciación de la demanda—, a menos que su aplicación al caso concreto comporte postergación o frustración de los derechos a la reparación o la rehabilitación". CS, "Gorosito, Juan R. c. Riva SA y otros", 01/02/2002, CS, Fallos: (325:11), LLOnline AR/JUR/6584/2002. Por supuesto que la LRT causaba frustración del derecho a la reparación; pero aquella conformación de la CS prefirió postergar el desmembramiento del sistema de riesgos de

trabajo, pese a su injusticia. Por esto, el fallo recibió la crítica masiva de la doctrina.

(53) Este señalamiento lo hacemos, sin olvidar que el derecho estudiado genera ventajas para el individuo dañado (que tiene derecho a ser reparado de los daños jurídicos que se le causen adecuadamente y no de cualquier manera, sino integralmente) y que caracterizar el objeto de la obligación en la que es deudor el dañado; por ende, se impone en la sociedad como crédito y deuda de reparación integral.

(54) Orgaz, Alfredo, "El daño resarcible (actos ilícitos)", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1967, 3ª ed. actualizada, p. 120.

(55) Ibidem, p. 121.

(56) Ibidem.

(57) Salvo las excepciones que fijaban los arts. 905 y 906 del Código de Vélez. Cfr. ORGAZ, Alfredo, ob. cit.

(58) Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1997, 9ª ed. ampliada y actualizada, p. 277.

(59) Goldenberg, Isidoro H., "La responsabilidad civil. Ensayo de sistematización", Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales t. I, 28/11/2007, 35 - RCyS2005-I, 125, LLOnline AR/DOC/3844/2007.

(60) Pizarro, Daniel R., "Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del Derecho", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, 2ª ed., ps. 331 y ss.

(61) La idea de reparación plena del Cód. Civ. y Com., fuera de su sentido gramatical y del que da el mismo texto del Código, fue descrita por Alterini como la plenitud del sistema de reparación que establece un determinado ordenamiento jurídico, la que toma en conjunto los daños que el sistema entiende como reparables. Cfr. Alterini, Atilio A., ob. cit.

(62) No se trata de una obligación alternativa en la que el deudor puede elegir una u otra modalidad de resarcimiento para liberarse.

Tampoco es una obligación facultativa en la que el deudor está facultado para optar por la reparación in natura y, en su defecto, por la indemnización dineraria. Cfr. Izquierdo Tolsada, Mariano, "Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitaciones y especies. Elementos. Efectos o consecuencias", Ed. Dykinson, Madrid, 2015, p. 564. Pero no vemos obstáculo alguno para atender a la naturaleza de cada perjuicio del caso en particular, siempre y cuando sea posible y no resulte abusiva la opción por costosa u otro motivo. No sería necesario que al acreedor se lo indemnice totalmente en dinero o totalmente en natura.

(63) Kemelmajer de Carlucci, Aída R., "La Ley Sobre Riesgos del Trabajo 24.557 y los principios generales del derecho de daños desde la óptica del derecho constitucional", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 1997-15. Accidentes, RC D 2693/2012. Pizarro, Daniel R., "Daño moral. Prevención. Reparación. Punición...", cit., ps. 353 y 354.

(64) Puccinelli, Oscar R., "¿Derecho constitucional a la reparación?", ED, 167-977. Laplacette, Carlos J., ob. cit., 1. Ambos autores están de acuerdo en que el derecho a la reparación surge de la interpretación armónica de múltiples artículos constitucionales: 17; 41; 75, inc. 22; 33 (que hace confluír a todos los demás que se han mencionado) y 68 de la Casdh.

(65) Bidart Campos, Germán J., "Teoría general de los derechos humanos", Ed. Astrea, 1991, Buenos Aires, p. 54. Cit. por Puccinelli, Oscar R., ob. cit., ps. 977 y 978.

(66) Sagüés, Néstor P., ob. cit.

(67) Gil Botero, Enrique, "La constitucionalización del derecho de daños. Nuevo sistema de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado", Ed. Temis, Bogotá, 2014, p. 52. DE LOS SANTOS, Mabel A., "Flexibilización de la congruencia", LA LEY 22/11/2007, 22/11/2007, 1 - La Ley 2007-F, 1278.

(68) La transmisión de un derecho requiere de su existencia, según el art. 1629 del Cód. Civ. y Com.: "Si el derecho no existe al

tiempo de la cesión, el cedente debe restituir al cesionario el precio recibido, con sus intereses. Si es de mala fe, debe además la diferencia entre el valor real del derecho cedido y el precio de la cesión".

(69) De Cupis, Adriano, "El daño", Ángel Sarrión Martínez (traductor), traducción a la 2ª ed. italiana, Ed. Bosch, Barcelona, 1975, p. 780.

(70) El art. 1743 del Cód. Civ. y Com. establece: "Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder". También hay normas específicas en algunos contratos que prohíben las cláusulas de eximición total o parcial de la responsabilidad civil, como en el contrato de obra (respecto de la solidez y aptitud para su destino, art. 1276), en el contrato de transporte de personas (por muerte y daños corporales, art. 1292) y en el transporte de cosas (art. 1313). Con seguridad, tampoco serán válidas las cláusulas limitativas de la responsabilidad por culpa grave, ni producirán efectos las limitativas de responsabilidad por culpa, cuando la desviación de conducta se califique como culpa grave; en razón de que se le asignan efectos equiparables al dolo. Cfr. Vallespinos, Carlos G., "Cláusulas limitativas de la responsabilidad en el Derecho Civil y en la ley 24.240", 1998, www.saij.jus.gov.ar, Id SAIJ: DACA980029.

(71) Atinadamente, se ha sostenido que el juzgador cuenta con técnicas propias de los derechos subjetivos y otras emergentes de la noción de interés protegido: "el contenido esencial de un derecho fundamental, de acuerdo con la primera posibilidad, consistirá en aquellas facultades de actuación ineludibles para que el derecho se desarrolle en su sentido real y natural sin desnaturalizarse. Por otro lado, la fórmula de los intereses permitirá establecer un núcleo esencial del derecho fundamental cuyo contenido estará dado por aquello que es absolutamente necesario para que los intereses resulten real, concreta y efectivamente protegidos. Entonces, se desconocerá el

contenido esencial "cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección". Cfr. Sandoval Garrido, Diego A., "Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas", Revista de Derecho Privado, 25, Universidad externado de Colombia, julio-diciembre, 2013, ps. 235-271.

(72) En palabras de Pizarro: "razonable equivalencia jurídica entre el daño y la reparación, a través de una evaluación en concreto". Cfr. PIZARRO, Ramón D., "El principio de la reparación integral en el derecho argentino. Situación actual. Perspectiva", elDial DC1C5E.

(73) Que, también, se compone con consecuencias de causas ajenas al hecho del agente del daño y de perjuicios ajenos a la responsabilidad civil por no responder a intereses lícitos.

(74) Jurídicamente, permitiría llegar a extremos como la implementación de sistemas de compensación de daños como el de Nueva Zelanda; pero que no podrían tener recortes indemnizatorios irrazonables y que son impracticables en una sociedad como la argentina, por la forma de ser de su pueblo, la cultura de la anomia, la falta de control del Estado, su alto índice de trabajo en negro, su economía, necesidad de atender a otras prioridades y la corrupción. Estas tres últimas fueron señaladas por: Prieto Molinero, Ramiro J., "El sistema de compensación de daños personales de Nueva Zelanda (O cómo repensar el Derecho de daños más allá de la responsabilidad civil)", RCyS 2007-17. El sistema invocado provee de compensaciones bastante generosas, con mínimos requisitos. Cfr. TODD, Stephen, "Forty years of accident compensation in New Zealand", disponible en <http://docplayer.net/579204-Forty-years-of-accident-compensation-in-new-zealand.html>. Dice Viney que "[e]l Sistema de indemnización ideal sería entonces aquel que permitiera, a toda víctima de un daño serio que no resulte del juego normal de la concurrencia, obtener una indemnización conveniente sin que haya lugar a interrogarse sobre la causa del perjuicio... este objetivo no es

realizable sino en la medida en que existan recursos disponibles para satisfacer esa necesidad de indemnización...". Cfr. VINEY, Genevieve, ob. cit., p. 130.

(75) "Para que haya un régimen de justicia el individuo debe ser protegido contra todas las amenazas orientadas en su contra. El daño que pueden producirle los demás individuos y otras fuerzas (cataclismos, enfermedades, etc.) debe ser reparado para que esa justicia se haga realidad. Cada día se hace más amplio el reconocimiento de la necesidad de proteger al individuo en todos los frentes; cada día la exigencia de reparación adquiere mayor magnitud". Cfr. Ciuro Caldani, Miguel Ángel, "Bases jusfilosóficas para la comprensión del daño y la reparación", La Ley 1992-D, 1060 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales t. I, 01/01/2007, 277 - RCyS 2010-IX, 251, LLOnline AR/DOC/19707/2001.

(76) "La reinstalación del trabajador víctima de un distracto discriminatorio guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación (*restitutio in integrum*) de los daños irrogados por el despido, toda vez que el objetivo primario de las reparaciones (*remedies*) en materia de derechos humanos, debería ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación, pues esta última solo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado". Cfr. "Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud SA", 07/12/2010, CS, Fallos: (333:2306), LLOnline AR/JUR/77141/2010.

(77) En Colombia, según Gil Botero, "la jurisprudencia constitucional y la contencioso administrativa han definido la insuficiencia del criterio indemnizatorio del perjuicio, en lo que concierne al daño proveniente de la vulneración de derechos humanos toda vez que este no puede circunscribirse a un aspecto netamente económico, como quiera que la lesión de una garantía de esa naturaleza conlleva la afectación de multiplicidad de facetas de quien la padece" En efecto, según el pensamiento del mismo autor, "... la

reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone no solo el resarcimiento de los daños y perjuicios que derivan, naturalmente, de una violación de las garantías de la persona, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual se deben adoptar medidas de diversa naturaleza (simbólicas, conmemorativas y garantías de otra índole), que propendan al restablecimiento del núcleo esencial del derecho o garantías infringidas". Cfr. Gil Botero, Enrique, ob. cit., p. 50.

(78) Esta misma regla formaba parte del art. 1071 bis del Cód. Civil derogado. En España, se la ha considerado un supuesto de reparación por equivalente, tendiente a "la remoción de la causa del daño y a la realización de la actividad necesaria para reponer la cosa o bienes dañados a su estado primitivo y constituye la forma más genuina de satisfacción al perjudicado". Concepción Rodríguez, José L., "Derecho de daños", Ed. Bosch, Barcelona, 2009, 3ª ed., p. 46.

(79) Pizarro, Daniel R., "Daño moral. Prevención. Reparación. Punición...", cit., p. 362.

(80) La CIDH ha encontrado nuevas formas de reparación, lo que implica un resultado loable para el derecho: "Para no amilanarse ante la vida, el hombre debe considerar "daño" a toda perturbación disvaliosa, aunque sea irreparable. Sin embargo, ha de tener en cuenta que, una vez agotadas todas las posibilidades, hay daños que no está a nuestro alcance enmendar, cuyos intentos de reparación pueden resultar incluso contraproducentes. El hallazgo de nuevas sendas de reparación es una de las vías más importantes del progreso jurídico y del "señorío" del hombre en el cosmos". Cfr. Ciuro Caldani, Miguel Ángel, ob. cit.

(81) Hitters, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, 0, julio-diciembre 2008, p. 146; "Un avance en el control de convencionalidad. El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana", La Ley 27/05/2013, 1; La Ley 2013-C, 998;

LLOnline AR/DOC/1956/2013. "Si bien solo la Corte IDH, cuando ejerce jurisdicción contenciosa, dicta fallos definitivos e inapelables para el Estado que fue parte en el caso, todos los documentos que emite tanto la Corte IDH dentro de sus otras competencias, como por ejemplo cuando dicta Opiniones Consultivas o aún sentencias en relación con otros Estados —si la doctrina del caso se considerara precedente en un eventual litigio interno por violación de derechos humanos— como los Informes y Recomendaciones de la CIDH y de los Comités de seguimiento de los TIDH estimamos que poseen valor vinculante". Cfr. Bestard, Ana María, "El control de constitucionalidad y convencionalidad de una indemnización tarifada", *Sup. Const.* 2012 (junio), 51, *La Ley* 2012-D, 167, LLOnline AR/DOC/2866/2012. "Sintéticamente queda demostrado de qué forma y con qué alcances se interpretan las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dándole absoluta prevalencia sobre la opinión que puedan tener los órganos jurisdiccionales internos y con el objetivo de armonizar e integrar el derecho local con la inteligencia acordada por los cuerpos de justicia transnacional". Gozáni, Osvaldo A., "Los efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno", Ed. *Liber Amicorum*, Héctor Fix-Zamudio, San José, 1998, Corte Interamericana de Derechos Humanos - Unión Europea, t. II, p. 827.

(82) "[J]erarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos... ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, en las condiciones de su vigencia (art. 75, inc. 22, párr. 2º), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75, CN, 62 y 64 Convención Americana y 2º ley 23.054)". Cfr. CS, "Giroldi, Horacio D. y otro s/

recurso de casación - causa 32/93", G. 342. XXVI. RHE, 07/04/1995, La Ley, 1995-D, 462. Este criterio es sostenido y ampliado a las opiniones de la Comisión Americana de Derechos Humanos en "Bramajo, Hernán J. s/ incidente de excarcelación — causa 44.891—", B. 851. XXXI. RHE, 12/09/1996. "Cuando la CS sostiene que los pronunciamientos de la Corte IDH y de la Comisión IDH "deben servir de guía" o que "constituyen una imprescindible pauta de interpretación", está diciendo —desde la perspectiva del derecho interno—, que los mismos tienen valor de doctrina legal". Cfr. Hitters, Juan Carlos, ob. cit., p. 148. Por supuesto, esta posición o argumento no es incompatible con la que asumió la CS al decretar que la CIDH no puede revocar sus fallos en autos: "Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico c. Argentina'" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CSJ368/1998(34-M)/CS1, del 14/02/17.

(83) La Corte Constitucional Colombiana así lo ha hecho, fallando de forma equiparable a la CIDH: "En caso de no ser posible la restitutio in integrum, serán necesarias estrategias orientadas a compensar la pérdida material —tanto por daño emergente como por lucro cesante— y moral de acuerdo con el principio de equidad, a través de la indemnización. Adicionalmente, hacen parte de la reparación, la rehabilitación referida a la recuperación física o mental de las personas afectadas con la conducta ilícita y violatoria de los derechos humanos; la satisfacción que supone el reconocimiento público del crimen cometido y el reproche de tal actuación para restablecer la dignidad de las víctimas y reivindicar la memoria histórica; las garantías de no repetición que representan las acciones tendientes a hacer cesar las violaciones flagrantes de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Así, aunque difícilmente es posible la restitución plena e integral de los derechos de las víctimas, la reparación busca restaurar su dignidad reprochando públicamente las conductas que las afectaron, por lo cual se relaciona íntimamente con la verdad y la justicia, los otros componentes de la justicia transicional". Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-753/13, 30/10/2013,

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-753-13.htm>.

(84) "...[D]entro del ajuste particular de la indemnización a los casos concretos por parte del juez, lleva a que deban ser apreciados todos los tipos de alivios que se encuentren disponibles para las víctimas según las circunstancias que las rodeen y con la debida protección frente a movimientos inflacionarios. En todo esto, son muy importantes las obligaciones de hacer o medidas de reparación no económicas que se han venido imponiendo tanto por tribunales internacionales en el campo de los derechos humanos como por los propios jueces nacionales". Cfr. Sandoval Garrido, Diego A., ob. cit., ps. 235-271.

(85) Pizarro, Ramón D. - Vallespinos, Carlos G., "Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 2, p. 467.

(86) De Tarso Vieira SAnseverino, Paulo, "Princípio da Reparação Integral. Indenização no Código Civil", Ed. Saraiva, San Pablo, 2010, p. 57.

(87) Mosset Iturraspe, Jorge, "Derecho Civil Constitucional", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 434.

(88) "...Se requiere que el juez al momento de diseñar las medidas de reparación integral del daño causado se preocupe por algunos aspectos: la interrelación e interdependencia de las medidas, la participación y opinión de las víctimas, la creatividad del juzgador para abandonar la estructura civilista de análisis del daño y reparación y pasar a un estudio en términos de derechos". Cfr. Polo Cabezas, Fernanda, ob. cit., p. 76.

(89) "... La idea de conceder una reparación tan adecuada como sea posible a los perjuicios sufridos aparece tan sensata como generosa, pero es en realidad demasiado vaga para permitirle traducir en una suma de dinero el equivalente necesario a la compensación de los daños extrapatrimoniales. En ausencia de reglas de evaluación precisas que permitan disciplinarlo, el principio de la reparación

integral no pasa de ser entonces una pura directiva de equidad que disimula mal un abandono total a la apreciación judicial". Cfr. Viney, Genevieve, ob. cit., p. 138.

(90) "Que la llamada 'indemnización integral', en materia de daños a las personas, no pasa de una aspiración ilusoria o de una mera quimera, por la sencilla razón de que la persona no es una cosa que tenga valor en el mercado, y por tanto las lesiones psicofísicas, como asimismo la vida, no son susceptibles de ser traducidas en valores económicos, y siempre, inevitablemente, toda estimación que se formule, sea que lo haga el Juez en cada caso concreto, o que lo fije la ley con base en una tarifa, resulta arbitraria". Cfr. González Del Cerro, Ángel, "La indemnización integral: una paradoja", La Ley 2008-E, ps. 552 y ss.

(91) "La falacia de la reparación integral, que formula el siguiente juicio: debe repararse todo el daño, no más allá del daño, pero todo el daño. Si dicha fórmula implica el conjunto de los daños que merecen indemnización con arreglo a la ley, y no quiere aprehender, en bruto, la totalidad de los irrogados, nada significa y solo sirve para confundir los conceptos. Si, por lo contrario, se pretende denotar con ella la resarcibilidad de todo el daño, es inútil por imposibilidad de aplicarla. ¿Es reparable todo el daño? ¿Hay manera de reparar todo el daño, causado, condicionado u ocasionado por el hecho nocivo? Las consecuencias de cualquier hecho se propagan en el decurso de los sucesos con tal amplitud, que la más mínima lesión a un derecho subjetivo podría acarrear una cuota de responsabilidad insoportable hasta por el patrimonio más solvente. De jure condito no puede pretenderse que rijan en nuestro Derecho la reparabilidad de todo el daño, pues son claras sus fórmulas imputativas. Ni puede aprobarse que, de jure condendo, se llegue a establecer esa fórmula anodina como vigente en el Derecho positivo". Cfr. Alterini, Atilio A., ob. cit.

(92) "Los grandes avances científicos y técnicos van incrementando asombrosamente las posibilidades objetivas y de conocimiento del daño y la reparación: cada vez nos es dado dañar y

reparar más; cada vez nos es dado saber más al respecto". Cfr. Ciuro Caldani, Miguel Ángel, ob. cit.

(93) Pizarro, Daniel R., "Daño moral. Prevención. Reparación. Punición...", cit., ps. 383 y ss. Domínguez Águila, Ramón, "Los límites al principio de reparación integral", Revista Chilena de Derecho Privado, 15, [diciembre 2010], ps. 9-28.

(94) Hay otras limitaciones a la relación causa; por ejemplo: en el Código Aeronáutico y en la Ley de Responsabilidad del Estado, cuando exigen causalidad directa entre hecho y daño; el primero por los daños causados por la aeronave a personas y cosas de la superficie (art. 155) y la segunda en la responsabilidad por hechos lícitos de la administración, que establece el requisito de causalidad directa, inmediata y exclusiva (art. 4º). En Colombia se ha señalado que el régimen de consecuencias de la responsabilidad contractual, análogo al actual argentino, es una verdadera limitación al principio de la reparación integral: "se encuentra en el régimen contractual una evidente excepción al principio de reparación integral que ha sido regulada en forma expresa por el legislador en el art. 1616 Cód. Civil. Más aún, valga agregar que se trata de una norma de carácter dispositivo que se aplicará salvo estipulación expresa de las partes, quienes pueden regular su responsabilidad limitándola, agravándola o incluso excluyéndola". Cfr. Sandoval Garrido, Diego A., ob. cit., ps. 235-271. No compartimos la apreciación. El derecho a la reparación integral en Argentina ha cobrado tanta fuerza que si la limitación no es razonable en el caso concreto, podría declararse la inconstitucionalidad de cualquier reglamentación legal de responsabilidad civil.

(95) Ascendientes, descendientes y colaterales hasta el segundo grado, si no han incurrido en alguna causal de indignidad para suceder, al cónyuge o conviviente.

(96) "La Corte Suprema, en el fallo dictado el 14/02/1989 en autos: 'Autotécnica SA y otro c. Cap. y/o Prop. y/o Arm. Buque Río Marapa s/ interrumpe prescripción' hizo suyas las consideraciones del Procurador Fiscal (La Ley, 1989-D, 61)". Allí este había expresado

que "...la responsabilidad es la regla y el límite la excepción, lo que lleva a interpretar al contrato, y las normas que le rigen, con criterio restrictivo en materia de exención de responsabilidad". Cfr. "Límite de responsabilidad en el transporte aéreo y los protocolos de Montreal (Una transición de los francos poincaré a los derechos especiales de giro del Fondo Monetario Internacional)", La Ley 1994-A, 659, Derecho Comercial Doctrinas Esenciales t. III, 113, LLOnline AR/DOC/8042/2001. Criterio también seguido en las instancias inferiores: CNFed. Cont. Adm., sala III, "La Holando Sudamericana Cía. Arg. de Seguros SA c. Lufthansa Cargo SA s. Faltante y/o avería de carga de transporte aéreo", 17/10/2006, Secretaría de Jurisprudencia de la CNCiv. Com. Fed., RC J 22699/09. Creemos que el mismo razonamiento es aplicable para la interpretación de toda disposición, cualquiera que sea su fuente, que restrinja el derecho a la reparación integral.

(97) Art. 1757.

(98) Arts. 1754 a 1756.

(99) Art. 1767.

(100) Art. 1756 in fine.

(101) STJ La Pampa, "Bellido, Gabriela A. c. Cermelli, Andrés N. s/ proceso sumario daños y perjuicios", STJ La Pampa, sala A, 02/07/1996.

(102) "La realidad actual en materia de resarcimientos obliga a cuantificar o tarifar los varios niveles de incapacidad en beneficio de todos los involucrados: letrados, magistrados y damnificados. Para ello es sumamente conveniente la utilización de fórmulas, baremos y/o tablas. Sin embargo, siguiendo lo expresado por el magistrado en el fallo en examen, también cabe subrayar que estas pautas de cálculo no tienen por qué atar al juzgador, sino que conducen, simplemente, a una primera aproximación, a un umbral, a partir del cual el juez puede y debe realizar las correcciones necesarias atendiendo a las particularidades del caso concreto. En otras palabras, no corresponde otorgar a la víctima, sin más, la suma que en cada caso resulte de la

aplicación de la fórmula mencionada, sino que ella servirá simplemente como pauta orientadora para, a partir de allí, arribar a un justo resarcimiento según las circunstancias de la causa". Cfr. Berger, Sabrina M., "Importancia de los cálculos matemáticos en el resarcimiento de daños a la persona", La Ley 21/12/2012, 4, LA LEY 2013-A, 64, LLOnline AR/DOC/6052/2012.

(103) Puede verse una síntesis de las tradicionales críticas al empleo de fórmulas matemáticas en: Correa, José L., "Indemnización de daños empleando fórmula de matemática lineal. Cambio de jurisprudencia. Inconstitucionalidad", LLGranCuyo 2013 (julio), 597, LLOnline AR/DOC/789/2013.

(104) Accesible en <http://www.cabb.org.ar/fórmula-polinimica.xls>.

(105) CNTrab., sala III, "Vuoto, Dalmero S. y otro c. AEG Telefunken Argentina SAIC", 16/06/1978.

(106) Acciarri, Hugo A. - Irigoyen Testa, Matías, "Fórmulas empleadas por la jurisprudencia argentina para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes", RCyS 2011-III, 3, LLOnline AR/DOC/143/2011.

(107) CNTrab., sala III, "Méndez, Alejandro D. c. Mylba SA y otro", 28/04/2008. Accesible junto con la fórmula Vuotto en <http://www.garciaalonso.com.ar/vuotto.php#resultados>.

(108) CS, "Arostegui, Pablo c. Omega ART SA y otro", 08/04/2008, CS, Fallos: (308:1109), p. 1117.

(109) Abdelnur, Miguel A. - Quinteros, Fabián R., "Los casos 'Aróstegui' y 'Méndez': Nuevas perplejidades para el viejo problema de la reparación integral", DT 2009 (enero), 32, LLOnline AR/DOC/4088/2008.

(110) <http://www.elpatagonico.com/vivir-comodoro-cuesta-28-mil-mes-y-el-valle-llega-26-mil-n1485378>. "La canasta básica total, que marca la línea de la pobreza, se encuentra en el rango de \$15.000",

<http://www.lanacion.com.ar/2017756-el-costo-de-la-canasta-basica-total-subio-a-14090-en-marzo-segun-el-indec>.

(111) Pizarro, Daniel R., "Daño moral. Prevención. Reparación. Punición...", cit., p. 394. El art. 14 de la ley establecía: "Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio fiduciario y del fiduciante. La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del art. 1113 del Cód. Civil se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente asegurarse". Entendemos que el artículo no establece un límite al derecho a la reparación, que bien podría no verse amenazado si el valor de los bienes fideicomitidos tuviera alguna relevancia económica —lo que es usual—. Más bien era una limitación de responsabilidad al valor de los bienes objeto del contrato, similar a la prevista para los contratos societarios.

(112) "La jurisprudencia ha afirmado categóricamente que dichas cláusulas eran abusivas y las declaró nulas y de ningún valor, solución que encontraba justificación en la naturaleza del interés jurídico protegido, que consiste, precisamente, en la integridad del pasajero. Es por ello que se destacó la existencia de un indudable interés general y superior al principio de la autonomía de la voluntad, que impone desechar la posibilidad de que una de las partes, el transportista, quien generalmente es la parte preponderante, pueda convenir en su favor una cláusula que lo libere de todo tipo de responsabilidad ante el incumplimiento y el daño sufrido por el pasajero". Cfr. Barbado, Patricia B., "El transporte de personas en el Código Civil y Comercial", Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 113, LLOnline AR/DOC/1140/2015.

(113) Como el art. 47 de la Ley de Residuos Peligrosos y el art. 42 de la Ley de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios: "la culpa de un tercero de quien no debe responder, cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso". En ambas normas se establece responsabilidad de la cuna a la tumba por la generación

de residuos peligrosos, en la que las modificaciones del carácter de dueño o guardián poco importa para la aplicación de la regla de responsabilidad objetiva del Código Civil.

(114) Existe una Ley de Responsabilidad del Estado Nacional de número 269.44 y debería haber 24 leyes provinciales, en función del vacío legal que creó el gobierno de la presidente Fernández de Kirchner y del Frente para la Victoria con sus modificaciones al proyecto de reformas al Código Civil y al hacer aprobar la ley mencionada, que por cuestiones políticas generó un descalabro en materia de responsabilidad del Estado nacional —por posibles inconstitucionalidades—, de cada provincia y municipio. Tienen Ley Especial de Responsabilidad del Estado: 1) Santa Cruz, ley 3396 que adhiere a la ley nacional 26.944 con la salvedad de que no libera al Estado provincial por la responsabilidad de sus concesionarios y contratistas e invita a los municipios a adherir a la ley provincial; 2) Chubut (ley I-596/2015) similar a la nacional con aditivos adjetivos de orden contencioso administrativo; 3) Santiago del Estero Adhirió a la ley nacional 26.944 por medio de la ley provincial 7179 y puso la jurisdicción en manos de los jueces civiles y comerciales, hasta que haya un foro contencioso administrativo; 4) En Mendoza se sancionó la ley 8808, que establece la competencia en materia de Responsabilidad del Estado en los Jueces civiles. No hay normas sustantivas en la ley. Se advierte un gran vacío legal en 21 provincias y gran incertidumbre sobre el destino de la norma nacional, que queda por debajo del nivel de responsabilidad civil que impone el Cód. Civ. y Com. para los particulares.

(115) La ley 20.094 establece topes mínimos —que pueden ser aumentados por convención— para daños y extravíos en la mercadería transportada se fijaron 400 pesos argentinos oro por bulto, piezas, unidad de flete perdidos o averiados, aun cuando se introduzcan en un contenedor o artefacto similar (art. 278) —cabe mencionar la excepción a la norma: "el caso en que el cargador haya declarado, antes del embarque, la naturaleza y valor de la mercadería, que la declaración se haya insertado en el conocimiento, y que ella no haya sido impuesta por exigencia administrativa del país del puerto de

carga o de descarga. Esta declaración, inserta en el conocimiento, constituye una presunción respecto al valor de las mercaderías, salvo prueba en contrario que puede producir el transportador"—Para casos de lesiones o muerte de personas se fijan 1500 pesos argentinos oro por pasajero (art. 331). Para los casos de pérdidas o daños en el equipaje, se fijan 150 y 100 pesos argentinos oro, respectivamente, por pasajero. Si el transporte es fluvial serán 80 y 50 pesos argentinos oro para pérdida y daños de equipaje, respectivamente. Si lo que se transporta son vehículos, teniendo en cuenta todo el equipaje almacenado, el tope son 350 pesos argentinos oro (art. 337). Todos los topes hacen mención de una cantidad cierta de Pesos Argentinos Oro, que son las únicas monedas de oro acuñadas por la Casa de la Moneda argentina entre 1881 y 1896. El art. 176 de la ley establece la forma de conocer la cotización del argentino oro: "La cotización del argentino oro es la oficial fijada por el órgano competente de la Administración nacional al momento de efectuarse la liquidación judicial o extrajudicial. En defecto de cotización oficial, se determina su valor por el contenido metálico y no por su valor numismático". El peso argentino oro ha fluctuado entre \$82,06 (equivalentes a USD 82,06) el primer trimestre de 1992 y \$3.223,65 (equivalentes a USD 216,93) el primer trimestre de 2016. Para conocer los valores de cotización, se puede consultar: bcra.gov.ar. Para un caso de lesiones o muerte, el tope que impone la Ley de Navegación a la fecha alcanza un total de \$4.835.475,00. Esta suma por persona es mucho más alta que la que dan los jueces por una muerte o gran incapacidad. De todos modos, al ser flotante el tope, caso por caso y fecha a fecha se debe juzgar la razonabilidad del tope.

(116) El Código Aeronáutico establece topes mínimos en pesos argentinos oro —ver cita a la Ley de Navegación— que pueden ser dejados de lado por las partes si establecen sumas superiores por contrato (art. 146). Hay un tope para la responsabilidad del transportador por daños personales, por cada pasajero, en la suma equivalente a 1000 pesos argentinos oro, siempre de acuerdo con la cotización que estos tengan en el momento de ocurrir el hecho generador de la responsabilidad (art. 144). Si el transporte de personas

fuera gratuito y fuera de un servicio aéreo, la responsabilidad del explotador está limitada por persona dañada, hasta trescientos argentinos oro (art. 163). Anticipo una cuestión que se desarrollará a en los párrafos subsiguientes, si los daños a la persona se causan a sujetos que están fuera del avión, en la superficie, el tope es de 2000 pesos argentinos oro por persona —en este último caso, el tope por persona es, a la vez, tamizado por una tarifa por peso de la aeronave— según el art. 160. En el transporte de mercancías y equipajes, la responsabilidad de la transportadora queda limitada hasta una suma equivalente a dos pesos argentinos oro por kilogramo de peso bruto, según la cotización de la fecha del accidente (art. 145). Los daños a terceros en superficie se regulan a partir del art. 155 y, para estos casos, también se fija un tope máximo por accidente, en relación con el peso de la aeronave, según la cotización del peso argentino oro al momento del accidente. Y, a la par, se fija un tope de indemnización para daños a las personas en 2000 pesos argentinos oro según cotización al momento del accidente. La tarifa de pesos argentinos oro por kilogramos de la aeronave —según el peso máximo autorizado en el certificado de aeronavegabilidad de la aeronave— está en el art. 160 y es la que sigue: 1) 2000 argentinos oro para aeronaves cuyo peso no exceda de 1000 kilogramos; 2) 2000 argentinos oro más 1 1/2 argentino oro por cada kilogramo que exceda de los 1000, para aeronaves que pesan más de 1000 y no excedan de 6000 kilogramos; 3) 10.400 argentinos oro más 1 argentino oro por cada kilogramo que exceda de los 6000, para aeronaves que pesan más de 6000 y no excedan de 20.000 kilogramos; 4) 25.000 argentinos oro más medio 1/2 argentino oro por cada kilogramo que exceda de los 20.000, para aeronaves que pesan más de 20.000 y no excedan de los 50.000 kilogramos; 5) 43.600 argentinos oro más 0,37 de argentino oro por cada kilogramo que exceda de los 50.000 kilogramos, para aeronaves que pesan más de 50.000 kilogramos. En caso de concurrencia de daños a personas y bienes la mitad de la cantidad a distribuir se destinará preferentemente a indemnizar los daños causados a las personas. El remanente de la cantidad total a distribuir se prorrateará entre las indemnizaciones

relativas a daños a los bienes y a la parte no cubierta de las demás indemnizaciones. El art. 161 establece que "Si existiesen varios damnificados en un mismo accidente y la suma global a pagar excediese de los límites previstos en el artículo anterior, debe procederse a la reducción proporcional del derecho de cada uno, de manera de no pasar, en conjunto, los límites antedichos". Por supuesto, estos topes para daños de superficie no pueden ser aplicados en caso de dolo del transportista o de sus dependientes, según los arts. 147 y 162 y es relevante la causalidad de la víctima del daño, a los fines de la mitigación o liberación de responsabilidad del transportista (arts. 143 y 159). El art. 192 establece la obligatoriedad de un seguro o de un depósito por el valor de los topes establecidos en la misma ley.

(117) En la ley 24.921 se regula el transporte multimodal, que consiste, según el art. 2º, en al menos "dos modos diferentes de porteo a través de un solo operador, que deberá emitir un documento único para toda la operación, percibir un solo flete y asumir la responsabilidad por su cumplimiento, sin perjuicio de que comprenda además del transporte en sí, los servicios de recolección, unitarización o desunitarización de carga por destino, almacenada, manipulación o entrega al destinatario, abarcando los servicios que fueran contratados en origen y destino, incluso los de consolidación y desconsolidación de las mercaderías, cumplimentando las normas legales vigentes". Sin perjuicio de disposiciones contractuales en contrario, que fijen un tope más alto o ninguno, para los tramos náuticos y aéreos se aplican los topes de las normas aerocomerciales y de navegación (art. 24). Pero, para los casos en que no haya certeza donde se produjo el daño y los de daños en transportes ferroviarios o por carretera, se fijan topes legales, conectados con la cotización de 400 Pesos Argentinos Oro, vigente al momento de la liquidación judicial o extrajudicial, por bulto. En el caso del transporte a granel se fija el mismo tope por unidad de flete. Si se usan contenedores, paleta u otro artefacto, se debe contabilizar cada bulto o pieza transportada dentro. El art. 26 establece el límite a la responsabilidad acumulada del operador: "La responsabilidad acumulada del operador de transporte multimodal no

excederá los límites de responsabilidad por la pérdida total de las mercaderías". Estas limitaciones de responsabilidad consignadas en favor de los operadores, también son aplicables a los expedidores y no se aplican en caso de dolo o culpa grave. Para ampliar sobre el tema: RAY, José D., "El transporte marítimo y fluvial, responsabilidad y eximentes", Revista de Derecho de Daños, 2000-7. Daños en el transporte, RC D 1659/2012.

(118) Un caso particular es el de la responsabilidad por hechos vinculados a la actividad nuclear. En esa rama de la actividad económica se fija un tope de USD 80.000.000 para el explotador de la instalación nuclear, por cada accidente de cada instalación nuclear. El estado argentino se obligó a indemnizar los remanentes e impuso la obligatoriedad de un seguro o garantía financiera a cargo del explotador, a satisfacción del Poder Ejecutivo o de quien designe, por el monto de su responsabilidad. Esto de conformidad con el art. 9º de la ley 24.804 y, conforme a la Convención de Viena aprobada por ley 17.048, que establece un tope mínimo en el art. IV, inc. 6º: "Los Estados de la instalación podrán disponer por vía legislativa que no se aplique el apart. b) del párr. 5º del presente artículo siempre y cuando la responsabilidad del explotador por los daños nucleares, excluidos los sufridos por el medio de transporte, no se reduzca en ningún caso a una cantidad inferior a 5.000.000 de dólares de los Estados Unidos por cada accidente nuclear".

(119) Álvarez, Gladys S. - Gregorio, Carlos G. - Highton, Elena, "Limitación de la responsabilidad por daños: un enfoque socioeconómico", La Ley 1997-C, 1045-1059.

(120) CS, "Ferrari de Grand, Teresa H. M. y otros c. Provincia de Entre Ríos y otros", 24/08/2006, CS, Fallos: 329:3403, DJ 2007-I, 236, LLOnline AR/JUR/5658/2006.

(121) Folchi, Mario O., "Responsabilidad aeronáutica por daños a terceros en la superficie", Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales t. IV, 435, LLOnline AR/DOC/3910/2007.

(122) "Es procedente declarar de oficio de la inconstitucionalidad de los art. 144 del Cód. Aeronáutico, que prescriben que la cotización de los argentinos oro debe hacerse en el momento de ocurrir el hecho generador de la responsabilidad, pues, no es el límite cuantitativo en sí mismo lo que hace a su inconstitucionalidad, sino la directiva de cotización, ello así porque si la directiva fuera del tope en esa moneda sin referencia a tal momento de cotización, no implicaría un tope violatorio del principio de reparación integral, de acuerdo con las sumas que les corresponderían a los actores por vía del derecho común". Cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, "Freggiaro, Roberto M. y otros c. Aeroclub Luján y otros", 12/09/2006, RCyS 2007, 832 - LLBA 2007 (junio), 570 - LLBA 2007 (julio), 633, con nota de Mario O. Folchi - ED 220, 244.

(123) "Es procedente declarar de oficio de la inconstitucionalidad de los art. 144 del Cód. Aeronáutico, atento la falta de razonabilidad por violación del principio de igualdad —art. 16 de la CN— que el Código Aeronáutico brinde una solución distinta para las víctimas de accidentes aéreos en vuelos de cabotaje sobre el espacio aéreo que cubre el territorio argentino y sus aguas jurisdiccionales —art. 1º CA—, en relación con el que debe darse a las de accidentes que aunque ocurran en el mismo lugar, sean en vuelos internacionales —art. 1º del Conv. de Varsovia—, sobre el solo hecho de esto último". Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, "Freggiaro, Roberto M. y otros c. Aeroclub Luján y otros", 12/09/2006, RCyS 2007, 832 - LLBA 2007 (junio), 570 - LLBA 2007 (julio), 633, con nota de Mario O. Folchi - ED 220, 244.

(124) "La norma del art. 163 del Cód. Aeronáutico es inconstitucional, pues, al no superar el test de "razonabilidad axiológica", es violatoria de los derechos constitucionales de la actora, víctima de un accidente de avión, ya que la simple comparación entre la suma indemnizatoria que correspondería aplicar, y la resultante del límite de responsabilidad que establece dicha norma demuestra que su derecho a la reparación resulta desnaturalizado, desvirtuado o impedido". Cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Mar del Plata, sala II, "Caparros, Mirta G. c. Blanchod, Marcelo y ot. s/

daños y perjuicios", La Ley 19/04/2012, 6, LLOnline AR/JUR/952/2012.

(125) Por dar un ejemplo, en el caso de LAPA hubo dos muertos, dos heridos de gravedad y un herido leve que no eran pasajeros. Cfr.

https://es.wikipedia.org/wiki/Vuelo_3142_de_LAPA#Lesiones_a_personas. Además de sus indemnizaciones, corresponde adicionar todo el daño material causado, que por el tonelaje del avión Boeing 737-200, de 28.100 Kg.

(https://es.wikipedia.org/wiki/Boeing_737#Serie_200) puede ser cubierto, hasta una cifra aproximada de \$93.679.269. En razón de que el avión cayó en un campo de Golf, es probable que el monto sea suficiente. Si el avión hubiera caído en un lugar más poblado, el costo por daños a terceros pudo no ser cubierto con la tarifa. Más cuando se tiene en cuenta que hay mucho combustible en el avión y que hubo un importante incendio, además de los previsibles golpes a personas y propiedades privadas. En el caso de la muerte del ex dueño de LAPA, Andrés Deutsch y su señora, su avioneta Beech E 300 de 3.520 kg. Dañó dos casas de Nordelta, que se prendieron fuego y, como desprendió piezas de la aeronave, se golpeó otras viviendas. Por suerte no se lamentaron más víctimas fatales, porque no había nadie en las casas y porque ninguna pieza desprendida golpeó a otras personas. Cfr.

<http://www.infobae.com/2014/09/14/1594791-cayo-una-avioneta-una-casa-nordelta-murio-el-ex-dueno-lapa>

y https://es.wikipedia.org/wiki/Beechcraft_Super_King_Air. El tope para esta aeronave hoy sería de \$18.632.697. Las casas más baratas que encontramos en Nordelta superan los USD 400.000; por ende, el valor de las casas destruidas superará los \$12.000.000, ya que las casas más caras superan el millón de dólares. Cfr. [http://www.gabriel iglesiasias.com.ar/listado-propiedades.php?data={%22current_localization_id%22:1,%22current_localization_type%22:%22group%22,%22price_from%22:0,%22price_to%22:999999999,%22operation_types%22:\[1\],%22property_type_s%22:\[3\],%22currency%22:%22USD%22}](http://www.gabriel iglesiasias.com.ar/listado-propiedades.php?data={%22current_localization_id%22:1,%22current_localization_type%22:%22group%22,%22price_from%22:0,%22price_to%22:999999999,%22operation_types%22:[1],%22property_type_s%22:[3],%22currency%22:%22USD%22}). Hay otros daños a resarcir en otras casas, cuyos montos se desconocen. Es probable, que en esa

zona tan costosa no alcance el tope para reparar el daño material. Si hubiere habido varias víctimas mortales, el tope pudo resultar absolutamente insuficiente. Los ejemplos sirven para graficar la diferencia entre un avión grande y uno pequeño y la forma en que los topes pueden ser perjudiciales para las víctimas. La misma ley establece una preferencia para los derechos emergentes de daños a la persona respecto de la mitad de la suma total a pagar, concurriendo a prorrata en la segunda mitad con los derechos emergentes de la lesión a bienes. Si hubiera varios afectados y se excediere de los montos previstos como topes por peso de las aeronaves, estos cobran también a prorrata (arts. 160 y 161).

(126) Folchi, Mario O., "Inconstitucionalidad de la limitación de responsabilidad del transportador aeronáutico", LA LEY 19/04/2012, 6, LLOnline AR/DOC/1657/2012.

(127) "Me parece destacable mencionar una vez más que cuando el poder judicial declara la inconstitucionalidad de una norma, lo que está determinando en definitiva es la ausencia de funcionalidad de la misma por no representar adecuadamente los nuevos paradigmas valorativos de la sociedad. ¿Qué cambió de 1994 a la fecha? No han cambiado las normas —Constitución Nacional y Código Aeronáutico— sino la escala de valores que hace que la aplicación del límite cuántico previsto en el código se torne disfuncional". Cfr. Romualdi, Emilio, "Responsabilidad por abordaje y límite resarcitorio. Comentario al fallo 'Freggiaro, Roberto M. c. Aeroclub Luján s/ Daños y Perjuicios'", 23/08/2012, Revista Latino Americana de Derecho Aeronáutico, 8, 2012, RLADA-XII-471.

(128) El art. 100 de la norma no cierra el acceso a la reparación del Código Civil, pero establece la posibilidad de una indemnización que se liquida mensualmente y se paga inmediatamente, en la que el Poder Ejecutivo pauta valores para cada unidad de caminos, de tendido eléctrico, de utilización de material de canteras, por cada pozo, instalación, etcétera. La regla del artículo se transcribe a continuación: "Los permisionarios y concesionarios deberán indemnizar a los propietarios superficiarios de los perjuicios que se

causen a los fundos afectados por las actividades de aquellos. Los interesados podrán demandar judicialmente la fijación de los respectivos importes o aceptar, de común acuerdo y en forma optativa y excluyente, los que hubiere determinado o determinare el Poder Ejecutivo con carácter zonal y sin necesidad de prueba alguna por parte de dichos propietarios".

(129) La primera establece indemnizaciones para quienes estuvieron a disposición del PEN o sufrido detención por orden de Tribunales militares. La segunda corresponde a los desaparecidos por hecho de agentes estatales y de organizaciones para militares y la tercera ley extiende las prestaciones de las dos primeras a nuevos grupos de personas. La tarifa impuesta por la ley 24.043 en el art. 4° era: "El beneficio que establece la presente ley será igual a la treintava parte de la remuneración mensual asignada a la categoría superior del escalafón para el personal civil de la administración pública nacional (aprobado por el dec. 1428 del 22 de febrero de 1973, o el que lo reemplace), por cada día que duró la medida mencionada en el art. 2°, incs. a) y b), respecto a cada beneficiario. A este efecto se considerará remuneración mensual a la totalidad de los rubros que integran el salario del agente sujetos a aportes jubilatorios, con exclusión de los adicionales particulares (antigüedad, título, etc.), y se tomará la correspondiente al mes en que se otorgue el beneficio". La tarifa de la ley 24.411 en favor de desaparecidos y causahabiente se estableció de la siguiente manera en el art. 1°: "tendrán derecho a percibir, por medio de sus causahabientes, un beneficio extraordinario equivalente a la remuneración mensual de los agentes Nivel A del escalafón para el personal civil de la administración pública nacional aprobado por el dec. 993/1991, por el coeficiente 100".

(130) La indemnización tarifada en cuestión se regula en el art. 4° de la ley y es incompatible con el cobro de otra indemnización por la misma causa, según el art. 5° e implica la renuncia de todo derecho por los mismos hechos. El art. 4° establece una indemnización genérica para todos los casos y un plus para quienes hubieran sufrido daños físicos: "El beneficio que establece la presente ley consistirá en el pago por única vez de una suma equivalente a veinte [20] veces la

remuneración mensual de los agentes Nivel A, Grado 8, del Sistema Nacional de la Profesión Administrativa dec. 993/1991 t.o. 1995. Se considera remuneración mensual a la totalidad de los rubros que integran el salario del agente sujeto a aportes jubilatorios. Cuando, en las circunstancias y épocas señaladas en los arts. 1º y 2º, al beneficiario se le hubiere sustituido la identidad, recibirá por todo concepto una indemnización equivalente a la fijada por la ley 24.411, sus complementarias y modificatorias". "Si, en virtud de las circunstancias establecidas en el art. 1º, el beneficiario hubiese sufrido lesiones graves o gravísimas, según la clasificación del Código Penal, o hubiese fallecido, el beneficio será incrementado en un cincuenta por ciento (50%), setenta por ciento (70%) y cien por ciento (100%) respectivamente".

(131) Establece la cuantía de la indemnización el art. 10 de la ley nacional 21.499, para expropiaciones del Estado Nacional. Las veinticuatro provincias tienen su propia ley en la materia, sustentada en sus Constituciones provinciales. El artículo ya mencionado restringe el daño resarcible en los siguientes términos: "La indemnización solo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización, el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses".

(132) El art. 5º de la Ley de Responsabilidad del Estado Nacional —no aplicable a las 24 provincias y sus municipios— acoge la solución de la Ley de Expropiación y establece: "En ningún caso procede la reparación del lucro cesante... comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas".

(133) Ver lo estudiado a en el punto del Derecho a la Reparación Integral en la CS.

(134) "La designación empleada en obras especializadas y jurisprudencia de 'acreedores involuntarios' viene impuesta del derecho comparado (especialmente el estadounidense) que sí los contempla. Tal categoría se caracteriza por el hecho de que el creditor queda relacionado con el concursado por razones ajenas a su voluntad y aun en contra de su voluntad (por lo general no es presupuesto de la relación jurídica la existencia de un contrato, salvo el caso de mala praxis; hay preferentemente un previo hecho ilícito culposo o doloso generador de la obligación)". Cfr. Baracat, Edgar J., "Otra creación de los jueces activistas: el acreedor involuntario", La Ley 10/03/2014, 10, La Ley 2014-B, 90, La Ley 10/03/2014, 10, LLOnline AR/DOC/552/2014.

(135) Chomer, Héctor O., "El derecho económico social", LA LEY 26/10/2012, 1, La Ley 2012-F, 788, LLOnline AR/DOC/5335/2012.

(136) Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Comercial N.º 20, "Institutos Médicos Antártida SA s/ quiebra s/ incidente de verificación por: R. A. F. y de L. R. H. de F.", 24/05/2007, LLOnline AR/JUR/4196/2007. De forma similar, se ha resuelto otro caso de responsabilidad por mala praxis médica que dejó a un niño con graves secuelas en virtud de las normas constitucionales: CNCom., sala B, "Obra Social Bancaria Argentina s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación y pronto pago promovido por R. C. y otro", 01/10/2013, LLOnline AR/JUR/71766/2013.

(137) Junyent Bas, Francisco A., "Se abrió el cielo. A propósito de los daños a la salud del menor y la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales", La Ley 24/09/2007, 5, La Ley 2007-E, 552., LLOnline AR/DOC/2741/2007.

(138) Barreiro, Marcelo G. - Truffat, Edgardo D., "Los acreedores involuntarios: Una cuestión que ronda las puertas del debate concursal", La Ley 2008-A, 712, LLOnline

AR/DOC/3955/2007. Truffat, Edgardo D., "El Derecho Concursal en el siglo XXI", La Ley 18/12/2014, 1, La Ley 2015-A, 525, DCCyE 2015 (febrero), 3, LLOnline AR/DOC/4461/2014. CHOMER, Héctor O., "Futuro del derecho concursal", La Ley 09/08/2012, 1, La Ley 2012-D, 1299, LLOnline AR/DOC/2500/2012.

La responsabilidad objetiva de los profesionales de la salud en el Código Civil y Comercial.

Por Manuel Gonzalo Burgueño Ibarguren

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: Revista Código Civil y Comercial 2017 octubre, 241

Responsabilidad Civil y Seguros (RCyS) 2017-XII, 18

Cita online: AR/DOC/2304/2017

[Consultado: 18/08/20]

Sumario.

I. Introducción. II. La culpabilidad como principal factor de atribución y los casos en los que se entromete el objetivismo en la regulación de la responsabilidad de los profesionales de la salud en el Código Civil y Comercial. III. Factores de atribución objetiva de responsabilidad que captan porciones de la realidad de los profesionales de la salud. IV. Desigualdad con el médico dependiente del Estado. Responsabilidad por culpa exclusiva. V. Conclusiones.

Si bien el principio respecto de los servicios de salud es el de encuadrarlos entre las obligaciones de medios y la responsabilidad por culpa, existen deberes legales de resultado, cuya violación puede dar lugar a responsabilidades civiles con factor de atribución objetivo.

I. Introducción.

Históricamente, se ha entendido que la responsabilidad civil de los profesionales de la salud es, predominantemente, subjetiva (1) —al igual que la responsabilidad civil en general, a la que se reputa subjetiva en principio, salvo que hay un factor de atribución objetivo

impuesto por la ley (art. 1721 Cód.Civ.yCom.)—. No obstante, la culpabilidad ya no es un principio absoluto de esta rama especial de la responsabilidad civil; pues, coexiste con los factores objetivos de atribución que la ley regula para diversos casos.

Desde hace tiempo, se reconocen los supuestos de responsabilidad objetiva de los profesionales de la salud; aunque, se los suele estudiar caso por caso y no como supuestos especiales dentro del conjunto al que pertenecen. Nos parece interesante mostrarlos de forma agrupada, como una porción importante del derecho que regula a la realidad de los centros de salud y que es tratada en los tribunales cotidianamente en gran número de casos.

De todos modos, en algunos tipos normativos de responsabilidad objetiva, se puede requerir de la culpa de algún profesional de la salud como presupuesto de hecho de la norma para que proceda. Por eso, más que dos caras de una moneda, en esta temática, los factores subjetivos y objetivos parecen entidades normativas comunicadas como dos comarcas unidas por un puente, conformando un todo.

Anticipo al lector que este es un trabajo en el que no pretendo agotar el tema, sino simplemente brindar una exposición apenas exploratoria de la cuestión en pocas hojas y someter un par de ideas, que considero discutibles, a la crítica de la comunidad científica y profesional.

También es menester aclarar preliminarmente que, de forma desigual, el Cód.Civ.yCom. no se aplica —por el momento— a los profesionales de la salud de los centros estatales. Para estos, la responsabilidad sería siempre subjetiva y no habría supuestos de responsabilidades objetivas para los profesionales del Hospital Público en las Leyes de Responsabilidad del Estado Nacional y Provincial.

Creemos que semejante diferencia en las consecuencias de los actos, según se trabaje en el medio privado o público, es inadmisibles. Pensamos que existe una verdadera necesidad de equiparar la responsabilidad del Estado y de las personas que se sirve a las del

Cód.Civ.yCom. No puede haber dos niveles de responsabilidad distintos para una misma actividad, sin violar el derecho a la igualdad ante la ley (tanto para los dañadores, como para las víctimas).

II. La culpabilidad como principal factor de atribución y los casos en los que se entromete el objetivismo en la regulación de la responsabilidad de los profesionales de la salud en el Código Civil y Comercial.

Solo vamos a adelantar que en el sistema del Cód.Civ.yCom., la culpabilidad convive con los factores objetivos de atribución o imputación de responsabilidad. Estos últimos se aplican cuando la ley se refiere a ellos. Ante la falta de regulación legal, debe probarse la culpa o dolo de quien ha dañado para configurarse su responsabilidad civil (arts. 1721, 1722, 1723 y 1724 del Cód.Civ.yCom.).

Esas reglas generales se aplican a las responsabilidades de los profesionales de la salud, donde se requerirá del factor subjetivo para que haya responsabilidad civil. Excepto, que la ley cuente con una norma que, para un presupuesto de hecho del ejercicio profesional, imponga un factor objetivo de atribución.

II.1. Principio general: obligaciones de hacer y factor de atribución subjetivo.

El art. 1768 del Código Civil y Comercial argentino establece para los profesionales liberales, entre ellos los de la salud, que su actividad se sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. Por eso, en efecto, la responsabilidad es subjetiva, salvo que se comprometa un resultado concreto y se impute objetivamente responsabilidad (2). Esto, resulta de la lectura conjunta del artículo señalado con el art. 774 de las obligaciones de hacer, que establece una sub clasificación normativa (obligaciones de hacer de medios o resultado en tres hipótesis legales) (3).

Las obligaciones de los profesionales de la salud, en cuanto implican prestaciones tendientes a conservar la salud o a mejorarlas

son de medios (4); pues, les está prohibido que prometan la conservación de la salud o la curación —no sólo cuando se someta a plazos a la curación: quien no puede lo menos, no puede lo más. Si no se puede prometer la manutención de la salud, menos la mejoría (art. 20, inc. 1º y 2º, de la ley 17.132, acogidos en Chubut en el art. 21 de su propia ley y art. 208, inc. 2º, del Cód. Penal) (5)

La doctrina especializada agrega que en las prestaciones de salud siempre existe un alea que puede hacer imposible el restablecimiento del paciente; además, que el padecimiento o la muerte son inevitables. Por esa razón, solo se podría exigir al profesional que realice el servicio o el acto sin que comprometa el resultado de sanación (6).

Se suele decir que el interés del acreedor —el paciente— está en obligationis y no en solutionis, lo que significa que la sola prestación, la sola conducta bastan para cumplir la obligación, con independencia de que no se arribe al resultado de expectativa (7).

Como las normas de ejercicio de las profesiones de la salud no permiten prometer la conservación de la salud del paciente, como principio rector, los hechos de estos profesionales se engarzan en el objeto de obligaciones de medios (la mejoría de la salud o su manutención, como resultados, quedan fuera de la relación profesional-paciente). Si se daña al paciente en el curso de una prestación de la medicina terapéutica y reconstructiva, el factor de atribución será subjetivo —salvo vicio de las cosas empleadas o aplicación de un factor de atribución impuesto por la ley.

Las normas del ejercicio de las profesiones de la salud también circunscriben a las prestaciones de la medicina embellecedora o estética (8). Como el médico no puede prometer mantener la salud del paciente durante su intervención, el único resultado prometido es la mejoría del aspecto u otro resultado concreto (en los casos de que el pedido voluntario del paciente no pueda mejorar objetivamente su imagen según los parámetros sociales y, aun así, haya voluntad de lograr alguna modificación). Sólo esto último sería una obligación de resultado.

Por ende, si se daña la salud del paciente o se concreta un resultado luctuoso, la responsabilidad es subjetiva. Sólo se garantiza la satisfacción interés del acreedor en el resultado estético y, ante el fracaso de lo expectable, se tiene por incumplida la obligación y, si hay daño —lo que es esperable—, el factor de atribución será objetivo.

En todos los supuestos de responsabilidad subjetiva entran en juego el dolo (intención o representación del efecto de daño) y, más frecuentemente, la culpa que es la falta de la diligencia exigible por la naturaleza de la obligación, las circunstancias de las personas, tiempo y lugar —como negligencia, imprudencia e impericia (art. 1724 Cód. Civ. y Com.)

En suma, se compara la conducta desplegada con la correspondiente según la *lex artis ad hoc*, o sea, el estado de la ciencia, los protocolos, los tratamientos aceptados al momento del hecho, los procedimientos normales ante los síntomas y las posibilidades concretas que tenía el profesional en el momento y lugar de su actuación. No es lo igual la intervención de urgencia en un lugar precario, que una operación programada en un centro de alta complejidad y, tampoco, quien o quienes intervienen, según sus diferentes grados de formación y experiencia.

Como no podría ser de otra manera, el mayor deber de obrar con prudencia y conocimiento de las cosas, así como la confianza que caracterizan a las relaciones con los pacientes, tienen por consecuencia que la conducta se aprecie con mayor rigor y se tenga por culposa a una desviación menos grosera de la *lex artis* y que se aprecien los aspectos subjetivos del profesional y la naturaleza del acto (art. 1725).

El paciente debe probar en juicio la culpa de los profesionales, salvo que el juez invierta la carga de la prueba y ordene al profesional probar su diligencia. De todos modos, siempre es aconsejable realizar un esfuerzo para mostrar que se ha realizado un servicio correcto (arts. 1734 y 1735).

Mencionadas estas cuestiones básicas sobre la atribución subjetiva de responsabilidad, pasamos a explicar los factores objetivos de atribución.

II.2. Las responsabilidades objetivas de los profesionales de la salud.

Cuando me tomo la licencia de decir responsabilidades objetivas, en verdad, apunto al factor de atribución, que es solo un elemento de la responsabilidad civil. Lo que ocurre es que se atribuirá responsabilidad al profesional: si se prueba el daño, su relación causal con el hecho del profesional de la salud y no acude alguna causa de justificación que posponga a la antijuridicidad. Así, no debe probarse ni culpa ni dolo del dañador.

En este campo objetivo, no importa la ausencia o presencia de dolo o culpa: surge la obligación de reparar sin juicio de culpabilidad ni subjetividades. Entonces, el profesional inmerso en un factor de atribución objetivo no se libera probando su diligencia, sino la ruptura del nexo causal por hechos del paciente, de terceros por los que no debe responder o caso fortuito (art. 1722 Cód. Civ. y Com.).

La responsabilidad, en efecto, procede sin tener que acreditar un requisito clásico y se facilita para el actor la prueba, llevando a que el profesional pruebe la causalidad ajena para eximirse. Se nota la diferencia con los factores subjetivos de responsabilidad, que deben ser probados por el dañado y, aun cuando se invierta la carga de la prueba de la culpa, el demandado puede exonerarse si acredita que actuó con pericia y diligencia, conforme a las reglas de la profesión. Ante la objetividad del factor de atribución, la diligencia del profesional no lo libera del deber de pagar la indemnización.

Habiéndose explicado lo fundamental de la cuestión, pasamos a centrarnos en los casos puntuales de factores de atribución.

II.2.a. Las obligaciones de resultado.

Como se dijo, aparecen en el art. 1768 las obligaciones de hacer de medios y de resultado —como pauta para valorar la conducta desplegada y contrastarla con el programa prestacional debido (útil para definir si hubo pago y, por ende, cumplimiento) y como referencia para la determinación del factor de atribución (9)

Las obligaciones son de resultado, cuando la sola conducta no basta para cumplir la obligación y el interés del acreedor solo se satisface con el logro del resultado pactado o determinado en la ley —según emerge de la naturaleza y circunstancias de la obligación convenida o impuesta por ley y del resultado acordado (art. 1º.723 Cód. Civ. y Com.)

En otras palabras, en las obligaciones de resultado solo hay pago (cumplimiento), si se arriba al resultado connatural de la obligación (sea contratado o fijado por la ley) y, ante el incumplimiento del resultado, si hay daños, se impone un factor de atribución objetivo para responsabilizar al profesional por los daños que cause al incumplir la obligación.

Entonces, habrá un factor de atribución objetivo para los profesionales de la salud, cuando prometan voluntariamente un resultado o cuando lo imponga una ley —como el objeto de una relación jurídica: un deber correlativo a un derecho del paciente, que solo lo satisface en su interés como acreedor de la prestación de salud integralmente considerada, si se cumple con la actividad debida y se arriba al resultado

Ejemplo de esto último, son el deber de confidencialidad, de informar, de obtener el consentimiento informado por escrito cuando lo exige la ley, de realizar la historia clínica conforme a lo establecido en la ley, de proporcionar trato digno (todos deberes de resultado impuestos por la ley de Derechos del Paciente, cuyo incumplimiento puede no ser dañosos y no dar lugar a responsabilidad, dependiendo del caso).

Entendemos que todos estos deberes, que caracterizan a la relación profesional — paciente, son de resultado y configuran vínculos individuales (derechos y deberes) que se aúnan en comunión con la prestación de salud que es esencialmente de medios. Cada derecho se puede exigir por sí y cada uno constituye un deber que puede coaccionar la conducta del profesional. Este último, solo se libera y extingue el contrato de servicios o la relación con el paciente, si hace todo lo posible para actuar conforme a la *lex artis* y si llena todos estos resultados exigidos por la ley.

Insistimos, el profesional de la salud no puede prometer la conservación y menos el mejoramiento del estado del paciente. Por eso, creemos que todas las prestaciones terapéuticas son de medios. No obstante, si pese a la prohibición de la ley, el profesional compromete un resultado, convierte a su obligación en una de resultado a los fines civiles. En consecuencia, se aplica como pauta de verificación del cumplimiento y al factor de atribución lo que es propio de esas obligaciones. El profesional no podría alegar su torpeza para atenuar su responsabilidad (art. 269 Cód. Civ. y Com.).

En nuestra visión es excepcional la obligación de resultado del cirujano estético, limitada al resultado estético de embellecimiento — que es apreciable como un rango entre el mejor resultado posible y el resultado aceptable o al resultado prometido por encargo del paciente. Solo arribando al resultado extingue la obligación y evita al factor objetivo de imputación.

El paciente que no haya tenido una mejoría aceptable, que empeore su imagen o que no acceda al resultado pactado, podrá demandar por el daño sufrido invocando un factor de atribución objetivo (gastos de nuevas operaciones, transporte, honorarios profesionales, materiales e insumos, pérdidas de chances laborales, lucros cesantes y el daño extrapatrimonial por el padecimiento y por la lesión estética). Pero, si alguien muere o sufre un daño en su salud y demanda por ello, como el médico no compromete la conservación de la misma, el factor de atribución debe ser subjetivo (10).

Lo mismo cabe decir de cualquier tratamiento terapéutico como las operaciones de oftalmología con láser, las prácticas de ginecoobstetricia, la colocación de implantes dentales, prótesis, ortopedia, prácticas dermatológicas y todo acto médico que pueda afectar la salud, que el médico no puede comprometerse a garantizar por expresa imposición legal.

Por supuesto, sí habrá obligaciones de resultados en prácticas auxiliares, no terapéuticas, ni con impacto directo en la salud del paciente, que se desarrollan siguiendo técnicas que no permiten el apartamiento por criterio profesional —como las de laboratorio y estudios, que no pueden representar riesgo para la salud del paciente, por no haber amenaza de daños por la prestación misma (inocuidad intrínseca), y se ven afectadas por reducido impacto del desenvolvimiento profesional y del alea en la consecución del objeto de la obligación (11)

II.2.b. La responsabilidad objetiva por cosas viciosas.

Respecto al tema bajo estudio, tenemos en el Cód. Civ. y Com. un posicionamiento del legislador en favor de los profesionales liberales, en cuanto desgrava su responsabilidad por cosas y actividades riesgosas —apartándolos del principio general y amplio de responsabilidad objetiva, salvo el caso de vicio de la cosa (art. 1757).

Por eso, por más que se utilicen cosas idóneas para causar daños, por ser potencialmente peligrosas y capaces de dañar al paciente, no hay responsabilidad objetiva si funcionan correctamente y no sufren desperfectos que potencien su aptitud para causar perjuicios.

En igual sentido, se beneficia a los profesionales con la inteligencia de que su actividad no se interpretará riesgosa por su naturaleza, los medios empleados o las circunstancias de su realización (art. 1757) (12), pese a ser verdaderamente pasible de causar daños con frecuencia (13).

Más allá de la notoria ventaja que ofrece el codificador, hay que concluir en que se agrega un segundo factor de responsabilidad objetiva por vicio de las cosas empleadas, cuando causen daños por ellas mismas, de forma autónoma y fuera del dominio preponderante del profesional (14).

En este supuesto de responsabilidad objetiva, el profesional de la salud no responde de forma directa por el uso de la cosa viciosa que daña al paciente. Debe ser su dueño o guardián. Estimo que el solo hecho del contacto del profesional con la cosa viciosa al momento de causarse el daño o su uso, no lo subsumen en la norma.

Recordemos que el art. 1757 del Cód. Civ. y Com. dice que "se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella". En muchos casos, el centro de salud ejerce por medio de sus profesionales el uso, la dirección y el control de la cosa, sin que estos obtengan provecho directo de ella (de la cosa en sí misma). Si el centro de salud decide cómo se efectúa el mantenimiento, para cuantos pacientes se le da uso y a quienes, en que día, horario, lugar, por qué profesional y luca con ella, es el guardián (15). Definitivamente, el profesional de la salud, en ese tipo de nosocomios, nunca tiene la dirección de la cosa.

Es común que el profesional no obtenga provecho de la cosa en sí misma, sino de su conocimiento, destreza y actividad que realiza. La cosa es fungible para la prestación y forma parte de los recursos que le da el principal para cumplir el objeto comercial de la firma o el servicio estatal de salud. Por lo que podrá no aprovecharse de ella, mientras que a la vez hay otro sujeto que está lucrando con la cosa misma o cumpliendo un deber normativo, en razón de que tanto profesional y cosa forman parte de los factores que se organizan y estructuran como empresa o servicio público.

Por ende, si el médico es empleado o dependiente civil del centro de salud y la cosa viciosa es de propiedad del empleador o principal, no se lo debe considerar guardián. Solo el principal puede ser guardián y no concurre en ese marco una duplicación de guardias. Distinto es

cuando el profesional debe la prestación de salud y se sirve de las cosas de un centro médico, por ejemplo, para realizar el cumplimiento del objeto de la obligación que adeuda. En este caso, sí obtiene un provecho de la cosa, junto a su actividad; porque sin ella no podría concretar la prestación que comprometió personalmente a su paciente (16).

En síntesis, creemos que la cosa viciosa responsabiliza al profesional de la salud que es su dueño y al que le debe la prestación al paciente, de forma directa y de mutuo acuerdo, y la ejecuta sirviéndose de cosas viciosas ajenas que dañan a su paciente; porque en este caso, si bien no tiene uso, control y dirección de la cosa, la requiere para cumplir un servicio por él debido en razón de que contrajo personalmente la obligación y obtiene provecho de la cosa en sí misma.

II.2.c. El ejercicio ilegal e irregular de la medicina.

Aquí queremos sentar posición, respecto de la interpretación que corresponde hacer, ante la realidad del ejercicio de las profesiones vinculadas a la salud: siendo la norma general de responsabilidad objetiva por cosas y actividades riesgosas el art. 1757 del Cód.Civ.yCom. y el art. 1768 una excepción, se debe entender por actividad riesgosa la desarrollada irregularmente por quienes no hacen un ejercicio lícito de la profesión, quienes actúan indebidamente en el campo de una especialidad para la que no cuentan con la titulación requerida, quienes realizan intervenciones complejas o tratamientos invasivos fuera de centros de salud habilitados o realizan actividades propias de un quirófano en un consultorio, etc.

Dicho de otra manera, para ser tratado como profesional liberal de la salud y eximido de la regla general, hay que serlo, desempeñar la actividad reglamentariamente (arts. 13, 14 y 15 de la ley 17.132) y en los lugares correspondientes (art. 16 de la ley 17.132). El ejercicio ilegal de la medicina o el ejercicio irregular se deben considerar

actividades riesgosas por su naturaleza, los medios empleados o las circunstancias de su realización.

Lo mismo cabe decir respecto de las cosas de que se sirven los que ejercen la profesión clandestinamente, por fuera del ámbito de incumbencias para el que tiene titulación y quienes utilizan productos sabidamente perjudiciales para la salud.

En todos los casos, no aludimos a quien circunstancialmente tenga que auxiliar en la calle o al médico que atiende urgencias. Hacemos mención a médicos y "centros de salud" que no satisfacen los requisitos elementales del ejercicio profesional válido y lícito. En todas nuestras ciudades y, a toda hora, en la televisión hay sobrados ejemplos de estas realidades que no pueden permanecer ajenas al derecho ni ser favorecidas con la atenuación de responsabilidad que ampara a los profesionales que ejercen dignamente su profesión. En conclusión, se les debe aplicar el principio general de atribución objetiva de responsabilidad por riesgo.

III. Factores de atribución objetiva de responsabilidad que captan porciones de la realidad de los profesionales de la salud.

Fuera de las normas especiales de responsabilidad de los profesionales, inclusivas de los profesionales de la salud del art. 1768 del Cód.Civ.yCom., hay otras reglas generales de atribución de responsabilidad objetiva que atrapan circunstancias fácticas que se desenvuelven en el ejercicio profesional de este tipo de carreras, como son las prácticas en equipos. Ejemplos claros de casos de responsabilidades objetivas para las prestaciones que deben cumplirse por un grupo de personas son: la de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (art. 1753 del Cód.Civ.Com.) y la responsabilidad colectiva por hechos dañosos de un agente indeterminado o anónimo dentro de un grupo determinado (art. 1761 del Cód.Civ.yCom.).

Por otro lado, cuando la prestación de salud se lleve a cabo por grupos de personas que no cuentan con título habilitante y

matriculación para el servicio o acto de que se trate o se realice en lugares no habilitados ni preparados para que se efectúe allí la práctica se estará ante un caso de actividad peligrosa de un grupo (art. 1762 Cód.Civ.yCom.).

En todos estos casos hay particularidades importantes que destacar y cuestiones que explicar. Por eso pasamos a desarrollar lo más saliente de cada una de las hipótesis mencionadas.

III.1. Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. El caso del jefe del equipo médico.

Cuando la prestación de salud se lleva a cabo en grupo o equipo, como por ejemplo en las intervenciones quirúrgicas, puede ser que el profesional jefe de equipo comprometa su responsabilidad individual por culpa u otro factor de atribución, si es él quien causó el perjuicio en el paciente.

También puede pasar que el hecho tenga autoría en algún otro sujeto del grupo, en ejercicio u ocasión de sus funciones durante la actuación del equipo, y que se logre individualizar quien fue. En este caso, siendo el dañador identificado, responde de forma directa —por su culpa u otro factor de atribución— e, indirectamente, el jefe del equipo médico, podría responder de forma objetiva por ser quien coordina, dirige y controla la actividad. En efecto, se estaría en presencia de una responsabilidad refleja o indirecta que prescinde de la culpa o acreditación de la diligencia del galeno (17), fundada en la garantía (18).

Usualmente, se concluye que, en estos casos, el profesional es responsable; puesto que la noción de dependiente en el Derecho Civil es amplia: basta con que el jefe de equipo tenga alguna facultad para dirigir el trabajo ajeno, para ingresar por la puerta grande al tipo normativo del factor de atribución objetiva y cargar con el efecto de la responsabilidad civil de indemnizar el daño (19).

Ahora bien, el art. 1753 del Cód. Civ. Y Com. No es idéntico al 1113, ár. 1º, del Cód. Civil derogado. No solo prevé la responsabilidad objetiva por el hecho del dependiente sino la que corresponde por el hecho de los auxiliares —sujetos a los que se delega el cumplimiento de una obligación asumida—. En ambos supuestos, se advierte que hay delegación de la función, pero no de la responsabilidad (20).

El cambio normativo merece algunas consideraciones, por supuesto. No obstante, creemos que en este factor de atribución, puntualmente, tenemos mucho que repensar. No solo por la incorporación de la responsabilidad por el hecho de las personas de quien alguien se sirve para cumplir las obligaciones que ha asumido; sino, porque la realidad de cada centro de salud y de cada caso es muy especial. Dificilmente, encontremos dos clínicas que trabajen un quirófano de igual manera y que tengan las mismas relaciones jurídicas con los profesionales que trabajan en ellas, permanentemente o de forma circunstancial. Es más, de profesional a profesional hay diferencias en el vínculo con el centro de salud, el paciente y los demás intervinientes en la medicina de grupo.

Por eso, no creemos que todo caso de daños en la medicina de sujeto plural se subsuma en esta norma de forma automática y que el jefe de equipo vaya a ser siempre responsable por el hecho de un sujeto determinado como causante del daño. Estimamos que la realidad debe primar y que no se debe escatimar en el análisis de los hechos del caso, para determinar las preguntas del millón: ¿quién es el verdadero principal y quienes dependientes en un caso concreto? O, ¿quién es el verdadero obligado que se sirve de otros para cumplir sus obligaciones con el paciente en concreto?

Puede pasar que un médico determinado sea titular de su centro de salud, empleador de los auxiliares y jefe del equipo médico, cuya actuación terminó con la generación de un daño por parte de un dependiente (no siendo jefe de equipo, respondería por la misma norma). También, es posible que el jefe de equipo médico haya sido el que comprometió el servicio de salud con el paciente y consiguiera un

quirófano con personal —sirviéndose de estos para prestar su servicio y cumplir su obligación— (21). En estos casos, el jefe de equipo médico es principal y debe responder objetivamente por los daños causados por dependientes y auxiliares.

Pero, cuando el jefe del equipo médico es empleado del centro de salud y opera junto a otros profesionales auxiliares, que son empleados del mismo centro de salud, o su actividad es exclusiva con el centro de salud —fijando este el consultorio que debe usar, los horarios de atención, los horarios de uso de quirófano, el personal que lo acompañará, la provisión de insumos, la designación del médico anestesista, etc.— la situación del médico respecto de los demás miembros del equipo es de codependencia; puesto que es el centro de salud el que dirige todo el ejercicio de la profesión —salvo la autonomía científica—. En estos caso, podrá, incluso, no haber dependencia laboral, pero sí la hay civil y el médico es dependiente a los efectos del Código (22). De ser así, el médico no es principal, está subordinado jurídicamente (23); lo es el centro de salud. Por ende, la tarea del jefe del equipo médico no es receptada por el art. 1753 del Cód. Civ. Y Com.

Lo mismo ocurre cuando un paciente ingresa a un centro de salud y contrata el servicio con el centro, elige uno de los profesionales de la cartilla impersonalmente o ni siquiera los elige, recibe toda la atención en el mismo lugar, es operado ahí mismo y sufre un daño por un auxiliar miembro del equipo. Esta realidad que describimos, demuestra que el centro de salud se sirve del médico, enfermeros, instrumentistas, anesthesiólogos, entre otros, para cumplir sus obligaciones. En efecto, el centro de salud es el principal y no se hace aplicable tampoco el art. 1753 al médico. De la misma forma, las obras sociales y prepagas que delegan el cumplimiento de sus obligaciones en auxiliares o dependientes pueden ser principales.

Doy ejemplos de realidades que existen en nuestras ciudades, que demuestran que el ejercicio de las profesiones de la salud es altamente complejo, no se estructura de forma estandarizada y las relaciones que

se establecen entre las empresas y las personas que prestan los servicios no son homogéneas.

A estos hechos heterodoxos y multifacéticos no se los puede encorsetar siempre y como regla general en el art. 1753. Por eso, antes de imponer una responsabilidad objetiva a un profesional que responde, mayoritariamente, de forma subjetiva, se debe comprobar que es el principal real o quién comprometió la obligación por la que se sirve de otros. De lo contrario, la consecuencia jurídica se le asigna al profesional en su perjuicio, agravando su responsabilidad, sin que se dé la base de hecho suficiente para la aplicación de la norma.

En suma, entiendo que el profesional de la salud no responde siempre en las prestaciones grupales por los hechos de otros profesionales que conforman equipo. Puede que los hechos sí sean atrapados en la norma y, contrariamente, puede que el verdadero principal u obligado sea el centro de salud u obra social. No hay una única solución posible, dependerá de los hechos y del marco de relaciones contractuales de los profesionales que cumplieron el servicio o acto grupal de salud —tanto con el paciente, como entre ellos y con el centro asistencial, prepaga u obra social.

Existe un fundamento más para mostrar la situación anómala e injusta a la que se sometería al jefe de equipo profesional, llevando a supuestos de desigualdad ante la ley. El profesional médico sería el único eslabón de una actividad profesional o económica que recibiría este tratamiento perjudicial, como una regla ampliamente aceptada de responsabilidad objetiva.

Si se tratara a todos los que pueden direccionar el trabajo de otros de igual manera que al jefe de equipo médico —sin atender a las diferentes situaciones de hecho—, se tendrían que efectuar razonamientos que no se aplican en la práctica a otras actividades. Damos algunos ejemplos:

1) Si un colectivo de transporte de pasajeros causa daños por culpa del conductor, debería responder objetivamente el supervisor, el gerente operativo y el gerente de la empresa por ser quienes dirigen y

coordinan la actividad; 2) si un trabajador le causa un daño a un compañero o a terceros, deberían responder todos los que dirigen sus actividades: supervisores y gerentes; 3) sin perjuicio de las nuevas leyes de responsabilidad del estado, la doctrina debió haber propiciado durante la vigencia del Código anterior que respondan por el hecho de un alumno en la escuela, la maestra, la directora, la supervisora, el ministro de educación y el gobernador, que son los que direccionan, coordinan las actividades de los centros educativos. En los colegios privados se podría demandar por responsabilidad objetiva a todos los directivos y responsables que organicen el trabajo en la escuela —por más que algunos sean empleados—; 4) de la misma forma, en cualquier actividad donde exista una estructura jerárquica, debería ser principal cualquier eslabón superior del que causa del daño.

Esto nunca se ha entendido así. En todas las demás organizaciones empresariales o estatales, el principal es la empresa o el ente estatal, que organiza los factores y desenvuelve la actividad general en la que participan las persona físicas que son las que pueden causar el daño. No son principales las líneas medias ni los que tienen un control circunstanciado a un área o actividad.

Por eso, si vamos a tratar a los profesionales de la salud de la misma forma que a todos los demás, debe serse muy meticuloso en el estudio y acreditación de su calidad de verdadero principal. No debe responder como principal, si hay un riesgo de empresa que lo exorbita, una dirección y coordinación de tareas que lo incluye y lo sobrepasa o es la herramienta de la prestación de servicios prometidos por otro, como no lo hace ningún otro eslabón medio de las demás actividades profesionales y económicas. Hay que buscar al principal en la empresa de salud o en el establecimiento público —cuando terminemos de arreglar el problema jurídico que generó la política con las leyes de responsabilidad del estado.

No son admisibles los fundamentos que justifiquen la precarización laboral del profesional de la salud (el médico es al menos civilmente dependiente del centro de salud, no va cuando quiere, no atiende a quien quiere y no usa los medios a voluntad. La

organización es la que dirige como una orquesta a los servicios y a las personas que deben prestarlos).

Tampoco es válido que aludan a la importante responsabilidad del jefe de equipo, que debería controlar todo, verlo todo, saberlo todo, ordenarlo todo, inspeccionar el quirófano, la aptitud de las máquinas, personas y cosas y todo cuanto haga a la prestación (como un ser omnisciente). El mayor deber de actuar con diligencia y prudencia no es propio de las responsabilidades objetivas. En todo caso, si se prueba alguna falla del profesional debe invocarse su culpa, a menos que sea el verdadero principal y deudor de la obligación.

Por otro lado, el médico no da garantía ni seguridad por su prestación, entendidas de forma tal que den lugar a un factor de atribución objetivo que justifique su responsabilidad por los hechos de las personas con las que trabaja, sin que sean sus dependientes reales. No hay norma alguna que imponga otro factor de atribución objetivo sobre el profesional de la salud a título expreso de garantía o seguridad (sin norma no hay responsabilidad objetiva).

En conclusión, la responsabilidad objetiva de los jefes de los equipos de salud dependerá de que satisfagan los requisitos de la norma y de que sean los verdaderos principales. Si no, su responsabilidad objetiva es improcedente y se los carga con una responsabilidad mayor que a cualquier otro jefe de otra estructura de servicios, empresa o no. Ante la falta de acreditación de la cualidad de principal o de deudor de la prestación, corresponde aplicar las normas de la responsabilidad subjetiva.

III.2. Responsabilidad colectiva. Autor anónimo dentro de un grupo determinado.

Según el art. 1761, para la materia bajo estudio, la responsabilidad colectiva procede si se desconoce quién ha sido el causante del daño al paciente, en el despliegue de una actuación grupal de profesionales determinados. Por ejemplo, cuando un equipo de salud interviene

conjuntamente o una pluralidad de profesionales actúa sucesivamente o de forma superpuesta (24).

Debe haber un grupo de profesionales determinados, en cuya actuación se causó un perjuicio al paciente y desconocimiento de quien ha sido el agente autor del mismo. En estos casos, cada profesional actuante debe responder por el todo frente a la víctima—de forma solidaria.

Pero, en lo que nos interesa, la culpa o dolo del profesional son indiferentes, incluso si prueba que actuó con diligencia. La carga de la prueba, que pesa sobre cada miembro inocente del grupo, es la de que no ha contribuido a causar el daño. Es decir, debe probar la causa ajena, lo que es propio de los factores de atribución objetivos. Debe, en efecto, probar el hecho de la víctima, de un tercero por el que no deba responder, el caso fortuito, que no formaba el grupo o la ausencia cabal de autoría de su parte (sin llegar a probar la autoría de un tercero). En otras palabras, que su actuación no causa el resultado de daño concreto, conforme a pautas de normalidad y previsibilidad.

Se advierte que este supuesto de responsabilidad colectiva es plenamente aplicable a la realidad de nuestros profesionales de la salud.

III.3. Responsabilidad colectiva. Grupo de riesgo.

Los grupos de profesionales de la salud, en casos que actúan con desapego a las reglas del ejercicio profesional, pueden ser pasibles de otra responsabilidad objetiva, por conformar un grupo que desarrolla una actividad peligrosa para los pacientes.

Este tipo normativo puede captar a los hechos de los profesionales de la salud que actúan grupalmente de forma ilegítima o irregular, ejerciendo funciones que no son las de su incumbencia técnica y científica o realizando actos en lugares no habilitados ni apropiados para la práctica que se realice.

En estos casos, la responsabilidad de todos los integrantes del grupo es solidaria y se le puede exigir a cada profesional que pague el total de la indemnización del daño causado por el grupo, aunque en un caso determinado no haya estado presente; puesto que el grupo de riesgo se integra por todos sus miembros y son todos responsables aunque el daño se haya causado por uno o algunos de sus miembros.

La única forma de liberación de responsabilidad posible es la acreditación de que el profesional no integraba el grupo de riesgo (25). En este caso, el profesional debería probar que ejercía regularmente la medicina o profesión de la salud y que no realizaba actos en lugares inapropiados.

IV. Desigualdad con el médico dependiente del Estado. Responsabilidad por culpa exclusiva

Por un capricho o conveniencia política, se sacó a la responsabilidad del Estado, sus funcionarios, empleados y agentes del Código Civil y Comercial. A la par, se reguló una Ley de Responsabilidad para el Estado Nacional y las personas físicas que actúan en él y en algunas provincias elaboraron las propias.

Las normas de responsabilidad para agentes del servicio de salud requieren de una actuación ponderable como falta de servicio (actuación irregular), imputable al profesional por culpa o dolo (art. 9° de la ley 26.944). No habría factores de atribución objetivos y gozarían de una posición más ventajosa que los profesionales del sector privado. Por ende, hay una menor responsabilidad para estos profesionales en el campo estatal, lo que es inadmisibles.

A nuestro entender, las leyes de responsabilidad del estado tienen regulaciones de responsabilidad civil más beneficiosas para el dañador que el Cód. Civ. y Com., en perjuicio de la víctima. Cada artículo y regla tiene su cortapisa frente al más amplio régimen civil. En cuanto a los profesionales de la salud, sería menos gravoso trabajar en el estado, siendo que esa sola particularidad no tiene por qué modificar el grado de responsabilidad ni representar ventajas tan ostensibles

(como la eximición de los factores objetivos que pesan sobre el mismo profesional si, también, ejerce la actividad privada). Sin dudas, se viola el derecho a la igualdad entre iguales para dañadores y víctimas.

V. Conclusiones

El Código Civil y Comercial de la Nación establece un abanico de opciones de responsabilidades objetivas para los profesionales de la salud. Por un lado, algunas surgen de la norma especial para profesionales liberales del art. 1768 y otras de reglas generales de responsabilidad sin culpabilidad, que se prevén para todo tipo de casos, que bien pueden atrapar hechos de profesionales de la salud.

Si bien el principio respecto de los servicios de salud es el de encuadrarlos entre las obligaciones de medios y la responsabilidad por culpa, existen deberes legales de resultado, cuya violación puede dar lugar a responsabilidades civiles con factor de atribución objetivo.

Lo mismo puede ocurrir con el resultado prometido por el cirujano estético en la medicina voluntaria y con aquellos servicios médicos que no están sujetos a un alea ni son pasibles por sí mismos de afectar la salud del paciente, como el análisis de laboratorio, atento a que los profesionales de la salud al actuar no pueden garantizar ni la conservación ni el mejoramiento de la salud.

Los médicos deben responder por el vicio de las cosas utilizadas en su servicio, cuando sean dueños o guardianes. Esta última circunstancia debe ser ponderada con toda prudencia y no se infiere del solo uso de la cosa, sino de la acreditación de la concurrencia de todos los aspectos incluidos en la norma del art. 1757. Tampoco el obtener ganancias del trabajo realizado significa provecho de la cosa. Usualmente, la guarda estará en cabeza del centro de salud. No es compatible con un profesional dependiente y no se puede establecer a la vez en cabeza del centro de salud y del profesional. Creemos que es guardián el médico que alquila el quirófano y las cosas habidas en él, en la medida de las obligaciones que asume como locatario.

Los profesionales de la salud pueden responder por cláusulas generales de responsabilidad objetiva.

Pueden ser subsumidos en la norma de responsabilidad del principal por el hecho del dependiente o de los auxiliares. Para ello, debe ser el verdadero principal o quien ha comprometido la prestación. Si no se da esa situación con cabal acreditación, deben responder por culpa o dolo.

Pueden ser englobados en la categoría de la responsabilidad colectiva por autoría anónima, si hay certeza de causar un daño y desconocimiento de quien lo ha ocasionado dentro de un grupo de personas determinadas.

Los profesionales de la salud que trabajen irregularmente o ilegalmente o fuera de lugares habilitados y aptos para la prestación a realizarse son pasibles de responder objetivamente por actividad y cosas riesgosas. Si pluralmente, se organizan para dar prestaciones de salud irregularmente o ilegítimamente en conjunto, como un grupo de riesgo, responden como tal, con una responsabilidad aún más agravada.

Se debe equiparar la situación del profesional de la salud que trabaja en el Estado a la del que ejerce en el medio privado. Existe una gran diferencia entr ambas y ello no resiste un test de constitucionalidad por tratarse diferente a quienes están en igual situación.

Referencias Bibliográficas.

(1) Trigo Represas, Félix; López Mesa, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, 2ª ed., t. IV, p. 268; Busto Lago, José Manuel, en Busto Lago, José Manuel — Reglero Campos, Fernando L. (coords.), Lecciones de responsabilidad civil, Ed. Thomson Reuters — Aranzadi, Navarra, 2013, 2ª ed., p. 300. Incluso, los criterios judiciales han sido generalmente restrictivos y han requerido de la prueba cabal de la culpa del profesional de la

salud. Cfr. Pizarro, Ramón D. — Vallespinos, Carlos G., "Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2012, t. V, p. 375.

(2) "La responsabilidad será subjetiva, cuando la obligación sea de medios y objetiva, cuando la obligación sea de resultado". Cfr. ESPINOZA, Juan, "Derecho de la responsabilidad civil", Ed. Rodhas, Lima, 2013, 7ª. ed., p. 766.

(3) Por supuesto, el carácter legal de la distinción (que las regula en las obligaciones de hacer) no afecta que sean, también, obligaciones de resultado las de no hacer y las de dar, como ya venía señalando la doctrina. Cfr. Mariño López, Andrés, "El factor de atribución y la causa eximente en la responsabilidad contractual", en AA.VV., Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual ¿Es posible y conveniente unificar ambos regímenes?, Ed. Jurivec, Lima, 2015, p. 100. Esta interpretación cabe para la aplicación del factor de atribución objetivo a los daños causados por inejecución o cumplimiento defectuoso en las obligaciones de no hacer y de dar, puesto que se infiere de la naturaleza misma y de las circunstancias de la obligación que se adeuda un resultado (art. 1723).

(4) Le Tourneau, Philippe, "La responsabilidad médica en el derecho francés actual", en López Mesa, Marcelo J. (dir.), Tratado de responsabilidad médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria, Ed. Legis, Buenos Aires, 2007, p. 415.

(5) López Mesa, Marcelo J., "Teoría General de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado", en LÓPEZ MESA, Marcelo J. (dir.), ob. cit., p. 95.

(6) "El médico, en principio, asume una obligación de actividad, diligencia y prudencia, conforme al estado actual de la ciencia médica, siendo, por consiguiente, deudor de una obligación de medios, por cuanto su actividad se halla siempre presente un elemento aleatorio, en el sentido de que el resultado buscado no depende exclusivamente de su proceder, sino también de otros factores, endógenos y exógenos a su actuación, que escapan a su control". Galán Cortés, Julio César,

"Responsabilidad civil médica", Thomson — Civitas, Navarra, 2005, p. 63.

(7) "Hay obligaciones que tienden a la obtención de un resultado determinado que deberá lograrse, mientras que otras se refieren solamente a la conducta que el deudor deberá observar en condiciones y dirección determinadas. Las primeras son las obligaciones de resultado, las segundas, las obligaciones de medios. En ambas obligaciones aparece el interés del acreedor en su cumplimiento, solo que en las obligaciones de medios ese interés que aparece in obligatione es aleatorio, contingente, potencial, eventual, 'razón por la cual es bastante para actuar el contenido de la obligación —in solutione— con la observancia de la conducta prudente y diligente del deudor, con su mera actividad o esfuerzo... contrariamente, en los deberes de resultado la conducta reveladora del cumplimiento de los recaudos de previsión y evitación (o evitabilidad) no deviene suficiente para satisfacer la prestación, se torna vacua —a nuestro juicio—, pues es menester alcanzar el fin, objetivo o efecto perseguido por el acreedor, que es, precisamente, el resultado que califica la obligación". Cfr. Vázquez Ferreyra, Roberto A., "Las obligaciones de medios y de resultado en el Código Civil y Comercial", RCCyC, octubre 2015, p. 146, LL Online AR/DOC/3080/2015.

(8) En Argentina no se puede hablar de profesionales y clientes, porque quedan atrapados en la Ley de Derechos del Paciente, único régimen que regula la autonomía de la voluntad, la información y la documentación clínica de las personas que se someten a todo tipo de prácticas en centros de salud. Por otro lado, el profesional queda sujeto a las leyes del ejercicio de la medicina. En ambos casos, es más favorable la situación de ambos polos de la relación profesional-paciente, que si se sujetara a la LDC.

(9) "En consecuencia, en una obligación de medios, si el deudor demuestra que se comportó diligentemente, al mismo tiempo está demostrando que ha cumplido. En cambio, en una obligación de resultado, la diligencia del deudor en el cumplimiento de la obligación

(ausencia de culpa) queda fuera de cuestión, debiéndose, pues, concluir que el solvens sólo cumplirá con el deber obligacional asumido, cuando haya dado satisfacción al interés último o definitivo esperado por el acreedor (v. gr., en el contrato de transporte, el transportista se compromete a una finalidad determinada: llevar sano y salvo a destino al pasajero). Ello no ocurrirá en una obligación de medios, en donde el deudor cumplirá con el deber asumido (pagará) solamente desplegando una conducta diligente tendiente a la concreción del fin buscado. En síntesis, la responsabilidad será objetiva en las obligaciones de resultado y subjetiva (como regla general) en las obligaciones de medios; este mismo principio, es el que ha quedado consagrado legislativamente, con posterioridad, en el art. 1723 del Código Civil y Comercial argentino". Cfr. Calvo Costa, Carlos A., "La culpa médica en el Código Civil y Comercial", La Ley 04/11/2015, 4, La Ley 2015-F, 632, LL Online AR/DOC/3755/2015.

(10) "Si bien la actividad del cirujano plástico se considera con mayor rigurosidad no lo es por tratarse de una obligación de resultado, sino que se trata de una obligación de medios, ya que el hecho de someter a una intervención quirúrgica a una persona que goza de buena salud es exponerla a que por diversas contingencias su salud se vea afectada y por lo tanto mayor será el deber de diligencia del galeno quien debe sopesar la pretensión de la paciente, sus expectativas y las posibilidades de éxito y riesgos, informando sobre ellos con la mayor claridad y precisión". CNCiv., sala I, 03/02/2015, S. N. B. c. P. E. G. s/ daños y perjuicios, La Ley 17/04/2015, 7, LA LEY 2015-B, 474, LL AR/JUR/937/2015. "La acción de daños por mala praxis promovida por un paciente se sometió a una cirugía de microtransplante capilar debe rechazarse, pues el perito designado de oficio se expidió en el sentido de que, si bien aquel presenta una cicatriz en el cuero cabelludo, no es objetable la forma y ubicación del implante, a la vez que se siguieron los procedimientos acordes con las prácticas médicas correspondientes as una buena técnica quirúrgica". CNCiv., sala E, 14/08/2014, D. L. T. A. T. c. A. H. S. y otros s/ daños y perjuicios-prof. médicos y aux., LL AR/JUR/44818/2014.

(11) "El diferente trato reservado para algunas prestaciones médicas (consideradas, sustancialmente, como obligaciones 'de resultado') deriva del hecho de 'que en concreto, su ejecución presenta un alto grado de vinculatoriedad, debiéndose evaluar el resultado mismo en función a reglas técnicas muy específicas', con la consecuencia de que 'cuando la vinculación entre el respeto de la regla técnica y la obtención de un cierto resultado sea estrecha, la necesidad de distinguir entre comportamiento y resultado desaparecerá, en tanto la evaluación de uno se refleja automáticamente en la del otro'". D'AMICO, Giovanni, "Contribución a la teoría de La responsabilidad contractual. La Responsabilidad ex recepto y la distinción entre obligaciones 'de medios' y 'de resultado'", Moreno Moore, César E. (trad.), Legales Ediciones, Lima, 2015, p. 239.

(12) Esta benévola visión del profesional y, especialmente del profesional de la salud se justifica "por la teleología y el acendrado carácter bienhechor que, ab initio, escolta y sublima el acto médico, a lo que se agrega el denominado 'alea' médico o terapéutico, ínsito en el acto galénico, ¿cuánta diferencia media entre la conducción de una locomotora, de un tractor, el empleo y disparo de armas de fuego y la utilización de centrales nucleares, sólo para citar algunos manidos ejemplos, y la nobilísima tarea llevada a cabo por un galeno? Sin duda, oceánica, o sea enorme". Jaramillo J., Carlos I., "La Culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica", Pontificia Universidad Javeriana — Grupo Ed. Ibáñez, Bogotá, 2010, p. 124.

(13) "La vocación de la medicina es contrariar las leyes de la naturaleza, es aquél campo donde el hombre ha osado rechazarlas, y, en tal intento, los sofisticados medios por él utilizados entrañan la realización de daños cuya reparación se torna fuera de su alcance. Se trata de una eventual realización de riesgos que pueden traducirse en daños no sólo a la integridad física de la persona, sino también, daños al patrimonio económico y moral". Fernández Muñoz, Mónica L., "La responsabilidad médica. Problemas actuales", Ed. Ibáñez, Biblioteca de Tesis Doctorales, Bogotá, 2008. p. 372. En una visión que no comparto, la doctrina nacional prohíja la idea de que la medicina no es una actividad riesgosa. Cfr. Calvo Costa, Carlos A., "Daños

ocasionados por la prestación médico-asistencial. La Actuación de los operadores del 'sistema de salud' analizada a través de la doctrina y jurisprudencia", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, ps. 392 y 393.

(14) Ejemplos de cosas viciosas son: 1) artefacto para depilación definitiva que causa quemaduras. Cfr. CNCiv., sala L, C., C. V. c. Instituto Quirúrgico Laser S.A. y otro s/ daños y perjuicios — resp. prof. médicos y aux., 18/11/2014, RCyS 2015-VIII, 113, La Ley AR/JUR/90110/2014, 2) catéter que se rompe y que se debe extraer por otra operación, cfr. CNCiv., sala L, Méndez de Alcaraz, Lidia c. Metropolitano Sanatorio Privado s/ daños y perjuicios — resp. prof. médicos y aux., 16/05/2012, La Ley AR/JUR/26759/2012, 3) Maquina emisora de calor de onda corta, utilizada en kinesiología que causa quemaduras. Cfr. CNCiv., sala F, "Cortaza Villalba, Margarita c. Hospital General de Agudos Dr. Carlos G. Durand y otro", 06/09/2008, RCyS 2008, 1175, La Ley AR/JUR/10199/2008. Otro caso común en la jurisprudencia argentina es el de la sangre infectada por algún virus o enfermedad y que se utiliza para una transfusión. En estos casos, no se suele condenar a los profesionales de la salud y sí a los centros asistenciales.

(15) Recordemos las palabras del maestro Le Torneau, sobre la jurisprudencia francesa que claramente alumbró a nuestra nueva normativa: "La guarda se caracteriza por el poder de uso, de control y de dirección... Las tres expresiones son más o menos sinónimas, y la jurisprudencia no busca aplicarlas distintamente. Más globalmente, la guarda implica la dominación o señorío sobre la cosa. El uso, es el hecho de servirse de la cosa, en su interés, en ocasión de su actividad, cualquiera que sea, incluida la profesional. El control significa que el guardián puede vigilar la cosa, e inclusive, al menos si él es un profesional, que tiene la aptitud para impedir que ésta cause daños. Finalmente, la dirección manifiesta el poder efectivo del guardián sobre la cosa: él puede utilizarla a su gusto, hacerla desplazar hacia donde él lo desea, de manera independiente. La guarda implica pues la autonomía del guardián...". Le Tourneau, Philips, "La responsabilité civile", Ed. PUF, París, 2003, ps. 119/120. Cit. por López Mesa, Marcelo J., "El guardián en la responsabilidad por el hecho de las

cosas", La Ley 14/05/2014, 1, La Ley 2014-C, 755, La Ley AR/DOC/1554/2014.

(16) Con el maestro López Mesa, acuerdo en que la calidad de guardián no le puede caber a dos personas a la vez, puesto que una excluye a la otra, y que tampoco es propia de la tenencia que puede realizar un empleado o dependiente. Por otro lado, la situación del profesional que promete la prestación de salud y que renta un quirófano y sus cosas, es equiparable a la excepción del contrato de locación. En este caso, dueño y médico son guardianes de la cosa, conformando un complejo mosaico, en la medida de las funciones y deberes de cada sujeto. Esto tampoco conduce a que el médico sea siempre responsable como guardián. Cfr. López Mesa, Marcelo J., ob. cit.

(17) Calvo Costa, Carlos A., ob. cit., p. 437.

(18) Trigo Represas, Félix A., "Reparación de daños por 'mala praxis' médica", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, 2° ed. actualizada, p. 59.

(19) "Como regla general los miembros del equipo médico pueden ser juzgados como dependientes del cirujano jefe y por ello responsabilizan a éste cuando cometen un perjuicio injustificado. Pero la responsabilidad del jefe de equipo sólo puede extenderse hasta donde éste efectivamente pudo ejercer algún control o supervisión". CCiv. y Com., sala I, Azul, Buenos Aires, "Sucesores de Dora Raquel Rodríguez c. Sucesores de Juan Carlos Geraghty s/ Daños y perjuicios", 15/11/2012, Ed. Rubinzal Online, RC J 10424/12. "El fundamento de la responsabilidad del jefe del equipo médico —en el caso, unidad de terapia intensiva— se encuentra en la existencia de una obligación tácita de seguridad, por el cual el jefe del equipo se compromete por el hecho de sus auxiliares (art. 1113, Cód. Civil) y la responsabilidad de éste se extiende efectivamente al garantizar las prestaciones que realizan sus dependientes y que controla o supervisa, pues el jefe del equipo es el que orienta, supervisa coordina y controla". CCiv. y Com., sala I, La Matanza, "P., G. y otra c. Clínica

Modelo Los Cedros S.A. y otro s/ Daños y perjuicios", 02/12/2014, Rubinzal Online, RC J 8928/14.

(20) Para Le Torneau "en el incumplimiento del facultativo, evidentemente hay que incluir el de sus dependientes, según la regla habitual (porque el deudor es siempre responsable de la buena ejecución de sus obligaciones, y por consiguiente, indirectamente, de todos los que él introduce en la ejecución del contrato, tanto de sus auxiliares como de aquellos por los que se ha hecho sustituir por subcontratación, en virtud de la fuerza obligatoria del contrato y de la expectativa legítima que este último hace nacer en el acreedor)". LE Tourneau, Philippe, *ob. cit.*, p. 417.

(21) Para el profesor Calvo Costa, lo sustancial radica en quien efectúa la elección de los profesionales. Si es hecha por el médico, este responde objetivamente. Si es efectuada por el paciente, no. Cfr. Calvo Costa, Carlos A., *ob. cit.*, p. 436. Similarmente, para Ghersi, "En el caso de equipo médico, la responsabilidad del jefe se asume como solidaria por el conjunto de profesionales, que él ha elegido y de los cuáles es su líder" Cfr. Ghersi, Carlos A. — Ghersi, Carlos A. (dr.) — Weingarten, Celia (coord.), "Tratado de daños reparables", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, t. III, p. 181. El Dr. Bueres consideraba que en el campo contractual entre el médico y paciente, aquel responde por los auxiliares que emplea y en el ámbito extracontractual existiría obligación de garantía por el hecho de los dependientes. Bueres, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", Ed. Hammurabi, 3ª ed. renovada, reimpr., Buenos Aires, 2010, p. 436.

(22) Yzquierdo Tolsada, Mariano, "Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y Especies. Elementos. Efectos o consecuencias", Ed. Dykinson, Madrid, 2015, p. 315.

(23) Bueres, Alberto J., *ob. cit.*, p. 112.

(24) En mi opinión, siguiendo a la ley, lo dirimente es el carácter anónimo de la autoría y la determinación del grupo de intervinientes, sea equipo médico o no. Bueres, previo a la reforma, tenía la idea de que la responsabilidad colectiva procedía en los casos de trabajo de

múltiples profesionales que no formaban equipo. Cfr. Bueres, Alberto J., ob. cit., p. 465.

(25) "La responsabilidad de los miembros del grupo que desarrolla actividades riesgosas es objetiva, en virtud del riesgo creado por la actividad peligrosa del grupo. Solo podrá eximirse de responsabilidad quien demuestre que no integraba el grupo. Por ello la prueba de quien fue el autor del hecho no constituye un eximente de responsabilidad". Cfr. TanzI, Silvia — Casazza, María Soledad, "Responsabilidad colectiva, anónima y por la actividad peligrosa de un grupo en el Código Civil y Comercial", La Ley 29/01/2015, 1, LA LEY 2015-A, 745, LL AR/DOC/4657/201.

La aplicación temporal del Código Civil y Comercial a la función resarcitoria de la responsabilidad civil.

Por Manuel Gonzalo Burgueño Iburguren

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: Revista Código Civil y Comercial 2016 febrero, 213

Cita online: AR/DOC/4238/2015

[Consultado: 18/08/20]

Sumario.

I. Hechos. II. Aspectos relevantes de la causa. III. La aplicación de la ley en el caso. IV. La aplicación de la ley en el tiempo. Conclusión.

I. Hechos.

La actora —de oficio manicura—, al ser transportada por un ómnibus de la demandada, se golpeó a causa de una brusca frenada del chofer y sufrió una herida contuso-cortante en el cuero cabelludo, traumatismo de cráneo-encefálico sin pérdida de conocimiento. Fue trasladada al Hospital Gutiérrez de La Plata y, tras su recuperación, le quedó como secuela una cicatriz "muy bien epidermizada", que no afectó la función del órgano donde se ubica, que no causa incapacidad y que queda tapada por el implante piloso de la región.

La faceta psíquica de la actora también presentó una secuela leve: reacción vivencial anormal neurótica fóbica grado I. Esta lesión, según el baremo de la LRT utilizado, no genera incapacidad laboral.

Todas estas secuelas, según el perito, impidieron las actividades económicas de la actora por el plazo de un mes.

II. Aspectos relevantes de la causa.

En la primera instancia, se hizo lugar a la pretensión indemnizatoria de la actora y condenó a la demandada y a la citada en garantía, al pago de \$ 21.000 e intereses —tasa pasiva del Banco de la Provincia de Buenos Aires para operaciones de depósito, desde la fecha del hecho (8/4/2008) hasta su efectivo pago y costas. Ambas condenadas interpusieron recurso de apelación, y a su tratamiento quedó limitada la labor de la alzada.

La demandada objetó la procedencia de los rubros incapacidad física sobreviniente y gastos terapéuticos. Sobre la primera categoría, se adujo que no se había probado la entidad del daño reclamado; respecto de la segunda, que no se habían presentado comprobantes de los gastos.

La citada en garantía se agravió porque entendió que se asignó la reparación de un rubro resarcitorio no requerido en la demanda, en infracción al principio de congruencia.

El primer análisis que realizó la primera votante fue qué ley correspondía aplicarse a este hecho —ocurrido en 2008—, pero atendido por la Cámara con posterioridad a la entrada en vigencia del CCyC.

La magistrada entendió que debía aplicarse el art. 7° de la nueva codificación: "...el caso de autos, atañe a un daño originado y consumado durante la vigencia de la ley anterior (arts. 3°, CCiv.; 7° y concs., CCyC ley 26.994). Ello sella la aplicación de la anterior normativa".

Al resolver se hizo lugar parcialmente a los agravios, se decidió que no se había producido incapacidad permanente y se revocó el rubro. En lo inherente a los gastos terapéuticos, se rechazó el agravio y se ratificó la sentencia de primera instancia.

III. La aplicación de la ley en el caso.

Los magistrados que conformaron el acuerdo concordaron en que el daño se originó y consumó durante la vigencia del Código de Vélez (1). A lo sumo, la nueva ley podría aplicarse a los efectos sin consumir durante la vigencia de la nueva normativa. Esta interpretación es coincidente con las que han primado en nuestra historia contemporánea y acertada en la especie —porque los hechos constitutivos de la obligación de reparar y sus secuelas nocivas se agotaron antes de la entrada en vigencia.

Antecedentes de la posición en nuestro país.

La aplicación del derecho de daños posterior a hechos ocurridos durante la vigencia de la ley anterior ya había sido discutida en nuestro país —en razón de la ley 17.711, que, a diferencia del Código original de Vélez, permitía la indemnización del daño moral a cuasi delitos (también a daños contractuales)— (2). Por ende, se debatió si se debía indemnizar los daños morales anteriores a la nueva ley.

La Cámara Nacional en lo Civil realizó un fallo plenario para unificar los dispares criterios (3). La mayoría se inclinó por la negativa a la aplicación del nuevo art. 1.078 del CCiv. y estimó, como aquí, que correspondía aplicar la versión original de la norma a los hechos ilícitos anteriores a la entrada en vigencia de la ley. En contraposición, la minoría declaró aplicable la reforma a los mismos hechos.

Los argumentos de la mayoría se aunaron en torno a la idea de que los hechos ilícitos se producen instantáneamente y, de ahí, la obligación de reparar ya existe al momento de entrar en vigencia el nuevo dispositivo legal. Por ello, corresponde resolver los casos con la ley antigua —que es la que debe regular los presupuestos de existencia de la obligación, su contenido, la extensión del daño y su evaluación—. En efecto, la nueva ley no puede revalorar el significado del hecho generador de la obligación (4).

La minoría argumentó que el daño moral no se produce ni agota exclusivamente en momento del hecho ilícito, sino que se puede sufrir con posterioridad y perdurar en el tiempo. Por eso, si bien la relación jurídica es anterior, sus efectos no se agotan al nacer la nueva ley.

La jurisprudencia y la doctrina nacional se aunaron en torno a la solución equivalente a la del plenario; entonces: a los casos responsabilidad civil se les aplica la ley del momento en que aconteció el hecho antijurídico dañoso. Y, en efecto, la discusión se radicaría en determinar qué se entiende por elementos constitutivos del ilícito y qué por consecuencias. A los elementos constitutivos se les aplica la ley del momento del hecho y la ley nueva rige a las consecuencias no consumadas desde su vigencia (5).

Elementos constitutivos serían la creación, la modificación y la extinción de la obligación de reparar el daño, que nacen como efectos del hecho mismo que las motiva y se agotan en el acto. Insistimos, se destaca que a estos tramos de la relación jurídica se les aplica la ley del momento del hecho que las produce. Lo contrario se entiende como una aplicación retroactiva de la ley nueva. Lo mismo ocurre con las consecuencias ya producidas, que no deben ser alcanzadas por la nueva ley, por implicar una aplicación retroactiva. Entonces, la nueva ley se aplica de forma inmediata a las consecuencias posteriores a su fecha de entrada en vigencia (6).

Los hechos que no tienen aptitud para crear, modificar o extinguir situaciones y relaciones jurídicas, para la ley del tiempo en que ocurren, no podrían ser reconfigurados posteriormente por una ley posterior, salvo que expresamente regulara su efecto retroactivo. Lo mismo debe concluirse para las consecuencias ya producidas de la situación o relación jurídica.

IV. La aplicación de la ley en el tiempo. Conclusión.

El art. 7° del CCyC regula la cuestión de la aplicación temporal del nuevo Código a todos los casos y a los casos de daños. En primer lugar, se debe saber que las normas no son retroactivas, salvo que

determinen ese efecto, y no podrán afectar derechos amparados por garantías constitucionales. En materia de responsabilidad civil —entre otras, desde su entrada en vigencia, "las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes" (7).

Esta norma merece algunas precisiones para comprender su aplicación en el ámbito de las obligaciones y, especialmente, en el de las obligaciones de indemnizar los daños injustamente sufridos.

Para ello, debemos recordar que la función resarcitoria de la responsabilidad civil es fuente de obligaciones (8). Las obligaciones, según el art. 724 del CCyC, son relaciones jurídicas. En efecto, la nueva codificación se debe aplicar de forma inmediata a las consecuencias de las obligaciones de reparar que no se hayan producido y agotado al 1/8/2015.

Por supuesto, si el hecho dañoso ocurrió antes de la entrada en vigencia del nuevo Código, será el Código de Vélez el que determine las condiciones para el nacimiento de la relación jurídica. Ello quiere decir que será esa norma la que determine las condiciones de existencia de la obligación: como la reglamentación de los hechos antijurídicos, la relación de causalidad, el daño y los factores de atribución (9). Lo mismo puede decirse de los elementos negativos de la norma de responsabilidad civil, como las causas de justificación, el caso fortuito, la ruptura del nexo causal, etc. En otras palabras, es el Código de Vélez el que regula todo lo relativo a la existencia o inexistencia de la obligación por hechos dañosos y, también, sería el Código saliente el que regule los elementos de la obligación (incluido el objeto) (10) siempre que se trate de hechos dañosos anteriores a la entrada en vigencia del nuevo CCyC.

El ilícito no produce siempre todos sus efectos dañosos en el acto, puesto que de ordinario produce daños futuros. Por eso, no es éste el fundamento de la aplicación del Código vigente al momento del hecho dañoso. No obstante ello, lo cierto es que basta la producción de un perjuicio para que nazca la obligación de repararlo, aunque haya una indeterminación relativa de todas las demás consecuencias mediatas o inmediatas del hecho ab initio (11) . Todas

estas consecuencias sí deben ser tenidas en cuenta en la determinación de la indemnización, que es el objeto de la obligación emergente.

La relación jurídica se configura desde el primer momento como un débito de reparación integral, cuya sustancia, configuración intrínseca y límites se irá precisando. Por esto, se puede aplicar a la responsabilidad civil la norma del momento en que ocurre el hecho dañoso y no es necesario aplicar a cada tipo de consecuencia nociva la ley del momento de su producción. No debe perderse de vista que la relación jurídica u obligación es siempre la misma, por más que el objeto amerite una determinación futura y que el juez sea el que deba cuantificar la indemnización (12).

Por supuesto, al preexistir la relación jurídica a la nueva legislación, ésta nace con sus elementos (causa, sujetos, vínculo y objeto) y los efectos propios de toda obligación —art. 505 CCiv. — (13).

El hecho del nacimiento de la obligación a la luz de la anterior norma, no significa que todos los tramos de su vida hasta su extinción deban resolverse por la misma ley. Eso significaría la ultra actividad de la ley anterior y desatendería el principio de aplicación inmediata de la ley del art. 7º del CCyC. Por supuesto, la aplicación de la nueva ley no puede ser retroactiva, porque el CCyC no lo establece así. Por ello, se debe desentrañar qué es aplicación inmediata y atender con la nueva codificación a los hechos o consecuencias que derivan de la relación jurídica preexistente (14).

Entonces, nacida una obligación de indemnizar al amparo del código anterior, sin que se extinga por uno de los modos de extinción de las obligaciones de aquella ley, antes de la entrada en vigencia del nuevo CCyC, se le debe aplicar inmediatamente la nueva legislación a los hechos que impliquen su modificación, transmisión o extinción. La nueva codificación se debe aplicar a las consecuencias no agotadas de la relación jurídica y éstas no se limitan a cuestiones accesorias.

En lo atinente a la extinción de la obligación, cuando decimos que se aplica la nueva ley, no significa revalorar el objeto de la

obligación. Se debe lo que corresponde, según la relación jurídica ya constituida. Sin embargo, no se puede llevar a cabo una extinción válida hoy sin atender a las reglas del nuevo Código. Lo que corresponde aplicar es la nueva norma, que es la de la fecha del acto jurídico que pone fin a la obligación. Lo mismo puede decirse sobre la transmisión y modificación actual de una obligación indemnizatoria nacida durante la anterior legislación.

Desde ya, la interpretación expuesta no puede afectar garantías o derechos constitucionales, lo que debe ser especialmente atendido en los casos en trámite. De todos modos, no se advierten muchos supuestos evidentes de conflicto: entre los más salientes están las cuestiones atinentes a los nuevos legitimados activos para reclamar el daño moral (si no solicitaron la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del CCiv. y tramitan ante juzgados que no la declaran de oficio), casos de responsabilidad del estado y la cuestión de la capitalización de intereses (art. 770, inc. b) (15). Por lo expuesto, no es posible soslayar que la definición de la ley aplicable al caso de daños es más un problema teórico que práctico, por la notoria continuidad en la materia. A tal punto, que el caso comentado, tendría el mismo resultado con la aplicación de cualquiera de los cuerpos normativos.

Referencias Bibliográficas.

(1) Ésta es una posición reconocida comúnmente en la doctrina y en la jurisprudencia histórica de nuestro país: "La indemnización de los daños se rige por la ley vigente al momento del hecho y no a la vigente al momento de su cuantificación, aun cuando se agraven o aumenten con posterioridad las consecuencias de dicha lesión, pues su origen deriva de un hecho ya consumado". Cfr. Jalil, Julián E., "La aplicación del art. 7° del Código Civil y Comercial y su impacto en el sistema de responsabilidad civil", AR/DOC/3019/2015. Según Gudiño la noción de consumo jurídico aparece "para graficar a las consecuencias ya consumadas, las que tampoco pueden ser alcanzadas por la nueva ley (salvo retroactividad expresa y con el límite de las

garantías constitucionales). Contrariamente, aquellas consecuencias o efectos que aún no se produjeron son alcanzadas por el principio de inmediatez de la nueva ley". Cfr. Gudiño, Fernando, "La vigencia del Código Civil y Comercial en los procesos de daños en trámite", RCCyC 2015 (septiembre), 17/9/2015, 107, La Ley Online AR/DOC/2937/2015; Kemelmajer de Carlucci, Aída, El art. 7° del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme", LL del 22/4/2015, p. 1; La Ley Online AR/DOC/1330/2015.

(2) El Código Velezano limitaba la reparación del daño moral a los casos de daños causados por delitos del derecho criminal.

(3) C. Nac. Civ., en pleno, 21/12/1971, "Rey, José J. v. Viñedos y Bodegas Arizu SA", La Ley Online AR/JUR/123/1971.

(4) En precisas palabras de los jueces: "Ello se explica porque el hecho ilícito, que es fuente de la obligación del responsable (arts. 499, 1056 y ss., CCiv.), al producirse instantáneamente, no queda sometido a acción fecundante alguna del tiempo, ni perdura más allá que en la virtualidad de sus consecuencias de esas pendientes de reparación; éstas son, en la terminología adoptada por el legislador de 1968, consecuencias de una relación jurídica: la obligación —de la cual es acreedora la víctima y deudor el responsable—, ya existente al entrar en vigor los nuevos dispositivos, de manera que corresponde atribuir a la ley antigua la regulación de los presupuestos de existencia de esa obligación, así como su contenido, inclusive la extensión del daño y su evaluación (conf. Roubier y Laval, ob. y lug. cit.). No cabe, como ya se ha dicho, revalorar el significado jurídico del hecho generador con el prisma de la ley nueva".

(5) Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal Culzoni, Santa fe, 2015, p. 100.

(6) Moisset de Espanés, Luis, Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3° (Código Civil) (Derecho Transitorio), Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1976, ps. 17 y ss.

(7) Esta norma encuentra su antecedente en el art. 3° de la ley 17.711, que fue inspirado en un trabajo de Borda presentado al III Congreso Nacional de Derecho Civil basado en ideas del jurista francés Roubier. Rivera, Julio César, "Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite. Y otras cuestiones que debería abordar el Congreso", LL del 4/5/2015, p. 1; LL 2015-C 645; La Ley Online AR/DOC/1424/2015.

(8) Se las regula a continuación de los contratos, dentro de lo denominado como "Otras fuentes de las obligaciones".

(9) De todos modos, en materia de responsabilidad civil, la jurisprudencia avanzó sobre el Código Civil anterior, hasta el punto de que las soluciones de los fallos no se reconocen con las de las normas. Ha existido una marcada evolución que se puso de manifiesto en la jurisprudencia y ha sido ésta la base de la nueva normativa. Por eso, estamos de acuerdo en que la aplicación de la norma anterior o la posterior no traerían problemas prácticos —en líneas generales—. De hecho, el fallo comentado en nada cambiaría por aplicar el nuevo CCyC.

(10) Saux sostiene que debe analizarse, conforme lo enseñó Moisset de Espanés, si se trata de hechos constitutivos de la relación jurídica o de sus efectos o consecuencias (a estas éstas se aplica el nuevo Código). Por eso concluye en que no se puede "afirmar apodóticamente que todos los reclamos judiciales por daños derivados de la responsabilidad civil extracontractual deben ser juzgados conforme a la ley vigente al tiempo de materialización del hecho dañoso es una afirmación, cuando menos, arriesgada y vulnerable". Cfr. Saux, Edgardo I., "Ley aplicable al juzgamiento de la responsabilidad civil por hechos ilícitos acaecidos durante la vigencia del Código derogado", LL del 26/10/2015, p. 1; La Ley Online AR/DOC/3150/2015.

(11) El daño es un elemento constitutivo de la responsabilidad civil, integrante de la fuente de la obligación —que tendrá por objeto la reparación específica o al valor necesario para la reparación integral debida.

(12) Parcialmente, en contra se ha manifestado Toribio Sosa, quien ha publicado la siguiente opinión: "Por ejemplo, si la causa generadora de la obligación resarcitoria (incumplimiento contractual o violación del alterum non laedere, art. 1716 CCyC) sucedió antes de la vigencia del nuevo CCyC, la antijuridicidad, la relación de causalidad y los factores de atribución del daño al responsable deben juzgarse por la legislación derogada. Ídem los daños íntegramente exteriorizados y conocibles antes de entrar en vigencia el nuevo CCyC. Los daños exteriorizados luego de entrar en vigencia el nuevo CCyC y no conocibles sino luego de entrar en vigencia el nuevo CCyC, se rigen por éste (arg. arts. 1º, 2º y 2657 párr. 2º CCyC). Mediando daños anteriores y posteriores a la entrada en vigencia del nuevo CCyC, deberían armonizarse de modo razonable judicialmente ambos ordenamientos legales (arg. arts. 1º, 2º, 3º y 2595.b y 2595.c CCyC)". Cfr. Sosa, Toribio, "Algunas ideas preliminares sobre el derecho intertemporal, el Código Civil y Comercial y el proceso judicial", RCCyC 2015 (octubre), 19/10/2015, 95, La Ley Online AR/DOC/3292/2015. Acompaño plenamente la posición del autor, en cuanto sostiene que nada obsta a que el juez pueda aplicar las normas de cuantificación de la indemnización del daño, por ser una facultad que le es propia por aplicación del ordenamiento ritual y que en nada afecta a los sujetos de la relación jurídica: "No habría inconveniente alguno para de alguna manera aplicar el nuevo CCyC a fin de meramente cuantificar los daños (v.gr., ver art. 1746 CCyC), ya que eso en todo caso sería factible como decisión discrecional del órgano judicial en tanto facultado por el ordenamiento ritual para cuantificar las indemnización: ¿Por qué no aplicar así los mecanismos de cuantificación previstos por la nueva ley? (arts. 165, párr. 3º, CPCC Nación y Bs. As.)".

(13) "Los efectos propios de un hecho o acto, por estar incorporados en él, se regirán siempre por la ley existente en el momento de su constitución". Cfr. Berger, Sabrina M., "Eficacia temporal de las leyes: art. 7º Código Civil y Comercial", RCCyC 2015 (octubre), 19/10/2015, 101, La Ley Online AR/DOC/3286/2015.

(14) Según la RAE, consecuencia en su primera acepción significa: "Hecho o acontecimiento que se sigue o resulta de otro". La jurista Graciela Medina ha definido desde la perspectiva jurídica a las consecuencias como: "Todos los efectos —de hecho o de derecho— que reconocen como causa a una situación o relación jurídica existente". Medina, Graciela, "Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código", LL del 15/10/2012; LL 2012-E 1302; DFyP 2013 (marzo), 3; 15/10/2012, 1, La Ley Online AR/DOC/5150/2012.

(15) Procedente desde el 1/8/2015 para las relaciones jurídicas judicializadas y no pagadas.

La vigencia de la antijuridicidad en el derecho de daños.

Por Manuel Gonzalo Burgueño Ibarguren

Disponible en <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: Responsabilidad Civil y Seguros. LL 2015-VI, 29

Cita online: AR/DOC/1505/2015

[Consultado: 18/08/20]

Sumario.

I. La antijuridicidad y su necesidad constitucional. II. La antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil función resarcitoria, aplicando el Código Civil Velezano y el ordenamiento jurídico aún vigente. III. La antijuridicidad formal, material y constitucional (sustantiva). IV. El Código Civil y Comercial del año 2014. Alterum non laedere y antijuridicidad. V. La próxima vida de la antijuridicidad.

"Desde la perspectiva del nuevo Código, el alterum non laedere ocupa un lugar importante en el sistema de la función resarcitoria de la responsabilidad civil, pero excede su marco. Ello, en razón de que a partir de él se ha hecho una doble regulación. La primera enderezada a la prevención del daño y la segunda a la indemnización. Normativamente, esta dicotomía se pone de manifiesto en los artículos 1710 y 1717 del nuevo cuerpo".

I. La antijuridicidad y su necesidad constitucional

Para muchas respetables opiniones, la antijuridicidad estaba herida de muerte. Parecía que su existencia estaría limitada a su mención didáctica en los clásicos manuales que todavía tienen

vigencia en nuestras universidades. Muchas voces se alzaron a coro para cantar su réquiem. Como favorable, cuando se la estudiaba, su pronóstico era el de ocupar un papel secundario o dependiente entre los elementos de la responsabilidad, desplazada por el vigor que habría adquirido el elemento daño —que la absorbería—, la culpabilidad —que para otros también la absorbería— y el derecho a la reparación, conjuntamente, con otro fenómeno meta jurídico que se difundió a la par: la necesidad de indemnizar la mayor cantidad de daños posibles (1).

Fue mérito de parte de nuestra doctrina, advertir algo que había pasado desapercibido por mucho tiempo: la Constitución Nacional en su artículo 19 establece un principio que pone fin a la discusión sobre la existencia de la antijuridicidad y sobre su necesidad en el campo del derecho de daños; porque con claridad establece: "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe"(2). Teniendo presente esta norma, la única discusión posible es cuanto más rígida, flexible, amplia o restringida deberá ser la antijuridicidad - discusión subsumida dentro de otra que se da cíclicamente en el derecho: tipicidad o atipicidad del ilícito civil (3 pero, en Argentina no se puede discutir que será un elemento necesario y fundamental en el sistema de la responsabilidad —no solo civil.

Sí llevamos la norma citada al mundo de las cosas, podemos comprender que existe un amplio espacio de libertad fuera de lo normativo, que es donde opera la mayor parte de la existencia de las personas. Aparte, y en muy menor dimensión, hay un ámbito de conductas que son obligatorias por estar impuestas por la ley. En algunos casos se requiere actuación conforme a ella y en otros la omisión de la realización de conductas prohibidas expresamente.

Desde ya, la actuación conforme a derecho no puede tener consecuencias de responsabilidad de ningún tipo. La responsabilidad en general (4) y, también, la civil — en particular— solo pueden operar ante hechos en infracción de aquellas normas que ha impuesto la ley —en sentido amplio desde la Constitución Nacional a las

Ordenanzas—; puesto que sería ilógico condenar a la reparación de daños que son el producto del ejercicio legítimo y regular de derecho o el cumplimiento de deberes legales o conforme a derecho.

De responsabilizarse a quien cumple con la ley, se tornaría injustificado al ordenamiento jurídico; porque sería dañador un acreedor al ejecutar al deudor y un médico al sanar alterando la integridad física conforme a la Ley de Derechos del Paciente y la Ley de Ejercicio Profesional de la Medicina, entre otras normas aplicables.

El ordenamiento jurídico no puede atrapar otras conductas que aquellas que ha receptado por leyes válidas —Principio de clausura—; porque el principio general, es la libertad del ser humano y que "todo lo que no está prohibido está permitido"(5). De las conductas que se receptan, están las que son conforme a la ley y las que no. Solo estas últimas pueden dar lugar a un efecto jurídico del tipo de la responsabilidad. Entender lo contrario implica avanzar sobre la libertad de las personas y, en efecto, violar derechos y garantías constitucionales (6). Además, lleva a avanzar sobre la seguridad jurídica, puesto que podría haber responsables entre los sujetos que cumplen la ley y se comportan conforme a derecho. En ese caso, las personas ya no podrían conocer cuáles son las conductas que deben respetar para vivir en sociedad y cuáles les terminarían trayendo consecuencias jurídicas y en especial patrimoniales —hablando de responsabilidad civil.

Si las personas gozan de libertad como regla, debe tenerse en cuenta que esta no puede limitarse si no es por ley legítima en cuanto a forma y sustancia, creada por los órganos habilitados y mediante el procedimiento debido. No puede ni la jurisprudencia ni la doctrina alterar la esfera de la libertad subjetiva ni crear deberes. Esto le está constitucionalmente prohibido.

En suma, la antijuridicidad no puede descartarse a la ligera. No puede disminuirse por teoría alguna el espacio propio de cada persona, donde prima su libertad por garantía constitucional —a menos que haya una ley que así lo establezca, contando con validez sustantiva y formal—. No se pueden crear deberes ni se puede dar

nacimiento a obligaciones indemnizatorias en cabeza de quienes ejercen de forma legítima y regular sus derechos, que tienen raigambre constitucional. Tampoco es apropiado poner de cabeza al ordenamiento jurídico, porque, como se verá, no hay recorte alguno en los derechos de las víctimas por la realización de un juicio de antijuridicidad en cada caso.

En conclusión, por imperio de la Constitución Nacional, la antijuridicidad debe ser un elemento ineludible de la responsabilidad. También deberá serlo de la responsabilidad civil. Puesto, que de lo contrario el régimen que imponga la ley no será razonable con el principio de clausura y pondrá en vilo el derecho a la libertad de las personas.

Sentado este primer pilar, corresponde explicar cómo se desenvuelve razonable y adecuadamente la antijuridicidad dentro del sistema de la responsabilidad civil.

II. La antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil función resarcitoria, aplicando el Código Civil Velezano y el ordenamiento jurídico aún vigente.

Sentado que corresponde la consideración de la antijuridicidad en el marco de la responsabilidad civil por mandato constitucional, pasamos a expresar que se tiene por tal, como elemento insoslayable del sistema.

El hecho que resulta relevante para la responsabilidad civil no es cualquiera, sino aquel que transgrede al ordenamiento jurídico. Hablamos de una conducta de las personas por acción u omisión o de los grupos o de las cosas que vulnera a un deber de conducta preestablecido por la ley —en sentido amplio—, sin que exista una causa de justificación que legitime la violación —como la legítima defensa, el estado de necesidad, etc. (7)

En efecto, el juicio de antijuridicidad debe contrastar el hecho con todo el ordenamiento jurídico aplicable considerado de forma

unitaria, integral (8) o absoluta; puesto que en una primera apariencia puede parecer que el hecho vulnera una determinada norma o deber en concreto, pero es autorizada la transgresión por otra, conforme a las circunstancias particulares en que se produjo ese hecho. Por ejemplo, un daño pudo causarse al invasor nocturno de la morada, en ocasión de la perpetración de un robo, y, por ello, ser permitido por el derecho, por aplicación analógica del artículo del Código Penal. En suma, lo que se presenta a simple vista como antijurídico puede estar justificado; con lo que se extingue la antijuridicidad y, en efecto, no podrá haber responsabilidad civil por faltar un elemento esencial suyo y no nacerá la obligación de reparar el daño causado.

En la valoración que debe hacer el abogado y, luego, el juez se debe señalar cuales son los deberes jurídicos que ha violado el agente del daño —indicando la norma que los impone— (9) y, posteriormente, debe analizarse si no concurre alguna causa de justificación. Si la conducta no viola un deber jurídico emanado del derecho el hecho es lícito y no interesa a la responsabilidad civil. Mas, cuando se comprueba que sí viola un derecho (correlativo al deber impuesto), se tiene por antijurídico, a menos que se acrediten las coyunturas particulares que dan lugar a tener por acreditada a una causa de justificación. Si esto último pasa, remarcamos, no habrá obligación de indemnizar y el dañado deberá soportar el perjuicio.

1. Tipos de deberes jurídicos pasibles de infracción

1) Los deberes jurídicos que se pueden vulnerar, pueden ser obligaciones surgidas de un contrato, que son para las partes como la ley misma (Art. 1197 C.C.) (10).

2) También pueden emerger explícitamente de normas legales, que establecen expresamente un deber de conducta que debe ser respetado. Como por ejemplo, el acto médico dañoso realizado sin consentimiento informado formal, cuando la Ley de Derechos del Paciente lo impone; o la publicación de datos sensibles de una persona en un registro en violación de la Ley de Datos Personales, etc.

Todos estos casos serían los tenidos en cuenta por el artículo 1066 del Código Civil velezano, que establece: "Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto". Para hechos negativos, se impone la solución del artículo 1074 que reza: "Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido".

3) Aparte, de forma más moderna se viene diciendo que todo hecho que cause daños a terceros es una violación del principio de no dañar a otros —*alterum non laedere* o *neminem laedere*— que tiene arraigo en el artículo 19, primer párrafo, de la Constitución Nacional: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados". Se ha aceptado que el artículo establece una prohibición de dañar a otro, que implica una conducta impuesta por la Constitución Nacional, que debe ser respetada por toda persona (11). Aparte, no ha faltado quien sostuviera que la misma norma emerge del 1109 del Código Civil y que es una norma primaria que contiene una cláusula general (12).

La CSJN ha expresado en el célebre fallo "Aquino", manteniendo lo expresado en los fallos precedentes: 'Que el art. 19 de la Constitución Nacional establece el "principio general" que "prohíbe a los 'hombres' perjudicar los derechos de un tercero": *alterum non laedere*, que se encuentra "entrañablemente vinculado a la idea de reparación". A ello se yuxtapone, que "la responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil sólo consagra el [citado] principio general", de manera que la reglamentación que hace dicho código en cuanto "a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica" (13).

4) Por otro lado, entendemos que existe otra línea argumental posible, en razón de que nos parece que en la actualidad pocos hechos dañosos y daños escapan a los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales. En cada daño que se cause, muy probablemente, estaría implicada la vida (Arts. I DASDH, Art. 3 DUDH, 4 CASDH), la integridad física, la integridad psíquica, la integridad moral (amparadas en el Art. 5.1 CASDH), la integridad de la persona (Art. I DASDH), el honor y honra (Arts. V DASDH, Art. 12 DUDH, 17 PIDCP), 11 CASDH), la salud (Art. 12 PIDESC), la dignidad (Arts. 11 CASDH), la libertad (Arts. 14 CN; I, III y IV DASDH; Art. 3, 18, 19, 20 DUDH; 12 y 13 CASDH; 18, 19 PIDCP), la igualdad y no discriminación (Art. 16 CN, II DASDH, Art. 7 DUDH), el medio ambiente (41 CN), la vivienda (14 bis CN), intimidad y la familia (Arts. 12 y 14 DUDH, 17 PIDCP) y la propiedad privada (Arts. 17 CN, XXIII DASDH, 17 DUDH, 21 CASDH), etc.

A la violación de derechos y deberes constitucionales, la llamaremos antijuridicidad constitucional o sustantiva, por tratarse de los derechos esenciales de la persona. Este tipo de hechos antijurídicos podrían haber dado una justificación razonable al sistema de la responsabilidad civil actual —que ha preferido ceñirse artificiosamente al deber de no dañar, cuando está plagado el ordenamiento de derechos constitucionales amplios, que imponen deberes de conducta precisos—. Pero, aún con el nuevo Código Civil esta antijuridicidad tendrá importantes efectos dentro del más amplio esquema que se le ha dado a la responsabilidad, compuesta ahora de tres funciones legisladas (prevención, reparación y punición).

III. La antijuridicidad formal, material y constitucional sustantiva. (14)

Hoy en día, la antijuridicidad podrá ser formal, material e, incluso, para nosotros, constitucional o sustantiva y, siempre, serán apreciadas de forma objetiva (15). Todas ellas pueden integrarse. No se requiere tipicidad cerrada en el catálogos de hechos pasibles de

responsabilidad, como en el Derecho penal (16); basta con que se viole un deber emanado del contrato o de la norma; que se actúe contra el deber general de no dañar a otros o que se infraccione un deber de conducta que impone un derecho constitucional. De hecho, por la actualidad constitucional y por la amplitud de derechos reconocidos, será más común y menos forzada la posibilidad de existencia de antijuridicidad sustantiva por violación de un deber que impone la Constitución al reconocer un derecho.

La antijuridicidad formal existe y existirá siempre que el hecho sea palmariamente contrario a un deber de conducta que impone el derecho (1066 C.C.). Existen infinidad de situaciones en las que habrá oposición entre el hecho y lo establecido por la ley. Para una línea de pensamiento, en todos estos casos habría que realizar una valoración subjetiva en la antijuridicidad que tendrá en cuenta la voluntariedad del agente y la presencia de culpa o dolo.

No compartimos la idea de realizar el juicio de culpabilidad en el de antijuridicidad, por ser elementos distintos de la responsabilidad civil. Una cosa es la antijuridicidad y otra es el factor de atribución — aquí subjetivo. Y, además, el daño causado por las cosas queda ajeno al ámbito de la subjetividad y, pese a ello, debe ser evaluado como hecho antijurídico para que haya responsabilidad civil, todo ello con prescindencia de la voluntariedad del dueño o guardián (17). Lo mismo podría decirse del incapaz que responde por equidad (art. 907 C.C.) o de los menores. Por eso, proponemos que la categoría de antijuridicidad formal se analice desprovista de todo componente subjetivo.

Por la estrechez de la antijuridicidad formal se ha dicho que la realidad, que es más rica que la sola norma, demuestra la necesidad de no encorsetar a la antijuridicidad en la ley expresa; puesto que no es la única fuente del derecho y el ordenamiento jurídico se completa con otras fuentes y principios que pueden marcar un estándar de conducta que se puede infraccionar por hechos de las personas o de las cosas principio *alterum non laedere* de los arts. 1109 y 1113 C.C. y 19 C.N. (18). Según estas ideas, estos deberes de actuar que exceden a la ley,

pero que tienen vigencia y aplicación, ameritan la expansión de la antijuridicidad a una noción material, que también será objetiva, que no se ciñe a la literalidad de la ley y que prescinde de los componentes volitivos del dañador (19).

Estas últimas teorías encuentran un valladar difícil de sortear en el artículo 19 de la CN. Recordamos que la norma establece que "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe", por ello no puede ni crearse deberes ni prohibiciones por la vía de la analogía o de la interpretación extensiva. Tampoco cabría la relectura de normas constitucionales que tienen un sentido muy distinto —art. 19 CN—, por más que resulten muy cómodas para su inserción en el sistema de la responsabilidad civil como principio *alterum non laedere*. Muy por el contrario, es la garantía la que debe interpretarse en sentido amplio. Por ello, preferiríamos que la materialidad de la antijuridicidad tenga un viso de formalidad, es decir, referencia normativa. Por estos motivos, preferimos atender al rol de los derechos constitucionales y a los deberes de conducta que establecen, que al ser vulnerados se está en presencia de un hecho antijurídico.

Congruentemente, para nosotros, la antijuridicidad sustantiva es una denominación que utilizaremos para expresar nuestra idea atinente al rol que cumplen los derechos constitucionales cuando son violados por un sujeto o sus cosas, en incumplimiento del deber de respeto del bien e incluso interés objeto del derecho. En algún punto, no deja de ser una antijuridicidad formal, puesto que el derecho surge directamente de la norma suprema e implica un correlativo deber. Por otro lado, se parece a la antijuridicidad material por no entrañar prohibiciones expresas de actuación —sino más bien atípicas y vinculadas a la dañosidad de los bienes e intereses tutelados, producto de una adecuada interpretación dogmática de todo el sistema de normas.

Nos ha parecido, además, que, metodológicamente y didácticamente, para expresar nuestra idea lo mejor es exponerla por separado, aunque advirtiéramos que puede ser parte de una categoría

ya existente o que, al menos, tiene una vinculación de género y especie, aunque también señalemos que tiene notas de las dos categorías y por eso la introducimos como *tertium genus*.

Según la idea que ya expresamos, pero que se necesita reiterar, la antijuridicidad sustantiva se ha de presentar como un hecho contrario al ordenamiento jurídico, que más concretamente constituye una violación a un deber de conducta impuesto por un derecho constitucional reconocido a un sujeto. La antijuridicidad está en la violación de los derechos a la vida, la integridad física, la integridad psíquica, la integridad moral, la salud, el honor, la libertad, la igualdad y no discriminación, propiedad privada, etc. Difícilmente, un daño escape a la relación con alguno de estos derechos y muy usualmente será la derivación de un agravio a estos.

De hecho, con el Código aún vigente, esta antijuridicidad sustantiva podría poner en un segundo plano a las otras. Ello, porque si existe en un caso la infracción a un deber constitucional relacionado a un derecho ajeno, no se necesitaría, además, de una norma inferior que también prohiba la conducta. No hay mayor antijuridicidad formal que la emanada del atentado a un derecho supremo. Por otro lado, la violación de un derecho constitucional en concreto, siempre que sea seguida de un efecto dañoso, será siempre más específica que la violación del deber genérico de no dañar a otros del artículo 19 de la Constitución Nacional (de dudosa existencia normativa, aunque con carta de ciudadanía y aceptación generalizada en la jurisprudencia y doctrina) (20), lo que lo podría haberlo llevado a un rol secundario y hasta supletorio; dicho esto, desde una sincera perspectiva del ordenamiento jurídico.

Además, un hecho podrá ser atentatorio de distintos derechos constitucionales, por lo que podrá haber antijuridicidad sustantiva acumulada, como ocurre cuando se cercena un miembro a una persona, violando su derecho a la salud, a la integridad física, psíquica y moral y la propiedad privada. De igual forma un rapto podrá violar la libertad, la integridad física, psíquica y moral, así como la propiedad privada si hay mermas en los ingresos o lesiones incapacitantes. En

todos estos casos la antijuridicidad del hecho se encuentra en la infracción de los derechos de la víctima y deberes de todo tercero, que son reconocidos expresamente por la Constitución y los Tratados Internacionales.

Esta tesis nos permite separar correctamente la noción de antijuridicidad de la de daño, que es la consecuencia normal y previsible. La sola infracción no da lugar a responsabilidad civil, si, aparte, no se prueba el daño jurídico con todos sus requisitos intrínsecos y la relación causal entrambos. Y, además, como en todos los demás casos de antijuridicidad (formal y material), se prescinde de la valoración subjetiva del agente, puesto que también se puede mirar la infracción con visión objetiva, desapegada a la voluntad, culpa y dolo del transgresor (lo que se analizaría, de corresponder, en otros elementos de la responsabilidad civil).

1. Posible interpretación de la antijuridicidad constitucional dentro del sistema de la responsabilidad civil.

Todas las normas ya señaladas, incorporadas expresamente en múltiples normas de la máxima jerarquía, son derechos humanos que imponen, a la par, un indisoluble deber de respetarlos. Este deber pesa sobre el Estado y todo otro tercero (21). Así como se reconoce un derecho a la persona, en el otro polo se impone un deber de no transgredir el derecho tutelado explícita o implícitamente. Esto, la vulneración de un derecho y de todo interés lícito que puede recoger en sí (22), se ha dado a llamar lesión, daño en sentido amplio, daño injusto o daño evento (23). Pero, comprendemos que no es otra cosa que una conducta antijurídica; por no importar un daño resarcible, sino un comportamiento contrario a derecho y, agravado, por la altísima jerarquía del derecho ofendido y la sensibilidad de la infracción de un deber fundamental.

En este punto, cabe aclarar que el elemento de la responsabilidad civil daño no es esa violación al derecho o interés, sino la consecuencia del hecho antijurídico; su resultado como minoración

disvaliosa de la persona o del patrimonio, es decir: el daño resarcible (24). A nuestro entender, a la luz de la normativa constitucional — desatendida históricamente dentro de la responsabilidad civil— lo que se da a llamar lesión en sentido amplio es pura antijuridicidad. No es el daño, es un hecho contrario a deberes de respeto impuestos en la Constitución Nacional y, como es pura conducta o hecho, corresponde al ámbito de la antijuridicidad; puesto que es allí donde se mira el desvalor de lo actuado frente al ordenamiento jurídico, con prescindencia lógica y axiológica de la ponderación que luego se haga del resultado —útil para determinar si existió daño resarcible y ponderar la indemnización integral o plena, pero infecundo para valorarlo en torno a su justicia o injusticia.

El daño está en el efecto del hecho antijurídico que se produce con previsibilidad y normalidad en el sujeto mismo, intereses — situación material o personal de provecho— y bienes — todos estos pueden ser asiento del daño, donde se materializa el perjuicio—. El daño no se produce en los derechos. Tras una violación, el derecho tutelado (con todo lo que entraña) sigue siendo exactamente el mismo, con el mismo grado de reconocimiento y protección; pero la esfera de persona se ve menoscabada y es necesario recomponerla con una indemnización razonable que se ajuste al detrimento comprobable.

No está de más aclarar que el hecho antijurídico en infracción a un deber de respeto de un derecho de contenido económico puede causar una merma en la persona y, viceversa, un hecho contrario a un derecho de la persona puede causar un daño patrimonial. Ejemplo del primer caso es la destrucción del único hogar familiar por un incendio o la destrucción de una cosa que sea recuerdo de familia. Un ejemplo de lo segundo es la privación ilegítima de la libertad, que puede implicar un lucro cesante; de la misma forma, el lucro cesante puede provenir de un acto antijurídico por violación del honor por difamación.

Con estos ejemplos se demuestra como la violación de los más fundamentales derechos no son el daño, sino el hecho antijurídico que

repercutirá en la persona y todo lo que es y probablemente será —y se indemnizará como daño extrapatrimonial— o en bienes del patrimonio que también son bienes de la persona que se indemnizará como daño patrimonial.

Con esta posible visión que ofrecemos, mostramos que la antijuridicidad podría estar aún más viva; porque mayor inflación del reconocimiento de derechos, mayor cantidad de deberes de conducta exigidos por el ordenamiento jurídico. Después de la reforma constitucional de 1994 se ha afianzado el fenómeno que señalamos y, por supuesto, el sistema de la responsabilidad civil del Código se ve nutrido por los derechos y deberes que ha de regular, aun con su texto vigente. Además, por la amplia tutela que se proporciona a los derechos constitucionales y su interpretación amplia se recoge atípicamente a cualquier tipo de daño jurídico relevante, sin encorsetamiento normativo a futuro.

Creemos que la antijuridicidad, como producto de la interpretación conjunta de la Constitución Nacional y del Código Civil vigente se pudo repotenciar y adquirir nueva vida con mayor amplitud que la prevista en la norma original del Código Civil y sin cortapisa alguna.

Además, creemos que esta interpretación es una dogmática adecuada y apegada al derecho vigente, el cual no se tuerce ni se lo interpreta desnaturalizadamente, sino teniendo en vista a su conjunto. Y, en efecto, permite simplificar el entendimiento sistemático de los elementos de la responsabilidad civil, para casos en los que es difícil comprender la antijuridicidad, como en casos de daños por las cosas, la llamada responsabilidad del estado por hechos lícitos y la responsabilidad de los padres por enfermedades, malformaciones o problemas de salud de los hijos debidas a sus hábitos o actuar negligente.

En los daños por las cosas se dice que, si tenemos en cuenta que una actividad, por ejemplo de una máquina o un automóvil, es lícita y autorizada; la misma actividad no puede ser ilícita si causa un daño. Entonces, hay quienes opinan que la antijuridicidad se presenta por el

resultado dañoso (25). Lo cierto es que ni las personas por sí, ni por sus cosas pueden vulnerar derechos ajenos. Cuando lo hacen, realizan una conducta opuesta a un deber impuesto por el derecho. Si se trata de los derechos constitucionales, que suelen ser los lesionados, se comprende con claridad que hay un hecho antijurídico y que su resultado o efecto es el daño que podrá ser resarcible, si cumple con los requisitos.

La llamada responsabilidad por hechos lícitos del Estado no es responsabilidad por hechos lícitos, puesto que hay una conducta que viola el derecho a la igualdad en las cargas. Es decir, que el hecho contrario a una garantía constitucional es el que causa el perjuicio de producirse y de llenarse sus requisitos.

En los casos de enfermedades hereditarias, malformaciones o problemas de salud debidos a los hábitos de los padres o a hechos negligentes suyos, podrá advertirse que la antijuridicidad radica en la violación del derecho del hijo al mayor nivel de salud posible. El derecho a la salud impone deberes de conducta específicos ante el Estado y todo sujeto, enderezados a su respeto. Un actuar en contra, implica una conducta antijurídica. No se hace aplicación de ningún criterio eugenésico, sino en la indemnización de quien sufre un daño no justificado por el derecho (26).

De todos modos, esta argumentación que resulta posible con el ordenamiento vigente se hace innecesaria con el Código Civil del año 2014, por la nueva normativa de la función resarcitoria; puesto que sus normas establecen cambios importantes en la antijuridicidad cuestión que analizamos a continuación. De todos modos, creemos que sigue existiendo esta perspectiva dogmática y que tiene plena vigencia en la función preventiva de la responsabilidad civil; principalmente, cuando la tutela inhibitoria se ejerce por medio de la acción de amparo —cuando se lesione, restrinja, altere o amenace derechos y garantías reconocidos por la Constitución o un tratado—. En otras palabras cuando haya hechos contrarios a los deberes que se impone en estas normas, cada vez que se reconoce un derecho o garantía (27). Esto, sin demerito de que el amparo también es viable

para la protección de derechos y garantías reconocidos por normas inferiores, como lo es la ley.

IV. El Código Civil y Comercial del año 2014. *Alterum non laedere* y antijuridicidad.

Hasta aquí, tenemos que la antijuridicidad es un requisito constitucional y que gran parte de su contenido se ha constitucionalizado, según explicamos. Ahora bien, tendremos que confrontar lo reseñado con lo que surge del texto del nuevo Código Civil de 2014.

La nueva normativa impone el deber de no dañar a otros, lo que consideramos un paso valioso en el camino del adecuado respeto a la última parte del artículo 19 de la C.N.; porque, ahora, son normas del ordenamiento jurídico la que establecen cual es la conducta debida — sin que el *alterum non laedere* sea una relectura de una norma que recepta otra situación de hecho distinta a la responsabilidad civil (primera parte del mismo artículo 19 de la CN) y sin que se limite el principio a creaciones pretorianas o doctrinarias que han tenido éxito y aceptación a espaldas la regulación legal o utilizándola de forma sofisticada—. No debemos olvidar que nuestra ciencia es cultural y, si bien es cierto que el consenso hace a la realidad de la ciencia, no basta la aceptación generalizada para que una interpretación sea la más pura de todas las posibles. Por eso, la solución del Código es atinada y ayuda a la estabilidad y certeza que debe caracterizar al derecho de cada época.

Desde la perspectiva del nuevo Código, el *alterum non laedere* ocupa un lugar importante en el sistema de la función resarcitoria de la responsabilidad civil, pero excede su marco. Ello, en razón de que a partir de él se ha hecho una doble regulación. La primera enderezada a la prevención del daño y la segunda a la indemnización. Normativamente, esta dicotomía se pone de manifiesto en los artículos 1710 y 1717 del nuevo cuerpo.

También se duplica la noción de antijuridicidad, puesto que pasa a ser un elemento fundamental de la responsabilidad civil, expresamente impuesto por el Código en las funciones preventivas y resarcitoria; sin perjuicio de que haya una triplicación, en razón del trascendente rol que puede inferirse para la antijuridicidad en la sanción pecuniaria disuasiva —regulada parcialmente en el Código en los actuales arts. 1714 y 1715, por extracción del original art. 1714 del proyecto de 2012— y en los daños punitivos de la LDC, porque la ley requiere un hecho contrario a la ley o al contrato en el artículo 52 bis. A esto se suma la posible trascendencia que cobra en la cuantificación del monto de la sanción, por la gravedad de la falta, por la mayor vulneración de derechos o la trascendencia de los derechos agredidos, entre otras circunstancias del caso.

1. La función preventiva en el nuevo Código Civil; alterum non laedere y la antijuridicidad (como elemento y requisito propio).

En el marco de la función preventiva de la responsabilidad civil, en el nuevo Código Civil, se explicita el principio *alterum non laedere* en el artículo 1710, con un matiz preventivo, que como manifestación suya puede adquirir diferentes facetas como *primum non nocere* (28). Por ende, con prescindencia de la indemnización —función resarcitoria de la responsabilidad civil—, toda persona, en cuando de ella depende, tiene el deber de no dañar a otros y el deber se extiende a todo momento del curso causal: previo a la producción del daño, durante el desenvolvimiento del curso causal dañoso y producido este. En consecuencia, a este deber se le ha asignado diferentes objetos que redundan en un dar, hacer o no hacer con trascendencia en todo momento del curso causal. El artículo no es solo una simple reiteración del principio ni una declamación; pues, apareja importantes efectos como la tutela inhibitoria (29). Muy por el contrario, la norma es útil e impone diferentes deberes que se explicitan concretamente: 1) primero el deber de evitar causar un daño no justificado; 2) adoptar medidas razonables, acorde a la buena fe y las circunstancias del caso,

para evitar la producción de daños y disminuir su magnitud; 3) No agravar daños producidos.

1) Evitar causar daños no justificados —por una de las causas de justificación receptadas en los arts. 1718 y ss. — es, por un lado, un deber de no hacer (no causar un daño); pero, tácitamente, también le impone al obligado la adopción de todas las diligencias y medidas para no causar un daño; lo que, además, es desarrollado por la norma en el punto siguiente donde se hace explícito. Según el caso y el tipo de situación o relación jurídica que se trate, será un deber de medios o de resultados (30).

2) En todo momento y, especialmente, cuando se esté en presencia de un curso causal dañoso, según el segundo deber instituido, todo sujeto —sea agente o no del daño— debe adoptar medidas para evitar la generación de un daño o disminuir su magnitud —lo que engloba a la continuación del perjuicio—. El deber de actuar (dando, haciendo o no haciendo) existirá siempre, salvo que al obligado no le sea posible el cumplimiento del mandato legal o que represente riesgos de daños para sí mismo, por los límites de la buena fe o las condiciones personales de los sujetos o las fácticas del hecho, entre otras cuestiones casuísticas.

3) No agravar el daño implica en su concepción más amplia, por un lado, detener el curso causal dañoso para que no se genere un daño mayor o continuo. Además, entraña la prohibición de aportar otro curso causal dañoso que desmejore la situación de la víctima. Por otro lado, exige un no hacer o actuar de forma tal, que haciendo o entregando todo lo necesario no se proyecten más consecuencias dañosas en el afectado. Esto último surge del contexto de los incisos b) y c) de la norma.

1.1 La acción preventiva.

Estos claros deberes, que tienen por objeto no dañar, evitar daños y no profundizarlos, etc., se pueden compulsar a través del auxilio judicial —artículo 1711—. Pero, el auxilio judicial será

procedente no por la violación de esos deberes —cuyo objeto busca hacerse respetar por medio de la acción—, el texto legal de la norma requiere literalmente de una acción u omisión antijurídica, que haga previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento.

Esto lleva a una primera cuestión que debe analizarse; puesto que la única definición de antijuridicidad es la que surge del artículo 1717 del código: "Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada". Pero, en la previsión normativa de la función preventiva de la responsabilidad civil, no siempre habrá daño, de hecho el artículo 1711, apenas pide previsibilidad en el juicio de causalidad que debe hacer el juez. Sin daño, entonces no habría omisión u acción antijurídica y, con ello, el presupuesto de hecho de la norma que regula la acción preventiva, queda limitado a los hechos ya dañosos y no a los que puedan causar daños en el futuro.

Sin dudas, ese no es el destino que se le dio a la norma del 1711. Podríamos pensar que es un error de redacción, pero también podemos pensar otras posibilidades interpretativas que salten el escollo. Creemos que el juez, en la acción preventiva, debe hacer un juicio de antijuridicidad. La norma lo impone. Y es correcto, puesto que la Constitución Nacional, antes que ella, impone la necesidad que la ley determine qué debe hacer una persona o qué le está prohibido.

No obstante, el juicio de antijuridicidad no podrá estar limitado a la violación del artículo a los deberes del artículo 1710; porque la acción preventiva debería poder funcionar ex ante de que se produzca el incumplimiento al deber de no dañar, de prevenir y de no agravar el daño. De hecho, la finalidad de la prevención, es darle cumplimiento efectivo a estos deberes, antes de que se produzca el efecto nocivo que caracteriza al incumplimiento. En suma, la utilidad de la acción preventiva se potencia con anterioridad al incumplimiento de los deberes del artículo 1710, cuando el resultado de daño sea previsible y no efectivo. Además, la tutela más amplia que puede dar la norma requiere que alcance a estos supuestos, que son anteriores al daño, claro, pero también previos al incumplimiento de los deberes.

Por esto creemos que el juicio de antijuridicidad pasa por otro lado, no es eficiente ni útil, ni suficiente analizar la conducta del eventual dañador a la luz del deber impuesto en el artículo 1710. Se podría llegar muy tarde en la prevención, si se espera que las personas incumplan esos deberes tan precisos de no dañar, evitar la producción del daño, disminuirlo y no agravarlo. Solo los dos últimos supuestos permiten constatar la antijuridicidad del artículo 1717, que requiere daño producido. Y, en el primero de los casos, podrá no haber vulneración de los deberes de no dañar por operar previo a la primera manifestación nociva o, incluso, previo a cualquier conducta en curso de daño; por no mediar daño o hecho alguno, aún.

En el caso del deber evitar que se produzca el daño, el deber se limita a las medidas razonables, con lo que su antijuridicidad podrá requerir excesiva prueba sobre lo que se ha hecho y lo que sería razonable realizar; lo que no es viable en el contexto procesal de la acción preventiva que debe ser veloz y actuar cautelarmente.

Por todo lo expuesto, creemos que la antijuridicidad en la acción preventiva es el contraste de la acción u omisión del hipotético o efectivo agente del daño (o de su agravación) con el ordenamiento jurídico, sin posibilidad de investigarse en causas de justificación imposible en una acción que debe tener un trámite muy acotado. En otras palabras, debe surgir la violación o amenaza de derechos ajenos; eso debe ser antijuridicidad aquí cuestión que nada tiene que ver con la legitimación para accionar, que exige de interés razonable en la prevención del daño, a los fines de lograr la prevención sobre derechos propios, de terceros o de la colectividad.

En concreto, en la acción preventiva el juez debe constatar que el demandado agrede o amenace un derecho ajeno, reconocido en cualquier norma del ordenamiento jurídico, con el correlativo incumplimiento del deber que impone el derecho reconocido. En suma, en la función preventiva hay dos elementos, hecho antijurídico actual o futuro con el alcance descripto y relación de causalidad adecuada en concreto si el hecho se produjo— o en abstracto si solo es previsible.

A esta visión interpretativa de la norma no le escapa la tutela los intereses lícitos, puesto que no hay situación de provecho en relación de un bien, que escape de la protección del derecho a la propiedad privada en su sentido más amplio, a la que corresponde a la vida, salud e integridad psicofísica y moral del sujeto o a los bienes objeto, en sentido amplio, de los demás derechos constitucionalizados.

Ahora, pasamos a ver otra manifestación de la antijuridicidad y cómo queda su regulación en la función resarcitoria.

2. La antijuridicidad en la función resarcitoria del nuevo Código Civil.

Con claridad, de los artículos 1716 y 1749 del nuevo Código emerge que el incumplimiento del deber de no dañar y el incumplimiento de una obligación dan lugar a la reparación del daño que se cause, como su efecto —sea por acción u omisión—. En ambos casos se alude a comportamientos antijurídicos, por ser contrarios a los que se exige en normas legales. En el artículo 1717, se establece que "Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada". Y el artículo 1749 aclara que es responsable directo "quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión".

En efecto, la antijuridicidad también está prevista en el Código Civil como un elemento de la responsabilidad civil resarcitoria y, por ello, seguirá siendo elemento imprescindible del nacimiento de la obligación de reparar el daño causado. Como el deber de no dañar a otro tiene un alcance general, bastará su incumplimiento para tener por verificado al requisito de la responsabilidad civil. Se abraza un concepto de antijuridicidad material (31) y como se viene diciendo, desde hace años, el concepto es objetivo; pues no requiere de ningún aspecto subjetivo del dañador (32).

No obstante ello, y pese a la inmensa amplitud de la norma, asistimos a un proceso de formalización de la antijuridicidad, puesto que es la ley la que determina la conducta debida —no dañar—, define al daño, a la causalidad y califica como antijurídico el incumplir

dicho deber, habiendo expresa oposición de la conducta con una norma legal — con prescindencia de que el deber pueda vulnerarse actuando de infinitas maneras, al causar daños de las formas corrientes en nuestra época e, incluso, atrapando en su tipo legal a los daños y conductas dañosas que nos resultan inimaginables hoy.

2.1 El juicio de antijuridicidad.

En el esquema del nuevo Código, tanto para hechos positivos como para los negativos, no hay ni señales de la antijuridicidad formal clásica, puesto que se ha ampliado hasta atrapar infinidad de posibles hechos, siempre y cuando se cause un daño. En teoría, bastaría la producción de un daño —con causalidad adecuada— para tener por antijurídico al hecho y con ello se manifiestan de una vez dos elementos de la responsabilidad civil. No debemos soslayar, que en la determinación de la existencia del daño juega un rol muy relevante el juicio de causalidad.

Existe en la nueva normativa un cambio en el juicio de antijuridicidad, puesto que no se necesitaría, a priori, analizar qué deber se ha infringido y que norma legal lo impone. Al contrario, a la usanza del daño injusto, se analiza primero si hay daño — que se configura como hipótesis de mínima, si la consecuencia del hecho ha recaído sobre un interés lícito (que debe ser valorado fáctica y jurídicamente) —. De haber agresión a un interés lícito, derecho o interés legítimo y una afectación, minoración, merma o destrucción de ellos —ubicada en el asiento material del daño: persona, bienes e intereses—, se puede entender que hay una infracción al deber legal del artículo 1717. Esta interpretación surge como posible, de la lectura conjunta del citado artículo 1717 con el artículo 1737, que describe — no define— cuando hay daño: "Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto a la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva".

A los fines de la responsabilidad civil resarcitoria, esta operación sería suficiente, con lo que uno no puede evitar las comparaciones con el sistema impuesto por el artículo 2043 del Código Civil italiano, que en la práctica es interpretado de forma típica por la doctrina y jurisprudencia que estudian sus supuestos más frecuentes —suerte que podrá correrse aquí, también— (33).

En principio, ambos sistemas son diferentes: en primer lugar, porque el daño injusto se limita a daños patrimoniales, no a los morales que tienen un régimen propio, y limitado a los ilícitos criminales, en el artículo 2059 del Código Civil italiano; mientras que en Argentina la noción de daño y de antijuridicidad atrapa a todo tipo de daño. En segundo lugar, y lo más importante, en el futuro Código argentino, se receptó expresamente la antijuridicidad; por lo que la injusticia o ilicitud se tiene en cuenta por la conducta y violación al deber de no dañar a otros; mientras que en Italia hubo un desplazamiento de un sistema como el nuestro a otro que enlaza la injusticia con el daño no con el hecho dañoso (34), sin haber reconocimiento expreso del elemento "antijuridicidad".

Pero, en efecto y en la práctica, los sistemas se aproximan; pues, en la realidad la antijuridicidad pasa a ser casi una cáscara vacía, un elemento nominal, que solo cobra importancia a través del estudio de la justificación (la juridicidad del daño). El sistema del Código no analizaría, entonces, si hay deberes de conducta omitidos. Basta con el análisis del daño para determinar su inexistencia o su existencia y, en este último caso, afirmar que el agente vulneró al deber de no dañar a otros, impuesto por el Código (35). Con esto ya hay suficiente antijuridicidad a los fines de la función resarcitoria. Al contrario, lo que sí se analiza, si lo invocan en la litis, es que no concurra una causa de justificación de las previstas por el Codificador, con lo que el daño quedaría legitimado y no surgiría la obligación de indemnizar (36).

Notamos que se ha hecho un importante cambio normativo, en comparación con el texto de Vélez, que mantiene en parte nuestro sistema tradicional —pues reconoce a la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil resarcitoria—; pero, por otro

lado, la reformula y nos aproxima, desde la perspectiva de su aplicación práctica, a otro sistema diferente que tiene la ventaja de la atipicidad a futuro, aunque debemos esperar su afirmación en la praxis para ver cómo resulta en definitiva.

2.3 La omisión del hecho obstaculizador de la producción del daño.

Los artículos que hablan sobre antijuridicidad parecen naturalmente aplicables a los hechos causalmente dañosos, sea hechos activos o de comisión por omisión. Quedan importantes dudas sobre los hechos omisivos que no causan daños por sí mismos, pero que de haberse ejecutado los hubieran evitado o atenuado.

Esta cuestión no tendría por qué ser conflictiva dentro del ámbito del incumplimiento obligacional, donde están preestablecidos los deberes de conducta del programa de prestación futura. Pero deja algunos interrogantes para el ámbito de la responsabilidad extracontractual por más de que exista un tratamiento normativo conjunto en el nuevo Código.

En efecto, cuando haya relación causal adecuada entre el hecho omitido y la evitación del daño (o su agravamiento) podría entenderse que hay una conexión de causa y efecto mediata con el hecho negativo (Arts. 1726 y 1727). Esta es una primera interpretación, que permite responsabilizar a quien no ha actuado y, por ello, ha causado un daño o lo ha agravado con la intervención de otro hecho que tiene la aptitud de generar la consecuencia dañosa (que no es potencialmente causada por el hecho omitido en sí mismo). De esta forma, el hecho es antijurídico, porque tiene curso causal adecuado con un daño que se manifiesta en la realidad, según la letra de la ley. No debe olvidarse que la responsabilidad se extiende hasta las consecuencias mediatas previsibles de los hechos y, desde esta perspectiva, el que ha omitido es causante del daño o de su aumento —por más que haya intromisión de un hecho distinto, como ocurre con la imputación de consecuencias en los hechos positivos.

Con este razonamiento, se puede analizar cualquier caso de responsabilidad extracontractual, sin acudir a la antijuridicidad formal —al estilo del art. 1074 del Código de Vélez—, respetando los criterios del Código de 2014 y se brinda tratamiento igualitario a todos los dañadores y a las víctimas. La relación causal adecuada servirá para determinar cuál ha sido la omisión jurídicamente relevante para ocasionar el perjuicio o expandirlo, de la misma forma que ocurrirá en los daños producidos por hechos positivos y de comisión por omisión.

Por supuesto, sería más fácil advertir la antijuridicidad de quien ha omitido cumplir con un deber instituido por la ley, pero no es eso lo que requiere en el nuevo Código y tampoco es lo que venía pregonando la doctrina actual (37). La nueva ley atrapa a todos esos casos típicos, pero también a otros. De hecho, en la normativa se puede subsumir a todo tipo de hechos negativos que hubieran evitado el daño o mayor daño; pero, buscando sus límites, hay que sostener que se desinteresa de los que no tengan relación causal mediata con el resultado nocivo.

Más específicamente, dentro de los hechos negativos con relación causal adecuada —previsibles y aun evitables—, no dan lugar a responsabilidad civil los que se justifiquen por el ejercicio regular de un derecho y los casos de quienes omitan actuar en legítima defensa o en estado de necesidad (según sus reglas, que pueden derivar en responsabilidad). Tampoco podría haber antijuridicidad por hechos negativos en el marco de un curso ajeno de ejercicio regular de un derecho, legítima defensa o estado de necesidad —si no se responsabiliza al agente activo, no podría responsabilizarse a los que nada hicieron.

Aparte, quedan fuera del espectro de la responsabilidad civil los hechos negativos de quienes actúan dentro de los límites de la buena fe y de las imposibilidades que le impongan las circunstancias del caso (Art. 1710, inc. b). Creemos que esta cuestión se circunscribe al ámbito del factor de atribución (38).

En suma, la buena fe exime de responsabilidad por la conducta de quienes omiten realizar un hecho que evitaría o atenuaría un daño. La alusión a circunstancias del caso, puede remitir a las coyunturas propias de las causas de justificación; pero, también las excede y recepta a todo tipo de situaciones de hecho, donde no se pueda exigir la actuación sin amenazar intereses de la persona. Deja un muy amplio margen para la interpretación del juez y se tiene presente que no se le puede exigir al ciudadano promedio la realización de actos heroicos. Más bien, la norma va dirigida a responsabilizar a quienes no hacen nada con injustificada indiferencia frente a la tragedia ajena.

2.4 La justificación del daño en el nuevo Código Civil.

El causar daños se considera un hecho antijurídico. Todo el que daña causa un daño no justificado y la justificación —la excepción— se presenta cuando se perjudica a alguien actuando en legítima defensa, estado de necesidad o ejerciendo regularmente un derecho (art. 1718).

También, en casos de lesiones a bienes disponibles, el consentimiento informado y libre, siempre y cuando no sea impuesto por cláusulas abusivas libera de responsabilidad (Art. 1720) —aunque no creemos que sea una causa de justificación, sino que será una dispensa de responsabilidad ante casos en los que se encuentren presentes todos sus elementos; puesto que la voluntad de las partes no es la que torna en jurídico u antijurídico un hecho, sino la Ley y, además, el deber de no dañar y el derecho a no ser dañado en la lógica del código no es una norma disponible, sino de orden público, por representar basal para la convivencia humana (máxime para la tesis que sostiene que el principio está reconocido en la Constitución Nacional), Esta conclusión se afirma, si se tiene en cuenta que lo que se efectúa no es una dispensa del cumplimiento del deber de no dañar, sino que se dispone de bienes que son pasibles de ello, se acepta un sacrificio donde puede actuar la autonomía de la voluntad (lo que deja a los bienes más importantes fuera, conforme el artículo 1743)(39).

Tampoco es causa de justificación la exposición voluntaria a riesgos, puesto que en principio no excusa de responsabilidad, a menos que implique un hecho de la víctima que interfiera en el curso causal del daño (Art. 1719), por lo que afectaría, en su caso, a otro elemento de la responsabilidad civil: la relación de causalidad (40).

Entonces, en los casos del artículo 1718 podrá justificarse el hecho contrario al deber de no dañar a otros. Las eximentes, entendemos, deben ser restrictivas en su interpretación y no crearse otras mediante la analogía. Esto, en razón de que el principio general es la antijuridicidad por causar daños a otros (hecho contrario a la conducta debida en rigor de la ley) y no la justificación. Además, no parece justo que el juez dispense de responsabilidad a quien el legislador no ha eximido, cuando a la par hay daños que implican la conculcación de derechos que la mayoría de las veces están reconocidos en la constitución, como ya se explicó.

V. La próxima vida de la antijuridicidad.

Con la entrada en vigencia del nuevo Código unificado de 2014, la antijuridicidad mantendrá su status de concepto general del derecho con implicancias que desbordan al derecho civil; pues se proyecta al Derecho penal, contravencional y a todo hecho que se manifieste en oposición con el ordenamiento jurídico.

En el ámbito de la responsabilidad civil, con la expansión legal de sus funciones, encontramos una antijuridicidad que ha de cumplir roles en las funciones preventiva, resarcitoria y punitiva. Con esto, podemos ver que prolifera su importancia en la materia; porque la antijuridicidad toma parte en cada una de esas funciones.

Dentro de la función preventiva, habrá dos herramientas fundamentales para la protección a priori de los intereses lícitos del sujeto: el amparo constitucional (art. 43) y la acción preventiva del Código Civil (art. 1711 C.C. 2015). En el conjunto del ordenamiento jurídico, ambas acciones pueden servir a una misma finalidad y su campo de aplicación abarca la prevención del daño; aunque,

propiamente, el amparo también excede ese ámbito. Ahora bien, no podemos desatender la probabilidad de que la acción preventiva sea un medio judicial más idóneo, que desplace la aplicación del amparo en la prevención del daño e incluso de las medidas cautelares (41) que fueron en nuestra historia una vía exitosa en importantes casos (42) Habrá que ver cómo resulta en la práctica.

Como sea, en ambas acciones resulta trascendente la antijuridicidad. En el marco de la acción de amparo, cobra singular trascendencia la antijuridicidad constitucional no exclusivamente, pues se reconoce la vía por lesión a derechos emergentes de tratados infra constitucionales y la ley. El motivo de la importancia de la antijuridicidad constitucional, reiteramos, deviene de la impresionante inflación de derechos constitucionales explícitos, obra de la reforma constitucional de 1994. En lo atinente a la acción preventiva, la antijuridicidad es un requisito impuesto por la norma, de forma manifiesta.

Esta antijuridicidad puede resultar de la amenaza de cualquier tipo de derechos, siempre y cuando sea evidente (previsible) la producción, continuación o agravamiento de un daño — este requisito no existe en el amparo y bien puede ser el punto de ruptura que marque el campo de aplicación de una u otra acción en materia de prevención del daño; porque si el daño no es previsible, la acción preventiva no es un medio judicial más idóneo. En ese rango de la prevención del daño no opera la acción civil y sí puede actuarse por vía de amparo que es viable por la sola amenaza al derecho.

En la función resarcitoria de la responsabilidad civil, ya se explicó que la antijuridicidad seguirá siendo un elemento, pero inferido del daño mismo. De todas formas, nuestro derecho ha legalizado al deber de no dañar a otros y, con ello, ha puesto un nuevo voto de confianza en la antijuridicidad de la acción causante del daño —disvalor de la acción— y ha dejado de lado a la injusticia del daño —como análisis del disvalor del resultado—. Por ende, se valora primero al daño y, luego, también a la acción, para cotejar que el perjuicio no se justifique por alguna otra norma del ordenamiento jurídico. Por eso, se

mantiene el reproche legal de la conducta y la antijuridicidad sigue siendo un elemento de la responsabilidad civil resarcitoria, retomando —en esos aspectos— nuestra tradición jurídica con más flexibilidad y mayor amplitud; dado que permite la recepción de futuros hechos dañosos —desconocidos hoy— en la misma normativa.

Por último, vamos a ver el rol de la antijuridicidad de la función punitiva del art. 52 bis de la LDC y la que se encontraba prevista en el art. 1714 del proyecto de reforma de 2012 que no se ha incorporado al C.C. 2014, pero que emerge tácitamente de los artículos 1714 y 1715, que olvidaron también sacar (43).

En estos casos de daños punitivos o sanciones pecuniarias disuasivas, se parte de un hecho contrario a la ley o al contrato en la LDC. En la malograda norma del proyecto, se partía de un supuesto de hecho en contrario a derechos de incidencia colectiva. En ambos casos se alude a comportamientos que desatienden los deberes correlativos a esos tipos de derechos. Por eso, la antijuridicidad es elemento insoslayable de la función punitiva.

Además, la gravedad de la falta es también un aspecto importante para la cuantificación de la sanción dineraria, por lo que puede cumplir un doble rol. El primero es imprescindible, debe haber antijuridicidad para que proceda la multa civil; el segundo, la idoneidad para la determinación del monto de la sanción podrá no concurrir, según el criterio del juzgador que no está ceñido a tenerla en cuenta, sino que es un posible parámetro más.

Como se ve, en nuestro derecho, la antijuridicidad está viva. No solo porque la impone la Constitución y porque sigue siendo un elemento de la responsabilidad civil resarcitoria por ley; sino, porque se ha diversificado y cumple roles en las otras funciones, donde también es elemento ineludible. Con esto, queremos remarcar que su concepto tiene mayores implicancias que antes y se erige como un requisito de mayor cantidad de acciones y se incorpora a plexos diferentes de reglas, que atrapan mayor cantidad de porciones de la realidad. Esto, por lo menos apriorísticamente. Ahora hay que ver qué resulta de la práctica forense y la cantidad de casos que se ventilen en

tribunales. Donde se discuta alguna de estas funciones de la responsabilidad civil, habrá que invocar y acreditar a la antijuridicidad en especial que le compete.

En suma, la antijuridicidad ha crecido al mismo ritmo que ha crecido el derecho de daños en la nueva codificación. Su futura existencia la hará protagonista de las mismas viejas lides que persiguen una indemnización y las más actuales que tengan por finalidad la prevención del daño y la punición o disuasión de los dañadores y potenciales dañadores.

Referencias Bibliográficas.

(1) Para ahondar en este fenómeno reduccionista y abolicionista de la antijuridicidad, como elemento de la responsabilidad civil, resulta imprescindible la lectura de la prólogo de José María Pena López a la obra de Busto Lago, José Manuel; *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, Tecnos, 1998, ps. 13/27. Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 2da. Ed., La Ley, 2011, Tº II, p. 254 y ss. BURGOS, Osvaldo R.; *Daños al proyecto de vida*, Buenos Aires, Astrea, 2012, p. 33 y ss. Díez Picazo, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 2000, reimpr., p. 290 y ss. Bueres, Alberto J.; *Derecho de Daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 474 y ss. Para el Profesor de Barcelona, salvador Coderch "La relegación de la antijuridicidad refleja así el escaso protagonismo de la Ley escrita en derecho civil de daños: si, a la postre, sólo es crucial la infracción dedebere de precaución, el centro del sistema se desplaza desde la Ley escrita y por tanto, desde el Estado hasta la sociedad, que difusa y descentralizadamente define los deberes de precaución, su alcance y las personas o grupos a quienes corresponde su cumplimiento. Coderch, Salvador Pablo; *Lecturas recomendadas*, http://www.indret.com/pdf/015_es.pdf, p. 13. El reconocido profesor Fernando Pantaleón Prieto, afirma que el hecho típico que la responsabilidad civil extracontractual no requiere de un hecho contrario a un derecho de la víctima; por ende se prescinde de la

antijuridicidad: "no requiere la lesión de un derecho subjetivo: no se trata de normas secundarias que establecen la sanción por la vulneración de la norma primaria atributiva del derecho subjetivo cuya lesión produciría el daño". En otras palabras, no se estaría en presencia de un régimen que opera por la infracción de un derecho ni del deber de no dañar, sino que prescinde de ello, a través de una cláusula general de responsabilidad que es atípica (similar a nuestro 1109) que sí tiene por elementos esenciales al daño y a la culpa. Cfr. Pantaleón Prieto, Fernando; *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones públicas)*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, ISSN 1575-8427, N.º. 4, 2000, p. 168, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=2127>.

(2) Pizarro, Daniel Ramón; Vallespinos, Carlos Gustavo; *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, Tº 2, p. 482. Trigo REPRESAS, Félix A.; LÓPEZ MESA, Marcelo J.; *Tratado de la responsabilidad civil*, op. cit., p. 258 y 266.

(3) Franzoni, Massimo; *La evolución de la responsabilidad a partir del análisis de sus funciones*; Leysser L. León Hilario (Traductor), AAVV, *Responsabilidad Civil Contemporánea*, Lima, ARA Editores E.I.R.L., 2009, p. 25.

(4) Responsabilidad penal, administrativa y, por supuesto, civil.

(5) Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, EDIAR, 2003, 4ta reimp., Tº I, p. 520.

(6) Ekmekdjian, Miguel A.; *Manual de la Constitución argentina*, 3ra ed., Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 11.

(7) Varían, según los autores, la aceptación como tales de: el ejercicio regular de un derecho, el cumplimiento de un deber, la obediencia debida, el consentimiento de la víctima, la asunción de riesgos, el acto de abnegación, entre otros. Actualmente, hay discusión sobre la procedencia, efectos y la ubicación metodológica que puede asignársele a cada uno. Esta situación tendrá fin a partir de la entrada

en vigencia del Código Civil argentino de 2014, puesto que hay una regulación detallada de las causas de justificación a partir del artículo 1718, donde se trata a legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio regular de un derecho, la asunción de riesgos, el consentimiento libre e informado y el acto de abnegación. Siendo que la regla que da el Código es el principio de no dañar a otros, entendemos que las excepciones al principio deben interpretarse restrictivamente y las causas de justificación no deberían ampliarse ni extenderse por analogía.

(8) Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; Tratado de la responsabilidad civil, op. cit., p. 272 y 273.

(9) Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; Tratado de la responsabilidad civil op. cit., p. 270.

(10) El artículo 1197 del C.C. establece que "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma". Ello, sumado a los efectos propios de las obligaciones, Art. 505 C.C., conduce a la inteligencia de en materia de obligaciones estamos en presencia de deberes legales, por lo que su incumplimiento deviene en un hecho ilícito objetivamente hablando. Cfr., Bueres, Alberto J.; Incumplimiento de la obligación e ilicitud objetiva, RCyS - Número especial en homenaje a su Director Atilio A. Alterini 2009 (abril), 77. Casiello, Juan José; El incumplimiento de la obligación, ¿es un ilícito?, RCyS - Número especial en homenaje a su Director Atilio A. Alterini 2009 (abril), 97.

(11) CSJN, Santa Coloma, Luis F. y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos, 05/08/1986, Fallos 308:1160, La Ley, 1987-A, 442; Gunther, Raúl F. c. Ejército Argentino, 05/08/1986, La Ley online AR/JUR/2036/1986. En Italia, según la visión de Franzoni, el principio alterum non laedere nada aporta a su cláusula general de responsabilidad del artículo 2043 del Código Civil y se tiene por equivalente. Cfr., Franzoni, Massimo; op. cit., p. 23. No es la misma conclusión que puede extraerse en Argentina. En nuestro país, la constitucionalización del principio en la jurisprudencia de la CSJN, a mediados de la década de 1980, pudo tener como justificación la

escasa recepción de derechos individuales explícitos en la Constitución vigente en aquél momento. Sin embargo, después de la reforma de 1994 —con la recepción de múltiples tratados internacionales de derechos humanos en su seno— se ha jerarquizado a la mayoría de los derechos e intereses que goza el hombre, con lo que cualquier hecho en su contra está vedado por la cúspide del ordenamiento jurídico. En consecuencia, se puede reformular al derecho de daños con otra perspectiva de la antijuridicidad, que es coherente con el ordenamiento vigente y que no resulta de la interpretación forzada o evolutiva de una norma que no pertenece a la responsabilidad civil. Lo desarrollaremos en el punto siguiente.

(12) Bueres, Alberto J.; Derecho de Daños, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 486.

(13) CSJN, Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A., La Ley Online AR/JUR/2113/2004.

(14) Entendido el término en la segunda acepción de la palabra, según el diccionario de la RAE: Importante, fundamental, esencial.

(15) "Admitimos la existencia de ilicitud aunque no haya voluntad —y por consiguiente imputabilidad— en el agente pues conceptualmente la punibilidad es sólo una consecuencia posible de la antijuridicidad, pero no un elemento estructural de la misma. Diferenciar idealmente las notas de antijuridicidad y culpabilidad permite reconocer con claridad la ilicitud culpable de la inculpable". Cfr. Goldenberg, Isidoro H.; La unicidad de lo ilícito. Su problemática, RCyS1999, 997 - RCyS2012-I, 203, AR/DOC/8241/2001.

(16) "La legislación en materia de responsabilidad civil, por el contrario, se encuentra en la imposibilidad de prever todos los actos dañosos o perjudiciales respecto de los particulares, y de determinar por adelantado, a los efectos de adecuar a ellos la reparación consiguiente, el daño que de ellos eventualmente emergerá y por ello, junto a los delitos civiles, ha establecido una figura cuasidelictual amplia, que permite tallar figuras cuasidelictuales sobre la base de

exigir los requisitos de los delitos de los art. 1084 a 1095, pero en clave de culpa". Cfr. Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; Tratado de la responsabilidad civil, op. cit., p. 304.

(17) Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; Tratado de la responsabilidad civil, op. cit., p. 311 y 317 y ss.

(18) Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; Tratado de la responsabilidad civil, op. cit., p. 325.

(19) Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; Tratado de la responsabilidad civil, op. cit., p. 314 y ss.

(20) En rigor de verdad, el artículo 19 de la C.N no entraña un tipo normativo del derecho de daños o responsabilidad civil, su presupuesto de hecho y su efecto —la garantía constitucional— no está dirigida a establecer una prohibición de dañar ni un derecho a la reparación, sino a colocar un límite a la esfera de libertad de la persona —que se ve circunscripta por la ofensa al orden y a la moral pública y el perjudicar a terceros—. Pero lo sustancial de la norma no radica en la creación de límites, sino en garantizar un espacio mínimo de libertad e intimidad ante el Estado y particulares. Cfr. EKMEKDJIAN, Miguel A.; Manual de la Constitución argentina, op. cit. p. 5 y ss. Insistimos, La relectura hecha por la CSJN en los casos "Santa Coloma", "Günther" y "Lujan" no es necesaria con la cantidad de derechos constitucionalizados en 1994.

(21) Bidart Campos, Germán J. Manual de la Constitución reformada, op. cit., p. 499.

(22) Dentro de la tutela amplia de la propiedad privada cabe todo interés patrimonial lícito y dentro de la tutela amplia de la integridad de la persona (psicofísica y moral) cabe todo interés extrapatrimonial lícito y ello tiene recepción expresa en la Casdh, en el artículo 5.1, y en Art. I de la Dasdh.

(23) Visintini, Giovana, Tratado de la responsabilidad civil, Kemelmajer de Carlucci, Aída (Traductora), Buenos Aires, Astrea, 1999, tº 2, p. 19.

(24) Pizarro, Daniel Ramón; Vallespinos, Carlos Gustavo; *Instituciones de Derecho Privado*, op. cit., p. 639. Esto puede sostenerse, aunque haya cierta exigencia de homogeneidad entre el resultado y la lesión a un interés, Cfr., Bueres, Alberto J.; *Derecho de Daños*, op. cit, p. 306 y ss.

(25) Zannoni, Eduardo A.; *El daño en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Astrea, 3ª Ed., 2005, p. 10.

(26) Una opinión en contra de la nuestra puede leerse en: JALIL, Julián Emil; *La pretensión resarcitoria de los hijos hacia sus padres por el padecimiento de daños congénitos sufridos por un obrar doloso o culposo de sus progenitores*, DFyP 2012 (junio), 29, AR/DOC/1424/2012, para quien se requeriría de una norma legal expresa.

(27) Nicolau, Noemí L.; *La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional*, La Ley 1996-A, 1245 - *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I*, 01/01/2007, 579, La Ley Online AR/DOC/16196/2001.

(28) Lo primero es no hacer daño.

(29) *Acción preventiva en nuestro Código*, según el artículo 1711, que tiene por finalidad —mediante sentencia judicial— imponer obligaciones de dar, hacer y no hacer para prevenir daños, ante acciones u omisiones antijurídicas que previsiblemente causen daños. En el derecho italiano, donde cuentan con la acción inhibitoria, se la ha definido como: "la orden judicial impartida a una persona de abstenerse de un comportamiento ilícito". Cfr. Bianca, C. Massimo; "Diritto Civile", t. 5, p. 781, Giuffrè editore, Milano, 1994. cit. por, Nicolau, Noemí L.; *La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional*, LA LEY1996-A, 1245 - *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I*, 01/01/2007, 579, AR/DOC/16196/2001.

(30) En las relaciones de consumo y laborales, por ejemplo el rol del deber de seguridad adquiere una dimensión mayor, puesto que estará limitado a la causalidad ajena —hechos de terceros, de la

víctima y caso fortuito—. En otros supuestos, el cartabón será la buena fe y las circunstancias del caso, con lo que definitivamente se cumple el objeto del deber haciendo lo posible.

(31) Pero no es antijuridicidad material en el sentido clásico ya explicado anteriormente, puesto que no hay un contraste con principios del derecho o con deberes de actuar que surjan de otras fuentes distintas a la ley. En el nuevo código, la antijuridicidad es formal, porque la ley determina que conducta debe llevarse a cabo: no dañar. Pero la antijuridicidad se vincula con daño y relación causal, siendo la realidad una nota imprescindible para el juicio de antijuridicidad. Esta realidad es el aspecto material de la antijuridicidad, puesto que daños adecuadamente causados pueden ser infinitos y producidos estos hay antijuridicidad. Sin esta base de orden material no hay manera de saber si un hecho es antijurídico o no, máxime cuando la valoración jurídica del daño se limita a la comprobación de la licitud del interés dañado —lo que incluye casi cualquier aspecto de la existencia de la persona que sea asiento del perjuicio—. Por ello decimos que la antijuridicidad deberá ser material desde este punto de vista; aunque, a la vez, la infracción al deber de no dañar se haya formalizado desde el punto de vista de que se ha incorporado a la norma expresa —con un tipo normativo inmensamente amplio que remite a las circunstancias del caso y a la producción causal de daño.

(32) El artículo 1750 prevé la responsabilidad por actos involuntarios en razones de equidad y en la medida de lo que el juez determine como equitativo, por la remisión que hace al artículo 1718. Por ello decimos que la antijuridicidad es objetiva. Arriba a la misma conclusión el Dr. Picasso, cfr. Picasso, Sebastián; La antijuridicidad en el Proyecto de Código, La Ley, 30/08/2013, 30/08/2013, 1 - La Ley, 30/08/2013, 1 - LA LEY, 2013-E, 666, AR/DOC/3184/2013.

(33) Visintini, Giovana, Tratado de la responsabilidad civil, op. cit., p. 9.

(34) Busnelli, Francesco Donato; La parábola de la responsabilidad civil, Leysser L. León Hilario (Traductor), AAVV,

Responsabilidad Civil Contemporánea, Lima, ARA Editores E.I.R.L., 2009, p. 112.

(35) Como nuestro nuevo sistema instaura la protección de todo tipo de interés lícito, sin recortes, son atinadas las conclusiones del maestro de la Coruña, Pena López, quien ha dictaminado —y compartimos su idea— que el juicio de antijuridicidad depende exclusivamente de la existencia de daño en una legislación como la que vamos a tener a partir de agosto de 2015: "... como siempre que hubiera daño habría antijuridicidad, este requisito, aunque existente, carecería de operatividad autónoma con respecto al daño o, dicho de otro modo, sería consustancial al daño, de tal manera que, comprobado este, no habría falta ya verificar su antijuridicidad, porque ésta se produciría por la simple existencia del daño.". Cfr. Pena López, José María prólogo del libro: Busto Lago, José Manuel; La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual, op. cit., p. 24.

(36) También es aplicable a nuestro futuro sistema, la idea de Pena López respecto al magro rol que cumple la antijuridicidad dependiente de la comprobación de daños; puesto que en el sistema que se aplicará pronto la antijuridicidad "solo se haría patente cuando, al faltar, por la concurrencia de una causa de justificación en la producción del daño, impidiese el nacimiento de la responsabilidad civil; de esta manera se podría afirmar, como se hace, que cualquier daño sería antijurídico, o se presumiría como tal, salvo que se hubiese inferido en virtud de una causa de justificación". Cfr. Pena López, José María; *ibidem*.

(37) Debe tenerse presente que la flexibilización de la interpretación del artículo 1074 del Código de Vélez ha ido en paralelo con la atenuación del rigor del artículo 1066. Ya hace tiempo que los autores vienen hablando de antijuridicidad material en lo atinente a la responsabilidad civil por hechos negativos. Por ejemplo, el profesor Calvo Costa ha sabido explicar sobre la atipicidad en los ilícitos por omisión "que si bien han sido contempladas por el Codificador en el art. 1074 CC debe atenderse a ellas en su

confrontación con el ordenamiento jurídico en su totalidad, comprensivo éste de los principios generales del derecho, y por ende, del *alterum non laedere*. De este modo, toda conducta (positiva u omisiva) que ocasione un daño a otro sin causa de justificación alguna será reputada como antijurídica; así, la antijuridicidad puede ser definida como la violación del *alterum non laedere* sin que exista causa de justificación alguna para ello. Cfr. Calvo Costa, Carlos; La vigencia de la antijuridicidad en el actual derecho de daños, <http://www.ccalvocosta.com.ar/articulos/La%20antijuridicidad%20%28homenaje%20a%20Alterini%29.pdf>, p. 3. Pizarro y Vallespinos se pronunciaron en un sentido similar al decir que "Toda persona tiene derecho a abstenerse; pero ese derecho no es absoluto y requiere de un ejercicio funcional, dentro de los límites que impone la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Quien transgrede tal límite, obra antijurídicamente y puede ver comprometida su responsabilidad". Cfr. Pizarro, Daniel Ramón; Vallespinos, Carlos Gustavo; *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, op. Cit., p. 483.

(38) El nuevo Código Civil podría en este punto dar lugar a debate; puesto que podría también pensarse que se debe analizar la infracción al deber de no dañar, cuyo objeto y contornos se delinearán por la buena fe y las circunstancias del caso. En otras palabras, es posible creer que la buena fe y las otras circunstancias tengan incidencia en la comprobación de la existencia de vulneración del deber de no dañar, impedir el daño o de no agravarlos. En este caso, funcionarían como causas de justificación del daño, por actuarse dentro de lo lícito. Pero, creemos que ello no es así, puesto que no se justifica el daño causado de buena fe por un hecho positivo. Las creencias del agente no son las que hacen jurídico o antijurídico un hecho dañoso, tampoco las circunstancias del caso —la antijuridicidad es objetiva y no se recepta el error de derecho en el Código—. Ambas cuestiones sí cobrarían relevancia a la hora de comprobarse si han existido o no desviaciones entre el comportamiento ideal y el efectivamente obrado.

(39) Un pensamiento en contrario puede leerse en: Picasso, Sebastián; *La antijuridicidad en el Proyecto de Código, La Ley*

30/08/2013, 30/08/2013, 1 - La Ley30/08/2013, 1 - La Ley, 2013-E, 666, AR/DOC/3184/2013. Para el profesor, que participó en la elaboración de esta parte del Código de 2014, se trata de una causa de justificación.

(40) En contrario, puede leerse la opinión de la Dra. Silvestre, para quien la asunción de riesgos es una especie dentro del consentimiento de la víctima, que justifica el daño, siendo —por ende— una causa de justificación reconocida en el Nuevo Código. Cfr., Silvestre Norma O.; Asunción de riesgos y consentimiento del damnificado en el Proyecto de Código. A propósito del "turismo Aventura", L.L., tº 2013-F, año LXXVII, Nº 220, viernes 22 de noviembre de 2013.

(41) No aludimos a las medidas cautelares en este trabajo, porque no tienen por requisito ningún rasgo de antijuridicidad; al contrario, exigen verosimilitud del derecho invocado que se busca resguardar, que es lo opuesto a exigir antijuridicidad.

(42) CSJN, Camacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf S. R. L. y otros., 07/08/1997, La Ley1997-E, 653 - DJ1997-3, 591, AR/JUR/2335/1997; P., H. P. y otro c. Di Césare, Luis Alberto y otro s/art. 250 del C.P.C., 06/12/2011, RCyS 2012-II, 191, AR/JUR/76491/2011.

(43) Del artículo 1714 se podría extraer la facultad de los jueces de aplicar sanciones disuasivas (condenaciones pecuniarias civiles, que solo tienen lógica en esa norma y la siguiente si aluden a daños punitivos, puesto que hay una regulación específica para las astreintes con sus propias reglas). Si la doctrina explota la posibilidad abierta que deja la norma, no limitada a derechos de incidencia colectiva, se podría evolucionar en la postura de que existe incorporación legal de dicha figura, con contornos que habría que definir dogmáticamente y a través de las sentencias. Pero, aún para los críticos de la figura, no se podría achacar la falta de legalidad de la figura, pues el mencionado artículo 1714 y el 1715 están aludiendo a ella, por más que se haya eliminado el original 1714 —que la receptaba explícitamente—. Este posible debate se ha de dirimir más por la ideología que tenga el

intérprete que por el derecho, pues ha sido clara la intención de incorporar la sanción al código y no resulta ello una novedad, sino que se había hecho antes en el proyecto de 1998. Queda un despojo normativo desde el que se puede partir, aprovechando la doctrina y jurisprudencia que desde 2008 viene configurando al instituto en nuestro país.

Discriminación y responsabilidad civil.

Por Manuel Gonzalo Burgueño Ibarguren y Julieta Siciliano.

Disponible en <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: Responsabilidad Civil y Seguros. LL 2013-IX, 54

Cita Online: AR/DOC/2557/2013

[Consultado: 18/08/20]

Sumario.

I. Hechos.- II. Aspecto de interés para nuestro comentario.- III. Daño extrapatrimonial.- IV. Crítica a la decisión de la Cámara sobre el daño extrapatrimonial

I. Hechos.

Un empleado bancario, de profesión contador público, sufrió una enfermedad laboral que lo incapacitó en un 50% de la total obrera (depresión neurótica grado III-IV) causada por el stress laboral, a consecuencia de las exigencias planteadas por el banco empleador durante la época del corralito financiero, en la que el actor se desempeñaba como gerente. Es importante destacar que el trabajador posee rasgos obsesivos en su personalidad de base, que podrían hacerlo proclive a sufrir la patología indicada.

El actor demandó la indemnización de los daños sufridos y del despido indirecto; y el juez de grado hizo lugar a la misma por el 50% de la incapacidad detectada, otorgando por resarcimiento del daño la suma de \$400.000,00 (\$300.000,00 por la incapacidad física y \$100.000,00 de daño moral). Además, fijó la reparación del despido indirecto en la suma de \$230.826,79.

La Cámara revocó parcialmente la sentencia de primera instancia, al entender que la relación causal entre la presión del empleador y la enfermedad laboral era adecuada, mientras que la personalidad del actor de por sí sola no fue la causante del daño. En consecuencia, determinó la indemnización del daño patrimonial en la suma de \$500.000,00 y disoció el monto del daño extrapatrimonial en \$50.000,00 por daño psíquico y \$50.000,00 por daño moral.

II. Aspecto de interés para nuestro comentario.

De todas las interesantes temáticas que ha tratado el fallo, vamos a aislar solo uno de los problemas que tuvo que resolver la Cámara: la divergencia de criterios entre la primera y segunda instancia en orden al daño extrapatrimonial (moral y psíquico).

III. Daño extrapatrimonial.

1. Controversia que se trasluce en el fallo.

El fallo que estudiamos permite advertir una diferencia conceptual entre los jueces de ambas instancias, en lo inherente al daño extrapatrimonial. Efectivamente, el juez que primero atendió a la causa unificó en el concepto de daño moral a todas las consecuencias resarcibles que carecen de contenido económico (el sufrimiento y el daño psicológico). La Cámara de Apelaciones, por el contrario, disoció los rubros daño moral y daño psíquico entendiendo que son perjuicios diferentes. En palabras del vocal preopinante: "el primero constituye un término netamente jurídico-legal para definir el padecimiento de índole espiritual que sufre la víctima como consecuencia del ilícito que padeció, del daño que sufrió; el segundo indica más bien aquellos trastornos emocionales que, como consecuencia del hecho lesivo, no han sido pasajeros porque han dejado secuelas incapacitantes de forma tal que afecta e impide el desarrollo del proyecto futuro de la víctima dando lugar a una pérdida de su tranquilidad, mina su autoestima y por lo general conduce a la

depresión con todas las consecuencias disvaliosas que ello acarrea siendo factor de riesgo de esto último la acumulación de sucesos estresantes".

Avanzando en la argumentación del fallo, de forma más sintética, el mismo magistrado expresó que: "el daño psíquico implica una alteración de la personalidad, que acarrea síntomas, depresiones y estados de inhibición, actuaciones, bloqueos, estados de angustia, frustración e insatisfacción; todo lo cual permite distinguirlo claramente del daño moral que, tal como se dijo, entra en el terreno de lo subjetivo ("pretium doloris")". Con estos fundamentos, se descartó la posición que había tomado el a quo y la de la parte demandada que había replicado que: "[de] hacerse un distingo en el plano de los daños resarcibles aceptar el reclamo psicológico sería computar los nuevos aspectos ya tenidos en consideración para indemnizar al daño moral".

De esta forma queda expuesta la controversia conceptual entre el género daño moral -que contiene todas las secuelas del daño extrapatrimonial- y la postura que asigna autonomía a los diferentes rubros resarcitorios, según el tipo de lesión que se produzca a cada tipo de interés o derecho de la persona (con exclusión de los patrimoniales). Para esta última postura, entonces, los daños psicológicos, estéticos, biológico y otros, contarían con autonomía conceptual -y a veces resarcitoria- sin perjuicio de su naturaleza extraeconómica.

2. Posibilidad lógica de ambas posturas.

Las posiciones que se reflejan en el fallo -aquellas que marcan una diferencia en el resarcimiento del daño moral- parten de dos conceptos distintos de lo que es el daño moral.

En primera instancia, el juez siguió una concepción amplia que entiende por daño moral a todo perjuicio extrapatrimonial (1); mientras que la Cámara concibe por daño moral, al reducido espacio que le cabe al pretium doloris (entendido por el tribunal como

padecimiento espiritual, aunque la doctrina lo comprenda como daño en los sentimientos) (2).

Desde estos dos diferentes puntos de partida, tienen total lógica ambas posiciones. La primera conforma un sistema en torno a la categoría daño moral como daño extrapatrimonial, en la que entra todo daño en la persona y su proyección; en la segunda, existe también una idea de daño extrapatrimonial -no denominado daño moral- y también entran todas las consecuencias disvaliosas del hecho que lesiona intereses no económicos, entre los cuales, los sentimientos y el espíritu forman parte del todo bajo la denominación de daño moral.

En conclusión, advertimos que ambas posiciones son lógicamente adecuadas, ya que sí bien son opuestas y una excluye a la otra, no son contradictorias en sí mismas, por lo que cualquiera de las dos se ve convalidadas desde este prisma.

3. Idoneidad axiológica de las dos posturas.

Entendemos que en toda problemática donde estén implicados los daños morales -en sentido lato- o daños en la persona, entran en juego una serie de principios constitucionales como el derecho a la integridad moral (art. 5.1 C.A.S.D.H), el derecho al resarcimiento integral (Art. 19 CN), la razonabilidad para lograr aquellos mediante un método de responsabilidad civil (Art. 28 CN) en condiciones de igualdad para sujetos en iguales situaciones (Art. 16 CN).

Creemos que ambas posiciones pueden cumplir con todos esos principios sin cortapisas, si se tiene en cuenta que conceptualizar al daño moral como toda consecuencia nociva del ilícito sobre cualquier interés extrapatrimonial, implica reconocer de manera amplia el resarcimiento de este tipo de perjuicio, así como también lo permite la noción estrecha de daño moral si se da curso conjuntamente a otras especies de daño en la persona (Vgr. Daño biológico, daño estético, daño psicológico, daño al proyecto de vida, pérdida de la capacidad de disfrutar, daño juvenil, etc.).

Desde este punto de vista, no existen incongruencias internas en ninguno de los dos modos de conceptualizar al daño extrapatrimonial, pues ambos hacen al respeto a la integridad moral de la persona, y pueden derivar en indemnizaciones suficientes, razonables e igualitarias para todos los justiciables de nuestro país. Ninguna de estas miradas sobre el daño extrapatrimonial implica desconocer derechos a la vida, la integridad física, el honor, entre otras esenciales facetas del ser humano que impliquen intereses lícitos extrapatrimoniales. Por ello, hasta aquí encontramos que ambos razonamientos sobre la misma cuestión podrían ser admisibles desde esta óptica.

4. Aptitud dikelógica de ambas posiciones.

Al ser lógicas y razonables con los valores superiores del ordenamiento jurídico, las dos teorías analizadas pueden ser aptas para proveer a la justicia, atento a que persigue la plenitud del resarcimiento del ser humano sin truncamiento alguno; por lo tanto responden a la voluntad de restituir a cada uno sus intereses extrapatrimoniales (como un instrumento para dar de forma constante a cada uno lo suyo).

5. Análisis económico de ambas posiciones.

El juez que debe resolver cuánto por daño moral debe tener en cuenta las proyecciones sociales de sus sentencias, y especialmente las consecuencias económicas que pueda arrojar el fallo. Nadie refuta la décima regla que Mosset Iturraspe ha sabido conjeturar: "Sí a sumas que puedan pagarse, dentro del contexto económico del país y el general "standard" de vida"(3). También la CSJN ha sabido destacar la relevancia que tiene la realidad económica como aspecto fundamental a contemplarse en la sentencia (4), y se la vulnera, siguiendo al Dr. Pizarro, cuando se fijan indemnizaciones del daño moral excesivamente bajas, o excesivamente altas (5).

En principio, ninguna de estas concepciones, de por sí, implican la determinación de indemnizaciones muy altas o muy bajas, o desapegadas de la realidad económica del país. En los casos, se puede llegar a indemnizaciones equilibradas con el desarrollo de nuestra economía. Sin embargo, desde la visión que ofrece la economía, es posible advertir que es más probable que se produzcan excesos y dobles indemnizaciones en aquella teoría que propugna la autonomía de los rubros indemnizatorios extrapatrimoniales. De todos modos, se pueden evitar esos excesos con prudencia judicial, con la consideración de las sumas de dinero que mandan a pagar los juzgados ante casos similares y con la razonabilidad de evitar enriquecimientos sin causa.

Desde este punto de estudio, nos convencemos de la superioridad de la conceptualización del daño moral como toda lesión extrapatrimonial; porque no incorpora limitación alguna en la debida indemnización, pero tampoco favorece los excesos. Es correcto pensar que la pluralidad de intereses afectados pueda aumentar el daño (consecuencia) y, en efecto, la indemnización (6); lo que no puede ocurrir es que la reparación llegue a sumas que no pueden pagarse ni cobrarse, y, sin dudas, es más posible que la teoría de la autonomía de rubros recaiga en estas consecuencias económicas y a la duplicación de indemnizaciones.

6. Fundamento normativo de las teorías.

En nuestro Código Civil se define al daño en el artículo 1068 en estos términos: "Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades". Más allá de la discusión doctrinaria sobre la interpretación de la norma, esta permite entender que el daño puede recaer sobre cualquier interés lícito del ser humano. A este artículo, se lo debe corresponder con el artículo 1078 que establece: "La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e

intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima". De conjugar ambos artículos, se puede concluir que cualquier lesión a un interés extrapatrimonial del hombre que configure un daño resarcible, debe ser indemnizado como daño moral, ya que normativamente no se alude a ningún otro tipo de indemnización -excluyendo la patrimonial, por supuesto.

Si la ley sostiene que los daños a las cosas, a la persona, sus derechos o facultades - siempre en sentido amplio y sin recortes sobre los intereses lícitos- deben ser resarcidos mediante indemnizaciones patrimoniales y la del daño moral, no hay porqué crear otras que no tengan basamento legal. La falta de necesidad de buscar nuevos daños autónomos se fundamenta en que el daño moral receptado no tiene ningún tipo de escisiones, e implica una reparación que resulta integral para todo efecto nocivo de la violación de un interés de la persona.

Contrariamente, podemos decir que la ley entraña un número abierto de perjuicios y que, si no está prohibido acudir a otros daños autónomos, está permitido. No puede olvidarse que la interpretación amplia de las dos normas mencionadas llevan a la reparación integral de la persona perjudicada, y por lo tanto es una norma razonable y útil para darle vigencia al artículo 5.1 de la C.A.S.D.H. -y normas afines- en igualdad de condiciones para todos, por ello se presenta como constitucional -y nunca se la acuso de inconstitucional en este aspecto.

Nutriendo a las dos normas del Código Civil que hemos transcripto, con la interpretación adecuada a la luz de la Constitución Nacional, se puede arribar a soluciones lógicas, justas, y económicamente suficientes. Por ello, no es necesario hacerle decir al Código lo que no dice e incorporar daños autónomos, pues nuestra ley incluye en su seno a todos los daños extrapatrimoniales posibles. La autonomía conceptual y resarcitoria de un rubro necesita de su reconocimiento, y si bien en la meseta constitucional se refiere a los derechos a la vida, a la integridad psicofísica, y a muchos otros derechos más, el instrumento diseñado por Vélez Sarsfield y Borda puede arribar a soluciones ajustadas a la plenitud de todos aquellos derechos y de todos los intereses de la persona.

Dicho esto, cabe aclarar que no se niega que existan diferentes intereses lesionados que, según sus proyecciones, irían configurando consecuencias diferentes en la esfera subjetiva del ser humano. Lo que sostenemos es que, desde el punto de vista normativo, no es preciso darle entidad de género a cada una de esas consecuencias, sino que son especies del daño extrapatrimonial que en la terminología de nuestra ley se llama daño moral, sin que se perjudique a ningún argentino por esa circunstancia.

7. Proyecciones sociológicas de ambas teorías.

Desde el punto de vista social, consideramos superior la teoría que entiende al daño moral como daño extrapatrimonial, en sentido de género que puede contener todo tipo de daños extrapatrimoniales singulares sobre la que busca darle autonomía a cada rubro.

La razón de la superioridad radica en que los tiempos cambian y con él la cultura, la forma de vida y las sensibilidades sociales. Sabiendo lo que cuesta modificar un Código -desde 1871 tenemos el mismo y han fracasado múltiples proyectos de reforma- es mejor acudir a normas amplias, que abarque cualquier tipo de supuesto que acudir a una excesiva reglamentación de los distintos tipos de daños extrapatrimoniales que de por sí habrán de variar, o serán estériles para incorporar otros nuevos (7). Desde la perspectiva que compartimos con parte de la doctrina, el concepto de daño moral es maleable y puede dar respuesta con mayor facilidad a las necesidades de las comunidades futuras.

8. Problemas pragmáticos que presenta la cuantificación de diversos rubros autónomos.

La cuantificación del daño moral es uno de los problemas más complejos del derecho. Todavía no se ha consolidado un método uniforme en nuestro país, pero sí se advierte una concentración de la doctrina en base al método de cuantificación judicial *iuris tantum*,

también llamado indicativo o comparativo, que emplea los precedentes judiciales y los corrige en más o en menos según las circunstancias del caso.

Valorar y cuantificar el daño moral es una tarea de complejidad para científicos del derecho, y mucho más para los operadores jurídicos. Si a este problema le agregamos por separado -ya que el daño moral sería solo el *pretium doloris*- la cuantificación de los daños biológico, estético, existencial, pérdida del proyecto de vida, daño a la salud, etc., difícilmente se encontrarían soluciones judiciales suficientemente fundadas que asignen reparaciones equitativas y justas a lo largo y ancho de todo el territorio. Sin dudas, en nada se aporta al caos imperante.

De forma contraria, si se valoran todas esas lesiones extrapatrimoniales, si se las aprecia en conjunto, y se forma una noción de la extensión, duración e intensidad del perjuicio extrapatrimonial en su conjunto, se puede llegar a soluciones justas y que den el suficiente respaldo para que la sentencia pueda ser ejemplo para otras, de manera mucho más sencilla y prácticas sin agredir el derecho a la indemnización integral.

9. Conclusión sobre la doble conceptualización del daño extrapatrimonial.

En definitiva, entendemos que el daño moral incluye a todo tipo de daño extrapatrimonial. Si bien hay algunos argumentos que dan sustento a la teoría que distingue los diferentes rubros del daño extrapatrimonial, es claro que desde otros puntos de vista se demuestra su falta de necesidad, sus posibles efectos nocivos sobre la economía, el encorsetamiento a futuro de dárseles una recepción normativa, y sus mayores complicaciones prácticas. Por todos esos motivos, creemos que es superior la primera de las teorías.

IV. Crítica a la decisión de la Cámara sobre el daño extrapatrimonial.

Al margen de que podamos no compartir la teoría sobre el daño moral de la que participa el Tribunal, percibimos como estéril todo esfuerzo argumentativo que no tenga por resultado un efecto jurídico concreto.

En el fallo se modificó el encuadre que había dado el a quo, en tanto éste fijó la suma de \$100.000,00 en concepto de daño moral, para abrir la posibilidad de resarcir de forma autónoma al daño psicológico con el único efecto de dividir aquella suma en \$50.000, 00 por daño psíquico y \$50.000,00 en concepto de daño moral. Esto solo ha significado para el actor, que se han cambiado los envoltorios, sin que redunde en ninguna otra consecuencia útil.

En algún punto el esfuerzo que lleva adelante la Cámara deriva en cambiar las cosas para que finalmente nada cambie; y así, en el caso, se demuestra la inutilidad del desglose de la categoría daño moral en dos rubros autónomos. Diferente pudo haber sido, si el juez en su labor de justificación hubiera hecho un verdadero análisis por separado de cada rubro para sopesar la magnitud del perjuicio y determinar un valor indemnizatorio adecuado para cada tipo de lesión que hubiera podido lógicamente aislar.

Por otro lado, la cuantificación de cada tipo de daño es carente de justificación. No se acude a ningún tipo de argumento para explicar la operación lógica que hizo el magistrado para trasvasar un perjuicio esencialmente humano a una cifra dineraria imputable a concepto de indemnización.

La Cámara se conforma con asignar la partida indemnizatoria disociada en aquellas cifras porque "estimo justo y equitativo en virtud de la mensura diferenciada que, de ambos rubros, pide el accionante". No se indican los valores asignados en los precedentes judiciales (8), no se advierte valoración alguna del daño moral (9), no se hace referencia al valor de bienes del mercado que pudiesen ser referencia como sucedáneos que proporcionen compensaciones o satisfacciones

(10), tampoco se explicitan fórmulas matemáticas (11). En suma, no se cuantifica el daño moral mediante alguno de los instrumentos que ha propuesto la doctrina.

De la forma que se ha dispuesto la condena al pago del daño moral, no le permite a las partes apelar la resolución atacando sus fundamentos, y mucho menos, ejercer un adecuado derecho de defensa al demandado que había alegado la doble indemnización del daño moral. No es menor el dato, de que se indemnizó al actor con la misma suma que se indemniza a una madre por la muerte de su hijo (12), con el doble de lo que se ha indemnizado a un niño de ocho años por la muerte de su padre (13) y con cifras menores de las que se indemnizan incapacidades cercanas al 50% de la total obrera (14).

La sentencia es descalificable por la total carencia de justificación, y por la forma en que cuantificó el daño extrapatrimonial se enrola en una corriente jurisprudencial que confunde prudencia judicial con arbitrariedad. Línea que la CSJN ya se ha encargado de desautorizar (15) y que cuenta con la crítica de toda la doctrina nacional.

Referencias Bibliográficas.

(1) "La modificación disvaliosa del espíritu proyecta sus efectos con amplitud hacia ámbitos específicos de la subjetividad del damnificado, como su capacidad de entender, querer o sentir. Repárese en que el daño moral supera lo meramente afectivo, los sentimientos, y proyecta también sus efectos hacia otras zonas de la personalidad que merecen debida protección: la capacidad de entender y la de querer". Cfr. Pizarro, Ramón Daniel; Vallespinos, Carlos Gustavo, "Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones", Hammurabi, Buenos Aires, T. Ii, P. 639. Zavala De González, Matilde, "Resarcimiento de daños", 2ª Daños a las personas [Integridad sicofísica], 2ª ed. ampliada. 3ª reimpresión, Hammurabi, p. 641.

(2) Ghersi, Carlos A.; Weingarten, Celia, "Tratado de daños reparables", Ghersi, Carlos A (director); Weingarten, Celia

(coordinadora), Buenos Aires, La Ley, 2008, T. I, p. 214. Puede leerse sobre las diferentes caracterizaciones del daño moral en TRIGO REPRESAS, Felix A.; LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad Civil", 1ª ed., 2ª Reimpr., Buenos Aires, La Ley, 2008, T. I, ps. 483 y ss.

(3) Mosset Iturraspe, Jorge, "Diez reglas sobre cuantificación del daño moral", LA LEY, 1994-A, 728 y ss.

(4) CSJN, Santa Coloma, Luis y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos, 05/08/1986, Fallos 308:1160.

(5) Pizarro, Daniel Ramón, "Daño moral. Prevención. Reparación. Punición", 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 438 y ss.

(6) Zavala de González, Matilde María; Resarcimiento del daño moral, Buenos Aires, Astrea, 2009, pág.116.

(7) El problema se magnificaría si se diere recepción legislativa a diferentes rubros indemnizatorios, sin dejar a salvo una norma general y amplia que dé respuesta a la infinidad de intereses extrapatrimoniales del hombre.

(8) Peyrano, Jorge W., "De la tarificación judicial "iuris tantum" del daño moral", JA, 1993-I-877 y ss. Pizarro, Daniel Ramón, "Daño moral. Prevención. Reparación. Punición", 2da ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 442 y ss. Mendelewicz, José; Cuantificación judicial del daño moral, DJ, N° 3 del 21/01/2009, ps. 103 y ss.; Apuntes sobre la cuantificación del daño moral, ED, 240-1046 y ss.; La sistematización de los precedentes judiciales. Herramienta para la cuantificación del daño moral, ED, 238-1028 y ss. Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J., "Tratado de la Responsabilidad Civil", 1ra ed. 2ª reimp., Buenos Aires, La Ley, 2008, T. IV, p. 709 y ss.

(9) Pizarro, Daniel Ramón, "Daño moral. Prevención. Reparación. Punición", 2da ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 422 y ss.

(10) Iribarne, Héctor Pedro, "De los daños a la persona", 1ra. reimpresión corregida, Buenos Aires, Ediar, 1995, ps. 155, 156, 157 y 401.

(11) Ghersi, Carlos A., "Daño moral y psicológico", 3ra. Ed. Actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2006, ps. 179 y ss. y 240 y ss. Grupo de Análisis de Criterios; Análisis de decisión judicial. El daño moral. Resultados de una investigación, RCyS, 2010-XII, pág. 242 y ss.

(12) CNCiv., sala B, Furfaro, Rosa Susana c. Sertex S.A. y otros, caso 2258, 23/04/2008. <http://consultas.pjn.gov.ar/cuantificacion/>

(13) CNCiv., sala K, Piedrabuena, Ramón Eduardo y otros c. ADEESUN S.A. y otros, caso 2453, 10/03/2010. <http://consultas.pjn.gov.ar/cuantificacion/>

(14) La CSJN fijó la suma de \$ 324.800,00 en un caso de incapacidad psicofísica del 45%. CSJN, Molina, Alejandro Agustín c. Santa Fe, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios, 20/12/2011, La Ley Online, AR/JUR/84375/2011.

(15) CSJN, González, Miguel A. c/ Nuevo Federal S.A. y otro, Expte. G. 759. XXVI. RHE 04/10/1994

Reflexiones sobre la lesión a la integridad psicofísica y moral.

Por Manuel Gonzalo Burgueño Iburguren.

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: Responsabilidad Civil y Seguros. LL 2013-II, 122.

Cita online: AR/DOC/68/2013

[Consultado: 18/08/20]

Sumario.

I. Antecedentes del fallo.- II. Método para estudiar el caso.- III. El daño a la integridad física.- IV.- La incapacidad física parcial y definitiva en el caso.- V.- ¿Daño patrimonial, daño extrapatrimonial o tercer género?- VI.- Otros aspectos importantes del fallo.- VII. – Conclusión.

I. Antecedentes del fallo.

El médico Juan Manuel Franciulli fue embestido desde atrás al conducir su rodado el 17 de abril de 1992 por las calles de Bahía Blanca. Como consecuencia del accidente, sufrió una lesión cérvico branquial crónica y daños en su vehículo.

En el proceso, demandó al conductor y al dueño del auto, y citó en garantía a la Compañía de seguros que otorgaba la cobertura del seguro obligatorio automotor. El reclamo requirió como rubros indemnizatorios: el valor de desvalorización del rodado, el resarcimiento de la privación de su uso, la incapacidad física y el daño moral.

En primera instancia se acreditó que el demandante había sufrido un 30% de incapacidad física definitiva, por lo que el juez de grado determinó, mediante el uso de una fórmula, que los demandados debían indemnizar la suma de \$ 902.519,00. Se adicionaron \$ 25.000,00 como resarcimiento del daño moral y se rechazaron los rubros pedidos como perjuicios en el automóvil.

La Cámara de Apelaciones, como resultado de las expresiones de agravios de los demandados y citada en garantía, consideró firme el porcentaje de incapacidad del actor, la atribución de responsabilidad objetiva a los demandados y la indemnización del daño moral; aunque disminuyó el monto fijado por el a quo por incapacidad física a la suma de \$ 244.000,00. La disminución se debió al uso, en la fórmula, de sumas netas de ingresos —entendiendo que son las que constituyen ganancias— en vez de sumas en bruto.

Los demandados dedujeron recursos extraordinarios de nulidad y de inaplicabilidad de la ley ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. El tribunal acogió en parte el recurso de inaplicabilidad de la ley, y al fallar se consideró acreditada la causalidad entre el hecho y el daño sufrido por el actor (30% de incapacidad), pero se disintió con la cuantificación del daño físico resarcible, que calificó de "exorbitante" porque —a su entender— el uso de las fórmulas matemáticas llevó a una solución inconciliable con las constancias de la causa, en la que se ponderó la disminución de ingresos del actor, y se acreditó que incrementó sus ganancias y que continuó trabajando luego del accidente. Por ello, dejó sin efecto el monto fijado por la Cámara y le devolvió el expediente para que dicte nueva sentencia sobre el punto.

La Cámara, en primer lugar, declaró la inconstitucionalidad de la sentencia de su tribunal superior por limitar el ejercicio regular de la función jurisdiccional que les corresponde de conformidad con la Constitución Nacional. En segundo lugar determinó el monto de la reparación por la incapacidad física en la suma de \$ 478.165,28.

II. Método para estudiar el caso.

Este comentario trata sobre la controversia en materia de daños que hubo entre los Tribunales, con prescindencia de los interesantes aspectos procesales explícitos en la sentencia. Se analiza el fallo comentado desde las cuestiones generales del Derecho de Daños hacia lo particular de la especie, donde pondremos énfasis en la distinta interpretación que han hecho la Cámara y la Corte sobre la naturaleza de perjuicio corporal sufrido por el actor y en la composición de los ingresos tomada por la Cámara.

III. El daño a la integridad física.

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos reconoce en su artículo 5.1 que: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral" y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 1 establece que: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona". Si se interpretan estas normas con el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, se puede concluir que el respeto de la integridad del ser humano en todas sus facetas, tiene jerarquía suprema en nuestro derecho (1). Como bien jurídico pertenece a la persona titular, pero por su importancia es a la vez, un bien social que puede dar lugar a la represión penal (2).

Como todo derecho, e interés lícito en general, puede ser asiento de un daño, y esto ocurre cuando existe una violación del mismo cuyas consecuencias repercuten sobre un interés patrimonial o extrapatrimonial de la persona. Es decir, que no basta con la presencia de un hecho ilícito contrario al derecho a la integridad psicofísica y moral de la persona para que exista un daño resarcible, sino que como consecuencia de ese hecho se debe producir un efecto disvalioso sobre bienes materiales o espirituales del sujeto (3) que conformen intereses, por ser idóneos para satisfacer necesidades del hombre (4).

Conforme lo explicado, la agresión sobre la integridad psicofísica y moral del hombre puede ocasionar perjuicios patrimoniales y

personales o morales —estos son los daños resarcibles—. Para poder advertir qué tipos de menoscabos se han producido, hay que analizar cada caso en concreto.

IV. La incapacidad física parcial y definitiva en el caso

La primera instancia y la Cámara en el caso no dudaron en fijar una indemnización en favor del actor que ha sufrido un daño en su integridad psicofísica y moral del 30%. La Corte Suprema de Buenos Aires puso énfasis en el análisis de las consecuencias del ilícito, entre las que no se percibieron desmedros en las ganancias, sino aumentos y continuación de la actividad laboral. Por ello calificó como exorbitante la suma fijada tras la apelación.

Cuando la Cámara vuelve a dictar sentencia sobre el punto incapacidad sobreviniente, funda su sentencia en que el actor ha requerido que se lo indemnice por la incapacidad que padece como consecuencia del accidente, no por disminución de ganancias. Afirmó el ad quem que se debe indemnizar la incidencia que la incapacidad portante tiene en la aptitud productiva del afectado, porque una incapacidad del 30% significa que el actor gana un 30% menos de lo que ganaría o que gana lo mismo que si no tuviera incapacidad, pero a costa de un mayor esfuerzo, tiempo y energía aplicados al desempeño.

Desde la construcción general que se explicó en el punto previo se puede criticar el fallo comentado, porque no ha encuadrado la solución del caso en las construcciones dogmáticas más difundidas en nuestro país (5). Sin embargo, como veremos a continuación, la solución se acopla perfectamente con las que proporciona la jurisprudencia actual.

El actor probó que sufrió un daño físico equivalente a un 30% de incapacidad, por ello no hay dudas de que el hecho ilícito que motivó el proceso causó un daño en sentido amplio, ya que se lesionó el derecho a la integridad psicofísica y moral de una persona. Sin embargo, al observar las consecuencias dañosas, no se advierte una

minoración patrimonial. Sí queda patente la modificación negativa de los intereses que componen el acervo extrapatrimonial (6).

El demandante ha podido continuar su vida laboral normal sin mermas. Constancia de ello, es que ha acreditado percibir ingresos en cinco lugares. Además, el monto de sus ganancias se incrementaron con el tiempo, sin que se adviertan modificaciones disvaliosas que operasen como daño emergente o lucro cesante.

De tomarse el hecho dañoso como punto crítico en la vida económica de la persona que sufrió el accidente, no hay un antes y un después, y por ello no se puede condenar a reparar mediante una indemnización, porque ésta implica volver las cosas al estado anterior al hecho dañoso (7) o al estado que hubiera existido de no existir el hecho (8); y en éste caso, los efectos del hecho ilícito no lesionaron la realidad patrimonial del perjudicado, que incluso mejoró. Lo que aquí sostengo, no implica dejar sin indemnización el daño de la víctima. Al contrario, considero que es merecedora de reparación por la violación de su integridad en la esfera extrapatrimonial que es donde se observan las repercusiones dañosas, y sin embargo recibe allí, el simbólico resarcimiento de \$ 25.000,00 equiparables a lo que se cuantifica por el mismo concepto en favor de una persona que es incorporada indebidamente en un registro de deudores morosos (9).

Pese a la crítica hecha, la sentencia llega —utilizando el camino del daño patrimonial— a una solución coherente con los dictados de la Corte suprema de Justicia de la Nación, que sostenidamente viene diciendo: "Cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida"(10). Se interpreta que la CSJN considera daño resarcible la sola lesión al derecho a la integridad física, sin importar sus consecuencias.

Más explícitamente, la Corte ha llegado a decir que corresponde reparar el daño a la integridad física con prescindencia de lo que se determine por daño patrimonial y daño moral, por gozar de plena autonomía el perjuicio: "La incapacidad del trabajador, por un lado, suele producir a éste un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, etc., y debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable"(11).

En este contexto jurisprudencial, en el que se indemniza tradicionalmente el daño sufrido en la integridad psicofísica (12), aún cuando no se adviertan consecuencias patrimoniales, la sentencia es justa, porque respeta la igualdad. Sería injusto negarle a una persona afectada lo que se le ha concedido a otros en similares situaciones (13). Sin embargo, parecen razonables las defensas de un demandado que se resiste a pagar dinero como indemnización de pérdida de la aptitud productiva, cuando surge de la causa que ese daño no se ha producido en la realidad, pese a existir un daño corporal. El argumento no es eficaz para liberar al dañador de responsabilidad, que es lo que pretendía, pero sí deja en evidencia la necesidad de debatir las categorías de daños y perjuicios en el Derecho Argentino.

V. ¿Daño patrimonial, daño extrapatrimonial o tercer género?

Hago una breve digresión construida desde la doxa, motivada en el estudio del caso, aunque excede la sustancia propia del fallo.

El daño como elemento de la responsabilidad civil es un concepto jurídico que no está forzado a ser idéntico que el daño analizado desde la física, la química, la biología, etc. Sin embargo, uno se pregunta: ¿cuánto puede apartarse un concepto jurídico de la realidad? Máxime, cuando la realidad integra al Derecho para muchas corrientes del pensamiento iusfilosófico, el Derecho tiene la función de regularla —al menos en lo que respecta a la vida social del hombre

— y las normas positivas, se interpretan a través de los cambios que operan en ella (14).

Cuando se indemniza un daño patrimonial como es la incapacidad productiva, debe comprobarse que se la ha disminuido más allá de la existencia de una lesión a la integridad del sujeto, sino no existe un daño patrimonial. Sin embargo, en nuestro Derecho se repara con importantes sumas de dinero a quienes se ha lesionado en el cuerpo y psiquis, y pese a ello, conservan el empleo que tenía, o no ven mermas en sus ganancias como producto del accidente.

Este tipo de soluciones se leen a diario en todos los sumarios de jurisprudencia y responden a nuestra tradición. Se solapa en esas soluciones la primacía del daño patrimonial, que tiene menor peso y abolengo en nuestra cultura jurídica que el daño extrapatrimonial, pese a que la evolución del Derecho de Daños lo va vigorizando en todas las fuentes del derecho (Ley, doctrina y jurisprudencia); aún falta acentuar su trascendencia en la costumbre. Sirve de ejemplo de ello éste caso, en el que se reparó el daño patrimonial —que no fue probado— con la suma de \$ 478.165,28 y el daño moral en la suma de \$ 25.000,00. El daño moral no fue apelado y ha quedado firme desde la primera instancia y probablemente la simbólica suma ha llenado la pretensión del actor (15).

Las indemnizaciones que se otorgan de esta manera se comportan como ficciones, ya que el verdadero daño resarcible no se ubica en la dimensión económica de la persona, sino en la persona misma que jamás puede ser reparada en nuestro estado de conocimiento científico. Se vulnera el derecho a la integridad psicofísica y moral, y las proyecciones perniciosas de la lesión se dirigen a la faceta no patrimonial del individuo, porque se lesiona el organismo, en su ser y estar, previo al hecho. Para que se indemnice además, una secuela patrimonial, es necesario que se produzca de forma cierta no meramente eventual. Tampoco se debe construir el daño resarcible por medio de argumentos dogmáticos que se alejan de los hechos del caso y de las concretas posibilidades materiales del damnificado.

La Corte viene reconociendo que la indemnización a la integridad física corresponde con prescindencia del daño moral y patrimonial. Con ello, se duda si reconoce el daño biológico en nuestro derecho, y si considera que hay un tercer género de daños junto a los daños patrimoniales y morales.

Considero que no es necesario ampliar los daños a una tercera categoría, ya que el daño biológico, o daño a la integridad física o psíquica se pueden utilizar para valorar y cuantificar el daño extrapatrimonial, como rubro no independiente con efectos prácticos. No considero primordial conservar viejas categorías si no se condicen con la realidad y con el derecho a la reparación integral, o llevan a soluciones injustas que cercenen los derechos reconocidos. Pero dentro de las categorías patrimonial y extrapatrimonial entra todo, por ello no se necesitan más, porque pueden incorporarse a ellas nuevos daños.

Por otro lado, tampoco corresponde fijar rubros indemnizatorios que produzcan enriquecimientos sin causa. Por ello, si se va a atacar la propiedad privada de los condenados, se debe justificar adecuadamente el rubro y el monto que va a servir de causa remota de la transferencia patrimonial que instrumenta la sentencia. Esto no ocurre si se condena al pago de perjuicios que no existen, que carecen de certeza, que no tienen causalidad adecuada con el hecho, si responden a la sola ideología de la reparación, o a construcciones doctrinarias y jurisprudenciales que sin importar lo depuradas que sean, son inapropiadas para la tutela de la persona y las necesidades de justicia de nuestro tiempo.

VI. Otros aspectos importantes del fallo.

a. La distinta naturaleza jurídica del daño patrimonial considerado en cada instancia.

La Cámara, en sus dos sentencias de éste caso, fijó una suma indemnizatoria de la incapacidad del actor, pero la alzada puso énfasis en que no se probaron las disminuciones en sus ganancias.

Implícitamente, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, centró su atención en el lucro cesante, mientras que la Cámara 1ª Civil y Comercial de Bahía Blanca indemnizó un daño emergente. Ambos tribunales, al fallar sobre el daño patrimonial que se debía indemnizar, no hicieron alusión exactamente al mismo perjuicio, sino que se expresaron sobre cuestiones de diferente naturaleza jurídica.

Los distintos tipos de perjuicios económicos se producen como efecto del hecho ilícito, pero se distinguen porque perjudican al patrimonio de distinta manera: Los daños emergentes son pérdidas de bienes que conforman el patrimonio del damnificado y el lucro cesante se compone por las ganancias frustradas que no llegan a ingresar al acervo (16). En el primero, el empobrecimiento se produce directamente, mientras que en el segundo, se produce mediante la privación de un enriquecimiento.

Ante el daño a la integridad física hay múltiples puntos de vista posibles. En este caso, se acreditó que no ha existido disminución de ganancias, por eso no es posible hablar de lucro cesante. Sin embargo, la Cámara ha entendido que la repercusión patrimonial de la incapacidad física, no se identifica de manera necesaria con la merma de ingresos, y aparece tácito en su interpretación que la capacidad productiva de la persona constituye un bien actual que conforma el patrimonio con independencia de las pérdidas reales de ganancias que se sufran. Este criterio no es aislado en la jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires, en la que el lucro cesante —si existe— se suele subsumir en el concepto de incapacidad sobreviniente, desde que se determina su carácter definitivo, con la finalidad de evitar la doble indemnización (17).

En esta línea de pensamiento, la incapacidad sobreviniente existe con prescindencia del lucro cesante, aunque puede entrañarlo. Sin embargo, aún sin éste, aquella puede existir porque cuenta con un contenido mayor (18). En este marco, el fallo comentado sigue demostrando que ha sido correcto y desde la valoración de justicia que puede hacerse, demuestra una superación por sobre el de la Corte provincial, que se aparta de criterios que ella misma había expuesto en

otras sentencias (19) y hubiera recortado la indemnización de la víctima a una suma simbólica con la que no le hubiera quedado más que soportar los daños.

b. La composición del monto dinerario usado para el cálculo de la indemnización.

El actor acreditó ingresos en cinco lugares distintos. De cada uno de esos ingresos —de los que ya se habían descontado impuestos— se restó el monto correspondiente a gastos, para aislar exclusivamente las ganancias netas que fueron empleadas en la fórmula matemática con la que se calculó el monto indemnizatorio de la incapacidad sobreviniente.

Por la particular composición de los ingresos del demandante, la Cámara ha razonado adecuadamente, porque obviamente, la suma bruta producida no es igual a la generación de activos, ya que para adquirirla se requiere afrontar pasivos que se costean con éstos. En suma, el patrimonio al final de cuentas, solo percibe la ganancia neta sin que haya otros beneficios provenientes de los pasivos.

Esta solución, a mi entender, no es aplicable a todos los casos, porque la capacidad productiva no se pone en marcha siempre de la misma forma, y muchas veces no hay gastos para producir la ganancia, sino que la diferencia entre ingresos brutos e ingreso neto se debe a transferencias de fondos a la seguridad social, que en definitiva garantiza contraprestaciones susceptibles de apreciación pecuniaria. Por ello, en casos de asalariados, por ejemplo, no veo justificable el empleo en las fórmulas de la suma neta del salario, porque el cálculo en esas condiciones implica un sacrificio del producido del trabajo, sin que haya un retorno beneficioso, como el que sí deviene de los descuentos de ley.

Todos esos descuentos de dinero, regresan al activo del patrimonio generando derechos de objeto económico, adquiridos con el sacrificio de parte de la ganancia. Sin bien se cuenta con menos dinero en la mano, se accede a prestaciones jubilatorias o de salud,

etc., que implican un valor positivo en dinero, a veces mayor que el erogado, dependiendo del caso.

Al no ser gastos que coadyuven a producir ganancias, sino que traen aparejados otros beneficios, no se justifica la disminución del monto de dinero a considerar para calcular la indemnización del daño a la capacidad productiva, que se sabe con certeza que genera esos recursos.

En este punto de la sentencia, y cambiando el enfoque, sí resulta criticable no solo del fallo, sino del funcionamiento de la justicia, que se resuelva en 2012 un juicio de daños por una colisión automotor en su parte posterior, que ocurrió en 1992, contemplando para fijar el resarcimiento ingresos del actor entre los años 1992 y 1997, cuando el valor real de esas sumas de dinero, permitían la adquisición de una muy mayor cantidad y calidad de bienes y servicios. Que se tarde veinte años para resarcir el daño causado por un choque de atrás, demuestra una crisis del sistema de justicia actual con su rito procesal excesivamente favorable con el demandado que sabe que debe pagar y no lo hace pudiendo hacerlo. Y que se utilicen para cuantificar el daño ingresos tan antiguos, demuestra que la sentencia no se dictó a valores actuales. Con la prueba producida, fallar considerando valores de 2012 era imposible. Cabe preguntarse: ¿que actitud debieron tomar los jueces, previo a resolver?

VII. Conclusión.

1) El fallo comentado es coherente con la jurisprudencia actual en materia de daños y perjuicios a la persona, pero, no obstante ello, expone la crisis taxonómica del derecho de daños actual, en el cual las categorías no se condicen con muchas realidades que se advierten en los casos que resuelven los tribunales.

2) El fallo proporciona una solución de mayor justicia que la que había propuesto la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, que tornaba meramente simbólica la reparación. Sin embargo, el caso pone en la vidriera a un procedimiento excesivamente largo que no

parece razonable, ya que veinte años son la cuarta parte de una vida, o más. Una solución que llega tan tarde zahiere a los valores justicia y utilidad.

3) Es razonable pensar que el monto de condena de la sentencia por el rubro incapacidad sobreviniente, debió alcanzar un valor más alto que el asignado de haberse dictado la sentencia a valores actuales.

4) El monto de \$ 25.000,00 por daño moral, considerando el daño probado, es sencillamente simbólico. Es probable que en la demanda se haya pedido poco, o que la economía con sus vaivenes en veinte años haya eliminado el valor de la pretensión.

Referencias bibliográficas.

(1) En consecuencia, todo afectado puede actuar preventivamente, sea de forma inhibitoria ante amenazas de daño o deteniendo daños futuros, o forzar la reparación en especie o equivalente en ejercicio del derecho a la reparación integral del perjuicio sufrido. Cfr. Lorenzetti, Ricardo L., Fundamento Constitucional de la Reparación e los Daños, L.L., tº 2003-C, p. 1186. Sagüés, Néstor P., Notas sobre la dimensión constitucional del derecho a la reparación, E.D., tº 202, p. 849. Puccinelli, Oscar Raúl, ¿Derecho Constitucional a la Reparación, E.D., tº167, p. 979. Laplacette, Carlos José, Derecho Constitucional a la Reparación de Daños, La Ley Año LXXVI Nº 175, 17 de septiembre de 2012, p. 1 y ss. El reconocimiento constitucional del derecho a la integridad psicofísica y moral —y de cualquier otro derecho explícito o implícito— implica por sí la posibilidad de acudir a las distintas funciones de la responsabilidad civil entre otros mecanismos tuitivos como el amparo, puesto que su vigencia y respeto requiere de forma necesaria de la posibilidad de imponer ese derecho frente a terceros, con independencia del debate sobre la existencia de un derecho constitucional a la reparación integral y cuáles son sus fundamentos.

(2) Los artículos 89 a 91 del código penal, que prevén como resultados típicos: 1) Daños en el cuerpo o la salud; 2) La debilitación

permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o le hubiere causado una deformación permanente del rostro; 3) la enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir.

(3) Pizarro, Ramón Daniel; Vallespinos, Carlos Gustavo, Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, tº II, p. 639. Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, 2ª Daños a las personas [Integridad psicofísica], 2ª edición ampliada. 3ª reimpresión, Hammurabi, Pág. 73.

(4) Bueres, Alberto J., Derecho de daños, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 288.

(5) Trigo Represas, Felix A.; López Mesa, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad Civil, 1ra. Ed. 2da Reimpr., Buenos Aires, La Ley, 2008, tº IV, p. 812.

(6) El daño moral que se sufre como consecuencia de lesiones a la integridad psicofísica se tiene por acreditado por la fuerza misma de los acontecimientos, es decir *in re ipsa*. "A partir de la acreditación del evento lesivo y del carácter de legitimado activo, puede operar la prueba presuncional, e inferirse la existencia del daño moral". Cfr. Pizarro, Ramón Daniel, Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición, 2da ed., Buenos Aires, Hammurabi, p. 626.

(7) LLambías, Jorge Joaquín; Raffo Banegas, Patricio J., Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, 6ª ed., Buenos Aires, Abeledo — Perrot, Lexis Nexis, 2005, tº I, p. 265.

(8) Cazeaux, Pedro N.; Trigo Represas, Félix A.; Cazeaux, José M. (Actualizador), Derecho de las Obligaciones, 4ta ed. Aumentada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2010, Tº I, p. 339.

(9) Burgueño Ibarguren, Manuel G., El daño moral resarcible producido mediante informes crediticios. Análisis jurisprudencial, MJ-DOC-6042-AR | MJJD6042.

(10) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Luján, Honorio Juan c/Nación Argentina., 1986, T. 308, P. 1109, Levaton, David c/Sindicato de Encargados y Apuntadores Marítimos, 23/05/1989, T. 312, P. 752, Ortiz, Eduardo Adolfo (menor), Ortiz, Enrique A. c/Empresa Ferrocarriles Arg. s/daños y perj., 12/12/1989, T. 312, P. 2412, Pose, José Daniel c/Chubut, Provincia del y otra s/daños y perjuicios, 01/12/1992, T. 315, P. 2834, Harris, Alberto c/Ferrocarriles Argentinos s/daños y perjuicios, 09/12/1993, T. 316, P. 2774, Scamarcia, Mabel y otro c/Buenos Aires, Provincia de y otros/daños y perjuicios, 12/09/1995, T. 318, P. 1715, Reyes, Pascual Angel c/Estado Nacional y/u otros s/juicio deconocimiento, 15/07/1997, T. 320, P. 1361, Zacarías, Claudio H. c/Córdoba, Provincia de y otros s/sumario., 28/04/1998, T. 321, P. 1124, Irala Aguayo, Abundio c/Tribunal de Cuentas de la Provincia de Formosa s/daños y perjuicios. 19/08/1999, T. 322, P. 1792, Izaurralde, Roque Rafael c/Buenos Aires, Provincia de y otro s/daños y perjuicios., 31/08/1999, T. 322, P. 2002, Pérez, Claudia Marisa c/Entre Ríos, Provincia de y otro s/daños y perjuicios., 26/10/1999, T. 322, P. 2658, Denenberg, Roberto c/Buenos Aires, Provincia de s/cobro de pesos, 14/12/1999, T. 322, P. 3101, Camargo, Martina y otros c/San Luis, Provincia de y otra s/daños y perjuicios, 21/05/2002, T. 325, P. 1156, Mochi, Ermanno y otra c/Buenos Aires, Provincia de s/daños y perjuicios., 20/03/2003, T. 326, P. 847, Sitjá y Balbastro, Juan Ramón c/La Rioja, Provincia de y otro s/daños y perjuicios, 27/05/2003, T. 326, P. 1673, Coco, Fabián Alejandro c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios, 29/06/2004, T. 327, P. 2722, Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688., 21/09/2004, T. 327, P. 3753, Bustos, Ramón Roberto c/La Pampa, Provincia de y otro s/daños y perjuicios., 11/07/2006, T. 329, P. 2688, Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico S.A. y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/daños y perjuicios 07/11/2006, T. 329, P. 4944, CSJN Mosca, Hugo Arnaldo c/Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios.

06/03/2007, T. 330, P. 563, Baeza, Silvia Ofelia c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios 12/04/2011 T. 334, P. 376.

(11) CSJN, Arostegui, Pablo Martín c/Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pamental Peluso y Compañía S.R.L., 08/04/2008, T. 331, P. 570, Maldonado, Pedro H. c/Kursaal S.A. s/incapacidad 23/02/2010.

(12) En nuestro país el criterio adoptado por la Corte en los fallos reseñados se ha difundido, e incluso se advierten sentencias en las que se indemniza el daño psicofísico sufrido pese a que continúan los afectados trabajando en el mismo lugar y cobrado el mismo ingreso. Cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala III, Roldán, Alfredo Raúl c. Nara, Andrés Raúl s/daños y perjuicios, 11/10/2012, La Ley Online, AR/JUR/52789/2012. Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Pereyra, Rodrigo Luis Leonel y ots. c. Godoy, Eva Andrea y ots. s/d. y p. (accidente de tránsito), 06/07/2012, La Ley Online, AR/JUR/36790/2012. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, Zurita, Miguel Rómulo c. Molinaro, Alberico Ludovico y otros s/daños y perjuicios, 10/05/2012, RCyS 2012-VIII, 136, AR/JUR/21988/2012.

(13) Cfr., Galdós, Jorge Mario; Camino, Claudio Marcelo, Los daños a las personas en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, Revista Derecho de Daños, 2009-3: Daños a la persona, dirigida por Mosset Iturraspe Jorge y Lorenzetti, Ricardo Luis, Santa Fe, Rubinzal Culzoni editores, 2009, p. 268, la CSJBA tiene por sentado que incapacidad sobreviniente "es la secuela o disminución física o psíquica que pudiera quedar luego de completado el período de recuperación o restablecimiento". SCBA, Ac. 79.922, "D., F. y otro c/Junarsa S.A., Llescas, Nestor, Daños y perjuicios"m del 24-10-2003. Y, por el voto del Dr. Roncoroni, la Corte ha sostenido que la incapacidad incluye a) la lesión en sí misma; b) el detrimento en la aptitud para el trabajo; c) el menoscabo en la vida de relación; d) las secuelas estéticas; e) la incapacidad psicológica. SCBA, Ac. 90.471, "K., J.H. c/Pagado de Báez, Alicia y ot. Daños y

Perjuicios", del 25-5-2006. Esta doctrina se ha difundido a otros tribunales de la provincia Crf. Medina Graciela; García Santas, Carlos, Daños a la Persona, Revista Derecho de Daños, 2009-3: Daños a la persona..., p. 382. Por la amplitud de estos criterios, el fallo comentado respeta la igualdad con esos casos y los tratados por la CSJN en los casos citados.

(14) CSJN, Fallos: (268:112). "la evidente transformación de la realidad, se basaba en la esperanza de que se detuviera el proceso inflacionario y de que el legislador contemplara su repercusión jurídica. Agregó a continuación: "...vista la persistencia de ese fenómeno y los extremos que alcanza al presente, no es posible mantener principios jurídicos que se han convertido en ficticios". Que en consecuencia, no resulta admisible que los jueces adviertan con claridad las transformaciones operadas en cuestiones patrimoniales, y que puedan escapar a su percepción cuestiones como las ventiladas en esta causa directamente relacionadas con la condición y naturaleza humana, el desarrollo de la personalidad y la dignidad del ser humano". Fallos:(211:161) "Que el control judicial de constitucionalidad no puede desentenderse de las transformaciones históricas y sociales. La realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país, o descubre nuevos aspectos no contemplados antes, sin que pueda oponérsele el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera".

(15) La gente común no tiene noción de cuan importante es la tutela jurídica de la persona y su integridad. Tampoco conoce cuanto vale en términos económicos una lesión extrapatrimonial, que es un tema complicado, incluso para los abogados y demás operadores jurídicos, que seguimos sin saber cuanto pedir por daño moral ni que sumas son apropiadas en las condiciones actuales de la economía.

(16) Pizarro, Ramón Daniel; Vallespinos, Carlos Gustavo, op. cit., p. 660.

(17) Gregorio, Carlos G., Highton, Elena I., Alvarez, Gladys S., Indemnizaciones por daños a las personas: una comparación entre Provincias, Revista Derecho de Daños, 2005-3: Determinación

judicial del daño-II, dirigida por Mosset Iturraspe Jorge y Lorenzetti, Ricardo Luis, Santa Fe, Rubinzal Culzoni editores, 2006, p. 15 y 16.

(18) Diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, frustración del desarrollo pleno de la vida, chances frustradas, tareas vedadas, expectativas truncas, potencialidades eclipsadas, fuerzas o aptitudes recortadas, etc. Muchos de estos aspectos mencionados por la jurisprudencia, no son de índole patrimonial.

(19) Nota número 13.

Anexo

Fallo comentado.

Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca. Franciulli, Juan Manuel c. Bernabe Sebastián y otro s/daños y perjuicios 08/05/2012.

Disponible en: <https://bit.ly/2FKgcUt>

Cita online: FA12994606

[Consultado: 09/09/20]

Hechos.

La acción de daños deducida a raíz de un accidente de tránsito que lesionó al reclamante fue acogida en primera instancia. Apelado el fallo, la Cámara disminuyó el monto indemnizatorio fijado por incapacidad sobreviniente. Los codemandados interpusieron recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley. La Corte provincial admitió parcialmente el segundo de ellos, casando la cuantía de la indemnización, y reenviando la causa al inferior. La Cámara declaró

inconstitucional la sentencia de la Suprema Corte de la Provincia y dictó nuevo pronunciamiento sobre el punto casado, sin atender al límite establecido por el máximo Tribunal local.

Sumarios.

1 - La sentencia de la Suprema Corte provincial que revocó la cuantificación de la indemnización por incapacidad permanente y parcial realizada por la Cámara de Apelaciones, calificándola de exorbitante, y mediante reenvío, ordenó al Tribunal emitir un nuevo pronunciamiento, es inconstitucional, toda vez que si aquélla optó por ejercer una mera casación negativa, la devolución de la competencia al inferior debió ser plena, y todo condicionamiento, aún implícito, cercena el pleno ejercicio de la función jurisdiccional.

Texto completo.

2ª Instancia. — Bahía Blanca, mayo 8 de 2012.

1ª ¿Es constitucional la sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de fs. 600/612? 2ª ¿Se ajusta a derecho la sentencia de fs. 379/394 en punto a la cuantificación del rubro incapacidad parcial y permanente? 3ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor Ribichini dijo:

I. El doctor Juan Manuel Franciulli promovió demanda de daños y perjuicios contra Eduardo Hugo y Sebastián Bernabé, reclamándoles la suma de pesos cien mil o lo que en más o en menos resultara de la prueba a producirse. Afirmó padecer una lesión cérico braquial crónica resultante del accidente de tránsito ocurrido el día 17 de abril de 1992 en calle Sarmiento -entre Zelarrayán y Estomba- de nuestra ciudad, oportunidad en la que fue embestido de atrás por la camioneta Ford F-100 cuya propiedad atribuyó al codemandado primeramente nombrado y su conducción al segundo. Señaló que a raíz del fuerte impacto sufrió un violento latigazo a nivel de la columna cervical, lo que determinó un fuerte dolor en el cuello y derivó a la postre en la patología antes mencionada. Sobre esa base integró su pretensión

indemnizatoria con el reclamo de la desvalorización del rodado en que se movilizaba, la privación de uso del mismo, la compensación por la incapacidad parcial y permanente padecida y el daño moral experimentado. Pidió, asimismo, la citación en garantía de la compañía de seguros "Sud América" en los términos del art. 118 de la ley 17.418.

Compareció inicialmente esta última y admitió la citación efectuada, en tanto reconoció que el codemandado Eduardo Hugo Bernabé tenía contratada una póliza de responsabilidad civil sobre el vehículo Ford F-100 involucrado. En lo demás negó los hechos y documentación invocados, y sobre esa base también los daños y responsabilidad atribuida al asegurado. Se presentó luego Sebastián Bernabé y opuso resistencia al progreso de la demanda. Reconoció la ocurrencia de la colisión pero atribuyó su desencadenamiento a la frenada brusca efectivizada por el actor, y controvertió la magnitud de aquella negando que hubiera podido producir las lesiones invocadas por el demandante. Idéntica postura tomó el codemandado Eduardo Hugo Bernabé al producir en último término su responde.

La causa se abrió a prueba, y sustanciada esa etapa instructoria dictó el juez de primer grado la sentencia de mérito. Atribuyó en ella responsabilidad plena a los demandados por servirse de la cosa riesgosa y no acreditar la culpa de la víctima ni la de un tercero por el que no debieran responder. Y atendiendo a la incapacidad determinada en autos por el perito médico interviniente y a los ingresos acreditados del actor, aplicó esas variables en la fórmula empleada para establecer el valor actual de una renta futura arribando así a una suma de pesos novecientos dos mil quinientos diecinueve para compensar la incapacidad parcial y permanente invocada. Estimó asimismo el reclamo por daño moral -fijando en tal caso una indemnización de pesos veinticinco mil- y rechazó los restantes rubros solicitados, imponiendo las costas a los demandados.

A resultas de los recursos alzados por estos últimos y la citada en garantía, esta Cámara modificó la sentencia de primer grado. Por mayoría de opiniones el tribunal consideró indisputable la

responsabilidad objetiva atribuida a los accionados, y estimó firme el porcentaje de incapacidad determinado por el perito médico dictaminante, dada la ausencia de oportuna impugnación al respecto. Entendió en cambio que debía recalcularse el importe establecido como compensación de la misma, desde que juzgó improcedente tomar en cuenta los ingresos brutos informados por el perito contador interviniente en autos, en tanto dichos importes no determinaban un concepto de ganancia, como que faltaba deducir los insumos consumidos, los gastos irrogados, los sueldos pagados, la carga impositiva provincial y federal, etc. Además, ponderó el tribunal que pudiendo el actor producir prueba exacta de los ingresos percibidos en época anterior y contemporánea a la producción del accidente, eligió en cambio acreditar los habidos en un tiempo posterior, y por períodos erráticos, lo que lo llevó a presumir la ocultación de aquéllos por ser menores. Sobre esa base, y haciendo aplicación de la norma del art. 165 del CPC, estimó un ingreso mensual de pesos cinco mil, y por aplicación de la misma fórmula polinómica empleada en la instancia anterior, arribó a una indemnización para el rubro de pesos doscientos cuarenta y cuatro mil, y a un monto total de condena de pesos doscientos sesenta y nueve mil.

Los demandados impugnaron el pronunciamiento por ante la Excelentísima Suprema Corte de la Provincia, deduciendo los recursos extraordinarios de nulidad y de inaplicabilidad de ley. El superior desestimó el planteo de nulidad, pero acogió parcialmente el de inaplicabilidad. En tal sentido consideró que si bien la decisión debía ser confirmada en cuanto tuvo por acreditada la causalidad entre el siniestro y la patología padecida por el actor, debían acogerse los agravios planteados en torno a la cuantificación de la indemnización fijada en concepto de incapacidad parcial y permanente. Apreció que la utilización de la fórmula matemática empleada en la sentencia recurrida había conducido en la especie a un resultado inconciliable con las constancias de la causa. Remarcó así, que tanto el accionante como esta Cámara ponderaron especialmente la disminución de ingresos supuestamente padecida a consecuencia del accidente, pero

que las pruebas rendidas en el expediente demostraban que el actor incrementó -o al menos mantuvo- el nivel de sus ganancias, y que continuó trabajando sin modificaciones con posterioridad al siniestro. Juzgó entonces el tribunal supremo que en este contexto probatorio la suma fijada en pesos doscientos cuarenta y cuatro mil luce exorbitante en relación a las constancias de la causa y a las consecuencias incapacitantes que padece el actor.

Con estos fundamentos dejó sin efecto el monto acordado para resarcir el rubro incapacidad parcial y permanente, y dispuso devolver los autos a este cuerpo para que debidamente integrado proceda a su cuantificación.

II. Es de sobra conocido que en materia de inaplicabilidad de ley el legislador bonaerense ha dejado de lado el originario modelo de casación "pura" -que supone el insoslayable reenvío a otro tribunal para que dicte sentencia-, disponiendo que sea la misma Corte la que luego de hacer funcionar el iudicium rescindens, se aboque a resolver el litigio como si fuera un juez de la instancia ordinaria (art. 289 inc. 2 párr. 1ro. CPC). Ciertamente es que esa regla admite excepciones, cuando el órgano máximo se halla imposibilitado de cumplir esa manda por falta de elementos de juicio. El caso emblemático es el de la prescripción, cuando se ha hecho lugar a esa defensa en primera y segunda instancia, y la Suprema Corte revoca el pronunciamiento de alzada por entender que el plazo no se ha cumplido (v. Hitters, Juan Carlos, Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación, 2da. ed., Librería Editora Platense, p. 627).

Ciertamente no es el caso, porque es del todo evidente que no hay en autos posibilidad ni oportunidad procesal de instrucción, aportación o debate alguno, y que fijada definitivamente la responsabilidad atribuida a los demandados, la relación de causalidad entre el accidente producido y las lesiones padecidas por el actor, y hasta el porcentual de incapacidad establecido por el perito, sólo quedaba evaluar los elementos que el Tribunal Superior ya ponderó y valoró para arribar al dictado del pronunciamiento casatorio. Por lo que pudo -y entonces debió- proceder a cuantificar el rubro en

cuestión sin efectuar el reenvío efectivizado (art. 289 inc. 2 párr. 1ro. CPC).

Pero si optó por ejercer una mera casación negativa, va de suyo que la devolución de la competencia a este tribunal ha de ser plena, y no puede aparecer implícita pero inequívocamente condicionada a la interpretación -como se verá errónea- de lo que se habría pedido en la demanda al respecto, y a una descalificación por "exorbitante" del monto oportunamente determinado que nos impondría -tácita pero no menos inequívocamente- la fijación de un monto menor (e incluso considerablemente menor atendiendo a la connotación de esa adjetivación).

Entonces, en el cumplimiento de la manda impuesta por el reenvío -cuantificar el rubro incapacidad parcial y permanente-, debemos atenernos a lo pedido por el demandante -y no a lo que la Corte dice que éste habría pedido-, y a la valoración soberana de los elementos de prueba acompañados, con la sola limitación del porcentaje de incapacidad que ya ha quedado fijado en el 30%.

La salvedad es pertinente, porque en el pronunciamiento del superior se expresa que "tanto el accionante en su escrito inicial como la Cámara en el fallo en crisis ponderaron especialmente, a los fines de cuantificar esta partida, la disminución de los ingresos del señor Franciulli" (fs. 605 vta.), insistiéndose luego en que no ha podido determinarse "la disminución de ingresos que se atribuye al hecho dañoso" (fs. 609).

Ciertamente la Cámara incurrió en ese error, pero no podemos cargárselo también al demandante, porque éste en ningún momento pidió, alegó o insinuó -como contenido de su reclamo en este rubro- una supuesta "disminución de ingresos". Basta con leer el capítulo respectivo de la demanda -fs. 39/39 vta-, para advertir que el actor demandó, exclusivamente, "que se fije la indemnización que deberá percibir... por la incapacidad que padece a raíz del accidente", y que "la indemnización deberá ser acorde a la incapacidad que padece el actor". La distinción entre reclamar por una supuesta "disminución de ingresos" y hacerlo por la repercusión económica de la incapacidad

resultante no es baladí -como se verá en su momento- a la hora de cuantificar el rubro, por lo que si debemos, como jueces de alzada, volver a reexaminar el punto para determinar el monto indemnizatorio, debemos atenernos a lo que efectivamente se pidió y no a lo que la Corte dice que se habría pedido (arts. 163 inc. 6 párr. 1ro, 266 y 330 inc. 3 y 6 CPC).

En segundo lugar, parece también obvio que en la cuantificación del rubro no podemos quedar limitados -siquiera implícitamente- por el monto que el superior ya juzgó "exorbitante". Porque no sólo sería impropio del ejercicio regular de la función jurisdiccional -que por efecto del reenvío efectivizado se nos impone- limitarnos en tal sentido, sino además, una tarea de imposible cumplimiento el intentar descubrir la suma que escape a esa calificación según el indeterminado criterio de la Corte, en tanto importaría el no menos imposible cometido de subrogarnos en la valoración personal e intransferible que los señores ministros de la Suprema Corte hicieron de los elementos colectados.

Si la sentencia es una norma individual -y por lo menos desde Kelsen no parece disputable que lo sea (v. Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, 8va. ed., Editorial Porrúa, 1995, p. 248)-, su contenido ha de conformarse a la constitución. Y si esa norma nos impone el deber de juzgar un caso sobre la base del reenvío allí mismo decidido, pero avanza sobre las potestades que tenemos constitucionalmente atribuidas para hacerlo, nos asiste la facultad -e incluso el deber- de pronunciar oficiosamente su inconstitucionalidad en resguardo de nuestra competencia vulnerada (arts. 57, 161 inc. 3ro. párr. "a", 166 párr. 1ro., 168 y 171 Const. Prov.; v. Pliner, Adolfo, Inconstitucionalidad de las leyes, Abeledo Perrot, 1961, ps. 73/77).

Con ese alcance, y en la medida en que el pronunciamiento de la Suprema Corte limita las potestades de este cuerpo para resolver el punto sometido a su decisión, voto por la negativa.

Los doctores Diez y Castagno por iguales fundamentos votaron en el mismo sentido.

2ª cuestión. — El doctor Ribichini dijo:

I. Despejada la cuestión anterior, me aboco, entonces a la evaluación de los elementos que deben considerarse para cuantificar el rubro de que se trata. Que es, la repercusión económica o patrimonial de la incapacidad parcial y permanente padecida por el actor, que ha sido establecida en autos en el 30% de la total obrera.

Principio por remarcar, que este muy relevante dato llega firme. Y conviene remarcar también, que los accionados no impugnaron en su momento esa determinación, y que ni siquiera le requirieron al experto alguna aclaración sobre el punto. El único requerimiento que le formuló el apoderado de la citada en garantía, versó -exclusivamente- sobre la pretendida relación de causalidad existente entre las lesiones descritas por el perito y el accidente motivo de autos. En cambio, ninguna objeción mereció el porcentual de incapacidad que según el experto ameritaba la minusvalía comprobada (v. fs. 311/317 y fs. 323).

Debo aclarar también, desde el comienzo, que la repercusión patrimonial de esa incapacidad ya establecida -y cuya compensación ha sido demandada en autos- no consiste, o no se identifica -al menos de manera forzosa o necesaria- con una presunta disminución de ingresos. El actor no invocó -y ni siquiera insinuó- que tal circunstancia hubiera ocurrido (v. fs. 39/39 vta), y si hubiera demandado una indemnización sobre esa base nada habría que determinar, porque como los apelantes señalan, las pruebas rendidas no sólo no acreditan una desmejora en sus ingresos, sino incluso un aumento de los mismos.

Pero de los términos de la demanda está muy claro que el actor no pidió que se lo compensara por una tal disminución sino "por la incapacidad que padece a raíz del accidente". Y como dije, la repercusión patrimonial de esa incapacidad no supone o implica, necesariamente, una disminución de ingresos, porque como debería ser obvio, el aumento o disminución de los mismos no depende, exclusivamente -al menos cuando la incapacidad es parcial y deja un apreciable margen de aptitud laboral al afectado- de las limitaciones

derivadas de la minusvalía padecida. Va de suyo que entran a jugar otros factores contingentes y absolutamente independientes de la incapacidad resultante, como ser el hecho de contar o no con un trabajo remunerado al momento del accidente, del tipo o calidad del empleo que se tenga antes o después, de la etapa de la vida personal o profesional en que lo sorprenda la ocurrencia del accidente, etc., etc.

Concluir acerca de la inexistencia de daño patrimonial -o de su supuesta insignificancia- a partir del dato exclusivo y excluyente del mantenimiento -o incluso aumento- de los ingresos del lesionado, es desentenderse -irrazonablemente- de todas las demás circunstancias que inciden en ese mantenimiento o aumento. Razonando por el absurdo, si el accidente sorprende a un sujeto ocasionalmente desempleado, o que por su edad o etapa de su formación educativa o profesional aun no accedió al mercado laboral, y luego, no obstante las parciales limitaciones resultantes de aquél, obtiene un empleo bien remunerado o desarrolla una actividad profesional exitosa, debería entonces concluirse que el accidente no sólo no lo perjudicó económicamente, sino que hasta lo benefició...!

Ocurre que en rigor -y como hemos dicho reiteradamente- lo que se indemniza no es, estrictamente, la pérdida puntual de ingresos -excepto que eso sea lo que haya sido demandado, que no es el caso-, sino la incidencia que la incapacidad portante tiene en la aptitud productiva del afectado (v., por caso, entre otros, Expte. 136.092, "Regueira Julio Norberto c. Romero Juan M. y otros s/ daños y perjuicios"; Expte 127.792, "Schwerdt Pedro R. c. Cooperativa Eléctrica de Saldungaray s/ daños y perjuicios"). Y eso no significa evaluar el daño en abstracto, porque esa incidencia ha de ponderarse en concreto, teniendo en cuenta las características personales del damnificado y las demás circunstancias objetivas acreditadas en la causa (v. Zavala de González, Matilde, Daños a las personas, vol. 2-a, Hammurabi, ps. 332/335).

En tal sentido, puestos a justipreciar la repercusión patrimonial que una determinada incapacidad parcial representa para un sujeto afectado que continúa percibiendo ingresos, no parece posible

asimilar el caso del asalariado puro que conserva su empleo, categoría y remuneración -y no realiza, ni albergaba razonables expectativas de efectuar, tareas productivas complementarias-, del trabajador -en sentido lato- autónomo, en el que la remuneración viene determinada por el tiempo, esfuerzo, dedicación y energía aplicadas al desempeño.

En el primer caso, puede resultar razonable no trasladar -lineal y directamente- el porcentual de incapacidad sobre los ingresos acreditados, y computar en cambio la chance de que la misma afecte sus posibilidades de ascenso, realización de horas extras etc. (v., en tal sentido, Cámara 8va. Civ. y Com. Córdoba, 31/05/1999, "S., J.E. c. Telecom Argentina S.A. y otras", con voto, en primer término, de la doctora Matilde Zavala de González, y comentario de Slaibe, María Eugenia: "El lucro cesante en la responsabilidad civil. Valuación. Aplicación de la fórmula simplificada", en DJ del 9/02/2000).

Pero en el segundo caso -y es nuestro caso, porque el profesional médico demandante obtiene más del 90% de sus ingresos de lo que factura y no del sueldo que percibe en el Hospital Penna-, no puede no trasladarse directa y automáticamente el porcentual establecido.

Y ello es así, porque comprobada la dolencia y determinada una incapacidad del 30% a resultas de la misma, el hecho de que el actor haya seguido en actividad e incluso aumentado sus ingresos, sólo puede significar dos cosas: o bien que, no obstante aumentar sus ingresos, gana, de todos modos, un 30% menos de lo que estaría ganando de no padecer minusvalía alguna; o bien que gana lo mismo que si no la tuviera, pero a costa de un mayor esfuerzo, tiempo y energía aplicados al desempeño. Acaso lo más probable sea una combinación variable de ambas circunstancias: que el actor gane un tanto menos de lo que podría estar ganando, y que aplique para obtener esa renta, un esfuerzo, tiempo y energía un tanto mayor del que podría estar empleando. En ambos casos, claro, en relación a la situación en la que estaría de no padecer la dolencia que lo afecta (v., en este puntual sentido, lo informado por el Hospital Darregueira en el apartado "b" del informe corriente a fs. 226).

Obviamente que no es posible determinar cuánto menos gana y/o cuánto más tiempo y esfuerzo le representa ganarlo, porque ello supondría una verificación contrafáctica de suyo imposible. Pero lo que es absurdo es concluir que alguien cuyos ingresos dependen del tiempo, esfuerzo, energía y concentración puestos en la tarea, y que padece una patología cervical crónica generadora de molestias, dolores y restricciones que determinan una disminución de esas aptitudes en un 30%, y que por su tarea habitual "... la mayor parte del tiempo debe adoptar posiciones de flexión cervical que acentuarán la sintomatología" -el perito médico Smirnoff a fs. 311- no vaya entonces a sufrir un proporcional detrimento económico en aquéllos. Detrimento que podrá traducirse tanto en la diferencia de ingresos obtenidos como en el mayor esfuerzo y tiempo invertidos en producirlos, porque es obvio que ambas consecuencias tienen un contenido patrimonial indisputable (arts. 1068 y 1069 CCiv.).

II. En cuanto a los ingresos, hay sobrados elementos en autos para establecer el nivel de potencialidad productiva del demandante, y sobre esa base ponderar el impacto de la incapacidad establecida. Tenemos así el informe del "Hospital Darregueira" (fs. 226), de la "Clínica Privada Pigüé" (fs. 233/234), del "Hospital José Penna" (fs. 297/303), del "Hospital Gral. San Martín de Carhué" (fs. 357), y las liquidaciones de la Asociación Médica de Bahía Blanca.

En la mayoría de los casos se refieren los ingresos del actor a partir del año 1992 -que es el del accidente-, hasta el año 1997, con excepción de la clínica de Pigüé que los informa a partir de octubre de 1994, y del hospital de Carhué que los comunica al momento de su emisión (diciembre del 2000). La crítica de no obrar en autos elementos que indiquen los percibidos por Franciulli antes del siniestro -digamos durante los años 1990/1991- es insustancial, porque pivotea sobre el desenfoco conceptual al que me refiriera anteriormente. Esto es, que no se reclama en autos por la disminución de ingresos habida entre el antes y el después, sino por el impacto patrimonial de la incapacidad invocada y establecida de manera firme

en la causa. Y como esa repercusión ha de estimarse no sólo -y no tanto- en relación al tiempo inmediatamente posterior al accidente - porque entonces estaríamos indemnizando un lucro cesante estrictamente considerado, o lucro cesante actual o presente-, sino en miras y con proyección al futuro de toda su vida profesional, deberíamos incluso dar preferencia a los últimos períodos informados, en tanto el daño así estimado no puede sino tasarse a los valores más cercanos a la sentencia que sea posible (v. Zanoni, Eduardo, El daño en la responsabilidad civil, Astrea 1982, ps. 221/223).

Sin perjuicio de ello, he preferido tomar un promedio de todos los períodos informados, para que el valor adoptado como referencia sea lo más representativo posible de los ingresos objetivamente comprobados en la causa.

Comienzo por el "Hospital Darregueira", que informa una percepción de honorarios a favor del actor determinados por el 20% de la facturación por gastos del servicio de radiología (fs. 226) El promedio anual de lo percibido por el actor entre los años 1992/1997 da la cantidad de \$ 6.599,30, lo que nos reporta un ingreso mensual de \$ 549,94. Hago notar que no se computan allí los ganados por el servicio de ecografía, donde la aparatología la aporta el propio Fraciulli, lo que determina que los porcentajes de distribución del producido se inviertan: un 10 ó un 20% para el hospital, y un 90 u 80% para el demandante según se trate de paciente con obra social o particular.

La Clínica Privada Pigüé informa los ingresos entre fines de 1994 y comienzos de 1998, y he preferido tomar, entonces, el promedio de los tres años enteros: 1995, con \$ 320,55; 1996, con \$ 91,55; 1997, con \$ 121,35. El promedio mensual nos da \$ 177,82.

El Hospital José Penna informó a fs. 296/303 la remuneración percibida entre los años 1992/1998, a razón del siguiente promedio mensual: año 1992, \$ 954,48; año 1993, \$ 1.031,00; año 1994, \$ 1.186,30; año 1995, \$ 1.150,33; año 1996, \$ 930,26; año 1997, \$ 908,91; año 1998, \$ 1.157,91. El promedio de los promedios, nos da un ingreso mensual de \$ 1.045,60.

Luego están, ciertamente, las liquidaciones aportadas por la Asociación Médica de Bahía Blanca, que detallan, puntillosamente, lo liquidado al actor entre abril de 1992 y mediados de 1998. Se aprecia allí que los ingresos del demandante se incrementan a partir de los años 1993/1994, y se mantienen más o menos estables hasta la fecha de expedición de las liquidaciones en 1998. He tomado como testigo el año 1997, pero un promedio de lo ganado en 1994 ó 1995, o en los meses informados de 1998, no arrojaría un resultado sustancialmente diferente. Así surge que para ese año 1997, se le liquidó a Franciulli en concepto de honorarios -efectuándosele la correspondiente retención por impuesto a las ganancias- las siguientes sumas: enero: \$ 10.339,75; febrero: \$ 10.034,31; marzo: \$ 12.275,73; abril: \$ 9.707,27; mayo: \$ 9.339,22; junio: \$ 9.116,60; julio: \$ 10.330,38; agosto: \$ 12.512,31; setiembre: \$ 15.295,99; octubre: \$ 8.633,32; noviembre: \$ 9.687,66; diciembre: \$ 9.746,23. El promedio mensual arroja la cantidad de \$ 9.834,90.

Se dirá -lo han dicho ya los apelantes- que esos montos son comprensivos de percepciones que se descomponen en "gastos" y "honorarios", y que por lo tanto no correspondería tomarlos íntegramente porque entonces no estaríamos considerando su ganancia neta sino bruta. Tengo para mí que el hecho de que se nomine el concepto como "gastos" no pasa de referenciar uno de los códigos administrativos en que se descompone la percepción, y no significa que el actor destine esos importes a solventar estrictamente erogaciones de mantenimiento, reparación o renovación de sus equipos, u otros gastos irrogados por el desempeño de su actividad. De hecho, los importes que he tomado le son liquidados en concepto de "honorarios" y ha pagado sobre ellos -vía retención- los impuestos a las ganancias y a los ingresos brutos.

Pero sin perjuicio de ello, a fin de despejar todo asomo de duda de que estamos considerando estrictísimamente honorarios, he compulsado la descomposición relativa de esas percepciones, y he apreciado que en lo "liquidado por obras sociales", los honorarios representan, aproximadamente un 45% de lo liquidado y los "gastos" un 55%. Hago notar que esa distribución es diferente -aunque en

favor de los honorarios- cuando se trata de su "participación en equipos", pero de todos modos he de tomar, como porcentaje general, el del 45% mencionado. Ello así, el 45% de \$ 9.834,90 arroja la suma de \$ 4.425,70.

Luego, si sumamos los ingresos mensuales parciales que hemos ido relevando -\$ 549,94 (Darregueira) + \$ 177,82 (Pigüé) + \$1.045,60 (Hospital Penna) + \$ 800 (Carhué) + \$ 4.425.70 (Asociación Médica)- arribamos a un ingreso mensual de \$ 6.999,06, que redondeamos en la cantidad de \$ 7.000.

Hago notar que esta cifra mínima tomada como base no puede ser ya objeto de detracción alguna. Porque ateniéndonos estrictísimamente al nominal código de liquidación, hemos supuesto - inverosímilmente- que el 55% de lo percibido en su ingreso principal - el de la Asociación Médica de Bahía Blanca- estaba destinado, exclusivamente, a solventar "gastos". Y no hemos estimado el ingreso informado, pero no determinado, que refiriera el Hospital Darregueira en relación a los ingresos por ecografías, donde el actor embolsa el 80 ó 90% de la facturación.

III. Firme entonces el porcentaje de incapacidad que ha sido establecido en un 30%, y fijados los ingresos del actor en un importe mínimo de \$ 7.000, procederemos a determinar un capital que, invertido a una tasa de interés pura constante, posibilite al demandante extraer en períodos regulares un importe igual al de las ganancias dejadas de percibir -y/o al del mayor esfuerzo empleado en producirlas- a causa de la incapacidad parcial que lo afecta. Lo haremos aplicando la conocida fórmula polinómica que permite obtener el valor presente de una renta futura no perpetua, porque entendemos que su empleo -no obstante las objeciones que puedan formularse- constituye el medio más idóneo para evitar la arbitrariedad judicial, en tanto explícita clara y objetivamente las variables consideradas y el cálculo efectuado, garantizando de ese modo el más pleno ejercicio del derecho de defensa en juicio de todos los involucrados (v. Aciarri, Hugo e Irigoyen Testa, Matías, "La

utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes", en LA LEY, 2011-A, ejemplar del 9/02/2011).

Antes de ir directamente al cálculo, nos faltan todavía dos variables. El período de tiempo considerado estará representado por la expectativa de vida del actor al momento del siniestro, desde que tratándose de un profesional que obtiene el grueso de sus ingresos del desempeño privado de su profesión, no puede el mismo detenerse en el límite de la edad jubilatoria. Ateniéndonos a la tabla de mortalidad confeccionada por el INDEC, según el censo de 1990, ese valor es de 36.28 años.

En cuanto a la tasa de interés, desde el precedente de la sala uno de este tribunal "Anrique Sergio A. y otros c. Santamarina Martín y otros" del 18/04/2007, hemos pasado a utilizar un tasa del 4% anual. Ello así, desde que el cálculo presupone que la víctima ha de poder invertir el capital determinado a una tasa que lo mantenga indemne de la inflación y le rinda, además, un rédito puro de ese rango. Y obviamente es imposible que ello ocurra -dadas las condiciones inflacionarias actuales y la situación del mercado financiero local e internacional- computando un valor del 6 % como lo venía haciendo este tribunal hasta entonces. Hemos de aplicar, entonces, una tasa pura del 4 % anual.

El cálculo es entonces el que sigue:

Formula utilizada.

$$I = A ((1 + v)^n - 1) : (v (1 + v)^n)$$

$$a = \text{Capital} * 12 * \text{Incapacidad}$$

$$v = \text{Porcentaje anual de interés}$$

$$n = \text{Vida probable (CENSO'90)}$$

$$a = 7000.00 * 12 * 30.00 = 25200.0000$$

$$I = 25200.0000 * [(1 + 4.00)^{36.28} - 1]$$

$$/(4.00 (1 +4.00)^{36.28 }]$$

$$I = 478.165,28$$

El capital obtenido es entonces de \$ 478.165,28, que redondeo en la cantidad de pesos cuatrocientos ochenta mil (\$ 480.000). Ese es el monto que propongo se otorgue al actor como compensación por la repercusión patrimonial de la incapacidad parcial y permanente que padece en su aptitud laborativa (arts. 1068, 1069 y 1083 CCiv.).

Con este alcance, voto entonces por la negativa.

Los doctores Diez y Castagno, por iguales fundamentos votaron en el mismo sentido.

3ª cuestión. — El doctor Ribichini dijo:

Por lo acordado al votarse la dos cuestiones anteriores, corresponde: 1ro) declarar la inconstitucionalidad de la sentencia de la Suprema Corte de la Provincia dictada a fs. 600/612, en la medida en que cercena el pleno ejercicio de la función jurisdiccional que compete a este tribunal en la determinación del monto que corresponde acordar al demandante por el rubro incapacidad parcial y permanente; 2do) modificar la sentencia apelada, estableciendo el monto del rubro incapacidad parcial y permanente en la cantidad de pesos cuatrocientos ochenta mil, llevando el monto de la condena a la cantidad de pesos quinientos cinco mil, con más los intereses fijados en el pronunciamiento apelado; 3ro) imponer las costas a los demandados que resultan vencidos (art. 68 CPC).

Así lo voto.

Los doctores Diez y Castagno, por iguales fundamentos votaron en el mismo sentido.

Por lo que se Sentencia:

Autos Y Vistos: Considerando: Que en el acuerdo precedente ha quedado resuelto que no es constitucional la sentencia de la Suprema Corte de la Provincia en cuanto cercena el pleno ejercicio de la función jurisdiccional que compete a este tribunal en la determinación

del monto que corresponde acordar al demandante por el rubro incapacidad parcial y permanente, y que no se ajusta a derecho la sentencia dictada en primera instancia en cuanto estableció dicho monto.

Por ello, se declara la inconstitucionalidad de la sentencia de la Suprema Corte de la Provincia dictada a fs. 600/612, en la medida en que cercena el pleno ejercicio de la función jurisdiccional que compete a este tribunal en la determinación del monto que corresponde acordar al demandante por el rubro incapacidad parcial y permanente; y se modifica la sentencia apelada, estableciendo el monto del rubro mencionado en la cantidad de pesos cuatrocientos ochenta mil, y el de la condena en la cantidad de pesos quinientos cinco mil, con más los intereses fijados en el pronunciamiento apelado; con costas a los demandados que resultan vencidos. — Guillermo E. Ribichini. — Miguel Ángel Diez. — María Cristina Castagno

Tesis: Indemnización del daño moral. ¿Cómo se cuantifica actualmente y cómo debe ser cuantificada en el derecho argentino? En busca de parámetros constitucionales, concretos y actuales que faciliten la labor de los operadores jurídicos.

Por Manuel Gonzalo Burgueño Ibarguren

Director de tesis: Dr. Marcelo J. López Mesa

Universidad Nacional de Rosario 2014

Palabras preliminares.

Es cierta la afirmación de Von Bar, que ha recopilado el jurista chileno Barrientos Zamorano: “Hoy en día no existe ordenamiento jurídico donde no se critique la injusticia e incertidumbre jurídica de las estimaciones por daños no patrimoniales”²¹. Este tipo de expresiones se pueden encontrar en todas las obras de los autores que han tratado el tema.

En nuestro país, Iribarne ha denunciado que “El sistema indemnizatorio argentino de daños a la persona tiene por notas esenciales la anarquía, suscitada por las graves desigualdades de las indemnizaciones que proporciona y la notoria escasez de muchas de ellas, incongruente con cualquier proyección razonable de la situación de las víctimas”²². Ambas afirmaciones son ciertas. Las indemnizaciones determinadas en nuestros juzgados son muy variables y, a su vez, hemos advertido la pauperización de los montos indemnizatorios en nuestra Corte Suprema de Justicia desde los años

²¹ Con cita a Von Bar, Barrientos Zamorano, Marcelo; *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Salamanca, España, Ratio legis Librería Jurídica, 2007, pág. 466.

²² Iribarne, Héctor Pedro; *De los daños a la persona*, 1ra. Reimpresión corregida, Buenos Aires, EDIAR, 1995, pág. 11.

noventa. Pizarro, a los problemas de carencia de soluciones uniformes y de indemnizaciones simbólicas, agrega que los repertorios de jurisprudencia dan cuenta de criterios disímiles, “impregnados de marcado subjetivismo, que muchas veces sale del ámbito de la discrecionalidad para incursionar, peligrosamente, en el de la arbitrariedad”²³.

A estos problemas comprobados se le adicionan otros, que son los que nos ocuparán en este trabajo: la metodología de la cuantificación del daño moral. Esta cuestión nos ha preocupado desde la primera demanda de daños y perjuicios que tocó elaborar en los inicios del ejercicio profesional. En aquella oportunidad quedé absorto ante la complejidad del asunto y ante la falta de respuestas inteligibles en la doctrina y jurisprudencia. Mucho tuvimos que escarbar en la bibliografía hasta encontrar obras en las que se nos indique un camino que termine en la fijación de una posible pretensión. También fue necesario indagar en fallos de tribunales de distintas jurisdicciones para encontrar pautas claras que le permitan al abogado conocer un método. Lamentablemente, no en todas las Provincias se acude a una herramienta semejante. Pero, queda explícito que aun utilizando esos instrumentos, las indemnizaciones asignadas tienen muy poca aptitud para adquirir bienes y servicios en un mercado donde el valor de la moneda ha sido pauperizado por la inflación y la devaluación del dólar estadounidense.

Sabemos que para cuantificar la indemnización del daño moral no habrá un método único; puesto que la reparación en dinero no es conforme a la naturaleza de este menoscabo. Por eso, anticipamos al lector que no encontrará aquí lo que hubiéramos querido: la alquimia que permita convertir bienes e intereses no patrimoniales de la persona afectada en dinero. Tal ecuación no existe con precisión matemática. Las respuestas tienen que darse por medio de posibilidades lógicas y razonables que deriven en indemnizaciones suficientes e idóneas para conformar sucedáneos que le permitan

²³ Pizarro, Daniel Ramón; *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición*, 2da ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, págs. 417.

satisfacciones a la víctima, aunque no reparen naturalmente el perjuicio.

Acordamos con la gran jurista, Matilde Zavala de González, en que la falta de precisión no autoriza a tener por tal a cualquier cifra que se fije al azar o en un mero acto de voluntarismo. Según sus textuales palabras: “el hecho de que no pueda fijarse una indemnización precisa, no permite establecer cualquiera. Por eso, no es admisible el criterio disociador de cuantificar según el caso y cada tribunal, mediante alguna surte de magia o adivinación, al calor de instantáneas impresiones sensitivas, que desde luego oscilan según la personalidad del interprete”²⁴. Es necesario uniformar las soluciones, aún, cuando las cifras no sean necesariamente las mismas, puesto que la igualdad requiere que cada monto se adapte a la realidad geográfica y económica que vive el dañado. La misma suma de dinero tiene distintas utilidades en cada punto de nuestro gran país. Por lo tanto, para darle a cada cual lo suyo y para tratar de igual forma a los que están en situaciones semejantes, hay que tener en cuenta las diferencias, puesto que en caso contrario el sucedáneo será distinto y en algunos casos insuficiente. Tenemos especial sensibilidad a este tema por vivir en una zona del país donde los precios marchan al ritmo de la actividad petrolera, por ende, la vida es mucho más costosa y los ingresos mayores. Una sentencia justa aquí, y en zonas de condiciones particulares que terminen siendo semejantes, tiene que considerar esos aspectos para alcanzar la Justicia. En su momento explicaremos más extensamente como se relaciona estas realidades con los principios constitucionales.

Ya que mencionamos a los principios constitucionales, adelantamos que hemos delineado el entendimiento del tema partiendo desde ellos. En esta época de constitucionalización del derecho privado, creemos que es vital elaborar cualquier respuesta posible a este problema, hilvanando a nuestro centenario Código Civil con la Constitución Nacional, dándole vida a esta en la interpretación

²⁴Zavala de González, Matilde María, *Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Astrea, 2009, Palabras preliminares, pág. VI.

normativa del Código que no cuenta con soluciones exhaustivas, puesto que de hecho no explica qué es el daño moral y cómo se determina su reparación. No puede haber una interpretación que no surja desde la lectura de los derechos superiores en juego, donde cobra relevancia la razonabilidad que debe haber en los métodos elegidos para dar plena vigencia a la integridad moral, la reparación integral, la igualdad y la protección de la propiedad privada del dañador. Insistimos, no hay un único método que sea el absoluto y definitivo, pueden haber otros más que los que nosotros proponemos.

Al final de cuentas, como conclusión de la obra, decimos qué puede hacer hoy cualquier operador jurídico para cuantificar el daño moral según lo que sostiene buena parte de la doctrina y como vienen fallando muchos tribunales. Si bien recogemos una metodología que actualmente tiene recepción, la modificamos parcialmente para sanear las críticas que se hacen desde otros sectores doctrinarios y, que incluso, nosotros ponemos de manifiesto en esta tesis. Aparte, tomamos lo que creemos mejor de la doctrina actual y lo ordenamos, puesto que en esta selección se tienen en cuenta ideas de distintos juristas que pertenecen a diferentes líneas de pensamiento. Lo sistematizamos dentro de una interpretación normativa que incluye a la Constitución y, paso a paso, explicamos a la operación lógica y valorativa que debe hacerse para llegar a una suma de dinero que con certeza permita adquirir bienes y servicios que brinden satisfacción.

A lo largo de la obra se mencionan las ideas de todos los autores que pudimos reseñar. Las limitaciones materiales pudieron causar que falten algunos, pero la idea fue tratar de contar con todos. En el estudio de la doctrina nos encontramos con la dificultad de que no había prácticamente dos métodos iguales. Cada autor destacaba algo distinto y redundaba ello en que hay casi tantos métodos como juristas que trataron el tema. Por eso, a los fines de la compilación los agrupamos según un criterio que pudiera entenderse cómo un denominador común. Además, pretendimos ser literales y respetuosos de la idea ajena, por ello, preferimos ser exhaustivos en las notas al pie de página, para que sea más fácil de controlar y para que el lector

pueda ubicar rápidamente al párrafo en la obra del estudioso que nos precedió en la investigación y razonamiento del problema.

En suma, hemos trabajado con cariño y con pasión. Gracias a Dios, hemos podido llegar a conclusiones que nos han dado la satisfacción de conocer una o dos posibles respuestas. Pero, sobretodo, tuvimos la oportunidad de disfrutar todo el camino transcurrido, de encontrar diferentes visiones del problema y de maravillarnos continuamente con muchos de los descubrimientos que hace el neófito en la doctrina y en la jurisprudencia. Todo el viaje emprendido ha sido de profunda alegría, aun cuando la vida y las exigencias modernas nos pasan por encima y dificultan la faena.

Esta obra es la culminación de una etapa, pero a la vez el inicio de otra, en la que la reflexión de lo escrito y nuevas lecturas permitirán su reformulación. Es en algún punto como un hijo. No basta con darla a luz, es necesario acompañar en su desarrollo, crecimiento y fomentar su madurez. En definitiva, es un punto de partida a nuevas labores y al perfeccionamiento de lo concebido con ayuda de todos los que precedieron, pues de todos aprendimos algo.

Capítulo I.

Introducción.

Conceptos fundamentales en la reparación del daño moral.

1. Responsabilidad civil y daño

Más allá de que el daño tiene un concepto y un contenido intrínseco, en un primer término, su importancia jurídica se vincula a un concepto general: la responsabilidad civil²⁵. Allí, el daño es parte de un conjunto, donde con otros elementos que conforman un sistema que tiende a la prevención e indemnización de los perjuicios. E, incluso, a la punición indirecta, mediante la indemnización, o, la

²⁵ Aludida como regulación jurídica de la prevención del daño, su reparación y la punición; como términos equivalente a Derecho de daños.

directa, a través de las sanciones disuasorias o daños punitivos para los supuestos que prevea expresamente el ordenamiento jurídico.

El problema que nos ocupa, que es la indemnización del daño moral, cobra fundamental relevancia dentro de la función resarcitoria de la responsabilidad civil, que es el sistema normativo, doctrinario y jurisprudencial –pues se nutre de todos ellos- que imputa perjuicios a sus responsables y los obliga a repararlos, dentro de la medida que también determina a priori la ley y luego sopesa el juez en concreto.

En este contexto, para que exista responsabilidad habrán de estar presentes junto a un daño otros tres elementos: antijuridicidad del daño producido por una acción u omisión ilícita; existencia de un factor de atribución de responsabilidad; y, un nexo causal adecuado entre el acto u omisión antijurídica y el daño causado²⁶. El daño es un elemento, el primero que se constata en la realidad, que debe estar acompañado por los otros elementos para que el daño sea jurídicamente trascendente.

Estudiado al daño en relación con las demás piezas del sistema, con razón sostiene López Mesa que los requisitos del daño resarcible, aquel que debe ser indemnizado, son ocho: 1) certeza, pues el daño debe existir con posibilidad razonable y no ser solo eventual; 2) personalidad, porque debe ser un daño propio o personal de quien lo reclama; 3) antijuridicidad porque el daño debe ser ilegítimo, antijurídico o no justificado; 4) causalidad, dado que el daño debe estar relacionado causalmente en forma adecuada con el hecho generador; 6) resarcibilidad, atento a el perjuicio debe encuadrar dentro de una de las categorías legalmente resarcible; 7) trascendencia, dada por la significancia que debe tener el daño²⁷; 8) legitimidad, configurada por la necesidad de que el derecho o interés sea lícito; 9) subsistencia,

²⁶ Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, La Ley, 2011, 2da ed., Tº II, pág. 5.

²⁷ Este requisito debe ser evaluado con prudencia puesto que el principio general está en la CASH, donde se regula el derecho a ser oído por la justicia, artículo 8, y la protección judicial, artículo 25.

que simplemente es que el daño subsista o, si es reparado, que se haya subrogado a otros bienes de la víctima²⁸.

En conclusión, no todo daño posible es reparable. El daño resarcible, en sentido jurídico, dista del daño natural, que es aquel que puede existir en la naturaleza según sus leyes. Estos perjuicios deben pasar por un tamiz, que son las ocho características transcritas, para obtener trascendencia en el mundo del derecho y así dar lugar a efectos jurídicos, entre los que descolla, el derecho a la reparación con el correlativo deber de indemnizar, propios de la función resarcitoria.

Aclarado esto, pasamos a explicar qué es daño y cómo se clasifica según sus efectos en la persona o el patrimonio.

2. Daño. Daño patrimonial y daño moral

Actualmente, distintas teorías definen jurídicamente al daño. Una conceptúa al daño como lesión a un interés y la otra lo define por las repercusiones patrimoniales y espirituales que se desprenden de la lesión a un derecho o interés lícito²⁹. Dentro de esta postura, daño es todo detrimento, mengua o menoscabo que sufre una persona en sus

²⁸Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; *op. cit.*, T° II, pág. 24 y ss.

²⁹ Existen otras visiones del daño, que lo interpretan como lesiones a derechos subjetivos y como lesiones a intereses, pero con distinguos según se trate de daño patrimonial (que se pondera por las consecuencias de la acción dañosa), mientras que el daño moral se mide por el menoscabo a la persona física o jurídica que la actividad dañosa denota. Cfr. Bueres, Alberto J.; *Derecho de Daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, págs. 285 y ss. Pizarro, Ramón Daniel; Vallespinos, Carlos Gustavo; *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, T° 2, págs. 636 y ss. Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; *op. cit.*, T° II, pág. 21 y ss.

No pretendemos negar que existen importantes expresiones de las demás teorías, pero las críticas que se le hacen a la definición de daño como lesión a derechos son difíciles de replicar y ponen en jaque a la teoría misma.

Por otro lado, creemos que la teoría que propicia que el daño moral se configura por la actividad dañosa que despliega el victimario, en la práctica, difumina sus diferencias con las de la lesión al interés y la que apunta a las consecuencias de la acción; por la forma- *in re ipsa*- que se prueba el daño moral a partir de la acreditación del hecho.

En muchos casos, con la prueba del ataque a los intereses bastará para que se tenga por acreditada la existencia de daño moral. Con ello lesión y consecuencia dañosa se pueden confundir y en la jurisprudencia entienden que es suficiente acreditar la violación de derechos e intereses para inferir la existencia del daño moral.

bienes personales o económicos³⁰, puesto que se han de valorar y ponderar los efectos del hecho que vulnera un derecho o un interés y no la sola lesión en sí misma, como ya veremos.

Para la primera de las teorías, el daño en su acepción estricta es la lesión a unos intereses jurídicos patrimoniales o extrapatrimoniales de carácter espiritual (limitados a la persona física). El interés es la posibilidad que tiene un sujeto de satisfacer sus necesidades mediante bienes, mientras que el bien es la entidad capaz de satisfacer la necesidad; por ello, es el interés el centro de la tutela jurídica: dado que los derechos y los bienes jurídicos se regulan y reconocen como medios para su satisfacción³¹.

Las lesiones a los distintos intereses jurídicos se consideran daño en sentido amplio, en general y, ante su vulneración, se puede requerir su restablecimiento por la reparación u otros remedios. En este punto se separa el daño que puede ser indemnizado o pasible de reposición, de otros daños (lesiones), también resarcibles, reparables por otros medios. Toda vulneración de un interés es daño resarcible y los distinguos que pueden hacerse provienen de la forma de la restauración del interés afectado³².

Las repercusiones o secuelas de la lesión se consideran sus efectos, pero no constituyen el daño, que como se dijo, radica en la lesión a los intereses. Existe homogeneidad entre el daño y sus consecuencias: donde se lesione un interés patrimonial habrá consecuencias patrimoniales y ante la minoración de intereses espirituales sus consecuencias tendrán la misma naturaleza. La indemnización o la reposición apunta a corregir las alteraciones

³⁰Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; *op. cit.*, Tº II, pág. 22.

³¹Bueres, Alberto J.; *op. cit.*, pág. 290.

³² Por ejemplo: el incumplimiento de una obligación es dañosa para el acreedor, aun cuando no haya daño. Si no hay daño puede ejercer las acciones propias de los efectos principales y auxiliares de la obligación y de esa forma restablecer el interés. Si hay menoscabos se accionara reclamando la indemnización que corresponda. En todos los casos, ésta teoría entiende que ambas lesiones a intereses configuran daños aunque den lugar a consecuencias jurídicas distintas.

El peligro de daño también es lesión a un interés y por ende un daño en el sentido que venimos estudiando. Pero, como daño en sentido amplio no da lugar a la indemnización del perjuicio –que no se ha producido–, sino al acceso a medidas de protección.

materiales o espirituales de forma tal que se reestablezca resarcitoriamente el interés conculcado.

La teoría que atiende a las consecuencias de la actuación ilícita hace una distinción entre daño en sentido amplio o lesión y daño resarcible. El primer concepto se identifica con la lesión a un derecho o a un interés lícito no reprobado por el ordenamiento jurídico, sea patrimonial o extrapatrimonial. El segundo concepto alude a la consecuencia perjudicial que surge de la lesión; la lesión es la causa y el daño resarcible su efecto³³.

La lesión en sentido amplio habilita la posibilidad de hacer cesar el accionar ilegítimo ajeno y restablecer el status alterado; mientras que el daño resarcible da lugar a la indemnización de las consecuencias nocivas del hecho.

Las consecuencias disvaliosas del hecho podrán proyectarse en el patrimonio del afectado y dar lugar a un daño patrimonial, o repercutir en la subjetividad de la persona física como consecuencia de una lesión a un interés extrapatrimonial³⁴. El daño moral y el daño patrimonial, vistos desde la perspectiva de la protección a la víctima - conforme la posición solidarista del derecho - deben recibir similar tratamiento en lo que respecta a su reparación integral y al sentido resarcitorio que asume la indemnización de cada cual³⁵.

Las teorías se aproximan en algunos puntos importantes: ambas admiten la tutela amplia de menoscabos provenientes de todo tipo de intereses lícitos, intereses jurídicos y derechos subjetivos.

Ambas distinguen dos dimensiones en el fenómeno resarcitorio, por un lado la violación al interés y por otro lado el daño que dará lugar a la indemnización. La diferencia que existe entre entender que

³³ Pizarro, Ramón Daniel; Vallespinos, Carlos Gustavo; *op. cit.*, T° 2, págs. 639 y 640.

³⁴ Daño moral, como consecuencia disvaliosa en la subjetividad de la persona, y lesión a un interés extrapatrimonial tienen que aparecer amalgamados a punto tal que la ausencia de uno de ellos impide que se configure el daño moral resarcible. Cfr. Pizarro, Ramón Daniel; Vallespinos, Carlos Gustavo; *op. cit.*, T° 2, págs. 640 y ss. Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; *op. cit.*, T° II, págs. 96 y 168.

³⁵ Pizarro, Ramón Daniel; Vallespinos, Carlos Gustavo; *op. cit.*, T° 2, págs. 644.

la esencia del daño reparable está en uno u otro aspecto no es central a los fines prácticos; porque ambas posiciones atienden al momento de fijar la indemnización a las consecuencias dañosas, que en ambos casos son efecto de la vulneración al interés. Ambas teorías concuerdan al entender que los efectos de la lesión al interés son los perjuicios indemnizables, por ello, ambas corrientes llevan por caminos conceptuales distintos a un mismo puerto.

Las similitudes se acrecientan en el campo del daño extrapatrimonial, porque, pese a las diferencias teóricas e incluso nominales, ambas teorías concuerdan en que para que exista perjuicio moral se requiere necesariamente de la lesión a un interés y de las repercusiones disvaliosas en el espíritu humano³⁶.

En este punto las ideas concurren de tal manera que es difícil llegar a distingos, porque el rol del interés extrapatrimonial es esencial en ambas teorías, se señalan los mismos elementos conformadores del daño moral (lesión al interés extrapatrimonial y sus consecuencias) y, como efecto, ambas posiciones han de observar las consecuencias sobre las personas para poder fijar la indemnización.

Grandes expositores de cada línea de pensamiento han aceptado las coincidencias entre las posturas explicadas. Bueres, por ejemplo ha aceptado que si bien el daño es la lesión a un interés, el hecho de que admita la homogeneidad entre la lesión a un interés y sus repercusiones posibilitaría, empleando un criterio pragmático, admitir como segunda acepción de daño la que lo define como sus consecuencias o sus trascendidos³⁷.

Pizarro y Vallespinos aceptan la existencia de coincidencias entre ambas posturas, sobre todo en la aplicación concreta de una u otras, más aún, nos dicen que la ponderación amalgamada de ambos componentes (lesión a un interés y consecuencias) permite brindar

³⁶ Pizarro, Ramón Daniel; Vallespinos, Carlos Gustavo; *op. cit.*, T° 2, págs. 640 y 641.

³⁷ Bueres, Alberto J.; *op. cit.*, pág. 306.

respuesta satisfactoria a las distintas cuestiones que la aplicación de la figura requiere³⁸.

De la confluencia de las dos teorías, aunque no absoluta, surge el mayor acuerdo sobre la conceptualización del daño en nuestro país. Por supuesto que no todos los juristas se han enrolado en ellas, hay muy importantes disensos. Sin embargo, esta unión parcial parece conducir al consenso que se requiere para la construcción de nociones que sean ampliamente receptadas y sobre todo aplicadas. Lamentablemente, y como expondremos a lo largo de esta obra, no se ha alcanzado semejante aproximación con la conceptualización del daño moral ni en su cuantificación y tampoco se la vislumbra en lo inmediato.

3. Noción de daño moral.

No existe uniformidad en el concepto del daño moral. Prácticamente, existen tantas definiciones como autores que han estudiado el tema. La jurisprudencia, algunas veces, ha tomado definiciones del daño moral de la doctrina y en otras oportunidades ha preferido definir el concepto, sin contribuir de esta manera al orden ni a la uniformidad general del daño moral.

En ambas fuentes del derecho no hay acuerdo sobre lo qué es el daño moral, su denominación y qué rubros lo integran. Tampoco hay consenso sobre la ubicación ontológica del perjuicio. Estas divergencias, llevan a que existan numerosas corrientes de pensamiento sobre aspectos centrales de un muy relevante tema del Derecho de Daños.

Esta obra no tiene por objeto estudiar extensivamente el concepto del daño moral³⁹; no obstante, sí se necesita exponer las nociones que se han proplejado entre los juristas y los jueces como

³⁸ Pizarro, Ramón Daniel; Vallespinos, Carlos Gustavo; *op. cit.*, Tº 2, págs. 647.

³⁹ El concepto del daño moral es uno de los mayores problemas que quedan pendientes de resolución uniforme en nuestro derecho. Sin dudas y por sí solo es un problema tan grande como su cuantificación.

cuestión previa al problema de la cuantificación dineraria de la indemnización. Para ese cometido, se expresarán los conceptos creados por la doctrina nacional, luego los empleados por los jueces y, finalmente, se buscarán los comunes denominadores a ambos grupos conceptuales; es decir, aquellos aspectos de todos los conceptos de daño moral que sean perceptibles en todas las posturas.

3.1 Doctrina.

En la doctrina argentina existen diferentes conceptos de lo que es el daño moral. Las diferencias responden a las distintas nociones del daño en general y se clasifican teniendo en cuenta el asiento del detrimento. Seguimos a Pizarro en la clasificación de las diferentes líneas de pensamiento y desde esa base agrupamos en torno a ellas los conceptos de los juristas.

Según el maestro cordobés, se puede entender el concepto de daño moral como: 1) Todo daño no patrimonial⁴⁰; 2) Lesión a un derecho extrapatrimonial⁴¹; 3) violación a los derechos de la personalidad⁴²; 4) Lesión a un interés no patrimonial⁴³; 5) la consecuencia de la acción dañosa⁴⁴.

Como sexta categoría, agregamos todas aquellas definiciones que no puedan estar en un único tipo por tomar en cuenta más de un aspecto característico de cada cual y, por eso, la nominamos: daño moral como lesión compleja; porque recae sobre bienes, derechos o intereses a la vez, según las distintas definiciones que se han elaborado.

⁴⁰Pizarro, Daniel Ramón; Daño moral. Prevención. Reparación. Punción, 2da ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pág. 32.

⁴¹Pizarro, Daniel Ramón; *op. cit.*, pág. 33.

⁴²Pizarro, Daniel Ramón; *op. cit.*, pág. 36.

⁴³Pizarro, Daniel Ramón; *op. cit.*, pág. 37.

⁴⁴Pizarro, Daniel Ramón; *op. cit.*, pág. 40.

3.1.1 Daño moral como todo daño no patrimonial.

Dentro de ésta corriente de opinión, en nuestro país, se ha enrolado Borda, para quien el daño moral es “todo daño extrapatrimonial, comprensivo de los daños estéticos, psíquico y biológico”⁴⁵. Iribarne define al daño moral como toda lesión a bienes extrapatrimoniales⁴⁶. Cifuentes afirma que: “si el detrimento producido por la ofensa disminuye o hace perder un bien (bien como concepto general, no jurídico) inmaterial y no valuable en dinero, es daño moral”⁴⁷. Por ello, nos dice el jurista que: “cuando el detrimento recae sobre uno de los modos de ser espirituales y todas o cada una de las manifestaciones personalísimas, es daño moral”⁴⁸.

También ha compartido esta forma de entender al daño moral el jurista, Acuña Anzorena, quien siguiendo al profesor italiano Arturo Dalmartello, indica que sí la calidad del bien afectado es extrapatrimonial, el agravio será moral y lo define como “la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precípua en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor, y los más sagrados afectos”⁴⁹.

3.1.2 Daño moral como lesión a un derecho extrapatrimonial.

Dentro ésta corriente, Carneiro sostiene que: “En principio, el daño moral se funda en la violación de un derecho subjetivo mediante un hecho voluntario ilícito cometido por otra persona” y que cuando

⁴⁵ Borda, Guillermo A.; *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, 9ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, Tº I, pág. 197.

⁴⁶ Iribarne, Héctor Pedro; *La cuantificación del daño moral*, “Revista de Derecho de Daños”, 1999: vol. 6, Rubinzal–Culzoni Editores, pág. 186.

⁴⁷ Cifuentes, Santos; *Daño moral y persona jurídica, Derecho de daños*, Trigo Represas, Félix; Stiglitz, Rubén S., Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 2000, Primera Parte, pág. 403.

⁴⁸ Santos Cifuentes; *op. cit.*, pág. 406.

⁴⁹ Acuña Anzorena, Arturo; *La reparación del agravio moral en el Código Civil*, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo II, 01/01/2007, pág. 1617.

se viola un derecho extrapatrimonial, se da lugar a un daño de carácter extrapatrimonial⁵⁰.

3.1.3 Daño moral como violación a derechos de la personalidad.

En ésta corriente de la clasificación, se engloban ideas que entre nosotros ha expuesto Brebbia, para quien el daño moral era “la violación de uno o varios de los derechos inherentes a la personalidad de un sujeto de Derecho”⁵¹.

Dentro de la misma línea de pensamiento, la postura ha sido también abrazada por Casiello⁵²; y autores como Cazeaux y Trigo Represas indican que el daño moral es “el que se infiere al violarse alguno de los “derechos personalísimos” o de la “personalidad”, que protegen como bien jurídico a los presupuestos o atributos de la personalidad del hombre como tal: de una parte, la paz, la privacidad de la vida íntima, la libertad individual y sobre todo la salud e integridad psicofísica de los seres humanos, o sea, todo lo que puede resumirse en el concepto de “seguridad personal” del primitivo texto del artículo 1078 del Código Civil; y de otra, el honor, la honra, el pudor sexual, los sagrados afectos, etc., es decir todo lo que se reconoce como “afecciones legítimas” según la primigenia redacción del aludido artículo 1078 del Código Civil”⁵³. A esta definición también adhiere Marcelo López Mesa en la primera edición de su tratado de responsabilidad civil⁵⁴, pero luego concuerda con la del Dr. Pizarro⁵⁵.

⁵⁰ Carneiro, José Julián; *La Constitución de 1994 y el Daño Moral*, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie IV- Instituto de Derecho Civil – Número 5, Estudios Sobre Daño Moral, Buenos Aires, 1998, pág. 13.

⁵¹ Brebbia, Roberto H.; *El daño moral*, Rosario, 2da. Ed., Orbir, 1967, pág. 76.

⁵² Casiello, Juan J.; *Sobre el daño moral y otros pretendidos “daños”, “La Ley”, tº 1997-A*, pág. 177.

⁵³ Cazeaux, Pedro N.; Trigo represas, Félix A., Cazeaux, Pedro N. (Actualizador); *Derecho de las Obligaciones*, 4ª ed. Aumentada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2010, Tº I, pág. 402.

⁵⁴ Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; *Tratado de la Responsabilidad Civil*, 1ra ed. 2ª reimp., Buenos aires, La Ley, 2008, Tº I, pág. 478.

⁵⁵ Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, La Ley, 2011, 2da ed., Tº II, pág. 170.

Finalmente, convocamos en esta tercera posición al maestro Rezzónico, para quien: “hay daño moral siempre que se ataca la integridad moral del individuo, o sus afecciones de familia”⁵⁶. El maestro platense entendió a estos bienes como parte de la personalidad, y por ello dignos de tutela, al referir que recae el daño “en la persona, sus afecciones o satisfacciones legítimas, que cuentan con protección jurídica por ser parte de la personalidad”⁵⁷.

3.1.4 Daño moral como lesión a intereses extrapatrimoniales.

De la cuarta corriente es exponente Bueres, quien dice que el daño moral es lesión a un interés espiritual provocada por lesión a otros bienes personalísimos propios o ajenos, o por lesión a bienes patrimoniales⁵⁸, que ha de ser reparado a tenor de su contenido estrictamente subjetivo (o espiritual)⁵⁹. Apoyan esta tesis Roberto Vázquez Ferreyra⁶⁰, Eduardo Zannoni⁶¹ y Jorge Mayo⁶².

3.1.5 Daño moral como consecuencia no patrimonial de la acción dañosa.

La quinta postura de la clasificación tiene gran prédica por un grupo de notables profesores cordobeses, quienes sostienen que daño moral es una “minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a

⁵⁶ Rezzónico, Luis María; *Estudio de las Obligaciones en nuestro derecho civil*, 9na Ed., Buenos aires, Ediciones Depalma, 1961, T° II, pág.1252.

⁵⁷ Rezzónico, Luis María; *Manual de las Obligaciones en nuestro Derecho Civil*, Buenos aires, Roque Depalma Editor, 1959, pág. 77.

⁵⁸ Bueres, Alberto J.; *Derecho de Daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, pág. 288.

⁵⁹ Bueres, Alberto J.; *op. cit.*, pág. 292.

⁶⁰ Vázquez Ferreyra, Roberto A.; *Responsabilidad por daños (Elementos)*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1993, pág. 182.

⁶¹ Zannoni, Eduardo A.; *Acerca de la actividad dañosa y el daño moral*, “La Ley”. 1985-D, Sec. Doctrina, pág. 866.

⁶² Mayo, Jorge A.; *El daño moral. Los diversos supuestos característicos que lo integran*, “Revista de Derecho de Daños”, 1999: vol. 6, Rubinzal–Culzoni Editores, pág. 181.

un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial.”⁶³. Esta postura es tenida en cuenta por otros destacados juristas: Abrevaya⁶⁴, López Herrera⁶⁵ y Junyent Bas⁶⁶.

También es posible englobar en esta categoría a múltiples maestros del derecho argentino, que han definido al daño moral teniendo en cuenta los efectos del mismo en la persona, sus sentimientos, estados de ánimo, etc.; porque estudian el concepto desde las consecuencias del hecho ilícito y la afectación nociva a diferentes bienes e intereses de la persona. Dentro de este grupo de grandes juristas, merece mención Lafaille, quien consideró al daño moral como el agravio que se irroga “a facultades que integran la personalidad misma o determinan sentimientos legítimos”⁶⁷.

Para LLambías, el daño moral también es consecuencia de la acción dañosa, por ser un “menoscabo en los sentimientos” que “Consiste en el desmedro o desconsideración que el agravio pueda causar en la persona agraviada, o los padecimientos físicos, la pena moral, las inquietudes o cualesquiera otras dificultades o molestias que puedan ser la consecuencia del hecho perjudicial”.⁶⁸

Bustamante Alsina, por su parte, define al daño moral como la lesión a los sentimientos, que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, y en general,

⁶³ Los profesores aludidos son: Zavala de González, Chiappero de Bas, Sandoval, Junyent de Sandoval, y Pizarro. La definición surgió por la iniciativa de la Dra. Zavala de González y se presentó en las II Jornadas San Juaninas de Derecho Civil del año 1984. Pizarro, Ramón Daniel, op. cit., pág. 43.

⁶⁴ Abrebaya, Alejandra D.; *El Daño y su Cuantificación Judicial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pág. 310.

⁶⁵ López Herrera, Edgardo; *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pág. 168.

⁶⁶ Junyent Bas, Francisco; *Algunos Aspectos dilemáticos de la reparación del daño moral*, “La Ley Córdoba” 2010 (noviembre), pág. 1075.

⁶⁷ Lafaille, Héctor; Bueres, Alberto J.; Mayo, Jorge A., (Actualizadores); *Tratado de las Obligaciones*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2009, Tº I, pág. 412.

⁶⁸ LLambías, Jorge Joaquín; Raffó Benegas, Patricio (Actualizador); *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, 6ta ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot – Lexis Nexis, 2005, tº I, págs. 263 y 264.

toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria⁶⁹.

Mosset Iturraspe enseña que los daños morales “son resultados disvaliosos –“males”- padecidos por una persona, en sus intereses legítimos o en sus derechos subjetivos”⁷⁰. Esta posición es muy cercana a la que han enseñado los juristas cordobeses que se indicaron al comienzo de este punto. De manera más limitada, para Ghersi y Weingarten el daño moral es una afectación a los sentimientos de la persona⁷¹, lo que reduce el concepto a las consecuencias dañosas que se denominan *pretium doloris*.

Señalan Gabriel Stiglitz, Ana Gandolfo de Stiglitz y Carlos Echevesti, sin poder conceptualizar al daño moral de forma clara que lo distinga del daño a la integridad física o psíquica patrimonial, que el daño moral es “toda alteración disvaliosa del bienestar psicofísico de una persona, provocada por una acción atribuible a otra”⁷². Tkaczuk, entiende al daño moral como “la afectación que un individuo sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, y aspectos físicos, o bien en la consideración que de dicho individuo tienen los demás”⁷³.

Finalmente, Cipriano expresa que el daño moral “es la lesión –o agravamiento de una lesión- de razonable envergadura producida al equilibrio espiritual cuya existencia la ley presume –y tutela- y que atañe a una persona”⁷⁴. En esta definición, entendemos que la lesión en el espíritu es un producido del hecho dañoso y que el autor está

⁶⁹ Bustamante Alsina, Jorge; *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 9ª ed. Ampliada y actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, pág. 237.

⁷⁰ Mosset Iturraspe, Jorge; *Responsabilidad por daños*, tº V, *El daño moral*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 1999, pág. 125.

⁷¹ Ghersi, Carlos Alberto (Director); Weingarten Celia (Coordinadora); *Tratado de Daños Reparables*, Buenos Aires, La Ley, 2008, Tº I, pág. 216.

⁷² Stiglitz, Gabriel A.; Gandolfo de Stiglitz, Ana; *Resarcimiento del Daño Moral civil, comercial y laboral*, Rosario, Editorial Juris, 1999, pág. 3. Stiglitz, Gabriel A.; Echevesti Carlos A.; *El Daño Moral, Responsabilidad Civil*, Mosset Iturraspe (Director), Kemelmajer de Carlucci (Coordinadora), *Responsabilidad Civil*, 1ra. reimp., Buenos Aires, Hammurabi, 1997, pág. 242.

⁷³ Tkaczuk, Josefa; *Daño Psíquico*, Buenos Aires, Ad – Hoc, 2001, pág. 38.

⁷⁴ Cipriano, Néstor Amilcar; *Daño Moral. Concepto. Interdependencias jurídicas y psicológicas*, “La Ley”, tº 1982 –D, pág. 843.

mirando al definir a la consecuencia nociva que se causa en un espíritu que preexistía sin ese perjuicio.

Como se puede apreciar, hemos agrupado en esta línea de pensamientos a definiciones muy disímiles, que incluso se estructuran de forma muy distinta en torno a diferentes bienes morales, pero que indubitadamente tienden a reconocer tácita o expresamente que la merma en esos bienes e intereses es una consecuencia de un hecho ilícito.

3.1.6 Daño moral como lesión compleja.

Aclaremos que esta categoría que hemos introducido recepta en su seno a aquellas visiones del daño moral que lo entienden de manera plural como lesiones a intereses, bienes jurídicos y derechos. En decir, son definiciones que se construyen a través de al menos dos de las categorías que se analizaron hasta aquí y, que por ello, no entran plenamente en una sola.

Como ejemplo de esta forma de ver al daño moral, De la Fuente lo define como “la lesión o perjuicio que se ocasiona a un bien o interés no patrimonial ajeno”⁷⁵.

Fernández Madero equipara al derecho subjetivo y al interés legítimo extrapatrimonial, como asiento del daño moral, cuando define al mismo como: “aquella lesión, conculcación o menoscabo de un derecho subjetivo o interés legítimo de carácter extrapatrimonial sufrida por un sujeto de derecho – ya sea persona física como persona jurídica- como resultado de la acción ilegítima de otra persona”⁷⁶. Por ello, se puede sostener que realiza el autor una adición de dos corrientes: la que considera que el daño moral es una lesión a un derecho subjetivo extrapatrimonial y la que considera que es una lesión a un interés legítimo de igual naturaleza.

⁷⁵ De La Fuente, Horacio H.; Concepto jurídico del Daño. Daño patrimonial y daño moral, “El Derecho”. tº 87, pág. 913.

⁷⁶ Fernández Madero, Jaime; Derecho de Daños, Nuevos Aspectos Doctrinarios y Jurisprudenciales, Buenos Aires, La Ley, 2002, pág. 110.

No es este el lugar para hacer una extensa crítica a las definiciones del daño moral, pero no está de más anticipar que en definitiva los conceptos: bien, interés y derecho tienen tal correlación que se hace redundante mencionarlos a todos a menos que se busque ampliar o reducir el daño moral resarcible; atento a que ese resultado puede lograrse como un efecto de la definición del daño moral más o menos amplia. Sin embargo, no aprecia que ninguno de los autores referidos en este punto tuviese esa intención deliberada.

3.2 *Jurisprudencia.*⁷⁷

En nuestros tribunales se han elaborado múltiples definiciones del daño moral. No procuramos abarcar la totalidad de las sentencias, ni ir más allá que un simple muestreo para dar una referencia sobre el concepto del daño moral. Seguimos, también aquí, la clasificación propuesta por el profesor Pizarro con la que organizamos a las definiciones judiciales del daño moral. Como lo hicimos antes, al organizar las definiciones doctrinarias, agregamos otra categoría para las definiciones eclécticas que pudieran incluir en sus nociones más de un tipo de lesiones a la vez –lesiones a derechos, intereses y bienes.

3.2.1 *Sentencias que han definido al daño moral como todo daño no patrimonial.*

1) El daño moral supone la privación o la disminución de los bienes que tienen un valor fundamental en la vida del ser humano y que son la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, y entre otros, los más sagrados afectos. Se recepa en el fallo a la definición de Acuña Anzorena⁷⁸.

⁷⁷ La jurisprudencia invocada se ha extraído de: Saux, Edgardo I, (Director); *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario, Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, La Ley, 2011 T° I. y Prevot, Juan Manuel; *Manuales de Jurisprudencia. Daños y Perjuicios, Parte General*, Buenos Aires, La Ley, 2008. Señalamos en cada cita subsiguiente los datos de la pertinente sentencia.

⁷⁸ CNCiv., sala H, 07/09/1994, Stoppani de Reeves, Haydée c/ Municipalidad de Buenos Aires, La Ley Online. CNEsp. Civ. Y Com., sala I, 18/09/1987, Coria, Juan J. c/Cocuzza, Francisco,

2) El daño moral es aquel que se infiere a los sentimientos, a la integridad física o espiritual o a las afecciones legítimas de una persona, en resumen a los llamados bienes ideales⁷⁹. En este fallo, se aprecian a las consecuencias dañosas como lesiones a bienes.

3) El daño moral a grandes rasgos significa la privación o disminución de aquellos bienes materiales o inmateriales que tienen valor preciso en la vida del ser humano, como lo son su honra, sus más caros afectos en la vida de relación, secuelas físicas, o estéticas, la pérdida de un ser querido, etc.⁸⁰.

4) El daño moral consiste en el desmedro, desconsideración, o cualquier otra dificultad o molestia que pueda ser consecuencia del hecho perjudicial, y se configura cuando media lesión a aquellos bienes no patrimoniales que tiene valor primordial en la vida del humano⁸¹.

3.2.2 Sentencias que han definido al daño moral como lesión a un derecho extrapatrimonial.

1) El daño moral es la lesión a los derechos extrapatrimoniales de la víctima, que afectan su dignidad, su honor, su seguridad personal o afecciones legítimas⁸².

L.L. 1988-C, 27, La Ley Online. CNCom, sala D, 29/08/1978, Genauer, Roberto A. c/ Proartel S.A., La Ley Online. SC Buenos Aires, 11/07/1995, Alonso de Sella, Patricia G. y otro c/ Dellepiane, Angel H., La Ley Online. C. Civ. Y Com. Zárate-Campana, 11/08/2009, Ruiz, José Antonio c/ Gómez, Fernando Julio, La Ley Online. Cám. Apel. Civ y Com. de Quilmes, Sala II, 13/03/2077, Buttarelli, María del Valle c/ Veloso Marcos Antonio y otro, LLBA, 2007 (julio), 697. SCBA, 10/11/1998, Gorosito, Teléfona c/ Mois Chami S.A. y otro, Prevot, Juan Manuel, *Manuales de Jurisprudencia. Daños y Perjuicios, Parte General, Buenos Aires, La Ley 2008, pág. 214.*

⁷⁹ C1a Civ. Com. Trabajo y Minas Catamarca, 18/04/1996, Avellaneda, Hugo c/ Cerámica Valle Viejo S.R.L., La Ley 1997-B, 20, DT 1997-B, 1812, LLNOA 1998, 155-DJ 1997-2, 59.

⁸⁰ C1a CC Córdoba, 13/08/1991, Luna, Pedro V. c/ Obras Sanitarias de la Nación, LLC 1992-555, La Ley Online.

⁸¹ JCiv. Com. Y Min. Nro. 4 San Juan, 07/10/2008, Pereira Demarchi, José Luis c/ Super Vea-Disco S.A., La Ley Online.

⁸² C1a Civ y Com. San Isidro, sala I, 30/10/1986, Barreto, Margarita c/ Díaz, Ramón y otro, DJ 1987-1, 756, La Ley Online.

2) El concepto de agravio moral no se circunscribe a “un dolor o sufrimiento” como lo expresa la quejosa sino que surge en la esfera extrapatrimonial de la persona, que se divide en dos partes: una parte “social” que nace de las relaciones de la persona en su ambiente y consiste en su honra u honor, en la reputación, el crédito, etc., y otra parte “afectiva” que se halla constituida por nuestras afecciones íntimas, nuestras convicciones y creencias, nuestros sentimientos en una palabra, por todo lo que toca nuestra persona psicológicamente, sin tener vínculo con el ámbito social⁸³.

3) La noción de daño moral se halla vinculada con el concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión en los sentimientos personales⁸⁴.

3.2.3 Sentencias que han definido al daño moral como violación a los derechos de la personalidad.

1) Daño moral es, en términos generales, aquella especie de agravio implicado por la violación de alguno de los derechos inherentes a la personalidad, o sea de esos derechos subjetivos que protegen como bien jurídico, las facultades o presupuestos de la personalidad: la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, etc., todo lo cual se resume en el concepto de “seguridad personal”, y el honor, honra, sagrados afectos, etc., o sea en una palabra las “afecciones legítimas” a que se refería el art. 1.078 del Cód. Civil, antes de la reforma introducida por la ley 17.711⁸⁵. Siguiendo aquí a Trigo Represas y Cazeaux.

2) Se define el daño moral, como todo menoscabo referido a los atributos o presupuestos de la personalidad jurídica, con independencia de su repercusión en la esfera económica⁸⁶,

⁸³ CCiv. y Com. de Paraná, sala II, 12/02/1980, Couri, J. I. c/ Municipalidad de Paraná, La Ley Online.

⁸⁴ CNCom., sala A, 30/06/1999, Kleinerman, Gustavo R. c/ Club Atlético All Boys, L.L., 2000-A, 222, DJ 2000-2, 175, La Ley Online.

⁸⁵ C4aCiv. Com. Minas, Paz y Trib. Mendoza, 19/03/1979, González de Amaya, Esperfilia c/ Delano, Alfredo, La Ley Online.

⁸⁶ CNCom., sala A, 13/09/1996, Neuromédica S.A. c/ Banco del Río de la Plata S.A., La Ley Online.

agregándose a esta definición el perjuicio “en las afecciones legítimas o en la tranquilidad anímica”⁸⁷.

3) El agravio moral comprende la reparación de aquellos daños ya patrimoniales o económicos, sino los que lesionan los atributos de la personalidad. El daño moral indemnizable debe traducirse en un agravio a los bienes de la vida del individuo, extraños a los valores económicos, tales como la libertad, la fama, el prestigio personal, el equilibrio anímico, los vínculos de familia, la salud, la integridad corporal, etcétera⁸⁸.

3.2.4 Sentencias que han definido al daño moral como lesión a un interés no patrimonial.

1) El daño moral constituye una lesión a los intereses morales tutelados por la ley⁸⁹.

2) El daño moral es el menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocados por el evento dañoso y comprende los padecimientos y angustias que lesionan las afecciones legítimas de las víctimas⁹⁰.

3.2.5 Sentencias que han definido al daño moral como la consecuencia de la acción dañosa.

1) El daño moral se configura por todo sufrimiento o dolor que se padece, independientemente de cualquier reparación de orden patrimonial. Es un menoscabo en los sentimientos, consistente en los

⁸⁷ CNCom, sala C, 31/08/1993, B., H. A. y otra c/ Ponce, Alejandro y otro, L.L. 1994-B, 583-DJ 1994-2, 24, La Ley Online.

⁸⁸ CNCom, sala A, 20/03/1979, Panamericana de televisión S.A., L.L. 1979-C, 388-R.DJ 1979-9, 33, La Ley Online.

⁸⁹ CNCív., Sala B, 16/05/2005, Schmidt, Emilio E. y otros c/ Sociedad Colegio Alemán Temperley, DJ 2005-3, 186, La Ley Online.

⁹⁰ CNCív., sala L, Lanare de Fernández, Marta Aurora c/ Limardo de Cozzo, Rosario y otro, La Ley Online.

padecimientos físicos, la pena moral, las inquietudes o cualesquiera otras dificultades del hecho dañoso⁹¹.

2) Daño moral es la lesión de razonable envergadura producida al equilibrio espiritual de la persona, cuya existencia la ley presume y tutela⁹². Esta definición es la creada por el Dr. Cipriano⁹³.

3) El daño moral es la modificación disvaliosa del espíritu⁹⁴ en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicada⁹⁵. Se advierte que la sala C de la CNCiv., se sigue las enseñanzas de los maestros cordobeses. Al concepto de daño moral como modificación disvaliosa del espíritu, también ha adherido en algunas sentencias la SCBA y Juzgados del interior del país⁹⁶.

4) El daño moral no queda reducido al clásico “pretium doloris” (sufrimiento, dolor, desesperanza, aflicción, etc.), sino que apunta a toda lesión a intereses jurídicos del espíritu cuyo trasunto sean unas alteraciones desfavorables en las capacidades del individuo de sentir, de querer y de entender. La sala D adhiere también a las ideas de los

⁹¹ CNCiv., sala A, 06/05/1997, Scaglia, Alicia F.D. c/ La delicia Felipe Fort S.A, L.L. 1998-A, 5. DJ1998-2, 968, La Ley Online.

⁹² CNCiv., Sala B, 09/03/2000, G., R. c/ Compañía Elaboradora de Productos Alimenticios S.A. CN Esp. Civ. Y Com., sala I, 30/04/1979, Barrera Valverde, Alfonso c/ Basilio, Héctor E., L.L. 1979-D, 231, La Ley Online. CNCiv, Sala H, 30/11/1993, Bilik, Perla Y. y otro c/ Brey, Gustavo y Otro, Prevot, Juan Manuel, Manuales de Jurisprudencia. Daños y Perjuicios, Parte General, Buenos Aires, La Ley 2008.

⁹³ Cipriano, Néstor Amilcar; Daño Moral. Concepto. Interdependencias jurídicas y psicológicas, “La Ley”, tº 1982 –D, pág. 843.

⁹⁴ CCiv. y Com. Común Tucumán, Sala I, 05/03/2008, Godoy, Aída del Valle y otras c/ Mattiuzzi, Gustavo y otro, LLNOA 2008-510, La Ley Online.

⁹⁵ CNCiv, sala C, 22/12/2005, Vega Rubilan, Sonia de las Mercedes c/ Transporte automotor General Las Heras S.R.L. La Ley Online. CNCiv, sala L, 06/05/2010, Lacerenza, Roberto c/ Fersan, Yolanda Noemí, La Ley Online. C5aCC Córdoba, 21/09/1993, Torres Fotheringham de Horrocks y otro c/ CO.ME.CO. 7 y otro, LLC 1994-300, La Ley Online, Chami, Dora c/ E.P.O.S, LLC 1994-92, La Ley Online.

⁹⁶ SC Buenos Aires, 20/09/1994, Colman, Carlos R. y otro c/ Clínica del niño de La Plata S.A. y otros, DJ 1995-1, 688, DJBA 147, 7293, La Ley Online.

profesores cordobeses.⁹⁷ Este criterio es sostenido, al menos desde 1997⁹⁸.

5) Por daño moral debe entenderse cualquier lesión a los sentimientos o afecciones legítimas de una persona o cuando se le ocasionan perjuicios que se traducen en padecimientos físicos o cuando, de una manera u otra, se han perturbado su la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado⁹⁹.

6) La sala F de la CNCiv, considera también que el daño moral afecta “preponderantemente los sentimientos” y resarce el menoscabo inferido a los valores morales más íntimos afectados a raíz del evento¹⁰⁰.

7) El daño moral es la lesión en los sentimientos que determinan dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria¹⁰¹. Se aprecian aquí las ideas de Bustamante Alsina.

8) El daño moral se traduce en una lesión a las afecciones de la víctima¹⁰².

9) Debe entenderse por daño moral toda lesión que, amén de los menoscabos patrimoniales o materiales, inflige a la víctima sufrimientos, molestias, agravios o en general ataque a las afecciones

⁹⁷ CNCiv., sala D, 11/09/2007, Recabarren, Julio Camilo c/ Transportes Larrazabal y otro C.I.S.A y acumulados, La Ley Online.

⁹⁸ Saux, Edgardo I, (Director), Tratado Jurisprudencial y Doctrinario, Responsabilidad Civil, Tº I, p. 9.

⁹⁹ CNCiv, sala E, 07/12/1987, Rodríguez, José N. c/ Turlan, S.A. y otro, L.L. 1988-C, 107, DJ 1988-2, 772, La Ley Online. En similar sentido Ttrab. Nº 3 La Plata, 22/06/1995, Banegas, Juan G. c/ Game S.A. y otros, DT 1996-A, 1101. CCiv. y Com. Resistencia, Sala IV, 23/04/1996, C. de G., E. c/ F., J.R., LLLitoral 1997-327, La Ley Online.

¹⁰⁰ CNCiv., sala F, 06/09/2000, Ferraiolo, Enrique A. c/ Edenor S.A. y otro, La Ley Online.

¹⁰¹ CNCiv, sala h, 14/06/1996, Fioriti, Elvira c/ Maldonado, Ramón y otros, L.L. 1997-a, 179, La Ley Online. CNCiv., sala J, 01/06/1993, Silvero Rodríguez De Aquino, Eugenia c/ Empresa Transporte Alberdi S.A. y otro, L.L. 1993-E, 109, DJ 1994-I, 141 AR/JUR/1691/1993. C2a Civ. Y Com. La Plata, sala II, 19/10/1982, Serutto, Cayetano E. c/ Competiello, Gerardo, La Ley Online. C6CC Córdoba, 11/08/1995, Banegas, Roberto c/ D.I.P.A.S., LLC1996-717, La Ley Online.

¹⁰² TS Córdoba, sala laboral, 16/12/1986, Juncos, José A. c/ Sapyc S.R.L., La Ley Online.

legítimas. En suma, el daño moral se traduce en todo sufrimiento humano no producido por pérdidas pecuniarias¹⁰³.

3.2.6 Sentencias que ha definido al daño moral como lesión compleja.

1) El daño moral es la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor no material en la vida del hombre, ya sea que se los caracterice como lesión sufrida en los derechos extrapatrimoniales o como el que no menoscaba el patrimonio pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley o el que se infiere a los sentimientos, integridad espiritual o a las afecciones legítimas¹⁰⁴.

2) Por daño o agravio moral se entiende la lesión, conculcación o menoscabo de un derecho subjetivo o interés legítimo, de carácter extrapatrimonial, sufrido por un sujeto de derecho como resultado de la acción ilícita de otra persona¹⁰⁵. Esta definición es la que ha seguido Fernández Madero.

3.3 Interrelación entre las definiciones doctrinarias y jurisprudenciales

De un vuelo rasante por las definiciones del daño moral que hemos reunido, emerge que el concepto no tiene univocidad en nuestro país; es decir que: según los autores y los jueces, el daño moral no tiene una única naturaleza y valor, ya que las definiciones responden a miradas distintas sobre el concepto mismo de daño en general e interpretan al daño moral de formas muy diferentes.

Se puede advertir que en ocasiones hay un diálogo entre la doctrina y la jurisprudencia, porque en muchos fallos se reproducen definiciones de nuestros autores. Sin embargo, en la doctrina se encuentra una tendencia a la concentración de las ideas en dos teorías,

¹⁰³ CcCom. Min. San Juan, Sala I, 31/08/1993, A. de G., M.B c/L., A.A. y otro. DJ 1994-I, 362, La Ley Online.

¹⁰⁴ C1a Civ. Com. Trabajo y Minas Catamarca, 18/04/1996, Avellaneda, Hugo c/ Cerámica Valle Viejo S.R.L., La Ley 1997-B, 20, DT 1997-B, 1812, LLNOA 1998, 155-DJ 1997-2, 59.

¹⁰⁵ C1a Civ. Y Com., Bahía Blanca, sala II, 24/08/1982, Fiori, Edgardo H. c/ Banco Holandés Unido S.A., La Ley Online.

que son la que entiende al daño moral como lesión a un interés y la del daño moral consecuencia del hecho ilícito. Este fenómeno no se reproduce aún en la jurisprudencia, donde todavía se observan fallos que consideran al daño moral como lesión a un bien extrapatrimonial o como todo daño no patrimonial, que son corrientes de pensamiento que nuestros juristas no han abonado en décadas. Sí se puede apreciar en la jurisprudencia una difusión de la asociación entre sufrimiento, dolor y lesión a los sentimientos (*pretium doloris*) y daño moral. Esta asimilación ha sido abandonada en general por la doctrina mayoritaria de nuestro siglo.

En conclusión, cabe sostener que la definición misma de daño moral sigue siendo un problema abierto para el derecho; y de lograr un concepto uniforme, depende poder conceptualizar y categorizar mejor a los daños estéticos, biológicos, psicológicos, al proyecto de vida, entre otros que se han venido abriendo paso sin haber hasta nuestros días una idea integradora y uniforme de todos ellos en torno al daño moral, sea con carácter autónomo o no. Al respecto, la jurisprudencia ha sido vacilante y la doctrina ha sido o conservadora o asistemáticamente innovadora.

Tras este problema del concepto y la subcategorización del daño moral o extrapatrimonial, subyace un problema práctico que es el que nos interesa aquí: la reparación y la cuantificación de la indemnización. Este aspecto del daño moral, no es solo una cuestión problemática para la dogmática jurídica, ya que proyecta el conflicto a la economía y a los intereses de los actores sociales; puesto que es de importancia relevante en nuestro tiempo, saber qué es el daño moral y cuánto debe pagarse por él.

El tema es de interés no solo porque mueve millones de pesos al año, sino porque el eje mismo del sistema de derecho es el ser humano y sus intereses extrapatrimoniales. Con un derecho de daños más punzante en los conceptos se logra la plena vigencia de estos derechos y, con ello, la realización de la Constitución Nacional y de los Tratados de Derechos Humanos.

3.4 Nuestra posición.

Entendemos que en toda problemática, donde estén implicados los daños morales –en sentido lato- o daños en la persona, entran en juego una serie de principios constitucionales como el derecho a la integridad moral (art. 5.1 C.A.S.D.H), el derecho al resarcimiento integral (Art. 19 CN), la razonabilidad para lograr aquellos mediante un método de responsabilidad civil (Art. 28 CN) en condiciones de igualdad para sujetos en iguales situaciones, tanto para la víctima como para el autor del daño (Art. 16 CN), quien, además, tiene derecho ser resguardado en su propiedad privada.

Nos hemos topado con posiciones que reducen el daño moral al sufrimiento y dolor, mientras que propugnan la autonomía de otros conceptos de daño extrapatrimonial. Por supuesto, también hay posiciones que definen al daño moral como todo perjuicio extrapatrimonial que pueda sufrirse.

Creemos que ambas posiciones pueden cumplir con todos los principios constitucionales sin cortapisas, si se tiene en cuenta que conceptualizar al daño moral como toda consecuencia nociva del ilícito sobre cualquier interés extrapatrimonial (que conforma lo que la persona es con carácter dinámico), implica reconocer de manera amplia el resarcimiento de este tipo de perjuicio, así como también lo permite la noción estrecha de daño moral si se da curso conjuntamente a otras especies de daño en la persona (V.gr. Daño biológico, daño estético, daño psicológico, daño al proyecto de vida, pérdida de la capacidad de disfrutar, daño juvenil, etc.).

Desde este punto de vista, no existen incongruencias internas en ninguno de los dos modos de conceptualizar al daño extrapatrimonial, pues ambos hacen al respeto a la integridad moral de la persona y pueden derivar en indemnizaciones suficientes, razonables e igualitarias para todos los justiciables de nuestro país.

Ninguna de estas miradas sobre el daño extrapatrimonial implica desconocer derechos a la vida, la integridad física, el honor, entre otras esenciales facetas del ser humano que impliquen intereses lícitos

constituyentes de la persona, su realidad y existencia pasada, presente y futura. Por ello, hasta aquí encontramos que ambos razonamientos sobre la misma cuestión podrían ser admisibles desde esta óptica.

Al ser lógicas y razonables con los valores superiores del ordenamiento jurídico, las dos teorías analizadas pueden ser aptas para proveer a la justicia, atento a que persiguen la plenitud del resarcimiento del ser humano sin truncamiento alguno; por lo tanto responden a la voluntad de restituir a cada uno sus intereses extrapatrimoniales (como un instrumento para dar de forma constante a cada uno lo suyo).

No obstante ello, hay otras miradas posibles sobre el asunto, por ejemplo, desde la economía. El juez que debe resolver cuánto por daño moral debe tener en cuenta las proyecciones sociales de sus sentencias y, especialmente, las consecuencias económicas que pueda arrojar el fallo. Nadie refuta la décima regla que Mosset Iturraspe ha sabido conjeturar: “Sí a sumas que puedan pagarse, dentro del contexto económico del país y el general "standard" de vida”¹⁰⁶.

También la CSJN ha sabido destacar la relevancia que tiene la realidad económica como aspecto fundamental a contemplarse en la sentencia¹⁰⁷, y se la vulnera, siguiendo al Dr. Pizarro, cuando se fijan indemnizaciones del daño moral excesivamente bajas, o excesivamente altas¹⁰⁸.

En principio, ninguna de estas concepciones, de por sí, implican la determinación de indemnizaciones muy altas o muy bajas, o, desapegadas de la realidad económica del país. En los casos, se puede llegar a indemnizaciones equilibradas con el desarrollo de nuestra economía. Sin embargo, desde la visión que ofrece la economía, es posible advertir que es más probable que se produzcan excesos y

¹⁰⁶Mosset Iturraspe, Jorge; Diez reglas sobre cuantificación del daño moral, L.L., tº 1994-A, págs. 728 y ss.

¹⁰⁷ CSJN, Santa Coloma, Luis y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos, 05/08/1986, Fallos 308:1160.

¹⁰⁸Pizarro, Daniel Ramón; *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición*, 2da ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pág. 438 y ss.

dobles indemnizaciones en aquella teoría que propugna la autonomía de los rubros indemnizatorios extrapatrimoniales.

De todos modos, se pueden evitar esos excesos con prudencia judicial, con la consideración de las sumas de dinero que mandan a pagar los juzgados ante casos similares y con la razonabilidad de evitar enriquecimientos sin causa.

Desde este punto de estudio, nos convencemos de la superioridad de la conceptualización del daño moral como toda lesión extrapatrimonial; porque no incorpora limitación alguna en la debida indemnización, pero tampoco favorece los excesos.

Es correcto pensar que la pluralidad de intereses afectados pueda aumentar el daño (consecuencia) y, en efecto, la indemnización¹⁰⁹. Lo que no puede ocurrir es que la reparación llegue a sumas que no pueden pagarse ni cobrarse y, sin dudas, es más posible que la teoría de la autonomía de rubros recaiga en estas consecuencias económicas y en la duplicación de indemnizaciones.

Desde el punto de vista normativo, debemos recordar que en nuestro Código Civil se define al daño en el artículo 1068 en estos términos: “Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades”. Más allá de la discusión doctrinaria sobre la interpretación de la norma, esta permite entender que el daño puede recaer sobre cualquier interés lícito del ser humano. A este artículo, se lo debe corresponder con el artículo 1078 que establece: “La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima”.

De conjugar ambos artículos, se puede concluir que cualquier consecuencia nociva sobre un interés extrapatrimonial del hombre que configure un daño resarcible, debe ser indemnizada como daño

¹⁰⁹Zavala de González, Matilde María; *Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Astrea, 2009, pág.116.

moral, porque normativamente no se alude a ningún otro tipo de indemnización –excluyendo la patrimonial, por supuesto-. 110.

Si la ley sostiene que los daños a las cosas, a la persona, sus derechos o facultades – siempre en sentido amplio y sin recortes sobre los intereses lícitos- deben ser resarcidos mediante indemnizaciones patrimoniales y la del daño moral, no hay porqué crear otras que no tengan basamento legal. La falta de necesidad de buscar nuevos daños autónomos se fundamenta en que el daño moral receptado no tiene ningún tipo de escisiones e implica una reparación que resulta integral para todo efecto negativo de la violación de un interés de la persona.

Contrariamente, podemos decir que la ley entraña un número abierto de perjuicios y que, si no está prohibido acudir a otros daños autónomos, está permitido. No puede olvidarse que la interpretación amplia de las dos normas mencionadas lleva a la reparación integral de la persona perjudicada y, por lo tanto, es una norma razonable y útil para darle vigencia al artículo 5.1 de la C.A.S.D.H. –y normas afines- en igualdad de condiciones para todos, por ello se presenta como constitucional –y nunca se la acuso de inconstitucional en este aspecto.

Nutriendo a las dos normas del Código Civil que hemos transcripto con la interpretación adecuada a la luz de la Constitución Nacional, se puede arribar a soluciones lógicas, justas y económicamente suficientes. Por ello, no es necesario hacerle decir al Código lo que no dice e incorporar daños autónomos; pues nuestra ley incluye en su seno a todos los daños extrapatrimoniales posibles.

¹¹⁰Esta posibilidad incluye a la merma sufrida en un aspecto de la persona como consecuencia de la vulneración de un interés patrimonial, siempre que dañe, como efecto, a un interés de orden extrapatrimonial, que son todos aquellos aspectos de la persona que la conforman y que definen su realidad y existencia, según entendemos. Entendemos que el daño no se pondera por la lesión a un tipo de interés reconocido por el derecho, sino por su efecto en la persona que se compone de bienes e intereses lícitos que son la persona misma y su despliegue en el mundo real, puesto que la vida solo es posible accediendo a bienes a través de intereses, pudiendo de esta forma satisfacerse todas las necesidades humanas y lograr la plenitud en la medida que la busca cada hombre y mujer.

La autonomía conceptual y resarcitoria de un rubro necesita de su reconocimiento. Y si bien en la meseta constitucional se refiere a los derechos a la vida, a la integridad psicofísica y a muchos otros derechos más, el instrumento diseñado por Vélez Sarsfield y Borda puede arribar a soluciones ajustadas a la plenitud de todos aquellos derechos y de todos los intereses de la persona.

Dicho esto, cabe aclarar que no se niega que existan diferentes intereses lesionados que, según sus proyecciones, irían configurando consecuencias diferentes en la esfera subjetiva del ser humano o en el patrimonio. Lo que sostenemos es que, desde el punto de vista normativo, no es preciso darle entidad de género a cada una de esas consecuencias subjetivas, sino que son especies del daño extrapatrimonial que en la terminología de nuestra ley se llama daño moral, sin que se perjudique a ningún argentino por esa circunstancia.

Desde el punto de vista social, consideramos superior la teoría que entiende al daño moral como daño extrapatrimonial, en sentido de género que puede contener todo tipo de daños extrapatrimoniales singulares, sobre la que busca darle autonomía a cada rubro.

La razón de la superioridad radica en que los tiempos cambian y con él la cultura, la forma de vida y las sensibilidades sociales. Sabiendo lo que cuesta modificar un Código —desde 1871 tenemos el mismo y han fracasado múltiples proyectos de reforma— es mejor acudir a normas amplias, que abarquen cualquier tipo de supuesto, que acudir a una excesiva reglamentación de los distintos tipos de daños extrapatrimoniales que de por sí habrán de variar o serán estériles para incorporar otros nuevos¹¹¹.

Desde la perspectiva que compartimos con parte de la doctrina, el concepto de daño moral es maleable y puede dar respuesta con mayor facilidad a las necesidades de las comunidades futuras.

¹¹¹ El problema se magnificaría si se diere recepción legislativa a diferentes rubros indemnizatorios, sin dejar a salvo una norma general y amplia que dé respuesta a la infinidad de intereses extrapatrimoniales del hombre.

Además, la cuantificación del daño moral es uno de los problemas más complejos del derecho y todavía no se ha consolidado un método uniforme en nuestro país. Valorar y cuantificar el daño moral es una tarea de complejidad para científicos del derecho, y mucho más para los operadores jurídicos.

Si a este problema le agregamos por separado –ya que el daño moral sería solo el *pretium doloris*- la cuantificación de los daños biológico, estético, existencial, pérdida del proyecto de vida, daño a la salud, etc., difícilmente se encontrarían soluciones judiciales suficientemente fundadas que asignen reparaciones equitativas y justas, a lo largo y ancho de todo el territorio. Sin dudas, en nada se aporta al caos imperante.

De forma contraria, si se valoran todas esas secuelas extrapatrimoniales, si se las aprecia en conjunto y se forma una noción de la extensión, duración e intensidad del perjuicio extrapatrimonial en su conjunto, se puede llegar a soluciones justas y que den el suficiente respaldo para que la sentencia pueda ser ejemplo para otras, de manera mucho más sencilla y prácticas sin agredir el derecho a la indemnización integral.

En definitiva, entendemos que el daño moral incluye a todo tipo de daño extrapatrimonial y que se configura como la consecuencia perniciosa en la persona, causada por la violación a un interés lícito, sea extrapatrimonial o no, poniendo énfasis en los efectos sobre la esfera personal del hombre, puesto que allí se debe valorar el daño¹¹². En este marco, entendemos que el daño moral, con el concepto dado, atrapa a todo tipo de repercusión negativa en el ser humano.

¹¹²La sola vulneración de un derecho o interés no alcanza. Puede ser un indicio de dañosidad por el curso natural y ordinario de las cosas e, incluso, en casos notorios, se puede percibir el perjuicio *in re ipsa*. Pero, no obstante, el daño debe ser constado y confirmado por la prueba del juicio como principio, puesto que en casos concretos podrá no configurarse, pese a que sea normal que exista en supuestos semejantes, como ocurre con el daño moral por la muerte de hijos, cuyos padres los abandonaron toda la vida y se presentan al juicio a requerir una indemnización, cuando sus sentimientos y vinculación eran inexistentes, según se comprueba con los hechos.

Si bien hay algunos argumentos que dan sustento a la teoría que distingue los diferentes rubros del daño extrapatrimonial, es claro que desde otros puntos de vista se demuestra su falta de necesidad, sus posibles efectos nocivos sobre la economía, el encorsetamiento a futuro de dárseles una recepción normativa y sus mayores complicaciones prácticas. Por todos esos motivos, creemos que es superior la teoría que interpreta con flexibilidad y amplitud al daño moral o en la persona con los contornos delineados.

4. La indemnización del daño moral

4.1 Reparación natural o en especie.

Los estudiosos del Derecho de Daños han dado diferentes respuestas a la posibilidad de que el daño moral o extrapatrimonial sea reparado en sí mismo, retrotrayendo in natura a las consecuencias dañosas que afectan a la persona.

Hemos encontrado cinco posiciones sobre el problema que van de la posibilidad de alcanzar la total reparación del daño moral en especie a la total imposibilidad de hacerlo:

1) Santos Cifuentes ha puesto de manifiesto que la reparación del daño moral no se realiza exclusivamente con dinero –utilidad-; sino que son admisibles, según la índole de la lesión extrapatrimonial, las reparaciones en especie o las que se realizan en equivalente no dinerario. Explica el jurista que las reparaciones en especie tienen una función compensadora en casos de daños a la integridad espiritual y son, por ejemplo, la retractación, la publicidad de la sentencia y la rectificación o respuesta. La reparación por equivalente no dinerario podría aplicarse como una dación que reemplace el pecunio por un equivalente, como atenciones médicas, entretenimientos o el socorro a una necesidad que llena el espíritu de tranquilidad¹¹³.

¹¹³ Cifuentes, Santos; *Daño a los derechos personalísimos, La Responsabilidad. Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg*, Alterini, Aníbal Atilio; López Cabana Roberto M. (Directores), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, pág. 113.

2) López Herrera entiende que sí procede la reparación in natura, aunque su efecto resarcitorio del daño moral pueda ser parcial¹¹⁴. Próximo a esta línea de pensamiento, Mosset Iturraspe agrega que “la reparación in natura debe ir, en la mayoría de los casos, unida a una dineraria, conformando una especie de reparación mixta. De no ser así es mero paliativo y no una reparación integral¹¹⁵”.

3) Para Brebbia, la reparación en especie del daño moral sufrido es excepcional¹¹⁶ y solo podía proceder en contados casos. Sin embargo, en aquellos casos en los que sí procede –cita como ejemplo la ofensa vertida en un periódico- se puede lograr una adecuada proporción entre la reparación y el daño¹¹⁷. Zannoni comparte la idea de que el daño moral casi siempre se repara con dinero, pero indica que se admite legalmente en muchos casos la reparación específica; ejemplos son los casos de injuria o calumnia y el del artículo 1071 de Código Civil¹¹⁸.

4) Pizarro, por su parte, remarca la función preventiva de mayores daños que pueden cumplir algunos actos en especie que ordene el juez, y la distingue de la función resarcitoria de la indemnización del daño moral: “la aludida publicación de la sentencia o de la retractación puede tener gran relevancia para hacer cesar los efectos de la acción dañosa, pero difícilmente asumirá idoneidad para reparar integralmente el menoscabo moral ya producido a raíz de las injurias vertidas o de la difamación”¹¹⁹.

5) Fernández Madero afirma, sobre la reparación del daño moral, que “la reparación in natura resulta de imposible aplicación en este

¹¹⁴ López Herrera, Edgardo; *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pág. 195.

¹¹⁵ Mosset Iturraspe, Jorge; *Responsabilidad por daños*, tº V, *El daño moral*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 1999, pág. 206.

¹¹⁶ Brebbia, Roberto H.; *El daño moral*, Rosario, 2da. Ed., Orbir, 1967, pág. 222.

¹¹⁷ Brebbia, Roberto H.; *op. cit.*, pág. 231.

¹¹⁸ Zannoni, Eduardo E., *El daño en la responsabilidad civil*, 3ra ed. Actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2005, pág. 214.

¹¹⁹ Pizarro, Daniel Ramón; *Daño moral contractual*, “Jurisprudencia Argentina”, 1986-IV, pág. 930.

último ámbito. El dolor sólo puede evitarse, prevenirse, pero una vez sufrido puede a lo sumo mitigarse”¹²⁰.

4.2 Finalidad jurídica de la indemnización en dinero del daño moral.

La doctrina mayoritaria considera que el daño moral debe ser indemnizado en cumplimiento de la función resarcitoria de la responsabilidad civil. En otras palabras, se indemniza el daño moral como paliativo del daño sufrido.

No ha perdurado a nuestros días aquella célebre y muy seguida posición de LLambías que entendía al daño moral como una sanción que debería pesar sobre el autor del daño¹²¹, entendiendo el pago de la condena como una represión al dañador. No obstante ello, si hay quienes propugnan una posición intermedia o mixta que se forma de la convicción de que el daño moral cumple tanto la función resarcitoria como la sancionatoria o ejemplar¹²².

La cuestión de la naturaleza jurídica del daño moral no es meramente académica porque tiene consecuencias prácticas en la valoración y cuantificación del daño moral. De adherirse a la postura reparatoria, se valorará el daño efectivamente sufrido y todas las circunstancias de la víctima. En cambio, en la postura mixta además de analizar concienzudamente la posición de la víctima, se debería analizar la situación del victimario, su potencia patrimonial y el grado de reproche que merece su actuar¹²³.

¹²⁰ Fernández Madero, Jaime; *op. cit.*, pág. 84.

¹²¹ LLambías, Jorge Joaquín; *Naturaleza jurídica de la reparación del agravio moral*, “Jurisprudencia Argentina”, 1954-III, pág. 361; *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, 6ta ed. Actualizada por Raffo Benegas, Patricio, Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, T° I, págs. 294 y ss.

¹²² Cfr. Junyent Bas, Francisco; *Algunos aspectos dilemáticos de la reparación del daño moral*, “La Ley Córdoba”, 2010 Noviembre, pág. 1075 y ss. Mancini, Héctor L.; *Carácter y determinación de la reparación del daño moral*, “Jurisprudencia Argentina”, T° 1984-IV, pág. 732; *Algo más sobre el carácter y la valoración del daño moral*, “Jurisprudencia Argentina”, T° 1985-III, pág. 626.

¹²³ Orgaz, Alfredo; *El daño moral: ¿pena o reparación?*, “El Derecho”, T° 79, págs. 861 y ss. Zannoni, Eduardo E., *El daño en la responsabilidad social*, 3ra ed. Actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2005, pág. 214. Vázquez Ferreyra, Roberto A., *Carácter resarcitorio de la indemnización del daño moral*, “Jurisprudencia Argentina”, T° 1985-I, pág. 701.

En nuestra opinión el daño moral es un concepto jurídico en esencia resarcitorio, que al posibilitar la condena de montos indemnizatorios serios, acorde con el daño sufrido, colabora mediatamente con las funciones punitiva y preventiva de la responsabilidad civil, que se ven coadyuvadas por la reparación del perjuicio mediante el pago de una suma de dinero.

Para hacer más efectiva la función punitiva de la responsabilidad civil, ante casos de mayor ilicitud, reproche subjetivo o dañosidad, corresponde aplicar daños punitivos cuya inclusión legislativa amplia se viene propugnando en nuestro derecho desde hace tiempo y que gozan hoy de recepción en la Ley de Defensa del Consumidor. Y, para hacer más efectiva a la función preventiva, corresponde ampliar, flexibilizar y facilitar las vías cautelares sustantivas y adjetivas. No es la indemnización del daño moral el instrumento más apropiado para fortalecer estas funciones del derecho de daños. Por su naturaleza, insistimos, es resarcitorio; aunque mediatamente pueda hacer alguna contribución a la prevención y a la punición no son estas sus funciones esenciales ni los fines principales que el derecho le ha puesto a la figura (Art. 5.1 CASDH derecho a la integridad moral, Art. 19 C.N derecho a la reparación integral).

4.3 Funciones del dinero.

El célebre jurista Alemán Rudolf von Ihering ha transmitido a la posteridad un análisis del dinero que indica tres funciones que ha de cumplir: compensatoria, satisfactoria y punitiva. El empleo compensatorio del dinero se cumple en los resarcimientos del daño emergente; la función satisfactoria es la que corresponde al dinero en los casos que repara el daño moral; y, la punitiva, se cumple cuando por imperio de la ley o de la voluntad se sanciona económicamente a un sujeto causándosele un empobrecimiento¹²⁴.

¹²⁴ Mosset Iturraspe, Jorge; *Responsabilidad por daños*, t° V, *El daño moral*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 1999, pág. 206. Brebbia, Roberto H.; *op. cit.*, págs. 70 y ss. Borda, Guillermo A.; *op. cit.*, T° II, pág. 200. Lafaille, Héctor; *op. cit.*, pág. 419.

En lo que a nosotros nos interesa, el dinero es un instrumento de medición (*tertius comparationis*), de cambio (*tertius permutationis*) y de acumulación de riqueza o ahorro que también se utiliza, desde hace mucho tiempo, para indemnizar perjuicios sufridos en bienes propios del ser humano, que por su naturaleza son esencialmente diferentes a los económicos que se adquieren en el mercado y que en sí mismos no se pueden regenerar, reconstituir o reemplazarse una vez que se los ha afectado¹²⁵.

Habiendo explicado que el dinero como bien puede ser idóneo para satisfacer el daño moral sufrido, es necesario analizar qué criterios tiene la doctrina sobre cómo opera el fenómeno resarcitorio en esta clase de perjuicios.

4.4 Forma en que repara el daño moral la indemnización dineraria.

Hace más de cincuenta años Brebbia ya enseñaba que, en principio, la reparación del daño moral no puede hacerse de forma natural; porque no existen medios para colocar al afectado en la misma situación que vivía previo al hecho. Para el maestro rosarino, solo es posible atenuar las consecuencias agraviantes no cuantificables en dinero mediante una indemnización que permita acceder a bienes que cumplen una función de satisfacción¹²⁶.

Actualmente, y en sentido coincidente, Zavala de González nos enseña que se deben seguir dos caminos diferentes para determinar la cuantía de las indemnizaciones del daño patrimonial y del daño moral. En el daño patrimonial existe un vínculo de equivalencia entre el perjuicio y la indemnización que permite al resarcimiento ocupar el lugar del perjuicio; porque una nueva utilidad sustituye a la dañada, permitiendo la reposición al estado anterior de cosas. En el daño moral no existe la misma equivalencia; porque su sustancia no es

¹²⁵ Stiglitz, Gabriel A.; Echevesti, Carlos A.; *El daño moral*, Responsabilidad Civil, Mosset Iturraspe, Jorge (Director), 2da reimp., Buenos Aires, Hammurabi, 1997, pág. 306.

¹²⁶ Brebbia, Roberto H.; op. cit., pág. 222; Carácter de la suma de dinero entregada a la víctima de un daño moral, “La Ley”, 1986-E, p. 508; Responsabilidad objetiva y daño moral, “El Derecho”, tº 91, pág. 426.

económica como sí lo es la indemnización en dinero que debe fijarse. La indemnización se define por subsidiariedad y se acude al dinero como medio indirecto de compensación sin que ocupe el lugar del perjuicio por ser esencialmente imposible. La reparación se coloca al lado del detrimento personal como sucedáneo al permitir la satisfacción de otros intereses económicos o espirituales sin reparar in natura el menoscabo¹²⁷.

En similar sentido, Pizarro explica que en el daño moral falta un común denominador que relacione el padecimiento con la indemnización; porque no existe traducción económica para los intereses extrapatrimoniales y la espiritualidad quebrantada, por ello, su cuantificación es más dificultosa que la del daño patrimonial en el que existe equivalencia entre el detrimento económico y la indemnización¹²⁸. La divergencia esencial entre el daño y la reparación tiene por consecuencia la imposibilidad de borrar los efectos del hecho dañoso; aun así, se puede compensar al damnificado por el daño sufrido¹²⁹ con la entrega de una suma de dinero suficiente para satisfacer a la víctima¹³⁰.

Estas ideas son compartidas de forma unánime por la doctrina nacional y de ellas se ha hecho eco la jurisprudencia. Dentro de la doctrina, abonan estas posiciones numerosos maestros del derecho argentino. Por ejemplo, manifiesta Mosset Iturraspe, que existe una discusión semántica sobre el significado de las palabras indemnización, compensación y satisfacción cuando aluden a la función que cumple el dinero con respecto del daño moral¹³¹. A su entender “todo gira sobre el tema de la “mensurabilidad” del daño

¹²⁷ Zavala de González; Matilde María, *Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Astrea, 2009, pág. 63.

¹²⁸ Pizarro, Daniel Ramón; *Daño moral. Prevención. Reparación. Punicción*, 2da ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, págs. 419 y 420.

¹²⁹ Pizarro, Daniel Ramón; *Reflexiones en torno al daño moral y su reparación*, “Jurisprudencia Argentina”, 1986-III, pág. 900.

¹³⁰ Pizarro, Daniel Ramón; *Daño moral contractual*, “Jurisprudencia Argentina”, 1986-IV, pág. 930.

¹³¹ Mosset Iturraspe, Jorge; *Responsabilidad por daños*, tº V, *El daño moral*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 1999, págs. 206 y ss.

moral, se indemnice, se compense o se satisfaga”¹³² y, si bien, el placer y el dolor se encuentran en planos separados, la cuantía de la satisfacción de una necesidad es de gran importancia para hallar un monto indemnizatorio razonable.

Para Quintanilla, la compensación y la satisfacción del daño moral son posibles e integran un mismo fenómeno resarcitorio, en el que la primera es la faz objetiva y la segunda es la subjetiva. La compensación se dirige al hombre y su realidad y establece la suma de dinero que intenta igualar en sentido opuesto al agravio sufrido. Y, la satisfacción requiere aquietar la queja y los sentimientos expuestos en la demanda, mediante la indagación judicial que determine cuál bien material es apto para satisfacer al reclamante y otorgarle una suma de dinero necesaria para adquirirlo¹³³.

Sin temor a ser excesivamente repetitivo, preferimos sumar otras voces que han dado opinión coincidente en el tema a los fines de demostrar la existencia de adhesión unánime a la función de satisfacción por sucedáneo que cumple el dinero en la indemnización del daño moral:

1) Para Ghersi el dinero es un sucedáneo ante el daño moral; porque la indemnización pecuniaria tiene la aptitud para revertir un estado sentimental negativo, al operar como contrapeso anímico¹³⁴.

2) Para Iribarne, quien acoge el razonamiento de Aguiar, la indemnización del daño moral no lo sustituye por equivalente en dinero porque son de diferente naturaleza, sino que da a la víctima “un medio adecuado para hacer desaparecer o, por lo menos, para neutralizar o, siquiera sea, para paliar sus efectos”¹³⁵. En efecto, el quantum indemnizatorio debe “suministrar a la víctima recursos aptos para menguar el detrimento psicoafectivo causado por el perjuicio, de

¹³² Mosset Iturraspe, Jorge; *op. cit.*, pág. 210.

¹³³ Quintanilla, Marcelo R.; *El daño moral resarcible (la íntima sensibilidad)*, Córdoba, Lerner Editora S.R.L., 2008, págs. 162 y ss.

¹³⁴ Ghersi, Carlos A.; *Daño moral y psicológico*, 3ra. Ed. Actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2006, pág. 192.

¹³⁵ Aguiar, Henoch D; *Hechos y actos jurídicos*, cit., t. IV, págs. 232. Cit. por Iribarne, Héctor Pedro; *De los daños a la persona*, 1ra. Reimpresión corregida, Buenos Aires, EDIAR, 1995, pág.161.

ser posible con la disposición de elementos aptos para acceder a gratificaciones viables en la situación de incapacidad padecida”¹³⁶.

3) Mayo sostiene que no puede hablarse de compensación del daño moral de la misma forma que se la refiere en el campo del daño patrimonial: la mensura al perjuicio moral se hace por el criterio de la satisfacción; mientras que en el daño económico cabe hacerlo por equivalencia con la pérdida pecuniaria sufrida por la víctima¹³⁷.

4) Goldenberg, sobre el tema, ha expresado que “No se trata, en rigor, de lograr por medio de un crédito contra el responsable una restauración o equivalencia no armonizable con la íntima naturaleza del agravio sufrido; desempeña tan sólo una función satisfactiva”¹³⁸.

5). Gabriel Stiglitz y Gandolfo de Stiglitz consideran que la indemnización del daño moral, pese a ser resarcitoria, no es estrictamente compensatoria: porque no puede hacerse efectiva por medio de una reparación por equivalencia; sin embargo, sí cumple una función de satisfacción porque se puede utilizar el dinero para mitigar en alguna medida el daño, pese a que no se retrotraigan los efectos nocivos al estado previo al hecho dañoso¹³⁹.

6) Abrevaya dice que la reparación del daño moral en nuestro ordenamiento no atiende a una idea de equivalencia entre los sufrimientos padecidos y su indemnización, sino a la de proporcionarle al afectado una suma que represente un goce en bienes que compense de alguna manera los padecimientos, que en esencia son inconmensurables¹⁴⁰.

7) Fernández Madero sostiene que el dolor sufrido es el daño y, ante él, solo es posible el consuelo que sólo puede proporcionarse por medio de la indemnización monetaria que queda en manos del juez.

¹³⁶ Iribarne, Héctor Pedro; *op. cit.*, pág. 599.

¹³⁷ Mayo, Jorge A; *El daño moral. Los diversos supuestos característicos que lo integran*, “Revista de Derecho de Daños”, 1999: vol. 6, Rubinzal–Culzoni Editores, pág. 179.

¹³⁸ Goldenberg, Isidoro H.; *El daño moral en las relaciones de trabajo*, “Revista de Derecho de Daños”, 1999: vol. 6, Rubinzal–Culzoni Editores, pág. 261.

¹³⁹ Stiglitz, Gabriel A.; Gandolfo de Stiglitz, Ana; *op. cit.*, pág. 56.

¹⁴⁰ Abrevaya, Alejandra D.; *op. cit.*, pág. 310.

La única alternativa es brindarle a la víctima placeres compensatorios aunque pudieran resultar insuficientes como reparación; porque la seguridad jurídica indica que se le debe poner fin a la situación lesiva injusta que precisa de un resarcimiento¹⁴¹.

8) López Herrera entiende que lo normal es que se indemnice el daño moral mediante el pago de una suma de dinero que se entrega como satisfacción no como equivalencia¹⁴²

9) El Grupo de Análisis de Criterios, que ha investigado la decisión judicial sobre el daño moral, ha expresado que la justificación ideológica u objeto jurídico del daño moral es indemnizar perjuicios sufridos. Para ellos, la indemnización debe: “ajustarse al daño efectivo o emocional causado y consistir en una suma de dinero con la que el damnificado pueda obtener satisfacciones compensatorias según su elección”¹⁴³.

La jurisprudencia, representada aquí por la SCJN, también adhiere a los conceptos concurrentes que han sabido enunciar los doctrinarios: “Ha dicho este Tribunal que el dolor humano, es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata pues de compensar, en la medida posible, un daño consumado. El dinero en el caso es un

¹⁴¹ Fernández Madero, Jaime; *op. cit.*, pág. 125.

¹⁴² López Herrera, Edgardo; *op. cit.*, pág. 195.

¹⁴³ El Grupo está conformado por Ricardo V. Guarinoni (codirector), Martín A. Cristello, Carlos A. Domínguez, Carlos J. Molina Portela, Liliana Rodríguez Fernández, Jorge Arturo Cerdio Herrán, Iván Tolnay de Hagymassy, Ricardo A. Guibourg (Codirector), Grupo de Análisis de Criterios, *Análisis de decisión judicial. El daño moral. Resultados de una investigación*, “Responsabilidad Civil y Seguros”, 2010-XII, pág. 242 y ss.

medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales”¹⁴⁴.

En conclusión, se advierte que sin alzarse voces en contra, en nuestro medio se entiende que la indemnización del daño moral no aspira a retrotraer a la víctima al estadio previo al daño, sino que de forma mucho menos ambiciosa, existe para proporcionar nuevas satisfacciones de orden extrapatrimonial que compensen imperfectamente al daño sufrido. Esta finalidad que persigue la reparación – la de palear el daño moral mediante otros beneficios extrapatrimoniales asequibles con el dinero- es de central importancia ya que habiendo tanto consenso en esa inteligencia de la indemnización, es allí donde se debe dirigir el esfuerzo para lograr un método de cuantificación del daño moral que resulte razonable con dicho propósito.

Por ello, de nada serviría un método que no atienda a la finalidad sucedánea que cumple la indemnización. Sin referencias concretas a los sucedáneos y a las satisfacciones que puede procurarse la víctima difícilmente se puede encontrar un método de cuantificación que no sea tachado de arbitrario, ya que la mera prudencia y la abstracción – entre otros métodos- no tienen en cuenta cuál es la forma en que el dinero repara el daño moral.

5. Modelos indemnizatorios caídos en desuso según la doctrina.

5.1 Indemnización del daño moral con una proporción del daño patrimonial.

Tiempo atrás, era común que en las sentencias de nuestros tribunales mandaran a pagar un porcentaje del daño patrimonial en concepto de daño moral. Esta práctica fue dejándose de lado paulatinamente, aunque contemporáneamente se encontrasen algunos

¹⁴⁴ CSJN, Molina, Alejandro Agustín c. Santa Fe, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios, RCyS2012-II, 148 - Sup. Adm.2012 (febrero), 60, LA LEY2012-A, 439, DJ28/03/2012, 29, RCyS 2012-IV, 109, con nota de Néstor S. Parisi; RCyS2012-VI, 48, AR/JUR/84375/2011.

resabios de este desacertado criterio¹⁴⁵. El daño moral nada tiene que ver con el daño patrimonial; responden a perjuicios que recaen sobre intereses jurídicos diferentes, han sido claramente distinguidos en el plano conceptual y ha adquirido cada cual autonomía respecto del otro¹⁴⁶.

Según los casos, podrán presentarse ambos tipos de perjuicios o uno sin el otro; siendo posible que sea mucho mayor el daño moral que el daño patrimonial o que éste ni siquiera exista: por ejemplo en casos de muerte de personas de avanzada o muy corta edad, en los que el daño patrimonial sería ínfimo en relación con el detrimento espiritual que han de sufrir hijos o padres.

5.1 Indemnización del daño moral sujeta a la sola prudencia del juez.

Nadie duda que la cuantificación del daño moral sea una función que en última ratio le corresponde al juez. Sin embargo, ello no autoriza que la decisión sea meramente discrecional. La doctrina y la jurisprudencia han reaccionado contra las sentencias que no permiten comprender como se ha llegado a un determinado monto indemnizatorio. Es decir, que se está en contra de las sentencias que de manera encubierta son arbitrarias en la fijación de la indemnización y que se solapan tras justificaciones y argumentos que son solo aparentes¹⁴⁷. Tampoco se aprueban aquellas sentencias que la única justificación es el poder del magistrado para dictar sentencia, careciendo de cualquier tipo de fundamentación que no sea el parecer del magistrado¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Gregorio, Carlos G.; Higthon, Elena I.; Álvarez, Gladys S.; Indemnizaciones por daños a las personas: una comparación entre provincias, "Revista de Derecho de Daños", Tº 2005-3, pág. 28.

¹⁴⁶ Borda, Guillermo A.; *op. cit.*, pág. 211.

¹⁴⁷ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág. 106. CSJN, González, Miguel A. c/ Nuevo Federal S.A. y otro, 04/10/1994, J.A., 1995-II, pág. 19.

¹⁴⁸ Mosset Iturraspe, Jorge; *op. cit.*, pág. 229.

Capítulo II.

Pautas y métodos de cuantificación de la indemnización del daño moral propuestos por la doctrina argentina.

Metodología utilizada.

En este capítulo se recopilan, sintetizan y organizan las posiciones autorales que se han publicado en Argentina. Se ha intentado incluirlas a todas con la finalidad de conocer de manera precisa cuál es el estado del pensamiento jurídico de nuestro tiempo sobre la cuantificación del daño moral o extrapatrimonial.

La clasificación de las diferentes doctrinas ha tenido la particular dificultad de que existen casi tantas propuestas de cuantificación del daño moral como autores que han tratado el tema. Aún entre aquellos autores que propician métodos similares, existen en sus enseñanzas diferencias importantes que ameritan la exposición por separado de cada una de las teorías. Por ello, hemos intentado buscar y agrupar las propuestas doctrinarias en base a las similitudes y las categorizamos en según las características generales del método de cada jurista, al margen de sus aspectos específicos.

En primer lugar, hicimos un gran distingo entre las doctrinas que fijan pautas orientativas del juez para la cuantificación del daño moral y las que prevén pautas matemáticas que prescinden de interpretación judicial, que solo le requieren el conocimiento de algunos datos del caso y de la fórmula a aplicar. El primer eje clasificatorio es el que reúne a la mayoría del universo estudiado (25 autores). El segundo eje, el que incluye a las propuestas de cuantificación matemática, se compone solamente por dos teorías en nuestro país. Por ello, se puede deducir que la doctrina especializada entiende que la cuantificación del daño moral es una tarea que le corresponde al juez. Pero, no por ello puede determinarse cualquier monto, sino que debe hacer esa labor en base a determinadas pautas, que según el autor, podrán ayudar más o menos al magistrado y a los operadores jurídicos, atento a que no siempre dan una respuesta

concreta y completa al problema que se le presenta a quien deba fijar una reparación en dinero por el daño moral sufrido por una persona.

El primer eje clasificatorio se divide en doctrinas que operan en base a reglas de carácter general; doctrinas que se formulan en base a las operaciones de conmensurar el daño y cuantificar la indemnización; doctrinas que tienen en cuenta las lesiones sufridas y el valor de los bienes de mercado; doctrinas que postulan la aplicación directa de los precedentes judiciales; y, finalmente, doctrinas que han propuesto pautas de cuantificación para determinados tipos de lesiones extrapatrimoniales. El segundo eje de la clasificación, incluye las teorías de la escuela de los Dres. Ghersi y Weingarten y, por otro lado, la investigación hecha en la Universidad de Buenos Aires por el Grupo de Análisis de Criterios.

Habiéndose explicado la clasificación, se da paso al desarrollo de la misma y a la exposición de las ideas que los autores argentinos han publicado sobre el problema jurídico que motiva esta investigación.

1. Doctrinas que fijan pautas para guiar el criterio del juez en la cuantificación del daño moral.

1.1 Doctrinas que diseñan o recopilan reglas generales para la cuantificación del daño moral.

1.1.1 Pautas propuestas por el Dr. Bustamante Alsina.

Para el maestro Bustamante Alsina el agravio moral no podía ser objeto de prueba directa, pues por su índole reside en lo más íntimo del alma. Pese a que sí cree que existen manifestaciones de su existencia mediante signos exteriores, sostiene que “Nadie puede indagar el espíritu de otro tan profundamente para afirmar con certeza la intensidad del dolor, la verdad de un padecimiento, la realidad de la angustia o la decepción que alteran el equilibrio emocional de un sujeto al punto de considerarlo víctima de un agravio moral”¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Bustamante Alsina, Jorge; La indemnización por pérdida de “chance” y el resarcimiento del daño moral por incumplimiento contractual, “La Ley”, tº 1989-D, pág. 292.

El juez debe ser quien lleve adelante la valoración de los sentimientos presuntamente afectados y debe realizarla en abstracto, considerando objetivamente el posible estado de ánimo de una persona común, ante las mismas condiciones en que se halló la víctima¹⁵⁰. Esto, porque la indemnización del daño moral “no está en función de la representación que de él se hace la víctima (no en concreto), sino de su constatación por los jueces y se su evaluación objetiva (en abstracto) en el límite de lo reclamado en la demanda”¹⁵¹. Sólo con la mirada objetiva y abstracta del juez se puede llegar a la determinación equitativa de la indemnización del daño moral, que es un perjuicio no mensurable¹⁵².

1.1.2 Pautas propuestas por el Dr. Vázquez Ferreyra.

En la opinión del autor, “la estimación del daño moral, resultará siempre discrecional y de imposible objetivación, por lo que siempre quedará librado al prudente arbitrio judicial”. Lo trascendente en la cuestión es alcanzar un mínimo de paridad que evite grandes desequilibrios entre los montos que asignen los diferentes fallos; porque si no, se atenta contra la seguridad jurídica, se favorece la litigiosidad y se dificulta la celebración de acuerdos¹⁵³.

Para el jurista rosarino, lo primero que se debe tener en cuenta en orden a reparar el daño moral y determinar la indemnización es reconocer que guarda absoluta independencia del dinero destinado a resarcir el daño patrimonial. En consecuencia, debe dejarse de lado el criterio que cuantifica el daño moral con cantidades de dinero inferiores a las del daño patrimonial y el que lo fija en proporción con aquel¹⁵⁴. El juez, al realizar esta tarea, debe tener en cuenta la

¹⁵⁰ Bustamante Alsina, Jorge; *op. cit.*, pág. 293.

¹⁵¹ Bustamante Alsina, Jorge; *Equitativa valuación del daño no mensurable*, “La Ley”, tº 1990-A, pág. 658.

¹⁵² Bustamante Alsina, Jorge; *op. cit.*, pág. 658.

¹⁵³ Vázquez Ferreyra, Roberto A., *El daño moral en los derechos civil y laboral*, “Jurisprudencia Argentina”, Tº 1991-II, pág. 826.

¹⁵⁴ Vázquez Ferreyra, Roberto A., *op. cit.*, pág. 826; Indemnización por la muerte de un ser querido: valor vida y daño moral en interesante pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de

gravedad objetiva del daño, la personalidad de la víctima, la gravedad de la falta, el tiempo de duración, la repercusión social, entre otros aspectos.

1.1.3 Pautas propuestas por el Dr. Mosset Iturraspe.

El reconocimiento del daño moral y de su reparación, para el profesor santafecino, está vinculado con la conciencia media de una sociedad y se deduce con criterio objetivo de situaciones que son productoras de sufrimiento para un hombre medio¹⁵⁵. Resulta importante esta explicación para poder circunscribir adecuadamente el enfoque subjetivo con el que recomienda apreciar el perjuicio.

A su entender, la cuantía de la indemnización del daño moral debe guardar relación con el dolor padecido¹⁵⁶, que debe estudiarse con criterio de apreciación subjetivo; por lo tanto, se debe apuntar al conocimiento del perjudicado en particular, su dolor, su situación personal, su sensibilidad, su entorno y sus circunstancias. El juez debe atender a las circunstancias del caso con prudencia (enriquecida por la equidad), para formular con justo arbitrio una valoración equitativa¹⁵⁷ del daño en concreto, adecuada a datos reales e individuales que aprehenda -rechazando los genéricos o ficticios-¹⁵⁸; a las circunstancias personales del victimario y a la índole del hecho generador de los perjuicios¹⁵⁹.

Como no pueden darse reglas rígidas de aplicación universal que conviertan de forma exacta al perjuicio en dinero, se sintetizan los criterios válidos para el autor en diez reglas¹⁶⁰:

Santa Fe, "Jurisprudencia Argentina", T° 1994-II, pág. 616; La cuantía de la indemnización del daño moral: Estimación tarifaria iuris tantum, "Jurisprudencia Argentina", T° 1993-I, pág. 621.

¹⁵⁵ Mosset Iturraspe, Jorge; *Responsabilidad por daños*, t° V, *El daño moral*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, 1999, pág. 221.

¹⁵⁶ Mosset Iturraspe, Jorge; *op. cit.*, pág. 217.

¹⁵⁷ Mosset Iturraspe, Jorge; *op. Cit.*, pág. 218.

¹⁵⁸ Mosset Iturraspe, Jorge; *op. cit.*, pág. 225.

¹⁵⁹ Mosset Iturraspe, Jorge; *op. cit.*, pág. 227.

¹⁶⁰ Mosset Iturraspe, Jorge; *op. cit.*, pág. 228; *Diez reglas sobre cuantificación del daño moral*, "La Ley", 1994-A, pág. 728.

1) *No a la indemnización simbólica.*

Con la visión del Derecho de Daños en la víctima, es lógico que a ésta le interese recibir una suma dineraria de “alguna entidad, jerarquía o importancia”, que no sea irrisoria. A estos fines, se hace imprescindible el buen sentido de los magistrados¹⁶¹.

2) *No al enriquecimiento injusto.*

La indemnización del daño moral no debe cambiar la vida de la víctima o su familia; no debe ser una fuente de enriquecimiento¹⁶².

3) *No a la tarifación con “piso” o “techo.”*

Las tarifaciones con piso o tope son “odiosas, caprichosas y violatoria de principios propios del Derecho de Daños, como el de la reparación integral”. Con su uso se materializa y deshumaniza un tema relacionado con los sentimientos y lo más íntimo de la persona humana¹⁶³.

4) *No a un porcentaje del daño patrimonial.*

Cuantificar el daño moral en un porcentaje del monto fijado para el daño patrimonial es un método simplista, sin base lógica y jurídica. El daño moral goza de autonomía y se debe juzgar en sí mismo¹⁶⁴.

5) *No a la determinación sobre la base de la mera prudencia.*

No es suficiente fundamento de la cuantificación del daño moral la sola referencia a la prudencia del magistrado. Por ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha descalificado decisiones arbitrarias que prescindieron de todo parámetro, como la edad de la víctima, su ocupación, proyectos de vida, gastos personales y familiares, ingresos, etcétera¹⁶⁵.

¹⁶¹ Mosset Iturraspe, Jorge; *op. cit.*, págs. 228 y 229.

¹⁶² Mosset Iturraspe, Jorge; *op. cit.*, pág. 229.

¹⁶³ Mosset Iturraspe, Jorge; *op. cit.*, pág. 229.

¹⁶⁴ Mosset Iturraspe, Jorge; *op. cit.*, pág. 229.

¹⁶⁵ Mosset Iturraspe, Jorge; *op. cit.*, pág. 230.

6) *Sí a la diferenciación según gravedad del daño.*

Propone el jurista confeccionar un catálogo de los daños morales para lograr su tipificación según las distintas especies, para luego clasificarlos y jerarquizarlos según sus consecuencias¹⁶⁶.

7) *Sí a la atención a las peculiaridades del caso: de la víctima y del victimario.*

Cada caso es diferente y distinto. El juez debe atender a las particularidades al sentenciar; por ello, no procede la igualación de las sentencias. Además, en el ordenamiento jurídico argentino los artículos 1069 y 522 del Código Civil establecen que la consideración del juez se dirija a las circunstancias del caso. El primero, para aplicar una solución de equidad en favor del dañador –atenuar el monto de la deuda indemnizatoria- y, el segundo, para fijar la indemnización en todo caso contractual, con influencia en el marco aquiliano por los avances unificadores de la responsabilidad¹⁶⁷.

8) *Sí a la armonización de las reparaciones en casos semejantes.*

Debe terminarse con las condenas que mandan a pagar montos diferentes para casos similares -no iguales-, sin que se conozca el porqué de la divergencia. Se recomienda llegar a puntos de entendimiento y acuerdo –armonización- sobre las indemnizaciones utilizando la tecnología y la estadística.

9) *Sí a los placeres compensatorios.*

La víctima y su familia pueden emplear el capital de condena mejorar su calidad de vida. El juez, compenetrado en el caso, puede encontrar un placer compensatorio y relacionar su costo con la indemnización¹⁶⁸.

10) *Sí a sumas que puedan pagarse, dentro del contexto económico del país y el general standard de vida.*

¹⁶⁶ Mosset Iturraspe, Jorge; *op. cit.*, págs. 230 y 231.

¹⁶⁷ Mosset Iturraspe, Jorge; *op. cit.*, pág. 231.

¹⁶⁸ Mosset Iturraspe, Jorge; *op. cit.*, pág. 232.

Es necesario tener en cuenta el costo del dinero, la recesión y la situación del país para evitar consecuencias perniciosas en la economía nacional, causadas por indemnizaciones exageradas que no pueden ser pagadas por los deudores insolventes. Mejor es la determinación de montos coherentes con la posibilidad de su satisfacción¹⁶⁹.

Señala el autor, en una obra posterior, que de todas las reglas enumeradas, dos cobran especial valor para llevar a cabo la cuantificación del daño moral. En su opinión “para fijar cuál es la suma de dinero que se compensa el daño moral, debe atenderse a la gravedad objetiva del daño y al poder adquisitivo de ese dinero en orden a los denominados “placeres compensatorios”¹⁷⁰. Nos parece que este criterio realista no se puede silenciar ni disimular” y en reparaciones de equidad se tiene que atender, también, a las circunstancias particulares del caso¹⁷¹.

Subyace dentro de las diez reglas, en la regla sexta, una propuesta de método que merece su distinción y la exposición de manera separada de las demás pautas; porque es allí donde se intenta esclarecer el problema de la cuantificación del daño moral con una solución más orgánica. Si bien el autor estudiado, ha preferido consignarla como un aspecto más dentro del decálogo, cobra trascendencia por la precisión –su especialidad- como pauta para el operador jurídico que la distingue de las demás recomendaciones que operan como guías de carácter más general. Además, en la gravedad del daño moral sufrido se encuentra el eje del problema y, por ello, de contar con una forma de dimensionarlo, se allana en gran medida.

Sugiere que se realice un catálogo de los daños que se consideran daños morales, de forma tal, que queden tipificados por especie. Dicho de otra forma, hay que aislar particulares daños morales dentro del género daño moral.

¹⁶⁹ Mosset Iturraspe, Jorge; *op. cit.*, pág. 233.

¹⁷⁰ Mosset Iturraspe, Jorge; *El valor de la vida humana*, 4ta. Ed. Ampliada y actualizada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2002, pág. 195.

¹⁷¹ Mosset Iturraspe, Jorge; *El valor de la vida humana*, 4ta. Ed. Ampliada y actualizada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2002, pág. 196.

Como primer paso, entonces, se individualiza como perjuicios extrapatrimoniales a: 1) Alteración disvaliosa de los estados de ánimo, angustia, tristeza, etcétera; 2) alteración originada en una disminución de la salud y de la integridad psicofísica; 3) Alteración por la pérdida de un órgano, de un sentido, de un miembro, etcétera; 4) Alteración por la tragedia ocurrida a un familiar: cónyuge, padres o hijos; 5) Alteraciones nacidas del avance en la intimidad o reserva; 6) Alteraciones por pérdida de la armonía o belleza, del rostro o de las partes del cuerpo que se muestran; 7) Alteración por la frustración de los proyectos de vida; 8) Alteración por la limitación de la vida de relación, 9) Alteración por el ataque a la identidad personal, al bagaje cultural propio, etcétera¹⁷².

El segundo paso consiste en llevar a cabo la clasificación y jerarquización de las distintas especies. Esta tarea se debe realizar mediante el consenso¹⁷³.

1.1.4 Pautas propuestas por los Dres. Stiglitz, Gandolfo de Stiglitz y Echevesti.

Los autores entienden que el daño moral es una cuestión siempre librada a la discrecionalidad judicial. No significa ello que se admitan sentencias arbitrarias; al contrario, la decisión judicial librada a la prudencia se tiene que enderezar por la aplicación de pautas concretas que garanticen la discreción razonada¹⁷⁴.

El daño moral es un perjuicio resarcible y la indemnización implica un verdadero resarcimiento; en consecuencia, “la determinación del quantum del daño moral está sujeta a los principios generales que gobiernan la determinación judicial de las

¹⁷²Mosset Iturraspe, Jorge; *Responsabilidad por daños*, tº V, *El daño moral*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 1999, pág. 230.

¹⁷³ Mosset Iturraspe, Jorge; *op. cit.*, pág. 231.

¹⁷⁴ Stiglitz, Gabriel A.; Gandolfo de Stiglitz, Ana; *Resarcimiento del daño moral civil, comercial y laboral*, Rosario, Editorial Juris, 1999, pág. 191

indemnizaciones, comenzando por la regla de la reparación integral”¹⁷⁵.

No hay, ante el daño moral, pautas que guíen a una proporción exacta entre el daño sufrido y la satisfacción debida, pero ello no puede llevar a permitir actitudes omisivas o arbitrarias de los juzgadores. Éstos deben aplicar parámetros concretos que permitan, con el mayor grado posible y razonable, la aproximación al resarcimiento integral¹⁷⁶.

De forma no restrictiva, indican circunstancias que condicionan a la cuantía de la indemnización: 1) Magnitud del bien jurídico lesionado; 2) la intensidad del dolor y la gravedad del padecimiento espiritual; 3) la posición social y económica de la víctima; 4) la repercusión del agravio en el ser existencial y en la vida de relación de la víctima; 5) el valor de placeres compensatorios; 6) la gravedad de la falta cuando agrave el padecimiento del damnificado¹⁷⁷.

La gravedad del padecimiento de la víctima se debe ponderar de forma objetiva o abstracta, en relación con el sufrimiento que causa normalmente el hecho dañoso a una persona común. En casos particulares, se puede evaluar en concreto la repercusión generada a la víctima, según su sensibilidad y particularidades personales¹⁷⁸.

El daño sufrido se debe corresponder con la satisfacción que se va a proporcionar con la indemnización –aunque la concordancia no sea exacta-. En éste aspecto debe primar la mirada abstracta del hombre corriente y de lo que le produce satisfacción. De lo contrario a la gente con gran caudal económico no se le hallaría bienes suficientes para indemnizarlos; y, a la gente pobre se le asignarían valores ínfimos, porque con ellos se entendería que se mitiga su dolor¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Con cita a Echevesti. Stiglitz, Gabriel A.; Gandolfo de Stiglitz, Ana; *op. cit.*, pág. 192.

¹⁷⁶ Stiglitz, Gabriel A.; Gandolfo de Stiglitz, Ana; *op. cit.*, pág. 192.

¹⁷⁷ Stiglitz, Gabriel A.; Gandolfo de Stiglitz, Ana; *op. cit.*, págs. 192 y 193.

¹⁷⁸ Stiglitz, Gabriel A.; Gandolfo de Stiglitz, Ana; *op. cit.*, pág. 193.

¹⁷⁹ Stiglitz, Gabriel A.; Echevesti, Carlos A.; *El daño moral*, Responsabilidad Civil, Mosset Iturraspe, Jorge (Director), 2da reimp., Buenos Aires, Hammurabi, 1997, pág. 307.

1.1.5 Pautas propuestas por el Dr. Fernández Madero.

Fernández Madero adopta las diez reglas que supo difundir el maestro Mosset Iturraspe¹⁸⁰. Pero no cesa ahí su reflexión. También ha aislado algunos criterios que extrajo de la jurisprudencia que pueden servir de guía genérica al juez para la fijación de la cuantía indemnizatoria del daño moral.

Para el autor, quien juzga “debe acotarse a las situaciones fáctico objetivas que el caso concreto le presenta, tomando como marco referencial la ley de fondo y ritual”. En ese contexto, debe tener en cuenta la entidad ofensiva de la falta, la personalidad de la víctima y del ofensor, la situación económica de ambos y el poder adquisitivo de la indemnización en orden a los denominados placeres compensatorios¹⁸¹.

1.1.6 Pautas propuestas por el Dr. López Herrera.

El jurista tucumano participa de la opinión de que la cuantificación del daño moral es un asunto librado a la personal decisión y apreciación del magistrado; porque se carece de parámetros objetivos para fijar un quantum¹⁸². Por supuesto, explica que discrecionalidad no debe confundirse con arbitrariedad.

El aspecto más relevante para la cuantificación es la entidad del daño moral sufrido, por eso, el magistrado no debe tener en cuenta en la valoración que efectúe: a) las pérdidas económicas sufridas o probadas porque no hay relación entre el daño material y el moral; b) el dolo o la culpa del responsable tampoco inciden en la relevancia del daño puesto que se miden las consecuencias disvaliosas sin importar

¹⁸⁰ Fernández Madero, Jaime; *Derecho de Daños, Nuevos Aspectos Doctrinarios y Jurisprudenciales*, Buenos Aires, La Ley, 2002, págs. 120 y ss.

¹⁸¹ Fernández Madero, Jaime; *op. cit.*, págs. 118 y 119.

¹⁸² López Herrera, Edgardo; *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pág. 194.

su origen; c) seguir la teoría sancionatoria o resarcitoria no resuelve el problema de la cuantificación del daño moral¹⁸³.

En otra obra, sostuvo que la reparación del daño moral no debe estar sujeta a límites ni tarifas y que corresponde ponderar “parámetros objetivos como la edad, sexo, condición social, montos concedidos en casos análogos, pero también parámetros subjetivos según las probanzas arrimadas a la causa”¹⁸⁴.

1.1.7 Pautas propuestas por los Dres. Rivera, Giatti y Alonso.

La cuantificación del daño moral depende principalmente del criterio judicial prudente, razonable, equitativo y respetuoso de los principios procesales, como el de congruencia (las víctimas son las que mejor pueden fijar el daño moral sufrido salvo prueba durante el juicio de aumento o merma del perjuicio extrapatrimonial)¹⁸⁵.

La indemnización que se fije no tiene que tener vinculación con la que se haya establecido para el daño patrimonial. Al contrario, el quantum se determina en relación al carácter reparador que persigue, la gravedad del hecho y los sufrimientos de la víctima; según la personalidad del afectado, las características de la intrusión, la finalidad perseguida, la potencialidad dañosa del medio empleado, el grado de difusión e incidencia en todos los ámbitos de la vida del perjudicado¹⁸⁶.

Por último, se manifiesta como un aspecto relevante a tenerse en cuenta a la existencia de dolo o culpa grave en el hecho dañoso; porque “la obligación de responder surge de un criterio socializador del daño”. Siguiendo este criterio, se afirma que la responsabilidad por hechos realizados con aquellos factores de atribución subjetiva es

¹⁸³ López Herrera, Edgardo; *op. cit.*, pág. 194.

¹⁸⁴ López Herrera, Edgardo; *Efectos patrimoniales del matrimonio*, ponencias XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, T^o I, pág. 135.

¹⁸⁵ Rivera, Julio César; Giatti, Gustavo; Alonso, Juan Ignacio; *La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidad y la imagen*, “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, T^o 2006-2 Honor, imagen e intimidad, pág. 417.

¹⁸⁶ Rivera, Julio César; Giatti, Gustavo; Alonso, Juan Ignacio; *op. cit.*, pág. 418.

mayor que la que emerge de hechos donde se presentan factores objetivos de atribución¹⁸⁷.

1.1.8 Método propuesto por los Dres. Trigo Represas y López Mesa.

Los juristas de la Escuela de La Plata toman muy en cuenta las reglas que ha sabido organizar en un decálogo Mosset Iturraspe¹⁸⁸; pero, a su vez, indican una serie de “Consideraciones generales para la cuantificación del daño moral”¹⁸⁹. Y, como lo hace el jurista santafecino, entre las reglas que proponen introducen un método de cuantificación del daño moral que permite organizar de forma lógica la determinación de una suma de dinero¹⁹⁰.

En la primera edición de su tratado de daños, los autores identifican estos puntos salientes de la determinación de la indemnización del daño moral:

1) El juez debe partir el análisis del daño moral desde la contemplación de una personalidad del término medio-ni héroes, santos y mártires, ni sujetos excesivamente sensibles¹⁹¹.

2) El perjuicio moral no guarda relación con el daño material. Al contrario, es un rubro que se indemniza independientemente sin relación ni proporción entre ellos¹⁹².

3) La gravedad de la falta del sujeto que ha causado el daño es irrelevante para la fijación del monto indemnizatorio, por no tratarse de una pena, sino de una reparación¹⁹³.

La pauta se sustenta en: que el daño punitivo no se contempla en el ordenamiento¹⁹⁴; la indemnización tiene carácter resarcitorio; y, la

¹⁸⁷ Rivera, Julio César; Giatti, Gustavo; Alonso, Juan Ignacio; *op. cit.*, pág. 418.

¹⁸⁸Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; *Tratado de la Responsabilidad Civil*, 1ra ed. 2^a reimp., Buenos aires, La Ley, 2008, T^o IV, págs. 714 y ss.

¹⁸⁹Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; *op. cit.*, págs. 707 y ss.

¹⁹⁰Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; *op. Cit.*, pág. 713.

¹⁹¹Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; *op. cit.*, pág. 709.

¹⁹²Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; *op. cit.*, pág. 711.

¹⁹³ Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; *op. cit.*,pág. 711 y ss.

prescripción del artículo 522 del Código Civil, que establece como parámetro de cuantificación del daño moral la índole del hecho generador del daño, no es aplicable a todo caso de responsabilidad y no corresponde ampliarlo al campo extracontractual, de forma tal, que la indemnización sea superior al daño causado¹⁹⁵.

4) Ni discrecionalidad absoluta ni objetivación.

Los juristas no creen que la total discrecionalidad de los jueces sea apropiada como único medio de cuantificación del daño moral, aunque sí suele ser un medio empleado para llevarla adelante. Elocuentemente, sobre el punto, expresan: “No es raro ver en nuestros foros sentencias que expresen: “De conformidad a las circunstancias acreditadas en la causa y en ejercicio del prudente arbitrio judicial estimo que debe otorgarse al actor la suma de x\$ en concepto de daño moral y de x\$ como reparación del rubro daño patrimonial”¹⁹⁶. En otro extremo, tampoco consideran apropiado objetivar los casos para darles a todos idénticas indemnizaciones: “es excesiva la otra postura que pretende una objetivación de supuestos esenciales subjetivos, como son los daños que han sufrido un determinado individuo”¹⁹⁷.

Prefieren ambos profesores situarse en el medio de ambas posiciones y diseñan un procedimiento de cuantificación del daño moral que consta de tres pasos: en el primer momento, el juez brinda pautas del caso en forma clara e identifica los extremos de hecho relevantes para la cuantificación; luego, se efectúa un repaso de los antecedentes jurisprudenciales similares y se expresa la cuantificación

¹⁹⁴ La obra citada se publicó en el año 2008. Ese mismo año se incorporó a la Ley de Defensa del Consumidor la figura de los daños punitivos. No se ha ampliado su aplicación a casos fuera de la órbita del estatuto consumerista y, en todo caso, implica un instituto de nuestro derecho totalmente distinto del daño moral. Por ello, la modificación legislativa no cambia la idea de que la mayor o menor gravedad de la conducta del dañador no se cuantifica en la indemnización del daño moral cuando no lo agrava o atenúa.

¹⁹⁵Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; *op. cit.*, pág. 711. En contra Mosset Iturraspe, Jorge; *Responsabilidad por daños*, tº V, *El daño moral*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 1999, pág. 231.

¹⁹⁶Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; *op. cit.*, pág. 713.

¹⁹⁷Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; *op. cit.*, pág. 713.

que se ha hecho en los distintos casos. Finalmente, conociendo los importes determinados, se valoran las circunstancias concretas del caso y se corrigen aquellas sumas en más o menos¹⁹⁸.

Marcelo López Meza ha dicho sobre el método en una obra individual, que “la mejor cuantificación del daño moral es la llamada cuantificación comparativa: se fija un piso a partir de una comparación con casos similares al fallado, resueltos por otros tribunales, ya que los propios fallos no suministran criterios de objetividad sino a lo sumo de repetición, y, luego, ese piso se corrige al alza con la evaluación de las circunstancias particulares del caso en juzgamiento”¹⁹⁹.

5) En los casos de personas incapacitadas para sentir dolor, como las que se encuentran en estado vegetativo, para cuantificar el daño moral corresponde valorar “la duración del estado de vida vegetativo, sus condiciones, la posibilidad o no de revertirlo, etc.”²⁰⁰.

6) La dimensión de la lesión espiritual sufrida y de sus secuelas difiere entre las personas. Para la cuantificación de la indemnización no existen recetas apriorísticas, sino indicadores a tener en cuenta²⁰¹.

En la segunda edición del Tratado de Responsabilidad Civil, los juristas, incorporan una regla a las que ya habían plasmado en la primera edición. Ahora, también se debe tener en cuenta en el camino de la cuantificación del daño moral: No multiplicar el daño moral por la cantidad de legitimados activos que reclaman²⁰². Esta pauta parte de la convicción de que un hecho da lugar a un único y exclusivo daño moral que no da lugar a mayores montos indemnizatorios por la existencia de mayor número de legitimados activos que se presenten a demandar.

¹⁹⁸Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; *op. cit.*, pág. 713.

¹⁹⁹ López Mesa, Marcelo J.; Acerca de la conducción de automotores por un menor adulto habilitado al efecto y la responsabilidad civil de los padres y la fundamentación adecuada de los fallos, “La Ley Córdoba”, 2008 (junio), págs. 483 y ss.

²⁰⁰Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; *op. cit.*, pág. 714.

²⁰¹Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; *op. cit.*, pág. 714.

²⁰²Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; *Tratado de la Responsabilidad Civil*, 2da ed. Actualizada y ampliada., Buenos aires, La Ley, 2011, T° VI, págs. 1070 y ss.

1.1.9 Pautas propuestas por la Dra. Ritto.

Al comentar el fallo: Ala, Claudio Salvador c. Lim Chae Hong y otro s/ daños y perjuicios de la sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, la profesora encomia el razonamiento de los jueces de la causa, para quienes: el resarcimiento daño moral se limita a la cuantía reclamada por la víctima si resulta razonable lo pedido, porque es el damnificado quien está en mejores condiciones para mensurar el daño sufrido y la pertinente indemnización; no obstante a que la cuantificación queda librada al criterio prudente del magistrado cuando la petición sea exorbitante. Para ello, se debe computar la entidad y magnitud de la lesión o agravio en función de las proyecciones de la persona en sus esferas existencial y psíquica, padecimientos, dolor físico, angustias y sufrimientos²⁰³.

En opinión de la autora la solución aportada por los jueces es salomónica y “responde al criterio de la reparación integral del daño moral, dado que por ser un daño extrapatrimonial, nadie mejor que la víctima para valorar los padecimientos sufridos de acuerdo con las particularidades del caso, su realidad existencial y su personalidad, de allí que el Tribunal sostenga que la apreciación del daño moral está limitado por la cuantía del reclamo [...] Y sólo en el supuesto de que dicha reclamación fuese exorbitante, la cuantificación queda librada al criterio prudente de los jueces, de conformidad con los parámetros enunciados por la Cámara, que no son otros que los que la doctrina mayoritaria sostiene desde hace años”²⁰⁴.

1.1.10 Pautas propuestas por el Dr. Gagliardo.

Según explica el académico, “en la reparación del agravio moral debe computarse un cúmulo de factores donde es relevante la subjetividad del agente del daño (cultura, idoneidad, versación, etc.), la repercusión social y el ámbito donde aconteció el evento dañoso, la

²⁰³ Ritto, Graciela D.; La cuantificación del daño moral. Un abordaje novedoso y ejemplificador, “La Ley”, Tº 2008-B, pág. 334 y ss.

²⁰⁴ Ritto, Graciela D.; *op. cit.*, pág. 334 y ss.

actuación y trayectoria de las partes, computándose la índole del hecho lesivo y circunstancias personales o subjetivas de la propia víctima”²⁰⁵.

En síntesis, se debe analizar y sopesar, como particularidades del caso, a la víctima, al agente del daño y las sumas que pueden pagarse dentro de los estándares de vida, teniendo en cuenta que a mayor posibilidad económica, mejor índice resarcitorio²⁰⁶.

1.2 Doctrinas que se formulan en base a las operaciones de commensurar el daño moral y luego cuantificar la indemnización.

1.2.1 Método propuesto por el Dr. Brebbia.

El jurista rosarino ha sostenido que es peligrosa la determinación de la indemnización del daño moral por el exclusivo criterio del juez²⁰⁷. Para evitarlo, el juez debe tener en cuenta algunos elementos que le permiten formarse una idea de la gravedad del daño extrapatrimonial y, luego, con amplio margen podrá fijar el monto de la indemnización²⁰⁸ en una suma de dinero que le permita a la víctima “procurarse satisfacciones equivalentes a los valores morales desaparecidos o menoscabados”²⁰⁹.

La cuestión radica en determinar la magnitud del agravio y establecer una indemnización proporcionada²¹⁰. A esos fines, el método exige, primero, indagar en la gravedad objetiva del daño; es decir, conocer su extensión material en base a los elementos concretos probados en el caso²¹¹. Ésta tarea es de trámite y es similar a la determinación de la existencia y extensión del daño patrimonial²¹².

²⁰⁵ Gagliardo, Mariano, *Reparación del agravio moral*, “La Ley” 2009-D, pág. 1331.

²⁰⁶ Gagliardo, Mariano, *op. cit.*, pág. 1331.

²⁰⁷ Brebbia, Roberto H.; *El daño moral*, Rosario, 2da. Ed., Orbir, 1967, pág. 232.

²⁰⁸ Brebbia, Roberto H.; *op. cit.*, pág. 236.

²⁰⁹ Brebbia, Roberto H.; *op. cit.*, pág. 233.

²¹⁰ Brebbia, Roberto H.; *op. cit.*, pág. 233.

²¹¹ Brebbia, Roberto H.; *Responsabilidad objetiva y daño moral*, “El Derecho”, t° 91, pág. 426.

²¹² Brebbia, Roberto H.; *El daño moral*, Rosario, 2da. Ed., Orbir, 1967, pág. 233

Como lo daños morales nacen de la lesión a los bienes personales del sujeto, en segundo lugar, debe tenerse en cuenta la personalidad de la víctima, especialmente su situación familiar y social, y la receptividad particular que pudiera caracterizarla. Se debe estudiar de la prueba, la existencia de influencias del ámbito familiar o social que aumenten la gravedad del perjuicio y la importancia de la reparación; y, por otro lado, si hay circunstancias particulares en la víctima –de orden fisiológico, psíquico o externos- que incidan sobre la personalidad²¹³.

Por último -en tercer y cuarto lugar para el autor-, cabe sopesar si la gravedad de la falta cometida y la personalidad del dañador han repercutido en la gravedad y extensión del detrimento²¹⁴.

Todos los elementos a tenerse en cuenta para determinar el daño y su reparación presentan matices en los diferentes casos; por lo que no puede determinarse sumas resarcitorias idénticas para todos. Al contrario, se deben contemplar todos los elementos mencionados para arribar a una exacta proporción entre daño y reparación²¹⁵.

Una vez que el juzgador se ha formado una idea de la gravedad del daño moral, se debe sujetar a una directiva general que emana de los principios generales del derecho; porque tiene que impedir que la indemnización sea un enriquecimiento sin causa y, en efecto, no debe otorgarse indemnizaciones excesivamente altas. Sin embargo, en el polo opuesto, la condena a reparar no puede ser una suma de dinero ínfima. Deben evitarse las condenas simbólicas, a menos que la suma fijada sea proporcionada con un daño de poca cuantía, o, sea congruente con la pretensión de la demanda²¹⁶.

La suma que se defina por daño moral debe ser fijada per se sin adiccionarla a la que se determine por perjuicios patrimoniales²¹⁷; y, como toda obligación de valor-categoría que incluye la indemnización de daños-, el monto debe ser reajustado ante la desvalorización

²¹³ Brebbia, Roberto H.; *op. cit.*, pág. 234.

²¹⁴ Brebbia, Roberto H.; *op. cit.*, pág. 235.

²¹⁵ Brebbia, Roberto H.; *op. cit.*, pág. 237.

²¹⁶ Brebbia, Roberto H., *op. cit.*, págs. 237 y ss.

²¹⁷ Brebbia, Roberto H.; *op. cit.*, pág. 249.

monetaria ocurrida entre el hecho dañoso y el momento de la sentencia²¹⁸.

1.2.2 Método propuesto por la Dra. Alejandra Abrevaya.

Para la Doctora Abrevaya, la ponderación del daño moral involucrará tres aspectos diferentes: 1) la apreciación objetiva del hecho y del impacto que produce en los derechos fundamentales de la persona, sin que sea necesario particularizar las condiciones subjetivas de la víctima; 2) el sufrimiento particular del damnificado como consecuencia del hecho dañoso; 3) la función ejemplar que debe cumplir toda la indemnización²¹⁹.

Para evaluar la gravedad objetiva del detrimento, cuestión que luego permite conocer la magnitud del impacto en la víctima, se deben tener en cuenta múltiples facetas como el impacto emocional del hecho en sí mismo y la aflicción espiritual que provoca el daño, sea físico, psíquico, una incapacidad o una lesión estética²²⁰.

El sufrimiento particular de la víctima puede precisarse a través del conocimiento de la personalidad del dañado y su receptividad particular, según las condiciones de sexo, edad, profesión, estado civil, entre otros. Este estudio depende de la prueba que se incorpore a la causa y se realiza “sobre la base de márgenes judiciales más objetivos que se relacionan con el daño físico sufrido, con la entidad del hecho que motivó el daño moral, y con otros aspectos ya mencionados podrá hacerse jugar aquella otra circunstancia”²²¹. Entonces, los

²¹⁸ Brebbia, Roberto H.; *op. cit.*, pág. 239.

²¹⁹ Abrevaya, Alejandra D.; *El daño y su cuantificación judicial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pág. 334.

La Dra. Abrevaya es partidaria de la teoría resarcitoria del daño moral que triunfó sobre las teorías sancionatorias y mixtas. Sin embargo, se posiciona más cerca de las teorías mixtas que de las puramente resarcitorias porque propugna la ejemplaridad de la indemnización por daño moral. Entiende que la indemnización debe propender a la prevención de nuevos hechos dañosos y afianzar el rol social de la responsabilidad civil, pues el daño y el hecho que lo produce repercuten disvaliosamente en todos los integrantes de comunidad. Cfr. Abrevaya, Alejandra D.; *op. cit.*, pág. 314.

²²⁰ Abrevaya, Alejandra Dop. cit., pág. 333.

²²¹ Abrevaya, Alejandra D.; *op. cit.*, pág. 333.

aspectos objetivos coadyuvan al conocimiento de las condiciones subjetivas relevantes en el caso para la cuantificación del daño moral.

En el caso de lesiones físicas deben ponderarse también los dolores físicos crónicos sin repercusión funcional (la repercusión funcional importaría incapacidad permanente); los esfuerzos y sufrimientos al realizar las mismas actividades que antes del hecho; los sufrimientos psíquicos que causan las secuelas incapacitantes²²². En ocasiones, corresponde valorar la conducta del dañador, si es que su culpa grave o dolo han acentuado el impacto de injusticia que experimenta la víctima²²³. En caso de muerte de un ser querido, pese a lo inconmensurable del daño, la suma de dinero que se fije –como único medio posible de compensación- debe ser acorde a la injusticia del daño sufrido²²⁴.

Para fijar el quantum indemnizatorio, la jurista considera importante, tanto en la labor del abogado como en la del juez, tomar en cuenta las sentencias judiciales de cada fuero, porque “pondrán en evidencia los márgenes dentro de los cuales, dadas las características similares de los precedentes, puede moverse la discrecionalidad propia del rubro”²²⁵.

A su entender, dentro de esta materia no puede hablarse de método científico. Solo la “intuición colectiva” fundada en los valores de cada época y el consenso de la comunidad en la que se inserta un fallo pueden dar un criterio para compensar en el daño moral con goce de bienes o servicios. En ese contexto, el precedente evidencia que existen pautas genéricas similares que pueden repetirse y mostrar utilidad como parámetros para determinar la indemnización del daño moral²²⁶. Los fallos anteriores construyen los márgenes y, a partir de ellos, se puede fundar el apartamiento con precisión y detalle²²⁷.

²²² Abrevaya, Alejandra D.; *op. cit.*, pág. 334 con cita a Criado del Río, María T.; *Valoración médico-legal*, págs. 436, 437 y 438.

²²³ Abrevaya, Alejandra D.; *op. cit.*, pág. 333.

²²⁴ Abrevaya, Alejandra D.; *op. cit.*, pág. 333.

²²⁵ Abrevaya, Alejandra D.; *op. cit.*, pág. 335.

²²⁶ Abrevaya, Alejandra D.; *op. cit.*, pág. 336.

²²⁷ Abrevaya, Alejandra D.; *op. cit.*, pág. 337.

1.2.3 Métodos que se basan en la valoración y cuantificación del daño moral.

1.2.3.1 Método propuesto por la Dra. Zavala de González.

La profesora cordobesa, Matilde Zavala de González, parte en sus estudios sobre cuantificación del daño moral desde la premisa de que no es factible cotejar un desequilibrio espiritual con una indemnización dineraria²²⁸; porque el daño moral es inconmensurable. Sin embargo, nos enseña que no debe perderse de vista la finalidad que persigue el resarcimiento: brindar una satisfacción imperfecta e incomparable con el desmedro²²⁹. Este objetivo es el que justifica la necesidad de desarrollar un método de cuantificación del daño moral que parta de las carencias en la materia e instrumente los elementos disponibles²³⁰.

Para determinar una suma de dinero como indemnización del daño moral, es relevante llevar a cabo las operaciones de: valorar el daño (¿qué resarcir?) y, posteriormente, cuantificarlo (¿cómo resarcir?). Valorar el daño moral es estimar los valores espirituales perdidos, considerando los beneficios que aportaba a la víctima cada uno de los intereses lesionados²³¹. Para ello, es necesario contrastar el estado de la persona anterior al hecho lesivo con el estado posterior, para identificar donde recae el perjuicio, cuáles son las repercusiones disvaliosas sufridas y cuál es su intensidad. En suma, esclarecer la sustancia y dimensión del daño²³². Reunidos esos datos, podrá pasarse a la valuación que entraña el análisis de los valores económicos que permiten liquidar la condena al precisar el monto indemnizatorio²³³.

²²⁸ Zavala de González, Matilde María; *Daño moral por muerte*, Buenos Aires, Astrea, 2010, pág. 149.

²²⁹ Zavala de González, Matilde María; *Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Astrea, 2009, pág. 71.

²³⁰ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág. 77.

²³¹ Zavala de González, Matilde María; *Cuánto por daño moral*, "La Ley", 1998-E, pág. 1057.

²³² Zavala de González, Matilde María; *Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Astrea, 2009, pág. 67.

²³³ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág. 68.

El proceso de cuantificación del perjuicio extrapatrimonial comienza con la valoración de las “secuelas existenciales”²³⁴. En otras palabras, se busca conocer los efectos nocivos del hecho sobre lo que la persona es²³⁵. La valoración requiere de la aproximación al daño moral del sujeto a través del uso de parámetros sociales de evaluación; o sea, que primerose estudia el perjuicio comparativamente con lo que una persona media experimentaría ante semejante situación²³⁶. Elprisma inicial para conocer el perjuicio es objetivo y abstracto, y permite conocer el daño moral común que puede afectar a cualquier sujeto.

Para ahondar en las consecuencias particulares que ha sufrido el sujeto –daño particular- es necesario profundizar la valoración del daño moral y considerar, también de forma objetiva²³⁷, los factores singulares del caso²³⁸. El segundo prisma, también es de orden objetivo por constituirse a partir de datos externos²³⁹ y es concreto porque se dirige a las consecuencias dañosas que recaen sobre una víctima en especial, aunque no se produzcan en todos los casos ni en casos análogos.

El enfoque objetivo que se propugna para valorar el daño moral no es restrictivo, sino matizado; porque permite tener en cuenta aspectos de la personalidad de la víctima para ciertos tipos de ofensas, como es el caso de los perjuicios al honor²⁴⁰. Lo central en punto a la objetividad radica en que el operador jurídico no puede abordar el conocimiento del daño moral como lo hace un psicólogo. No es necesario ingresar en la intimidad de la personalidad del dañado. Basta con que el juez conozca datos exteriores para que tenga por existente el daño moral, pueda conocer su magnitud e intensidad²⁴¹, e, incluso,

²³⁴ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág. 104.

²³⁵ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág. 1.

²³⁶ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág. 104.

²³⁷ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág. 109.

²³⁸ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág. 106.

²³⁹ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág. 109.

²⁴⁰ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág. 110.

²⁴¹ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág. 109.

anticipe agravaciones, morigeraciones y la proyección del mal en el tiempo²⁴².

A través de la valoración del daño moral se debe discriminar sus componentes para poder dar curso a una indemnización justa que no superponga resarcimientos²⁴³. Nos dice la jurista, a modo de ejemplo, que: “no es igual un hecho que únicamente lesiona la intimidad que si también menoscaba la reputación, ni la sola afectación estética que la acompañada con una perturbación psíquica de ribetes patológicos²⁴⁴”. Conocido el daño moral que se ha producido, es posible meritar su proyección a futuro, así como su intensidad, agravamientos o atenuaciones²⁴⁵. A mayor duración del perjuicio y a mayor intensidad, corresponde mayor indemnización²⁴⁶.

Si la actuación dolosa o gravemente desidiosa del autor del hecho generador del daño lo agrava: puede valorarse esa consecuencia dañosa, que se adiciona a las otras que hubiese, para luego tenerla en cuenta en la cuantificación del daño moral. Por supuesto, la autora no defiende que se sancione al dañador mediante el monto a pagar, sino que propone definir íntegramente el perjuicio causado, al contemplar los efectos nocivos ocasionados por el factor de atribución. De no existir un perjuicio moral en particular o un incremento en la dañosidad debidos al tipo de acto del agente dañador, no es pertinente aumentar la indemnización a otorgarle a la víctima. Las reflexiones vertidas en éste punto se aplican tanto a ilícitos civiles como a penales, sin que sean resarcibles la animosidad contra el delincuente y el afán de venganza²⁴⁷ que existe después de todo crimen.

En la valoración del daño existencial es importante no confundir daños –efectos nocivos- materiales con los espirituales: éstos se indemnizan con total prescindencia conceptual de los primeros, sin que la reparación de uno afecte en la del otro. Ambos rubros transitan

²⁴²Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág. 68.

²⁴³Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág. 116.

²⁴⁴ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág. 116.

²⁴⁵ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág. 117.

²⁴⁶ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág. 118.

²⁴⁷Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág. 131.

por caminos paralelos que no se cruzan²⁴⁸. Tampoco deben confundirse los daños morales sufridos por una pluralidad de sujetos, cada uno es víctima en la medida del daño que sufre; cada daño moral es distinto y así debe ser valorado y resarcido²⁴⁹.

Finalizado el proceso de valoración del daño sufrido, corresponde cuantificar la indemnización; o sea, determinar el monto de la reparación. Sin valoración del daño no es posible cuantificarlo; pero la sola valoración del desmedro no conduce de forma directa a la determinación del importe resarcitorio. Es por eso, que se debe construir un puente – con métodos o técnicas de cuantificación- entre el daño y la indemnización.

El instrumento idóneo para llegar a una cuantificación investida de demostrable razonabilidad²⁵⁰ no puede ser el exclusivo arbitrio judicial²⁵¹, que no sugiere como se puede establecer un resarcimiento²⁵² y carece de todo método. Tampoco propicia la autora, el empleo de sistemas rígidos de tablas y tarifas²⁵³. Contrariamente; sí recomienda como vía para evitar el salto al vacío que representa cuantificar el daño moral: el empleo de precedentes jurisprudenciales sistematizados doctrinalmente en tablas; la combinación de flexibles instrumentos legales y judiciales; la tarifación de daños morales análogos mediante la elaboración progresiva de un elenco de casos típicos ordenados en base a datos comunes; la referencia con el valor de mercado de los bienes sucedáneos²⁵⁴; y el posible uso de unidades de medida indemnizatoria variables según el contexto socioeconómico.

²⁴⁸ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág. 142.

²⁴⁹ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág. 131. Zavala de González, Matilde María; *Cuánto por daño moral*, “La Ley”, 1998-E, pág. 1057.

²⁵⁰ Zavala de González, Matilde María; *Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Astrea, 2009, pág. 72.

²⁵¹ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág. 73.

²⁵² Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág. 74.

²⁵³ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág. 78.

²⁵⁴ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág. 349.

Cualquiera de los métodos de cuantificación es útil, siempre que funcione armónicamente y lleve a resultados razonables²⁵⁵ fundados²⁵⁶; que contemplen las diferencias en el valor adquisitivo del dinero a través del tiempo²⁵⁷. No considera procedente, dentro de un método de cuantificación de este tipo de indemnizaciones, discriminar a las víctimas por su situación económica²⁵⁸(tampoco es relevante el status económico del dañador²⁵⁹); ni marcar diferencias entre las víctimas por las situaciones dañosas que las afectaron²⁶⁰ o por la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad²⁶¹.

La indemnización que se otorgue, también debe llenar algunos requisitos. El primero de ellos, según la jurista, es que la indemnización sea justa²⁶². Al vislumbrar la imposibilidad de arribar a la reparación integral del daño moral, propone una solución más realista a su entender: arribar a una indemnización justa en la medida de lo posible.

Indemnización justa implica determinar la cuantificación del daño moral coherentemente con ciertas pautas indicadoras: a) No dejar de indemnizar algún aspecto; b) No resarcir más de una vez; c) arribar a una indemnización que compense cabalmente, sin desmesura; d) lograr su pago con prontitud; e) preservar el valor de la prestación; f) No instituir diferencias irritantes entre montos indemnizatorios para víctimas de daños similares; g) elevar o disminuir las sumas cuando los perjuicios son diversos²⁶³. A perjuicios similares les corresponde soluciones indemnizatorias parejas o aproximadas. Pero ante perjuicios más graves, aun cuando

²⁵⁵ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág. 83.

²⁵⁶ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág. 98.

²⁵⁷ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág. 86.

²⁵⁸ Zavala de González, Matilde María; *Cuánto por daño moral*, "La Ley", 1998-E, pág. 1057.

²⁵⁹ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág. 1057.

²⁶⁰ Zavala de González, Matilde María; *Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Astrea, 2009, pág. 88.

²⁶¹ Zavala de González, Matilde María; *Cuánto por daño moral*, "La Ley", 1998-E, pág. 1057.

²⁶² Zavala de González, Matilde María; *Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Astrea, 2009, pág. 312.

²⁶³ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, págs. 312 y 313.

proviengan de igual lesión y se causen por un solo hecho, procede determinar cuantías diferentes ante la existencia de datos que repercuten en aumentar o disminuir el daño sufrido. Una condena que fije un monto idéntico para cada afectado sería arbitraria si no se adecua al menoscabo sufrido²⁶⁴.

La indemnización resultante debe ser seria para la víctima y ser de posible pago para el dañador; por ello, tiene que ser suficiente para que se adquieran bienes y servicios que operen como sucedáneo del perjuicio sufrido. Y, se deben desterrar las indemnizaciones simbólicas que violenten la función reparadora de la indemnización²⁶⁵. Pero no se debe llegar al exceso de convertir al responsable en víctima, por lo tanto, se deben fijar montos acorde al contexto macroeconómico nacional.

Pone de manifiesto la importancia de tener presente que las prestaciones indemnizatorias del perjuicio moral son deudas de valor; y, en consecuencia, es menester mantener el poder adquisitivo hasta la oportunidad de pago²⁶⁶. Para ello se deben utilizar técnicas como: a) La preservación del valor de la indemnización, sin alterarlo en más²⁶⁷, solicitado en la demanda con indiferencia de las sumas monetarias requeridas²⁶⁸; b) la consideración del costo de bienes y servicios básicos²⁶⁹; c) la recurrencia a monedas extranjeras estables²⁷⁰; d) índices oficiales fieles o privados sobre el costo de la canasta familiar y sus fluctuaciones a través del tiempo²⁷¹; e) Considerar en la sentencia valores actuales²⁷².

Después de conocer el valor de la indemnización del daño moral, en casos donde exista concausas o concurrencia de causas que modifiquen la responsabilidad atribuible al dañador, se puede

²⁶⁴ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág. 326.

²⁶⁵ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, págs. 313 y ss.

²⁶⁶ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág.361.

²⁶⁷ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág.368.

²⁶⁸ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág.367.

²⁶⁹ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág.368.

²⁷⁰ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág.369.

²⁷¹ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág.370.

²⁷² Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág.371.

determinar cuál es el monto definitivo que ha de pagar el condenado, según su grado de participación en el resultado de daño existencial²⁷³. La suma final que se pondere produce intereses moratorios desde la producción del hecho²⁷⁴. De esta manera, al conocer el capital de condena y su accesorio por el retardo en el pago del resarcimiento se arriba a la suma de dinero correspondiente por indemnización del daño moral.

1.2.3.2 Método propuesto por el Dr. Pizarro.

El Dr. Pizarro comparte la idea de que se debe valorar y cuantificar el daño moral²⁷⁵, para poder determinar el monto de la indemnización correspondiente. Relaciona fuertemente ambas operaciones, porque la primera consiste en indagar sobre la índole del interés lesionado y las proyecciones disvaliosas en la subjetividad de la víctima para ponderar la entidad cualitativa de la minoración sufrida; mientras que la segunda, requiere determinar el valor de la indemnización²⁷⁶.

Para efectuar la valoración del perjuicio extrapatrimonial, considera el jurista, que se debe atender, con criterio equitativo, a la gravedad objetiva del daño causado. Para ello, es necesario que el razonamiento –sin vicios– del juez se funde en “parámetros básicos de apreciación” que motiven su decisión. Además, se requiere de la individualización en el fallo de todo aquello ponderado en la valoración y cuantificación del daño moral, conforme a la doctrina y jurisprudencia dominantes²⁷⁷.

El desarrollo de esta línea de pensamiento requiere, como primer paso, valorarla entidad del daño moral; pues, solo así se puede saber

²⁷³ Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, págs.123 y ss.

²⁷⁴ Zavala de González, Matilde María, *op. cit.*, pág.448.

²⁷⁵ Pizarro, Daniel Ramón; Viramonte Carlos Ignacio; Cuantificación de la indemnización por daño moral en la jurisprudencia actual de la sala civil y comercial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: en el caso L.Q., “La Ley Córdoba”, junio de 2007, pág. 465.

²⁷⁶ Pizarro, Daniel Ramón; *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición*, 2da ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pág. 427.

²⁷⁷ Pizarro, Daniel Ramón; *op. cit.*, pág. 428.

su importancia cualitativa. Se debe buscar conocer el alcance de la modificación disvaliosa del espíritu -ánimicamente perjudicial- en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir y la repercusión en la situación de la víctima; al margen del dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, entre otros signos, que son elementos que permiten conmensurar la entidad objetiva del daño moral padecido conjuntamente con otras circunstancias del caso²⁷⁸.

Es imprescindible especificar en qué consiste el daño moral, cuáles son las circunstancias del caso y las repercusiones en la persona. En éste punto cobran relevancia las particularidades del caso para determinar objetivamente el perjuicio y concretar una solución equitativa. Conforme nos explica, se debe explicitar cada uno de los aspectos conducentes a darle cuerpo al daño moral. La doctrina y la jurisprudencia, nos dice, han ido reiterando múltiples pautas que son parámetros computables útiles para los operadores jurídicos. Por ende, de forma no taxativa, para avanzar en la valoración se debe analizar: 1) La personalidad del damnificado, su edad, sexo, condición social y particular grado de sensibilidad; 2) Si el damnificado es directo o indirecto, y en este caso, el vínculo existente con la víctima; 3) La índole de la lesión sufrida, la pluralidad de intereses lesionados, la intensidad de la lesión según el curso natural y ordinario de las cosas y al caso concreto; 4) La influencia del tiempo como agravante o mitigador del daño; 5) La personalidad del dañador, en particular si tuviera influencia sobre la intensidad objetiva del daño – el dolo del responsable no es relevante en la valoración del daño moral²⁷⁹-; 6) El grado de divulgación del hecho, especialmente en lesiones al honor y la intimidad; 7) Las circunstancias cruentas en las que pudo haberse causado el daño; 8) la realidad económica del país al tiempo de dictar sentencia; 9) aspectos relevantes que determinen la improcedencia de la reparación o su disminución²⁸⁰.

²⁷⁸ Pizarro, Daniel Ramón; *op. cit.*, pág. 428.

²⁷⁹ Pizarro, Daniel Ramón; *op. cit.*, pág. 435.

²⁸⁰ Pizarro, Daniel Ramón; *op. cit.*, pág. 428 y ss.

Existen otras pautas valorativas que sugiere el autortener en cuenta, no ya ligadas con los hechos del caso, sino con la naturaleza resarcitoria de la indemnización: Se debe evitar la condena al pago de sumas dinerarias simbólicas, ineptas para resarcir el daño moral, constitutivas de enriquecimiento indebido para el obligado al pago²⁸¹; y, al contrario, el daño no es una fuente de lucro indebido para el damnificado y un motivo de expoliación para el responsable, por ello: no corresponde extender el resarcimiento del daño moral a daños inexistentes o a aquellos que no tienen adecuada relación de causalidad con el hecho²⁸².

Para efectuar la cuantificación del daño moral, el autor proponetener como guía la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que establece la necesidad de fundar los fallos y explicitar el razonamiento seguido por el juez, sin desapegarse de las reglas de la experiencia y del conocimiento de la realidad²⁸³. También considera propicio que las indemnizaciones sean adecuadas a la realidad económica para que se arribe a montos indemnizatorios acorde a los postulados que el juez enuncia como pauta para la solución del caso y a los valores en juego, en vista a las consecuencias patrimoniales que produce²⁸⁴; debiéndose evitar indemnizaciones excesivamente bajas y excesivamente altas²⁸⁵.

En éste camino, se le presenta como aceptable darle entidad a la reparación del daño moral, acudiendo a los precedentes jurisprudenciales que resolvieron casos similares en la misma instancia, dentro la Provincia del juzgador²⁸⁶. Así, utilizando las

²⁸¹ Pizarro, Daniel Ramón; *op. cit.*, pág. 431.

²⁸² Pizarro, Daniel Ramón; *op. cit.*, pág. 432.

²⁸³ Pizarro, Daniel Ramón; *op. cit.*, pág. 438.

²⁸⁴ Con cita a los fallos: CSJN, 15/10/96, “Escobar A. c. Dirección Nacional de Vialidad”, “Doctrina Judicial”, 1997-I-911 y CSJN, 24/8/95, “Agua y Energía c. Montelpare”, “La Ley”, 1995-E, p. 104 en Pizarro, Daniel Ramón; *op. cit.*, pág. 439.

²⁸⁵ Pizarro, Daniel Ramón; *op. cit.*, págs. 439 y ss.

²⁸⁶ Pizarro, Daniel Ramón; Viramonte Carlos Ignacio; Cuantificación de la indemnización por daño moral en la jurisprudencia actual de la sala civil y comercial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: en el caso L.Q., “La Ley Córdoba”, junio de 2007, pág. 465. Los autores sugieren el empleo de fallos provinciales, al menos en la etapa inicial de la difusión del método de cuantificación judicial tarifada e indicativa del daño moral, porque las diferencias cuantitativas existentes entre las

tecnologías y los medios de divulgación se pueden dar a conocer los distintos montos indemnizatorios del daño moral que han mandado a pagar los tribunales, y se los puede utilizar como pautas flexibles que lleven a cierta uniformidad, que proveerían a la seguridad, predictibilidad y equidad. El método permite la tarificación judicial indicativa, pero requiere que las sentencias exterioricen sus fundamentos jurídicos, las sumas indemnizatorias fijadas y las variables tenidas en cuenta para la cuantificación del daño moral²⁸⁷.

A través del método que recomienda, se puede ver realizado el principio de la reparación integral; porque permite estructurar el razonamiento de los jueces en base a criterios judiciales para casos análogos, que se presentan como pautas razonables y objetivas, desde los que se puede, fundadamente y sin topes, determinar la reparación en más o en menos²⁸⁸.

El valor que se determine por el juez debe ser mantenido hasta el momento del pago²⁸⁹, sin que sea óbice el principio nominalista que ha acogida nuestro país en el artículo 7° de la ley 23.928²⁹⁰ y sin que resulte aplicable el tope de la ley 24.283²⁹¹.

1.2.3.3 Pautas propuestas por el Dr. Ferreyra.

El profesor de la Universidad Nacional de Córdoba ha propuesto en las XXI Jornadas de Derecho Civil que se cuantifique el daño moral mediante la valoración del perjuicio y la determinación de la

sentencias de diferentes provincias, se deben a las disímiles situaciones socioeconómicas de cada lugar; y los jueces no pueden sentenciar a espaldas de la realidad.

²⁸⁷ Pizarro, Daniel Ramón; *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición*, 2da ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pág. 445; *Cuantificación judicial de la indemnización por daño moral*, “Revista de Derecho Laboral”, 2010-1 Ley de Riesgos del Trabajo- III, Rubinzal – Culzoni Editores, págs. 211 y ss.

²⁸⁸ Pizarro, Daniel Ramón; Valoración y cuantificación del daño moral en la Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: Consolidación de una acertada doctrina, *La Ley Córdoba*, 2006, págs. 893 y ss.

²⁸⁹ Pizarro, Daniel Ramón; *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición*, 2da ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pág. 450.

²⁹⁰ Pizarro, Daniel Ramón; *op. cit.*, pág. 454.

²⁹¹ Pizarro, Daniel Ramón; *op. cit.*, pág. 461.

indemnización, que debe hacerse en base a factores objetivos (precedentes judiciales que traten casos similares y la situación económica del país) y subjetivos (edad, estado civil, situación económica de la víctima²⁹².

1.3 Doctrinas que refieren a lesiones y bienes de mercado para fijar la indemnización.

1.3.1 Método propuesto por el Dr. Rotman.

En 1981, el Dr. Rotman ofrecía una solución al problema de la cuantificación del daño moral. No está de más aclarar que esta propuesta es de las más antiguas que se han hallado en el derecho nacional.

El método que sugirió fue denominado por el autor como valuación del daño moral por su costo de reversión. Su idea parte de la noción de que existen sobradas pruebas en la experiencia propia y ajena de que el paso del tiempo, junto a distintas actividades y una buena orientación espiritual, son paliativos del daño moral porque el espíritu humano puede sobreponerse a las aflicciones de la vida²⁹³.

Cada persona es diferente en cuanto a sus inclinaciones íntimas; pero, así como se cuantifica el daño patrimonial por el costo del tratamiento médico, puede valorarse el daño moral por el costo de la asistencia psicológica –entendida en un sentido tan amplio que incluye la asistencia religiosa-. De la misma manera que se le paga a un individuo el valor de la internación terapéutica como indemnización del daño económico, se puede pagar la internación psicoterapéutica como medio de cuantificación del daño moral²⁹⁴.

El costo de reversión incluye todas “las inversiones que el damnificado debe realizar para gozar de un adecuado período de

²⁹² Ferreyra; Francisco Froilán; *Cuantificación del daño moral*, Ponencias XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tº I, pág. 155.

²⁹³ Rotman, Rodolfo B., *Valuación del daño moral por su costo de reversión*, “La Ley”, Tº 1981-C, pág. 365.

²⁹⁴ Rotman, Rodolfo B., *op. cit.*, pág. 365.

descanso y para dedicar al cuidado de su ánimo en una institución apropiada, incluyendo los medicamentos (euforizantes, sedantes, etc.), y el traslado al lugar de internación si fuere del caso”. El demandado puede solicitar en la demanda una suma coherente con sus necesidades psíquicas particulares y ofrecer la prueba pericial adecuada para obtener una condena acorde con aquellas²⁹⁵.

La tasación del perjuicio moral requiere de la aplicación de criterios científicos que dependen de la prueba pericial psicológica o psiquiátrica, según cada caso. El destino del monto resarcitorio debe ser decidido por la víctima del siniestro que bien podrá darle cualquier destino según su albedrío²⁹⁶. El cálculo al que se arrije, en todo caso, no es más que aproximado y no garantiza la indemnización total del perjuicio. A pesar de la imperfección que encuentra en el método y que la reconoce, sostiene que de todas formas, la existencia de potenciales residuos del desmedrono puede ser solucionada tampoco por teorías jurídicas que entienden que el daño moral cumple funciones sancionatorias o ejemplares²⁹⁷.

1.3.2 Método propuesto por el Dr. Iribarne.

Sostiene Iribarne, que a quien sufre daño moral hay que proporcionarle consuelo²⁹⁸, mitigar su dolor, buscar la forma de atender a sus padecimientos. “El verdadero interrogante comienza en comprender el sufrimiento padecido por el reclamante y en procurar su mitigación. El carácter equivalente de la reparación civil impone

²⁹⁵ Rotman, Rodolfo B., *op. cit.*, pág. 367.

²⁹⁶ Rotman, Rodolfo B., *op. cit.*, pág. 366.

²⁹⁷ Rotman, Rodolfo B., *op. cit.*, pág. 367.

²⁹⁸ Por consuelo se entiende: descanso y alivio de la pena, molestia o fatiga que oprime el ánimo, y, también gozo, alegría. Cfr. Iribarne, Héctor Pedro; *De los daños a la persona*, 1ra. Reimpresión corregida, Buenos Aires, EDIAR, 1995, págs. 154. Se debe pasar de la idea de *pretium doloris* a la de *pretium consolationis* fundado en el valor de los bienes aptos para mitigar el dolor y servir como consuelo. Cfr. Iribarne, Héctor Pedro; *De los daños a la persona*, 1ra. Reimpresión corregida, Buenos Aires, EDIAR, 1995, p.401.

descubrir los bienes aptos para confortar los padecimientos de la víctima”²⁹⁹.

Vislumbra el autor la posibilidad de restablecer las actividades que realizaba la víctima, y que fueran menguadas por el hecho dañoso, sean propias de la persona discapacitada o en favor de terceros para el caso de una muerte³⁰⁰. Como ejemplo, nos señala el caso de una persona que después de un accidente ya no puede desenvolverse motrizmente, tal y como lo hacía. Allí, habría que restablecer el desplazamiento de la persona; para eso, se podría acudir a prótesis, automóviles y otros bienes que sirvan a la operación que se busca recuperar³⁰¹.

Con el ejemplo, queda clara la idea que se expone con posterioridad en la misma obra: la reparación de los daños patrimoniales sufridos por el mismo hecho que también causa daño moral a la persona, indemniza parcialmente a los últimos en los casos que exista relación entre el daño patrimonial y el moral. Los daños morales que no se relacionan con el daño patrimonial se pueden indemnizar suministrando bienes al afectado, sean para su uso y goce o para hacer el bien a otros³⁰².

Al dañado se le deben proporcionar bienes que mitiguen su dolor, o sea, que funcionen como consuelo, con prescindencia de toda idea de certeza del daño y de restitución de la situación a la que existía antes del hecho. Según la gravedad de los perjuicios se puede buscar una proporción imperfecta con los bienes a determinar como “consuelo”.

Para distintos tipos de situaciones se puede acudir a diferentes tipos de bienes³⁰³. Cada caso puede dar pautas de cuál es el bien que más se aproxima como resarcimiento al daño que se ha sufrido. Por

²⁹⁹Iribarne, Héctor Pedro; *op. cit.*, pág. 160.

³⁰⁰Iribarne, Héctor Pedro; *op. cit.*, pág.155.

³⁰¹Iribarne, Héctor Pedro; *op. cit.*, pág. 156.

³⁰²Iribarne, Héctor Pedro; *op. cit.*, pág. 157.

³⁰³ Cita como ejemplos: el descanso, las distracciones, las diversiones, los juegos, escuchar buena música, placeres de la gastronomía. Cfr. Iribarne, Héctor Pedro; *La cuantificación del daño moral*, “Revista de Derecho de Daños”, 1999: vol. 6, Rubinzal–Culzoni Editores, págs. 199 y ss.

ejemplo, quien pasa una estadía en un hospital sin secuelas incapacitantes puede ser indemnizado con vacaciones para él y su familia; o quienes sufrieran la pérdida de sus hijos en un ataque a la vivienda bien pueden precisar de un nuevo inmueble para continuar su vida, proporcionárselos con alguna holgura puede atenuarse el dolor sufrido³⁰⁴.

Se ofrece la posibilidad de fijar el monto indemnizatorio con gran flexibilidad con referencia a un sin número de bienes que no se agotan en los ejemplos. Sí se considera un tope de máxima en la jubilatio, que consiste en la liberación de las cargas de la vida cotidiana, ante casos de daños de gran intensidad como los que destruyen al grupo familiar³⁰⁵.

La otra forma de determinar la indemnización del daño moral no ligado a los daños patrimoniales, pone su mirada en la posibilidad de beneficiar a terceros; porque causa delectación. Por ejemplo, en los casos de muerte de hijos se puede prever la posibilidad de que los padres realicen actos de caridad que canalicen su vocación paterna o que se provean bienes para la mejor atención de los hijos sobrevivientes.

El jurista diseña modelos posibles de daño moral en base a los padecimientos concretos de las personas ante situaciones similares; por ello, analiza en particular el daño moral en caso de muerte y lesiones físicas

Siguiendo el esquema que hemos expresado, el jurista tiene en cuenta la muerte de una persona, y desde la perspectiva de las operaciones (actividades en general) de que se ve privado el damnificado, va a la búsqueda del precio del consuelo, teniendo en cuenta el valor de bienes en el mercado que pudieran servir para que

³⁰⁴ Iribarne, Héctor Pedro; *De los daños a la persona*, 1ra. Reimpresión corregida, Buenos Aires, EDIAR, 1995, pág. 158.

³⁰⁵ Iribarne, Héctor Pedro; *De los daños a la persona*, 1ra. Reimpresión corregida, Buenos Aires, EDIAR, 1995, pág. 159.

no se impida la operación que se ve afectada³⁰⁶: “la delectación como resultado de la operación connatural no impedida”³⁰⁷.

Para llegar al fin propuesto, se analiza la relación que existía entre el sujeto fallecido y las personas que sufren daño moral como consecuencia del hecho que le ha causado el deceso; porque la lesión a los sentimientos implica la ruptura de “operaciones” entre la víctima y el damnificado indirecto. Hecho éste análisis, corresponde “suministrar lo necesario para sustituir las “operaciones” propias de la persona desaparecida, “en la relación que la ligaba con el damnificado indirecto, parece un modo propio y justo de mitigar este tipo de padecimientos”³⁰⁸.

Clasifica las relaciones según el rol que asume en la familia la persona extinta y distingue diferentes operaciones que se ven frustradas. Distingue, en efecto, el daño moral por la muerte de padres, hijos y cónyuge³⁰⁹.

En el daño moral causado por la muerte de los padres entiende que las operaciones inherentes a la paternidad y maternidad implican protección y estímulo para los hijos; y, con esa referencia, podría repararse el detrimento con recursos que les asegure protección adecuada. No basta la sola sustitución de la asistencia económica, es preciso agregar un plus y, como tal, concibe la reparación del daño moral en estos casos³¹⁰.

Ante la muerte de hijos, debe tenerse en cuenta que el rol paterno es sustancialmente nutritivo y protectorio. Su deceso vuelve inútil el esfuerzo de la crianza y arranca el fruto de tantos desvelos paternos. De las operaciones más trascendentes de la relación padre e hijo, aísla al “deleite que suscita a los padre el bien del hijo”; en consecuencia, puede verse apropiado que la indemnización sea proporcionada con el

³⁰⁶ Iribarne, op. cit., págs. 401 y ss.

³⁰⁷ Iribarne, Héctor Pedro; *op. cit.*, pág. 404.

³⁰⁸ Iribarne, Héctor Pedro; *op. cit.*, pág. 405.

³⁰⁹ Iribarne, Héctor Pedro; *op. cit.*, págs. 404 y ss.

³¹⁰ Iribarne, Héctor Pedro; *op. cit.*, pág. 405.

costo de obras benéficas en memoria del hijo fallecido o con bienes destinados a mejorar la condición de otros hijos³¹¹.

Respecto de la muerte de un cónyuge, se destacan los problemas sobrevinientes que acarrea, como son: la reinserción social, los conflictos en la crianza de los hijos y la soledad. El juez debe considerar todos estos aspectos y proporcionar una indemnización que ayude a superar la crisis sufrida³¹².

Ante la muerte, además de la situación familiar del fallecido y del reclamante, considera Iribarne que son de relevancia algunos otros factores que pueden influir en la cuantificación de la indemnización. Aquí, entran en juego la conducta del ofensor, la relación entre daño moral y patrimonial y la edad del damnificado³¹³.

Entiende que la forma de actuar del agresor debe ser tenida en cuenta para hacer más gravosa la indemnización del daño moral, según el mayor reproche ético que merezca. El daño patrimonial no es la base para fijar el daño moral, pero sí puede el magistrado, así sea toscamente y en algunos casos, apreciar cuál de los daños es el mayor y usar el perjuicio patrimonial como una referencia de la importancia del daño moral³¹⁴. Por último, la edad del damnificado es indiciaria, en orden a la etapa de la vida que sea, del modo más eficaz para consolar.

Tratamiento aparte amerita la reparación del daño moral causado por lesiones a la integridad física de una persona. Para ese fin, el jurista “parte de las “operaciones” de la víctima, destinadas a su expansión y gratificación, turbadas por el accidente y se concibe la reparación como arbitrio para procurar su consuelo”³¹⁵. Da cuerpo al perjuicio que sufre el sujeto acudiendo a la pérdida de goce de la vida,

³¹¹Iribarne, Héctor Pedro; *op. cit.*, pág. 405.

³¹²Iribarne, Héctor Pedro; *op. cit.*, pág. 406.

³¹³Iribarne, Héctor Pedro; *op. cit.*, págs. 406 y ss.

³¹⁴ Por ejemplo en casos de muertes de hijos menores y padres ancianos en los que el daño patrimonial es menor que el daño moral. Cfr. Iribarne, Héctor Pedro; *op. cit.*, pág. 407.

³¹⁵Iribarne, Héctor Pedro; *op. cit.*, pág. 604.

al daño a la vida de relación y a ciertos componentes del daño estético³¹⁶.

Para la cuantificación del daño moral, por cualquiera de los tres conceptos que le dan su contenido, resulta de importancia la disposición la persona en particular tiene al trabajo y la recreación para orientar la respuesta indemnizatoria; porque desde el estilo de vida previo al hecho dañoso se puede conocer qué resulta apto para mitigar el perjuicio y relacionar los recursos necesarios para llevar adelante las actividades en cuestión³¹⁷. Lo central es llegar a indemnizaciones que prevean satisfacciones coherentes con la personalidad del dañado³¹⁸.

Con la teoría de la reparación del daño moral que ha se delineado, el autor intenta trasladar el problema de la cuantificación del ámbito conceptual al concreto, en el que se puede acudir al valor de los bienes del mercado y fijar una indemnización apta para adquirirlos. No cualquier bien puede ser idóneo para constituir una verdadera indemnización; por ello, el juez tiene que seleccionar bienes cuyo valor singular o en conjunto constituyan una indemnización justa³¹⁹.

Como guía genérica para que el operador jurídico sepa cuál es una reparación justa —que por supuesto puede tener múltiples posibilidades adecuadas— según los distintos casos, se dan como pautas una serie de características que la indemnización debe llenar: 1) la indemnización debe ser suficiente para cumplir la función de reparar los perjuicios; 2) deben satisfacer criterios de igualdad en el

³¹⁶Iribarne, Héctor Pedro; *op. cit.*, págs. 601 y ss.

³¹⁷Iribarne, Héctor Pedro; *op. cit.*, pág. 606.

³¹⁸Iribarne, Héctor Pedro; *op. cit.*, pág. 607.

³¹⁹ Iribarne, Héctor Pedro; De la conceptualización del daño moral como lesión a derechos extrapatrimoniales de la víctima a la mitigación de sus penurias concretas en el ámbito de la responsabilidad civil, Responsabilidad civil. Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg, Alterini, Aníbal Atilio; López Cabana Roberto M. (Directores), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, pág. 383.

tratamiento de quienes sufren daños semejantes; y, 3) Deben ser cifras de pago posible³²⁰.

1.3.3 Método propuesto por el Dr. Marcelo R. Quintanilla.

El autor desarrolla la idea de que debe realizarse la doble operatoria de valorar axiológicamente y pecuniariamente el perjuicio. La idea encuentra parangón en la teoría de la valoración y cuantificación del daño moral³²¹.

Inicialmente, previo a las operaciones señaladas, el juez debe preguntarse ¿Qué se ha dañado? De esta forma, se busca conocer cuál es la lesión moral y delimitar la zona y materia del daño causado por el hecho dañoso³²². Se busca conocer que bien inherente a la personalidad se ha dañado (vida, libertad, integridad psicofísica, integridad moral) y como ha repercutido en intereses morales legítimos de la persona; porque se atiende al resultado dañoso de la acción antijurídica³²³.

Tras conocer la “configuración inicial del daño”, corresponde llevar a cabo la valoración cualitativa del daño moral. Para determinar cómo es el modo de estar posterior al hecho, se debe conocer que se ha dañado y, a ese fin, es apropiado reconstruir las reglas morales del perjudicado, como punto de partida para especificar qué es lo que lo hace sufrir en sus valores no patrimoniales³²⁴.

³²⁰ Iribarne, Héctor Pedro; De la conceptualización del daño moral como lesión a derechos extrapatrimoniales de la víctima a la mitigación de sus penurias concretas en el ámbito de la responsabilidad civil, Responsabilidad civil. Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg, Alterini, Aníbal Atilio; López Cabana Roberto M. (Directores), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, pág. 383.

³²¹ Quintanilla, Marcelo R.; *El daño moral resarcible (la íntima sensibilidad)*, Córdoba, Lerner Editora S.R.L., 2008, pág. 130.

³²² Quintanilla, Marcelo R.; *op. cit.*, pág. 157. Por supuesto que el cuestionamiento se lo deben formular tanto la parte actora (víctima y letrado), como la demandada y el juez, quien será el que tome la decisión sobre el monto; pero es necesaria la participación de todas las partes del proceso. Cfr. Quintanilla, Marcelo R.; *op. cit.*, p. 153.

³²³ Cfr. Quintanilla, Marcelo R.; *op. cit.*, pág. 143 y ss.

³²⁴ Quintanilla, Marcelo R.; *op. cit.*, pág. 132.

Para ello, se acude a pautas objetivas y subjetivas utilizables como instrumentos para dejar en evidencia quien es el sujeto que tiene derecho al resarcimiento, con conocimiento de todas las circunstancias del daño moral sufrido³²⁵, como las privaciones, cambios de conducta, cambios en las costumbres y hábitos de la vida³²⁶.

Las pautas cualitativas objetivas que cobran relevancia son: el sexo de la víctima, su edad, nivel socioeconómico y eventualmente la profesión, núcleo familiar, la fijación del evento dañoso (características del hecho dañoso y la gravedad de la falta cometida)³²⁷.

Las pautas cualitativas subjetivas de valoración – los hábitos, las costumbres y las conductas³²⁸ - se encuentran ligadas entre sí, conformando un solo factor de valoración del aspecto psicológico de la persona, que permite acceder a los conceptos que la integran y que la distinguen de otros sujetos³²⁹.

A esta altura, habiéndose realizado las operaciones anteriormente descritas, se conoce la lesión y la personalidad del afectado. De ahí, “sin más”, se puede conocer cómo y con qué intensidad se dañó de forma irreparable la íntima sensibilidad de la persona. Se puede advertir la existencia de un antes y un después del hecho dañino y, como si fuera una resta de las situaciones de la víctima, se define la merma producida y todas las consecuencias disvaliosas en sus hábitos y costumbres –que se desenvolvían mediante el uso de los bienes

³²⁵ Quintanilla, Marcelo R.; *op. cit.*, pág. 158.

³²⁶ Quintanilla, Marcelo Rop. cit., pág. 132.

³²⁷ Según la posición que ocupe el dañado dentro de éstas categorías podrá valorarse mayores o menores perjuicios, sin que brinde el autor pautas rígidas ni taxativas al respecto. Cfr. Quintanilla, Marcelo R.; *op. cit.*, págs. 137 y ss.

³²⁸ Los hábitos son actos adquiridos por repeticiones constantes y de la misma especie; las costumbres son actividades no pecuniarias que se ejecutan con periodicidad (en lo que importa al daño moral); Las conductas son medios de exteriorización de los hábitos y costumbres de las personas. Cfr. Quintanilla, Marcelo R.; *op. cit.*, págs. 141 y ss.

³²⁹ Quintanilla, Marcelo R.; *op. cit.*, págs. 141 y ss.

personalísimos dañados: de forma permanente, transitoria, total, parcial, sucesiva o instantánea-330.

La lesión a los bienes personalísimos y el resultado negativo que representa la privación de facultades que no pueden ejercerse a consecuencia del hecho dañoso, son los objetos a ponderar para poder dimensionar la cuantía de la indemnización; y, para esa tarea, es necesario efectuar su valoración con base en la “experiencia común como indicador del sentimiento de una sociedad que aprecia de manera similar las conductas de los individuos³³¹, pese a que para la comunidad carecen de todo valor económico.

La incapacidad moral³³², en cuanto afecta el ejercicio normal y regular de la facultad de actuar, debe ser indemnizada con sumas acorde al perjuicio sufrido³³³, que permitan compensar la ofensa y satisfacer al agraviado. Para lograrlo se tiene que arribar a una solución idónea como parámetro material, que guarde vinculación con las características de las consecuencias derivadas de la lesión moral³³⁴. Sin embargo, no determina una forma universal y concreta de cuantificar el daño moral, sino que se dan algunas pautas según el tipo de bien personalísimo dañado.

De forma no excluyente, para cada bien personalismo se señalan nociones que pueden guiar a determinar bienes económicos sucedáneos, y de valor determinable, que en algún punto guarden relación con el bien moral dañado.

Para lesiones a la vida, se propone acudir a las actividades recreativas del damnificado, hobbies, espectáculos, distracciones. Estas actividades contienen valores económicos que pueden servir como parámetros de cuantificación pecuniaria, en relación a su frecuencia y tiempo. Al monto que se fije se debe sumar, prudencialmente, los momentos íntimos de características morales,

³³⁰ Quintanilla, Marcelo R.; *op. cit.*, pág. 159.

³³¹ Quintanilla, Marcelo R.; *op. cit.*, pág. 159.

³³² Quintanilla, Marcelo R.; *op. cit.*, pág. 160.

³³³ Quintanilla, Marcelo R.; *op. cit.*, pág. 167.

³³⁴ Quintanilla, Marcelo Rop. cit., pág. 166.

pudiéndose duplicar la suma que resulte con fundamento en la sola “arbitrariedad”. Existe para el autor un margen para el prudente arbitrio judicial³³⁵.

La lesión a la libertad puede referenciar su resarcimiento dinerario en el valor de las actividades que le gustaba realizar a la víctima y que se vio impedida de hacer mientras duró la transgresión a este derecho. Estos valores son solo el inicio para llegar a una suma definitiva³³⁶.

Ante daños a la integridad psicofísica, es posible atender al daño patrimonial causado por lesiones físicas, psíquicas y estéticas para tener una aproximación al daño moral sufrido. Desde allí podrá conocerse que bienes y servicios serán necesarios para compensar el daño moral sufrido. Especialmente debe tenerse en cuenta “la privación del ejercicio de facultades y aliviar las molestias propias de la incapacidad corporal”³³⁷

En daños al honor causados por la difusión de imágenes en la prensa, el quantum indemnizatorio podría ser la ganancia que se obtuviera de la difusión, con el cuidado de no exceder el beneficio obtenido porque pasaría a ser una sanción y no un resarcimiento. Cuando el medio de daño al honor sean calumnias e injurias, puede atenderse a la capacidad económica de la víctima, el grado de trascendencia pública del acto lesivo y la gravedad del hecho que el ofensor hubiese expresado son relevantes para fijar el resarcimiento económico³³⁸.

1.3.4 Método propuesto por el Dr. Galdós.

El Dr. Galdós se ocupó del tema al comentar el fallo de la CSJN: Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros, de fecha 12/4/2011. Al margen de la transcripción del fallo, de votos de la Dra.

³³⁵ Quintanilla, Marcelo R.; *op. cit.*, pág. 168.

³³⁶ Quintanilla, Marcelo Rop. cit., pág. 170

³³⁷ Quintanilla, Marcelo R.; *op. cit.*, pág. 172.

³³⁸ Quintanilla, Marcelo R.; *op. cit.*, págs. 173 y 174.

Highton de Nolasco –cuando era jueza de Cámara-, y de la sala II de la Cámara de Apelaciones de Bahía Blanca, el reconocido jurista destina los párrafos finales a la conclusión, que creemos, entraña su opinión sobre el tema.

En definitiva, dice Galdós, “el daño moral puede "medirse" en la suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones, esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial. Por ejemplo, salir de vacaciones, practicar un deporte, concurrir a espectáculos o eventos artísticos, culturales o deportivos, escuchar música, acceder a la lectura, etc. El dinero actúa como vía instrumental para adquirir bienes que cumplan esa función: electrodomésticos, artefactos electrónicos (un equipo de música, un televisor de plasma, un automóvil, una lancha, etc.), servicios informáticos y acceso a los bienes de las nuevas tecnologías (desde un celular de última generación a un libro digital). Siempre atendiendo a la "mismidad" de la víctima y a la reparación íntegra del daño sufrido”³³⁹.

Además, el autor encuentra como ventaja de este método que “puede integrarse y completarse con otros, es compatible con cualquiera de las tesis a la que se acuda para su caracterización: como lesión a un derecho, a los bienes jurídicos tutelados o a los intereses extrapatrimoniales afectados”³⁴⁰.

³³⁹ Galdós, Jorge Mario; *El daño moral (como "precio del consuelo") y la Corte Nacional*, RCyS2011-VIII, 176 - RCyS2011-XI, 259, Fallo comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2011-04-12, Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros.

³⁴⁰ Galdós, Jorge Mario; *ibídem*.

Respecto al caso, no compartimos el optimismo del respetado jurista, puesto que si bien es cierto que la CSJN ha expresado en el fallo argumentos en favor de la “teoría del precio del consuelo” no han sido más que *obiter dictum*. Al momento de cuantificar el daño, no hubo referencia alguna a los gustos de la víctima ni a bienes de mercado que pudieran enjugar sus padecimientos morales; el alto tribunal se limitó a hacer lo que hace siempre, que es cuantificar en base a prudencia fijando la suma de \$15.000 sin que pudiera saberse el mecanismo mental por el que se la fijó y, mucho menos, la esencial mayor o menor justicia de esa cifra para el caso en comparación con otras. A tenor de los hechos y al nivel de formación de la víctima; que a su vez, carga con tres hijos, la suma otorgada en 2011 no le permitiría acceder a un nivel de bienes suficiente para compensar aproximada la terrorífica situación de recibir un disparo en la pierna. Por su escases para adquirir bienes en el mercado, nadie en su sano juicio hubiera aceptado esa suma por recibir un disparo –que

1.3.5 Método propuesto por el Dr. Santarelli.

El profesor de la Universidad de Buenos Aires tiene en cuenta las enseñanzas de Iribarne sobre la referencia al precio de los bienes del mercado para llevar a cabo cuantificación de la indemnización daño extrapatrimonial. Partiendo desde ese punto, desde su particular aporte nos dice tres cuestiones muy precisas que hacen a la aplicación en el caso práctico de la teoría del pretium consolationis³⁴¹.

La primera de las cuestiones indicadas, es identificar las penurias concretas e individualizar los medios de goce a conceder. En este sentido, la reparación idónea es la que suministra a la víctima bienes de consuelo relacionados con la índole del bien frustrado; o sea, “es menester determinar la causa del daño espiritual para identificar bienes concretos que consuelen a la víctima”. La segunda cuestión, es atinente a la actividad del abogado en el proceso, recomendando el autor “exhibir los padecimientos concretos que -las más de las veces- surgirán del contraste entre el estilo de vida anterior y posterior al ilícito. Esta tarea conlleva la actividad probatoria pertinente, que no debe ser cercenada por el tribunal”. Por último, la tercera cuestión a considerar, es que el daño no patrimonial no se compensa, sino que se satisface por sucedáneo y, por lo tanto, el afectado requiere la punición como parte de la satisfacción; porque “en la magnitud de la indemnización hallará consuelo para su dolor”³⁴².

pudo ser mortal y la víctima no lo sabía hasta bien adelantado el tratamiento-, por ende, se muestra la cifra cómo adecuada compensación, a la luz de la teoría del precio del consuelo.

³⁴¹ Santarelli, Fulvio; *La cuantificación del daño extrapatrimonial*, Revista de Derecho de Daños, Tomo: 2009 - 3. Daños a la persona, págs. 231 y ss., RC D 2102/2012.

³⁴² Santarelli, Fulvio; *ibidem*.

1.4 Doctrinas que apelan de forma directa al uso de precedentes jurisprudenciales.

1.4.1 Método propuesto por el Dr. Jorge W. Peyrano.

El jurista rosarino escribió uno de los trabajos más influyentes en la materia y propuso la cuantificación judicial *iuris tantum* para superar la anarquía reinante en la cuantificación del daño moral.

Son base de su investigación, las posturas de reputados juristas argentinos y el análisis de la jurisprudencia. En general, de ambas, llega a la conclusión de que los juristas no se oponen a toda tarificación del derecho de daños, sino a una rígida estandarización legal de los montos indemnizatorios. Sí podría aceptarse una tarificación judicial que respete al mismo tiempo el valor predictibilidad y la naturaleza resarcitoria del daño moral³⁴³.

La tarificación debe ser judicial, porque cada fallo que se tiene en cuenta es un “*posterius* y no un *priori*” y los parámetros que se conforman se componen por criterios coincidentes que se reiteran en lo esencial respecto al daño moral. Con la madurez de la aplicación judicial del criterio propuesto, podrían estructurarse paulatinamente baremos al estilo italiano fruto de la recopilación y ordenamiento de los precedentes, para lograr mayor facilidad en el acceso al conocimiento de los montos indemnizatorios que usualmente se mandan a pagar en casos similares³⁴⁴.

Progresivamente, en base a las resoluciones judiciales, se sugiere organizar tablas de estimación decrecientes según las situaciones objetivas a reparar, partiendo con el máximo por la muerte de un hijo para el padre –en abstracto, el mayor daño moral a criterio del autor-, para luego contemplar con menor nivel resarcitorio a otros casos como la muerte de los padres, lesiones, etc.³⁴⁵.

³⁴³ Peyrano, Jorge W.; *De la tarificación judicial “iuris tantum” del daño moral*, “Jurisprudencia Argentina”, T° 1993-I, pág. 877 y ss.

³⁴⁴ Peyrano, Jorge W; op. cit., T° 1993-I, pág. 880.

³⁴⁵ Peyrano, Jorge W; op. cit., pág. 880.

Los jueces pueden ir determinando montos para las situaciones análogas y de esa forma a cada tipo de lesión le corresponderá un monto indemnizatorio flexible (la tarificación es indicativa), ya que en cada caso se puede atender a sus circunstancias y a las pruebas producidas para justificar el incremento o disminución de la suma dineraria de la escala. De esta manera, se recepta la posibilidad de que el método de cuantificación del daño moral sea apto para fijar el quantum en casos que pese a que no son objetivamente graves sí aparejan un gran daño moral; y, por el contrario, casos que pese a poder tenerse por acreditado el daño moral no se ha sufrido en realidad. En todo caso la prueba de las cuestiones extraordinarias le corresponde a quien las invoque. En caso de duda de su existencia, el juez debe preferir atenerse a la tarifa objetiva y abstracta³⁴⁶.

1.4.2 Método propuesto por el Dr. Mendelewicz.

En diversas obras³⁴⁷, de forma muy clara, el autor sostiene que la cuantificación del daño moral es soberanía del magistrado en un sistema de evaluación abierto sin reglas concretas, que ha llevado a que se convirtiera la tarea en una cuestión aleatoria con gran divergencia ante casos similares. Para evitar el resultado fortuito, “resulta conveniente que los jueces utilicen criterios de evaluación similares para casos similares”³⁴⁸. De la misma forma que se acude a la jurisprudencia para uniformar criterios interpretativos de la ley, se puede también aunar criterios de cuantificación del daño moral mediante un baremo de decisiones judiciales.

El sistema judicial de cuantificación de daños que se publica en consultas.pjn.gov.ar/cuantificacion/civil/ permite, según el autor: 1)

³⁴⁶Peyrano, Jorge W.; De la tarificación judicial “*iuris tantum*” del daño moral, “Jurisprudencia Argentina”, T° 1993-I, pág. 880 y 881.

³⁴⁷ Mendelewicz, José; *Cuantificación judicial del daño moral*, “Doctrina Judicial”, año XXV, N° 3 del 21/01/2009, Págs. 103 y ss.; *Apuntes sobre la cuantificación del daño moral*, “El Derecho”, T° 240, págs. 1046 y ss.; *La sistematización de los precedentes judiciales. Herramienta para la cuantificación del daño moral*, “El Derecho”, T° 238, págs. 1028 y ss.

³⁴⁸ Mendelewicz, José; *Cuantificación judicial del daño moral*, “Doctrina Judicial”, año XXV, N° 3 del 21/01/2009, Págs. 104.

Obtener parámetros orientativos para valorar el daño a través de sentencias de casos parecidos; 2) Estimular la resolución alternativa de conflictos; 3) Evitar falsas especulaciones sobre el resultado del litigio; y, 4) mermar la cantidad de litigios³⁴⁹. El sistema, como parámetro objetivo, serviría de guía para demandantes y jueces para saber cuánto pedir y por cuanto condenar³⁵⁰ en base a comparaciones con casos análogos³⁵¹.

1.5 Doctrinas que han señalado criterios para la cuantificación del daño moral causado por determinados tipos de lesiones.

1.5.1 Daño moral causado por lesiones a los derechos personalísimos.

1.5.1.1 Daño moral causado al honor, la imagen e intimidad.

1.5.1.1.1 Pautas propuestas por los Dres. Rivera, Giatti y Alonso.

De la investigación de los tres juristas, surge que el daño moral causado por la violación de los derechos al honor, la imagen y la intimidad adquiere ribetes especiales en virtud de la particular naturaleza y características de los derechos implicados. Cualquier reclamo que se formule en sede judicial debe especificar en qué consiste y explicar cómo fue que afectó a la persona la conducta antijurídica. Se destaca que no es suficiente la simple invocación genérica de haberse sufrido un daño³⁵².

El perjuicio puede probarse por prueba directa de su existencia y alcance; y, principalmente, de forma indirecta por el juicio razonable de probabilidad que puede efectuar el magistrado fundamentado en reglas de la experiencia de la vida, que permiten tener por acreditada a

³⁴⁹ Mendelewicz, José; op. cit., Págs. 105.

³⁵⁰ Mendelewicz, José; *Apuntes sobre la cuantificación del daño moral*, “El Derecho”, Tº 240, pág. 1047.

³⁵¹ Mendelewicz, José, *La cuantificación del daño moral en las cuestiones de familia*, “Revista de familia y de las personas”, Año 2, Nro. 9, octubre de 2010, pág. 16.

³⁵² Rivera, Julio César; Giatti, Gustavo; Alonso, Juan Ignacio; *La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidad y la imagen*, “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, Tº 2006-2 Honor, imagen e intimidad, pág. 419.

la reacción espiritual en la víctima y la aptitud de la agresión para producirla³⁵³.

La indemnización que se determine no debe ser un enriquecimiento sin causa que la convierta en lucrativa para el reclamante; pero, tampoco debe perderse de vista la finalidad ejemplar de la responsabilidad civil tendiente a desalentar hechos dañosos, que amerita la existencia de montos resarcitorios de alguna importancia. Para llevar adelante la tarea de cuantificar el daño moral, entonces, cobra importancia el empleo de criterios que la doctrina y la jurisprudencia han aplicado; entre los cuales se señala: a) la naturaleza de la ofensa; b) el prestigio de la víctima; c) Las circunstancias personales de la víctima; d) el nivel de difusión de la noticia periodística; e) que el monto desaliente conductas lesivas; f) el carácter reparador de la indemnización³⁵⁴.

1.5.1.1.2 Daño moral causado por publicación no consentida de fotografías.

1.5.1.1.2.1 Pautas propuestas por las Dras. Boietti y Di Prospero.

Para las autoras, cuyas ideas reproducimos, la indemnización del daño moral no puede ser determinada por cánones objetivos. Por contrario, se encuentra sujeta a la prudente ponderación del juez, quien tiene la tarea de fallar sobre la lesión a las afecciones que sufre en el espíritu el damnificado según sus vivencias personales. Para ello, en primer lugar se tiene que tener en cuenta la gravedad objetiva del daño. Si éste surge de la violación de la voluntad de una persona contraria a la publicación de una fotografía, efectuada con posterioridad a que hubiese manifestado la oposición, corresponde analizar la difusión que ha tenido el medio empleado³⁵⁵.

También debe ser considerada la personalidad de la víctima y la del autor del hecho, la extensión del perjuicio, los efectos sobre la

³⁵³ Rivera, Julio César; Giatti, Gustavo; Alonso, Juan Ignacio; *op. cit.*, pág. 419.

³⁵⁴ Rivera, Julio César; Giatti, Gustavo; Alonso, Juan Ignacio; *op. cit.*, pág. 419 y ss.

³⁵⁵ Boietti, Cristina; Di Prospero, Mariana; *Reparación del daño moral*, "La Ley", 1990-A, pág. 250.

sensibilidad del afectado y su seguridad. La naturaleza del daño moral determina que el juez deba tener en cuenta la intensidad, calidad, extensión temporal. Sin embargo, el quantum de la indemnización no puede determinarse de forma directa a partir del daño moral. Entra en juego allí la prudencia del juez que debe fijarlo³⁵⁶.

1.5.1.1.3 Daño moral causado por denuncias penales culposas.

1.5.1.1.3.1 Pautas de valoración y cuantificación propuestas por los Dres. Aita Tagle y Cornet.

Los autores señalan que le corresponde al juez valorar el daño moral según su gravedad o entidad objetiva de conformidad con las circunstancias del caso: para efectuar la mayor aproximación al perjuicio moral real, se puede acudir a la jurisprudencia para hallar las pautas valorativas que permiten arribar a todos los aspectos o circunstancias influyentes en la modificación disvaliosa del espíritu. Los precedentes, según señalan, no agotan allí su utilidad; pues, también, se los puede analizar para fijar indemnizaciones similares a las asignadas por perjuicios espirituales equivalentes³⁵⁷.

Precisamente, para casos de denuncias penales culposas, se recomienda atender a las siguientes circunstancias: a) las condiciones personales de la víctima; b) la propagación de la ofensa; c) las influencias de las ofensas en el empleo; d) las características del proceso penal originado con la denuncia; e) la gravedad del delito denunciado³⁵⁸. Cada uno de estos puntos son desarrollados por los autores:

³⁵⁶ Boietti, Cristina; Di Prospero, Mariana; *op. cit.*, pág. 250.

³⁵⁷ Aita Tagle, Fernando; Cornet, Santiago; Algunos aspectos sobre la responsabilidad civil por denuncia penal culposa: influencia del proceso penal, prueba de la culpa y pautas para la valoración y cuantificación del daño moral, “La Ley Córdoba”, 2009, pág. 282.

³⁵⁸ Aita Tagle, Fernando; Cornet, Santiago; *op. cit.*, pág. 283 y 284.

a) Las condiciones personales de la víctima incluyen la edad, sexo, profesión, carencia de antecedentes penales, estado de salud, estado de embarazo y reputación moral, entre otras³⁵⁹.

b) La propagación de la ofensa influye en el perjuicio según haya sido mayor o menor y, por consiguiente, podrá tener efectos sobre el monto indemnizatorio a determinar, aumentándolo o disminuyéndolo en relación al nivel de difusión que haya alcanzado la denuncia y la existencia de la causa penal³⁶⁰.

c) La influencia de la ofensa en el empleo también debe ser computada si excluye al actor del mercado laboral, afecta las posibilidades laborales futuras, afecta el equilibrio existencial o el bienestar sicofísico del damnificado, entre otras consecuencias nocivas –ya que las formulaciones que explicitan los autores no tienen carácter taxativo-³⁶¹.

d) Las características del proceso penal que dio curso la denuncia tienen relevancia en el perjuicio, según sea largo o breve, simple o complejo. También es relevante la existencia de detención del imputado³⁶².

e) La gravedad del delito denunciado, como pauta de valoración, implica advertir las diferencias entre los daños que puede causar la atribución falsa de los diferentes delitos. Con razón, indican los autores que no es igual el descrédito consecuente de la imputación del delito de amenazas que el que puede emerger de la acusación de homicidio agravado por el vínculo³⁶³.

Desaconsejan los juristas el empleo de pautas de orden económico como son el sueldo de la víctima y su nivel económico, por ser ajenas al daño moral que sufre una persona, que en nada se ve afectado en más o menos por la situación económica de cada cual. Tampoco se recomienda considerar al sobreseimiento con efecto

³⁵⁹AitaTagle, Fernando; Cornet, Santiago; *op. cit.*,2009, pág. 283.

³⁶⁰AitaTagle, Fernando; Cornet, Santiago; *op. cit.*, pág. 284.

³⁶¹AitaTagle, Fernando; Cornet, Santiago; *op. cit.*, pág. 284.

³⁶²AitaTagle, Fernando; Cornet, Santiago; *op. cit.*, pág. 284.

³⁶³AitaTagle, Fernando; Cornet, Santiago; *op. cit.*, pág. 284.

neutralizador, ni otorgarle los mismos efectos a una resolución que revoca una sanción administrativa³⁶⁴.

1.5.1.1.4 Daño moral por lesión al derecho a la identidad.

1.5.1.1.4.1 Daño moral causado por falta de reconocimiento voluntario de los hijos.

1.5.1.1.4.1.1 Pautas propuestas por el Dr. Culaciati.

El autor analiza la doctrina y la jurisprudencia y llega a señalar algunos aspectos relevantes para cuantificar el daño moral causado por padres que no han reconocido voluntariamente a sus hijos. Sujeta la determinación de la indemnización al criterio del juzgador, según las circunstancias del caso y los padecimientos sufridos por hijo³⁶⁵.

Para él, son aspectos relevantes en la caracterización del caso y en el reconocimiento de las secuelas dañosas del hecho: a) La edad del niño y el transcurso de tiempo sin que se produzca el reconocimiento; b) el rótulo de “hijo de madre soltera”; c) la actitud renuente del progenitor; y, d) desamparo producido por la falta de figura paterna.

Las circunstancias indicadas merecen una explicación mayor a su sola mención. En efecto, cabe agregar que la edad del niño es trascendente, en virtud de que el daño será mayor a medida que más tiempo pase sin el reconocimiento. La falta de reconocimiento afecta de singular forma en cada etapa de la vida, por ejemplo en la adolescencia, según las distintas sensibilidades y necesidades de reconocimiento y afecto. Carecer de reconocimiento paterno, lleva a que se rotule a la persona de forma disvaliosa frente a su entorno social; de esa forma, se daña la vida de relación del hijo, por forzarlo a llevar “el sello de la ilegitimidad”.

Otra de las consecuencias perniciosas que debe valorarse es la carencia de la figura paterna –o materna agregamos nosotros- cuyo rol

³⁶⁴Aita Tagle, Fernando; Cornet, Santiago; *op. cit.*, págs. 284 y 285.

³⁶⁵ Culaciati, Martín Miguel; *El daño moral ante la falta de reconocimiento voluntario del hijo*, “Doctrina Judicial”, 13/01/2010, págs. 53 y ss.

es esencial en la conformación de la personalidad del niño, sin posibilidad de reemplazo por el rol ambivalente que pueda jugar el progenitor responsable³⁶⁶.

Por último, se da importancia a la actitud que asuma el progenitor en el proceso como un aspecto digno de ser considerado por el juez para cuantificar el daño moral sufrido por el niño como consecuencia del actuar de su padre³⁶⁷.

1.5.1.1.5 Daño moral causado por lesiones a vida y la integridad psicofísica.

1.5.1.1.5.1 Pautas propuestas por la Dra. Gandolla.

Pone de manifiesto la autora que no hay parámetros objetivos para cuantificar el daño moral; puede que por ello, en su estudio se enfoca, en búsqueda de clarificar el problema de dar entidad económica al perjuicio, en el daño moral causado en casos de lesiones físicas y muerte³⁶⁸.

En los casos de incapacidad, se cuenta con el daño físico como dato que permite establecer una relación cualitativa con el daño moral. Por supuesto, no es una vinculación cuantitativa la que existe entrambos, pero la existencia del daño físico acredita la del daño moral *in re ipsa*. Cuando el daño físico no produce secuelas incapacitantes, también puede proceder la determinación de una cuantiosa indemnización del daño moral sufrido durante la convalecencia, tratamientos y la recuperación; la falta de repercusiones disvaliosas permanentes, no indica que no exista este otro tipo de perjuicio³⁶⁹. El aspecto relevante, a su entender, radica en que la

³⁶⁶ Culaciati, Martín Miguel; *op. cit.*, págs. 53 y ss.

³⁶⁷ Culaciati, Martín Miguel; *op. cit.*, págs. 53 y ss. Sobre este punto sugerimos extremar la prudencia del juez, porque las demandas son contestadas por los letrados, que a su vez dirigen técnicamente el proceso y determinan el curso de acción a seguir. Además, muchas las expresiones negativas o injuriantes que se consignan en los escritos judiciales no son leídas por el niño y ni siquiera por la madre o padre, sino por su apoderado o patrocinante.

³⁶⁸ Gandolla, Julia Elena; *La ardua tarea jurisdiccional de cuantificar los daños*, “Revista de Derecho de Daños”, 2004-3, pág. 225.

³⁶⁹ Gandolla, Julia Elena; *op. cit.*, pág. 225.

injuria física no sea insignificante, puesto que las lesiones menores no justifican el reconocimiento del daño moral³⁷⁰.

El juzgador, que debe computar los datos del expediente, tiene un campo discrecional amplio para determinar el monto de la indemnización, porque no hay más parámetros o esquemas generales para encuadrar el resarcimiento sin líneas definidas ni guías objetivas. Todas las constancias de los hechos, sus derivaciones físicas, psíquicas, familiares, sociales y económica sirven para conformar la convicción respecto al monto de la indemnización que se debe fundamentar acabadamente en la sentencia³⁷¹.

Cuantificar el daño moral por muerte representa una tarea más simple que la anterior, porque, por lo general, los tribunales admiten conceder ante casos de muerte de cónyuges, padres e hijos sumas similares para cada tipo de casos. Pueden existir circunstancias que merezcan soluciones especiales, por ejemplo, la muerte del único hijo, o la de un familiar que ha sufrido una agonía muy dolorosa. En estos casos es razonable asignar mayores sumas indemnizatorias que las otorgadas en los demás pleitos³⁷².

Si los actores son varios sujetos y se les conceden reparaciones de distinto monto, se debe justificar adecuadamente la razón de ese trato diferenciado a cada damnificado. Se debe explicitar la fundamentación de la decisión para permitir la vía recursiva de quien no la comparta³⁷³.

³⁷⁰ Gandolla, Julia Elena; *op. cit.*, pág. 226.

³⁷¹ Gandolla, Julia Elena; *op. cit.*, 2004-3, pág. 226.

³⁷² Gandolla, Julia Elena; *op. cit.*, pág. 227.

³⁷³ Gandolla, Julia Elena; *op. cit.*, pág. 227.

2. Métodos basados en fórmulas matemáticas que excluyen el criterio del juez.

2.1 Método propuesto por los Dres. Ghersi y Weingarten.

Ghersi intenta alcanzar una teoría lógica y pragmática sobre el significado de los sentimientos del hombre, su lógica de pensar³⁷⁴, el daño y la reparación mediante el uso de modelos cuánticos³⁷⁵. A ese fin, emplea como método la observación fenomenológica de realidades socioeconómicas y estructuras ideológicas, “con la dinámica de las relaciones humanas, como teoría de las ideas y no como meras afirmaciones dogmáticas derivadas de otras afirmaciones acientíficas y ficticias, como lo hace el constructivismo jurídico”³⁷⁶. También se sirve del pensamiento proveniente de la sociología, la economía, la psicología social y el psicoanálisis clásico para conocer las expresiones de los sentimientos y los procedimientos del conocimiento humano, en los que se asienta el daño³⁷⁷.

Desde la sociología y la psicología individual y social, formula la idea universal y perdurable de sentimiento, que así describe: “la continuidad genética incorpora al ser humano un fenómeno imposible de describir, que es el sentir, y los sentidos transmiten aspectos que equilibran y desequilibran al ser humano emocionalmente (desde la irracionalidad)”³⁷⁸. En el plano de la inteligencia –que se ve afectada por el daño psicológico- la transmisión genética suministra un elemento de conversión de hechos, acontecimientos e información, que permite la codificación para su entendimiento³⁷⁹.

La base empírica de la persona y la determinación de un modo de pensar con fundamento en juicios analíticos y sintéticos –que posean

³⁷⁴ Ghersi, Carlos A.; *Daño moral y psicológico*, 3ra. Ed. Actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2006, pág. 2.

³⁷⁵ Ghersi, Carlos A.; *op. cit.*, pág. 3.

³⁷⁶ Ghersi, Carlos A.; *op. cit.*, pág. 3.

³⁷⁷ En esta teoría el daño moral y el daño psicológico tienen distintos asientos dentro de los elementos que componen a la persona y se indemnizan de forma diferente, con autonomía, por el uso de métodos particulares.

³⁷⁸ Ghersi, Carlos A.; *op. cit.*, pág. 4.

³⁷⁹ Ghersi, Carlos A.; *op. cit.*, pág. 5.

dialéctica interna racional o identifiquen el pensar y el ser-, permiten crear modelos abstractos y universales que pueden ser explicados. De esa forma, los modelos cuánticos se componen por leyes de la lógica que son modelos de la realidad y dialéctica de conceptos.

Ha buscado los contenidos reales del sufrimiento y de la alegría o satisfacción de la gente –como fenómenos reflejos contrapuestos³⁸⁰- utilizando la empiria sociológica. Con ello, se ha tratado de establecer una conceptualización como modelo con tendencia a la universalización³⁸¹, para atravesar el fenómeno y convertirlo en conocimiento científico³⁸².

Con ayuda del pensamiento económico, sociológico y psicológico ha intentado encasillar estos fenómenos e identificar las cualificaciones de la pertenencia de la persona a un ámbito -como el de una clase social por ejemplo-. Y, desde ahí, estudiar cómo se comporta cada clase frente al dolor y cómo lo remedia. La participación del sujeto en una clase social –elemento de la estructura social- es determinante, como condicionante, que la psicología puede estudiar para conocer cómo piensan y se comportan los hombres en los hechos³⁸³. La Historia también colabora en la creación de los modelos, operando como corrector que permite conocer mejor el presente en la evolución de los conceptos relevantes del método que se sigue.

Los modelos basados en la empiria fenomenológica e histórica representan una idea subjetiva con mayor tendencia a su objetivación. Y, por su carácter contradictorio, en función de la consideración de la tristeza, sufrimiento-alegría, diversión³⁸⁴, permite cuantificar el daño moral (que es sintomatología del sufrimiento); porque éste es

³⁸⁰ Ghersi, Carlos A.; *op. cit.*, pág. 8.

³⁸¹ Ghersi, Carlos A.; *op. cit.*, pág. 6.

³⁸² Ghersi, Carlos A.; *op. cit.*, pág. 7.

³⁸³ Ghersi, Carlos A.; *op. cit.*, pág. 7.

³⁸⁴ El jurista nos dice que estos modelos contradictorio de tristeza, sufrimiento- alegría, diversión representan un camino dialéctico probado por historiadores, sociólogos, economistas, y que responde a la lógica del saber abstracto, que va desde la praxis a la abstracción

imposible de cuantificar, cosa que no ocurre con las alegrías y diversiones que son perfectamente medibles económicamente³⁸⁵.

Las situaciones particulares se pueden abstraer y contextualizarse en cada clase para establecer generalizaciones. De esta forma los fenómenos pasan a simbolizarse en lo pensado y el pensamiento. Lo pensado es un modelo de comunicación³⁸⁶ que puede relacionarse con casos concretos o abstractos y el pensamiento implica a la contingencia e historicidad en la dimensión científica – reflexiva-. Con ellos se puede diseñar de forma lógica un modelo de cuantificación económica del daño³⁸⁷.

El modelo opera introduciendo una “fuente”³⁸⁸ en el “conjunto ser humano” dañado –con estado de ánimo sufriente- que permita transformarlo en alegría-placer y armonizar el sistema³⁸⁹; se

³⁸⁵ Ghersi, Carlos A.; *op. cit.*, pág. 9.

³⁸⁶ Aprender y examinar.

³⁸⁷ Ghersi, Carlos A.; *op. cit.*, pág. 9.

³⁸⁸ Fuente es algún hecho o elemento real o ficticio –objetivo- que tenga la virtud de generar cambios en los estados de ánimo de la persona. La fuente que busca el autor es un sucedáneo que pueda causar alegría o satisfacción.

³⁸⁹ El Dr. Ghersi interpreta al ser humano como estructura homogénea y heterogénea, compuesta por cuatro elementos: psíquico, espiritual, biológico y emocional. Cada una de estas partes funciona coordinadamente con las demás en un conjunto armónico. Por ello la afectación del ánimo, es la alteración de un elemento del conjunto que repercute en el sistema y afecta la funcionalidad del todo.

El elemento emocional se compone por sentimientos contrapuestos de dolor (sufrimiento/angustia) y placer o alegría. Cuando se daña moralmente al sujeto priman los primeros y desbalancen todo el sistema, por ello el método de reparación del daño moral tiene que generar alegría o placer para compensar al hombre.

El elemento psíquico es asiento del daño psíquico y del daño psicológico, según se lesione el componente neurológico del cerebro o el lugar virtual donde se genera el pensamiento (representación ideal que el autor llama “El taller”) o recaiga el daño en el proceso mismo del pensamiento o en la acumulación de conocimiento. Ghersi, Carlos A.; *op. cit.*, págs. 223 y ss.

Por otro lado, cabe destacar que el elemento físico del hombre es asiento de lesiones a la integridad física que dan lugar a daño estético, daño biológico y estado vegetativo. El elemento espiritual es el asiento de la lesión a los derechos personalísimos, y su solo transgresión da lugar a un daño resarcible. Cfr. Ghersi, Carlos A.; Weingarten, Celia; *Tratado de daños reparables*, Ghersi, Carlos A (director); Weingarten, Celia (coordinadora), Buenos Aires, La Ley, 2008, tº I, págs. 200 y ss. y 324 y ss.

Se advierte el desglose del ámbito extrapatrimonial de la persona en diversos daños resarcibles que limitan el daño moral a: “la aflicción del ánimo, del sentir, que causa sin duda dolor y que produce el estado de enfermedad, concebido éste como una situación disvaliosa?”. Cfr. Ghersi, Carlos A.; *Daño moral y psicológico*, 3ra. Ed. Actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2006, pág. 181.

introduce un sucedáneo en sustancia para provocar un estado contrario al que padece la víctima³⁹⁰. Los estados de ánimo se compensan con un sucedáneo de naturaleza económica que impacta subjetivamente y genera el estado de ánimo contrario³⁹¹; y así, se restaura la armonía del individuo y se supera el estado de ánimo negativo. No se busca que primen los sentimientos positivos, sino la estabilidad³⁹².

El sucedáneo que se escoge con fundamento en la fenomenología son las vacaciones: porque las personas prefieren viajar en este momento histórico de la humanidad, como disfrute y conocimiento³⁹³; además, son cuantificables en dinero³⁹⁴.

El razonamiento del autor es más profundo, porque no se limita a seleccionar una de las tantas fuentes de disfrute posibles; sino que analiza económicamente una contradicción: trabajo-descanso que se muestra como una particular faceta de la dicotomía sufrimiento, dolor, congoja – alegría, placer. El trabajo en todas sus formas representa esfuerzo, fatiga, cansancio e incluso dolor; y, el descanso implica la reconstrucción del organismo. Por supuesto, dentro de la amplitud de posibilidades que ofrece el descanso, se eligió solo una de ellas, por ser la generalmente preferida por las personas.

Las vacaciones, entonces, será el generador de alegrías y sentimientos positivos que impacten en la situación dañosa de la persona y generen un nuevo equilibrio. Pero, no han de definirse con igualdad para todo género de individuos, sino en relación a la clase

Pare al autor, el daño moral, el físico, el psíquico, el psicológico y el espiritual dan lugar a resarcimientos autónomos respecto de los que son aplicables algunas pautas diferenciadoras.

³⁹⁰ Gheri, Carlos A.; *op. cit.*, pág. 188.

³⁹¹ El impacto es artificial y se crea con códigos culturales que sean aptos para provocar una situación de sustitución en el plano emocional del hombre. Por lo tanto, el modelo que se propone solo puede ser válido para la reparación del daño moral de personas culturizadas. Cfr., Gheri, Carlos A.; *op. cit.*, pág. 190.

³⁹² Gheri, Carlos A.; *op. cit.*, pág. 192.

³⁹³ Gheri, Carlos A.; *op. cit.*, pág. 196.

³⁹⁴ El método tiene su límite en una edad humana de aproximadamente ochenta años, cuando la persona se vuelve sedentaria y ya no quiere emprender viajes. Cfr., Gheri, Carlos A *op. cit.*, pág. 208. Sin embargo, utiliza el mismo método, basado en turismo vacacional, para cuantificar el daño moral de mayores de 80 años. Cfr. Gheri, Carlos A.; *op. cit.*, pág. 213 y ss.

social a la que pertenezcan, según las opciones reales asequibles para cada una y en relación a la edad del damnificado³⁹⁵.

En síntesis, resultan relevantes como datos del modelo: a) la edad cronológica del afectado; b) su nivel socioeconómico y cultural; c) la intensidad del daño moral sufrido que se conoce por medio de pericias. Con estos tres datos se puede formar una idea del daño causado y se puede dimensionar su contradictorio positivo, para luego cuantificar la indemnización con referencia al turismo vacacional. Se puede agregar un cuarto dato que no siempre estará presente: el período de formación intelectual.

Entonces, primero hay que conocer: la edad del dañado, su proceso de culturización, clase económica y cultural, grupo laboral y barrial, estado civil, valor de la salud y belleza. De tratarse de damnificados indirectos, cobra importancia la relación que tuvieron con el dañado y la convivencia que pudiera existir.

Luego, mediante pericia, corresponde determinar la personalidad sentimental con anterioridad al hecho dañoso para compararla con el modelo abstracto del 100% de intensidad de sentimientos y, así, fijar la base desde la que se referencia el impacto³⁹⁶. También mide el perito la intensidad del daño en la personalidad real del sujeto³⁹⁷, que puede verse modificada, en más o menos, según la personalidad del afectado. Al impacto definitivo del hecho sobre la personalidad del sujeto se lo denomina “intensidad absoluta”.

Es la intensidad absoluta la que se transforma en dinero para determinar la indemnización correspondiente al dañado. En este punto, entra en juego la ponderación del turismo vacacional,

³⁹⁵ Ghersi, Carlos A.; *op. cit.*, pág. 204.

³⁹⁶ Ghersi, Carlos A.; Weingarten, Celia; *Tratado de daños reparables*, Ghersi, Carlos A (director); Weingarten, Celia (coordinadora), Buenos Aires, La Ley, 2008, t° I, pág. 239.

³⁹⁷ A modo de ejemplo, los profesores grafican un caso en el cual la base de la persona es del 80% sobre el 100% abstracto, y la intensidad del hecho exterior es del 15%. Según la personalidad real del sujeto, la intensidad del hecho exterior puede aumentar en términos absolutos por las bajas defensas del sujeto o disminuir por la baja personalidad real. En el caso concreto el perito debe fundar esa mayor o menor intensidad. Cfr., Ghersi, Carlos A.; Weingarten, Celia; *op. cit.*, pág. 240.

pudiendo probarse la real situación de la víctima o acudir a la estadística.

En todo caso, la cantidad de días de descanso y vacaciones gozados al año se toma en cuenta como parámetro a determinar. En caso de acudirse a la estadística, debe contemplarse que el 100% de los días del año son 365. Sobre ese total se trabaja 280 días y se descansa aproximadamente 85 días (en promedio, considerando sábado medio día, domingos y licencias promedio LCT)³⁹⁸.

Se multiplica el porcentaje de intensidad absoluta del hecho dañoso por la cantidad de días de vacaciones que le corresponden al sujeto. Y, de esa forma, se identifica el número de días de descanso anuales que se requieren para paliar el daño moral. Estos días corresponden solo al año del hecho, pero el daño moral se calcula hasta el final de la esperanza de vida de un ser humano en el país. Sin embargo, la cantidad de días de vacaciones anuales, que se requiere como sucedáneo del daño moral, no se mantiene constante hasta el fin de la vida; porque el perjuicio mengua con el paso del tiempo hasta llegar a cero. Por ello, decrece la cantidad de días de vacaciones anuales conforme pasan los años y se tiene que determinar un nuevo número anualmente hasta llegar a cero sobre el final de la vida expectable³⁹⁹.

Se debe establecer la cantidad de días de descanso entre la edad de la víctima y la expectativa de vida, para conocer la totalidad de días en especie aplicables para indemnizar el daño moral⁴⁰⁰. Esta cantidad de días se convierte en dinero, también con auxilio de la estadística o con las pruebas del caso concreto.

³⁹⁸ Es sencillo adaptar este razonamiento a las circunstancias reales del caso.

³⁹⁹ En el ejemplo que dan los juristas, con un 15% de intensidad absoluta del daño y una edad de 40 años de edad, hay que determinar primero las vacaciones anuales del año en que sucedió el hecho dañoso y para ello se multiplica 15% x 85 días no laborales, lo que da 12, 75 días de vacaciones. Esta cantidad de días se debe considerar en proyección disminuyente, tendiente a cero, hasta el final de la esperanza de vida INDEC (Ej. 83 años); por lo que restan 43 años a tener en cuenta.

⁴⁰⁰ Se indica que la cantidad de días de vacaciones entre los 40 y 83 años se determina mediante programas.

La conversión de días de descanso en una suma de dinero requiere de la referencia al gasto en turismo que se realiza; por ello puede acudir a la prueba de la realidad o tenerse en cuenta los promedios normales, por ejemplo: el gasto del importe de un sueldo y aguinaldo en el tiempo promedio de vacaciones (15 días).

Si se divide la suma de un sueldo más aguinaldo del sujeto dañado sobre la cantidad de días de vacaciones promedio, se obtiene el importe que se gasta en un solo día de vacaciones. A este número se lo debe multiplicar por la cantidad de días de vacaciones ya fijadas y, de esa forma, se calcula el total de la indemnización.

2.2 Método propuesto por el Grupo de Análisis de Criterios. 401

La investigación que llevaron a cabo magistrados y juristas puso a prueba un procedimiento para el análisis de criterios jurídicos y judiciales aplicable a diversos campos de estudio y lo emplearon para analizar ámbito de las normas civiles que regulan el resarcimiento del daño moral: artículos 522, 1069, 1078, 1083 del código Civil Argentino. De la lectura de las normas, surge que la ley abre la puerta para que en ciertos casos los jueces fijen una indemnización monetaria del daño moral en favor de quienes el legislador legitima; pero no se define que es el daño moral, ni se señala en qué casos procede, ni cómo se determina su cuantía. Todos estos aspectos no regulados quedan sujetos a criterio del juzgador⁴⁰².

Ante el silencio de la ley, entienden que el magistrado tiene que superar algunos interrogantes. El primero consiste en determinar los límites de su propia discreción: la ley escrita siempre deja espacio para la discreción del juez porque se compone de un lenguaje normativo

⁴⁰¹ Equipo de Investigación de la Universidad Nacional de Buenos Aires conformado por Ricardo V. Guarinoni (codirector), Martín A. Cristello, Carlos A. Domínguez, Carlos J. Molina Portela, Liliana Rodríguez Fernández, Jorge Arturo Cerdio Herrán, Iván Tolnay de Hagymassy, Ricardo A. Guibourg (Codirector), Grupo de Análisis de Criterios; *Análisis de decisión judicial. El daño moral. Resultados de una investigación*, “Responsabilidad Civil y Seguros”, 2010-XII, pág. 242 y ss.

⁴⁰² Grupo de Análisis de Criterios; *Análisis de decisión judicial. El daño moral. Resultados de una investigación*, “Responsabilidad Civil y Seguros”, 2010-XII, pág. 242 y ss.

inevitablemente vago; pero, en el caso del daño moral, la misma norma habilita a imponer una condena indemnizatoria sin imponerle el deber de condenar ante ciertas condiciones. Así dicho, la reparación del daño moral parece más una merced que incluso puede ser reducida según la relevancia del patrimonio del deudor en casos de ilícitos culposos (art. 1069 C.C.).

El segundo interrogante que se planteará el juez se vincula al concepto del daño moral. El juez, tras analizar los hechos del caso, debe determinar si se ha producido este tipo de perjuicio y si el sustrato fáctico se encuadra en la figura. Esta tarea requiere de una definición sobre que es el daño moral⁴⁰³.

El tercer interrogante se produce en torno a la gravedad del daño moral sufrido, lo que exige examinar otra vez los hechos, y de manera explícita o intuitiva, se debe mirar con criterio personal y razonable a las características fácticas que se juzgan relevantes dentro de las infinitas coyunturas que componen el caso. El criterio del juez puede extrapolarse a otros casos en que sean relevantes los mismos aspectos pese a las muchas diferencias, y ser revelador de definición del concepto de gravedad del daño moral⁴⁰⁴.

El cuarto interrogante que debe responder el juez es la traducción económica de la gravedad del daño moral. Este punto importa grandes dificultades porque no existe equivalencia entre sentimientos y dinero y, a su vez, incluso cuando se acepta una posible función de intercambio entre ambos, no se perciben de igual forma y bajo los mismos parámetros por las distintas personas. Se necesita para resolver este último interrogante de alguna especie de cálculo que se encuentra implícito en cada decisión⁴⁰⁵; pero, para llevarlo al campo

⁴⁰³ Grupo de Análisis de Criterios; *op. cit.*, pág. 242 y ss.

⁴⁰⁴ Grupo de Análisis de Criterios, *op. cit.*, pág. 242 y ss.

⁴⁰⁵ Explican los investigadores, que el cálculo matemático siempre está presente en la mente del juez cuando decide el importe de la condena. En obligaciones de dar sumas de dinero el cálculo es explícito y pacífico, pero en otros daños-como el daño moral- el proceso se desarrolla en el subconsciente del magistrado y emerge como un resultado determinado “a ojo de buen cubero” sin que se desarrolle el razonamiento en la sentencia. Si no se pone de manifiesto el razonamiento del juez – la ecuación y sus variables- y permanezca en la oscuridad, se priva a la comunidad de la

de la racionalidad es necesario que sea identificable, que esté expresado y debatirlo con las razones que puedan sostenerlo o criticarlo⁴⁰⁶.

Si como respuesta a los interrogantes emerge que está probada la existencia del hecho, el daño moral y la responsabilidad del demandado, el razonamiento que lleve a concluir en un número (cantidad de dinero) no puede ser otra cosa que una ecuación. Pese a los habituales rechazos de los hombres de derecho, las matemáticas son un instrumento útil y sirve para extraer más racionalmente los resultados de la valoración que se haya emprendido, si ésta se expresa de forma explícita para hacer viable a aquel instrumento⁴⁰⁷.

Antes de llegar a las fórmulas matemáticas, que tomando variables del caso permitan calcular la indemnización del daño moral, los investigadores tuvieron que recortar el campo de investigación a la cuantificación del daño moral sufrido en casos de daño psicofísico y, además, realizar una serie de precisiones conceptuales sobre la procedencia de indemnizar con dinero al daño moral, qué se entiende por daño moral, cuál es ideológicamente su función, si debe tenerse en cuenta las condiciones del responsable y cuáles son los elementos a indemnizar⁴⁰⁸.

Concluyen que puede indemnizarse en dinero el daño moral - entendido como lesión a los afectos o sentimientos, lo que incluye el dolor pero también lo excede- cuando es imposible otro medio de reparación. La indemnización es resarcitoria y no sancionatoria, por lo que se ajusta al daño causado, y sirve para que se obtengan satisfacciones compensatorias a elección del dañado. Sólo se deben tener en cuenta las condiciones del damnificado no las del agraviante, salvo cuando excepcionalmente se aplique la disminución equitativa de la indemnización en casos culposos. También es importante

posibilidad de analizar críticamente las resoluciones, y se afianza la falta de transparencia y de control republicano de los actos del Estado.

⁴⁰⁶ Grupo de Análisis de Criterios; *op. cit.*, pág. 242 y ss.

⁴⁰⁷ Grupo de Análisis de Criterios *op. cit.*, pág. 242 y ss.

⁴⁰⁸ Grupo de Análisis de Criterios; *op. cit.*, pág. 242 y ss.

remarcar que al daño psíquico los investigadores lo trataron como daño patrimonial con consecuencias patrimoniales y morales⁴⁰⁹.

Entonces, lo que debe indemnizarse, según las conclusiones del trabajo, es el daño moral sufridos antes del alta médica y los daños morales sufridos por la incapacidad permanente. Dentro del primer aspecto cobra relevancia: a) el dolor y angustia causados por el hecho dañoso o por el tratamiento que le sigue inmediatamente hasta el alta; b) molestia causada por hallarse internado o sujeto a tratamiento ambulatorio que puede medirse en días. Dentro del segundo aspecto cobran importancia: a) El ingreso al momento del daño; b) El ingreso promedio tomando en cuenta la expectativa media del mercado laboral de que se trate; c) Incapacidad física o psíquica para proseguir su vida afectiva (deformación estética o incapacidad reproductiva), medida que ha de tomar en consideración a la edad de la víctima al momento del daño, la expectativa de vida media y el número de relaciones perdidas como producto del daño (divorcio/cargos sociales/lazos familiares)⁴¹⁰.

Como resultado final de la investigación se dio lugar a dos sistemas de criterios que se identificaron con las letras A y B. Al sistema A lo diseñaron con el acuerdo de todos los investigadores, menos el Dr. Carlos J. Molina Portela que propuso en soledad el sistema B.

El sistema A parte del horizonte económico de la persona afectada que se quiere indemnizar⁴¹¹. Para construirlo, se debe considerar el ingreso total de la víctima, lo que trae alguna complejidad según los casos. Si la víctima es asalariado su ingreso total coincide con su sueldo, pero si es una persona que tiene múltiples ingresos hay que sumarlos y si los ingresos son irregulares total o parcialmente, conviene estimar una suma anual y reducirla a días de ingreso o meses de ingreso dividiéndola por 365 o 12. Si no se tienen

⁴⁰⁹ Grupo de Análisis de Criterios; *op. cit.*, pág. 242 y ss.

⁴¹⁰ Grupo de Análisis de Criterios; *op. cit.*, pág. 242 y ss.

⁴¹¹ Los ingresos de la víctima hacen las veces de horizonte económico de su interés, lo que significa que representa el valor moral que el dinero tiene para la víctima según su nivel de vida. Cfr. Grupo de Análisis de Criterios; *op. cit.*, pág. 242 y ss.

datos precisos sobre los ingresos de la víctima se pueden estimar a partir de los datos disponibles; por ejemplo, su actividad o nivel de vida, o, el nivel medio de las personas que tienen la misma actividad. Si la persona no tiene ingresos, como niños y ancianos, se puede calcular su nivel de gastos de la media familiar que los mantiene, así sea estimativamente de los datos que haya en el expediente. De no existir ningún tipo de datos, otra posibilidad es emplear los montos estadísticos de ingresos medio per cápita⁴¹².

Conociendo la base de cálculo, que es el ingreso total de la víctima, se debe considerar el daño moral anterior al alta médica que se calcula siguiendo cierto tipo de patrones y, de existir incapacidad permanente, se debe calcular el daño moral pertinente que utiliza otros patrones diferentes⁴¹³.

Para calcular el daño moral anterior al alta médica, hay que tener en cuenta que el hecho dañoso produce perjuicios inmediatos y pasajeros, como dolor y molestias del tratamiento.

Se puede extraer de la historia clínica el tiempo de duración del tratamiento y el de la atención ambulatoria. En caso de que no surjan manifiestos, se deben estimar a partir del daño psicofísico inmediatamente posterior al hecho. Cada día de internación hospitalaria se indemnizará con un (1) día de ingreso; la terapia intensiva se indemniza con dos (2) días de ingresos; y, el tratamiento ambulatorio hasta el alta se indemniza con un tercio (1/3) de ingreso diario por día de duración⁴¹⁴.

Con los importes diarios que se indicaron se cubre todo daño moral padecido durante el tratamiento o causado por él, sin perder de vista que mitigar el dolor es el efecto buscado por la asistencia médica. Para indemnizar el daño moral directamente causado por el hecho

⁴¹² Grupo de Análisis de Criterios; *op. cit.*, pág. 242 y ss.

⁴¹³ Grupo de Análisis de Criterios; *op. cit.*, pág. 242 y ss.

⁴¹⁴ Grupo de Análisis de Criterios; *op. cit.*, pág. 242 y ss.

dañoso, como ser fractura, traumatismos, golpes, etc., se puede emplear una magnitud fija como cinco días de ingreso⁴¹⁵.

Para la determinación del daño moral causado por la incapacidad psicofísica permanente diseñaron un baremo que incluye escalas de incapacidad a las que les corresponde un número de días de ingresos diarios. Fijan un tope mínimo de indemnización en 20 días de ingresos ante la existencia de incapacidad, pero sujeta a las reglas que pasamos a exponer: 1) Hasta 10% de incapacidad, corresponden 10 días de ingreso cada 1%; 2) De 10% a 35% de incapacidad corresponden 15 días de ingresos por cada 1%; 3) De 35 a 40% de incapacidad corresponden 20 días de ingresos por cada 1%; 4) Desde el 40% de incapacidad corresponde un mes de ingresos por cada 1%⁴¹⁶.

La edad de la víctima amerita recargos indemnizatorios hasta los cuarenta años. Si la víctima al momento del hecho tiene menos de 20 años, el recargo es del 45% del cálculo básico; si tiene entre 20 y 30 años es del 25%; y si tiene entre 30 y 40 el recargo es del 15% sobre el cálculo básico⁴¹⁷.

El sistema B es completamente diferente, aunque igualmente parta del ingreso de la víctima. Este ingreso se multiplica por 1000 y por un coeficiente que resulta de dividir 100 sobre la edad de la víctima al momento del hecho. El resultado se multiplica por 1,5 y de él se toma una proporción equivalente al de incapacidad psicofísica sufrida. De éste monto, la indemnización del daño moral se fijara, según el caso, en una suma que estará entre el 30% y el 40%⁴¹⁸.

La fórmula puede expresarse de la siguiente forma: $DM = (x \cdot 1000 \cdot i \cdot 1,5 \cdot m) / (100 \cdot 100)$ donde x representa el ingreso diario de la víctima, i los puntos porcentuales de incapacidad, m en número no menor de 30 ni mayor de 40 estimado prudencialmente según el caso,

⁴¹⁵Grupo de Análisis de Criterios; op. cit., pág. 242 y ss.

⁴¹⁶Grupo de Análisis de Criterios; op. cit., pág. 242 y ss.

⁴¹⁷Grupo de Análisis de Criterios; op. cit., pág. 242 y ss.

⁴¹⁸Grupo de Análisis de Criterios; op. cit., pág. 242 y ss.

c es el coeficiente de edad que se obtiene de la siguiente forma: $c = 100 / e$ que es la edad de la víctima⁴¹⁹.

Es importante transcribir uno los ejemplos de la aplicación de los criterios A y B que se plasmaron en la investigación para poder tener una idea concreta de las cifras que pueden llegar a arrojar y sus diferencias⁴²⁰.

Cada fórmula da una solución diferente, aún ante un mismo caso. Teniendo en cuenta una víctima de 35 años y de ingreso mensual promedio de \$10.000, que fue atropellado por un automóvil, que sufrió fractura de cabeza y de brazo derecho, que pasó un día en terapia intensiva, dos en internación simple y sesenta en tratamiento ambulatorio para terminar con un 15% de incapacidad⁴²¹.

Siguiendo el sistema A, el dolor físico causado por el hecho sería: $5 \times$ ingreso diario de \$333, lo que es igual a \$1665. Un día de internación en terapia intensiva sería: $2 \times$ \$333, lo que es igual a \$666. Dos días en internación simple sería: $2 \times$ \$333 o \$666. Sesenta días de tratamiento ambulatorio: $60 \times$ \$111 (1/3 de \$333), lo que alcanza la suma de \$6660. Finalmente el 15% de incapacidad a los 35 años ($15 \times 15 \times 1,15 \times 333$) alcanza la suma de \$86164. El total indemnizatorio siguiendo el método A es de \$95.821.

En el método B el coeficiente de edad es $(100/35) = 2,857$

$$333 \times 1000 \times 2,857 \times 15\% \times 1,5 = 214.061$$

Teniendo en cuenta que el total de la indemnización es una cifra entre el 30% y el 40% de la recién calculada; la suma final quedará a fijar por el juez según su prudencia y las circunstancias del caso entre \$64.218,30 y \$85.624, 40.

⁴¹⁹Grupo de Análisis de Criterios; op. cit., pág. 242 y ss.

⁴²⁰Grupo de Análisis de Criterios; op. cit., pág. 242 y ss.

⁴²¹Grupo de Análisis de Criterios; op. cit., pág. 242 y ss.

3. La cuantificación del daño moral en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2007.

En 2007, se llevaron a cabo las Jornadas Nacionales de Derecho Civil en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. La Comisión N° 2, de la materia Obligaciones, trató el tema: "Cuantificación de la indemnización por daños personales".

Por supuesto, el tema abordado excede al de la tesis, que está acotada a la cuantificación del daño moral, pero las conclusiones son relevantes pues tratan todos los temas vinculados con la adecuada cuantificación del resarcimiento; por ello, y para ampliar su difusión, transcribimos todas las conclusiones:

De lege lata.

1. Debe distinguirse la valoración del daño de la cuantificación de su indemnización. Valorar el daño importa la determinación cualitativa previa de su existencia, naturaleza, contenido intrínseco y extensión. Cuantificar la indemnización significa establecer el monto reparatorio.

2. Posición A: Daño es la consecuencia perjudicial que deriva de la lesión a un interés jurídico patrimonial o extrapatrimonial. Las lesiones a la estética, a la psique, al proyecto de vida, etc., no constituyen categorías autónomas y se reconducen necesariamente en las dos únicas categorías que admite el derecho argentino, que son el daño patrimonial y moral. Sin perjuicio de reconocerse que el daño se subdivide en patrimonial y moral, a los efectos de la cuantificación se tendrán en cuenta los menoscabos incluidos en cada uno de los dos primeros rubros, a la estética, a la psique, a la vida de relación, etc. (MAYORIA).

Posición B: La clasificación de los daños a la persona no se agota en el daño patrimonial y extrapatrimonial, sino que admite otros supuestos con basamento en la Constitución Nacional (Messina de Estrella Gutiérrez).

3. Rige en nuestro sistema el principio de reparación plena o integral del daño injustamente causado. No corresponde apartarse del mismo, salvo previsión normativa en contrario que en todos los casos deberá superar el test de constitucionalidad en su aplicación al caso en concreto.

4. La sentencia debe exponer la metodología y pautas cualitativas y cuantitativas tenidas en cuenta para medir la indemnización, como exigencia indispensable para la motivación suficiente del decisorio.

5. El sistema de cuantificación judicial de los daños a la persona muestra un panorama de preocupante anarquía que conspira contra los valores seguridad, equidad y justicia.

6. Tratándose de cuantificación del daño patrimonial a la persona, particularmente lucro cesante futuro, es necesario acudir a la utilización de fórmulas matemáticas, actuariales u otros parámetros objetivos uniformes, que permitan alcanzar con razonable grado de objetividad un resultado previsible por los justiciables. Ello, sin perjuicio de las amplias facultades del juzgador de incrementar o disminuir fundadamente el monto resultante de dicho procedimiento. La falta de parámetros objetivos produce efectos altamente perniciosos con insalvable secuela de injusticia.

7. La valoración y la cuantificación del daño moral deben tener en cuenta las pautas empleadas mayoritariamente por pronunciamientos judiciales expedidos en casos razonablemente afines a los efectos de evitar decisorios contradictorios en relación con el tema. A tales fines, resulta altamente conveniente confeccionar tablas comparativas de antecedentes judiciales.

8. Posición A: A efectos de la liquidación de intereses adicionados al capital resarcitorio no debe aplicarse la tasa pasiva (Edgardo Saux).

Posición B: A efectos de la liquidación de los intereses adicionados al capital resarcitorio debe aplicarse la tasa activa, sin perjuicio de las facultades de morigeración del tribunal (Mayoría: Alberto J. Bueres, Ramón Daniel Pizarro, Ernesto C. Wayar,

Alejandro A. Taraborrelli, Fernando A. Sagarna, Roberto Loustaunau).

Posición C: A efectos de la liquidación de los intereses adicionados al capital resarcitorio debe aplicarse la tasa pasiva (José Nicolás Taraborrelli, Silvia Bianchi, Alejandra Berton).

De lege ferenda.

1. Posición A: Resulta conveniente legislar un sistema de indemnizaciones punitivas para ciertos casos y con reflexión del destino que debe darse a las indemnizaciones (En Minoría: bueres, Pizarro, Saux, Loustanau, Rinessi, Fumarola, Parellada, Rugna-).

Posición B: Resulta conveniente legislar un sistema de indemnizaciones punitivas para ciertos casos con destino a la víctima, en los cuales la cuantificación tenga en miras el patrimonio del agente dañador (Mayoría: Wayar, Lopez Herrera, Alejandro Taraborrelli, Cornet, Castro, Magri, Berton, Sagarna, Moeremans, Urrutia, Abdala, Flass, Jalil, Hersalis, Leiva, Ambos).

2. Sin perjuicio del principio cardinal de reparación integral de los daños en algunas hipótesis puntuales (vgr. muerte o gran discapacidad), podría analizarse la posibilidad de prever topes indemnizatorios razonables, con mecanismos de pronto pago que faciliten la más expeditiva percepción del monto resarcitorio, siempre que ellos sean optativos para el damnificado.

La conclusión séptima de lege lata es la que más nos va a importar en este trabajo. Los juristas presentes en las Jornadas votaron en favor del método que entiende que “La valoración y la cuantificación del daño moral deben tener en cuenta las pautas empleadas mayoritariamente por pronunciamientos judiciales expedidos en casos razonablemente afines a los efectos de evitar decisivos contradictorios en relación con el tema. A tales fines, resulta altamente conveniente confeccionar tablas comparativas de antecedentes judiciales”. En otras palabras, la inclinación de la

mayoría determinó el aval a la llamada teoría de la cuantificación judicial iuris tantum o cuantificación judicial indicativa, sin perjuicio de que también hace lugar en la primera conclusión a la valoración del perjuicio y a la cuantificación de la indemnización.

Como ya pudimos ver, esta doctrina cuenta de importantes referentes entre los juristas y cómo se verá luego, también tiene difundida prédica en los tribunales, especialmente entre las Cortes provinciales. Sin embargo, en la práctica, todavía sigue teniendo gran peso la determinación prudencial de la indemnización del daño moral que solo requiere del criterio del juez y que cuenta con el defecto de no saberse a ciencia cierta cómo se ha fijado la suma dineraria, puesto que no se transparenta en las sentencias.

Capítulo III.

La cuantificación del daño moral en la jurisprudencia

1. La cuantificación del daño moral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1.1. El concepto de daño inmaterial y las formas de reparación en las sentencias de la CIDH.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) reconoce en sus sentencias al daño extrapatrimonial a través de un concepto propio, denominado daño inmaterial que tiene por contenido “tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia”⁴²². En fallos anteriores se denominaba a este tipo de

⁴²²Salvador Chiriboga vs. Ecuador, 03/03/2011; Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012 Serie C No. 243, nota 284; Mendoza y otros Vs. Argentina, 14/05/13, párr. 350. De manera extraña para la perspectiva de nuestro derecho interno, la CIDH ha valorado como daño inmaterial a los gastos médicos futuros en la causa: CIDH, Bulacio Vs. Argentina, 18/09/2003, párr.100.

perjuicios directamente como daño moral⁴²³ y en antecedentes, aún más antiguos, se entendía al daño moral como los efectos psíquicos de una violación a los derechos humanos⁴²⁴.

En el caso “Niños de la calle” Vs. Guatemala, la CIDH expresó que el daño moral –luego daño inmaterial- no puede ser reparado con dinero, por ello, la posibilidad que queda, en aras de proporcionar una reparación integral, es compensarlo de dos formas: 1) “mediante el pago de una suma de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad”; y, 2) mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolación de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir⁴²⁵. Dentro de este segundo grupo de reparaciones, están las denominadas medidas de reparación y las de satisfacción.

Las medidas de reparación típicas del daño inmaterial son: la codena que compele al cumplimiento del deber de investigar los hechos que generaron violaciones de derechos humanos; identificar a los responsables; juzgarlos, y en su caso sancionarlos. También

⁴²³ CIDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, 26/05/2001, párr. 84; Aloeboetoe y otros Vs. Surinam, 10/09/1993, párr. 51 y 52. Godínez Cruz Vs. Honduras, 21/07/1989, párr. 25.

⁴²⁴ CIDH, Godínez Cruz Vs. Honduras, 21/07/1989, párr. 48; Rodríguez Velázquez Vs. Honduras, 21/07/1989, párr. 50 y Garrido Baigorria Vs. Argentina, 27/08/1998, párr. 62.

⁴²⁵ CIDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, 26/05/2001, párr. 84.

La Corte sigue manteniendo la amplitud resarcitoria en dinero y especie. Más recientemente, ha considerado imprescindible “otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que, además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de satisfacción, restitución, rehabilitación y garantías de no repetición tienen especial relevancia por la gravedad de las afectaciones y el carácter colectivo de los daños ocasionados”. Cfr. Caso Masacres de El Mozote y Lugares aledaños Cs. El Salvador, 25/10/12, párr. 305.

cumple esta función la condena a búsqueda del familiar desaparecido forzosamente y la entrega de los restos mortales a la familia⁴²⁶.

Como medidas de satisfacción la CIDH ha ordenado la publicación de la sentencia de condena, porque constituye una forma de compensación del daño moral, según lo ha entendido de forma reiterada, de conformidad con otros Tribunales Internacionales⁴²⁷, incluso la sentencia misma “per se” es entendida como reparación del daño moral o inmaterial⁴²⁸. Por igual motivo, se ha condenado a diversos Estados al reconocimiento público de responsabilidad por incumplimientos a la Convención Americana de Derechos Humanos, a la realización de homenajes o conmemoraciones y al otorgamiento de garantías de no repetición, que se hacen efectivas- por ejemplo- mediante la capacitación en protección de los derechos humanos a los funcionarios o instituciones responsables de las violaciones⁴²⁹, o, por la dotación de recursos

⁴²⁶CIDH, *Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*, 27/11/2008, párr.142 y ss.

⁴²⁷ Cfr. *Caso Ivcher Bronstein*, supra nota 2, párr. 183; *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros)*, supra nota 2, párr. 99; *Caso Baena Ricardo y otros*, supra nota 2, párr. 206; *Caso del Tribunal Constitucional*, supra nota 15, párr. 122; *Caso Blake. Reparaciones*, supra nota 13, párr. 55. Este mismo criterio ha sido establecido por la Corte Europea, ver, inter alia, *Eur. Court HR, Ruiz Torrija v. Spain judgment of 9 December 1994, Series A no. 303-A*, para. 33; *Eur. Court HR, Boner v. the United Kingdom judgment of 28 October 1994, Series A no. 300-B*, para. 46; *Eur. Court HR, Kroon and Others v. the Netherlands judgment of 27 October 1994, Series A no. 297-C*, para. 45; *Eur. Court H.R., Darby judgment of 23 October 1990, Series A no. 187*, para. 40; *Eur. Court H.R., Koendjibiharie, judgment of 25 October 1990, Series A no. 185-B*, para. 34; *Eur. Court H.R., Wassink judgment of 27 september 1990, Series A no. 185-A*, para. 41; y *Eur. Court H.R., McCallum judgment of 30 August 1990, Series A no. 183*, para. 37. Cit. por CIDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, 26/05/2001, nota 80. Este criterio es mantenido desde 1989 desde las sentencias de casos *Godínez cruz Vs. Honduras* y *Rodríguez Velázquez Vs. Honduras del día 21/7/1989* (párrafos 34 y 36 respectivamente).

⁴²⁸ En el caso *Fontevicchia y D’amico Vs. Argentina*, 29/11/11, párr. 123, la CIDH estima que la sentencia y su publicación son suficiente reparación del daño inmaterial sufrido por los reclamantes; por lo que no asigna suma de dinero alguna en concepto de reparación.

⁴²⁹ CIDH, *Masacres de El Mozote y Lugares aledaños Cs. El Salvador*, 25/10/12, párr. 354 a 365. En el párr. 34 su voto concurrente, el Dr. García Sayán explica el fundamento del empleo de este tipo de satisfacciones, cuando dice que: “un ingrediente reparatorio fundamental, no sólo para las víctimas sino para la sociedad en su conjunto, son los recuentos y pedidos de perdón por los perpetradores y los reconocimientos de responsabilidad. La plena confesión de los hechos en los que se podría haber tenido responsabilidad es un ingrediente ineludible –pero no único- de la reparación. Además, es un mensaje hacia la sociedad de cara a cerrar el camino de la violencia como ruta para el procesamiento de las diferencias políticas o sociales. Estos “monumentos didácticos”, al ser un recuento de atrocidades le recuerdan a la sociedad lo que puede ocurrir cuando se desata un conflicto

humanos y económicos a los organismos nacionales encargados del esclarecimiento de los hechos que implicaron violaciones a los derechos humanos⁴³⁰.

Toda esta batería de medidas se complementa con otras que tienden a la rehabilitación de la víctima de violaciones de derechos humanos, mediante tratamientos médicos y psicológicos integrales y gratuitos por el tiempo que resulte necesario⁴³¹.

1.2 La cuantificación de la indemnización en dinero del daño inmaterial.

No debe perderse de vista que en muchas oportunidades las violaciones de derechos humanos causan daño inmaterial que la Corte no repara en dinero, sino a través de la sentencia misma y de otras medidas de repercusión pública que, a criterio de la corte, configuran un resarcimiento suficiente para el caso⁴³².

También es relevante destacar que en múltiples casos el estado con las partes acuerdan el monto de las indemnizaciones, lo que es luego considerado y evaluado positivamente por la Corte, para analizar si son coherentes con los montos que suele fijar en equidad⁴³³. De no serlo, indemniza a las víctimas faltantes y nivela los montos entre los beneficiarios que haya desigualdades. Por ejemplo, en caso de haber distintos montos para esposas y compañeras permanentes.

No obstante lo recién afirmado, existe una mayoría de casos en los que no son suficientes aquellas reparaciones para dar un adecuado resarcimiento. En estos casos, La Corte procede a determinar una suma de dinero. En los puntos siguientes se detalla cómo se lo hace y cómo se lo plasma en la sentencia.

armado y refuerzan las capacidades de la sociedad frente a las amenazas futuras de que algo así pudiera repetirse”.

⁴³⁰CIDH, Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia, 27/11/2008, párr.173.

⁴³¹CIDH, Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia, 27/11/2008, párr.166 y ss.

⁴³² CIDH, Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, 08/09/05, párr. 229; Fermín Ramírez Vs. Guatemala, 20/06/05, párr. 130;

⁴³³ Huilca Tecse Vs. Perú, 03/03/05, párr. 100.

1.2.1 El método empleado por la CIDH para cuantificar el daño inmaterial.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no manifiesta de forma expresa en sus sentencias cuál es el fundamento concreto de la cuantificación del daño moral o inmaterial. Al respecto, se limita con acudir a la equidad para fijar una suma⁴³⁴, la mayoría de las veces sin ningún otro argumento. Ello, no significa que se carezca de todo método ni que se permita la mera discrecionalidad de los magistrados⁴³⁵.

Por el contrario; sí se emplea un método de cuantificación del daño extrapatrimonial conforme a la equidad, según nos dice el juez De Roux Rengifo en el caso “Niños de la calle”, porque en la práctica se efectúan las siguientes operaciones: “se parte de una cantidad cualquiera (frecuentemente sugerida por referencias a decisiones precedentes del tribunal en cuestión o de otros similares) y se la somete a una suerte de test negativo, para establecer si parece ser inadecuada, por exceso o por defecto. Después de introducir la modificaciones que van siendo del caso, se llega a la cifra que mejor resiste el test al que se ha hecho referencia”. A continuación manifiesta que “Estos actos de juicio se tornan más acertados en la

⁴³⁴ Desde sus más antiguos fallos sobre el tema, la CIDH tiene sentado que: “En lo que se refiere al daño moral, la Corte declara que éste es resarcible según el Derecho internacional y, en particular, en los casos de violación de los derechos humanos. Su liquidación debe ajustarse a los principios de la equidad” *Cfr.* Godínez Cruz Vs. Honduras, 21/07/1989, párr. 25.

⁴³⁵ No está de más aclarar que actualmente la equidad sirve en la jurisprudencia de la CIDH como pauta de determinación de los montos indemnizatorios del daño inmaterial, del daño material y del lucro cesante. Para no caer en la arbitrariedad, la corte le exige al reclamante que acredite el perjuicio y la relación de las reparaciones exigidas con el hecho y las violaciones a los derechos humanos que se acusan en el caso. *Cfr.* CIDH, Furlan y familiares Vs. Argentina, 31/08/12, párr. 313. También merece ser destacado que la CIDH ha indicado que no corresponde cuantificar el daño inmaterial con un porcentaje del daño material (*Cfr.* CIDH, Bueno Alves Vs. Argentina, 11/05/2007, párr. 203); pese a que al menos en una oportunidad cuantificó de manera global al daño material conjuntamente con el inmaterial (*Cfr.* CIDH, Mohamed vs. Argentina, 23/11/12, párr. 171).

En el caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam, 10/09/1993, párr. 87, la CIDH aclara que: “Las expresiones “apreciación prudente de los daños” y “principios de equidad” no significan que la Corte puede actuar discrecionalmente al fijar los montos indemnizatorios. En este tema, la Corte se ha ajustado en la presente sentencia a métodos seguidos regularmente por la jurisprudencia y ha actuado con prudencia y razonabilidad al haber verificado in situ, a través de su Secretaría adjunta, las cifras que sirvieron de base a sus cálculos”.

medida en que se trazan con precisión creciente los límites de cada una de las categorías de estados y valores de naturaleza inmaterial que se pretende reparar mediante la determinación, en equidad, de una compensación monetaria”⁴³⁶.

Es notorio que la forma en que cuantifica el daño moral la CIDH, atendiendo a su jurisprudencia y corrigiendo el monto según el caso concreto⁴³⁷, es la misma que en nuestro país defienden Peyrano, Trigo Represas, López Mesa y Pizarro, entre otros destacados autores cuyas ideas se han desarrollado en esta obra.

1.2.2 Argumentación de la cuantificación del daño inmaterial en la sentencia de la CIDH.

Comúnmente, en una sentencia de la CIDH se puede encontrar el considerando del daño inmaterial formulado en términos como estos: “...en consideración de lo expuesto, las circunstancias del caso sub judice, y de la violación declarada en la Sentencia de fondo del artículo 21.2 en relación con los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención y todo en relación con el artículo 1.1, en perjuicio de la víctima, esta Corte estima pertinente determinar el pago de una compensación, en equidad, por la suma de US\$10,000.00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de la señora María Salvador Chiriboga por concepto de daño inmaterial”⁴³⁸.

Otras veces, tiene en cuenta otros aspectos computables: como cuando se menciona que se considera jurisprudencia del mismo tribunal (sin detallar nunca cual); o, se hace alusión exclusiva a las circunstancias particulares del caso⁴³⁹; o, se hace referencia a la entidad, carácter y gravedad de las violaciones cometidas; al daño

⁴³⁶CIDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, 26/05/2001, voto razonado del juez De Roux Rengifo.

⁴³⁷CIDH, Forneron e hija vs. Argentina, 27/04/12, párr. 197. “La Corte estima que la jurisprudencia puede servir de orientación para establecer principios en esta materia, aunque no puede invocarse como criterio unívoco a seguir porque cada caso debe analizarse en sus especificidades”, *Cfr.* Castillo Páez Vs. Perú, 27/11/1998, párr. 83.

⁴³⁸ CIDH, Salvador Chiriboga vs. Ecuador, 03/03/2011.

⁴³⁹ CIDH, Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, 27/11/1998, párr. 139.

generado por la impunidad; así como a los sufrimientos ocasionados a las víctimas en su esfera física, moral y psicológica⁴⁴⁰; al tiempo transcurrido; al tratamiento recibido por el Estado; la denegación de justicia y de información; al cambio de las condiciones de vida⁴⁴¹; a las restantes consecuencias de orden inmaterial que sufrieron (sin aclarar cuáles son)⁴⁴²; o, se alude a la edad de las víctimas, y las consiguientes obligaciones especiales del Estado para la protección de la niñez; y a la violencia por razones de género⁴⁴³. En otros casos, de manera directa se apela a la equidad, sin más: “Consecuentemente, la Corte considera pertinente fijar en equidad la suma de US \$100,000.00 (cien mil dólares de los Estados Unidos de América) como compensación por los daños inmateriales que las violaciones de los derechos humanos declaradas en esta Sentencia causaron al señor Bayarri”⁴⁴⁴.

Por último, queremos destacar otra forma de argumentar la cuantificación del daño inmaterial que utilizó en el pasado la CIDH en varios casos, como por ejemplo, en el de La Masacre de Rochela⁴⁴⁵. Allí, la CIDH expresó con claridad cuáles fueron las circunstancias de hecho que le permitieron formarse una idea del daño inmaterial sufrido por las víctimas, y lo hizo en estos términos:

a) las víctimas fueron detenidas ilegal y arbitrariamente y ejecutadas extrajudicialmente durante el cumplimiento su labor como agentes estatales en la búsqueda de la verdad y justicia;

⁴⁴⁰ CIDH, Masacres de El Mozote y Lugares aledaños Cs. El Salvador, 25/10/12, párr. 384.

⁴⁴¹ CIDH, Gomes Lund y otros (Guerrilha da Araguaia) Vs. Brasil, 24/11/10, párr. 311.

⁴⁴² CIDH, Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. 01/09/10, párr. 283.

⁴⁴³ CIDH, González y otros (“Campo Algodonero”) Vs. México, 16/11/2009, párr. 585.

⁴⁴⁴ CIDH, Bayarri vs. Argentina, 30/10/08, párr. 170; CIDH, Caso “del Panel blanco”, Paniagua Morales y Otros V. Guatemala, 25/05/01. Párr.111.

⁴⁴⁵ CIDH, Masacre de la Rochela Vs. Colombia, 11/05/07, párr. 271. Lo particular del caso radica en que la CIDH determinó con precisión la base fáctica que configura la sustancia del daño inmaterial, mientras que comúnmente, como se mostró antes, suele hacer alegaciones genéricas que similarmente se repiten caso a caso. Este tipo de consideración del daño inmaterial también fue usado en *Ximenes López Vs Brasil*, 04/07/06, párr. 237; *Balden García Vs. Perú*, 06/04/06, párr. 190 y 191; *López Álvarez Vs. Honduras*, 01/02/06, párr. 201; *Gutiérrez Soler Vs. Colombia*, 12/09/05, párr. 84; *Comunidad Moiwana Vs. Surinam*, 15/06/05, párr. 195.

b) las víctimas se encontraban en condiciones de inseguridad debido a que el Estado no les otorgó la protección debida para realizar las diligencias de investigación;

c) se causó a las víctimas un extremo sufrimiento psicológico y emocional por el conjunto de actos de hostigamiento, agresión y terror a que fueron sometidos a partir del momento en que fueron abordados por los paramilitares hasta la ejecución de la masacre, así como por la forma en que fallecieron, amarradas, hechas prisioneras de paramilitares y objeto de un exterminio deliberado;

d) con posterioridad a la masacre, la víctima sobreviviente Arturo Salgado Garzón estuvo amarrado y tuvo que esperar varias horas por auxilio y atención médica;

e) los familiares declarados víctimas fueron gravemente afectados por los hechos tanto en su salud física y mental como en los ámbitos familiar, económico y laboral; y

f) transcurridos dieciocho años de los hechos de este caso, no se ha realizado una investigación de la manera debida que permita determinar a todos los responsables.

En el caso, luego de valorar el daño inmaterial, en un paso aparte, la Corte cuantificó la suma de dinero respectiva para cada una de las víctimas de violaciones a sus derechos humanos. Este procedimiento de argumentación tiene la ventaja de que permite conocer en mayor grado el razonamiento de los jueces – sin ser completamente transparente ni dar la fórmula de la cuantificación de la indemnización-, lo que se ve dificultado en los demás tipos de argumentaciones utilizadas.

1.3 Los montos indemnizatorios del daño inmaterial determinados por la CIDH.

1.3.1 Análisis de la cuantificación del daño inmaterial o moral en la jurisprudencia de la CIDH.

La CIDH inició su labor jurisdiccional, determinando indemnizaciones dinerarias del daño moral en la moneda del país demandado en el proceso. Por ejemplo, en las sentencias contra Honduras del día 21/07/1989 impuso condenas al pago de 250.00 Lempiras por hechos de desaparición forzada de personas⁴⁴⁶.

Con posterioridad, pasó a cuantificar los montos en Dólares estadounidenses, que es práctica que mantiene en la actualidad, con la sola excepción que ha hecho en el caso *Tibi Vs. Ecuador* en el que se cuantificó la indemnización en Euros, porque los reclamantes eran ciudadanos franceses que fueron víctimas de lesiones a sus derechos humanos en Ecuador⁴⁴⁷.

Cuando es la CIDH la que cuantifica el daño moral⁴⁴⁸, el conocimiento de los montos de las sentencias en casos análogos resulta de importancia para saber qué pedir como daño moral o inmaterial y cuánto pedirle a la corte. En ocasiones, los representantes de las partes han solicitado sumas que son astronómicamente

⁴⁴⁶ CIDH, *Godínez Cruz Vs. Honduras*, 21/07/1989, párr. 50; *Rodríguez Velázquez Vs. Honduras*, 21/07/1989, párr. 52.

⁴⁴⁷ CIDH, *Tibi Vs. Ecuador*, 07/09/04.

⁴⁴⁸ En ocasiones el estado indemniza a las víctimas por procedimientos del derecho interno (*Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, 30/11/12) o hace ofrecimientos razonables en la causa (*Almonacid Orellano y otros Vs. Chile*, 26/09/2006); en otras hace un convenio de pago de indemnización con las víctimas y lo presenta a homologar por la CIDH (*Tiu Tojín Vs. Guatemala*, 26/11/08; *Durand y Ugarte Vs. Perú*, 03/12/01; *Barrios Altos Vs. Perú*, 30/11/01; *Benavides Cevallos vs. Ecuador*, 16/06/98); y en otras oportunidades, no se repara el daño moral con dinero, sino con la sentencia (*Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina*, 29/11/11; *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*, 05/02/01), con actos estatales de reconocimiento de responsabilidad (*Rexcaco Reyes Vs. Guatemala*, 15/09/05; *Claude Reyes y otros vs. Chile*, 19/09/06; *Boyce y otros Vs. Barbados*, 20/11/07), o el pago de costas y gastos (*Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*, 30/05/99). También, a veces, la cuantificación del daño se hace de forma global sin saber cuánto corresponde a daño material y cuánto a daño inmaterial (*Las Palmeras Vs. Colombia*, 26/11/02). En todos estos casos los precedentes no son valiosos en orden a cuantificar el daño moral del caso en concreto, sea para las partes, sea para los magistrados; pero sí tienen valor para saber en qué casos no es viable llegar a una indemnización en dinero cuantificada por la Corte.

excesivas en comparación con los criterios que tiene en cuenta la Corte; como ejemplo, es digno de citarse el caso Cesti Hurtado Vs. Perú, en el que los representantes del actor solicitaron la suma de USD 20.000.000 en favor de una persona detenida ilegítimamente por tres años, USD 2.000.000 para su esposa, USD 1.000.000 para los hijos y USD 500.000 para la suegra y los padres. El organismo, al final del proceso, fijó la indemnización en la suma de USD 25.000 para la víctima directa, USD 10.000,00 para la esposa y USD 5.000,00 para cada uno de los hijos. Sin lugar a dudas, la diferencia entre lo pedido y lo dado es por el desconocimiento de la forma en que actúa, razona y resuelve la CIDH sobre el daño inmaterial.

Del estudio de la jurisprudencia, surge que se suele asignar valores similares a casos parecidos. Por ejemplo, la desaparición forzada de personas se indemniza comúnmente en la suma de USD 80.000,00⁴⁴⁹ -por el daño moral sufrido por la víctima y en favor de sus herederos que también pueden reclamar el daño inmaterial propio-; pero si existe alguna circunstancia especial, como la de tratarse de una mujer embarazada⁴⁵⁰ o de niños⁴⁵¹, la suma puede aumentar a USD 100.000,00 e, incluso, llegar a los USD 120.000,00, si la impunidad y denegación de justicia para la niña víctima ha sido muy prolongada y tras su recuperación se encuentra en proceso de reconstrucción de su identidad⁴⁵².

Esta tendencia, a resolver los casos de daño inmaterial con monto parecidos, no es absoluta y, sin mayores explicaciones, se encuentran casos de hechos iguales de aberrantes que se reparan con sumas muy distintas a estas. Como muestra, puede mencionarse la

⁴⁴⁹ CIDH, Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia, 27/11/2008; Gudiel Álvarez Vs. Guatemala, 20/11/12; González Medina y familiares Vs. República Dominicana, 27/02/12; Contreras y otros vs. El Salvador, 31/08/11; Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia, 01/09/10; Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, 25/05/10; Radilla Pacheco Vs. México, 23/11/09; Ansaldo Castro Vs. Perú, 22/09/09; Caso de las hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, 01/03/2005; Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia, 05/07/04; Trujillo Oroza Vs. Bolivia, 27/02/02; Bámaca Velázquez Vs. Guatemala, 22/02/02.

⁴⁵⁰ CIDH, Gelman Vs. Uruguay, 24/02/11.

⁴⁵¹ CIDH, Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, 08/07/04; Molina Theissen Vs. Guatemala, 03/07/04.

⁴⁵² CIDH, Contreras y otros vs. El Salvador, 31/08/11.

indemnización de USD 66.000453 en el caso “Helidoro Portugal”; la indemnización de USD 50.000 que se asignó en otros casos⁴⁵⁴; la suma de USD 40.000 que se dio en los casos “Torres Millacura” y “Garrido Baigorria”, ambos contra la Argentina⁴⁵⁵; los USD 30.000 que se tuvieron por equitativos para los desaparecidos de la masacre de Pueblo Bello y para un caso sentenciado en 1998 contra Perú⁴⁵⁶; la reparación de USD 20.000 calculada para el Sr. Caballero Delgado⁴⁵⁷ y en el caso “Neira Alegría”⁴⁵⁸.

El caso con la menor cuantía fijada, tratándose de desaparición forzada de persona y en lo tocante al daño moral, es Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia dado que al Sr. Santana se lo indemniza con la suma de USD 10.000 por su desaparición.

Se advierte en las sentencias de la corte una amplitud entre los USD 10.000 y los UDS 120.000, en lo que hace a la cuantificación del daño moral causado por la desaparición forzada de persona, con una mayor concentración de los montos de los fallos en la suma de USD 80.000. Esta varianza no se debe a los cambios de criterios, aunque sí se nota que las indemnizaciones más bajas son las de los casos más viejos; por lo que se debe concluir en que no hay plena certidumbre del monto a obtener ante un planteo en particular que se realice ante la Corte.

La misma situación se advierte, también, en casos de asesinatos y de lesiones, donde también se registra una gran movilidad de las indemnizaciones entre caso y caso. Lo mismo puede afirmarse respecto a las indemnizaciones que reciben los parientes ante casos de lesiones a los mismos derechos y con efectos de similar magnitud.

⁴⁵³ CIDH, Helidoro Portugal Vs. Panamá, 12/08/08.

⁴⁵⁴ CIDH, Caso del Caracazo Vs. Venezuela, 29/08/02; Castillo Páez Vs. Perú, 27/11/98.

⁴⁵⁵ CIDH, Torres Millacura y otros Vs. Argentina, 26/08/11; Garrido Baigorria Vs. Argentina, 27/08/1998.

⁴⁵⁶ CIDH, Masacre Pueblo Bello Vs. Colombia, 31/1/06; Castillo Páez Vs. Perú, 27/11/98.

⁴⁵⁷ CIDH, Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia, del 29/01/97.

⁴⁵⁸ CIDH, Neira Alegría Vs. Perú, 19/09/96.

La muerte comprobada de las personas que se ven afectadas a sus derechos a la vida da lugar a una pluralidad de sumas resarcitorias⁴⁵⁹. Por ejemplo, en la Masacre de la Rochela se asignó a los fallecidos la reparación del daño inmaterial de USD 100.000. Justo la misma suma que se había fijado por el homicidio de Myrna Mack Chang, ocasionada por personal del ejército guatemalteco en un operativo de inteligencia⁴⁶⁰. Por el asesinato de un senador electo y de 19 comerciantes colombianos se fijó la suma de USD 80.000,00⁴⁶¹. Con USD 75.000 se indemnizó a las víctimas mortales del retén de Catia y a los miembros asesinados de la familia Barrios con USD 70.000,00, que es la misma suma con la que se reparó el secuestro, tortura y ejecución extrajudicial del campesino Balden García⁴⁶².

Con USD 65.000 se indemnizó a las víctimas mortales de un incendio en una institución penal de menores en Paraguay⁴⁶³; y, USD 55.000 se fijó en favor de un periodista y político, y parte de su comitiva, asesinados por un grupo paramilitar en Guatemala⁴⁶⁴.

USD 50.000 se determinaron por el asesinato a golpes de un niño de 17 años, detenido antes de un recital por la Policía Federal Argentina, así como por otras ejecuciones extrajudiciales⁴⁶⁵.

Se determinó la suma de USD 38.755,00 por la ejecución de una persona en Surinam, que padeció varios días de agonía tras recibir un disparo por parte de integrantes de las Fuerzas Armadas, cuando huía

⁴⁵⁹ No está de más aclarar, que a diferencia de lo que sucede en nuestro derecho interno argentino, la CIDH ordena pagar el daño inmaterial de la víctima mortal de la violación de derechos humanos, y sus familiares –en sentido amplio- y afectos cobran también la indemnización que les corresponde por el propio daño moral.

⁴⁶⁰ CIDH, Masacre de la Rochela Vs. Colombia, 11/05/07; Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, 25/11/03.

⁴⁶¹ CIDH, Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia, 26/05/10; Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia, 05/07/04.

⁴⁶² CIDH, Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela, 05/07/06; Familia Barrios Vs. Venezuela, 24/11/11; Balden García Vs. Perú, 06/04/06.

⁴⁶³ CIDH, Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay, 02/09/04.

⁴⁶⁴ CIDH, Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala, 22/11/2004.

⁴⁶⁵ CIDH, Bulacio Vs. Argentina, 18/09/2003; Kawas Fernández Vs. Honduras, 03/04/09; Cantoral Huamani y García Santa Cruz Vs. Perú, 10/07/07; Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador, 04/07/07; Escue Zapata Vs. Colombia, 04/07/07; Penal Miguel Castro Vs. Perú, 25/11/06; Masacre Mapiripan Vs. Colombia, 15/09/2005

del lugar donde él y sus compañeros fueron llevados y forzados a cavar su tumba⁴⁶⁶.

Cifras menores recibieron en la causa Masacre de Ituango, donde se indemnizó a los muertos con la suma de USD30.000⁴⁶⁷, al igual que los niños de la calle⁴⁶⁸ y en la causa “Paniagua Morales”⁴⁶⁹ se fijó la suma de USD 20.000.

Tal y como se dijo, se demuestra que ante muertes comprobadas, en violación de los derechos humanos de la víctima, existe también una gran dispersión de los montos indemnizatorios que va entre los USD 20.000 y los 100.000.

En este tipo de casos, tampoco es seguro cuál será el monto reparatorio a obtener, aun mirando a los precedentes del caso, ya que en ninguna sentencia se indica el porqué de una suma u otra, tal y como se vio cuando analizamos la argumentación de la indemnización del daño moral o inmaterial.

En los casos de lesiones a la integridad psicofísica, la CIDH también es susceptible de las mismas observaciones, ya que los montos varían entre los USD 100.000 que se decretaron en favor del Sr. BuenoAlvez que padece un 100% de incapacidad como consecuencia de las condiciones de su detención ilegítima⁴⁷⁰; pasando por los USD 90.000 del caso “Gutiérrez Soler”⁴⁷¹; los USD 50.000 con que se reparó a un menor que recibió varios disparos en su cuerpo por parte las Patrullas de Autodefensa Civil, a un sobreviviente lesionado del Caracazo⁴⁷² y a quienes sufrieron más de un 30% de

⁴⁶⁶ Aloeboetoe y otros Vs. Surinam, 10/09/1993. Los compañeros recibieron indemnizaciones de USD 10.000 menos, aproximadamente.

⁴⁶⁷ CIDH, Masacres de Ituango Vs. Colombia 1/07/06. La misma cifra (30.000 dólares) recibieron las víctimas mortales de la Masacre de Pueblo Bello, *Cfr.* Masacre Pueblo Bello Vs. Colombia, 31/1/06.

⁴⁶⁸ CIDH, Niños de la Calle Vs. Nicaragua, 26/05/2001.

⁴⁶⁹ CIDH, Paniagua Morales y otros Vs. Guatemala, 25/05/01.

⁴⁷⁰ CIDH, Bueno Alvez Vs. Argentina, 11/05/2007.

⁴⁷¹ CIDH, Gutiérrez Soler Vs. Colombia, 12/09/05.

⁴⁷² CIDH, Caso del Caracazo Vs. Venezuela, 29/08/02. A otro sobreviviente se le dio USD25.000.

incapacidad en el incendio del instituto de Reeducción del Menor en Paraguay⁴⁷³.

En un caso de lesiones no incapacitantes producidas por torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes, la CIDH, fijó la suma de USD 8.000474. Lo que resulta llamativo en este mismo caso, es que a las personas que sufrieron lesiones absolutamente incapacitantes, se las indemnizó con USD 20.000 en concepto de daño inmaterial, lo implica solamente la quinta parte de la suma máxima que se ha determinado ante secuelas semejantes.

La misma dispersión numérica se advierte en la indemnización de los familiares de las personas desaparecidas forzosamente o asesinadas. Para fundamentar lo afirmado, se puede mencionar que en el caso que en el caso “Gómez Palomino” la indemnización de los parientes más próximos de la víctima de desaparición forzosa fue para cada uno de USD 80.000 (madres, hijos y esposa); mientras que en el caso “Torres Millacura”⁴⁷⁵ la madre de la víctima recibió USD 35.000, que representan menos de la mitad que la suma dada en el otro caso citado.

En el caso “Ticona Estrada”⁴⁷⁶, los padres de una víctima de desaparición forzada de persona recibieron como reparación USD 50.000,00 para el padre y USD 52.000 para la madre, a los que se suman un terreno donado por el Estado de Bolivia y la construcción de una vivienda planificada de común acuerdo. Este caso merece mención aparte, porque ha incluido expresamente como compensación del daño inmaterial la entrega de un lote de tierra y la construcción de una vivienda.

También es digno de mencionarse por separado, que la CIDH, en ciertos casos, ha adicionado en favor de los miembros familiares

⁴⁷³ CIDH, Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala, 22/11/2004; Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay, 02/09/04.

⁴⁷⁴ CIDH, Penal Miguel Castro Vs. Perú, 25/11/2006.

⁴⁷⁵ CIDH, Torres Millacura y otros Vs. Argentina, 26/08/11.

⁴⁷⁶ CIDH, Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia, 27/11/2008.

sobrevivientes, como parte de la reparación daño moral, la suma de USD 10.000 para tratamientos psicológicos⁴⁷⁷.

En casos de ejecuciones extrajudiciales, para demostrar la gran diferencia de montos indemnizatorios en favor de los familiares sobrevivientes, basta con observar que en el fallo “Paniagua Morales”⁴⁷⁸ se indemnizó a la madre de una persona detenida, torturada y asesinada con USD 15.000; que en el caso “Vargas Areco” se fijó la suma de USD 20.000 para resarcir a los padres de un menor de edad de solo 16 años que fue torturado y asesinado de un disparo mientras cumplía el servicio militar voluntario en Paraguay⁴⁷⁹; ambas sumas resultan escasas si se las compara con los montos que se han fijado en otras causas, como en “La Cantuta”⁴⁸⁰, en el que a los padres de las personas ejecutadas se los reparó con la suma de USD 50.000. O sea, en más del triple y del doble de las indemnizaciones de las primeras causas citadas. Ínfima resulta la suma de USD 8.000 que se determinó en favor de los padres, madres e hijos de las 7 personas de origen haitiano que perecieron por el uso excesivo de la fuerza de dependientes de República Dominicana, con posterior impunidad, denegación de justicia y expulsión del país de los sobrevivientes⁴⁸¹.

1.3.2 Indemnizaciones del daño inmaterial o moral asignadas por la CIDH

Si bien anexamos un cuadro donde se han organizado las sentencias de la CIDH por su monto indemnizatorio del daño moral, de haber estudiado e investigado el tema, podemos agregar algunas conclusiones que se adicionen a las consideraciones efectuadas sobre la desaparición forzada de personas, la ejecución extrajudicial o las lesiones a la integridad física que ya fueron expuestas.

La primera conclusión es que la CIDH indemniza con los más altos montos resarcitorios del daño moral o inmaterial, al padecido

⁴⁷⁷ CIDH, Molina Theissen Vs. Guatemala, 03/07/04.

⁴⁷⁸ CIDH, Paniagua Morales y otros Vs. Guatemala, 25/05/01.

⁴⁷⁹ CIDH, Vargas Areco Vs. Paraguay. 26/09/06.

⁴⁸⁰ CIDH, La Cantuta Vs. Perú, 29/11/06.

⁴⁸¹ CIDH, Nagede Dorzema y otros Vs. República Dominicana, 24/10/12.

por las comunidades indígenas de manera colectiva. Las reparaciones más elevadas van entre los USD3.600.000 en reparación de una masacre con dañosos efectos culturales⁴⁸², a los USD 600.000 por el daño ambiental y destrucción del territorio ancestral respecto del que existe particular conexión espiritual. Entre ambos extremos, se han fijado USD 950.000⁴⁸³ y USD 960.000⁴⁸⁴ por privación de la detentación del territorio ancestral. También a Paraguay –país al que se lo condenó en los otros dos casos recién citados–, se le impuso la condena al pago de USD 1.380.000 por la privación del territorio ancestral y la reducción a pésimas condiciones de vida de los miembros de toda una comunidad⁴⁸⁵.

Por último, traemos a colación a la indemnización de USD 1.250.000 proporcionada a una comunidad ecuatoriana que no fue consultada por el Estado en la concesión de sus territorios como yacimiento petrolífero⁴⁸⁶.

En segundo lugar, resulta interesante organizar las violaciones a la libertad de prensa o de pensamiento, las cuales dan lugar a una reparación del daño moral de aproximadamente USD 20.000, si hay condenas penales de conformidad con el derecho interno⁴⁸⁷. Pero, por la existencia de consecuencias más invasivas, se han incrementado a USD 30.000; porque, por ejemplo, se incautaron los libros, los textos originales, los discos donde se habían grabado y se suprimieron del disco rígido de la PC con condena penal por desobediencia y desacato⁴⁸⁸.

USD 35.000 se fijaron en favor de un ex candidato a presidente del Paraguay por la condena penal y prohibición de salir del país que se le decretara por sus dichos durante la campaña⁴⁸⁹. Incluso, la suma

⁴⁸² CIDH, Masacre Plan Sánchez Vs. Guatemala, 19/11/04.

⁴⁸³ CIDH, Comunidad Indígena Yahye Axa Vs. Paraguay, 17/06/05.

⁴⁸⁴ CIDH, Comunidad indígena Xákmok Káser Vs. Paraguay, 24/08/10.

⁴⁸⁵ CIDH, Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, 29/03/06.

⁴⁸⁶ CIDH, Pueblo Indígena kichwa **de Sarayaku vs. Ecuador, 27/06/12.**

⁴⁸⁷ CIDH, Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, 2/07/2004; Kimel Vs. Argentina, 02/05/2008;

⁴⁸⁸ CIDH, Palamara Iribarne Vs. Chile, 22/11/05.

⁴⁸⁹ CIDH, Ricardo Canese Vs. Paraguay, 31/08/04.

se llegó a duplicar hasta los USD 60.000, ante el ataque a periodistas por soldados del Ejército Nacional de Colombia, mientras se filmaba como éstos golpeaban a manifestantes, con posteriores amenazas, intento de secuestro, exilio fuera del país y falta de investigación judicial de los hechos⁴⁹⁰.

En tercer lugar, la consecuencia inmaterial de la violación a las garantías judiciales ha dado lugar a múltiples pronunciamientos con diferentes valores. Por ejemplo, la CIDH, ha fijado USD 40.000 en caso de destitución de un tribunal colegiado sin debido proceso ni sentencia motivada⁴⁹¹, y en el caso de personas condenada en procesos antiterrorismo sin las mínimas garantías a extensas penas privativas de la libertad⁴⁹².

Ha sido decretada la suma de USD 30.000⁴⁹³, en especial si ha habido detención, proceso o incumplimiento de sentencia en contradicción con la CASDH; aunque, también se ha reconocido sumas menores, según los distintos casos; por ejemplo: USD 25.000 por la falta de investigación de la muerte de una hija⁴⁹⁴ o detención arbitraria por tres años⁴⁹⁵. La indemnización ha sido de USD 20.000 en casos de detención ilegal y torturas⁴⁹⁶, ante el incumplimiento estatal de investigar hechos de tortura⁴⁹⁷ y por la detención ilegal de una mujer a la que se la obligó a suscribir una declaración pública preparada por sus captores⁴⁹⁸.

⁴⁹⁰ CIDH, Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia, 03/09/2012.

⁴⁹¹ CIDH, Apitz Barbera y otros ("Corte Primera en lo Contencioso Administrativo) Vs. Venezuela, 05/08/08.

⁴⁹² CIDH, García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú, 25/11/05.

⁴⁹³ CIDH, Yvon Neptune Vs. Haití, 06/05/08; Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú, 07/02/06; De la Cruz Flores Vs. Perú, 18/11/04.

⁴⁹⁴ CIDH, Alban Cornejo y Otros Vs. Ecuador, 22/11/07. Por falta de investigación de la muerte de una persona durante un desalojo de ocupantes se fijó la suma de USD 20.000. *Cf.* Garibaldi Vs. Brasil, 23/09/09.

⁴⁹⁵ CIDH, Cesti Hurtado Vs. Perú, 31/05/01.

⁴⁹⁶ CIDH, Suarez Rosero Vs. Ecuador 20/01/99.

⁴⁹⁷ CIDH, Gudiel Álvarez Vs. Guatemala, 20/11/12; Gutiérrez Soler Vs. Colombia, 12/09/05.

⁴⁹⁸ CIDH, Maritza Urrutia Vs. Guatemala, 27/11/03.

Dentro de esta clase de casos, es importante para la Argentina el caso “Furlan”, en el que se condenó a nuestro país al pago de daño inmaterial de USD 60.000 en favor de una persona con discapacidad a causa de un accidente que padeció un prolongado proceso judicial que terminó causando la imposibilidad de acceder a los tratamientos médicos necesarios. En el fallo, también se condenó al Estado Argentino al pago de USD 30.000 por el daño inmaterial del padre y USD 15.000 por el de la madre y cada el de cada uno de los hermanos.

En cuarto lugar, las violaciones a la intimidad de las personas han dado lugar a indemnizaciones de USD 20.000, en casos de escuchas telefónicas de cinco personas en Brasil⁴⁹⁹, y de USD 15.000 en favor de un abogado que fue escuchado, gravado y exhibido ante representantes de la Iglesia Católica y del Colegio Nacional de Abogados de Panamá y se le iniciaron actuaciones penales en contra.

En quinto lugar, en lo que respecta a las trasgresiones de los derechos humanos en las relaciones de familia, se ha indemnizado con USD 20.000 a una madre que ha sido privada por la justicia chilena de la custodia de sus hijas por su condición sexual⁵⁰⁰ y al Estado de Costa Rica por la prohibición general de la fecundación asistida⁵⁰¹.

En el mismo marco, USD 60.000 se cuantificaron para el padre al que se le privó de su hija, puesto que la madre la dio en adopción sin su consentimiento, debiendo luchar judicialmente por recuperarla padeciendo la dilación injustificada en los procedimientos, que terminaron por desconocer sus derechos como padre. En favor de la niña, la suma fue de USD 40.000, ya que se la privó del vínculo con su padre el que no podría ser recuperado de forma de inmediata por la larga convivencia con su familia adoptiva.

Por último, podemos llegar a agrupar los casos de detenciones, torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes, abusos sexuales,

⁴⁹⁹ CIDH, Escher y otros Vs. Brasil, 06/07/09.

⁵⁰⁰ CIDH, Atala Ríffo y niñas Vs. Chile, 24/02/12.

⁵⁰¹ CIDH, Artavia Murillo Vs. Costa Rica, 28/11/12.

etc., que recayeron sobre personas que fueron luego liberadas y, respecto de las cuales, normalmente no ha habido una investigación o proceso serio. Dentro de éste género, cabe destacar al caso Loayza Tamayo, que recibiera una reparación de USD 50.000502. Este mismo importe se fijó en otros casos semejantes⁵⁰³.

No se acaba en los casos reseñados, hasta aquí, toda la experiencia de la CIDH en lo que respecta a nuestro tema de interés, tampoco dejamos de lado su valor como antecedente; lo que sí ocurre, es que se dificulta su sistematización por su singularidad. Por ello, no hemos agrupado a todos los fallos, ni creado todos los grupos posibles y para no faltar a la pretensión de profundidad de este trabajo, estudiamos todos los casos hasta mediados de 2013, extrajimos las cuantías determinadas por los jueces y las ordenamos por valor. Aquí nos limitamos a explayar algunas conclusiones de ese arduo trabajo que ponemos a disposición del lector como un anexo de este trabajo.

2. La cuantificación del daño moral en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

2.1 Principios que establecidos por la CSJN para la cuantificación del daño moral.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de sus sentencias, ha ido sentando principios que constituyen referencias para la cuantificación del daño moral, que pueden orientar en la los jueces, los doctrinarios y los prácticos, aunque no sirvan para determinar ni siquiera con aproximación cuál es la suma equitativa que repara adecuadamente a una víctima.

El primero de los principios, correspondiente a un fallo de 1978, indica que: “Aunque los dolores y las pérdidas que se refieren a los sentimientos sean difíciles o imposibles de mensurar, es razonable

⁵⁰² CIDH, Loayza Tamayo Vs. Perú, 27/11/1998.

⁵⁰³ CIDH, Fleury y otros Vs. Haití, 23/11/11; Fernández Ortega y otros Vs. México, 30/08/10.

admitir que corresponde dar más a quien pierde más y por ello se justifica que el a quo haya hecho una distribución teniendo en cuenta esa circunstancia”⁵⁰⁴. También en 1978, la Corte se pronunció en favor del carácter resarcitorio y no sancionatorio del daño moral, cuando no aplicó al daño moral los efectos de una amnistía –que exoneraba de la responsabilidad penal y otras sanciones- por entenderlo como parte del resarcimiento previsto por la ley. Esta posición se reafirmó en el célebre fallo “Santa Coloma” de 1986; en el que se aplicó también el principio de la realidad económica para descalificar una sentencia por su ínfimo monto resarcitorio del daño moral, aunque también fue, luego, aplicado para descalificar elevados importes⁵⁰⁵. La teoría de la realidad económica mantiene su vigencia hasta la fecha, siendo usada en múltiples fallos⁵⁰⁶.

La fundamentación de la sentencia, en lo inherente a la cuantificación del daño moral, desde 1979 es un aspecto de central relevancia, sea para sostener el fallo recurrido o para dejarlo sin efecto. Primeramente, la justificación o motivación de la sentencia, con hechos y derecho, cumplió la función de legitimarla sin entrar en el análisis de su acierto o error⁵⁰⁷. Coherentemente, en esta etapa se mantuvieron las sentencias de instancias inferiores cuando el recurrente no se hubiera hecho cargo del argumento del a quo; incluso, cuando fuera de total injusticia, como el que deniega la indemnización dineraria del daño moral por entender el juez que

⁵⁰⁴ CSJN, Fuentes de García, María E. c/ Estado Nacional, 13/12/1978, Fallos: 300:1254.

⁵⁰⁵ Cfr. Pizarro, Daniel Ramón; Daño moral. Prevención. Reparación. Punición, 2da ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, págs. 438 y ss. Según el maestro de Córdoba, la teoría de la realidad económica, que nace en el Derecho Tributario, se aplicó por la CSJN para descalificar sentencias cuyos montos, por altos o bajos, son una inexacta conclusión que contradice los parámetros vigentes y realidad económica. La CSJN, según cita el destacado jurista, cuando aplica la teoría, atiende a que el resultado de la sentencia se aparta de la realidad económica y los postulados que el mismo juez tuvo como adecuados para la resolución del caso, causando menoscabo a la verdad jurídica objetiva, al derecho de propiedad y al derecho de defensa en juicio.

⁵⁰⁶ CSJN, Tabares, Silvia Graciela c/ Sanatorio Agote y otros, 25/02/1992, La Ley Online, AR/JUR/2943/1992; S. M., J. J. F. c/ Banco de la Nación Argentina s/ demanda contencioso administrativa, 25/06/2013, DJ 04/09/2013, 47, AR/JUR/31503/2013.

⁵⁰⁷ CSJN, De Angelis Roca, Alfonso H. c/ Aveca Construcciones, S. A. y otros, 02/08/1979, La Ley Online, AR/JUR/133/1979; Busquet, Miguel c/ Estado Nacional, 10/04/1990, Fallos 313:473.

procede reparar con la sola sentencia⁵⁰⁸. Posteriormente, se creó la doctrina de la justificación aparente para aquellos casos en los que los jueces hayan establecido indemnizaciones en términos que sólo satisfacen en “apariencia” la exigencia de adecuada fundamentación y desvirtúan el principio de la reparación integral⁵⁰⁹. Aplicando esta misma teoría se descalificó a los pronunciamientos que satisficieron “en forma aparente la necesidad de ser derivación razonada del derecho aplicable con adecuada referencia a los hechos comprobados de la causa”⁵¹⁰.

En rigor de verdad, la doctrina de la “justificación aparente” emergió interrelacionada con la “realidad económica” como surge de la lectura del caso Cabral, donde la CSJN expresó: “Corresponde admitir el agravio referente al daño moral de quien desempeñándose como empleada doméstica sufrió un accidente, pues la suma fijada por tal concepto no cubre mínimamente los requerimientos de la prudencia en la determinación del daño en punto a lo que dispone el art. 165 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y a pesar de reconocer el permanente sufrimiento por las lesiones de la víctima, el tribunal ha establecido su cuantía en términos que sólo satisfacen en apariencia la exigencia de adecuada fundamentación y desvirtúan el principio de la reparación integral propio de la materia en examen.”⁵¹¹.

En 1994, se dictó el fallo “González, Miguel c/Nuevo Federal y otro” en el que la Corte puso de manifiesto que la delegación legal de

⁵⁰⁸ CSJN, Quiroga, Juan C. c/ Empresa Nac. de Telecomunicaciones, 01/10/1981, LA LEY 1982-C, 590, AR/JUR/4692/1981. En sentido opuesto, se rechazó el recurso de queja de la demandada por no hacerse cargo de las argumentaciones del *a quo* que tuvieron por acreditado el daño moral del actor.

⁵⁰⁹ CSJN, Cabral, Norma Esther c/ Benítez, Raúl y otros, 25/09/1990, Fallos 313:944, La Ley Online AR/JUR/2473/1990. El mismo argumento fue sostenido posteriormente en autos: Alborno, Juan Carlos c/ Barrios, Jorge Omar, 26/02/1991, La Ley Online, AR/JUR/2694/1991.

⁵¹⁰ CSJN, Vargas, Carlos R. c/ ENTel. y Caja Nac. de Ahorro y Seguro, 30/07/1991, Fallos 314:729, La Ley Online, AR/JUR/2266/1991.

⁵¹¹ CSJN, Cabral, Norma Esther c/ Benítez, Raúl y otros, 25/09/1990, Fallos 313:944, La Ley Online AR/JUR/2473/1990. El mismo argumento fue sostenido posteriormente en autos: Alborno, Juan Carlos c/ Barrios, Jorge Omar, 26/02/1991, La Ley Online, AR/JUR/2694/1991; Escudero, Mónica Margarita c/ Drajner, Pablo Roberto, 24/03/1992, Fallos 313:463, La Ley Online AR/JUR/3007/1992.

la determinación de la indemnización en la prudencia del juez no lo libera del requisito de validez de la sentencia, representado por la adecuada fundamentación⁵¹². Con el fallo se consolida la exigencia de argumentar seriamente la cuantificación del daño moral no solo para arribar a montos proporcionados con la realidad económica y la personal de la víctima, sino porque es un requisito esencial de la resolución como acto jurídico que no se llena, como luego se explicó, “si de la misma no se desprende una apreciación convincente del criterio empleado ni de las pautas que condujeron al resultado obtenido, de modo que no resulta posible desentrañar cómo fueron evaluados los perjuicios cuya reparación se ordena”⁵¹³. Tampoco se satisface la adecuada fundamentación si la sentencia “prescinde de las normas aplicables, se sustenta en afirmaciones dogmáticas o incurre en apartamiento de las constancias de la causa”⁵¹⁴.

En fallos posteriores, la fundamentación adecuada de la sentencia y su contrapartida la fundamentación aparente tuvieron importancia como hipótesis de arbitrariedad de sentencia⁵¹⁵.

Por último, en 1995, la CSJN asentó el principio de la autonomía del daño moral con respecto al daño patrimonial⁵¹⁶, que continúa presente en sus sentencias hasta nuestros días. En anteriores sentencias había llegado a fallar asignando montos globales⁵¹⁷.

⁵¹² CSJN, González, Miguel c/Nuevo Federal y otro, 04/10/1994. Cit. por Pizarro, Daniel Ramón; Daño moral. Prevención. Reparación. Punción, 2da ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pág. 438.

⁵¹³ CSJN, H. B. T. y otra c/ Roveda, Arturo N., 19/12/1995, LA LEY 1996-C, 489, DJ 1996-2, 325, AR/JUR/2080/1995.

⁵¹⁴ CSJN, Lacuadra, Ernesto A. y otros c/ Nestlé de Productos Alimenticios S.A, 01/04/1997, LA LEY 1997-E, 748 con nota de Adelina Loianno, DJ 1997-3, 733, DT 1997-B , 1900, AR/JUR/4120/1997.

⁵¹⁵ CSJN, Parcio, Eva L. c/ Banco de Boston, 17/03/1998, LA LEY 1998-D, 598, DJ 1999-1, 780, AR/JUR/968/1998; Cedale, Eduardo A. y otros c/ Estado nacional, 13/08/1998, LA LEY 1999-D, 147, ED 180, 991, Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira, 538, AR/JUR/2727/1998; Quelas, José c/ Banco de la Nación Argentina, 27/06/2000, LA LEY 2001-B, 551, DJ 2001-1, 463, AR/JUR/1692/2000; Ramos, Sonia M. c/ Sanatorio Mitre, 23/08/2001, La Ley Online, AR/JUR/4914/2001.

⁵¹⁶ CSJN, P., F. F. c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos, 24/08/1995, LA LEY 1995-E, 17, AR/JUR/3453/1995.

⁵¹⁷ CSJN, Audicio de Fernández, Silvia H. c/ Provincia de Salta, 04/12/1980, LA LEY 1981-B , 46, AR/JUR/5187/1980

2.2 La Argumentación de la cuantificación del daño moral.

El máximo tribunal nacional determina la indemnización del daño moral⁵¹⁸, considerando los siguientes aspectos computables: “A los fines de la fijación del quantum, debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste”⁵¹⁹. A estos factores, se les ha sumado la edad de la víctima⁵²⁰. Usualmente, la Corte se limita a fijar la suma expresando que: “Por ello, y en uso de la facultad conferida por el art.165 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, se lo establece en \$12.000”⁵²¹. El artículo 165 del Código procesal Civil

⁵¹⁸ La CSJN entiende que el daño moral es un detrimento de índole espiritual y una lesión en los sentimientos de las personas que se prueba por el hecho dañoso y las características de la lesión sufrida. Normalmente la argumentación de la noción y procedencia del daño moral se efectúa con anterioridad a la cuantificación del resarcimiento —como es lógico que sea—. *Cfr.* CSJN, Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires,

Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios, 6/03/2007, considerando 12. “Bottino, Marcela Amanda c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, 12/04/2011, considerando 14. El concepto incluye todos los perjuicios extrapatrimoniales, que cuentan con autonomía conceptual, más no con autonomía resarcitoria. *Cfr.* CSJN, Mochi, Ermanno y otra c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios, M. 424. XXXIII, 20/03/2003.

⁵¹⁹ CSJN, Fallos: 311:1018, 312: 1597, 321:1117; 323:3614 y 325:1156, entre otros. Este criterio se citaba, tal cual, hace más de 20 años. *Cfr.* Frida Gómez Orue de Gaete y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otras, 09/12/1993; también puede verse embrionariamente en casos más antiguos, por ejemplo, en la década del 70 se cuantificaba el daño moral en base a la índole del hecho generador de la responsabilidad, la entidad del sufrimiento y su persistencia *Cfr.* CSJN, Fuentes de García, María E. c/ Estado Nacional, 13/12/1978, Fallos: 300:1254. Sin embargo; en Pose, José D. c/ Provincia de Chubut y otra, 01/12/1992; la Corte elaboró una argumentación diferente: “En cuanto al daño moral resulta obvia su existencia ya que la gravedad de las lesiones padecidas por Pose de carácter irreversible y definitivas, afectan a todas las esferas de su personalidad. A los fines de ponderar acabadamente la entidad del sufrimiento físico y psíquico, que como consecuencia del accidente el actor padece y padecerá por el resto de su vida, basta remitir a lo expuesto en el presente y en los considerandos anteriores. Por tal motivo se lo fija prudencialmente en la suma de \$ 550.000”. Lo mismo puede advertirse en la causa I. A., A. c. Tribunal de Cuentas de la Provincia de Formosa, 19/08/1999, en la que se argumentó el daño moral de una persona que quedó parálitica con una escueta línea: “En cuanto al daño moral resulta indudable su reparación ya que la gravedad de las lesiones afecta a todas las esferas de la personalidad del actor y su sufrimiento físico y psíquico asume trascendente entidad. Por tal motivo, se lo fija en \$300.000”. La minoría con las mismas palabras fijó la indemnización en \$200.000.

⁵²⁰ CSJN, Mochi, Ermanno y otra c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios, M. 424. XXXIII, 20/03/2003.

⁵²¹ CSJN, “Bottino, Marcela Amanda c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, 12/04/2011.

y Comercial de la Nación, invocado por la CSJN, establece y regula la facultad judicial de fijar el importe de las indemnizaciones. En algunas sentencias no se efectúa la mención de la normativa procesal y directamente se determina la cifra dineraria correspondiente sin ningún otro fundamento: “Se fija por ello la suma de \$ 28.000”⁵²².

En determinados casos, la Corte valora las particulares consecuencias dañosas extrapatrimoniales de los hechos. No se sale de los parámetros generales que hemos puesto de manifiesto en el párrafo anterior, sino que agrega junto a ellos algunos aspectos fundamentales del caso, que a su criterio son centrales en la ponderación de la indemnización.

La CSJN en el caso “Bianchi, Isabel Carmen Pereyra de c/ Buenos Aires, Provincia de y Camino S.A. y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/ daños y perjuicios” se introdujo en el análisis de las secuelas morales de un accidente junto a las pautas generales citadas y previo a determinar el quantum de la indemnización. El caso versa sobre una colisión en una ruta entre un vehículo y un caballo que se cruzó en el camino; producto del impacto fallece el esposo y padre de los actores. Respecto de los niños, la Corte, expresó: “En el caso de los hijos menores debe considerarse que fueron privados en forma prematura de la asistencia espiritual y material de su padre, y de la consiguiente protección y seguridad que requerían durante la minoridad”.

Sobre el daño moral de la viuda dijo: “Respecto de la viuda, se configura la pérdida de una compañero de vida, un interlocutor permanente, el corresponsable de la dirección de un hijo menor, el sujeto con quien se comparte las dificultades y las angustias no sólo de la vida propia sino de las que se observan en la vida de los hijos. Además, debe ponerse de relieve que el reclamo de la señora de Bianchi no sólo comprende el sufrimiento derivado de la muerte de su esposo, sino también los padecimientos experimentados a título

⁵²² CSJN, Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios, 6/03/2007, considerando 12.

personal por su participación en el accidente y por las múltiples secuelas que se derivaron del mismo”⁵²³.

En el caso “Bustos, Ramón Roberto c/ La Pampa Provincia de y Otro S/ Daños y perjuicios” también se advierte el mismo procedimiento por parte de la Corte. El caso trata sobre la mala praxis en la que incurrió un médico dependiente de la Provincia de la Pampa, que olvidó un oblitio de gaza de 20 x 20 centímetros en el cuerpo del actor tras una operación, causando daño en la salud, la extracción por nueva cirugía y tratamientos con medicación y curaciones. Para cuantificar el daño moral, se valoró que: “El actor debió sobrellevar diversas curaciones, dolores físicos, miedos y molestias en general (fs. 220) sumado a las angustias e inquietudes que toda nueva operación acarrea. Además es indudable en el caso, que la intervención quirúrgica que sufrió Bustos el 15 de septiembre de 1998 con el fin de extraer la gasa olvidada en la primera operación, le causó una innegable lesión de esta índole”⁵²⁴.

Esta tendencia a desarrollar algún párrafo sobre las coyunturas del caso que implican merma en la integridad moral del actor había sido aplicada también en otros casos⁵²⁵.

2.3 Indemnizaciones del daño moral asignadas por la corte.

Hemos analizado fallos de la CSJN desde la década de 1990 y extraído los montos indemnizatorios del daño moral. Con ellos, confeccionamos un cuadro, que se aneja como anexo, que incluye 20 fallos, con 25 distintas regulaciones de la indemnización del daño

⁵²³ CSJN, “Bianchi, Isabel Carmen Pereyra de c/ Buenos Aires, Provincia de y Camino S.A. y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente” s/ daños y perjuicios, Expte. B. 606. XXIV. ORI, 07/11/2006. En términos similares: Camargo, Martina y otros c/ San Luis, Provincia de y otra s/ daños y perjuicios, Expte. C. 1948. XXXII, 21/ 05/2002.

⁵²⁴ CSJN, Bustos, Ramón Roberto c/ La Pampa Provincia de y Otro S/ Daños y perjuicios, B. 853. XXXVI. ORI, 11/07/2006.

⁵²⁵ CSJN, Goldstein Mónica c/ Santa Cruz Provincia de s/ Daños y perjuicios, Expte. G. 681. XXXVII. ORI, 23/12/2004; Serradilla, Raúl Alberto c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios, Expte. S. 2790. XXXVIII, 12/07/2007; Andrada, Roberto Horacio y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios, Expte. A. 901. XXXVI, 5/09/2006.

moral, tanto en pesos como en dólares al precio de venta del día. La necesidad de conocer el valor en dólares del monto de sentencia radica en que la economía argentina no ha gozado de las mismas variables durante el paso de las décadas, siendo esa la única forma de poder comparar el poder adquisitivo de la indemnización en los distintos momentos históricos.

De los montos resarcitorios encontrados, podemos afirmar que el mayor valor otorgado por la CSJN en concepto de indemnización del daño moral alcanzó la suma de \$550.000 con equivalencia nominal en dólares estadounidenses⁵²⁶. A continuación figuran montos indemnizatorios elevados para un caso de paraplejías⁵²⁷(\$300.000 en moneda nacional y dólares) y en favor de un hijo menor de edad por la muerte de una mujer profesional de 35 años de edad (\$300.000 en moneda nacional y dólares. En favor del marido de la mujer se determinó la indemnización del daño moral de \$250.000 en ambas monedas)⁵²⁸.

En general, salvo en el caso excepcional de fallecimiento mencionado, las indemnizaciones más altas responden a lesiones a la integridad psicofísica de las personas; por ejemplo, en el caso “Molina” se fijaron \$320.000⁵²⁹ y en el caso “Camargo” \$250.000⁵³⁰, aunque, aquí, las indemnizaciones en dólares quedaría reducidas a las sumas de USD 74.245,94 y USD 68.493,15 respectivamente. No todas las lesiones de este tipo dan lugar a importantes resarcimientos; en el caso Mosca se asignó la suma de \$28.000 (USD 8.917,20) en favor de una persona que recibió una herida en el rostro y fue afectado en el sentido de la vista, con pérdida progresiva⁵³¹; \$40.000 (USD

⁵²⁶ CSJN, Pose, José D. c/ Provincia de Chubut y otra, 01/12/1992.

⁵²⁷ CSJN, I. A., A. c. Tribunal de Cuentas de la Provincia de Formosa, 19/08/1999.

⁵²⁸ CSJN, Saber, Ciro A. c. Provincia de Río Negro y otros, 09/11/2000.

⁵²⁹ CSJN, Molina, Alejandro Agustín c. Santa Fe, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios, 20/12/2011.

⁵³⁰ CSJN, Camargo, Martina y otros c/ San Luí, Provincia de y otra s/ daños y perjuicios, 21/05/2002.

⁵³¹ CSJN, Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios, 6/03/2007.

12.820,51) se le reconocieron a una mujer herida de bala en su pierna (con 5% de incapacidad)⁵³².

La Corte, como vimos, no suele tener en cuenta los casos similares a la hora de argumentar y de definir la indemnización del daño moral. Ello, tiene por efecto una gran dispersión en las sumas de condena. Veamos como ejemplo los casos de heridas de bala causados por miembros de las fuerzas policiales. Ante la CSJN tramitaron cuatro casos que tienen entre sí algunas diferencias, pero que son asimilables; pese a ello, ninguno de los montos es uniforme con los demás. En el caso “Migoya” (en el que se usaron balas de goma) se fijaron \$50.000 o USD 11.655,011533; en el ya mencionado caso “Mochi” \$40.000 o USD 12.820,51534; en el caso Baeza se determinaron \$15.000 o USD 3.699,14535; en el caso “Botino” fueron \$12.000 o USD 2.941,18536. Tanto el actor de la causa “Monchi” como “Baeza” sufrieron un 5% de incapacidad, por lo que no se comprende como puede ser que uno cobre casi el triple que el otro. Tampoco se comprende como cobra más en pesos por daño moral quien fue víctima de balas de gomas que quienes sufren incapacidades permanentes. Mucho menos se justifica que similares hechos –sobre todo los de heridas de bala del arma reglamentaria– den lugar a resarcimientos tan dispares, que llegan a dar lugar a montos 333,33% mayores que los más bajos que se han cuantificado.

Aún peor, es la disparidad en la cuantificación del daño moral por muerte de las personas, en favor de sus familiares sobrevivientes. Un caso notorio de este tipo de resarcimientos es la icónica causa “Saber”⁵³⁷. Aquí, la CSJN determinó las indemnizaciones de los

⁵³² CSJN, Mochi, Ermanno y otra c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios, 20/03/2003.

⁵³³ CSJN, Migoya, Carlos Alberto c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios, 20-12-2011; T. 334 P. 1821.

⁵³⁴ CSJN, Mochi, Ermanno y otra c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios, 20/03/2003.

⁵³⁵ CSJN, Baeza, Silvia Ofelia c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios, 12-04-2011; T. 334 P. 376.

⁵³⁶ CSJN, Bottino, Marcela Amanda c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios, 12/04/2011.

⁵³⁷ CSJN, Saber, Ciro A. c. Provincia de Río Negro y otros, 09/11/2000.

familiares de una joven mujer que sufrió una trágica muerte, en sumas de pesos con equivalencia en dólares. En favor del hijo se determinó \$300.000; en favor del marido \$250.000; en favor de la madre \$120.000 y en favor del padre \$110.000.

Esas sumas han sido de las más elevadas que ha mandado a pagar nuestro máximo tribunal y realmente distan mucho de las que emplearon en otros casos. Por ejemplo, en “Bianchi”⁵³⁸ a una mujer que perdió a su marido y, además, sufrió lesiones en el mismo accidente se le dio \$100.000 o USD33.948,88; para cada uno de sus hijos se determinaron \$70.000 o USD 22.364, 21.

También \$70.000 se fijaron en favor de una madre que perdió a su hijo en una riña carcelaria, estando bajo la seguridad de la Provincia de Buenos Aires. La cifra en dólares representa solo 18.134,72 unidades⁵³⁹. Finalmente, es de señalar que se reparó el daño moral sufrido por una abuela por la muerte de su nieto con la suma de \$20.000 pesos argentinos o dólares estadounidenses⁵⁴⁰.

Es difícil saber cuál de los criterios debe primar, no se sabe si la muerte de un cónyuge requiere de una indemnización de USD 250.000 o 33.948,88. Tampoco la CSJN da los suficientes motivos para entender a qué puede responder la diferencia en tan hondo pesar. De la misma forma, no se puede saber si la muerte de un progenitor amerita la reparación de USD 300.000 o 22.364(que es menos de la décima parte del valor atribuido al otro caso)⁵⁴¹.

No solo en los tipos de lesiones indicados prima el desorden resarcitorio. En las lesiones a la libertad encontramos

⁵³⁸ CSJN, Bianchi, Isabel Carmen Pereyra de c/ Buenos Aires, Provincia de y Camino S.A. y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente” s/ daños y perjuicios, 07/11/2006

⁵³⁹ CSJN, Gatica, Susana Mercedes c/ Buenos Aires, Provincia de, 22/12/2009.

⁵⁴⁰ CSJN, Frida Gómez Orue de Gaete y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otras, 09/12/1993.

⁵⁴¹ En otro caso, por la muerte de un padre indemnizaron desde la CSJN a sus hijos con la suma de \$100.000, equivalentes a USD 27.397,26. *Cfr.* Camargo, Martina y otros c/ San Luis, Provincia de y otra s/ daños y perjuicios, 21/ 05/2002.

pronunciamientos tan divergentes como en los demás géneros ya expuestos.

En el caso “Lema”⁵⁴² de 2003, la CSJN indemnizó con \$200.000 o UDS 64.102,56 la privación de la libertad, de nueve meses, de una persona que luego fue absuelta. En contrapartida, en 2006, a cada una de las tres personas detenidas por un año y tres meses y posteriormente declaradas absueltas en sede penal en el caso “Andrada”⁵⁴³ se los indemnizó con \$15.000 convertibles en USD 4.823,15. Se ve bien en el contraste, que la Corte indemnizó con más a quien estuvo detenido menos tiempo, siendo que ambos casos se trataba de detención durante el proceso y, por igual, los acusados terminaron siendo absueltos. No es posible comprender que la sensibilidad del juez fije en un caso una suma en dólares que represente el 7,52% de la que se fijó en el precedente.

La total renuncia a un método en la CSJN lleva a que las indemnizaciones del daño moral hayan perdido valor en la década del 2000 y a que siga siendo el pronunciamiento del organismo un misterio irrecurrible, que además, sigue convirtiendo al tema que nos ocupa en una verdadera lotería que puede llevar a éxitos o fracasos judiciales, según la suerte que corra el actor cuando se baje “su” martillo.

3. La cuantificación del daño moral en los máximos tribunales de las provincias argentinas

3.1 La cuantificación del daño moral en la Suprema Corte de Buenos Aires.

La Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha tratado la cuantificación del daño moral en su incumbencia extraordinaria y en materia contencioso administrativa.

⁵⁴² CSJN, Lema, Jorge Héctor c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios, 20/03/2003.

⁵⁴³Andrada, Roberto Horacio y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios, 5/09/2006.

Respecto a la primera, ha sostenido permanentemente que “establecer el importe de la indemnización por daños y perjuicios es tema ajeno a su competencia extraordinaria, salvo acabada demostración del absurdo”⁵⁴⁴. El criterio se funda en que la determinación del monto indemnizatorio es una cuestión de hecho irrevisable en casación⁵⁴⁵, pues depende del exclusivo criterio judicial⁵⁴⁶.

Esta doctrina constituye un primer valladar que inhibe la actuación del tribunal en gran cantidad de casos, dado que las partes no tienen a su alcance a los recursos extraordinarios para todo agravio sobre la determinación del daño moral –salvo acreditación del absurdo–. Por otro lado, en la mayoría de las causas atendidas, la Corte no cuantifica el importe de la indemnización y reenvía el caso a la Cámara de Apelaciones que se pronunció previamente para que dicte nueva sentencia y se haga cargo de la tarea.

También en el ejercicio de su competencia originaria, el ámbito contencioso administrativo contra la Provincia de Buenos Aires, la Corte ha cuantificado la indemnización del daño moral⁵⁴⁷, aunque va de suyo que no siempre corresponderá hacerlo, pues no siempre aparejan perjuicios extrapatrimoniales en estos casos.

Coherentemente con lo ya expresado, cuando cuantifica el daño moral la SCBA lo hace ejerciendo una facultad discrecional de los magistrados solo sujeta a la prudencia para no recaer en absurdos. Lo real y concreto es que la Corte carece totalmente de método y los jueces fijan el monto que les parece sin mayor argumentación.

⁵⁴⁴ SCBA, L. 101.302, "Aguirre", sent. del 1-IX-2010; L. 88.121, "Topa", sent. del 4-XI-2009; L. 84.999, "Rodríguez", sent. del 23-IV-2008. Es motivo de casación, dentro del análisis del absurdo, la fundamentación aparente de la sentencia; que se presenta, por ejemplo, cuando “las conclusiones a las que arriba el juzgador para la reducción del monto resarcitorio tienen sólo la apariencia de hallarse fundadas, ya que se limitan a enunciados de tipo general, pero sin vinculación concreta ni al caso en juzgamiento, ni a la real situación del menor”. *Cfr.* SCBA, Causa C 79905.

⁵⁴⁵ SCBA, P., J. R. c. Banco Francés S.A., 29/04/2009, LA LEY 13/10/2009, 8, con nota de Evangelina M. González; LA LEY 2009-F, 90, con nota de Evangelina M. González; AR/JUR/7971/2009.

⁵⁴⁶ SCBA, L. 65.082, sent. del 29 IX 1998.

⁵⁴⁷ SCBA, R., E. A. c. Provincia de Buenos Aires (I.O.M.A.), 30/03/2010, LLBA 2010 (octubre), 980, con nota de Javier Indalecio Barraza, AR/JUR/9221/2010.

Es claro ejemplo de ello, la causa “Ángel Colman”, en la que se limitaron a estudiar la existencia in re ipsa del daño moral y fijaron, sin más, el monto resarcitorio sin otras consideraciones: “Sentado ello, y teniendo en cuenta la insuficiencia probatoria de la demandada en este punto (conf. Arts. 375, C.P.C.C. y 25, C.P.C.A.), estimo prudente fijar en concepto de daño moral el monto de pesos diez mil (\$ 10.000)”⁵⁴⁸.

De la misma manera se actuó en el caso “R., E. A. c. Provincia de Buenos Aires (I.O.M.A.)”⁵⁴⁹; pero el valor mismo de fallo como precedente es menoscabado por el disenso de los jueces que fijaron cuatro montos distintos para el mismo caso, que trataba sobre la nulidad de un acto administrativo, que había declarado como prescindible a un médico y lo inhabilitó como prestador de I.O.M.A por casi 10 años. El actor solicitó como indemnización del daño moral la suma de \$150.000.

1) Primero la Dra. Kogan cuantificó el daño moral de esta forma: “En virtud de lo expuesto, y habiendo el demandante acreditado que ha sufrido situaciones que han perturbado el normal desarrollo de su vida y de su carrera profesional, considero prudente fijar por dicho rubro una reparación que asciende a la suma de pesos sesenta mil (\$ 60.000)”.

2) En segundo lugar, el Dr. de Lázari manifestó su disenso: “Sentado ello, y teniendo en cuenta la insuficiencia probatoria de la demandada en este punto (conf. arts. 375, C.P.C.C. y 77 inc. 1º, ley 12.008 - texto según ley 13.101), estimo prudente fijar en concepto de daño moral la suma de \$ 50.000, la que deberá ser abonada en el plazo de sesenta días (arts. 163, Const. provincial)”. Acto seguido, justificó la disminución del importe argumentando que “La reducción que propicio en relación a la cuantificación a que arriba la votante en primer término responde a una evaluación de las circunstancias

⁵⁴⁸ SCBA, Ángel Colman, Cecilia c/ Provincia de Buenos Aires (Mrio. de Seguridad), 30/03/2010, LLBA 2010 (agosto), 757, DJ 01/09/2010, 2379, AR/JUR/9222/2010.

⁵⁴⁹SCBA, R., E. A. c. Provincia de Buenos Aires (I.O.M.A.), 30/03/2010, LLBA 2010 (octubre), 980, con nota de Javier Indalecio Barraza, AR/JUR/9221/2010.

particulares de la causa y su correspondencia con otros supuestos juzgados por este Tribunal en situaciones en principio equivalentes (conf. causa B. 57.841, "Ferro", sent. del 5/X/2005)".

3) Como tercera postura, el Dr. Soria Empero expresó: "visto la extensión del resarcimiento pretendido, entiendo que las referidas probanzas distan de ser suficiente para que aquél sea atendido con el alcance perseguido. Por tales razones, atendiendo a las circunstancias de la causa y en orden a lo dispuesto por el art. 165 del Código Procesal Civil y Comercial, aplicable en virtud de lo establecido por el art. 77 inc. 1º de la ley 12.008, modif. por ley 13.101, estimo que el monto a resarcir en concepto de daño moral debe ser de treinta y cinco mil pesos (\$ 35.000)".

4) La cuarta posición la fijó el Dr. Domínguez. Para este magistrado la forma de cuantificar el daño moral consiste en multiplicar el salario mínimo vital y móvil por el tiempo que estuvo inhabilitado el actor. En aquel tiempo el S.M.V.M era de \$ 1.400 y el tiempo de inhabilitación del médico accionante fue de casi 10 años, entre el 3 de octubre de 1989 y el 30 de marzo de 1999. La suma emergente del cálculo fue de \$ 158.200 y luego le redujo un 25% "por aquello de la difícil estimación del daño moral". En definitiva, el total determinado por este juez fue de \$118.650.

La cuestión fue resuelta con el acuerdo de solo cuatro votos. El Dr. Pettigiani se limitó a decir que: "Con relación al quantum de la indemnización lo estimo en la suma de pesos cincuenta mil (\$ 50.000), ello por las razones expuestas por mi colega el doctor de Lázzari en el último párrafo de su voto en la presente cuestión".

El Dr. Hitters adhirió al voto del Dr. Pettigiani sin más y, por último, el Dr. Negri manifestó: "Por tales razones, y no habiendo la demandada presentado prueba objetiva de la improcedencia del mentado agravio, presto mi adhesión al monto de \$ 50.000 propuesto por mi colega, doctor de Lázzari".

En conclusión, se advierte la anarquía de criterios dentro de la SCBA en lo inherente a la cuantificación del daño moral. Y, lo más

grave es que no se necesita cotejar el desempeño de la Corte en sucesivos casos; se advierte la falta de uniformidad en una misma sentencia con propuestas tan disímiles que oscilan entre los \$35.000 y \$118.650. El equilibrio logrado en el caso es tan sutil que basta con que haya un recambio de jueces para que las decisiones tomen otro rumbo; pues, falta un verdadero criterio consensuado en el tribunal y, de los empleados por las distintas propuestas, el único que tiene alguna aprobación en doctrina y jurisprudencia es la referencia a los precedentes similares al caso –voto del Dr. de Lázzari que obtuvo mayoría-. Sin embargo, el voto no fue suficientemente explícito en la comparación entre el caso modelo y el caso bajo decisión. Tampoco se surge de la sentencia si el juez ha cotejado que los fallos son de dos épocas distintas con diferentes realidades económicas para un mismo número de pesos (2005 el precedente y 2010 la sentencia del caso analizado).

Es necesario que esta prestigiosa Corte afine sus resoluciones sobre esta cuestión, para facilitar la predictibilidad de las sentencias y ordenar los criterios de todos los tribunales provinciales mediante soluciones justas y equitativas que permitan obtener indemnizaciones integrales con seguridad jurídica igualitaria. Para ello, hay que escoger un método que satisfaga el sentido de justicia de todos los ministros y que sea idóneo para que sea seguido por quienes han de reemplazarlos en la función o, por lo menos, para que dure un tiempo prolongado.

3.2. La cuantificación del daño moral en la Corte de Justicia de Catamarca

La Corte de Justicia de Catamarca, en casación, solamente trata cuestiones inherentes a la cuantificación del daño moral cuando existen supuestos de arbitrariedad⁵⁵⁰. Más modernamente, se sigue acogiendo el mismo criterio, que está en sintonía con el de todas las Cortes provinciales del país⁵⁵¹. En palabras de este Tribunal, la

⁵⁵⁰ Corte de Justicia de Catamarca, Luncheon Tyckets S.A y/o Carlos Leoni y/o Q.R.R. s/ Accidente de trabajo, daño moral, 24/08/1994, Id Infojus: FA94300005.

⁵⁵¹ Corte de Justicia de Catamarca, Segura, Ana María c/ Estado Provincial y/o Q.R.R. s/ Daños y Perjuicios s/ Recurso de Casación, 28/12/2011, Id Infojus: FA11300248.

restricción mencionada se debe a “la naturaleza excepcional del recurso de Casación, en su ámbito jurisdiccional está vedada en principio la revaloración de cuestiones de hecho y prueba –entre ellas los montos indemnizatorios- reservados al análisis y decisión de los jueces de las instancias ordinarias, salvo absurdo”⁵⁵².

La arbitrariedad se puede configurar por fundamentación aparente o inhábil que se presenta cuando “se enumera todo lo que debe tenerse en cuenta, pero se omite señalar, lo que en este caso se tuvo en cuenta o sirvió para proceder a reducir el monto. De este modo, no se advierte por cuál o cuáles consideraciones el monto ha sido modificado, y ello así, sin duda afecta el derecho de defensa”⁵⁵³. También, como lo ha manifestado este Tribunal, cuando la sentencia padece de un vicio que “se enquista en el razonamiento desplegado por los juzgadores y se configura cuando existe en el pronunciamiento impugnado un desvío notorio, patente o palmario de las leyes de la lógica, o una grosera desinterpretación de alguna prueba que conduce a una apreciación incoherente y conclusiones claramente insostenibles o abiertamente contradictorias y, por ello siempre se dice, su manifestación salta a la vista”⁵⁵⁴.

En los casos analizados, el Superior Tribunal de Justicia de Catamarca acogió los montos indemnizatorios que fueron determinados por los jueces de primera instancia y luego modificados por las Cámaras, dándose allí lugar a los recursos extraordinarios provinciales que derivaron en las revocatorias de las sentencias de segunda instancia, sin que se hiciera una nueva cuantificación de la indemnización del daño moral.

⁵⁵² Corte de Justicia de Catamarca, Acevedo, Ramona Aída c/ Policía de la Provincia, Estado Provincial, Banco de Catamarca y Leiva Luis A. s/ Daños y Perjuicios – Casación, 09/10/2008, Id Infojus: FA08300100 (voto de la Dra. Sesto de Leiva).

⁵⁵³ Corte de Justicia de Catamarca, Segura, Ana María c/ Estado Provincial y/o Q.R.R. s/ Daños y Perjuicios s/ Recurso de Casación, 28/12/2011, Id Infojus: FA11300248.

⁵⁵⁴ Corte de Justicia de Catamarca, Cardozo, Elba Nérida Varela de y Otros c/ Clínica de Psicoterapia Psicoanalítica S.R.L. y Otros s/ Indemnización de Daño Moral s/ Recurso de Casación, 23/11/12, Id Infojus: FA12300223.

3.3 La cuantificación del daño moral en el Superior Tribunal de Justicia de Chaco.

Esta Corte provincial también tiene dicho que la casación en materia de la cuantificación del daño moral es restrictiva y limitada a los casos de arbitrariedad de la sentencia. Por ende, ha sostenido que “Debe rechazarse el recurso de inconstitucionalidad incoado con fundamento en que la sentencia recurrida no habría determinado de manera correcta el monto reclamado en concepto de daño moral como también los demás rubros indemnizables derivados de la admisión de una acción de daños y perjuicios, pues dicha cuestión es de aquellas que atento a su naturaleza fáctica, probatoria y de derecho común, se encuentran excluidas en principio de la vía extraordinaria al no guardar relación directa e inmediata con norma constitucional alguna, salvo que se demostrara un vicio de naturaleza tal que haga descalificable lo decidido en base a la doctrina de la arbitrariedad”⁵⁵⁵.

En lo tocante a la forma de cuantificación del daño moral, en recientes fallos del año 2012, el Superior Tribunal de Justicia de Chaco se mostró favorable al uso de la discrecionalidad en la cuantificación del daño moral. Por ejemplo, para fijar el daño moral por la muerte de un hermano se utilizó el siguiente argumento: “Señalo que el dolor y sufrimiento padecidos por la muerte del hermano mayor, que los sumerge en una mortificación espiritual de lo que dan cuenta las constancias de autos, como las restantes particularidades del caso a que aludiera en el desarrollo del presente —especialmente el marco violento en el que acaeció el hecho luctuoso—, entiendo, como lo adelantara, que la valoración del rubro por la jueza de instancia originaria resulta prudente, por lo que corresponde confirmarlo en la suma de \$ 50.000 a favor de cada uno de los hermanos de G. De Los Santos, con más los intereses”⁵⁵⁶.

⁵⁵⁵STJ Chaco, Krupnik de Golda, Susana Elisa y otros c. Turismo Vip Island Beach Empresa de Viajes y Turismo y/u otros y/o resp., 14/02/2008, La Ley Online AR/JUR/612/2008.

⁵⁵⁶STJ Chaco, De Los Santos, Ruben Eustaquio y otros c. Fernández, Miguel Antonio y/o Gobierno de la Provincia del Chaco y/o quien resulte responsable, 20/09/2012, La Ley Online AR/JUR/50393/2012.

Más recientemente, se determinó la indemnización del daño moral de una madre por la muerte de su hijo también acudiendo a la prudencia del Ministro. Previo a la determinación de la cifra, se detuvo el juzgador a determinar cuáles son las pautas en las que sustentaría su convicción. Dentro de ese marco, expresó que “En lo que hace a la cuantía del daño moral, debe reconocerse la extrema dificultad que presenta su estimación, en tanto que tratándose de vivencias personales, no puede precisarse cuanto sufrió el damnificado a raíz del suceso, pudiendo evaluarse tan solo la magnitud del dolor que puede provocar en el común de las personas una situación de idéntica naturaleza. El principio de individualización del daño moral requiere para su valoración que se compute atentamente todas las circunstancias del caso, tanto las de naturaleza objetiva —índole del hecho lesivo y sus repercusiones— como las personales o subjetivas de la propia víctima”⁵⁵⁷.

A continuación, en el fallo, se hizo explícito cuales son los aspectos del caso que se tuvieron en cuenta y se fijó la suma que el juez entendió apropiada: “Apreciadas las particularidades de la víctima, es decir su edad al momento del fallecimiento (42 años), su estado de salud mental que derivó en su internación en la Sala de Psiquiatría del Hospital 4 de Junio de Presidencia Roque Sáenz Peña, las circunstancias que rodearon su muerte, como así también la edad de la recurrente (a la fecha contaría con 74 años, cf. fs. 346) y considerando razonable la suma reconocida por la Alzada para la concubina y para cada uno de sus hijos, la cual no fue cuestionada por ninguna de las partes, entiendo adecuado justipreciar el daño moral de la madre en la suma de \$ 20.000. Todo ello en el marco de las facultades que me confiere el artículo 165 del Código Procesal Civil y Comercial de Provincia del Chaco”.

De lo analizado, se puede colegir que no se cuenta en este alto Tribunal con un criterio acorde a los estándares actuales sobre la cuantificación del daño moral, cuestión que suscita sendos problemas

⁵⁵⁷ STJ Chaco, Serial, Josefa c. Gobierno de la Provincia del Chaco y otros s/daños y perjuicios, 01/10/2012,LL.Litoral 2013 (febrero), 37, La Ley Online AR/JUR/50970/2012.

en la práctica forense y en la certidumbre y expectativas de los justiciables.

3.4 La cuantificación del daño moral en el Superior Tribunal de Justicia de Chubut.

En Chubut, el Superior Tribunal de Justicia no utiliza un método de cuantificación del daño moral. Para determinar el monto de la indemnización, acude a la equidad y al criterio del juzgador. En este marco, cobra gran importancia la justipreciación que haga la parte y, de allí, la importancia de la labor del abogado para fijar el monto reclamado, que muchas veces es tomado en cuenta por el Tribunal, con el argumento de que es la parte la que está en mejores condiciones de evaluar la dimensión del perjuicio y su correspondiente resarcimiento⁵⁵⁸.

En un relevante y actual fallo⁵⁵⁹, los Ministros tuvieron muy en cuenta el monto requerido en la demanda, confirmando así, una línea de pensamiento que se advierte en anteriores sentencias⁵⁶⁰. Cuando no se sigue este método, por ejemplo, porque la parte no efectúa valoración de la indemnización del daño moral en la demanda, el Superior Tribunal fija la suma de manera directa, sin método y sin mayores explicaciones.

Para esos casos, se suele decretar una suma sin ahondar en argumentos, sencillamente fijándola. El caso “C., A. H. c/ Provincia del Chubut” da cuenta de lo recién afirmado, cuando el primer votante se limitó a expresar que “Voto en consecuencia por otorgarle resarcimiento por daño moral -que el actor deja librado al criterio del Tribunal- en la suma de PESOS CIENTO TREINTA MIL (\$ 130.000)”⁵⁶¹; y, luego, los demás Ministros dijeron que “estimo también

⁵⁵⁸STJ Chubut, sala civil, “F., M. C. y otro c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa” (Expte. N° 20.616-F- 2006), 28/09/2011.

⁵⁵⁹STJ Chubut, sala civil, “F., M. C. y otro c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa” (Expte. N° 20.616-F- 2006), 28/09/2011.

⁵⁶⁰STJ Chubut, sala civil, “F.P.D. c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Nulidad Dto. N° 1600/93 y su ratificatorio N° 249/94 (Expte. N° 18.150 -F- 2001)”, 01/03/2004.

sensata la suma resarcitoria que propone el prevotante” y que “también he de concordar en fijar la indemnización por daño moral en la suma propuesta en los votos que preceden”⁵⁶¹. Este tipo de razonamiento y argumentación presentados en un fallo actual, son la reiteración de criterios que ya habían sido utilizados por el Tribunal en casos anteriores⁵⁶².

En conclusión sobre el método empleado, podemos considerar que el Superior Tribunal hace lugar a la suma solicitada en la demanda o fija, según su criterio y sin justificación suficiente, una suma de dinero sin mayores detalles y sin acudir a ningún método avalado por la jurisprudencia o la doctrina mayoritaria⁵⁶³.

Respecto a los montos, hallamos una divergencia que va entre los \$3000, \$30.000 y \$130.000 para cesantías y exoneraciones de empleados públicos de la Provincia del Chubut. Los fallos son de 2006⁵⁶⁴, 2004⁵⁶⁵ y 2012⁵⁶⁶, respectivamente. Por lo escueto de la justificación del monto, no se permite conocer los motivos de hecho, derecho o economía que ameritan la divergencia de las cifras. Por ello, creemos, que resta llevar a cabo la tarea de armonización de criterios en la justicia Provincia, para poder conocer el método adecuado, los argumentos decisivos, los aspectos de prueba relevantes y, por supuesto, los montos expectables en futuras sentencias.

⁵⁶¹STJ Chubut, sala civil, “C., A. H. c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa” (Expte. N° 21.871 -C- 2009), 04/12/12.

⁵⁶² STJ Chubut, sala civil, “A., S. c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa (Expte. N° 19.313 -A- 2003)”, 22/05/2006.

⁵⁶³ Ya hemos explicado al estudiar la doctrina, que la Dra. Ritto encomia esta metodología en su comentario a un fallo que lo utiliza. Cfr:Ritto, Graciela D.; *La cuantificación del daño moral. Un abordaje novedoso y ejemplificador*, “La Ley”, T° 2008-B, pág. 334 y ss.

⁵⁶⁴ STJ Chubut, sala civil, “F.P.D. c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Nulidad Dto. N° 1600/93 y su ratificatorio N° 249/94 (Expte. N° 18.150 -F- 2001)”, 01/03/2004.

⁵⁶⁵ STJ Chubut, sala civil, “A., S. c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa (Expte. N° 19.313 -A- 2003)”, 22/05/2006.

⁵⁶⁶ STJ Chubut, sala civil, “C., A. H. c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa” (Expte. N° 21.871 -C- 2009), 04/12/12.

3.5 La cuantificación del daño moral en el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba.

El Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, cuando atiende casos en casación, solo excepcionalmente controla las indemnizaciones del daño moral⁵⁶⁷, pues tiene por sentado que: “...Evaluar el daño moral significa medir el sufrimiento humano. Esto no sólo es imposible de hacer en términos cuantitativamente exactos, sino que es una operación no susceptible de ser fijada en términos de validez general o explicada racionalmente. Cada juez pone en juego su personal sensibilidad para cuantificar la reparación, la cantidad de dinero necesaria para servir de compensación al daño. Es la que sugiere caso por caso su particular apreciación y comprensión del dolor ajeno”⁵⁶⁸.

Entonces, como la determinación del daño moral es materia que corresponde a cada juez, para que el máximo tribunal provincial intervenga es necesario que se le presenten juicios en los que la indemnización del daño moral se haya determinado injustamente y esto “se da cuando el monto de la condena resarcitoria se presenta como notoriamente distante de los valores que la práctica judicial tiene instaurados para casos semejantes”⁵⁶⁹.

Otra posibilidad que permite la casación es que el monto de sentencia resulte notoriamente injustificado⁵⁷⁰ y prive al recurrente del conocimiento de las razones por las que se rechaza su pretensión, mediante argumentos aparentes⁵⁷¹.

⁵⁶⁷ El STJ de Córdoba, a partir del año 1999, habilitó la casación contra sentencias que decretaran el monto de la indemnización del daño moral de forma aparente con meras reseñas doctrinarias o jurisprudenciales que resulten dogmáticas, genéricas, abstractas o indeterminadas. *Cfr.* TSJ Córdoba, Sala Penal, Canuto, Horacio O. y Otro, 15/06/99, L.L. Córdoba, T° 2000, págs. 1296 y ss., con nota de Rodolfo M. González Zavala, La Ley Online AR/JUR/4463/1999.

⁵⁶⁸ STJ Córdoba, Sent. N° 68 del 12/12/86; Sent. N° 37 del 4/6/97; Sent. N° 30 del 10/4/01.

⁵⁶⁹ STJ Córdoba, Belitzky, Edgar c/ Montoto de Spila s/ Ordinario – daño moral - Recurso de Casación, Expte. Letra “B” n° 19/00, sentencia Nro. 30, 10/04/2001.

⁵⁷⁰ STJ Córdoba, Auto Interlocutorio N° 839 del 26/11/96; Auto Interlocutorio N° 872 del 12/12/96; Sent. N° 37 del 4/6/97; y Sent. N° 30 del 10/4/91.

⁵⁷¹ STJ Córdoba, Pellici Claudio Sebastián c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba - Ordinario - daños y perjuicios - otras formas de responsabilidad extracontractual - recurso directo, 30/06/2009.

Por supuesto, en materia de juicios contra la Provincia de Córdoba también se cuantifica el daño moral y se lo hace en ejercicio de la jurisdicción plena⁵⁷².

Para la valoración del daño moral, el STJ ha señalado, cómo necesario, que “se meriten todas las circunstancias del caso, tanto las de naturaleza subjetiva (situación personal de la víctima), como las objetivas (índole del hecho lesivo, y sus repercusiones). Las condiciones personales de la demandada y el mayor o menor reproche que merezcan sus motivaciones, así como la valoración de su conducta como dolosa o culposa, no son extremos decisorios para cuantificar el daño moral, el que está dado por la verdadera situación de la víctima en función de la injusticia del daño sufrido, independientemente de que el perjuicio provenga de conductas antijurídicas, dolosas, culposas o riesgosas, o aún actos lícitos”. Y para la cuantificación del daño moral, lo que entienden como la mejor metodología en el mismo fallo, es la que, “aconseja cotejar el caso con otros de tenor más o menos parecido, donde los tribunales de la misma instancia hayan abordado idéntica tarea jurisdiccional (Confr. Sent. n° 44/06, Sent. n° 101/08, entre muchas otras), lo que permitirá obtener una mirada holística del fenómeno judicial y replantear la tesis de que la demanda de justicia no es independiente de su precio, tal como fuera dicho ya hace algunos años por R. Posner”⁵⁷³.

En caso de que el juez deba apartarse, en más o en menos, de los márgenes bastante amplios que ofrecen las sentencias, la decisión precisa de “una fundamentación específica que explique los motivos por los que resulta justo ese apartamiento de los parámetros que habitualmente se aplican para situaciones similares”⁵⁷⁴. De esta forma se evitaría la arbitrariedad y la falta de motivación suficiente

⁵⁷²STJ Córdoba, Conte, Ivonne del Carmen c/ Estado Provincial - plena jurisdicción - recursos de apelación, sentencia Nro. 37, 19/05/2004.

⁵⁷³STJ Córdoba, Arias Alejandro Norberto c/ Palou Miguel Ernesto y otro - daños y perjuicios - accidente de tránsito - recurso de apelación - recurso de casación, sentencia nro. 65, 12/04/2012.

⁵⁷⁴STJ Córdoba, Fitz, Maurice Lucio c/ Josefina Pueyrredon de Lanus y otra - demanda recurso directo hoy revisión, sentencia nro. 47, 21/04/1998.

requeridas por la Constitución Provincial (art. 155) y el Código Procesal local (Art. 326).

El criterio tiene también un asiento normativo en el artículo 335 del Código Procesal, que regula el arbitrio judicial para la determinación discrecional del monto de una obligación, indicando que deberá responder a lo que es habitual en circunstancias análogas a las demostradas, optando por la más moderada⁵⁷⁵, en clara recepción normativa del principio favor debitoris, aunque puede que descuide el principio de favor victimae.

Esta doctrina tiene la ventaja de que guía a los tribunales inferiores en la difícil tarea de cuantificar el daño moral, máxime si tenemos en cuenta que el máximo Tribunal cordobés suele delegar esa tarea por reenvío a las Cámaras de Apelaciones⁵⁷⁶.

Con la postura sentada se logra la uniformidad de método y cierta armonización de los montos indemnizatorios, aunque no se garantice en todos los casos una concreta y cierta igualdad; pues, todavía son posibles las dispersiones resarcitorias por múltiples factores. Por ejemplo, por contarse con fallos tan divergentes que dan pautas ambiguas al juez o por falta de acceso de todos los operadores a las mismas sentencias, o, por los pedidos numéricos de las distintas demandas, entre otros factores que señalamos al criticar concretamente el método de la cuantificación judicial indicativa.

No obstante lo que tiene dicho el STJ, hemos encontrado sentencias en que no cumple las pautas que él mismo ha dado; por

⁵⁷⁵STJ Córdoba, Simonit, María Leticia - P.S.A. homicidio culposo - recurso de casación, sentencia nro. 90, 19/09/2004.

⁵⁷⁶ Para conocer con más precisión los montos de las Cámaras de Apelaciones se puede consultar la obra de los profesores cordobeses: Viramonte, Carlos Ignacio (Coord.); Germán Macagno, Ariel A.; Allende de Cardona, Magdalena; *La cuantificación del daño moral en la jurisprudencia de las Cámaras de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2006.

En la obra se pueden encontrar cuadros que permiten conocer los montos de cada cámara según el tipo de perjuicio sufrido. Los fallos son del año 2004 y 2005, por lo que se tiene que tener en cuenta el cambio de valor de la moneda a la fecha de la sentencia que decreta el monto en un nuevo caso. Por otro lado, permite la obra advertir que todavía había dispersión en las indemnizaciones del daño moral dado por los tribunales en aquella época, pese a los precedentes del STJ de la provincia.

ejemplo, en un caso cuantificó el daño moral sin siquiera indicar otros fallos: “En mérito a todas las premisas expuestas, considero justo y equitativo determinar el quantum del daño moral en la suma de Pesos Cinco mil (\$ 5000.), a la fecha del presente decisorio”⁵⁷⁷.

En otro caso, el Tribunal solo estimó que le parecía razonable la suma solicitada por el actor, sin explicar por qué ni compararla con otros casos de amputación de un miembro inferior⁵⁷⁸.

Tampoco se nos escapa que la ministra del TSJ, Dra. Cafure Battistelli, sostuvo que la cuantificación en base a los montos de sentencias precedentes era contraria a la reparación plena y a los lineamientos de la CSJN producidos por el fallo “Aquino” y posteriores⁵⁷⁹. Por lo que pudo abrirse un fuerte disenso sobre la metodología de cuantificación del daño moral en el seno mismo de esta alta Corte provincial que altere el equilibrio logrado en la materia.

Solo el tiempo permitirá saber si efectivamente el criterio se ha asentado y si ha sido idóneo para lograr los fines que se han propuesto alcanzar por su intermedio. Y, sobre todo, el tiempo hablará con elocuencia sobre la justicia de la solución y de la equidad de los resarcimientos otorgados.

⁵⁷⁷STJ Córdoba, Conte, Ivonne del Carmen c/ Estado Provincial - plena jurisdicción - recursos de apelación, sentencia Nro. 37, 19/05/2004.

⁵⁷⁸STJ Córdoba, Dutto Aldo Secundino c/ América Yolanda Carranza y otro - ordinario - recurso de casación, 25/06/2008. En este caso merece gran reproche el abogado del actor que solo reclamó \$30.000 por daño moral, siendo que el caso implicaba la pérdida de 2/3 de una pierna para el actor, fractura de húmero y graves secuelas psicológicas. El STJ terminó otorgando \$16.500 en razón de la atribución de un 55% de responsabilidad al demandado; suma que es meramente simbólica para semejante tragedia y holocausto de bienes extrapatrimoniales. Si la cuantificación del daño moral hecha por el abogado hubiese sido efectuada durante la convertibilidad, el STJ habría convalidado una terrible injusticia, a nuestro criterio.

⁵⁷⁹ STJ Córdoba, L. Q., C. H. c/ Citybank N.A., 20/06/2006, L.L. Córdoba, T° 2006, 893 y ss. con nota de Ramón Daniel Pizarro.

3.6 La cuantificación del daño moral en el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes.

El Superior Tribunal de Justicia de Corrientes exige que la sentencia de instancia inferior esté fundada⁵⁸⁰ con algún criterio – expresado en la sentencia– que el juez tome según su discrecionalidad⁵⁸¹. El requisito no se llena con afirmaciones dogmáticas que olviden la consideración de los hechos de la causa⁵⁸². El recurso extraordinario, en ese sentido, procede cuando la indemnización del daño moral es irrazonable por escandalosamente alta o por ridículamente baja⁵⁸³.

En lo estrictamente ligado a la cuantificación del daño moral, esta alta Corte provincial ha seguido el método de la cuantificación judicial indicativa, pero con diferentes criterios o matices en sus sentencias.

En 1998, el STJ de Corrientes utilizó el valor tenido en cuenta por la CSJN en un caso y lo modificó en base a las particularidades del que debía resolver:

1. “De acuerdo a las circunstancias del caso (muerte de un único hijo, edad de los actores, el disparo de un policía fue el que causó la muerte del joven...) se considera prudente fijar en \$360.000 como

⁵⁸⁰STJ Corrientes, Birebaun Marcos c/ Estado de la Pcia. de Ctes. y/o Roleri Rubén Domingo y/o Mterio. de salud Pcia. de Ctes. s/ sumario. Aquí se dijo: “Si bien resulta difícil medir en dinero un daño que no es económico pues ni el dolor, ni los afectos, ni las carencias espirituales pueden ser bienes de mercado, el Juez está en el deber de justificar sus conclusiones máxime cuando se trata de un poder discrecional como lo es el que tiene para tarifar el daño moral sufrido”.

⁵⁸¹STJ Corrientes, Franco Pedro Joaquín c/ Romero Eduardo José Daniel y otros s/ daños y perjuicios, 27032/06, sentencia 28, 22/03/2007; Vega Ángela Beatriz c/ Maximiliano Olivieri y/o responsable s/ demanda interruptiva de prescripción, 20717/4, sentencia 76, 10/09/2012; Acosta, Vicente de Jesús c/ Ramón Salvador Alfonso s/ daños y perjuicios, 46947/5, sentencia 42, 22/05/2013. La doctrina de estos dos últimos fallos fue la siguiente: “Sabido es que en la tarificación del daño moral los jueces gozan de un ámbito de discrecionalidad (S.C.B.A., 07/04/02, "Cachiarelli, Miguel c/Azul T.V.") y en la sentencia sometida a impugnación, el tribunal expuso las pautas a las cuales se atuvo para cuantificarlo”.

⁵⁸²STJ Corrientes, Gauna de Gómez, María Susana y Gómez, Jorge Ramón c/ Máximo Chávez y Estado de la Pcia. de Ctes s/ ordinario, 4496/99, sentencia 31, 23/06/2010.

⁵⁸³ STJ Corrientes, Valle Marta Dolores c/ Galeano Jorge Cándido s/ sumario (daños y perjuicios), 31011987/7, sentencia 134, 09/10/2007; López, Rodolfo Ramón s/ homicidio culposo, 5952/2, sentencia 22, 14/05/2013; Pires, Yolanda Isabel c/ José Antonio Cerdán y/o Sanatorio del norte S.R.L. y/o G.R.R. s/ daños y perjuicios, 40005/4, sentencia 44, 22/05/2013.

reparación del daño inmaterial. Por la gravedad objetiva del daño, triplico el monto de la indemnización que de \$30.000 acuerda la Corte Nacional en concepto de daño moral por muerte del padre. La cantidad resultante de \$90.000 la duplico en función de las particularidades atinentes a la víctima y a los damnificados. Y por último, a la suma de \$180.000 la multiplico por dos, en razón de la igualación de las cosas entre los perjudicados y perjudicantes ya que se presume un daño inmaterial mayor cuanto mayor sea el deber de prevención exigible al que lo ha causado (arts. 902, 904, Código Civil). (Excepción al principio sentado en el caso: "Lomonaco de Samaniego"⁵⁸⁴).

2. "A efectos de la valoración del daño, para hacer justicia en concreto y al propio tiempo satisfacer el valor seguridad jurídica, es solución constitucional fijar la suma actualizada de \$180.000 como reparación del daño inmaterial de R.T.F.y E.M. (padres de la víctima). En función de las pautas y cálculos pertinentes del caso Zandon (gravedad objetiva del daño; particularidades en relación con la víctima, particularidades en relación con los damnificados) (sentencia N°102 del 02/10/97, expte. N°12930/96) por la gravedad objetiva del daño, cabe triplicar el monto de la indemnización que de \$30.000 acuerda la Corte Nacional en concepto de daño moral por la muerte del padre. Y la cantidad resultante de \$90.000 duplicar en atención de las particularidades atinentes a la víctima (un ser humano ejemplar en todos los órdenes de su vida) y a los damnificados, (edad de sus padres, 44 y 45 años, ya que a ciertas edades se sufre con mayor intensidad y hay menos capacidad de reacción para sobre llevar las menguas espirituales)"⁵⁸⁵.

Luego, en 2001, volvió a efectuar la misma metodología: "...para hacer justicia se considera prudente fijar, en función de las pautas reseñadas (1° la gravedad objetiva del daño; 2° las particularidades en

⁵⁸⁴ STJ Corrientes, Zandona Lino Asunción y Santa Delia Dia Fonseca c/ Raúl Antonio Pérez y/o el Superior Gobierno de la Provincia de Corrientes s/ daños y perjuicios", expte. 12930/96, sentencia 102 15/05/1998.

⁵⁸⁵ STJ Corrientes, Montigliá Eduardo y otra c/ Emilio Cañete e Intemec s.a. s/ ordinario, Expte. N° 8186/92, sentencia 174, 08/07/1998.

relación con la víctima; traducidas en: pérdida de la aptitud de procrear en una mujer de 25 años) la suma de \$120.000 (la Cámara había fijado la suma de \$200.000) como reparación del daño inmaterial. Por la gravedad objetiva del daño duplico el monto de la indemnización que de \$30.000 acuerda la Corte Nacional en concepto de daño moral por incapacidad sobreviniente producida por lesión en el hombro (CSJN, Fallos 315,v.3:2330 in re "Risso, Claudio c/ Pcia. de Bs. As."). A la cantidad resultante de \$60.000 la vuelvo a duplicar en función de las particularidades atinentes a la víctima”⁵⁸⁶.

Años más tarde, en 2006, el STJ volvió a tener en cuenta el valor de los precedentes judiciales al decir que: “el monto a fijarse no traduzca una suma meramente simbólica ni un monto exageradamente elevado ya que no tiene por objeto satisfacer un encono ni proporcionar enriquecimiento patrimonial sino compensar los padecimientos naturales del agraviado; por lo que en uso de las facultades que acuerda el art. 165 del C.P.C. y C. y teniendo en cuenta lo fijado por este Tribunal en causa análoga corresponde estimar el monto en \$ 20.000”.

Al año siguiente, en 2007, el criterio de cuantificación del daño moral del STJ tomó como base la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los precedentes del mismo Tribunal Superior: “Para el rubro daño moral la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que en lo concerniente a la fijación del daño moral, debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad, la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste y en el concreto caso para tarifar este particular rubro habrá que tener en cuenta que este Tribunal en un reciente precedente y también por

⁵⁸⁶ STJ Corrientes, Baldez Silvia Cristina c/ Hospital Zonal “Camilo Muniagurria y/o quien resulte responsable s/ ordinario” expte.nº15010/98-s.j.nº2-, sentencia 67, 29/03/2001 (en este caso, el STJ expresó que: “Evaluar el daño moral significa medir el sufrimiento humano: y esto no solo es imposible de hacer en términos cuantitativamente exactos, sino que es una operación insusceptible de ser fijada mediante conceptos de validez general. Más por supuesto ello no hace lícito a los jueces compensar el *pretium doloris* con sumas ridículas. Ni tampoco confiscatorias. Eso es, que se erijan frente a las particularidades del asunto, en expoliación para la víctima o fuente de lucro indebido”.

muerte de un hijo lo fijó en \$80.000 (Sentencia N° 86 del 15/09/04). Se tendrá en cuenta además la circunstancia que la muerte se produce en presencia de los padres lo que provoca particular desgarró moral”⁵⁸⁷.

En 2008, el STJ de Corrientes falló en base a sola prudencia, como hacen La CSJN y la SCBA: “El daño moral, que se encuentra específicamente contemplado en el art. 1078 del Código Civil para los supuestos en que deriva de la producción de un hecho ilícito, contempla las lesiones como causa de dolores y diversos malestares físicos y psíquicos que resulten consecuencia natural del hecho, a tal punto que la doctrina y jurisprudencia han relevado -como sucede con los hechos normales en general- la prueba de aquellos. Ello así, teniendo en cuenta las características de las lesiones que la actora sufrió y el modo traumático en que se produjeron; los días de internación que debió soportar (27 en terapia intensiva, y el resto en internación simple); los tratamientos a los que fue sometida; el normal padecimiento espiritual ante secuelas físicas permanentes, así como la alteración del ritmo normal de vida que todo lo apuntado razonablemente origina, no me parece que la suma de \$ 75.000 resulte ridícula pero tampoco confiscatoria en miras de indemnizar semejante daño”⁵⁸⁸.

Posteriormente, en julio de 2012, profundizó la argumentación de la cuantificación judicial indicativa: “Frente a la dificultad de expresar en una cifra un daño que por definición es extrapatrimonial, la doctrina civilista ha considerado el problema de la cuantificación judicial por daños personales, afirmando que el sistema muestra un panorama de preocupante anarquía que conspira contra los valores de seguridad, equidad y justicia; (por lo que) en la valoración y cuantificación del daño moral se deben tener en cuenta las pautas empleadas mayoritariamente por pronunciamientos judiciales

⁵⁸⁷STJ Corrientes, Doria, Paola y Figueroa, José Darío c/ Clínica Madariaga S.R.L., María H. Garnero de Pepe, Empresa Paso de los Libres y /o quien resulte civilmente responsable s/ sumario, 25712/05, sentencia 30, 22/03/2007.

⁵⁸⁸STJ Corrientes, Scheidler Itati del Carmen c/ Crucero del Norte S.R.L. s/ sumario, 41014632/3, sentencia 62, 29/07/2008.

expedidos en casos razonablemente afines a los efectos de evitar decisivos contradictorios en relación al tema, estimando que resulta altamente conveniente confeccionar tablas comparativas de antecedentes judiciales (Comisión N° 2 de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil - Lomas de Zamora- 2007). Dicho método, recomendado por los estudiosos especializados, no es el único ni necesariamente el mejor [...] empero sí previsible y razonable, por cuanto permite prever las soluciones judiciales con cierto grado de objetividad, eliminando el misterio de la intuición judicial para la cuantificación del daño moral., y sin que ello signifique excluir las particulares circunstancias que puedan presentarse en un caso concreto con aptitud suficiente a los fines de conducir a una solución diferente para él”⁵⁸⁹.

En otras sentencias del año 2012, el alto Tribunal provincial justificó sus indemnizaciones de forma diferente, aplicando los criterios que emplea la CSJN –prudencia del juez-, sin que se explicité ningún fallo análogo. Encontramos dos casos donde se falló de forma notoriamente distinta a la que se venía haciendo en todos los precedentes previamente indicados. No fue un cambio de definitivo, sino, concretamente, una desviación temporal de los métodos que se venían utilizando por más de diez años.

En esos casos particulares, los recién referidos del año 2012, el TSJ de Corrientes dijo que: “Este Superior Tribunal siguiendo a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene dicho que en lo concerniente a la fijación del daño moral, debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad, la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (este Superior Tribunal sentencia N° 30/07, "Doria"; CSJN, Fallos: 321:1117; 323:3614)”⁵⁹⁰. Esta

⁵⁸⁹ STJ Corrientes, E., M. N. C/ J. L. L. S/ Filiación, daños y perjuicios, 33446/8, SENTENCIA 62, 24/07/2012.

⁵⁹⁰ STJ Corrientes, Vega Ángela Beatriz c/ Maximiliano Olivieri y/o Responsable s/ demanda interruptiva de prescripción, sentencia 76, 10/09/2012; Colinas Carlos E. y Patricia Mónaco de Colinas c/ Quintana Gustavo G. y Maria del C. Aguirre s/ sumario, 17196/5, sentencia 99,

argumentación es sostenida sistemáticamente por nuestro tribunal cimero; sin embargo, nada dice de cómo cuantificar el daño moral. Son ideas genéricas que no constituyen una herramienta, sino apenas una vaga guía.

Finalmente, en 2013, el Tribunal volvió a referirse a las sentencias de la SCJN para tomar sus montos y adaptarlos al caso en cuestión: “En el concreto caso, para tarifar este particular rubro (daño moral) habrá que tener en cuenta que la Corte en un precedente también por lesión fijó la suma de \$ 15.000 (CJSN "Baeza" 12 de abril de 2011). Así las cosas, no parece irrazonable la cantidad de \$ 20.000 acordada por la Cámara”⁵⁹¹.

En conclusión, los abogados y los magistrados correntinos tienen un STJ que, pese a sus vaivenes, ha dado pautas concretas de cuantificación del daño moral a la altura de la jurisprudencia doctrina mayoritaria.

En la provincia mesopotámica se sabe que se debe analizar la jurisprudencia de la CSJN, analizar sus montos, adaptarlos al caso concreto teniendo en miras, también, los montos que el STJ provincial suele determinar. Estos datos no pueden ser desconocidos por los operadores jurídicos y para apartarse de un monto estándar deben explicarle al Juzgador los motivos de la diferenciación – cuestión que le pesa al abogado de parte-.

Lo positivo del método escogido por el STJ de Corrientes es que, como sucede en otras Provincias, se genera una herramienta de previsibilidad y seguridad jurídica. Con ella, no hay porque tener jurisprudencia anárquica dentro del territorio provincial. Si bien hemos criticado el método en cuestión por sus déficits de justicia y por sus defectos de aplicación, no podemos dejar de reconocer que implica un paso adelante para salir del caos en que se subsume la

30/10/2012 (En este caso se fijó la suma de \$200.000 por la muerte de un hijo de 16 años). Cabe aclarar aquí, que por la muerte de un nieto, este mismo STJ decretó la suma de \$60.000 en dos oportunidades: sentencias N° 61/11 y 66/12.

⁵⁹¹ STJ Corrientes, Acosta, Vicente de Jesús c/ Ramón Salvador Alfonso s/ daños y perjuicios, STJ C02 46947/5, sentencia 42, 22/05/2013.

cuestión sin ninguna referencia clara y cabal. Esta postura, que ha tomado esta alta Corte provincial, es más que una herramienta que permite uniformar y facilitar un muy complicado problema al juez y a las partes. Visto así, las soluciones que hemos citado son positivas.

3.7 La cuantificación del daño moral en el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos.

Por supuesto, este Superior Tribunal de Justicia, en principio, no se inmiscuye por vía de casación en cuestiones de hecho que deben ser resueltas por los Juzgados de primera y segunda instancia⁵⁹².

En un fallo, que no consideramos demostrativo del estado actual de la materia, el STJ cuantificó el daño moral, con la sola prudencia del juez, argumentando la decisión de la siguiente manera: “Por todo ello, teniendo en cuenta las consideraciones sobre los hechos volcadas en la sentencia de mérito, algunas de las cuales en forma expresa han sido precedentemente receptadas en ésta, y prudencialmente evaluadas todas las circunstancias del caso, estimo que la cuantificación total de dicho resarcimiento, incluida su respectiva actualización y los intereses devengados, ambos calculados hasta la fecha de esta sentencia, debe fijarse en la suma total de \$ 1.875,00”⁵⁹³.

3.8 La cuantificación del daño moral en el Superior Tribunal de Justicia de Formosa.

El Superior Tribunal de Justicia de Formosa, en los últimos años, ha variado su forma de cuantificar el daño moral. En toda la década del 2000, acudía a la prudencia del juez, como forma de determinar la

⁵⁹² STJ Entre Ríos, Gonzalez Mariela c/ Tintorería Tokio y otro s/ Daño moral, 16/08/1995, Id Infojus: FA95084076

⁵⁹³ STJ Entre Ríos, sala I en lo Penal, Butta, Orlando A. c. Bianchini, Eduardo R., 27/08/1992, DJ 1993-1, 559, La Ley Online, AR/JUR/2433/1992. Lamentablemente la Provincia de Entre Ríos no cuenta con una base informatizada propia, tal y como ocurre con otras importantes provincias como Santa Fe y San Juan. Remiten su información a Infojus, que es un buscador menos eficiente que el que tienen muchas provincias y la tarea de encontrar sus precedentes sobre el daño moral ha sido como buscar un grano de maíz puntual en un silo lleno del mismo grano.

indemnización del daño moral⁵⁹⁴. En sus sentencias, no abundaban los argumentos ni se acudía a ningún método con consenso. Solo se fijaban las indemnizaciones sin más explicaciones, como por ejemplo, se lo hizo en este caso: “Respecto al rubro daño moral que también fue invocado por la demandada, su admisión debe estar precedida de un mínimo de prueba que acredite tal circunstancia, y en éste sentido, las testimoniales de fs. 121, 125, y especialmente 140 y 140vta, acreditan suficientemente el grave estado depresivo y de aflicción moral de la causante, como consecuencia de haber perdido su trabajo y por la acuciante situación económica que tuvo que afrontar. Siendo así, resulta procedente indemnizar por el rubro reclamado, fijándose su reparación en la suma de Pesos Diez Mil (\$10.000)”⁵⁹⁵.

También se repitió el modus operandi en 2005: “Partiendo del hecho de que la indemnización por daño moral no responde a un patrón de cuantificación matemática, considero que, atendiendo al tipo de aflicción a la que la actora fue obligada a soportar en forma innecesaria e incluso indebidamente, y teniendo en cuenta asimismo el escaso tiempo que duró la privación de la libertad del mismo, entiendo adecuado condenar a la Provincia de Formosa a pagar al demandante, Sr. Anastacio Cortese, la suma de pesos dos mil (\$ 2.000) en concepto de daño moral”⁵⁹⁶.

No obstante, en la década de 2010 el criterio ha dado un giro a partir de fallos del año 2011 y 2012. Actualmente, el STJ de Formosa, se ha inclinado por indemnizar al daño moral en una proporción variable del daño material –según cada caso se modifica la proporción–.

En dos casos se fijó la indemnización del daño moral en el 30% de las sumas retenidas por el demandado (daño patrimonial del caso): “Ciertamente existió un padecimiento en los ánimos y sentimientos del actor ante el despido, pero de las pruebas rendidas y dichos de éste

⁵⁹⁴ STJ Formosa, “Robledo, Carmelo A. s/Homicidio”, fallo: 1490, 13/04/2000.

⁵⁹⁵ STJ Formosa, “Leliur, María Lourdes c/Municipalidad de la ciudad de Formosa s/acción contencioso-adm.”, fallo: 6724, 18/12/2003.

⁵⁹⁶ STJ Formosa, “Cortese, Anastacio c/ Pcia. de Fsa. Ministerio de gobierno- Policía de Fsa. y/o Calderón, Juan Ignacio y otros s/ daños y perjuicios”, fallos: 7234, 09/02/2005.

no se desprende que el monto a resarcir alcance la suma pretendida; en cambio, se torna justo proceder al pago por daño moral del treinta por ciento (30%) de lo que corresponde por las sumas retenidas en el periodo mencionado en el apartado anterior”⁵⁹⁷. En otro caso, se fijó un 50% del daño patrimonial: “Considero procedente en consecuencia indemnizar por daño moral a la actora, en una equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto total del capital adeudado, en tanto considero que resulta ajustado a los padecimientos sufridos”⁵⁹⁸.

Se advierte que el STJ de esta provincia, al modificar su criterio respecto de la cuantificación del daño moral, no abrazó un método aprobado por la doctrina o la jurisprudencia. Al contrario, para dejar atrás un método desaprobado por la doctrina pero utilizado en la jurisprudencia, el de la mera prudencia del juzgador, escogió otro método que no cuenta con aprobación de la doctrina pero que también ha sido desautorizado por la jurisprudencia. Especialmente vimos la desautorización que ha dado la CSJN a la metodología, por lo tanto, no es acorde a las enseñanzas que han reiterado por muchos años.

Cuantificar el daño moral en base al daño patrimonial, implica desconocer las diferencias que existen entre ambos tipos de perjuicios y, además, entraña la dificultad de fijar un determinado porcentaje lo que resulta de por sí tan arbitrario como arrojar cualquier cifra indemnizatoria al azar.

Entendemos que lo más recomendable es modificar el criterio y, en esa tarea, deben ponerse en marcha tanto jueces del alto cuerpo provincial, como los abogados de parte que deben señalar el error y solicitar el uso de un método más difundido entre las fuentes del derecho.

⁵⁹⁷ STJ Formosa, "Flores, Juan Ramón c/ Provincia de Formosa s/ ordinario", fallo: 9546, 27/04/2011;"Barrios, Daniel Guillermo c/ Provincia de Formosa s/ ordinario", fallo: 9908, 25/07/2012.

⁵⁹⁸STJ Formosa, "Oviedo, José Luis y otros c/Municipalidad de Formosa s/ordinario", fallo: 9764, 23/11/2011.

3.9 La cuantificación del daño moral en el Superior Tribunal de Justicia de Jujuy.

En sintonía con los criterios de todos los altos Tribunales provinciales, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy entiende que “la determinación de los montos indemnizatorios es competencia exclusiva del Tribunal de grado, salvo que la cuantificación resulte absurda, implique una notoria injusticia o sea producto de la sola voluntad del juez que no toma en cuenta las circunstancias que rodearon el caso concreto, (L.A. N° 40, F° 577/581, N° 203; L.A. N° 42, F° 1226/1229, N° 411)599”.

Como pauta general de cuantificación del daño, este STJ sostiene un criterio flexible en favor del juzgador. En palabras que le son propias, sostuvo la siguiente doctrina: “este Superior Tribunal de Justicia, reiteradamente ha resuelto que el resarcimiento por daños se debe determinar con criterios flexibles, apropiado a las circunstancias singulares de cada caso, sin ceñirse a cálculos basados en porcentajes rígidos o fórmulas matemáticas, para lo que el juzgador goza en esta materia de un margen de valoración amplio, librado a su prudente arbitrio; pues nadie se encuentra en mejores condiciones que el juez de la causa, para su valoración y correcta determinación (L.A. N° 42, F° 1226/1229, N° 411)”600.

Puntualmente, en lo relativo a la determinación de la indemnización del daño moral, esta alta Corte ha utilizado la prudencia, lo que implica la prescindencia de todo método. Ejemplo de esa praxis es el fallo: “Patricia Ríos Valdez y otros c/ Autotransporte Mendoza de Pedro y José Martín y otro”601. En este

⁵⁹⁹ STJ Jujuy, “Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto en el Expte. N° A-36125/08 (Sala IV – Tribunal del Trabajo- San Pedro) Demanda Laboral por accidente de trabajo: Urzagasti René c/ Comisión Municipal de Rosario de Río Grande”, Libro de Acuerdos N° 55, F° 12/13, N° 3, 10/02/12.

⁶⁰⁰ STJ Jujuy, “Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto en Expte. N° B – 40928/99 (Sala III Cámara Civil y Comercial) Ordinario por daños y perjuicios: Miriam Estela del Valle Farfán y Mario Gustavo Rocha c/ Angel Fernando Cardozo, Rubén Ernesto Mamaní y Doris Gloria Pereyra de Mamaní”, Libro de Acuerdos N° 46, F° 101/104, N° 42, 07/03/2003.

⁶⁰¹ STJ Jujuy, “Recurso de Inconstitucionalidad int. en expte. n° B-30646/98 (Sala I Cám. Civ. y Com.): Ordinario por indemnización de daños y perjuicios: Patricia Ríos Valdéz y otros c/

fallo, se cuantificó el daño moral de dos personas, respecto de las que se causó adecuadamente un daño, de la siguiente manera: 1) “En este orden de ideas, propicio que la misma sea establecida en cuatro mil pesos”; 2) “En consecuencia, considero justo y adecuado a las constancias de la causa, establecer la indemnización por este concepto, en la suma de ocho mil pesos”.

En otro caso, con voto de la Dra. Bernal, el STJ bajó una indemnización del daño moral de quien sufriera un accidente de trabajo con secuelas incapacitantes de la suma de \$70.000 a \$60.000 con este solo argumento: “Por lo expuesto, propicio hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido en autos para revocar el monto de condena fijado en la sentencia impugnada y en su mérito, fijar la suma de sesenta mil pesos (\$60.000) calculado a la fecha del fallo de la instancia anterior -12 de septiembre de 2007-. Consecuentemente revocar también la regulación de los honorarios profesionales (punto 4°), debiendo el a-quo realizar una nueva regulación conforme el monto de condena”⁶⁰².

El caso referido versó sobre un accidente de trabajo que derivó en graves quemaduras para la víctima, de solo 27 años de edad, que a la postre repercutieron en una incapacidad parcial y permanente del 41,84%. Con estos datos, y con lo que implica casar la indemnización del daño moral –máxime según la doctrina misma del STJ de Jujuy-, se debe tener un muy sensible sentido de la valoración del daño moral para determinar que la suma correcta es solo \$10.000 menos.

El hecho -de que la alzada solo corrigiera la indemnización en 1/7 de lo que se había fijado, para dejarla en 6/7 de la determinada por la alzada- demuestra que no hubo arbitrariedad. Lo más grave es que al final de cuentas, de las dos formas, el monto es una miseria.

Autotransporte Mendoza de Pedro y José Martín y otro”, Libro de Acuerdos N° 45, F° 266/272, N° 115, 23/04/2003.

⁶⁰² STJ Jujuy, “Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto en el Expte. n° B-140519/05 (Sala II – Tribunal del Trabajo) Laboral por indemnización por daños y perjuicios: Pedro Marcelo FERNANDEZ c/ Municipalidad de Humahuaca”, Libro de Acuerdos N° 52, F° 1316/1319, N° 468, 24/08/2009.

En otro fallo, uno de los Ministros deja sentada su posición particular cuando nos dice: “debo dejar sentada mi posición sobre este instituto, y ella es que el daño moral debe tener una relación porcentual con el daño material que se mande a indemnizar, de forma tal que todo quedará librado al “quantum” de este último, posición ésta que debo aclarar no siempre será de aplicación, máxime, en aquéllos casos donde el daño patrimonial es inexistente o ínfimo, y el daño moral es relevante a los fines indemnizatorios”⁶⁰³.

Esta posición ha sido despreciada por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria. Es absurda, puesto que ni siquiera parte de la base de distinguir que es cada cosa, que naturaleza tiene el daño y qué función cumple el dinero en cada tipo de perjuicio. No se puede mezclar agua y aceite, no debe intentar mezclarse daño patrimonial y extrapatrimonial. Cualquier intento en ese sentido, implica arbitrariedad de sentencia, según opinamos.

El “descriterio” utilizado, implica un grave desconocimiento del estado actual del derecho, máxime teniendo en cuenta la fecha de la sentencia que se ubica en 2011604. Posteriormente, en la misma sentencia, el magistrado se limita a expresar sobre el monto del daño moral que: “Asimismo, la que fuere fijada por daño moral por el Tribunal de grado en sesenta mil pesos (\$60.000), quedará fijada en veintisiete mil (\$27.000), como suma líquida y exigible”. En definitiva, no aplica su criterio de proporcionalidad del daño moral respecto del material, solo estima una cifra que le parece. Nada más. El fallo es contradictorio y entenderlo requiere adivinar la intensión del redactor, cuestión que afecta el derecho de defensa de las partes.

Lamentablemente, el criterio criticado en los párrafos anteriores también fue sostenido por otros Magistrados⁶⁰⁵, pese a que no fue

⁶⁰³STJ Jujuy, “Recurso de inconstitucionalidad interpuesto en Expte N° B-96.105/02 (Sala I Cámara en lo Civil y Comercial) Ordinario por daños y perjuicios: Hugo Paz c/ La Puna S.R.L., Ramón Alanís y otros”, Libro de Acuerdos N° 54, F° 688/699, N° 241, 11/05/2011.

⁶⁰⁴ Algo similar cabe decir de las sentencias del STJ de Formosa.

⁶⁰⁵ STJ Jujuy, “Recurso de inconstitucionalidad interpuesto en el expte. N° B-191841/08 (Sala II - Cámara Civil y Comercial) Ordinario por daños y perjuicios: Flores, Graciela c/ Estado Provincial y Policía de la Provincia”, Libro de Acuerdos N° 54, F° 1778/1784, N° 512, 16/09/2011.

dirimente a la hora de cuantificar el daño moral. Da la sensación de que dicho criterio es meramente nominal, dado que luego no hay operaciones matemáticas sobre la cifra indemnizatoria del daño material para calcular, luego, la indemnización del daño moral.

En este último caso, que versó sobre la responsabilidad estatal por muerte de un menor detenido en un establecimiento penitenciario, la indemnización se aumentó de \$200.000 a \$250.000, en favor de la madre, con una argumentación que pone de manifiesto que se apela a la prudencia del juez; puesto que solo se dice “que corresponde incrementar el mismo a la suma de pesos doscientos cincuenta mil (\$ 250.000.-), atendiendo a las circunstancias extraordinarias que rodearon la muerte del menor M. y, que provocaron en su progenitora -no me cabe la menor duda- el dolor más agudo e insoportable que pueda sufrir una madre e imposible -por otro lado- de reparar pecuniariamente”.

El criterio de la “prudencia judicial” –no aludo a método de cuantificación del daño moral- ha sido el empleado por el STJ en otros casos⁶⁰⁶ y creemos que, pese a los dichos al paso que se ven en las sentencias y que aluden a otro criterio, es este es en verdad el que se aplica siempre.

La discrecionalidad sin ninguna referencia concreta para cuantificar el daño moral no goza de las ventajas que tienen los métodos que han delineado la doctrina y parte de la jurisprudencia y sí cuenta con todas las desventajas que llevan a la anarquía o atomización resarcitoria que reina en la materia.

El STJ de esta Provincia tiene pendiente dar un paso al frente para mejorar la situación desfavorable a la que lleva la falta de certidumbre y seguridad jurídica respecto a la cuantificación del daño moral.

⁶⁰⁶ STJ Jujuy, “Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto en Expte. N° B-142.880/10 (Sala III Cámara en lo Civil y Comercial) Ordinario por daños y perjuicios: Torena, Sandra Elizabeth c/ Estado Provincial”, Libro de acuerdos N° 54, F° 1486/1494, N° 415, 07/07/2011.

3.10 La cuantificación del daño moral en el Superior Tribunal de Justicia de La Pampa.

Esta Corte provincial comparte el criterio limitativo del recurso extraordinario en cuestiones de indemnización del daño moral, que no será procedente a menos que se acredite la arbitrariedad⁶⁰⁷. Por ello, sus fallos sobre esta cuestión son más abundantes en su competencia contencioso administrativa.

En 1997, el STJ de La Pampa hizo lugar a las sumas pedidas por los actores, dos personas que fueron exonerados ilegítimamente de la administración pública de la Comisión de Fomento de Carro Quemado, ordenando la indemnización de cada uno de ellos en las sumas de \$15.000 y \$10.000 respectivamente⁶⁰⁸.

Posteriormente, en 1998, acudiendo a la prudencia fijó en \$25.000 a la indemnización del daño moral sufrido por un comerciante, al que se le solicitó, en medio de irregularidades administrativas, la entrega de varios bienes y de 1150 pares de borceguíes para la Policía de la Provincia, pero al momento del cumplimiento se le comunicó la anulación de la licitación, mediando en el caso, por ende, responsabilidad extracontractual del Estado⁶⁰⁹.

En 2001, también por motivos de apartamiento ilegítimo del cargo en la administración pública, se hizo lugar al pedido indemnizatorio de la actora de \$3000 por el daño moral sufrido⁶¹⁰.

También en base a prudencia, el STJ expresó en 2001 que: “Por esa ligazón que existe entre el derecho y la moral, la prudencia indica que debe tenerse en cuenta también las circunstancias personales del victimario o, del final responsable, por lo que se torna razonable la

⁶⁰⁷ STJ La Pampa, sala A, Porcel, Claudio Roberto c/Stachiotti, Silvia Beatriz s/Divorcio vincular”, Expte. 813/05, 1/11/2005; “Rozas, Daniel Alejandro contra Jockey Discoteca S.R.L. y otro sobre daños y perjuicios”, Expte. 827/05, 24/2/2006.

⁶⁰⁸STJ La Pampa, Cisneros, María Beatriz; Shurt, Rubén Evaristo c/Comisión de Fomento de Carro Quemado s/demanda contencioso administrativa, Expte. 152/95, 24/2/1997.

⁶⁰⁹STJ La Pampa, Castillo, Noe Orfilio Luis c/ Provincia de La Pampa s/ demanda contencioso administrativa, Expte. 169/95, 5/3/1998.

⁶¹⁰STJ La Pampa, sala B, Jaime, Mirta Angélica c/Provincia de La Pampa s/demanda contencioso administrativa, 393/99, 6/4/2001.

morigeración del quantum, fijándola en la suma de \$ 50.000 devengando intereses desde la fecha de acaecimiento del hecho”⁶¹¹.

En 2005, fijó la suma de \$5.000 en favor de una empleada del Consejo Deliberante de General Hacha por el daño moral causado por el presidente del órgano, al tratarla de “gorda carnera” y “gorda alcahueta”⁶¹².

En el mismo año -2005-, expresó el Tribunal que, por prudencia, la suma indemnizatoria del daño moral por muerte de un padre era de \$80.000, aunque en el expediente se fijó en el 20%, en proporción al porcentaje causal de daño que se le asignó a la Obra Social estatal por incumplimiento de las diligencias que le pesaban ante quien reclamó una prótesis, que no le fue concedida, para palear como única chance un sarcoma sinovial terminal que sufría⁶¹³.

Como conclusión, puede indicarse que este alto Tribunal todavía no ha forjado un criterio acorde con las más modernas enseñanzas en la materia. La sola prudencia no basta para constituir razonabilidad y mucho menos seguridad jurídica y verdadera justicia. Todo ello, en perjuicio de los justiciables y de la certidumbre que debe poder prever el operador jurídico cuando demanda, cuando contesta demanda y cuando sentencia.

Por eso, consideramos que los montos indicados pueden servir de referencia –debidamente actualizados- para casos pampeanos, especialmente el valor del daño moral por muerte que se ha indicado.

⁶¹¹ STJ La Pampa, Romero, Eric Nicolás c/Forte, Alberto Oscar s/Proceso Sumario (daños y perjuicios), Expte. 340/99, 5/10/2001.

⁶¹²STJ La Pampa, sala B, “Mena, María Alicia c/Municipalidad de General Acha s/demanda contencioso administrativa”, Expte. 513/02, 22/6/2005.

⁶¹³STJ La Pampa, sala B, "Escudero, Rita c/ Inst. de Seg. Soc. de la Pcia. de La Pampa s/ Demanda Contencioso Administrativa", Expte. 16/02, 4/10/2005.

3.11 La cuantificación del daño moral en la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza adoptó el método de cuantificación del daño moral basado en el empleo de los precedentes judiciales, con su pertinente corrección en el caso concreto. Esta postura, en manos de esta Corte, es un muy valioso instrumento de previsión y orden; puesto que no acostumbra reenviar las causas, con recursos extraordinarios exitosos, a los Tribunales inferiores para que realicen una nueva cuantificación del daño moral. Al contrario, cuantifica ahí mismo el daño moral, publica las sentencias en internet con un eficiente buscador e, incluso, ha llegado a publicar boletines (en 1995 y 1999) con los resúmenes de las sentencias sobre daños a las personas para que los operadores pudieran saber qué montos se consideraron razonables y cuales arbitrarios. Con todos estos esfuerzos, en esta Provincia argentina se puede saber cómo cuantificar el daño moral y estimar con total prudencia un monto dinerario.

Por supuesto, en la competencia extraordinaria, la Corte de Mendoza no recepta cualquier agravio sobre el daño moral. Coherentemente con otros tribunales provinciales de igual grado, tiene dicho que: “el tema de la cuantificación de los daños en principio escapa de la órbita del recurso extraordinario, por implicar el ejercicio de facultades propias y excluyentes, máxime en el supuesto de autos en que, lo que se indemniza, es un rubro eminentemente discrecional, como es el daño moral, salvo el supuesto de arbitrariedad manifiesta que no se advierte en la especie”⁶¹⁴. El daño moral sí permite mayor grado de participación de la Corte en los casos contra la Provincia.

En ese marco de actuación, y toda vez que les toca cuantificar el daño moral, los ministros proceden a evaluar el monto de las sentencias que han fallado previamente o a analizar la jurisprudencia de los Tribunales mendocinos, de la Suprema Corte de Justicia o de la

⁶¹⁴SCJ de Mendoza, Sala N° 1, Beckerman Alberto en J 96.626/10.621 Giordano de Lucero Adriana c/ Beckerman Alberto p/ d. y p. s/ inc., Expte. 93359, fecha: 30/03/2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos para tener una noción de qué montos se condenan normalmente por hechos de circunstancias similares. Luego, se tienen en cuenta los aspectos especiales del caso, de la víctima y la inflación para fijar un monto concreto⁶¹⁵.

Este alto Tribunal, de forma expresa, se ha propuesto finiquitar la lotería judicial que, muchas veces, puede representar el tema⁶¹⁶. Por eso, la sala “tiene dicho que en materia de determinación del daño moral debe seguirse un criterio de comparación partiendo del máximo daño posible que puede sufrir una persona (muerte de un hijo joven que colabora al mantenimiento del hogar) y de allí ir descendiendo”⁶¹⁷.

No obstante la afirmación, lo cierto es que las indemnizaciones más altas no corresponden al daño moral por la muerte de un hijo, sino a infección de HIV en un hospital público y a dilación indebida de justicia por más de quince años (respecto de padres a los que les desapareció un hijo que fue de cacería con amigos que regresaron).

El pronunciamiento por un método de cuantificación del daño moral no erradicó completamente la determinación prudencial de su monto, aún pueden verse sentencias en las que no se señalan los

⁶¹⁵SCJ de Mendoza, Sala N° 1 Gobierno de la Provincia de Mendoza en J° 141.497/8748 Ríos, Gustavo Manuel - c/ Provincia de Mendoza p/ daños y perjuicios s/ incidente, expte. 85487, 31/07/2006; SCJ de Mendoza, Sala N° 1, Garavaglia Oscar R. y otra en J° 8.428/113.198 Garavaglia Oscar y otra - c/ Provincia de Mendoza p/ ordinario s/ inc. cas., Expte. 92929, 19/02/2009.

Para ver como se apartan del valor de los precedentes, según como sea el caso bajo decisión: SCJ de Mendoza, Sala N° 1, Mendoza 21 s.a. y otros en J° 152.393/36.005 Monteagudo, María - Mendoza 21 y otros ord. p/ d. y p. s/ inc. cas, expte. 79441, 29/12/2004; SCJ de Mendoza, Sala N° 1, Rodriguez, Manuel en J° 8876 Rodriguez M.A. C/ Aldo Monteverdi C.C. S.A. y ot. P/ACC. S/ INC. CAS.” Y SU ACUMULADO N° 78061 “La Segunda A.R.T. S.A. EN J° 8876 Rodriguez M.A. - C/ Aldo Monteverdi C.C. S.A. Y OT. P/ACC. S/ REC.INC, Expte.: 78059, 15/06/2007; SCJ de Mendoza, Sala N° 1, Pajares Fernando y otro en J. 84.548/11.339 Pajares Fernando Elias y otro c/ Municipalidad de la ciudad de Mendoza p/ daños y perjuicios s/ inc. cas., expte.: 95625, 11/03/2010; SCJ de Mendoza, Sala N° 1, Murua Rivero Alejandro Martin en j 33.491/32.441 Murua Alejandro Martin c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ d. y p. (excepc. de alquileres) s/ inc., expte: 100831, 22/06/2012.

⁶¹⁶SCJ de Mendoza, Sala N° 1, Burgos, Claudio EN J° 9.802/110.922 BCC - C/ M.R.A. y otros p/ daños y perjuicios s/ inc., expte. 91513, 12/08/2008.

⁶¹⁷SCJ de Mendoza, Sala N° 1, Mendoza 21 s.a. en j: Díaz Peralta, Joaquín Mendoza 21 S.A. daños y perjuicios – inconstitucionalidad, expte.: 76471, 18/09/2003.

precedentes y se recurre a la opinión de equidad del juez⁶¹⁸. También se encontró un método distinto en un fallo de la Sala N° 2, en el que se fijó el monto indemnizatorio en el 10% del daño patrimonial⁶¹⁹.

Por último, queremos efectuar una crítica a los montos alcanzados, puesto que se muestran significativamente bajos. Como ejemplo de ello, podrá verse en los cuadros preparados como anexo a esta obra, que los montos por daño moral por muerte de un familiar directo en la jurisdicción de Mendoza son bajísimos.

Los fallos encontrados dan cuenta de que por la muerte de un hijo, de un padre o de una hermana que es la única familia que tenía el actor se fijó la suma de \$ 30.000, pese a que el primer caso es del año 2004⁶²⁰, el segundo de 2007⁶²¹ y el tercero de 2010⁶²². Respectivamente, en dólares recibió cada demandante las sumas de: 1) 10.101,01; 2) 9.523,80; 3) 7.518,79. No está de más decir que en 2004 también, se indemnizó a una mujer que fue objeto de difamaciones por la prensa en la misma suma de \$30.000 (USD 10.033,44)⁶²³. Sin dudas, esta señora, actora, hubiese preferido soportar la publicación del contenido de sus conversaciones telefónicas que la muerte de su hijo, padre o hermano; sin embargo, cobró más o lo mismo que otras víctimas de mayores tragedias.

⁶¹⁸SCJ de Mendoza, Sala N° 1, Zonca Roberto Ángel en J 10.388/106.963 Zonca Roberto A. c/ Cesar Rodriguez Ruiz y Coop. de seguros p/ d. y p. s/ cas., Expte. 98009, 07/09/2010; SCJ de Mendoza, Sala N° 1, Negre, Pablo - c/ Municipalidad de San Martín s/ acción procesal administrativa, expte. 82465, 09/09/2008; SCJ de Mendoza, Sala N° 1, Benavente Segura, Martín, por sí y por KB en J° 39.230/124.470 Benavente Segura por sí y por su hijo menor KB - c/ Masera Pascual p/ daños y perjuicios s/ inc. cas., expte. 90979, 11/04/2008.

⁶¹⁹SCJ de Mendoza, Sala N° 2, Boston Cía. Argentina de Seguros s.a. en J° 30.066 “Cruz, Antonio h. - c/Pride internacional S.R.L. p/enf. acc.” s/inc., expte.: 90769, 11/06/2008.

⁶²⁰SCJ de Mendoza, Sala N° 2, Expreso Lujan de Cuyo s.a. en J° 30.724 Fluixa de Rodriguez Y.B. - Expreso Lujan de cuyo s.a. p/acc. s/inc. – cas, expte.: 73967, 01/03/2004.

⁶²¹SCJ de Mendoza, Canovas María Cristina p/ su H.M. en J° 33.145/31.100 Canovas maria c. p/ su H.M. Elena E. Sánchez - c/ Cortez Miguel Angel y ots. p/ acc. trans. s/ inc., expte. 87287, 29/05/2007.

⁶²²SCJ de Mendoza, Sala N° 1, Zonca Roberto Ángel en J 10.388/106.963 Zonca Roberto A. c/ Cesar Rodriguez Ruiz y Coop. de seguros p/ d. y p. s/ cas., Expte. 98009, 07/09/2010.

⁶²³SCJ de Mendoza, Sala N° 1, Mendoza 21 s.a. y otros en J° 152.393/36.005 Monteagudo, María - Mendoza 21 y otros ord. p/ d. y p. s/ inc. cas, expte. 79441, 29/12/2004.

En fin, estos montos son ínfimos comparados con los que ha asignado la CSJN, que pese a su divergencia, nunca son menores de \$70.000 y han llegado a los \$300.000 –Ver cuadros anexos-. Estas sumas, sobre todo si se la convierte en dólares, son entre 2 y 30 veces más altas que las que asigna la Corte mendocina.

Ya dijimos que existe una inadmisibile desigualdad en la Corte Federal. Y es posible que puertas adentro de la Provincia de Mendoza no exista tal situación; pero, no parece tampoco apropiado, despegar la situación de las indemnizaciones que se dan en la provincia de las que se manda a pagar en otros lugares, sino la desigualdad sigue reinando y por más que se mantengan en cause a la indemnización del daño moral en un territorio, es solo una ilusión, pues del otro lado de la frontera hay otro argentino que ve mejor reconocido su derecho, sin que se pueda decir en su caso que se ha enriquecido sin causa.

La única razón que puede justificar la diferenciación de montos dinerarios asignados es la realidad económica del lugar. Pero, en ninguna parte de los fallos encontramos que ahí se viva con menos dinero que en otras provincias, ni que los sucedáneos que pueden adquirirse con esas sumas son equivalentes a los que pueden gozarse con las mayores sumas que ofrecen otras jurisdicciones. En este aspecto, creemos que la jurisprudencia, que mucho ha avanzado, puede ser perfeccionada.

3.12 La cuantificación del daño moral en el Superior Tribunal de Justicia de Misiones.

Esta Corte provincial tiene dicho, respecto a la indemnización del daño moral, que "... si bien es facultad privativa de los jueces de grado la determinación de la cuantía del daño moral, dicha potestad no debe comportar arbitrariedad, es decir que la decisión tiene que estar fundada adecuadamente en las circunstancias del caso. Dicho de otro modo, el quantum de la indemnización que fija el Tribunal de grado por el concepto de daño moral debe ser el resultado de una explícita, exhaustiva y circunstanciada evaluación de los parámetros que

sirvieran de base para una adecuada determinación de la condena. Para la fijación de la reparación del daño moral resulta esencial que los jueces, de manera minuciosa, detallada, evalúen la incidencia de las particularidades que encuentran en cada causa, a fin de garantizar un eventual control de la legalidad, certeza y razonabilidad de los importes acordados". (Resolución 90-STJ-94 del Voto del Dr. Jorge A. Rojas), señalándose asimismo, pertinentemente que "La suma por daño moral queda librada al prudente arbitrio del sentenciante... Pero ello no implica que se lo establezca sin fundamento alguno, omitiendo toda parte que oriente dicho prudente arbitrio. Resulta menester en cada caso, agotar la investigación sobre las particularidades del caso, nunca idéntica a otra, en la índole del hecho generador de las consecuencias dañosas y la entidad de las mismas", (confr. Res. N° 228-STJ-96, en igual sentido Res. N° 58-STJ-96, entre otras)⁶²⁴.

En esta sentencia, se descalificó la sentencia de Cámara porque "los jueces no han realizado un análisis circunstanciado y exhaustivo de las peculiaridades del caso, en relación a cada uno de los sujetos damnificados, sino que se han limitado a efectuar consideraciones genéricas que no posibilitan el control por parte de este Superior Tribunal de Justicia de la legalidad, certeza y razonabilidad de los importes acordados, habiéndose fijado en mi opinión por la Alzada, la suma en concepto de daño moral sin argumento ni fundamento de ninguna especie".

Lamentablemente, en el caso reenviaron la causa a la instancia inferior para que dicten una nueva, siguiendo los parámetros recién transcritos.

En un fallo de septiembre de 2008 el STJ fijó una indemnización del daño moral en la suma de \$120.000. Para llegar a esa decisión, que fue compartida por la mayoría, la Ministra preopinante fue sosteniendo: 1) "Expuesto ello, y no empece a que la indemnización del rubro en tratamiento queda sujeta al prudente arbitrio y recto criterio de los jueces y que la misma no debe ser determinada

⁶²⁴STJ Misiones, Said Shudi Abud Atedal y otros c. Santos Serfaty y otros, 16/05/2006, La Ley Online AR/JUR/4604/2006.

mediante cálculos matemáticos y rígidos porcentajes; a los fines de no caer en una determinación excesivamente genérica, sin parámetro alguno, tratando de mitigar las penurias sufridas, estableciendo un monto prudente, conforme a las circunstancias particulares del caso, asumiendo competencia positiva procederé a su determinación”; 2) “Así, en atención a las circunstancias y las razones apuntadas precedentemente, siendo además que los trastornos y padecimientos de la Sra. Elvina Teresa Brycki guardan estrecha vinculación con las lesiones sufridas por ésta, que le han determinado un grado de incapacidad considerable, incapacidad ésta que ha sido razonablemente fijada por la Alzada en razón de las pruebas arrimadas, teniendo en cuenta además la particular situación en la que se encuentra la actora, considero que el monto del daño moral debe guardar, en este caso particular de autos, relación con el rubro determinado por ese ítem -incapacidad sobreviniente-, esto es a \$121.929,75. Esto es así también, ya que a mi modo de ver, de acuerdo a lo señalado, el monto del daño moral determinado en Primera Instancia, conforme a lo solicitado en la demanda, resultaría excesivo”; 3) “En mérito a ello, y tal lo expuesto, me parece justo y razonable fijar el monto de este agravio en la suma de \$120.000,00”⁶²⁵.

Posteriormente, también en 2008, el STJ de Misiones descalificó una sentencia de Cámara, al atender un recurso de casación, al considerarla arbitraria por solo tener como referencia el monto indemnizatorio pedidos por los actores en la demanda. En el fallo afirmaron que el procedimiento de cálculo es arbitrario y dogmático; porque “el daño moral fijado está motivado en la sola voluntad de los jueces. Ello así, porque si bien es facultad privativa de éstos, determinar la cuantía del daño moral, dicha potestad no debe comportar arbitrariedad, es decir que la decisión tiene que estar fundada adecuadamente en las circunstancias particulares del caso, a fin de garantizar un eventual control de la razonabilidad de los importes acordados, lo que no ha sucedido en el caso de autos”. Por

⁶²⁵STJ Misiones, Bricki, Elvina Teresa y otra c. Pedroski Marcovich, Eladio S., 01/09/2008, La Ley Online AR/JUR/9222/2008.

último y como conclusión el voto de la mayoría sostuvo que “la decisión de la Alzada no constituye una derivación razonada del derecho vigente, con arreglo a las circunstancias comprobadas en el caso, habida cuenta que resultan dogmáticas y carentes de la debida fundamentación las afirmaciones del Tribunal, según el cual es razonable el monto del daño moral fijado en primera instancia, teniendo en cuenta que en la demanda se había solicitado \$ 50.000-, y solo se concedió \$ 10.000- a la viuda, porque al razonar de esta manera los Jueces, abren el camino para que el día de mañana se considere justo el monto fijado en concepto de daño moral, solamente en función de lo reclamado en la demanda, sin tener en cuenta las circunstancias particulares de cada caso, razonamiento que no parece acorde con la letra y el espíritu de nuestra legislación civil”⁶²⁶.

El voto de la disidencia parcial fue coincidente con el de la mayoría en lo tocante a lo defectuoso del cálculo del daño moral y explicó que “Corresponde concluir que carece de fundamentación el fallo del Cámara en tanto, para establecer la cuantía del resarcimiento moral, se sustentó únicamente en la suma pretendida por la parte actora en el escrito de demanda, pues, al momento de resolver sobre la pretendida indemnización, omitió ponderar las cuestiones particulares del caso a fin de garantizar un importe razonable”.

En este caso también hubo reenvío a la instancia inferior para que fijen la indemnización del daño moral pertinente.

No se advierte la existencia de un método de cuantificación concreto en este Tribunal. Las pautas que proporcionan pueden ser utilizadas de forma aparente y, de hecho, en el caso citado en el que el STJ cuantificó el daño moral lo hizo, reprochablemente, relacionándolo con el monto del daño patrimonial. Por ende, solo se dan pautas generales de justificación de la sentencia que bien pueden no trascender de la mera dogmática y dejar esta cuestión en la mera discrecionalidad de las instancias inferiores, situación que advertimos

⁶²⁶ STJ Misiones, Cooperativa Eléctrica de Oberá (C.E.L.O.), 31/10/2008, La Ley Online AR/JUR/26636/2008.

como negativa si no hay empleo de un método avalado por el derecho más actual.

3.13 La cuantificación del daño moral en el Superior Tribunal de Justicia de Neuquén.

Advertimos que el STJ de la Provincia de Neuquén no mantiene un criterio totalmente uniforme respecto de la cuantificación del daño moral. No obstante ello, prima la noción de que es el juez el que debe determinarlo según su prudencia.

Como ejemplo de lo expresado, en el año 2000, sostuvo que “la fijación de este rubro debe estar guiada fundamentalmente por el arbitrio del sentenciante, quien en función de las reglas de la lógica y sana crítica ha de estimar la cuantía de la reparación, valorando— en casos como el presente— lo que comprensiblemente puede representar para el cónyuge e hijos menores, la pérdida de la vida de la esposa y madre, por el obrar negligente imputado al personal dependiente de la demandada”⁶²⁷.

En 2009, parecía que había un cambio de postura, en favor de la cuantificación judicial indicativa o *iuris tantum*, cuando el Tribunal dijo que: “A los fines de cuantificar el daño moral padecido por un policía ilegítimamente cesanteado, debe tenerse en cuenta la gravedad del daño que supone haber sido imputado de la comisión de un hecho deshonesto, como lo es un delito penal, especialmente en su condición, con el comprobado menoscabo espiritual que le acarreó, la incertidumbre y el sufrimiento inherentes a la pérdida de la que había sido su fuente laboral, en una “institución que da a sus miembros un sentido de pertenencia permanente” (en palabras de la perito psicóloga oficial). Por lo que, meritando tales particularidades y tomando en cuenta el baremo utilizado en casos análogos, resulta prudente acordar una suma de \$ 20.000, que devengará un interés mensual a la tasa promedio activa-pasiva que aplica el Banco de la

⁶²⁷ STJ Neuquén, “Amigot, Raúl Eduardo c/ Cruz Andina S.A. s/ daños y perjuicios”, 355 - Año 1999, 13/12/2000

Provincia del Neuquén, desde la fecha del dictado del Decreto de cesantía hasta la de su efectivo pago”⁶²⁸.

Pero, luego, en 2010, retomó la senda de la prudencia como pauta de determinación de la indemnización. En un caso de fallecimiento de un padre, se tuvo en consideración la doctrina de la CSJN sobre el tema: “Para la determinación del daño moral ha de jugar de manera fundamental la situación de los hijos menores, privados en forma prematura, como consecuencia del fallecimiento de su progenitor, de su asistencia espiritual y material, a una edad, en la que ese sostén asume particular significación (cfr. C.S.J.N. Fallos T. 317, P. 1006)”.

Después, para orientar la cuantificación se puso de manifiesto cuales son los aspectos que configuran el daño moral en la especie: “se tendrá presente para fijar la indemnización de los actores, las trágicas condiciones en que se produjo la muerte de Burgos, agravadas porque el daño fue producido por la omisión del Estado, que es quien más debió procurar su integridad y salvaguarda”. Y, finalmente, se acudió a la cuantificación del daño moral por prudencia: “A tenor de estas pautas y por las aristas particulares del sub-judice, considero que corresponde acoger la pretensión de la accionante. Consiguientemente, propicio fijar el resarcimiento del daño moral correspondiente a la cónyuge en la suma de \$40.000.- y para cada uno los hijos mayores de edad al momento del accidente la suma de \$25.000.-; en tanto que para cada uno de los hijos menores de edad, también al momento del accidente, la suma de \$30.000”⁶²⁹.

En 2012, se abonó la forma de cuantificación elegida: “Bajo tales parámetros, y sin desconocer la dificultad que en sí misma denota la cuantificación del daño moral, ponderando su carácter reparador, la índole del hecho generador y la entidad de las lesiones sufridas y sus

⁶²⁸ STJ Neuquén, “Jaques, Héctor Luis c/Provincia del Neuquén s/ Acción procesal administrativa”, 1489 - Año 2005, 14/09/2009.

⁶²⁹ STJ Neuquén, “Muñoz Vda. de Burgos María Mercedes y otros c/ Estado Provincial del Neuquén s/ daños y perjuicios”, 158 - Año 2004, 31/08/2010.

disvaliosas secuelas espirituales, corresponde, establecer en la suma de \$150.000.- (Pesos Ciento Cincuenta Mil) el rubro reclamado”630.

En conclusión, el STJ de Neuquen no ha acogido una metodología aprobada por la jurisprudencia y la doctrina a los fines de cuantificar el daño moral. Esta situación tiene como consecuencia la dificultad de conocer con posibilidad verosímil el posible monto de la sentencia y permite la divergencia de metodologías y criterios entre los Juzgados de instancia inferior.

3.14 La cuantificación del daño moral en el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro.

Como es usual en las cortes de jerarquía provincial, el recurso extraordinario está limitado en materia de daño moral a los supuestos de absurdo o arbitrariedad de la sentencia⁶³¹. Según lo ha expresado en diversos fallos: “El monto fijado en concepto de indemnización pecuniaria por daño moral, no resulta materia susceptible de análisis por este Superior Tribunal de casación. Ello, en razón de que determinar los perjuicios que lo hacen procedente, la índole y pertinencia así como el quantum aplicado, son todas cuestiones de hecho, propias del tribunal de juicio e irrevisables, por vía del recurso de casación”⁶³².

La argumentación de la sentencia, por los jueces de primera y segunda instancia, es un aspecto que suele tener en cuenta el STJ, a los

⁶³⁰ STJ Neuquén, "Campano Norma Esther c/ Baradello Daniel Pío y otros s/ daños y perjuicios", 184 - Año 2009, 03/09/2012.

⁶³¹ STJ Río Negro, STJRNSC: SE. <33/06> “B., M. N. s/ QUEJA EN: ‘B., M. N. c/ P., R. y M., N. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (Expte. N° 20991/06 - STJ-), 18-05-06; STJRNSC: SE. <27/09> “H., G. O. c/ Z., P. s/ FILLACION s/ CASACION” (Expte. N° 23583/09 - STJ-), 04-05-09.

⁶³² STJ Río Negro, in re “Alfonso” Se. Penal 58/90 del 07-05-90; “Leuqui de Morales” Se. Laboral 207/90 del 26-12-90); “C., H. C/ Ayleen group S.A. s/ sumario (M 808/09) s/ inaplicabilidad de ley” (Expte. N° 25110/11 - STJ), (08-09-11); “P., H. H. Y C. C., M. I. s/ QUEJA en: P., H. Y OTRO c/ J.S. SRL y otra s/ daños y perjuicios (ordinario)” (Expte. N° 25983/12 - STJ-), 01-03-13.

fines de apreciar la existencia de arbitrariedad que desmerezca a la resolución como acto jurisdiccional válido.

Respecto a la cuantificación del daño moral, y en lo importante para confirmar la sentencia del Tribunal inferior, se ha señalado como requisitos de validez de la sentencia a “La enunciación de los extremos merituados para la determinación, así como la gravedad objetiva del hecho generador del resarcimiento”, contemplando esas dos cuestiones se excluyeposibles tachas“que invalide la decisión del tribunal al fijar el monto que cabe indemnizar en concepto de daño moral. (Conf. STJRN Se. 93/94 in re: "Juarez Escobar" del 17-06-94)”633.

Para la cuantificación de la indemnización del daño moral se advierten que se utilizan distintos argumentos, pero que siempre operan en base a la prudencia del juez. En otras palabras, el daño moral se cuantifica según el criterio del juez del STJ y se plasma con un argumento particular. Ello, lleva a que no se utilice siempre el mismo discurso y que se justifique la cifra fijada siguiendo diferentes enunciados.

El primero de estos criterios, con los que se justificó el empleo de la prudencia judicial para cuantificar el daño moral, sostenía que “El monto por daño moral es de asaz difícil fijación ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, ni a procedimiento matemático alguno, correspondiendo atenerse a un criterio fluido que permita computar todas las circunstancias del caso, sobre la base de la prudente ponderación de la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados y a los padecimientos experimentados, hallándose así sujeto su monto a la circunspección y discrecionalidad del juzgador. (Cf. Morello - Sosa - Berizonce: "Códigos Procesales... "; T. II, pág. 239)”634.

Otro tipo de argumento es, por ejemplo, la opinión personal del Dr. Lutz sobre el tema, que es la siguiente: “La cuantía de la

⁶³³STJ Rio Negro, STJRNSP: SE. <165/96> "P. J. F. s/ Víctima de homicidio s/ Casacion", 05-11-96.

⁶³⁴STJ Rio Negro, STJRNSP: SE. <165/96> "P. J. F. s/ VÍCTIMA DE HOMICIDIO s/ CASACION", 05-11-96.

indemnización por daño moral no traduce una equivalencia económica con el desmedro espiritual sufrido, sino que se trata de compensar ese perjuicio espiritual. No hay una equivalencia entre daño e indemnización como en el daño material. Por ello es que para su cuantificación el judicante no debe salir de lo razonable, de la equidad, de lo que considere justo conforme a esos parámetros”635.

Posteriormente, en un voto mayoritario se argumentó la cuantificación del daño moral por prudencia con el fundamento de que “no resultan - a mi modo de ver - enervadas por la solución plasmada en definitiva en la instancia de grado acerca del resarcimiento por daño moral, me inclino, pues, según lo propiciado asimismo por mi colega preopinante, por confirmar lo decidido y traído aquí a nueva cuestión, por encontrarlo justo, atendiendo al respecto a las circunstancias de la persona, edad, profesión, tipo de mobbing y daños comprobados. Y en mi ponderación en principio me aparto expresamente de tablas, indicadores o registros informáticos, o cualquier forma de tabulación, porque la persona humana, en su dignidad y derechos personales, no puede en sí pesarse ni medirse como se hace con las cosas; y es preferible que el juicio prudente del juez dé en cada caso lo debido – lo justo concreto - según la prueba producida y debidamente valorada, de suerte que no se transforme su juicio en una mera solución mecánica. (Mayoría de los Dres. Sodero Nievas Y Lutz)”636.

En 2011, el STJ de Río Negro revocó una sentencia de Cámara en la que se calculó el daño moral con un porcentaje del daño patrimonial. No sería de buena praxis que los abogados de esa provincia, en especial, insistieran en solicitar esa manera de cuantificación en la demanda. El máximo tribunal ya se ha pronunciado al respecto y descarta esa metodología, que en caso de

⁶³⁵ STJ Río Negro, STJRNSC: SE. <54/06> “reservado s/ sumario s/ casacion” (Expte. N° 20530/05 - STJ), 29-06-06.

⁶³⁶STJ Río Negro, STJRNSL: SE. <68/09> “B. N., A. O. C/ Fundación Barrera Zoofitosanitaria Patagónica (FUNBAPA) S/ Reclamo s/ inaplicabilidad de ley” (Expte N° 22823/08 - STJ), 31-08-09.

ser aplicada da lugar al recurso extraordinario y a la arbitrariedad de sentencia por defecto en la justificación.

Nos parece interesante la crítica y reflexión que hace el magistrado que conforma la opinión del cuerpo, sobre todo en lo atinente al requisito de fundamentación de la sentencia. Se nota cómo deja un método por arbitrario y confirma la sentencia de primera instancia sin explicar los porqués de la razonabilidad de ese monto. Esta cuestión deja lugar a la reflexión, puesto que respecto de la sentencia de primera instancia también se expresaron agravios.

El juez razona, teniendo como piedra angular a “la premisa de que la Cámara desestimó los agravios esgrimidos respecto de la cuantificación del daño moral, con fundamento en que la suma establecida por el Juez de Primera Instancia tendría una adecuada relación (entre [el treinta por ciento y cincuenta por ciento]) con el daño patrimonial, y que como precedentemente se dijo, resulta actualmente inaceptable fijar el monto por daño moral en una cierta proporción de los patrimoniales, cabe concluir en la falta de motivación de la sentencia impugnada. Es que el hecho de que se ejercite una facultad discrecional, no justifica ni legitima el deber de fundar el pronunciamiento, por cuanto la debida motivación exterioriza el itinerario descriptivo y justificante que, en base a una argumentación racional y jurídicamente válida, sustenta la decisión propiciada para el caso sometido a consideración. En dicho sentido, su trascendencia asume carácter indiscutible tan pronto se advierte que por su intermedio se asegura la operatividad del derecho de defensa en juicio al funcionar como factor excluyente de resoluciones irregulares. En tal orden de ideas, las circunstancias expuestas, esto es la carencia de la debida fundamentación exigida por las normas constitucionales y procedimentales vigentes, determinan la procedencia del recurso extraordinario local interpuesto, con sustento en la arbitrariedad por falta de fundamentación, debiendo en consecuencia decretarse la nulidad parcial de la sentencia impugnada,

en cuanto la misma confirma el monto de daño moral fijado por el Juez de Primera Instancia”⁶³⁷.

Finalmente, podemos dejar explicitado cómo es la fijación de un monto dinerario por este STJ, siguiendo los lineamientos que estudiamos y siempre dentro de la cuantificación prudencial de la indemnización del daño moral, que se expresa fijando un monto que le parece al juzgador, sin mayores explicaciones concretas de la cifra.

Como muestra de lo expresado, en el fallo “N., S. S. C/ Provincia de Río Negro (Policía Prov. de R.N.)” se dijo que: “En lo que respecta al daño moral, el informe de la perito psicóloga da cuenta del padecimiento del actor ante el hecho dañoso, incluso más allá de la conformación de su cuadro psicopatológico. Es decir, transmite una idea clara de la percepción de perjuicio o sufrimiento que debe ser resarcido. En este sentido, y más allá de las dificultades que plantea su cuantificación, se estima razonable fijarlo en la suma de setenta mil pesos (\$60.000) al tiempo de resolver”⁶³⁸.

En conclusión, en lo inherente a la determinación de la cuantificación del daño moral en Río Negro “corresponde a los jueces de la causa, establecer su procedencia y el quantum indemnizatorio, tomando en consideración para ello la gravedad de la lesión sufrida y el hecho generador de la responsabilidad”⁶³⁹.

Esto presume la ausencia de método de cuantificación con todas las desventajas que ello implica: falta de uniformidad, de certidumbre y seguridad jurídica en mella a la justicia; puesto que objetivamente se la posterga por la visión subjetiva que tiene el juez. Por supuesto, su función es juzgar y sus facultades legales son suficientes; pero creemos que amerita mejor tratamiento este difícil problema y que toda Corte provincial tiene que facilitar la solución optando por uno de los pocos métodos que se proponen en el país.

⁶³⁷STJ Río Negro, STJRNSC: SE. <19/11> “P., H. H. y Otro c/ J.S. S.R.L. y Otra s/ daños y perjuicios s/ casación” (Expte. N° 24924/10 - STJ-), 06-04-11.

⁶³⁸ STJ Río Negro, STJRNSL: SE. <105/11>, “N., S. S. C/ Provincia de Río Negro (Policía Prov. de R.N.)”, (Expte. N° 21867/07 - STJ), 18-11-11.

⁶³⁹ STJ Río Negro, in re “ORTIZ” Se. 94/10 del 28-09-10.

La discreción y una serie de justificaciones abstractas y dogmáticas no son suficientes ni sincera respuesta a un problema de justicia que afecta a todos los operadores jurídicos y a los justiciables. Se tienen que formular cambios en la doctrina del Tribunal y de todos los que no acogen una metodología.

3.15 La cuantificación del daño moral en la Corte de Justicia de Salta.

También, en este supremo tribunal provincia, la vía de la casación por la cuantificación del daño moral está acotada a casos de arbitrariedad o absurdo en la sentencia impugnada⁶⁴⁰.

La cuantificación del daño moral se efectúa acudiendo directamente a la prudencia del magistrado, sin justificación argumental del monto: “Que, en atención a las pautas señaladas en los considerandos anteriores y valorando prudencialmente la deficiencia probatoria respecto de algunos de los extremos invocados en la demanda, cabe fijar un monto indemnizatorio en concepto de capital, en la suma de \$ 60.000 (pesos sesenta mil) en concepto de daño material, y en la suma de \$ 30.000 (pesos treinta mil) en concepto de daño moral. Todo lo cual totaliza \$ 90.000 (pesos noventa mil) por todo concepto y en carácter de reparación integral, con más sus respectivos intereses desde el día del hecho hasta su efectivo pago en forma solidaria por el Sr. Matias Roberto Manzara, y sus progenitores, Sres. Jorge Omar Manzara y Sandra Ramírez”⁶⁴¹.

Al respecto, y como posible justificación del método adoptado para la cuantificación del daño moral, la Corte salteña tiene dicho que “exigir demasiadas precisiones sobre el criterio para cuantificar el resarcimiento por daño moral, sería desconocer su naturaleza, ignorar

⁶⁴⁰Corte de Justicia de Salta, “Barrantes, Juan Martin; Molinas de Barrantes, Teresa; Tea S.R.L. vs. Arte radiotelevisivo argentino S.A. – recurso de inconstitucionalidad”, (Expte. n° CJS 25.609/03), 02/02/2005; “Ortiz, Sandra vs. Simela Medicina Laboral y Bergesi, Gustavo – Queja por Rec. de Inconst. denegado” (Expte. N° CJS 27.680/05), 05/04/06; “Aguirre, Selva Daniela vs. Garcia, Jorge Daniel – Queja por Rec. de Inconst. denegado” (Expte. n° CJS 35.679/12), 13/12/12.

⁶⁴¹ Corte de Justicia de Salta, “C/C Manzara, Matias Roberto – Recurso de casacion” (Expte. N° CJS 31.912/08), 31/05/2010.

la especial situación en que se encuentra el juez cuando debe liquidar esa clase de indemnización y, en un último análisis, habilitar una causa de impugnación abierta hasta el infinito, frente a la cual ninguna sentencia estaría libre de censuras, debido a que la evaluación del dolor humano es una operación no susceptible de asentarse, en términos cuantitativamente exactos, en conceptos de validez general o explicitada racionalmente”⁶⁴². Este criterio no es conforme con los estándares de motivación que ha sabido elaborar la CSJN y parece convalidar justificaciones aparentes. La cuantificación del daño moral es posible a través de métodos, que si bien no son exactos, nutren de razonabilidad a la decisión.

En definitiva, la Corte de la Provincia de Salta, a la fecha, no ha adoptado ningún método de cuantificación del daño moral –avalado por la jurisprudencia o la doctrina- que proporcione la suficiente certeza para los justiciables y sus expectativas o satisfaga de forma clara y suficiente el principio de la reparación integral.

3.16 La cuantificación del daño moral en la Corte Suprema de San Juan.

La Corte Suprema de San Juan, respecto a la indemnización del daño moral, ha dicho que: "En la determinación de los montos indemnizables los tribunales de mérito son soberanos, no obstante, para hacerlo deben explicitarse las razones en base a las cuales se adopta un determinado monto. Todo pronunciamiento debe ser fundado, no se satisface con la enunciación del monto indemnizatorio a pagar o el mero detalle de las circunstancias tenidas en cuenta, sino con el desarrollo objetivo, explícito y concreto de las razones del fallo que hacen a su existencia, lo contrario es arbitrariedad"⁶⁴³.

⁶⁴²Corte de Justicia de Salta, “C/C Ocampo, Gabriel Antonio - Recurso de Casacion”, Expte. N° CJS 27164/05; “C/C Salomon Reston, Jorge Osvaldo – Recurso de casacion” (Expte. N° CJS 29.363/06), 26/09/2007.

⁶⁴³C.J. San Juan, Sala 01, "Heredia, Juan Roberto c. Pérez, María Vilma y otro s/Daños y Perjuicios", 29/04/1993, SAIJ- Sum. 50000594.

3.17 La cuantificación del daño moral en el Superior Tribunal de San Luis

En 2008, el STJ de San Luis se limitó a hacer lugar a la suma resarcitoria solicitada en la demanda sin ningún tipo de otra consideración que nos permita extraer conclusiones sobre la conformación del convencimiento del juez: “Siguiendo este criterio, corresponde hacer lugar al pago de las indemnizaciones reclamadas por la actora Dra. MARIA DOLORES MONTES, por lucro cesante, debiendo condenar a la demandada al pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha en que fue removida (notificación del Acuerdo N° 25/98) y hasta el efectivo reintegro de la misma, con más la suma de PESOS CUARENTA MIL (\$ 40.000.-) por daño moral”⁶⁴⁴.

Posteriormente, en 2009, en el caso Madaff se inclinó por la cuantificación del daño moral con la aplicación de un porcentaje arbitrario del daño patrimonial⁶⁴⁵. Este caso se aplicó a otros, pero no se mantuvo el método de cuantificación del daño.

En el fallo “Chávez” del año 2012⁶⁴⁶, el STJ de San Luis tuvo en cuenta el precedente del caso “Madafs”, como vara para resolver la cuantificación del daño moral sufrido por quien fue detenido en prisión preventiva por 38 días sin causa justificada. Los dos casos están vinculados, porque fueron consecuencia del mismo hecho – investigación de un aborto seguido de muerte-.

El actor, Sr. Chávez, había solicitado en la demanda la suma de \$ 1.500.000 por el daño moral padecido; pero, la Corte puntana le achacó la falta de alegaciones y pruebas en concreto para justificar esa suma. Entonces, se acudió a un precedente judicial para dirimir la cuantía que correspondía al caso. Se tuvo en cuenta que al Sr. Madafs se lo indemnizó con \$99.999 por una prisión preventiva indebida de

⁶⁴⁴ STJ San Luis, Montes María Dolores y Ferrara Laura Beatriz c/Estado de la Pcia. de S. Luis – Poder Ejecutivo de la Pcia. y/o Sup. Trib. de Justicia -demanda de inconstitucionalidad-EXP. N° 3-M-98, 10/07/2008.

⁶⁴⁵STJ San Luis, “Madafs Nelson Rafael C/ Sup. Gob. de la Pcia. de San Luis y/o Estado Provincial S/ Daños y Perjuicios”. Expte N° 17-M-2000 (STJ-S.J. N° 56/09), 28/05 /2009.

⁶⁴⁶ STJ San Luis, Chavez Luis Ángel /Estado Provincial y/o Poder Ejecutivo Provincial - daños y perjuicios-, Exp. N° 18-CH-09, 16/08/2012.

730 días⁶⁴⁷. De allí por regla de tres se fijó la suma de \$ 5.209,95 en favor del Sr. Chávez. Esa suma es el 5, 21% de la de referencia, puesto que 38 días es ese porcentaje sobre 730 días.

Luego, a los fines de meritar las diferencias económicas existentes al momento del dictado de cada fallo, el ministro votante dijo: “Teniendo prudencialmente ello en cuenta se fija la indemnización por daño moral que debe abonarse al actor, a la fecha de esta sentencia en la suma de Pesos Siete mil ochocientos catorce, con noventa y tres centavos (\$ 7.814,93)”.

En el fallo del STJ de San Luis se manifiesta uno de los problemas más serios que tiene el empleo del precedente judicial como vara de ponderación de una indemnización del daño moral. Este problema radica en que los precedentes son muy variables e, incluso, pueden tener fundamentos criticables y, no obstante ello, se vuelven a utilizar como medio de justicia en casos posteriores.

En el caso Madafs, la cuantificación del daño moral se hizo teniendo en cuenta el monto del daño patrimonial. Según lo expresó el mismo STJ: “Teniendo en cuenta lo expuesto en cuanto al daño moral que sin duda es procedente, estimo equitativo admitir la pretensión del actor (\$ 99.999) pero a la fecha de esta sentencia, en tanto esta cantidad se corresponde, equitativamente (44 %, aproximadamente), con la fijada como indemnización por el daño emergente”.

A pesar de la defectuosa justificación del caso considerado y la crítica de la jurisprudencia y doctrina actuales, respecto al método empleado, se los sigue aplicando, pese a ello, y a que en este nuevo proceso el actor no requirió daño patrimonial. En consecuencia, los del fallo de referencia no son parámetros válidos en esencia, sino en mera apariencia.

Basta con escarbar un poco para notar que la solución que se propicia para el primer caso no es idónea y tampoco es apta para

⁶⁴⁷STJ San Luis, “Madafs Nelson Rafael C/ Sup. Gob. de la Pcia. de San Luis y/o Estado Provincial S/ Daños y Perjuicios”. Expte N° 17-M-2000 (STJ-S.J. N° 56/09), 28/05 /2009.

trasladarla al más nuevo. Tampoco justifica el empleo del criterio, la circunstancia de que ambos casos proceden del mismo hecho. Es necesario cuantificar el daño moral de cada caso utilizando métodos avalados en la actualidad y emplearlos de conformidad con sus circunstancias particulares.

De la misma manera se actuó en un tercer caso ligado al mismo hecho que los dos ya mencionados. En este último se fijó la suma de \$ 19.744,92 en favor de dos mujeres que estuvieron detenidas por ilegítima prisión preventiva. Se aplica la misma solución que en “Madafs”; sin embargo, la lógica utilizada es solo igual en apariencia. En este más reciente caso, el daño moral no llega siquiera al 10% del daño patrimonial. Por ende, en verdad, el criterio resolutorio no responde al mismo patrón del precedente⁶⁴⁸.

En conclusión, de los fallos analizados no puede extraerse un único criterio de cuantificación del daño moral en el Tribunal. Tampoco puede confirmarse que actualmente se cuantifique el daño moral por el método de la cuantificación judicial *iuris tantum* o indicativa; porque los casos resueltos por este método son provenientes del mismo hecho y no se lo ha encontrado como universalizado a cualquier tipo de casos. Habrá que seguir observando en los fallos futuros si existe una continuidad con cualquiera de las tres metodologías expuestas.

3.18 La cuantificación del daño moral en el Superior Tribunal de Justicia de Santa Cruz.

Este alto Tribunal de justicia provincial, como los demás, atiende en casación a la cuantificación del daño moral en supuestos de arbitrariedad: “La revisión de la cuantificación de la indemnización del daño moral, en principio, queda fuera del ámbito del recurso de casación. No obstante, y puesto que pesa sobre todo juzgador la obligación de motivar lógicamente y legalmente sus decisiones, la casación

⁶⁴⁸ STJ San Luis, Garay de Godoy, Marina y otra c/Estado Provincial y/o Poder Ejecutivo- daños y perjuicios, Exp. n° 05-g-2008, 23/10/2012.

por las causales formales será procedente en tanto se advierta que la cuantificación se presente notoriamente injustificada o arbitraria”⁶⁴⁹.

Según la doctrina que se ha asentado, la valoración del daño sufrido debe hacerse de forma específica para cada caso, según explica el Tribunal: “Evaluar el daño moral significa medir el sufrimiento humano, lo cual no sólo es imposible de hacer en términos cuantitativamente exactos, sino que es una operación no susceptible de ser fijada en términos de validez general o explicada racionalmente; de modo que, para cuantificar la reparación es preciso tener en cuenta la lesión a los sentimientos, afección y tranquilidad anímica que afectó a la actora. La cantidad de dinero necesaria para servir de compensación al daño, es la que sugiere caso por caso su particular apreciación y comprensión del dolor ajeno”⁶⁵⁰.

En la misma sentencia, el Tribunal santacruceño sostuvo que el método a emplearse es el de la tarificación judicial indicativa: “Un criterio razonable y adecuado para la cuantificación del daño moral está dado por las reglas de la experiencia y por los criterios de consenso que se presenten a partir de la ponderación de indemnizaciones fijadas para casos similares, lo cual brindará además cierto grado de previsibilidad a la decisión”⁶⁵¹.

Con la doctrina judicial adoptada, el STJ de Santa Cruz se pone a tono con autorizada doctrina y con los criterios de otros máximos organismos de justicia provinciales. Si bien formulamos crítica a ese método de cuantificación del daño moral, la mejor recomendación que se les puede hacer a los operadores jurídicos de la provincia

⁶⁴⁹Tribunal Superior de Justicia -Secretaría Civil-, “Ariztizabal Berberena, Mario Domingo por los delitos de amenazas agravadas en concurso ideal con abuso de arma” 26/04/2001, TOMO III-SENTENCIAS-T.S.J.-REGISTRO: 79; “Águila, Mercedes Inés y otras c/ Construcciones y Premoldeados S.R.L. y otros s/ daños y perjuicios”, Expte. N° A-4.035/96 (A-1.492/06-TSJ), 24-04-09, TOMO XIII – SENTENCIA – T.S.J.-, REGISTRO N° 466.

⁶⁵⁰Tribunal Superior de Justicia -Secretaría Civil-, “Águila, Mercedes Inés y otras c/ Construcciones y Premoldeados S.R.L. y otros s/ daños y perjuicios”, Expte. N° A-4.035/96 (A-1.492/06-TSJ), 24-04-09, TOMO XIII – SENTENCIA – T.S.J.-, REGISTRO N° 466.

⁶⁵¹Tribunal Superior de Justicia -Secretaría Civil-, “Águila, Mercedes Inés y otras c/ Construcciones y Premoldeados S.R.L. y otros s/ daños y perjuicios”, Expte. N° A-4.035/96 (A-1.492/06-TSJ), 24-04-09, TOMO XIII – SENTENCIA – T.S.J.-, REGISTRO N° 466.

patagónica es que tengan en cuenta el monto de los precedentes, que lo corrijan según las circunstancias del caso y que tengan en cuenta en su pretensión las posibles consecuencias de la inflación entre la demanda y la sentencia definitiva.

3.19 La cuantificación del daño moral en la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe.

En la Provincia de Santa Fe, la CSJ también cuenta con un criterio restrictivo en los recursos extraordinarios, similar al de las Cortes provinciales, respecto a la cuantificación del daño y especialmente del daño moral –limitado a supuestos de arbitrariedad-.

Por ejemplo, en 1996, rechazó una petición de revisión del monto del daño, porque “los agravios esgrimidos por el recurrente revelan tan sólo sus discrepancias con el criterio adoptado en las instancias inferiores para cuantificar los daños -materia reservada a los jueces de la causa por su vinculación con el margen de discrecionalidad que les es asignado para estimarlo-, sin que se advierta la causal de arbitrariedad que alega”. Puntualmente, en la sentencia se le reprochó al recurrente, e indirectamente se indicó a los demás operadores jurídicos qué debía hacerse en el recurso, que “no indicó en forma clara y prolija la irrazonabilidad de cada uno de los montos resarcitorios establecidos a partir de la constatación de la incapacidad, argumentación necesaria si se considera, además, que en esta temática la justificación exigida por el artículo 95 de la Carta Magna provincial no exige realizar operaciones matemáticas con pretensiones de máxima objetivación del razonamiento, ya que ello supondría desentendernos absolutamente de ese margen más o menos amplio con que cuentan los jueces para el ejercicio de su prudente arbitrio en orden al logro de una solución correcta a la luz de las exigencias de justicia y razonabilidad práctica”⁶⁵².

⁶⁵² CSJ Santa Fe, Bález, Dionisio c/ Swift Armour S.A.A. s/ Recurso de inconstitucionalidad- Cobro de australes, Expte. C.S.J. Nro. 1455 Año 1996, 31/07/2002, Id Infojus: FA02090238.

La Corte, ya en 1993 había dado las pautas para fijar el valor de la indemnización en el caso “Nogalo”. Allí, se expresó, tomando algunas pautas de fallos anteriores, que: "...en la determinación del monto indemnizatorio, el tribunal de la causa no se encuentra en absoluto compelido, ni obligado a adoptar procedimiento ni fórmula matemática alguna. Mas ello no lo exime ni es admisible que prescinda...de brindar las fundamentaciones y explicaciones suficientes que den razón a sus dichos porque de lo contrario, el único sostén de los mismos es un aserto dogmático que traduce el solo arbitrio del juzgador, configurándose entonces la transgresión denunciada... No basta, como pretenden los jueces de la causa, con mencionar genéricamente los factores que se tuvieron en cuenta, sino que es indispensable valorarlos, interrelacionarlos y determinar cuál es su efectiva incidencia en el importe indemnizatorio. Apreciar, significa evaluar y comparar para decidir, y una vez realizado ello es preciso explicitar los fundamentos que demuestren porqué el resultado es el que se estima más justo proporcionando los datos necesarios para reconstruir el cálculo realizado del monto resarcitorio"...Asimismo dijo que en la línea sentada por este Cuerpo se dejaba ver con nitidez ciertos enunciados básicos, -y en lo que aquí concierne-: que no hay criterios matemáticos para la determinación del quantum indemnizable; sí deben tenerse especialmente en cuenta circunstancias personales del damnificado, como el sexo la edad, ocupación habitual, ingresos, posibilidades de ascenso, estado de viudez, gravedad de las secuelas, etc.; que los jueces deben actuar con razonable cautela para no legitimar enriquecimientos indebidos; es obligación del juzgador indicar con precisión el modo en que las diversas circunstancias consideradas influyeron en la determinación del "quantum indemnizatorio", o de lo contrario indicar en concreto las operaciones aritméticas que se realizaron para aplicar las fórmulas que a veces se enuncian en abstracto, todo bajo sanción de considerar a la sentencia arbitraria por tener un fundamento sólo aparente (conf. A. y S. T.81, págs. 187/202).653.

⁶⁵³ CSJ Santa Fe, Nogalo, José contra Swift Armour -Cobro de australes- sobre recurso de inconstitucionalidad, Expte. C.S.J. Nro. 471 año 1993, 20/10/1993, Id Infojus: FA93090501.

En el fallo “Acevedo” de 1996, en sentido concurrente, se manifestó que: "...es preciso explicitar los fundamentos que demuestren por qué el resultado es el que se estima más justo proporcionando los datos necesarios para reconstruir el cálculo realizado del monto resarcitorio..."⁶⁵⁴.

En 2005, la Corte confirmó la sentencia inferior que cuantificaba el daño moral por ser cualitativamente justificada y explicitada la decisión. En el caso, lo que se dijo fue que: “en punto al agravio centrado en la reparación fijada para el daño moral, tampoco se alcanza a entrever arbitrariedad en el auto denegatorio ya que las pautas utilizadas -más allá de compartirse o no- fueron expuestas por la Sala remitiéndose implícitamente al criterio de la Jueza de Primera Instancia (fs. 6 y 6 vta. "porcentaje de incapacidad edad teniendo en cuenta mayor medida a los más jóvenes"), con lo que las expresiones vertidas por el recurrente en cuanto a que no se explicitaron las razones quedan sin sustento. Debe recordarse que la exigencia constitucional de que los fallos se motiven no impone al juzgador desarrollos minuciosos, bastando que, mediante las proposiciones formuladas en torno a los hechos y el derecho del caso, la sentencia se sostenga a sí misma, como pronunciamiento razonable y objetivo, o lo que es lo mismo, no aparezca como pura afirmación dogmática caprichosa y subjetiva de la voluntad judicial" (cfr. A. y S., T. 65, págs. 424/428; T. 99, págs. 195/197; T. 102, págs. 236/241, entre otros); tampoco impone "un cartabón de 'quantum' sino de 'calidad' de las argumentaciones que le sirven de sustento, lo cual supone correlación entre aquéllas y lo resuelto" (A. y S. T. 64, págs. 53/58); y que "la parquedad de un pronunciamiento no importa falta de fundamentación, no debiendo confundirse fundamentación 'breve' o 'sucinta', con una 'raquítica' o 'insuficiente', reñida con el debido proceso" (A. y S. T. 69, págs. 411/413)"⁶⁵⁵.

⁶⁵⁴CSJ Santa Fe, Acevedo, Irma S. c/ Swift Armour S.A. s/ Cobro de Australes, Expte. C.S.J. Nro. 541, año 1995, 11/09/1996, Id Infojus: FA96090112.

⁶⁵⁵CSJ Santa Fe, Mialhe, Marcelo c/ Poliversal S.R. L. s/ Queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad-cobro de australes, Expte. C.S.J. Nro. 52 año 2005, 07/09/05, Id Infojus: FA05090250.

En lo que implica la cuantificación del daño moral, hemos encontrado una sentencia, que cuenta con más de veinte años, en la que se acude a la prudencia de forma directa sin que haya en ellas más reglas de cuantificación del daño moral que las enunciadas en los párrafos anteriores. El caso trató sobre la muerte de un padre y esposo en el que se fijó la indemnización de la esposa e hijos en la suma de \$ 70.000, a través de dos votos que trascribimos en los siguientes párrafos.

En el voto del Dr. Vigo, se sostuvo que: “Todo esto se traduce en el daño moral que deberá ser reparado, de conformidad a lo normado en el art. 1078 del Cód. Civil, y que en virtud de lo dispuesto por el art. 245 del Cód. Procesal Civil -aplicable-, y de la valoración de los elementos subjetivos referidos - incide en el caso la corta edad de los hijos al momento de la muerte de su padre, privados de la asistencia espiritual de éste en edades en las que ese sostén asume particular significación, situación ésta que afecta también a la madre, además, privada de afecto y apoyo de su cónyuge. En suma, la familia sufre una ruptura, al perder para siempre un integrante esencial para su normal desarrollo-, se estima prudencialmente en setenta mil pesos (\$ 70.000) a la fecha de este decisorio”⁶⁵⁶.

A continuación, el Dr. Falistocco llegó a la misma cifra indemnizatoria con el siguiente argumento: “En el "sub lite", estimo que resultan de aplicación las consideraciones precedentes para determinar el rubro daño moral. La composición del núcleo familiar de la víctima, la edad de los hijos menores que se ven ostensiblemente privados de la compañía de su padre para el futuro, y la lesión espiritual que se ocasionó a la cónyuge que debe sobrellevar en adelante todas las contingencias espirituales propias de su estado de viudez, justifican que sean contemplados a los fines del resarcimiento, además de los sufrimientos padecidos, los beneficios espirituales y las expectativas afectivas de las que se ven privados. Por lo que de conformidad a lo normado en el art. 1078 del Cód. Civil, y en virtud

⁶⁵⁶CSJ Santa Fe, Feruglio de Suligoy, Nancy R. c. Provincia de Santa Fe, 29/12/1993, DJ 1994-2, 50, AR/JUR/2354/1993.

del art. 245 del Cód. Procesal en lo Civil y Comercial -aplicable-, también coincido en estimar el daño moral en \$ 70.000, a la fecha de este decisorio”.

3.20 La cuantificación del daño moral en el Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero.

El Superior Tribunal de Santiago del Estero, como otras Cortes de provincia, admite de forma excepcional a los agravios sobre la cuantificación del daño moral. El mismo Tribunal ha entendido que por tratarse de cuestiones de hecho no se encuentra facultado para revisar esas cuestiones, a menos que se presenten supuestos de arbitrariedad o absurdo⁶⁵⁷. Al respecto, ha explicado que “teniendo en cuenta además que lo concerniente al monto indemnizatorio establecido por los jueces reviste un carácter fáctico, y es el resultado del análisis probatorio, en principio y como regla general, dicha cuestión es materia excluida de la competencia de excepción que acuerda a esta Sala abrir la vía del recurso de casación, por encontrarse íntimamente vinculado su determinación a la valoración de las pruebas, que las partes arriman al proceso, por parte de los Jueces y Tribunales de Grado. Que la excepción a la regla antes establecida, radica en el hecho de que el casacionista alegue y pruebe que las sentencias de instancias inferiores hayan sido valoradas de un modo absurdo, para llegar a la determinación resultante. Que se configura el absurdo cuando lo resuelto escapa a las leyes lógicas formales y las transgrede, o es impensable o inconcebible y no puede ser de ninguna manera, por haber quedado al margen de las reglas del raciocinio”⁶⁵⁸.

Cuando este alto Tribunal ha fijado la indemnización del daño moral, no ha hecho más que determinar una cifra según su entender, apelando a la sola discrecionalidad del ministro. Como ejemplo de la argumentación empleada en la sentencia, puede darse el siguiente

⁶⁵⁷ STJ Santiago del Estero, "Ruiz Héctor y Otros c/ Bunge y Born s/ Daños y Perjuicios Casación", Expte. N° 12.729 Año 1995, 01/04/98.

⁶⁵⁸STJ Santiago del Estero, Garnica Juan B. c/ Córdoba Segundo y Otros s/ Cobro de Pesos por Indemnización de Daños y Perjuicios Casación, Expte. N° 14.752 Año 2002, 28/06/2005.

caso: “Consecuentemente y siendo que los jueces gozan de un amplio margen para efectuar la estimación pecuniaria del daño moral, el monto debe determinarse con suma prudencia y dentro del mayor grado de equidad, por lo cual se fija en el presente caso la suma de pesos ocho mil (\$ 8.000)”⁶⁵⁹. Esta metodología se ha encontrado en otros fallos que trataron cuestiones semejantes –contenciosos administrativos laborales-660.

De la investigación efectuada, puede concluirse que la situación jurisprudencial en la provincia de Santiago del Estero no es la óptima, puesto que no se utiliza ningún método de cuantificación del daño moral que sea avalado hoy en nuestro país. Sin dudas, no favorece a la seguridad jurídica y a la certidumbre que esperan los justiciables de la Justicia.

Es importante sentar criterio para que los operadores jurídicos estén en condiciones de demandar correctamente y de estimar el resultado del pleito. Basta con un fallo para mejorar en el sentido que creemos correcto.

3.21 La cuantificación del daño moral en el Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, Antártida e islas del Atlántico sur.

En principio, “la cuantificación de la indemnización constituye materia de hecho y prueba ajena como tal a la instancia extraordinaria”⁶⁶¹. Por ello, la procedencia de la casación ante esta Corte provincial está limitada a casos donde haya desproporción injustificada entre el monto indemnizatorio fijado en instancias inferiores y los hechos de la causa, según la razonable relación que debe guardar todo monto con los valores establecidos en el ámbito

⁶⁵⁹ STJ Santiago del Estero, Vidarte, Eduardo Daniel c/ Gobierno de la Provincia s/ Recurso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción, Expte. N° 11.111 - Año 1.990, 16/09/2005.

⁶⁶⁰ Voto de la minoría en: STJ Santiago del Estero, Zanni Claudio Ernesto c/ Gobierno de la Provincia de Santiago del Estero s/ Recurso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción, Expte. N° 13.717 - Año 1998, 05/08/2008.

⁶⁶¹ STJ Tierra del Fuego, A e I. A.S., Secretaría de Recursos del Superior Tribunal, Trejo, Luis Alberto y otro c/ Australtex S.A y otro s/ Daños y Perjuicios, causa: 01540/11, 08/02/2012.

judicial⁶⁶². Este aspecto debe ser conocido por todo litigante de la Provincia, a los fines de impugnar las sumas por altas o por bajas ante el máximo cuerpo judicial local.

El Superior Tribunal de Justicia que estudiamos, sobre la indemnización por daño moral, tiene expresado: que ante la falta de parámetros concretos para su medición, queda librado “al correcto arbitrio de los jueces al momento de contemplar la carga espiritual y padecimientos de la víctima”⁶⁶³. En la misma sentencia, se aclara que este arbitrio judicial no puede ser cualquiera; pues se pone de manifiesto que “sólo cabe a los jueces sujetarse a parámetros basados en la realidad tribunalicia para la cuantificación del daño pero principalmente sujetándose a los dictados del sentido común para esclarecer su procedencia”.

En otro caso, en el que se siguió el mismo criterio, se extrajo como conclusión que “la cuantía indemnizatoria por daño moral debe guardar proporción con los criterios de traducción dineraria resueltos en casos análogos, debiéndose evitar que la reparación de daños de esta naturaleza se convierta en una fuente de injustificado despegue económico”⁶⁶⁴. En este último caso citado, se desplegó un análisis de resoluciones judiciales de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la ciudad de Buenos Aires para casos semejantes. Tras su consideración y análisis los ministros consideraron apropiado fijar la

⁶⁶² STJ Tierra del Fuego, A e I. A.S., Secretaría de Recursos del Superior Tribunal, Blanchard Alejandro c/ CEMEP y/o González Leonardo s/ Daños y Perjuicios s/ Recurso de Queja, causa: 00893/05, 10/05/2006; Bazan, Hernan Federico c/ Pcia. de Tierra del Fuego (Secretaría de Seguridad) s/ Contencioso s/ Recurso de Queja, causa: 01036/07,25/10/2007; Silva Bustamante, Erica c/ Saldivia, Jorge Anibal y otro s/ Daños y Perjuicios – Ordinario, causa: 01061/07, 22/08/2008; Rossomando, Viviana y otros c/ Betanzo Basconcel, Carla Itatí y otra s/ Daños y Perjuicios, causa: 01115/08, 04/03/ 2009.

⁶⁶³ STJ Tierra del Fuego, A e I. A.S., Secretaría de Recursos del Superior Tribunal, Rossomando, Viviana y otros c/ Betanzo Basconcel, Carla Itatí y otra s/ Daños y Perjuicios, causa: 01115/08, 04/03/ 2009.

⁶⁶⁴STJ Tierra del Fuego, A e I. A.S., Secretaría de Recursos del Superior Tribunal, Silva Bustamante, Erica c/ Saldivia, Jorge Anibal y otro s/ Daños y Perjuicios – Ordinario, causa: 01061/07, 22/08/2008. El mismo criterio viene siendo sostenido desde 2004. *Cfr. Estrada Clider y Navarro Fabio Amikar c/ Sanatorio San Jorge S.R.L. y Cortiglia Bosch Cecilia T. s/ Ordinario, causa: 714/04, 15/10/2004; Sardi, Antonio Angel c/ Bco Santa Cruz s/ Daños y Perjuicios s/ Recurso de Queja, causa: 00765/04, 03/02/2005.*

reparación del caso en la suma de \$120.000 – en favor de una madre por fallecimiento de su hijo, de 25 años de edad, causado por un policía de la provincia-.

De lo expuesto, queda patente que este STJ ha tomado posición en el problema de la cuantificación del daño moral, pronunciándose en favor de un método, pasible de críticas, sí, pero beneficioso por la ventajas que implica para el orden y la seguridad jurídica. Es mejor el uso de un método que la renuncia a su empleo a través de la sola discrecionalidad.

3.22 La cuantificación del daño moral en la Suprema Corte de Justicia de Tucumán.

La Suprema Corte de Justicia de Tucumán, como tribunal de casación, tiene por doctrina legal que no procede su intervención extraordinaria por agravios acerca del daño moral, salvo arbitrariedad⁶⁶⁵. En este aspecto, no se aparta del criterio sostenido por otros máximos tribunales provinciales y la CSJN. Por ende, quien

⁶⁶⁵ “Esta Corte ha sostenido que la cuantificación del daño moral constituye una cuestión de hecho, en tanto la indemnización correspondiente se determina conforme a los presupuestos fácticos del litigio; y que como principio, resulta ajeno al recurso de casación, salvo el supuesto de manifiesta arbitrariedad o absurdo. Sobre el particular, este Tribunal ha considerado que no corresponde confundir el reconocimiento de la procedencia del derecho a reclamar una indemnización en concepto del daño moral, de todo aquello que se vincula con la determinación de su cuantía; extremo este último, que depende de las particularidades fácticas del caso en cuestión. Al estar fundado el monto indemnizatorio según las reglas de la lógica y conforme a las circunstancias de hecho de la litis, la apertura del remedio intentado sólo luce justificada si el recurrente demuestra que el quantum indemnizatorio fijado por el tribunal de grado se exhibe como manifiestamente absurdo, arbitrario o apartado de la realidad. Ello así, en tanto la simple discrepancia respecto de su cuantía escapa a la revisión en esta instancia extraordinaria local”. Cfr. CSJTuc., sentencia N° 814, “Gianserra, Marino Alejandro vs. Honorable Concejo Deliberante de la Municipalidad de San Miguel de Tucumán s/ Nulidad de resolución”, del 23/10/2003; sentencia N° 850, “Dipp, Fátima Lucía vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ Indemnización”, del 04/11/2003; sentencia N° 202 del 30/3/2001, “Ocampo, Ernesto Vicente vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ Daños y perjuicios”; sentencia N° 909 “Filippini, Víctor Hugo vs. Amas, Leonardo Oscar y otro s/ Daños y perjuicios”, del 26/10/01; sentencia N° 914, “Herrera de Tapia, Liliana y otros vs. Argañaraz Juan Carlos y otros s/ Daños y perjuicios”, del 29/10/2001. Fallos citados en la causa: “Butí, Fernando Emilio vs. Bercovich S.A.C.I.F.I.A. s/ Daños y perjuicios”, sentencia 374 del 14 de Mayo de 2007.

plante un recurso ante este alto Tribunal, debe acreditar la irrazonabilidad de la indemnización determinada por la Cámara.

Para determinar el monto de la indemnización del daño moral, la CSJT, en 2008, dijo que “los jueces deben brindar parámetros objetivos que justifiquen el criterio adoptado, como por ejemplo, la entidad del perjuicio sufrido por la víctima, su situación personal y las particularidades del caso que emergen de la prueba arrimada (edad a la víctima, sexo, condición social, particular grado de sensibilidad, índole de las lesiones sufridas, pluralidad de intereses lesionados, la incidencia del tiempo, la repercusión del hecho, etc.)”. En el mismo precedente, se indicó que la situación patrimonial de la víctima, más precisamente el nivel de ingresos, es también un parámetro computable para la fijación de la indemnización⁶⁶⁶. Posteriormente, se indicó que esta última pauta no podría ser la única a tenerse en cuenta; por resultar “extraña a la naturaleza y contenido del perjuicio que se pretende resarcir”, siendo injustificada una indemnización así calculada⁶⁶⁷.

En 2010, la Corte trató la cuantificación del daño moral y se dividieron los ministros en dos criterios: 1) La mayoría adhirió a una fórmula aritmética; y 2) la minoría prefirió acudir al valor de los precedentes jurisprudenciales y fijar un valor actualizado⁶⁶⁸.

La mayoría, en el mencionado fallo sostuvo: “Para cuantificar el daño moral propongo partir de la edad de la víctima al momento del deceso (26 años), para determinar los años de vida útil restante hasta los 65 años de edad jubilatoria masculina (39 años de vida útil). Ello debe multiplicarse por el total de las remuneraciones anuales calculada sobre la base del haber de la categoría del actor de “auxiliar especializado “B” del CCT 130/75 a valores actuales (\$1.756,01 x 13 meses x 39 años de vida útil). De ese importe se deberá establecer el 10

⁶⁶⁶ SCJ Tucumán, “Leguina de Gordillo María Isabel vs. Brizuela de Madrid Elena Graciela y otros s/ Especiales (Residual)”, Sentencia N°: 331, 14/05/2008.

⁶⁶⁷ SCJ Tucumán, Sentencia N°: 285, 24/04/2012.

⁶⁶⁸ SCJ Tucumán, Sentencia N°: 148, 24/08/2010.

% en concepto de daño moral”.Se propuso, en consecuencia, indemnizar a la actora en \$89.000.

La minoría se expresó de esta forma: “estimo razonable fijar la suma de \$100.000 (Pesos Cien Mil) en concepto de daño moral, tomándose en cuenta asimismo los parámetros fijados por nuestra jurisprudencia. Dicho monto se fija en valores actualizados a la fecha de la sentencia, soportados en forma solidaria por las demandadas”.

Como conclusión del estudio de la jurisprudencia tucumana, podemos sostener que no está resuelto cómo debe cuantificarse el daño moral. Uno de los criterios afirmados, el de 2008, no hace más que dar pautas genéricas que no permiten determinar cifras en concreto. El criterio seguido por la mayoría en 2010 no tiene defensores en la doctrina, ni tiene verdadera vinculación con el daño moral (parece más una pérdida de chance económica). Finalmente, el criterio de la cuantificación judicial indicativa, que sí tiene múltiples adeptos en la doctrina y jurisprudencia, no goza de la preferencia de la mayoría.

En definitiva, la cuantificación del daño moral en esta provincia, de notables juristas, sigue siendo una materia pendiente, hasta que la Suprema Corte marque las pautas que alineen a los Juzgados inferiores⁶⁶⁹.

4. La cuantificación del daño moral en el Superior Tribunal de Justicia de la C.A.B.A.

El recurso extraordinario local en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires tiene la misma aplicación restrictiva que en las Cortes Provinciales, en lo atinente a la cuantificación del daño moral. Para su procedencia no basta con justificar los agravios en base a la

⁶⁶⁹ Para profundizar el estudio del daño moral en Tucumán, puede consultarse la obra de Guillermo Ávila Carvajal, titulada *El daño moral en la jurisprudencia de Tucumán*, publicada en L.L., NOA, 2010 (mayo), págs. 303 y ss.

discrepancia con la sentencia⁶⁷⁰; aún más que eso, se debe acreditar la arbitrariedad que hace injustificable a la sentencia como acto jurisdiccional válido, puesto que las “cuestiones de hecho y prueba — por su naturaleza resultan ajenas, por regla, al ámbito del recurso extraordinario local—”. Además, debe tenerse en cuenta el carácter limitado que tiene la doctrina de la arbitrariedad que “es estricta en su aplicación pues no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se consideran tales sino, únicamente, aquellos casos en los que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo impidan considerar el pronunciamiento cuestionado como la ‘sentencia fundada en ley’ a que hacen referencia los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional (doctrina de Fallos: 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros; aplicable mutatis mutandi al recurso de inconstitucionalidad local)”⁶⁷¹.

Para cuantificar el daño moral —específicamente, el fallo trató sobre daño moral colectivo- el STJ dijo que no se pueden enunciar pautas excesivamente latas, sino que se debe sopesar las consecuencias del hecho dañoso “a partir de las circunstancias del caso que condicionan la apreciación de la existencia y entidad del perjuicio invocado”. El juez al “fundar su sentencia para establecer una condena equitativa, es decir, acorde a la entidad de ese detrimento, medido a partir de la prudente apreciación objetiva del daño generado por el suceso que se encuentra bajo juzgamiento y su repercusión en la esfera social, de acuerdo a los elementos de prueba obrantes en el expediente y aquellos otros que puedan recabarse, todo ello en un marco que —además— permita el adecuado ejercicio del derecho de defensa de las partes en litigio”⁶⁷².

⁶⁷⁰STJ C.A.B.A., Araoz, Tránsito Mercedes c. GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica), 25/04/2012, La Ley Online AR/JUR/15143/2012.

⁶⁷¹ STJ C.A.B.A., P., M. P. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, 17/09/2013, LLCABA 2013 (diciembre), 637, La Ley Online AR/JUR/64182/2013.

⁶⁷² STJ C.A.B.A., Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. G.C.B.A., 16/03/2011, La Ley Online AR/JUR/11351/2011. El caso trató sobre la destrucción de una vivienda que perteneció a un antiguo poblador del barrio porteño de Flores, para construir un edificio sujeto a propiedad horizontal, siendo que el inmueble, por su valor histórico, estaba en

5. La cuantificación del daño moral en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Las Cámara Nacional en lo Civil cuenta con una base de datos online donde consultar los montos de sus sentencias, en los rubros resarcitorios de daño moral, lesiones y valor vida: <http://consultas.pjn.gov.ar/cuantificacion/civil/>

En esa página web se pueden buscar los montos indemnizatorios del daño moral actualizados a 2013673. Con ellos, se podría tener una referencia concreta de las sumas que podrían esperarse de una sentencia de ese organismo. No obstante ello, los montos sufrirán la depreciación por inflación, devaluación y otros problemas de la economía. Además, en ciertos tipos de hechos, se los nota congelados por años. Por ejemplo, si se buscan los montos de daño moral por registración de situaciones de mora en registros crediticios (con la búsqueda “entidades financieras”), se puede ver que se indemniza aproximadamente con \$10.000 a casos sentenciado en 2003674y en 2010675; incluso, en 2013 –tras diez años de depreciación de la moneda- se han asignado solo \$15.000 a indemnizar tan grave hecho, como es tratar de deudor moroso a quien no lo merece676.

situación jurídica de protección. El juez de primera instancia condenó *per cápita* al GCBA y a la empresa constructora al pago de \$1.000.000. El dinero sería destinado a la protección y promoción de los bienes culturales. La Cámara bajó las indemnizaciones a la mitad. El STJ revocó los montos de la Cámara y ordenó dictar nueva sentencia al respecto, haciendo uso del reenvío.

⁶⁷³ Para conocer más acerca de la base jurisprudencia y su utilidad: De los Santos, Mabel Alicia; *Base jurisprudencial para la cuantificación del daño*, La Ley 29/08/2012, 29/08/2012, 1 – La Ley, tº 2012-E, págs. 841 y ss.

⁶⁷⁴ CNCiv., Sala E, Kubica, Andrea Beatriz c/ FRAVEGA S.A. y otros, Expte.Nº 371163, 22/5/2003.

⁶⁷⁵ CNCiv., Sala D, Perry Elicabe, Alejandro German c/ Banco Bansud y otro, Expte. Nº 534383, 7/9/2010.

⁶⁷⁶ CNCiv. Sala I, Bertana, Walter Luis c/ Bank Boston NA, Expte. Nº615998, 15/8/2013. Nos parece digno de destacar en este punto, una crítica que ha puesto en evidencia Marisa López Bravo, puesto que se produce en estos casos, aquello que ella considera importante no hacer: “Si bien es cierto que el Poder Judicial debe usufructuar las ventajas que ofrece la informática y crear bancos de datos conteniendo el quantum de las indemnizaciones anteriormente fijadas por los tribunales y establecer comparaciones delante de los casos similares, tal como lo sostiene la doctrina, debe necesariamente pensarse en los elementos objetivos que sirven de base para las confecciones de esos antecedentes, puesto que sería lamentable que en ellos se evidenciaran montos irrisorios, totalmente desactualizados, aplicables años tras años, a veces por timidez y otras veces por

Hay otro aspecto que debe ser remarcado y que será puesto de manifiesto al ver cómo han cuantificado el daño moral las diferentes salas. Los jueces de esta prestigiosa Institución no expresan cuál ha sido el razonamiento por el que se convencieron de que una determinada cifra es la justa indemnización del daño moral.

Todos los magistrados fallan por prudencia, que en definitiva es lo que les parece a cada uno. Al margen de las argumentaciones que consignen en el fallo, a la hora de resolver todos lo hacen discrecionalmente y ningún juez utiliza la referencia concreta y detallada de los montos de casos equiparables; al menos, eso no está transparentado en la sentencia. Por eso, pareciera que no se está aprovechando las ventajas de la información recabada y de la página que la pública. Cuanto menos, no se hace explícito cómo se lleva a cabo el empleo de los precedentes o cómo se utiliza la base de datos construida.

Si los jueces hacen saber que tienen en cuenta esos montos y cómo los aplican, dotarán a los abogados de mayor posibilidad de conocer el resultado del pleito y a la parte se le permitiría tener una aproximada noción del valor que recibiría a futuro. Por eso, es importante que se sinceren los métodos y el razonamiento, dejándolo bien expuesto en el cuerpo de la sentencia.

A continuación, expondremos los criterios que se han usado en todas las salas en sentencias de 2013, que consideramos la última expresión en el tema que nos ocupa. Además, incluimos la opinión de los distintos magistrados de la sala, para evaluar si hay uniformidad metodológica en los diferentes votos.

5.1 La cuantificación del daño moral en la Sala A.

De una disidencia del Dr. Picasso, se podría pensar que su criterio de cuantificación del daño moral es la prudencia: “Por todas

comodidad”. *Cfr.* López Bravo, Marisa; *El daño moral y la soledad del juez a la hora de su cuantificación*, MJ-DOC-5324-AR | MJD5324.

estas razones, juzgo que corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del Cód. Civil. Por consiguiente, teniendo en cuenta los malestares y angustias que un evento como el de autos pudo haber generado en los progenitores del menor, entiendo procedente el reclamo, por lo cual, teniendo en cuenta lo reclamado en la demanda, considero que debería reconocerse la suma de \$5.000 a favor de J. L. F., y la de \$5.000 a favor de S. B. R., para enjugar este rubro (art. 165 de. CPCCN)”⁶⁷⁷.

Sin embargo, en un fallo contemporáneo al citado expresó el juez una serie de conceptos mucho más ricos y funcionales para cuantificar el daño moral, como lo es la cuantificación de la indemnización del daño moral en consideración de los bienes sustitutivos que pueden adquirirse con el dinero. Al respecto, agregó que: “Es ese el criterio que tendré particularmente en cuenta para evaluar la suma que corresponde fijar en el sub lite en concepto de daño moral, a la luz de las características del hecho generador, su repercusión espiritual en la víctima, y las demás circunstancias del caso”⁶⁷⁸.

A los fines de poder explicar la elección metodológica hecha y su aplicación al caso, adelantamos que el mismo versó sobre un accidente automotor, en el que la actora fue embestida de atrás por un taxi, sufriendo algunos daños físicos y, posteriormente, la pérdida del embarazo que tenía el día del hecho, sin que se le atribuya este efecto al demandado.

La Cámara aumento la indemnización del daño moral de \$12.000, determinados por el juez de primera instancia, a \$ 40.000 que se

⁶⁷⁷ CNCiv., sala A, F., J. L. c. B., J. C. y otros s/ daños y perjuicios, 11/07/2013, AR/JUR/49383/2013. En la especie, la mayoría rechazó el daño moral de los padres, sufrido por la fractura de mandíbula la que padeció su hijo al recibir un golpe realizando prácticas de artes marciales.

⁶⁷⁸ CNCiv., sala A, G., Andrea Patricia c. N., Adrián y otros s/ Daños y Perjuicios, 05/06/2013, La Ley Online AR/JUR/52284/2013. El mismo criterio fue también utilizado en casos anteriores: F., L. E. c. Asociación Mutual de Conductores de automotores s/ daños y perjuicios, 10/04/2013, La Ley Online AR/JUR/15410/2013. En este caso se confirmó el monto fijado por la primera instancia, sin analizarse su aptitud para adquirir bienes y servicios del mercado actual, más bien, acudiendo a la mera prudencia: “Teniendo en cuenta los testimonios que anteceden y las circunstancias personales de la actora, estimo que la suma otorgada en la instancia de grado por este rubro resulta equitativa, por lo que propongo su confirmación”.

fijaron de esta manera: “Sentado lo expuesto, y teniendo en cuenta, además, las secuelas sufridas por la víctima (cervicalgia y psicológicas), su atención en el Hospital Alemán, así como los demás malestares y las angustias que un evento como el de autos pudo haber generado en una persona con las condiciones de la actora (39 años al momento del accidente), entiendo que el importe de la partida reconocida en la sentencia en crisis es exiguo, por lo que propongo a mis colegas que sea elevado a la suma de \$40.000, como lo solicita la actora en sus agravios”.

No vemos que el juez haya hecho evaluación de los bienes y servicios que pueden adquirirse con la indemnización y de su prolongación en el tiempo, según las particularidades del daño moral sufrido y de la víctima. Por ende, no se aplica puramente el criterio que es el elegido por el juez, sino que se considera que es la víctima la que está en las mejores condiciones de determinar la cuantía del daño moral, como ha explicado en juez en otro caso⁶⁷⁹.

Por su parte, el Dr. Molteni, a veces, tiene en cuenta los montos de los precedentes a la hora de indemnizar el daño moral –aunque no menciona cuales-. Como ejemplo podemos citarlo en un actual fallo, donde expresó: “Por tales antecedentes, y de conformidad con pautas trazadas por el Tribunal en precedentes de similar entidad dañosa, estimo adecuado acordarle por este concepto el importe de pesos quince mil (\$ 15.000)”. En el caso, ante esta cuantificación el Dr. Picasso adhirió, diciendo: “Aclarado ello, y dado que los importes que propone el Dr. Molteni para enjugar este rubro lucen equitativos, votaré con él también en este aspecto”⁶⁸⁰. En otras oportunidades, la fijación del daño moral ha sido hecha directamente por prudencia⁶⁸¹.

Por último, el Dr. Li Rossi, acude a la prudencia para fijar el monto resarcitorio del daño moral: “En cuanto a los hijos del Sr.

⁶⁷⁹CNCiv, sala H, F., T. P. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ daños y perjuicios, 15/10/2013, La Ley Online AR/JUR/86532/2013.

⁶⁸⁰ CNCiv, sala A, Petrillo, José Luis c. Repetto, Oscar Osvaldo y otro s/daños y perjuicios, 11/04/2013, La Ley Online AR/JUR/15411/2013.

⁶⁸¹CNCiv, sala A, Martínez Pandiani, Jorge Adrián c. Sauerlaender, Ernesto Miguel y otros s/daños y perjuicios, 29/10/2012, La Ley Online AR/JUR/57595/2012.

Picasso, entiendo que la situación descripta basta para revertir la decisión adoptada en el pronunciamiento apelado y, en consecuencia, teniendo en cuenta lo analizado en el considerando precedente, en esta difícil tarea de justipreciar el inmenso dolor que pudieron atravesar los actores —menores de edad a la época del accidente de su padre—, estimo que la suma de pesos treinta mil (\$ 30.000) para cada uno resulta equitativa”⁶⁸².

5.2 La cuantificación del daño moral en la Sala B.

Recientemente, el Dr. Díaz Solimine cuantificó el daño moral efectuando la siguiente valoración previa de la causa: “Es cierto que si quien inicia la demanda no ha podido demostrar todos los daños aludidos, sin perjuicio de ello y toda vez que la cuantía de la indemnización por daño moral se mide teniendo en cuenta otros parámetros, cabe tener presente que el accidente genera en una persona como la actora, una impresión tal que debe conmover su tranquilidad espiritual. Ello sumado a lo que surge de la historia clínica de fs. 35/60 como también de lo indicado por el informe pericial médico, que dan cuenta de las circunstancias vividas por aquélla y su estado general de salud, teniendo en cuenta que el análisis se centra en determinar sus circunstancias de vida y en qué medida el accidente pudo afectarla para poder fijar una indemnización justa y equitativa”.

Acto seguido, el juez pasó a establecer el monto que luego sería también propiciado por los demás miembros de la sala. La fijación del monto fue en base a prudencia, sin que se trasluzcan los fundamentos intelectuales del magistrado y sin que hubiera una correlación entre lo valorado como central en el párrafo ya citado y la suma de dinero asignada. En palabras textuales, el juez dijo: “Por todo ello, propongo al acuerdo incrementar el monto reconocido en la instancia de grado

⁶⁸²CNCiv, sala A, Beltrán, Norberto Aparicio y otro c. Anigstein Alberto s/daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte), 17/12/2012, La Ley Online AR/JUR/78024/2012.

por este concepto a la suma de \$ 35.000 (arts. 1078 del Código Civil, arts. 163 inc 5) y 386 del CPCCN)”683.

No obstante la argumentación transcrita, en otra sentencia del mismo día el juez confirmó la sentencia inferior porque el monto del daño moral se ajustaba a los montos que usualmente manda a pagar esa sala684.

En otra sentencia del mismo día, el Dr. Ramos Feijoo en base a prudencia estimo adecuada la cuantificación del daño moral hecha por el juez de primera instancia685 y de igual manera actuó el Dr. Mizhari en un muy reciente caso686.

5.3 La cuantificación del daño moral en la sala C.

El Dr. Álvarez Juliá cuantifica el daño moral en base a prudencia y, sobre su elección metodológica, nos explica que: “en mi entender, "paliar" no puede ser entendido como justipreciar, porque el rubro "sub examine", dado su falta de objetividad —como otros rubros que pueden devenir en medios de prueba concretos— determina que el "quantum", deba quedar librado al prudente arbitrio del órgano jurisdiccional. Y éste, al establecerlo, no puede ni crear un enriquecimiento sin causa, ni tampoco fijar una cuantía tan menguada, que ningún efecto tenga con respecto a la parte responsable”. En el caso citado, cuantificó en \$5000 el daño moral de una criatura de un

⁶⁸³CNCiv, sala B, Almaras Carolina Paola c/ UGOFE S.A. y otro s/daños y perjuicios (acc.tran. c/les. o muerte), Expte. CIV 019174/2008, 15/11/2013. En honor a la verdad, las críticas que deslizamos aquí son extensibles a la mayoría de las sentencias del país, salvo en los casos donde los jueces han optado por un verdadero método de cuantificación de la indemnización del daño moral.

⁶⁸⁴CNCiv, sala B, “ESTECHA, María del Carmen c/PIQUE COVONE, Fernando Bruno y ots. s/Ds. y Ps.”, Expte.CIV 084162/2006, 15/11/2013.

⁶⁸⁵ CNCiv, sala B, “Medina, Evelina Anabel y otro c/ La Cabaña S.A. y otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/ les. o muerte)”, Expte. CIV 098978/2008, 15/12/2013.

⁶⁸⁶ CNCiv, sala B, “Konig, Germán Albino c/Bondanza, Juan carlos s/ daños y perjuicios”, Expte. CIV 011983/2008, 09/12/13.

mes de edad que protagonizó con su familia un accidente, en el que no sufrió lesiones”⁶⁸⁷.

Otro vocal, el Dr. Díaz Solimine, comparte la posición y adhiere a la cuantificación del daño moral por medio de la apreciación judicial. En un fallo, en el que fue juez preopinante, al respecto supo decir que “En este tipo de perjuicio extrapatrimonial no existe pauta rígida alguna de índole objetiva para su determinación, de modo que queda ello librado a la prudente estimación judicial, que debe fijarse según las características del evento dañoso, las consecuencias físicas que éste produjo, la índole de los tratamientos y la incidencia que ello produjera en el fuero íntimo del damnificado (conf. esta Sala, “Cacciatore, C. A. c/ Ardisana, A.A. s/ Daños y perjuicios, L. 556.550, entre otros)”.

A la hora de asignar un monto para la indemnización del daño moral, dado que el actor se había agraviado por la escases que representaba la suma de \$20.000, el juez propuso la suma de \$40.000 que fue acogida por los demás camaristas. La argumentación del importe partió del cotejo del valor determinado en la primera instancia y luego, directamente, se expresó otra cifra que representaba el doble de la anterior: “considero que la misma resulta escasa por lo cual propongo al acuerdo elevar la misma hasta la suma de \$ 40.000”⁶⁸⁸.

La Dra. Cortelezzi también expresa los argumentos que utilizara el vocal anterior, que son doctrina en la sala. Y, también, acude a su parecer particular a la hora de fijar el monto de la indemnización del daño moral o de confirmar la suma calculada por el juez inferior⁶⁸⁹.

⁶⁸⁷ CNCiv, sala C, Guirín, Sandra Noemí y otro c. Miroomnibus Primera Junta S.A. y otros s/ daños y perjuicios, 05/09/2012, La Ley Online AR/JUR/62250/2012.

⁶⁸⁸ CNCiv, sala C, Novelli Aldo Aníbal c/ Brunet Gabriel Eduardo y otro s/ daños y perjuicios, Expte.Nº 3.461/07, 27/11/2013.

⁶⁸⁹ CNCiv, sala C, Pérez, German Luis c/ La vecinal de la matanza SACI de microomnibus y otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/ les. o muerte), Expte. Nº 114.046/2008, 17/10/2013.

5.4 La cuantificación del daño moral en la sala D.

En esta sala, al tratar la cuantificación del daño moral, aun en casos en que se confirma la sentencia de grado, se acude a la prudencia. Como ejemplo de ello, el Dr. Sánchez ha expresado su acuerdo con sumas fijadas por el a quo por ser razonables y prudentes: “Tomando en cuenta las pautas antes señaladas, y a la luz de las constancias de autos, tratando de dimensionar los padecimientos sufridos por los actores como derivación del siniestro objeto de estas actuaciones, en las circunstancias y con las consecuencias ya referidas, considero que el monto reconocido a favor de cada uno de ellos resulta razonable, y prudentemente establecido por la juzgadora conforme a la facultad conferida por el artículo 165 del CPCC. Por lo tanto voto por su confirmación, desestimando los agravios”⁶⁹⁰. Las otras dos juezas de la sala adhirieron a la solución propuesta.

5.5 La cuantificación del daño moral en la sala E.

En la sala E, el Dr. Calatayud fijó, por prudencia, en \$25.000 la indemnización de un cónyuge - también declarado culpable del divorcio- por el daño moral sufrido al ser víctima de injurias por parte de su esposa, que se mostraba con hombres y viajó al exterior con uno de ellos durante el matrimonio con el demandante. La argumentación del juez fue la que sigue: “En definitiva, voto para que se modifique la sentencia de fs. 1230/1247 únicamente en lo que atañe al daño moral reclamado por el actor, el que deberá ser declarado procedente y fijarlo en la suma de \$25.000, con costas en un 75% a cargo de la demandada y en el 25% restante a cargo del actor (art. 71 del Código Procesal)”⁶⁹¹.

De la misma forma, en otro caso, el juez cuantificó el daño moral según su mejor criterio, diciendo: “A la luz de tales principios, habida

⁶⁹⁰ CNCiv, sala D, Ramos, Isabel Margarita y otros c/ LÍNEA 216 DE TRANSPORTE S.A. y otros s/ daños y perjuicios, Expte. N° 84.662/2009, 31/10/2013.

⁶⁹¹ Camocim., sala E, G., J. I. c. A., M. L., 03/12/2012, La Ley Online AR/JUR/70595/2012.

cuenta las particularidades que he puesto de relieve y las destacadas por el señor juez en su pronunciamiento, estimo equitativo propiciar se fije en concepto de daño moral la suma de \$10.000, que me parece justa y adecuada (art. 165 del Código Procesal)”.

También, por prudencia, el Dr. Racimo elevó conforme una indemnización de \$7000, fijada en primera instancia, en favor de una niña que cayó de un colectivo. La cuantificación del daño moral se hizo así: “Dadas estas circunstancias estimo pertinente, en consecuencia, elevar la indemnización a la suma de \$ 15.000”⁶⁹².

En un voto, el Dr. Dupuis nos enseña que esa sala tiene dicho en numerosos precedentes, respecto al daño moral, que “a los fines de su fijación deben ponderarse diversos factores, entre los que merecen señalarse la gravedad de la culpa del autor del hecho, la existencia de perjuicios materiales, las condiciones personales de aquél y de la víctima, etc. quedando también todos ellos librados al prudente arbitrio judicial (conforme causas n° 43.169 del 18-4-89; 81.134 del 24-12-90 y 81.236 del 25-4-91; Sala "B", E.D.57-455; Sala "D", E.D. 43-740; Sala "F", E.D. 46-564; etc.)”. En el caso, resolvió la cuantificación del daño moral de la forma siguiente: “En base a tales pautas, el sufrimiento que debió soportar a raíz del accidente, el hecho de que fuera llevado al hospital de Pacheco (ver historia clínica de fs. 213/237), donde permaneció internado e intervenido quirúrgicamente a las 48 hs. del accidente, sin apoyo durante tres meses y con una rehabilitación kinesiológica por seis meses, colocándosele un clavo de Rush; tiempo de recuperación; las secuelas a que aludió el experto, en particular el daño estético, la angustia e intranquilidad que debió soportar y demás circunstancias de autos, de todo lo cual da cuenta la prueba producida, es que habré de propiciar que se fije la indemnización en la suma de \$ 30.000, que a mi juicio resulta equitativa (art. 165 citado)”⁶⁹³.

⁶⁹² CNCiv, sala E, Zarza, Guillermo c. Nuevo Ideal S.A. (Línea 620 Int. 610) y otros s/ daños y perjuicios, 27/12/2012, La Ley Online AR/JUR/81281/2012.

⁶⁹³ CNCiv, sala E, Ceballos, Javier Hernán y otros c. Ferreira, Diego Rafael y otros, 18/04/2012, La Ley Online AR/JUR/13069/2012. El caso trató sobre los daños y perjuicios que

5.6 *La cuantificación del daño moral en la sala F.*

Por la muerte de un hombre en un accidente automotor, esta sala acudiendo a la prudencia fijó la indemnización del daño moral sufrido por la concubina en \$250.000, el de los hijos menores en \$100.000 y el de la madre en \$ 80.000694.

El voto del Dr. Zannoni, que fue compartido por sus colegas de sala, tuvo tres determinaciones del daño moral. La primera para la concubina del fallecido: “Por lo expuesto propongo se revoque esta parte de la sentencia, se declare inconstitucional el art. 1078 del Cód. Civil en cuanto limita el elenco de los damnificados indirectos para reclamar el resarcimiento del daño moral y se fije una indemnización en su favor por ese concepto en la suma de \$250.000”; la segunda para los hijos: “En el caso de los hijos de corta edad, como es el caso, la pérdida abrupta del padre constituye un acontecimiento emocionalmente perturbador que les ha de privar de un modelo de vida y una guía en su formación integral. Entiendo en tal sentido que corresponde acoger el agravio de la Señora Asesora de Menores de Cámara y elevar la indemnización para resarcir el daño moral a la suma de \$100.000 para cada uno de los hijos”; finalmente, se determinó el daño moral de la madre de la víctima: “Por lo expuesto voto por revocar esta parte del fallo y acoger la pretensión, fijando la suma de \$80.000 como resarcimiento del daño moral en favor de M. L. F.”. De forma similar, el prestigioso juez y jurista fijó en \$30.000 la indemnización del daño moral sufrido por la hermana de una mujer violada y asesinada por personal de limpieza contratado por el Club Gimnasia y Esgrima695.

sufrió un menor que por un accidente se vio afectado en un 25% de su capacidad física y entre un 10% y el 25% de su capacidad psíquica.+

⁶⁹⁴ CNCiv, sala F, F., V. C. c. O., A. M. y otro s/ daños y perjuicios, 11/06/2013, La Ley Online AR/JUR/40937/2013.

⁶⁹⁵CNCiv, sala F, G., M. A. c. Club Gimnasia y Esgrima s/incidente civil, 11/06/2012, La ley Online AR/JUR/32147/2012. En el caso, se declaró la inconstitucionalidad del artículo 1.078 del Código Civil, y se hizo lugar a la indemnización del daño moral sufrido por la hermana de la víctima directa, pese a no ser heredera forzosa.

También en base a prudencia, el Dr. Galmarini confirmó la suma de \$25.000 en favor de quien fue incorporada, sin su consentimiento, a una página de contenido erótico y recibió comunicaciones de tinte pornográfico de parte de usuarios de la misma.

La argumentación de la confirmación de la sentencia del juez de primera instancia, en lo inherente al daño moral, se transcribe a continuación: “Atento a ello, teniendo en cuenta la índole de los hechos en que se funda la responsabilidad atribuida al demandado y las características personales de la actora, considero que la cantidad de \$ 25.000 fijada por la magistrada para resarcir el rubro en análisis resulta adecuada por lo que propongo su confirmación”⁶⁹⁶.

5.7 La cuantificación del daño moral en la sala G.

En un caso resuelto en marzo de 2013, el Dr. Carranza Casares mencionó que “Este tribunal ha recordado que la determinación de este daño no se halla sujeta a parámetros objetivos, pues las aflicciones se producen en el ámbito espiritual de la víctima, por lo que su valoración debe efectuarse según la cautelosa discrecionalidad del juzgador ceñido a considerar la situación personal de aquella (cf. arts. 163, inc. 5º, 165, 386, 456, 477 y cc. del Código Procesal; arts. 1078, 1083 y cc. del Código Civil; C.N.Civ., esta sala, L. 488.078, del 6/11/07 y sus citas)”⁶⁹⁷.

En efecto, resolvió el caso acudiendo a la prudencia del juez, al argumentar que: “Por todo lo dicho, sin dejar de advertir la dificultosa valoración de esta partida bajo tales premisas, reparando en las condiciones personales y sociales de la víctima fallecida ya reseñadas, del viudo con años 49 años de casados y los descendientes, todos mayores de edad [...] estimo prudente otorgar \$ 55.000 al marido de

⁶⁹⁶CNCiv, sala F, P., M. M. c. Oliva, Christian Paulo, 21/08/2012, La Ley Online AR/JUR/44830/2012.

⁶⁹⁷CNCiv, sala G, Cáceres, Eustacio y otros c. Leguizamón, José y otro s/ daños y perjuicios, 20/03/2013, La Ley Online AR/JUR/4216/2013. Esta doctrina de la sala, también es recordada por la Dra. Areán en autos: Olivera, Gladis Graciela c. Transporte Sur Nor C.I.S.A. y otros s/ daños y perjuicios, 13/03/2013, AR/JUR/4279/2013.

la víctima, otro tanto a Gustavo Ramón Cáceres y \$ 40.000 a cada uno de los hijos”⁶⁹⁸.

De similar forma, en base a prudencia, fija la indemnización el Dr. Balucci, quien lo ha hecho expresando que: “Si bien resulta harto dificultoso medir en argento la presura derivada del hecho relatado y demostrado, en función de su entidad decididamente frustrante y con evidente menoscabo de la ilusión de una paternidad deseada, en el marco de la doctrina plenaria citada por la colega de mérito, aprecio escaso el monto adjudicado como "dedada de miel" y, a tenor de sus particularidades, barrunto como razonable el de pesos quince mil (\$ 15.000) en el entendimiento que representa un sucedáneo de goce que, si bien lejos está de suplir la aflicción derivada de la ruptura del proyecto de vida elegido y la posibilidad de la realización como padre también, empero reputo condigna sanción al hecho configurativo de aquella causal en que corresponde coincidir con la viabilidad de la contra demanda hecha valer.- (arts. 163, 165, 303, 356, 377, 386, 396, 403 y cc. de la ley adjetiva)”⁶⁹⁹.

5.8 La cuantificación del daño moral en la sala H.

En un fallo de octubre de 2010, el Dr. Picasso –que no es miembro permanente de la sala- expuso dos cuestiones de importancia para la cuantificación del daño moral. La primera de ella es que adhiere a la cuantificación de la indemnización del daño moral a través de la ponderación de las satisfacciones que puede adquirirse con ese dinero. La segunda cuestión relevante es la opinión del juez: es la víctima quien está en mejores condiciones de determinar el

⁶⁹⁸ CNCiv, sala G, Cáceres, Eustacio y otros c. Leguizamón, José y otro s/ daños y perjuicios, 20/03/2013, La Ley Online AR/JUR/4216/2013. De forma muy similar aumentó a \$20.000 la indemnización del daño moral de una persona atropellada en autos: Camejo, Adrián Eduardo c. Aguin, Fernando Gonzalo y otros s/ daños y perjuicios, 17/10/2012, La Ley Online AR/JUR/62149/2012.

⁶⁹⁹ CNCiv, sala G, C., L. M. c. G., P. L. s/divorcio, 25/09/2012, La Ley Online AR/JUR/57676/2012.

monto de la indemnización, este criterio ha sido sostenido en otros casos precedentes por el jurista⁷⁰⁰.

Sin embargo, este criterio se muestra como personal y no corresponde al de la composición original de la sala, puesto que solo dos meses antes los otros dos magistrados de la sala H acudieron a la prudencia para fijar en favor de una modelo la suma de \$80.000 en concepto de indemnización del daño moral causado por los buscadores de internet que pusieron a disposición de los usuarios páginas de contenido pornográfico en el que se utilizaba la imagen e identidad de la actora.

En la sentencia, la argumentación de la indemnización se limitó a un breve párrafo: “En virtud de las consideraciones precedentes y teniendo en cuenta las características de los derechos afectados (imagen, intimidad, honor), en ejercicio de la facultad establecida por el art. 165 del Cód. Procesal, se estima adecuado fijar la indemnización a favor de la actora por Daño Moral en la suma de pesos \$80.000”⁷⁰¹.

En otra sentencia, con el voto de la Dra. Abreut de Begher, se aumentó de \$1000 a \$10.000 la indemnización de una persona a la que se le usurpó la identidad y se extrajo a su nombre una tarjeta shopping con la que se adquirieron bienes, cargando la deuda inexistente para el actor sobre sus hombros, por culpa de la demandada.

En el fallo, la argumentación de la cuantificación del daño moral se limitó a expresar, por mero criterio personal del juez, que: “Más allá de todo lo dicho hasta aquí, toda vez que es clara la intranquilidad y la angustia que generan las situaciones como las presentes y teniendo en cuenta que las sumas deben fijarse a valores actuales, propongo al acuerdo que el monto por esta partida sea elevado a la de \$ 10.000”. De la misma manera se fijaron \$25.000 en favor de una niña, abusada sexualmente por su padre biológico, que no fue diagnosticada y

⁷⁰⁰ CNCiv, sala H, F., T. P. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ daños y perjuicios, 15/10/2013, La Ley Online AR/JUR/86532/2013.

⁷⁰¹CNCiv, sala H, Arias, María Ana Gabriela c. Yahoo de Argentina S.R.L y otros s/ amparo, 28/08/2013, La Ley Online AR/JUR/58033/2013.

tratada correctamente por su psicóloga y \$360.000 por el daño moral sufrido por un hijo a causa de la muerte de su padre en un accidente (Que finalmente terminaron siendo \$120.000 por la distribución de la responsabilidad en el hecho)⁷⁰².

5.9 La cuantificación del daño moral en la sala I.

Ante un caso de acusación y querrela penal que finalizó con el sobreseimiento de la actora, la sala expresó cuales eran los aspectos que entendieron relevantes para la valoración del daño moral –fueron cuatro aspectos que enumeramos a continuación-.

Sin embargo, la traducción de los aspectos valorados en dinero se hizo efectuando un salto, en el que no hay correlación alguna entre las magnitudes subjetivas cotejadas y la suma de dinero escogida por mera prudencia.

Los aspectos gravitantes en la argumentación del fallo, en lo tocante al daño moral, fueron: 1) “A su vez, para fijar su monto se hace imprescindible valorar un cúmulo de factores entre los que habrá de considerarse la personalidad del ofendido, la mayor o menor difusión de la calumnia o injuria, el ámbito donde se ha cometido, entre otros”; 2) “El trámite de la querrela promovida no se extendió en el tiempo de manera irrazonable, no se citó al encartado a indagatoria ni se efectuaron diligencias que le generaran situaciones de violencia moral o pusieran de manifiesto ante terceros la existencia de una querrela en su contra”; 3) “No se encuentra acreditado que se hubiera difundido periodísticamente, ni que hubiera tomado estado público generando una elevada exposición de negativas implicancias para el accionante”; y, 4) “Tampoco puede soslayarse que la ruptura de contrato y la conflictiva relación existente acerca de la responsabilidad de cada parte al tiempo de la denuncia (v. carta documento de fs. 31 -en copia-; y el inicio de un proceso arbitral el 9/02/99) pudo llevarlas a efectuar la acusación el 10/11/2004, por lo

⁷⁰²CNCiv, sala H, Versace, Andrea Sandra c. Mussolino, José Humberto y otro s/daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte), 30/05/2012, La Ley Online AR/JUR/26683/2012.

que las particularidades del caso ameritan atemperar el rigorismo en la apreciación de la culpa de la demandada”⁷⁰³.

En nuestra opinión, la culpa de la demandada no debe ser ponderada al meritar el daño, sino al efectuar el juicio de culpabilidad que tiene por existente ese otro elemento de la responsabilidad civil.

En definitiva, tras exponerse los argumentos transcritos, la jueza votante redujo la indemnización del daño moral propiciada por la primera instancia de esta forma: “Por lo expuesto, considero que la suma de \$ 80.000 resulta elevada, y propicio su reducción por aplicación de un prudente arbitrio y particularidades del caso, a \$ 40.000”⁷⁰⁴.

5.10 La cuantificación del daño moral en la sala J.

En un caso de esta sala se redujo la indemnización del daño moral sufrido por la actora de \$45.000 a \$35.000. Esta merma fue propiciada por la Dra. Verón, quien acudiendo a su criterio, dijo: “Por tanto, considerando especialmente la entidad de los daños psicofísicos incapacitantes padecidos por la actora que desarrollara en el anterior acápite, estimo que la indemnización por este concepto debe reducirse y alcanzar la suma de \$35.000 (art. 165 del CPCCN)”⁷⁰⁵.

La Dra. Mattera, en otro caso, señaló que “la determinación de su cuantía queda librada al juzgador más que en cualquier otro rubro y que la fijación del monto no tiene como exigencia guardar proporción con la de los daños materiales. Así, la determinación de su cuantía se encuentra librada al prudente arbitrio judicial, no dependiendo de la existencia o extensión de los perjuicios patrimoniales, pues no media

⁷⁰³ CNCiv, sala I, C. L. M. c. Uno Multimedios S.A. y otros s/ daños y perjuicios, 08/10/2013, La Ley Online AR/JUR/67267/2013.

⁷⁰⁴ CNCiv, sala I, C. L. M. c. Uno Multimedios S.A. y otros s/ daños y perjuicios, 08/10/2013, La Ley Online AR/JUR/67267/2013.

⁷⁰⁵ CNCiv, sala J, Werfel Micaela Victoria c/ Nudo S.A. y otros s/interrupción de prescripción (art. 3.986 C.C), 04/02/14.

interdependencia entre tales rubros en tanto cada uno tiene su propia configuración”.

Por otro lado, en la misma sentencia, para confirmar el fallo de la primera instancia hizo un particular cotejo de los acontecimientos: “Ahora bien, en cuanto a los montos concedidos por el Sr. Juez de grado, resulta el fruto de una prudente estimación teniendo en cuenta las características del lamentable suceso, condiciones personales de la víctima, la edad a la fecha del hecho (26 años) las secuelas de orden físico y psíquico padecidas, en virtud de ello la cuantificación efectuada es ajustada a derecho y a las constancias de autos, por lo que propicio al acuerdo su confirmación. (Art. 165 CPCC)”⁷⁰⁶.

De muy similar manera se ha pronunciado la Dra. Wilde: “en cuanto al rubro, lo considero procedente, y a su monto, teniendo en cuenta las condiciones personales de la víctima, entidad de las lesiones, circunstancias particulares del caso, tiempo de convalecencia, atenciones y tratamientos médicos recibidos, así como los demás dolores y sufrimientos padecidos, lo considero ajustado a derecho y a las constancias de autos, por lo que propicio su confirmación. (Art. 165 CPCC)”⁷⁰⁷.

5.11 La cuantificación del daño moral en la sala K.

La sala K de la CNCiv utiliza la prudencia para la fijación de la indemnización del daño moral. Se pueden citar múltiples ejemplos de casos actuales con los que se justifica lo afirmado, por ejemplo:

a) Por el daño moral sufrido por una persona que no fue reconocido temporáneamente ni voluntariamente se fijó como indemnización la suma de \$150.000 de la siguiente manera: “En el caso de autos, teniendo presente todas las circunstancias acreditadas, entiendo que debe incrementarse el resarcimiento del daño moral

⁷⁰⁶CNCiv, sala J, Fernández Darío Mario c/ UGOFE S.A. (Unidad de Gestión Operativa Ferroviaria) y otros s/daños y perjuicios, Expte N° 115246/2005, 30/12/13.

⁷⁰⁷CNCiv, sala J, Dudok, Mauro Leandro c/ Ellis, Daniel Jorge y otros s/ daños y perjuicios, Expte. N° 115.623/05, 27/12/13.

fijado en la instancia anterior, a la suma de \$150.000, valorando también que se reclamó lo que en más o menos resulte de la prueba”⁷⁰⁸. En el mismo fallo, por el daño moral de la madre de la persona no reconocida, por ese hecho y por las injurias vertidas en juicio se determinó la suma de \$ 70.000 en un sucinto párrafo: “Por ello, y por las consideraciones efectuadas debe reconocerse el daño moral pretendido por la actora, fijando por tal concepto la suma de \$70.000, considerando que se ha demandado lo que resulte de la prueba”.

b) Ante un caso, en el que se ventiló el daño moral sufrido por quien fuera acusado penalmente de fraguar un pagaré y de asociación y luego fuera sobreseído, la sala K, a instancias del Dr. Domínguez, fijó la indemnización del daño moral de esta forma: “En tal orden de ideas y meritando las consecuencias que la actora debió soportar por la denuncia efectuada por la demandada, considero prudente incrementar la cuantía del rubro daño moral a la de \$30.000”⁷⁰⁹.

c) En un caso, en el que fue embestido un ciclista por un vehículo, se indemnizaron las lesiones sufridas -traumatismo de cráneo sin pérdida de conocimiento, herida contuso cortante en labio superior y fractura de incisivo superior lateral izquierdo- y sus repercusiones económicas y extrapatrimoniales. La Cámara elevó el monto del daño moral, que había sido asignado por el juez inferior en la suma de \$7000, acudiendo a la prudencia y con el siguiente argumento: “En consecuencia, considerando los daños sufridos por la víctima, lesiones psicofísicas producidas, daño estético, incapacidades acreditadas, propondré al acuerdo hacer lugar al agravio del actor incrementado el monto por “Daño moral” a la suma de \$15.000”⁷¹⁰.

⁷⁰⁸ CNCiv, sala K, O. E., M. y otro c. P., A. O., 14/06/2013, La Ley Online AR/JUR/61522/2013.

⁷⁰⁹ CNCiv, sala K, B., L. H. c. Bravo, Fabián Alejandro s/ daños y perjuicios, 05/07/2013, La Ley Online, AR/JUR/41868/2013.

⁷¹⁰CNCiv, sala K, Torres, Leandro Miguel c. Albertarrio, Enrique Amilcar y otros s/ daños y perjuicios, 03/06/2013, La Ley Online, AR/JUR/41859/2013.

5.12 La cuantificación del daño moral en la sala L.

Según ha entendido, conforme a su prudencia, una de las destacadas juristas de la sala: “La determinación del monto indemnizatorio se encuentra librada al prudente arbitrio judicial, con amplias facultades para computar las particularidades de cada caso”. Por ello es que se acude a la prudencia o criterio judicial para cuantificar el daño moral en la suma que estima el juez de forma directa: “En virtud de las consideraciones precedentes y teniendo en cuenta la entidad de las lesiones y la corta edad de la menor al momento del hecho, en uso de las facultades que confiere el art. 165 del Cód. Procesal, entiendo que corresponde llevar la indemnización por daño moral a la suma de \$25.000”⁷¹¹.

En otro caso, también con en el voto de la Dra. Pérez Pardo, que fue seguido por sus colegas, se cuantificó en \$30.000 la indemnización del daño moral padecido por una mujer que en un accidente de tránsito sufrió rotura de costillas, tuvo que emplear corset que le restaba movilidad y, por su salud, tuvo que mudarse a la casa de sus padres⁷¹².

La argumentación de la suma otorgada fue la siguiente: “De allí que entiendo que asiste razón a los apelantes, en reclamarlo y en este aspecto, la sentencia debe modificarse, fijando la indemnización por daño moral correspondiente a la Srta. Rueda en la suma de pesos treinta mil (\$30.000) de conformidad con el art. 1078 y conc. del Código Civil y 165 del Código Procesal”.

5.13 La cuantificación del daño moral en la sala M.

Con voto de la Dra. Díaz de Vivar, se disminuyó prudencialmente, de \$50.000 a \$ 45.000, la indemnización del daño moral sufrido por un empleado judicial que fue acusado por una

⁷¹¹ CNCiv, sala L, B., H. M. c. Arcos Dorados S.A., 31/05/2013, La Ley Online, AR/JUR/23299/2013.

⁷¹² CNCiv, sala L, Gil de Rueda, Margarita María y otro c. Araujo, Alvaro Antonio y otros/daños y perjuicios, 24/05/2012, La Ley Online AR/JUR/39447/2012.

letrada de hacer que sus clientes en una sucesión revocaran su representación y continuaran el juicio con el abogado que les habría presentado el actor.

En base a esa acusación se formularon expedientes de sumario y penales. En ambos casos, el empleado judicial fue sobreseído por lo que demandó a la acusadora.

En diciembre de 2012, la sala M confirmó, en base a prudencia, el monto que había determinado el juez de primera instancia, a partir del voto del Dr. Posse Saguier, quien al respecto dijo: “Así teniendo presente la intensidad de los afectos heridos y al mismo tiempo posibilitar paliativos a los padecimientos imaginables (conf. esta sala, en autos: "De Negris de Olivieri, J. J. c. SEGBA s/sum." del 8/5/81), conforme a las particularidades del caso, y facultades rituales contenidas en el art. 165 del C.P.C.C.N. aparece equitativo confirmar los \$ 10.000 que otorgara la anterior sentenciante a cada uno de los accionantes por el rubro en estudio”⁷¹³.

Capítulo IV.

La cuantificación del daño moral en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012.

1. La norma proyectada. Sus antecedentes en la doctrina

El artículo 1741 del proyecto de reformas al Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012 legisla la forma en que se debe determinar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales del hecho dañoso⁷¹⁴. Al respecto la norma establece que: “El monto

⁷¹³ CNCiv, sala M, A., M. D. y otro c. V., N. A. s/ daños y perjuicios, 11/12/2012, La Ley Online AR/JUR/73165/2012.

⁷¹⁴ Es importante interrelacionar el mencionado artículo 1741 con el artículo 1738 para comprender que se alude a daño moral como consecuencias de la violación de derechos personalísimos, de la integridad personal, de la salud psicofísica, de las afecciones espirituales legítimas y las emergentes de la interferencia al proyecto de vida. Esta enumeración no resulta taxativa, y está abierta a la expansión futura según los cambios sociales, doctrinarios y jurisprudenciales, porque el artículo 1737 entiende que el daño en general es la lesión a un derecho o interés lícito previendo la existencia de innumerables lesiones extrapatrimoniales o personales; sin

de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”. Esta norma, de entrar en vigencia, llenaría el vacío regulatorio del artículo 1.078 vigente, que si bien determina la procedencia del daño moral en casos de ilícitos extracontractuales no dice como llevar a cabo la cuantificación del daño moral. A su vez, da pautas más concretas que las que proporciona el actual artículo 522 que las limita a “la índole del hecho generador” y “circunstancias del caso”.

Entendemos que la ley establece como regla de referencia el valor de los bienes del mercado, que son aptos para resarcir al afectado (solo con ellos es posible la satisfacción y la compensación a través del dinero que es solo un medio en este caso⁷¹⁵). Este criterio que el proyectista ha preferido, por sobre los demás que estaban disponibles en la doctrina y jurisprudencia actual, ha sido difundido por el Profesor Iribarne hace más de veinte años⁷¹⁶, y tiene un antecedente –en sentido lato– en la obra de Rotman de 1981⁷¹⁷.

embargo, sí es contundente el proyecto a la hora de determinar que el daño resarcible son las consecuencias de la lesión al derecho o al interés, lo que también puede entenderse como las consecuencias nocivas del hecho dañoso. Creemos que el proyecto ha receptado de forma amalgamada dos de las teorías dogmáticas sobre el daño que más se han difundido en Argentina en las últimas décadas que determinan la calidad de daño según las proyecciones dañosas en el patrimonio o la persona, sin importar la naturaleza patrimonial o personal del derecho o interés lesionado a priori. Cfr. Bueres, Alberto J.; op. cit., págs. 285 y ss. Pizarro, Ramón Daniel; Vallespinos, Carlos Gustavo; op. cit., T° 2, págs. 636 y ss.

⁷¹⁵ Stiglitz, Gabriel A.; Echevesti, Carlos A. op. cit.; *El daño moral*, Responsabilidad Civil, Mosset Iturraspe, Jorge (Director), 2da reimp., Buenos Aires, Hammurabi, 1997, pág. 306.

⁷¹⁶ Iribarne, Héctor Pedro; *De los daños a la persona*, 1ra. Reimpresión corregida, Buenos Aires, EDIAR, 1995; *La cuantificación del daño moral*, “Revista de Derecho de Daños”, 1999: vol. 6, Rubinzal-Culzoni Editores, págs. 199 y ss.; *De la conceptualización del daño moral como lesión a derechos extrapatrimoniales de la víctima a la mitigación de sus penurias concretas en el ámbito de la responsabilidad civil*, *Responsabilidad civil. Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg*, Alterini, Aníbal Atilio; López Cabana Roberto M. (Directores), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, pág. 377 y ss.; *Ética, derecho y reparación del daño moral*, “El Derecho”, T° 112, pág. 280 y ss.

⁷¹⁷ Rodolfo B. Rotman ha propuesto resarcir el daño moral por su costo de reversión de forma similar a la que se indemniza el daño patrimonial; en este sentido, el costo de reversión incluiría el valor de todas “las inversiones que el damnificado debe realizar para gozar de un adecuado período de descanso y para dedicar al cuidado de su ánimo en una institución apropiada, incluyendo los medicamentos (euforizantes, sedantes, etc.), y el traslado al lugar de internación si fuere del caso”. El demandado puede solicitar en la demanda una suma coherente con sus necesidades psíquicas particulares y ofrecer la prueba pericial adecuada para obtener una condena

En palabras de Iribarne- quien más escribió en Argentina sobre el precio del consuelo - esta es la mejor forma de atender a la situación de la víctima porque es imposible la reparación como *restitutio in integrum*, y por ello solo es posible asistir a la víctima mediante el suministro de bienes para sí o para beneficiar a otros. Concretamente, y en términos prácticos, el juez debe estimar qué bienes existentes en el mercado son aptos para mitigar el dolor del afectado (por causar placer y delectación en sentido tomista⁷¹⁸), y en base a ellos calcular el valor de la indemnización⁷¹⁹.

El razonamiento del autor se funda en la idea de que el daño moral y la indemnización en dinero no son proporcionales si no se acude a otro elemento, que son los bienes aptos para amenguar el perjuicio extrapatrimonial, pues tienen la virtud de provocar algún grado de satisfacción. Entonces, se debe fijar relaciones entre padecimientos y bienes puntuales que sí sean cuantificables en dinero, y las sumas así calculadas ser la cuantía de la indemnización⁷²⁰.

Estas ideas son coherentes con la posición unánime de la doctrina que señala la incompatibilidad esencial entre el daño moral y el dinero como resarcimiento. En ese sentido, se ha explicado con total claridad que en el daño moral, la indemnización no ocupa materialmente el lugar que tenían los bienes afectados dentro del acervo moral de la persona; la indemnización solo se coloca a su lado

acorde con aquellas. Rotman, Rodolfo B., *Valuación del daño moral por su costo de reversión*, "La Ley", T° 1981-C, pág. 358 y ss.

⁷¹⁸ En las ideas de Santo Tomás de Aquino, según Iribarne, la delectación es gozar de operaciones –actividades- no impedidas. Por lo tanto, a lo que apunta el autor es a que se pueda restablecer en la víctima aquellas actividades que se han visto truncadas o afectadas por el hecho dañoso. Por ejemplo si se afecta la *operación* motriz se deben tener en cuenta todos los bienes de mercado que permitan restablecerla en la medida de lo posible y desde allí ponderando su valor, fijar el resarcimiento del daño moral. Serían ejemplos de esos bienes las prótesis, la silla de ruedas y vehículos.

⁷¹⁹ Iribarne, Héctor Pedro; *De los daños a la persona*, 1ra. Reimpresión corregida, Buenos Aires, EDIAR, 1995, págs. 155, 156, 157 y 401.

⁷²⁰ Iribarne, Héctor Pedro; *De la conceptualización del daño moral como lesión a derechos extrapatrimoniales de la víctima a la mitigación de sus penurias concretas en el ámbito de la responsabilidad civil*, Responsabilidad civil. Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg, Alterini, Aníbal Atilio; López Cabana Roberto M. (Directores), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, pág. 383

de manera yuxtapuesta, como forma imperfecta de satisfacción a la víctima⁷²¹. No hay dudas de que en esta materia el daño moral no se repara por equivalente sino por satisfacción mediante un sucedáneo que siempre tendrá algún grado de arbitrariedad⁷²².

La concordia que reina en la doctrina respecto de la función del dinero en la reparación del daño moral nos parece central porque a partir de ella se puede construir un método de cuantificación de éste tipo de daños. Más aún, consideramos acertado el criterio adoptado por el proyectista porque proporciona visos de razonabilidad y admite la aplicación de criterios de la realidad económica, perfecciona los aspectos más criticados por la doctrina a las ideas de Iribarne, y arriba a una pauta de ponderación del daño moral que es coherente con uno de las pocas ítems del daño moral donde reina unanimidad en nuestro país.

Dicho de otra manera, cuando el proyecto indica que el monto de las consecuencias dañosas extrapatrimoniales se calcula a través de la ponderación de las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas, no hace más que dar una solución que es coherente con la opinión de todos los doctrinarios,

⁷²¹ Zavala de González; Matilde María, *Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Astrea, 2009, pág. 63.

⁷²² Brebbia, Roberto H.; *El daño moral*, Rosario, 2da. Ed., Orbir, 1967, pág. 222; *Carácter de la suma de dinero entregada a la víctima de un daño moral*, “La Ley”, 1986-E, p. 508; *Responsabilidad objetiva y daño moral*, “El Derecho”, tº 91, pág. 426. Pizarro, Daniel Ramón; *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición*, 2da ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, págs. 419 y 420; *Daño moral contractual*, “Jurisprudencia Argentina”, 1986-IV, pág. 930; *Reflexiones en torno al daño moral y su reparación*, “Jurisprudencia Argentina”, 1986-III, pág. 900. Mosset Iturraspe, Jorge; *Responsabilidad por daños*, tº V, *El daño moral*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 1999, págs. 206 y ss. Gherzi, Carlos A.; *Daño moral y psicológico*, 3ra. Ed. Actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2006, pág. 192. Mayo, Jorge A.; *El daño moral. Los diversos supuestos característicos que lo integran*, “Revista de Derecho de Daños”, 1999: vol. 6, Rubinzal–Culzoni Editores, pág. 179. Goldenberg, Isidoro H.; *El daño moral en las relaciones de trabajo*, “Revista de Derecho de Daños”, 1999: vol. 6, Rubinzal–Culzoni Editores, pág. 261. Stiglitz, Gabriel A.; *Gandolfo de Stiglitz, Ana; Resarcimiento del daño moral civil, comercial y laboral*, Rosario, Editorial Juris, 1999, pág. 56. Abrevaya, Alejandra D.; *El daño y su cuantificación judicial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pág. 310. Fernández Madero, Jaime; *Derecho de Daños, Nuevos Aspectos Doctrinarios y Jurisprudenciales*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pág. 125. López Herrera, Edgardo; *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pág. 195. Quintanilla, Marcelo R.; *El daño moral resarcible (la íntima sensibilidad)*, Córdoba, Lerner Editora S.R.L., 2008, págs. 162 y ss.

puesto que se cumple con la finalidad resarcitoria que debe cumplir la indemnización del daño moral.

2. Aportes doctrinarios críticos que abonan el método de cuantificación del daño moral en el proyecto

Cuando hacemos referencia a que el Proyecto ha receptado ideas de Iribarne o Rotman no creemos que las haya tomado a todas al pie de la letra y que de ahora en más se deba seguir exclusivamente a esos autores⁷²³.

El problema es que las teorías que ambos confeccionaron, al desarrollar la forma en que se debe llevar a cabo la identificación de los bienes que darían la pauta de los valores monetarios que se deberían asignar, recaen en contradicciones dogmáticas que tendrían como consecuencia práctica indemnizar dos veces daños patrimoniales sin resarcir el daño extrapatrimonial. Refutando el ejemplo de Iribarne, si una persona es afectada en su normal desenvolvimiento motriz, la restauración de sus aptitudes (tratamiento) o la mejoría (adquisición de silla de ruedas, vehículos, etc.) son daños patrimoniales que deben resarcirse como tales. De la misma manera, el costo de tratamiento psíquico –en el ejemplo de Rotman- junto con todos los que sean necesarios para la recuperación son daños económicos⁷²⁴.

En efecto, el daño moral tiene su espacio propio y autónomo desde lo metodológico y lo conceptual; y amerita valoración y cuantificación particularizada de conformidad con su naturaleza y su entidad propia. Por lo tanto, no se puede reparar en base a los gastos y erogaciones necesarias para reparar facultades extrapatrimoniales impedidas, atento a que ese tipo de perjuicios son daños patrimoniales indirectos.

⁷²³Estas ideas han sido abonadas más modernamente por Galdós y Santarelli, que participaron en la redacción del proyecto. Las ideas de ambos han sido desarrolladas al estudiar la doctrina argentina.

⁷²⁴ Cfr. Zavala de González, Matilde María, Resarcimiento del daño moral, Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 136 y ss.

Tampoco se puede entender que el daño moral se ha de compensar por medio de consolaciones placenteras, porque el perjuicio extrapatrimonial –en su sentido amplio receptado por nuestro derecho– permite resarcir este tipo de perjuicios con total indiferencia de que la víctima pueda sentir o no disfrute de los bienes que adquiere con el dinero. Aún para personas impedidas de todo disfrute se debe determinar una cantidad de dinero como indemnización del daño moral, dado que es la única forma conocida⁷²⁵.

Como última crítica de carácter general, y al margen de las muy eruditas fuentes y de su gran autoridad, no compartimos como viable la posibilidad de determinar el resarcimiento del daño moral por el monto de donaciones, obras o bienes para beneficiar a terceros. Sin dudas pueden llegar a ser actos que den tranquilidad al individuo dañado en sus intereses como persona; pero el método de cuantificación del daño moral debe apuntar al daño resarcible y con ese prisma fijar la suma de dinero en igualdad de condiciones que en cualquier caso. Una vez cobrada la indemnización, el destino que se le dé al dinero queda librado a sus necesidades, conciencia y forma de ser.

Como conclusión de lo hasta aquí dicho, consideramos acertado apuntar al valor de los bienes socialmente valiosos como referencia objetiva para cuantificar la indemnización del daño moral sufrido por una persona. Sin embargo, no pueden ser considerados desde la perspectiva de las lesiones sufridas y su reversión, ni por el solo disfrute que pueda proveer; al contrario, es necesario determinar qué tipo de bienes dan verdadera equivalencia al perjuicio sufrido, y entender qué montos de dinero generalmente son apropiados para actuar como sucedáneo, según su aptitud para adquirir bienes y servicios del mercado –pues en última ratio es esto lo que proporcionará la satisfacción, el dinero es solo un medio que es útil para realizar el intercambio, pero cómo no es un fin en sí mismo, no

⁷²⁵ Pizarro, Daniel Ramón; *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición*, 2da ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, págs. 433 y 434.

otorga beneficio ni satisfacción alguna; sino por lo que permite adquirir.

Capítulo V

1. Conclusiones respecto de la cuantificación del daño moral en el sistema argentino

1.1 Conclusiones sobre las teorías doctrinales de la cuantificación del daño moral.

De la investigación de la doctrina, la jurisprudencia, las conclusiones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil y el proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial del año 2012 puede extraerse algunas conclusiones que son de importancia, porque estas fuentes permiten conocer el estado actual de la materia en nuestro país.

De la doctrina puede extraerse una gran cantidad de trabajos y opiniones. La mayoría no proporcionan una fórmula ni un método para que el abogado el juez cuantifique el daño moral.

Hemos expuesto una buena cantidad de autores que dan pautas o reglas de carácter general, pero para un caso en concreto no le dicen al operador jurídico qué es lo que debe o puede hacer para encontrar una cifra indemnizatoria justa, que sea el producto de un razonamiento o método que pueda aplicarse uniformemente en todos los casos. Creemos que el tema no ha sido solucionado por los juristas que le han dedicado algunas líneas en sus trabajos o que han llegado a conclusiones que no son instrucciones claras y precisas para fijar una indemnización del daño moral, más allá de sus notables aportes a la materia.

No obstante, sí encontramos algunas obras en los que se ha trabajado con mayor profundidad la cuestión y que han llegado a hacer aportes mayores y más trascendentes. Afortunadamente, también hay teorías que le dicen al operador cómo cuantificar el daño

moral, lo que representa un avance y una verdadera guía para quien tiene que darse a esta tarea. Estas teorías, las más significativas, son: la tarificación judicial indicativa o *iuris tantum*, la teoría del precio del consuelo y las fórmulas matemáticas.

El primer método consiste en buscar como valores de referencia a los montos que los fallos judiciales han asignado a casos similares en el pasado. Conocidos esos montos, el juez debe ajustarlos a las particularidades del caso concreto y a la realidad económica actual según su criterio.

Abonan esta idea con distintos matices los maestros: Peyrano, Trigo Represas, López Mesa y Pizarro. También hay otros autores que dan su punto de vista favorable a esta doctrina⁷²⁶, que tiene sentido práctico y fuera dilucidada por un prestigioso y experimentado juez, maestro del derecho procesal.

Hemos resumido y transcrito las ideas de todos ellos, con una importante salvedad, puesto que si bien se aglutinan en cuanto al método elegido para la cuantificación del daño, la insertan en teorías generales diferentes.

Por ejemplo, el Dr. Pizarro la introduce en el sistema de la valoración y cuantificación del daño moral; mientras que Trigo Represas y López Mesa la consideran dentro de un sistema de reglas generales. El maestro Peyrano, por su parte, atiende directamente el problema y propuso este instrumento de forma directa, sin vincularlo con una parte dogmática – y, por ello, nos permitimos hablar de instrumento, en el sentido de “aquello que sirve de medio para hacer algo o conseguir un fin” y lo entendemos como una herramienta útil para cuantificar el daño moral y, en fin, el vehículo para solucionar un conflicto jurídico que no había sido resuelto-.

Esta corriente doctrinal, anticipamos, tiene importante predicación jurisprudencial y ha sido la apoyada en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2007, celebradas en Lomas de Zamora.

⁷²⁶ Podemos recordar aquí las ideas de la Dra. Abrevaya y Mendelewicz, que hemos resumido también.

El segundo método de importancia en nuestra doctrina es la teoría del precio del consuelo. Hemos reseñado a los autores que la han tratado y, en lo esencial, lo que nos enseñan es que no hay un adecuado metro para medir con dinero al daño moral sufrido; pero que sí podemos establecer un precio a la indemnización, teniendo en cuenta los valores de los bienes y servicios del mercado que son aptos para enjugar el sufrimiento y dar alguna cuota de satisfacción como sucedáneo.

Este punto de vista se enraíza en ideas de Rotman e Iribarne, que son más reconocidas por la pluma de este autor, y luego se difunden, más modernamente, en trabajos de Galdós y Santarelli. También, pese a provenir de otra corriente dogmática, se puede clasificar aquí las conclusiones que extrae el jurista cordobés Quintanilla. Estas ideas, como se dijo en su acápite particular, son las que se plasmaron en el Proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial del año 2012.

Por último, resultan de interés las fórmulas matemáticas que han sido el producto de las investigaciones y razonamiento del equipo del Dr. Ghersi y del Grupo de Análisis de Criterios que se formó en el seno de la Facultad de Derecho de la U.B.A. Ambos trabajos dan la posibilidad de emplear una fórmula actuarial que permite calcular una suma de dinero para caso, según algunas de sus particularidades.

La fórmula del Profesor Ghersi está pensada para aplicarse a todo tipo de casos; mientras que la del equipo de investigación de la U.B.A. se diseñó solo para casos de lesiones a la integridad psicofísica sin vocación de universalidad.

Por otro lado, es de destacar, que no se han encontrado en obras doctrinarias actuales defensas a la teoría de la sola discrecionalidad del juez en la elección de un monto. Cómo requisito de mínimo, al menos, se ha propuesto que se tengan en cuenta algunas referencias dogmáticas. Remarcamos esto, puesto que la jurisprudencia no se ha hecho eco de esa crítica prácticamente universalizada en el pensamiento autoral. Muy por el contrario, encumbrados tribunales

siguen fijando la suma de la indemnización en base a la indiscrutable convicción del juez.

Finalmente, como un acto de justicia, no podemos dejar de mencionar los aportes que han hecho en la materia los juristas: Jorge Mosset Iturraspe, la Dra. Matilde Zavala de González, Alberto Bueres y el recordado Roberto Brebbia, quienes si bien no han dado un método al estilo de los aislados, han brindado trascendentales obras que han jalonado todos los avances jurídicos en toda una generación posterior. Sin las ideas de estos maestros no hubieran llegado las más específicas de los que hemos nombrado en estas últimas páginas.

1.2 Conclusiones sobre la cuantificación del daño moral en la jurisprudencia.

Los fallos de los más altos tribunales de las provincias argentinas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pueden dividir en dos grandes corrientes teóricas o, mejor dicho, en dos formas de trabajar la cuantificación del daño moral.

La primera de ellas, la más antigua y arraigada vía de cuantificación, es la determinación de una suma cualquiera que al magistrado le parece adecuada según su entender. A esta forma de determinación de un número, que no responde a las matemáticas ni a un método conocible, se la ha llamado fijación prudencial; aunque la más de las veces ni siquiera esté argumentada ni explicada la fijación de la suma.

El único referente existente en ese tipo de fallos es el recurso a normas, cómo la del art. 165 del Código Procesal de la Nación, que establece la facultad de los jueces para determinar en cantidad líquida o liquidable a las indemnizaciones de daños y perjuicios. De ahí a que el juez fije un valor solo porque le parece y sin justificar la cifra hay un abismo. Ya nos encargaremos de criticar en detalle este pseudo método, que es en verdad un anti método por carecer de sus requisitos esenciales.

No obstante el repudio de la doctrina, al que adherimos, esta modalidad de cuantificación del daño moral es la elegida por la CSJN, la SCBA, el STJ de Chaco, el STJ de La Pampa, el STJ de Neuquén, el STJ de Río Negro, la Corte de Justicia de Salta, el STJ de Santiago del Estero. También es el criterio actual –al 2013- en todas las salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. En resumidas cuentas, goza de amplia adhesión entre destacados organismos del Poder Judicial Nacional y de las Provincias.

Frente a la mera prudencia o criterio judicial, entre Tribunales de gran relevancia, ha aparecido la cuantificación judicial indicativa o *iuris tantum*, aquella doctrina que tiene en cuenta los importes de los precedentes y los corrige en el caso concreto.

Esta metodología se ha difundido más modernamente y va ganando adeptos. La implementan la CIDH, el STJ de Córdoba, el STJ de Corrientes, la Suprema Corte de Mendoza, el STJ de Santa Cruz, el STJ de Tierra del Fuego. También, con menos uniformidad, la utilizó el STJ de San Luis y ha sido mencionada por ministros de la Corte Tucumana en minoría. A diferencia de la prudencia o cuantificación a criterio, este método tiene aval doctrinario en la actualidad.

Existen, por supuesto, otras maneras de cuantificar el daño moral pero son minoritarias entre las altas cortes de nuestro país. Por ejemplo, el STJ de Chubut tiene por doctrina que es la parte la que está en mejores condiciones de cuantificar el daño moral y, por ello, hacen lugar a la suma pedida en la demanda si les parece adecuada.

Los Superiores Tribunales de Formosa, Jujuy y Misiones tienen en cuenta porcentajes del daño patrimonial, al menos en la motivación el fallo y existen otras cortes donde no se termina de ver pulido un criterio uniforme. En general, las disidencias y las mayorías pírricas permiten vislumbrar que pronto podría haber cambios en las Supremas Cortes de Buenos Aires y Tucumán, conforme lo hemos expuesto en su momento.

Es importante que las cortes fijen criterios en temas tan difíciles cómo la cuantificación de la indemnización del daño moral. Es importante para el tribunal mismo y también para los jueces inferiores –que si bien no están obligados a seguir un criterio del tribunal superior; por ser una materia propia de su jurisdicción y excepcionalmente abierta a los recursos extraordinarios en casos de arbitrariedad- quienes observan que decisiones han tomado los altos Tribunales de Provincia y las Cortes Federal e Interamericana de Derechos Humanos por su autoridad y, muchas veces, también, por la relevancia moral de sus miembros y la altura intelectual de sus pronunciamientos.

Creemos que cierta uniformidad en los métodos de cuantificación del daño moral y en los resultados que arrojen –siempre variando con la realidad de los hechos, las secuelas nocivas sufridas y la realidad económica del lugar donde vive el agraviado para evitar la igualitaria injusticia de tratar idénticamente a quienes son o están en distinta situación- son fundamentales para acabar con la llamada lotería judicial que verdaderamente hemos podido confirmar, hasta en la CSJN y la CIDH, donde ha habido increíble dispersión de montos indemnizatorios, tratándose de lesiones similares.

La finalización de la anarquía en la materia –que es notoria y pudimos confirmarla en esta investigación- devendrá en previsibilidad, seguridad jurídica, igualdad, razonabilidad y, sobre todo, equidad y justicia. En toda lotería ganan pocos y pierden muchos. Por ello, alentamos y recomendamos que los Juzgados, sobre todo los más encumbrados, adopten una metodología que permita erradicar tan difundido mal de una ciudad, una provincia y de ser posible del sistema judicial de todo un país. Creemos que la opción por un método es el primer paso en ese sentido, no obstante que los métodos son todavía muy cuestionables y merecedores de profundas y serias críticas.

Aparte de lo que expresamos, queremos hacer notar que el sistema jurisprudencial argentino en lo atinente a la cuantificación del

daño moral, sería inútil de aprobarse el proyecto de reformas y unificación de 2012.

El proyecto de reformas, como se explicó en su apartado propio en esta obra, recepta un método de cuantificación del daño moral que tiene recepción en un sector de la doctrina: la teoría del precio del consuelo. También tiene recepción en jurisprudencia, pero hasta el nivel de ciertas Cámaras de Apelaciones y, aunque parte de la doctrina ha querido ver esta metodología en fallos de la CSJN, esta jamás dejó de estimar las indemnizaciones a criterio y jamás cotejó el valor de los bienes y servicios del mercado que serían sucedáneo para la víctima⁷²⁷.

En general, de modificarse el código, pondría al sistema de cabeza, lo que no resulta criticable, puesto que es necesario un cambio y una guía más asequible para el operador jurídico, aunque en un primer momento pueda reinar la confusión hasta que se asienten los nuevos criterios judiciales que serán muy necesarios. Lo positivo para el problema de la cuantificación del daño moral, es que la brújula se asentaría en el derecho de fondo, lo que llevará armonía a todas las Provincias. Pero, remarcamos, la norma del artículo 1741 del proyecto, da lugar a interpretaciones diversas puesto que existirán muchos criterios sobre los bienes que pueden contemplarse en la conformación del sucedáneo que se apreciará para dar entidad a la indemnización del daño moral. Volveremos sobre el tema y lo ampliaremos sobre el final de la obra en nuestras propuestas finales.

⁷²⁷ Galdós, Jorge Mario; *El daño moral (como "precio del consuelo") y la Corte Nacional*, RCyS2011-VIII, 176 - RCyS2011-XI, 259, Fallo comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2011-04-12, Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros.

2. Críticas a los métodos de cuantificación del daño moral en el sistema argentino

2.1 Crítica a la cuantificación del daño moral por prudencia o criterio del juez:

Este método es de amplia aplicación en los Juzgados, aunque no es defendido por la doctrina mayoritaria. Los fundamentos de su repudio generalizado son múltiples, por ejemplo: 1) favorece la divergencia indemnizatoria ante casos aparentemente equiparables – llamada “lotería judicial” con merma en el derecho a la igualdad y con consecuencias económicas desfavorables para actores y demandados – a veces habrá indemnizaciones insuficientes o simbólicas y, otras, enriquecimientos sin causa;-2) carece de adecuada justificación la cifra fijada, los fundamentos del monto quedan en la mente del magistrado, 3) se dificulta la posibilidad de recurrir para las partes y, por ello, afecta al derecho de defensa en juicio;4) además, esta metodología dificulta los acuerdos de parte por la incertidumbre que genera.

Desde ya, esta forma de cuantificar el daño moral no es pasible de ser llamado método, puesto que no hay una secuencia de pasos a seguirse para llegar a un resultado. El resultado es el producto de un acto instantáneo que proviene de intuiciones, sentimientos o pareceres del juez. Es, en verdad, una actuación a “ojo de buen cubero” lo que nos parece inapropiado en este punto del desarrollo jurídico.

Normalmente, cuando el juez utiliza este método dedica el esfuerzo argumentativo a aspectos que no son los centrales en la cuantificación del daño moral. Es frecuente leer en las sentencias que el juez dedica un párrafo, al menos, a conceptualizar el daño moral, otro a definir si es resarcitorio o represivo, otro a explicar cómo se prueba, otro –que no siempre está presente- a resaltar de manera nominal alguna circunstancia de hecho como la lesión o algún aspecto fáctico que sea generador de daño moral; finalmente, se dedica un escueto párrafo a decir: “por todo lo expuesto, fijo la indemnización del daño moral en la suma de pesos tanto”. En verdad, nada de lo

expuesto permite inferir el porqué de la suma⁷²⁸. También suele encontrarse algunas líneas o un párrafo en el que se dice lo dificultosa que es la tarea de cuantificar la indemnización. Este último tipo de argumentos no suma, en verdad, nada en el decisorio. Los demás, en general solo son motivaciones aparentes que en nada se correlacionan con la suma fijada.

Es verdad que las leyes le permiten y, es más, obligan al juez a que determine un monto indemnizatorio. Esto no significa que le permita trabajar sin método. Que la ley acuda a su buen juicio no es una autorización para fallar de cualquier forma, menos desprovista de reglas. Las reglas son esenciales en el derecho y el razonamiento del juez se potencia si adhiere a alguna de las que se vienen ofreciendo o a otras que él invente –siempre y cuando respeten los principios constitucionales y sean razonables–.

No puede permitirse la arbitrariedad ni las justificaciones aparentes, que son males que asolan a nuestra jurisprudencia. Normalmente, todo fallo tiene una justificación aparente de la suma fijada. No hay esfuerzos argumentativos en este punto. Las partes suelen apelar por alto o por bajo el monto determinado en la primera instancia y es controlado nuevamente por mera prudencia. Se suben o se bajan montos sin que se sepan los motivos y las puertas de la casación no siempre están abiertas, máxime teniendo en cuenta su tradicional estreches.

Esta práctica tiende a la abstracción y a la iniquidad, que se multiplica por la cantidad de jueces que hay en la República. Es un sucedáneo en abstracto que se despega de la realidad socioeconómica que afrontará la víctima una vez que haya cobrado la indemnización.

Creemos que cualquiera de los otros métodos que se proponen actualmente es una superación de este y que los magistrados, de seguir

⁷²⁸ En los juzgados en los que se aplica algún método de cuantificación del daño moral la situación es distinta y el juez sí se introduce en la consideración de aspectos que de alguna manera lo conducen a una cifra, como ser los precedentes judiciales, el monto requerido por la demanda y un porcentaje del daño patrimonial, entre otros menos corrientes. Es de destacar, que el esquema del fallo, de todas formas, es similar al que enunciamos.

optando por utilizarlo, tendrían que realizar mayores esfuerzos argumentativos y dar claridad sobre sus pensamientos a los litigantes y a la sociedad.

Los jueces hablan por sus fallos, no debería reinar el silencio justo en este punto. Las partes no deben hacer inferencias sobre la sentencia, tienen derecho a conocer los fundamentos de la resolución y saber si son razonables o no. La cifra no es un razonamiento en sí mismo, es su resultado. El razonamiento y el método tienen que formar parte del considerando, pues solo así se llenan los requisitos de motivación del decisorio y solo así se culmina un debido proceso o se da paso a una impugnación también fundamentada.

En suma, esta praxis habitual de los juzgados tiene efectos nocivos y requiere de mejorías. Así, como se utiliza la prudencia, no es una justa resolución de la cuantificación del daño moral. Hoy, ya se cuentan con posibilidades superadoras que están al alcance de los litigantes y de los jueces, recomendamos a todos echarle mano y poner énfasis en la equidad y la seguridad jurídica.

2.2 Crítica a la cuantificación judicial indicativa, comparativa o iuris tantum.

Ya se ha dicho que prolifera en nuestra doctrina y jurisprudencia la idea de definir el quantum por daño moral mediante el análisis del caso que se debe resolver; la reunión de fallos sobre hechos similares para conocer el monto indemnizatorio de cada cual. Y, finalmente la corrección en más o menos del monto indemnizatorio de la causa según sus constancias.

Este método ha sido llamado de distintas maneras, tales como: tarificación judicial iuris tantum, tarificación judicial indicativa y cuantificación comparativa. Sus impulsores son autores de la talla de Peyrano, Highton de Nolasco, Pizarro, Trigo Represas y López Mesa, entre otros agudos juristas, y ha sido acogido como método de cuantificación del daño moral por el Superior Tribunal de la Provincia de Corrientes, Córdoba, Santa Cruz Tierra del fuego y la Suprema

Corte de Mendoza. También es el método elegido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este método ayuda a poner orden en un marco de total anarquía en la materia y cuenta con la ventaja de su sencillez, su accesibilidad y su rapidez en la cuantificación del daño. En suma, es un método práctico y al alcance de cualquier operador jurídico.

En el estado de cosas actual, su empleo y propagación por el país se considera un avance en la madurez de la cuantificación del daño extrapatrimonial y en el camino al orden, la certidumbre y la seguridad jurídica.

Sin embargo, con todas las ventajas y provechos que reporta, no es la culminación de la evolución en la materia, porque aún es posible de muy precisas y razonables críticas que conducen a la reflexión de que si bien colabora al progreso, el problema de la cuantificación del daño moral todavía requiere de perfeccionamiento o de otro método que ponga en quicio el problema de la cuantificación del daño moral, para luego, con sentencias fundadas metódicamente y científicamente, podamos acudir a ellas para aplicar el método que criticamos ahora.

Todos los autores coinciden en que la cuantificación del daño moral es un problema muy difícil de resolver en cada caso y, por eso, la jurisprudencia hoy es divergente y hasta “anárquica” contraria a toda uniformidad. Causa de ello, es el exceso de discrecionalidad en la resolución de los casos, la falta de métodos de cuantificación del daño moral difundidos ampliamente, la falta de adecuada justificación en las sentencias, la imposibilidad de entender como los parámetros que ha considerado el juez se han convertido en dinero en cada caso, entre otros.

De esa vorágine de sentencias carentes de solidez y de criterios firmes, debería servirse el juez del caso para comparar sus montos indemnizatorios, formarse una idea de un posible importe y corregirlo según las particularidades del caso. No hay manera de qué con una base mal fundada se obtenga una solución apropiada y justa. Así nunca se supera la discrecionalidad del juez, y por medio de la

reiteración irreflexiva tampoco. Es contundente González Zavala cuando expresa al respecto que se deja de lado la arbitrariedad de uno para acoger la de muchos.

Por otro lado, formular el análisis de un caso pretérito, teniendo solamente en cuenta la sentencia y el valor de la indemnización que se determinó no es suficiente para saber si el caso es verdaderamente similar. Llegar a la selección de verdaderos casos de lesiones y daños resarcibles sinceramente similares es una labor ardua de investigación, lectura, interpretación y pensamiento crítico.

Bien llevado a la práctica el método que se propone pierde gran parte de su practicidad y, en términos de eficiencia, no es más que aproximativo; porque los casos superficialmente similares en las sentencias han estado sujetos a diferentes demandas y contestaciones, que han demarcado una determinada congruencia que interfiere como un agente distorsivo más, en la posibilidad de alcanzar uniformidad; porque no suele haber demandas y contestaciones parecidas conforme los distintos profesionales las plantean.

Pero más allá de esas primeras críticas, cabe preguntarse qué se debe entender por casos similares. Podrán ser casos de lesiones similares o de daños similares. No existen dos daños morales iguales y, difícilmente, hay dos perjuicios extrapatrimoniales similares; porque las coyunturas que afectan en el acervo extrapatrimonial son infinitas. Si el abogado se toma el trabajo de expresar las del caso en la demanda, producir prueba y el juez toma contacto con el caso y la víctima, si conociera el daño moral con inmediatez y se introdujera mínimamente en las circunstancias y condiciones de las personas, se podría convencer de que no se puede llegar a daños morales similares. Pensar que hay daños morales similares, en verdad, es simplificar el asunto, reducirlo y simplificarlo para equiparar lo distinto. Es volver género a la especie y tratarla por tal.

Más fácil es identificar lesiones a los bienes e intereses de la persona y, seguramente, por ese lado conviene que estudie el juez al caso y a los antecedentes. Pero, aquí, cabe distinguir las diversas teorías del daño. Esta recopilación de casos en base a lesiones parece

apropiada para quienes creen que el daño moral es la lesión a un derecho a un interés, pero no para aquellos que piensan que el daño radica en las consecuencias extrapatrimoniales de la lesión, que han de enfrentarse al problema que indicamos en el párrafo anterior, puesto que sería querer medir una distancia con una medida de líquidos, porque un caso no es la vara para el otro.

Más precisamente, quienes comparten que el daño es consecuencia del hecho dañoso o de la vulneración de un interés extrapatrimonial, difícilmente podrán encontrar daños verdaderamente similares en otros casos –solo a través de una generalización-. Las circunstancias de las personas, sus relaciones, tiempo, intensidad, bienes jurídicos afectados hacen imposible tamaño simplificación.

Además, el “daño consecuencia” es en definitiva una cuestión de hecho y los hechos nunca o casi nunca, mejor dicho, están bien desarrollados en los precedentes, máxime cuando hablamos de los hechos propios del daño moral al que se le dedica muy pocos párrafos del caso. Normalmente, están limitados a expresar lesiones a bienes e intereses y nunca a detallar como fue el perjuicio y cuál será su proyección en la persona y el tiempo.

Al no estar presentes estos hechos y, si hemos de actuar con congruencia entre el concepto de daño y su reparación, es impracticable este método para quienes adhieren al distingo del daño en sentido amplio y en sentido estricto –es decir, quienes dicen que la lesión al interés no es daño resarcible sino su consecuencia-.

Volviendo al cause general de la crítica, recordemos que para usar el método analizadose debe conocer, entender y razonar sobre: 1) el caso concreto bajo juicio con todas sus circunstancias, para ello, se analiza la lesión al interés, derecho o bien jurídico y las consecuencias perniciosas para la víctima; 2) se recopila fallos de similares lesiones y daños-imperfectamente asimilables-; 3) se toma nota de los importes de la condena indemnizatoria del daño moral.

En este punto se advierte que no hay uniformidad entre las sentencias de los Juzgados de la misma Provincia, ciudad e, incluso, en un mismo Juzgado. Difícil será determinar que importe debe primar, podría ser el más alto, el más bajo, el promedio o el más actual. Aquí entra siempre la discrecionalidad del operador jurídico; porque, desde ya, si hubiera un caso “parecido” la determinación del valor puede no estar fundada o no ser acorde a la realidad económica del lugar, por ejemplo.

Después de haber seleccionado, con mucho trabajo, un importe indemnizatorio que represente de alguna forma al común de los precedentes –lo cual también es altamente ficticio- se lo tiene que corregir nuevamente para aumentarlo o disminuirlo según el caso a resolver. Aquí, se da el mismo salto al vacío que tenemos que dar cada vez que se cuantifica el daño moral; porque en rigor de verdad, también se necesita un método científico o apropiado para efectuar esta última operación, sino se recae nuevamente en la discrecionalidad y el método lleva nuevamente a la anarquía en la que ya estamos.

¿Cómo va a escoger el juez la cifra en más o menos con la que se debe ajustar el caso concreto? El método bajo estudio no da la respuesta. No sirve. Porque, en verdad, no es un método de cuantificación del daño moral, en esencia no hace eso.

Creemos que es un método de uniformidad y armonización de los montos, pero que en última ratio es tan criticable como el mero criterio judicial por prudencia, método del que no se aparta en definitiva, puesto que el arbitrio del juez –sin guías- está presente en todos los momentos de la cuantificación indicativa: cuándo decide qué elemento del caso bajo juicio son los que tipificarán al daño moral para enfrentar la búsqueda de los precedentes, cuando decide qué casos son los “parecidos” y cuál es el aspecto que determina la similitud, cuando decide qué fallos y de qué tribunales va a estudiar, cuando decide qué suma de todas las propuestas va a tomar, cuando decide si esa suma es apropiada para el caso concreto y cuando tiene que restarle o adicionarle otro monto. Todos estos pasos que, seguramente, no se hacen uno a uno, sino de forma más instantánea,

están plagados de pequeños voluntarismos donde el juez queda a solas y sin pautas o reglas más puntuales y precisas.

Yes así, porque este muy difundido método, en verdad, no le da respuestas sinceras al juez ni justicia a la parte. Es sólo una forma de hacer las cosas, “facilismo” ha dicho parte de la doctrina.

No logro ver diferencias sustanciales entre esta forma de fijar la indemnización del daño moral, de la fijación de un monto en base a una determinada proporción del daño patrimonial. Ambas son arbitrarias puesto que responden a cifras que se establecen sin un justificativo ligado al perjuicio efectivamente sufrido-los métodos no están vinculados a la esencia del perjuicio sufrido-; buscan su principal sustento aritmético en algo diferente al daño moral (una, en sentencias judiciales y, la otra, en el daño patrimonial), ambas son discrecionales a la hora de elegir su base de cálculo (el porcentaje del daño patrimonial a emplear es arbitrario, como lo es el importe que representa el valor de los precedentes); también operan mejor como uniformadores de los montos que como un sistema de equidad. Por otro lado, ambos son sucedáneos en abstracto.

Por sucedáneos en abstracto entiendo a las sumas indemnizatorias del daño moral que se dan como sucedáneo, pero que no tienen en cuenta qué bienes y servicios pueden comprarse ni que particularidades tiene la personalidad del afectado o sus tendencias, inclinaciones, gustos y necesidades para la elección de los bienes que en definitiva el dinero compraría. Este método se contenta con determinar una cifra. No le interesa que puede hacer ese dinero, fija números, no atiende a la persona ni a la utilidad verdadera que puede darle al dinero.

Este método, en virtud de que en definitiva apela a la discrecionalidad, tampoco es perfecto a la hora de uniformar el valor de las indemnizaciones del daño moral. Mejora la situación actual, pero no es la solución definitiva a la atomización de criterios.

A menos que el juez y el abogado, antes, sean meros repetidores de los números de casos anteriores, lo que no es cumplimiento

óptimo de sus menesteres, siempre habrá que tomarse decisiones para adaptar los precedentes al caso concreto. Allí, lógicamente continuarán presentándose diferencias. Aclaremos, esto tendría que ser así naturalmente, a menos que se propicie una inadmisibles simplificación de hechos, daños e indemnizaciones.

Además, el contexto económico le pone tope a este método y sólo sería utilizable en casos pertenecientes a realidades económicas similares; sino, hay equiparación de lo distinto y asignación sistemática de un valor que se despega de la realidad y que puede llevar a la insuficiencia resarcitoria o al exceso. Además de ello, la inflación también complica el empleo de este método, puesto que la pauperización de la moneda conduce a la merma de la indemnización. La Justicia está llegando tarde a las exigencias que le ha impuesto la Economía. Para evitar eso, este método tiene que tener otro reajuste extra para conservar el valor del dinero, con lo que nuevamente se introduce un paso que ayuda a la dispersión de criterios.

No creemos que este método sea la panacea. Consideramos que las críticas hechas lo descalifican como el fin de la evolución jurídica. Tampoco creemos que sea totalmente depreciable. Puede funcionar muy bien si se mejora la calidad de las sentencias que se consideran precedentes.

Podría estarse ante ese escenario si se reforma el código civil y entra en juego la nueva reglamentación del daño moral, que prevé un método que no es este, que sí podría ser aplicado posteriormente. También, sin reforma, podría cobrar vigencia idónea de forma microscópica en un juzgado o en una jurisdicción, si se empieza a argumentar el monto de los fallos –cosa que no se hace, se argumenta el daño moral y se le adosa un monto-. Pero como obstáculo, no debemos olvidar que la mayoría de los altos Tribunales de provincia e, incluso, la Corte Suprema siguen poniendo un número a criterio sin justificativo alguno, sin argumento sobre la cifra, lo que la hace irrecurrible, porque no se puede atacar sus fundamentos que permanecen desconocidos. Se falla aún en este punto. Es la realidad que tenemos; por ello, este otro método es de más difícil práctica en

esas Provincias que son la mayoría; porque hay, históricamente, anarquía que afectará a la armonización y equidad, aun si mañana mismo se empezara a aplicar la cuantificación judicial comparativa. El camino, de proseguir avanzando este método, es todavía largo y va llevar más de una década recorrerlo.

2.3 Crítica a la teoría del precio del consuelo.

2.3.1 Teoría expresada por el Dr. Iribarne.

El precio del consuelo, con diferentes matices, es una teoría que entiende que la cuantificación del daño moral puede hacerse teniendo en cuenta el valor de los bienes y servicios que pueden representar un sucedáneo adecuado para el tipo de lesión sufrida. Este método, en líneas generales, nos parece fundado; porque se inspira en la reparación del daño, en la proporción de sucedáneos suficientes para la víctima que sufre y en la caridad.

Puede admitirse que el método es coherente con los principios actuales del Derecho de Daños: indemnizar a quien padece un daño injusto con un resarcimiento integral. No obstante ello, creemos que el método cómo ha sido propuesto es pasible de algunas críticas y necesita de algunos ajustes para lograr mayor coherencia teórica y mayor utilidad práctica.

Sin perjuicio de ello, creemos que la principal fortaleza que tiene el método es que implica la reparación del daño a través de un sucedáneo en concreto que tiene relación con perjuicio sufrido, las particularidades de la víctima, las circunstancias del caso y, lo más importante, permite proyectar la utilidad real de la indemnización fijada en dinero como un medio para obtener la satisfacción moral, espiritual y el acceso razonado al conocimiento de los bienes que podrán adquirirse. Este aspecto nutre de realidad al método y le permite al juez alcanzar una mejor justificación de la cifra a establecer, lo que representa una superación respecto de todos los demás métodos que se han diseñado en la doctrina y ha aplicado la jurisprudencia.

Ingresando en las críticas que podemos formular, la primera de ellas se centra en la forma de la reparación del daño moral. En nuestra opinión, indemnizar el daño moral en base a las operaciones –o actividades– que no pueden realizarse, para determinar de qué manera se las podría reestablecer es asimilable a proponer la reparación en especie del perjuicio sufrido por la persona. Sin embargo, en muchos casos, la privación de una facultad de la persona o una actividad tiene su correlativa reparación en bienes o servicios que corresponden a la esfera del daño patrimonial; por ejemplo, el caso mencionado de una persona que se ve afectada en su desplazamiento: no cabe dudas que la prótesis, el medio de transporte, el personal necesario para la atención, los tratamientos médicos y muchos otros medios y recursos necesarios para paliar el mal sufrido pertenecen todos al daño económico y no al extrapatrimonial.

La reparación del daño patrimonial no conlleva implícitamente la reparación del daño moral. Es muy claro que una persona dañada en su integridad física no es sanada en un cien por ciento y, aún, cuando se le provean muchos medios que faciliten su adaptación a la vida cotidiana su vida ha perdido calidad y se la ha afectado de forma permanente, causándose dolores y condicionamientos en la vida de relación que no pueden ser superados. Incluso en casos menos graves, en los que no haya existido ningún tipo de incapacidad, la mejoría en la salud no borra el daño moral sufrido desde el hecho hasta el alta. En conclusión, no corresponde duplicar partidas de daños patrimoniales, primero por su naturaleza económica y por su tendencia a mantener incólume el patrimonio y, en segundo lugar, porque dar sucedáneos implica generar disfrutes morales, no parecen ligadas al restablecimiento de operaciones perdidas por la persona, sino con la satisfacción a través de delectaciones.

En segundo lugar, como crítica, es dable señalar que, al margen de las muy eruditas fuentes y de su gran autoridad, no compartimos como viable la posibilidad de determinar el resarcimiento del daño moral por el monto de donaciones, obras o bienes para beneficiar a terceros. Sin dudas pueden llegar a ser actos que den tranquilidad para el individuo dañado en sus intereses como persona; pero el método de

cuantificación del daño moral debe apuntar al daño resarcible y con ese prisma fijar la suma de dinero en igualdad de condiciones que en cualquier caso equiparable, por la magnitud del daño y las circunstancias existenciales y económicas que rodean a la víctima. Una vez cobrada la indemnización, el destino que se le dé al dinero queda librado a las necesidades, conciencia y forma de ser del beneficiario.

Como aspecto positivo, tenemos que resaltar que sí nos parece un acierto la referencia a bienes reales y concretos existentes en el mercado para fijar el valor del resarcimiento por el daño moral sufrido, creemos que ésta es una pauta de valor que no puede ser desatendida.

Específicamente, en la indemnización del daño moral por muerte de una persona, consideramos necesario invertir la solución propuesta por el Profesor Iribarne, cuando pone su énfasis en las “operaciones propias de la persona desaparecida en la relación que la ligaba con el damnificado indirecto”⁷²⁹. El daño moral que reclama todo damnificado indirecto en caso de muerte no es *iure hereditatis*, sino *iure proprio*; es decir: qué no es el fallecido quien reclama su daño moral, pues su acción se extingue con su muerte. Es el llamado damnificado indirecto⁷³⁰ el que demandará y obtendrá una sentencia en su favor; por eso, no se debería atender a las operaciones que desempeñara el fallecido, sino a las del dañado superviviente, porque es su daño el que se repara no el de quien ya ha muerto.

La observación implica que sí una persona se ve dañada por el fallecimiento de otras, para resarcirla se debería atender a las operaciones que ya no puede realizar el damnificado y compensarlas

⁷²⁹ Iribarne, Héctor Pedro; *De los daños a la persona*, 1ra. Reimpresión corregida, Buenos Aires, EDIAR, 1995, p.405.

⁷³⁰ Término que no compartimos; puesto que consideramos que el daño moral en los afectos más próximos es una consecuencia directa del hecho que da muerte a una persona. Es el mismo hecho que de por sí y a la vez daña la vida de una persona y la integridad moral de muchas otras; en esta vida en sociedad ningún hombre lleva sus bienes personales solo, más bien, al margen de toda individualidad, existe una comunidad –pequeña y ligada por legítimas afecciones- que se ve afectada por los agravios que sufre uno de sus miembros. Esta pluralidad de intereses extrapatrimoniales se ve atacada por el solo hecho de la muerte de uno de sus miembros con relación causal directa.

de forma tal que se puedan especificar bienes suficientes para determinar el monto resarcitorio.

Si se tuviera en vistas las operaciones que no puede realizar la víctima fallecida, se estaría buscando un sucedáneo para su daño moral. Poner la mirada en las operaciones que realizaba el padre equivaldría a indemnizar el daño patrimonial por la renta que aquel percibiera, sin mirar cuánto se destinaba concretamente al hijo y cuánto sería objetivamente expectable que le destinara en el futuro. No vemos motivos para desdoblarse el tratamiento del daño en sus diferentes facetas: patrimonial y moral.

De hecho, cuando el autor analiza el daño moral por muerte de padres y por muerte de hijos⁷³¹, se posiciona siempre en la perspectiva del padre, sea el que ha fallecido o el que recibe la indemnización. Si mueren padres se aprecia las operaciones que competen a la función materna o paterna, conforme el principio general que reza suministrar las operaciones propias del desaparecido. Cuando analiza la muerte de los hijos, nuevamente analiza el rol paterno que en este caso es el damnificado y encuentra allí que la operación frustrada es el deleite que le produce la relación con el hijo.

Encontramos, por ende, que en un caso ha mirado las operaciones de la víctima sin poner énfasis en las operaciones de los hijos, es decir su vida con todas sus actividades y porvenir; mientras en el otro caso analiza las operaciones del damnificado, para luego indemnizarlo según la pérdida que la muerte del hijo le causa. Esta última mirada es la correcta a nuestro entender y es coherente con la crítica que venimos formulando en los últimos párrafos.

En resumidas cuentas, creemos que puede reformularse el aspecto de esta teoría que hace a la determinación de la indemnización del daño moral, según lo hemos expresado en los distintos casos que se desarrollan. Cuando se resarza el daño moral sufrido por quien ha sido lesionado en su integridad psicofísica, se debe guardar celo de no

⁷³¹Iribarne, Héctor Pedro; *op. cit.*, p.405.

indemnizar dos veces el daño patrimonial, para ello no debe escogerse ni bienes ni servicios que se hayan otorgado en el otro rubro.

Tampoco se deben escoger bienes o servicios que sean esencialmente propios, por su naturaleza, del daño patrimonial. Además, debe tenerse en cuenta, conforme lo señalamos, que las satisfacciones –que represente la indemnización- se deben corresponder con las consecuencias dañosas sufridas por la víctima. No debe atenderse a las pérdidas que hubiera sufrido moralmente la persona fallecida⁷³².

En conclusión, creemos que se debe trabajar algo más esta teoría para modificar los puntos criticados e integrarla sistemáticamente en el conjunto que compone el Derecho de Daños como mecanismo de reparación de todos los perjuicios, relevantes para el derecho, que puede sufrir la persona. Para ello, es necesario hacer, solamente, algunos ajustes en la determinación de los bienes que compondrán la reparación e integrarla a algunas otras pautas doctrinarias que son precisas, adecuadas y útiles, que por ello, son imprescindibles.

2.3.2 Teoría expresada por el Dr. Quintanilla.

El método propuesto por el jurista cordobés goza de la riqueza de seguir la línea del que han diseñado Zavala de González, Pizarro y otros grandes maestros. Ciertamente, y de acuerdo con todos ellos, es ineludible valorar y cuantificar el daño moral.

Esas dos operaciones diferenciadas son pasos a seguir hasta llegar a la cifra que determina el valor dinerario de la indemnización del daño moral. El método ofrece gran flexibilidad y se puede aplicar a

⁷³² Hay que hacer una salvedad. La CIDH, que indemniza el daño moral sufrido por el muerto y lo manda a pagar en favor de los herederos que también son indemnizados por derecho propio, si podría mirar al sufrimiento y al truncamiento de actividades y despliegues de la personalidad del fallecido, pues sería apropiado en su jurisprudencia. Si esta doctrina se derrama en nuestro derecho, representaría un cambio en nuestra línea histórica de pensamiento y decisión. Lo que no estaría mal, puesto que es la interpretación más autorizada de la CASDH.

cualquier concepto de daño moral, por lo que es una propuesta muy útil y sencilla de entender para todo operador jurídico.

Sin embargo, el autor analizado agrega al método algunos componentes propios de su teoría que no compartimos como tipificadores del daño moral. Explica que el daño moral requiere de la lesión a un interés personalísimo del ser humano que afecte, como consecuencia, un interés moral legítimo⁷³³; cuando, según nuestra opinión, basta que cualquier hecho lesione un derecho patrimonial o extrapatrimonial y como consecuencia del hecho ilícito se dañe un interés lícito y no económico de la persona.

Desde la postura general del autor, no podría existir un daño moral causado por la destrucción de un bien patrimonial de gran relevancia en la vida de la persona, con claro vínculo de legítima afeción⁷³⁴. Los sentimientos y la persona gozan de protección jurídica y su incolumidad proviene de la tutela a la integridad moral que tiene jerarquía constitucional en el artículo 5.1 de la CASDH. Por otro lado, los derechos personalísimos analizados se observan desde la óptica de la legislación, olvidando del rico influjo de la meseta constitucional.

Considera el autor que el daño moral recae sobre la íntima sensibilidad con efectos disvaliosos en la actividad de la persona (hábitos, costumbres y conductas) ligada al goce de los bienes personalísimos afectados⁷³⁵. Ya dijimos que la lesión no siempre recae sobre derechos o bienes personalísimos, bien puede recaer sobre cosas o derechos patrimoniales. Sin embargo, el efecto dañoso no recaerá solo sobre la conducta, sino también sobre la persona, sus sentimientos y todas sus relaciones con sujetos y objetos, entre muchos otros ejemplos de intereses extrapatrimoniales que merezcan tutela.

⁷³³ Quintanilla, Marcelo R.; *El daño moral resarcible (la íntima sensibilidad)*, Córdoba, Lerner Editora S.R.L., 2008, p. 143 y ss.

⁷³⁴ Sin embargo, incongruentemente con su teoría general, el autor prevé la posibilidad de que exista daño moral causado por daño al patrimonio. Cfr. Quintanilla, Marcelo R.; *op. cit.*, p. 174.

⁷³⁵ Quintanilla, Marcelo R.; *op. cit.*, p. 159.

El daño recae sobre la integridad moral, que incluye cualquier tipo de facultad espiritual según la RAE, no solo conductas. Es más, las modificaciones en las conductas no tipifican al daño moral, ya que pueden ser generadoras de daño patrimonial si representan mermas en las ganancias o en las aptitudes productivas en concreto. Para que el daño en la actividad del hombre sea un daño moral, debe afectar a un interés extrapatrimonial o ser mirada como parte del daño moral, como síntoma de un modo de ser o estar distinto (daño existencial) y, entonces, o es un síntoma del daño moral o es una parte del daño, pero no todo y exclusivamente el daño moral.

Si se afecta el ejercicio normal y regular de la facultad de actuar de una persona⁷³⁶, el daño puede ser patrimonial o extrapatrimonial, no hay solo incapacidad moral, sino que dependerá de las consecuencias de la modificación del comportamiento que existía previo al hecho y no tipifica al daño moral por sí sola.

De hecho, considerar que el daño moral se asienta en la conducta del hombre lleva a confundir daños patrimoniales con daños morales. Por ejemplo, se sostiene que se puede dar precio a tareas valiosas para la comunidad que normalmente no lo tienen como higienizarse y cuantificar el valor del servicio de una enfermera que lo haga en lugar de la persona que ha quedado imposibilitada⁷³⁷. Sin dudas el costo de la enfermera es un daño patrimonial que objetiva y razonablemente irá a menguar el patrimonio futuro de la víctima hasta su muerte, por ello debe indemnizarse; pero no borra los daños morales que hubiera sufrido por la modificación de la vida, del cuerpo y otros bienes.

Nos parece un espectro sumamente reducido del daño moral, restringirlo a lesiones personalísimas con efectos en una parcialidad de la personalidad del sujeto (su faz activa). Propiciamos conceptos amplios e indicativos; porque el daño moral tiene aún muchos misterios y evoluciona según las sensibilidades sociales de los tiempos. Nociones de contenidos determinados pueden llevar a dejar de lado

⁷³⁶Quintanilla, Marcelo R.; *op. cit.*, p. 160 y ss.

⁷³⁷ Quintanilla, Marcelo R.; *op. cit.*, p. 161.

muchos daños que sufre el ser humano en sí mismo o a ser abandonadas por su desajuste con la realidad fluctuante.

Tampoco compartimos que al cuantificar el daño moral acuda el autor nuevamente al tipo de lesión y al bien jurídico para clasificar posibles medios de reparación en dinero, ya que la reparación se tiene que conformar en base a los daños sufridos (que no es la lesión al derecho o a los bienes sino su proyección sobre intereses extrapatrimoniales o la persona), su intensidad y duración en el tiempo.

En la cuantificación de daños a la vida, al final delega la tarea a la prudencia del juez y solo propone una indicación económica en base al esparcimiento del damnificado. Ante un ataque a un bien tan caro a las personas, el bien que coteja tiene poca estima en la escala promedio de la sociedad y, a su vez, aun contemplando una frecuencia intensa durante mucho tiempo, seguiría arrojando valores no acorde a los que se mandan a pagar usualmente en los tribunales.

En las propuestas de cuantificación por daños ligados a lesiones psicofísicas, consideramos inconveniente toda referencia al daño patrimonial causado. El daño moral guarda autonomía y no puede cotejarse en relación al perjuicio patrimonial, aunque sí puede ponderarse el daño moral que causan las disminuciones económicas, o las penurias económicas, o la destrucción de bienes materiales. Todas estas situaciones son distintas de precisar el daño moral en base a las consecuencias patrimoniales que surgen de la lesión al mismo bien.

También consideramos inapropiado valorar el daño moral según costos de servicios o bienes que se necesiten para paliar la incapacidad sufrida; todas esas secuelas de la lesión a la integridad física son daños patrimoniales que nada tienen que ver con las derivaciones personales de la vulneración a la integridad psicofísica de una persona.

Entre las soluciones que se elaboran para indemnizar el daño en la integridad moral, es decir, cuando se afecta al honor –según el jurista- y, puntualmente, cuando se considera el caso de los daños

ocasionados por la prensa, la cuantificación del daño moral que efectúa en base a las ganancias del dañador parece más daños punitivos que daño moral.

Por todo lo dicho, si bien las ideas expresadas tienen muy buenas bases y son la derivación de un razonamiento, no creemos que sea el método ajustado para dar la solución definitiva en esta materia, aunque sí reconocemos la terea del investigador, con quien coincidimos plenamente en muchos de los fundamentos esenciales que son los mejores para dar una respuesta acorde al derecho vigente.

2.4 Crítica a la fórmula matemática propuesta por el Dr. Gbersi.

El método ofrece algunas ventajas; porque se basa en fórmulas aplicables a cualquier caso, que admiten la prueba de sus variables concretas y de las circunstancias de vida del damnificado: puede probarse sus ingresos, el tiempo que vacaciona, cuánto gasta en el ocio, etc. Y si no pueden probarse estos extremos, se puede acudir a la estadística.

Es positivo que parta en la cuantificación del daño moral, teniendo comobase a una pericia, lo que da mayor seguridad sobre el impacto sufrido por la persona en sus sentimientos. Lo negativo es que la concepción del daño moral, desde la que se formula el método, es sumamente estrecha y excluye una gran variedad de daños a la persona de carácter extrapatrimonial, puesto que se centra exclusivamente en los sentimientos.

Esta concepción estrecha, lleva a que al lado del daño moral proliferen con carácter autónomo daños no económicos, que pueden verse como una reiteración del daño moral; como es el caso del daño al espíritu por lesión a derechos personalísimos, en los que la sola lesión al derecho se considera un daño resarcible al margen de las consecuencias dañosas. Que, encima, la reparación se cuantifica por el mismo método que el daño moral, utilizando como referencia el servicio de turismo, estableciendo la intensidad del daño, empleando

el gasto vacacional y los días que la víctima toma o sus sustitutos estadísticos⁷³⁸.

No creemos que pueda haber peritos que puedan distinguir el daño a los sentimientos del daño al espíritu y tampoco compartimos la vocación por crear categorías que no respondan a efectos jurídicos distintos.

De crearse una nueva categoría, el método de cuantificación de la indemnización debería responder a una esencia distinta. Si ambas categorías se indemnizan de la misma forma, es porque son la misma cosa y no hay fundamentos suficientes para desdoblarlas; porque llevaría a injustos tales como indemnizar, por un lado, el impacto sufrido en la personalidad como consecuencia de la violación al derecho personalísimo al honor y, por el otro lado, se indemnizaría la sola lesión al derecho personalísimo al honor sin referencia a sus consecuencias, pero determinando un nuevo monto en base a ellas. Así, otra vez se calcularía una indemnización del daño desde el mismo perjuicio realmente sufrido, que fue determinado por el perito.

Tampoco percibimos como valioso que se separe el daño estético, el daño biológico, el daño psíquico y el daño psicológico sin que se dé un método de igual solidez que el que se ha formulado para la determinación del daño moral⁷³⁹. Creemos que como daños extrapatrimoniales que son todos, hubiese sido mejor cotejarlos dentro del impacto subjetivo que determina el perito para luego indemnizarlos armónicamente.

El talón de Aquiles del método propuesto se encuentra en la progresiva disminución de los días de vacaciones, conforme el paso de los años, desde el hecho dañoso hasta la edad de expectativa de vida según INDEC. Requiere del empleo de un programa que no se sabe cuál es ni donde conseguirlo, siendo el cálculo complicado para el Juez y el abogado de parte, porque no son profesionales formados en matemática, estadística e informática. A menos que se publique en las

⁷³⁸ Ghersi, Carlos A.; Weingarten, Celia; *op. cit.*, tº I, p. 328.

⁷³⁹ Ghersi, Carlos A.; Weingarten, Celia; *op. cit.*, tº I, p. 208, 209 y 287 y ss.

páginas oficiales o de las editoriales en internet, como se publica las fórmulas Marshall, Martínez, Vuotto y Polinómica, su uso no podrá difundirse.

Calcular el decrecimiento anual de la cantidad de días de vacaciones hasta el final de la vida es posible de forma manual, dividiendo el número inicial por la cantidad de años restantes; para luego, restar el resultado anualmente, del número original de días de vacaciones.

Por ejemplo: de determinarse como número inicial de días de vacaciones en 12,5 y una edad de 40 con expectativa de vida de 83 años, se divide 12,5 en 43, lo que da 0,2907. Entonces, para el primer año (a los 40 años de edad) el total de vacaciones será 12,5 días; pero a los 41 años de edad corresponde 12,2093; a los 42 años 11, 9186 y así progresivamente hasta llegar a los 83 años. El problema con una técnica semejante, realizada manualmente, lleva a que el juez realice cálculos muy complejos y que para cada año tenga que sumar un nuevo total indemnizatorio, que en gente de corta y mediana edad, haría de la liquidación del daño una muy compleja y extensa operación, cuyo control sería también prolongado.

Otro punto álgido de la teoría es que se brindan mayores indemnizaciones del daño moral a quienes tienen ingresos más altos. Y, es controversial -si es razonable o no, o si resulta discriminatorio o no- fijar indemnizaciones diferentes para un mismo daño moral determinado por peritos en igualdad de método, solo porque un sujeto tenga mayores ingresos que otro. Nosotros no compartimos el criterio.

Desde la óptica de qué la indemnización de daño moral es un suceso que debe dar beneficios espirituales al dañado puede resultar razonable; puesto que según el nivel social de la víctima, un bien de cierto nivel económico puede resultar en satisfacciones suficientes o no. Sin embargo, creemos que, así como es imposible determinar dos indemnizaciones distintas para dos daños patrimoniales idénticos, no puede indemnizarse dos daños morales aproximadamente asimilables con diferentes resarcimientos.

La igual dignidad que pesa sobre todo hombre lo impide - con la salvedad de la distinta realidad económica del lugar donde vive-; porque, ahí, el distingo no está dado por la mayor o menor solvencia económica -que nada tiene que ver con la mayor o menor sensibilidad emocional, o menor o mayor honor-, sino por circunstancias externas al individuo que demarcan desigualdad de oportunidad de acceso al mercado de bienes y servicios. Por ello, no resulta, esta última circunstancia, una odiosa la discriminación en el caso, pues es creadora de igualdad de acceso al mercado.

En síntesis, la fórmula propuesta es de difícil uso y acceso para los operadores jurídicos. Por otro lado, encarece el litigio con la necesidad de otra pericia en un rubro que se suele acreditar *in re ipsa*. Además, solo está pensada para calcular el daño moral como lesión a los sentimientos, por ende es incompleta e insuficiente para el cálculo conforme a la mayoría de las definiciones jurisprudenciales y doctrinarias del daño moral. Y, en adición a todo lo ya indicado, la fórmula conduce a que se indemnice en mayor medida a una persona solo porque cobra más, lo que no es coherente con el plano eminentemente subjetivo que pretende reparar.

2.5 Crítica a la fórmula matemática del Grupo de Análisis de Criterios.

El método goza de la virtud de ofrecer una solución armónica, aplicable a un rubro relevante del daño moral -como son las lesiones a la integridad psicofísica-

Por el momento, el método no se impone con vocación de universalidad, sino que solo se limita a esos casos, que normalmente generan multiplicad de perjuicios personales que exceden el solo dolor y sufrimiento.

Esta cuestión no es menor, además, la forma en que se ha concebido la fórmula tiene dos consecuencias que merecen señalamiento. La primera es que, todavía, el del daño moral es un

campo por explorar y, para esta fórmula, resulta un ámbito ignoto el de cualquier otro tipo de lesión moral conocida y por conocer. Por ende el método es limitado y está petrificado. Desde ya, al renunciarse a un método universal, se tuvo en cuenta esto. Y, por otro lado, como segunda cuestión, se debe reportar que muchas consecuencias extrapatrimoniales quedan fuera de la cuantificación por el recortado concepto de daño moral abrazado por los investigadores.

Otro aspecto a remarcar, es que se parte en la formulación del método del horizonte económico de la víctima, siendo este factor trascendente e influyente en la cuantificación del daño moral por su influencia en el resultado de la fórmula. Sin dudas, la condición económica de una persona nada incide en la profundización o atenuación del daño moral, que es un perjuicio esencialmente humano y que hermana a todos los hombres en el sufrimiento que debe soportarse ante ciertas situaciones.

Tampoco es la condición pecuniaria de una persona la medida perfecta de la indemnización, no puede dejarse de lado que los investigadores participan de la concepción resarcitoria del daño moral y entienden que el afectado debe disfrutar de bienes y servicios que compensen las aflicciones sufridas. Y, pese a ello, en ningún punto de la fórmula han analizado la relación entre la suma de dinero y el valor de mercado de los potenciales sucedáneos.

Creemos que ante la situación actual de incertidumbre, el uso de la fórmula en todo el país sería provechoso para los operadores jurídicos, porque representa un avance en el caos actual. Tampoco creemos que las fórmulas matemáticas merezcan rechazo de por sí, sin lugar a dudas son superiores a la mera prudencia y las muy proficuas fundamentaciones aparentes con las que nos han acostumbrado los tribunales.

Para ello, las fórmulas deben ser fáciles de aplicar y sus datos – los que se elijan– tienen que podersurgir de cualquier expediente. Las fórmulas que nos ofrecen estos investigadores pueden llegar a cumplir esos requisitos, pero todavía son pasibles de serias y fundadas críticas.

El resultado de la investigación del Grupo de Análisis de Criterios se compone de dos fórmulas distintas, que arrojan resultados dispares y que se componen de variables arbitrarias que bien pueden ser discutibles.

Los resultados que arrojan pueden llegar a ser razonables de conformidad con la ley, las necesidades de justicia y el valor de los bienes en el mercado, pero sin su cotejo, todo método de cuantificar la indemnización del daño moral es arbitrario y abstracto.

No obstante ello, las fórmulas inflexibles dejan totalmente de lado la apreciación del juzgador y la valoración del daño moral sin la que es imposible conocer el perjuicio. No puede conocerse el daño moral sufrido por la persona de la sola incapacidad física si no se analiza sus repercusiones sobre los bienes e intereses espirituales y personales que componen el acervo del ser humano.

No es conveniente, y con esto regreso a críticas ya manifestadas, cuantificar el daño moral partiendo de conceptos del mismo demasiado prietos. Y sin lugar a dudas, la formula en cada caso concreto puede necesitar de la corrección prudente del magistrado, porque el valor que se calcula por el perjuicio moral ligado al dolor puede quedar estrecho ante la realidad que se debe juzgar.

Creemos que las fórmulas que crean los investigadores son aptas como una posible solución, porque representan un avance y cuentan con fortalezas como su simpleza. Es probable que puedan reverse sus debilidades, situación a la que los juristas que las crearon se han mostrado abiertos.

Capítulo VI

La cuantificación de la indemnización del daño moral en el Derecho Comparado.

Metodología.

Encaramos la investigación del derecho comparado acudiendo a las fuentes disponibles en nuestro país, por esa razón, no se ha pretendido el desarrollo exhaustivo del estado del problema en otros países. En esta obra, se busca conocer de manera exploratoria la situación que atraviesa en el mundo la cuantificación del daño moral, mediante el estudio y la exposición de la materia en los países de donde se ha obtenido información. El sentido que tiene esta parte de la investigación, tras haber agotado el ámbito nacional, es conocer si existen soluciones al problema, absolutas o parciales, en otros derechos que puedan ser integradas al nuestro de forma total o en parte.

Estudiaremos, en primer lugar, los países de América – se ha podido reunir información sobre el tema en nueve países- y, luego, se da paso al análisis de la cuestión en los países de Europa, donde se ha dividido la órbita del common law y la del derecho europeo continental.

1. Cuantificación del daño moral en América.

1.1 Cuantificación del daño moral en Brasil.

Como punto de partida del estudio de la cuantificación del daño moral en Brasil⁷⁴⁰, previo a estudiar la ley y la doctrina, es interesante hacer lugar a otra mirada, que es la que tiene María Francisca Carneiro, quien estudia al daño moral desde la perspectiva del lenguaje. Sobre el tema, la jurista ilustra la situación del vecino país en el que “existe una actitud moderada para fijar los valores del resarcimiento, no aceptando pedidos millonarios a título de daño

⁷⁴⁰ La indemnización del daño y en especial del daño moral goza de jerarquía constitucional en el artículo 5, incisos V y X de la Constitución Federal brasileña.

moral puro. Cuando, junto con el daño moral se suma el perjuicio material, éste es complementado, raramente excedido. Esta sabia moderación condice con la realidad nacional y retrata la cultura del pueblo brasileño, interpretado por la frugalidad de los jueces”⁷⁴¹.

Estudiando el derecho positivo, seguimos a Rampazzo Soares, quien nos dice que en Brasil, las reglas del Código Civil referidas a los daños patrimoniales son suficientes para que el dañador y la víctima tengan una noción del quantum indemnizatorio que podría corresponderles pagar y cobrar. Sin embargo, en los daños morales no existe la misma certeza; porque el criterio objetivo presente en la cuantificación del daño material –en los que se lesionan bienes del mercado- no se encuentra en el daño moral, en el que se deben analizar criterios menos precisos como presunciones, indicios, entre otros criterios subjetivos⁷⁴².

El Código Civil vigente en el vecino país solo regula de forma general en el artículo 946: que en los casos de obligaciones indeterminadas en que la ley no especifique cuál es la indemnización debidas por el ofensor, las perdidas y daños serán fijadas según lo establecido por la ley procesal⁷⁴³.

En el artículo 475-C del Código de Proceso Civil, dentro del capítulo de liquidación de sentencia, se establecen dos incisos donde se define que la liquidación se realizará por arbitramento en los casos de determinación judicial y convención entre las partes (inciso I) y en los casos que sea necesario en virtud de la naturaleza del objeto de la liquidación (inciso II).La fijación de la indemnización del daño moral se encuadra en este último inciso, sin que sea necesario dar curso a

⁷⁴¹ Carneiro, María Francisca; *Método de valuación del daño moral. De los lenguajes al derecho*, Buenos aires, Hammurabi, 2001, pág. 87.

⁷⁴² Rampazzo Soares, Flaviana; *Responsabilidade civil por dano existencial*, Porto Alegre, Brasil, Livraria do Advogado Editora, 2009, pág. 124 y ss.

⁷⁴³ Mantiene el actual Código Civil la solución del artículo 1.533 del Código de 1916. Cfr. Gonçalves, Carlos Roberto; *Responsabilidade Civil*, 7ma ed., São Paulo, Brasil, Editora Saraiva, pág. 587.

otro proceso de liquidación de la sentencia –salvo cuando se necesite de la participación de peritos en esa etapa-744.

El juez debe justificar adecuadamente la sentencia, en respuesta a un imperativo constitucional, ya que el artículo 93 de la Constitución Federal exige que se especifiquen las razones del convencimiento del juzgador, que arbitre la indemnización de los daños inmateriales considerando las circunstancias del caso concreto –que deben ser expuestas en el pronunciamiento.

Es importante resaltar que en Brasil existieron leyes que contenían pautas para la cuantificación del daño moral, como lo fueron: el Código Brasileiro de Telecomunicaciones de 1962 –que fijaba la indemnización del daño moral entre los límites de cinco y cien salarios mínimos, según las circunstancias y el grado de culpa- y, posteriormente en 1967, la Ley de imprenta elevó el tope indemnizatorio a 200 salarios mínimos –y fue la referencia general en la materia daño moral por mucho tiempo, incluso siendo multiplicada.

La primera norma mencionada fue derogada en 1967 por el decreto ley Nro. 5.250 y la segunda norma fue desestimada jurisprudencialmente porque la normativa constitucional actual no establece ni tablas, ni tarifa que constriña al juez en la determinación de la reparación del daño moral745.

La doctrina, ante el flexible panorama que ha impuesto el Derecho Positivo, ha tratado de buscar soluciones interpretativas y prácticas acudiendo al valor de los precedentes jurisprudenciales, a la medicina legal y a la creación de reglas que operen como orientación en la cuantificación del daño moral.

⁷⁴⁴Rampazzo Soares, Flaviana; *Responsabilidade civil por dano existencial*, Porto Alegre, Brasil, Livraria do Advogado Editora, 2009, pág. 125 y ss. En contra Arnaldo Rizzardo y Athos Gusmão Carneiro, para quienes la sentencia debe determinar siempre el monto indemnizatorio, para evitar la liquidación como paso previo a la ejecución; la sentencia debe valer por sí misma, tener eficacia inmediata, ser exigible e independiente de cualquier formalidad. Cfr. Rizzardo, Arnaldo; *Responsabilidade civil*. Lei 10.406, de 10.01.2002, Rio de Janeiro, Brasil, 2005, pág. 269.

⁷⁴⁵ Rampazzo Soares, Flaviana; *op. cit.*, pág. 125 y ss.

Martins –Costa propone, dentro del grupo de juristas que recomienda acudir a los fallos jurisprudenciales, formar grupos de casos típicos, según los distintos intereses extrapatrimoniales lesionados y similitud de ratio decidendi.

Cenci, por su parte, entiende que se pueden emplear las enseñanzas de la medicina legal para fijar indemnizaciones de daños inmateriales, atendiendo al tratamiento necesario para eliminar sus consecuencias, según surja de la prueba pericial⁷⁴⁶.

Por su parte, María Helena Dimiz propone reglas para cuantificar homogéneamente la indemnización del daño moral: a) Evitar indemnizaciones simbólicas y enriquecimientos sin causa para la víctima; b) No aceptar tarifaciones y evitar indemnizar con porcentajes del daño patrimonial; c) Diferenciar montos indemnizatorios según la gravedad, extensión y naturaleza de la lesión; d) Verificar la repercusión pública del hecho y las circunstancias fácticas; e) Atender a las particularidades del caso y al carácter antisocial de la conducta lesiva; f) valorar los beneficios obtenidos por el dañador, su conducta posterior al hecho y su situación económica; g) averiguar el real valor del perjuicio sufrido por la víctima; h) tener en cuenta el contexto económico del país; i) verificar la intensidad del dolo o del grado de culpa del dañador; j) basarse en prueba firme y convincente del daño; k) analizar la persona del lesionado, considerar la intensidad del sufrimiento, sus principios religiosos, su posición social y política, su condición profesional, su grado de educación y cultura; l) procurar la armonización de las reparaciones en casos semejantes; m) aplicar criterios de justicia ante las circunstancias particulares del caso sub judice y buscar con cautela y prudencia objetiva a la equidad⁷⁴⁷.

⁷⁴⁶Martins –Costa, Judith; *Os danos a pessoa no direito brasileiro e a naturaliza da sua reparação*, Martín –Costa, Judith (Org.) *A reconstrução do direito privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p.438. Cenci, José Eduardo Callegari; Reflexões sobre o dimensionamento do dano moral para fins de fixação indenizatória, Revista dos Tribunais, v702, ano 83, p. 261-264, ambas obras cit. por Rampazzo Soares, Flaviana; *op. cit.*, pág. 126.

⁷⁴⁷Cfr. Gonçalves, Carlos Roberto; *Responsabilidade Civil*, 7ma ed., São Paulo, Brasil, Editora Saraiva, pág. 594.

En definitiva, en Brasil, según Carlos Roberto Gonçalves, no hay un criterio objetivo y uniforme para la fijación de la indemnización del daño moral; por ello, le cabe al juez, con buen sentido y usando la justa medida de las cosas, fijar un valor razonable y justa para la indemnización⁷⁴⁸.

1.2 Cuantificación del daño moral en Canadá.

No contamos con información actualizada sobre la cuantificación del daño moral en Canadá; por lo que la mención que se hace sobre este país es de contenido histórico y una mera referencia del estado de la materia antes de la entrada en vigencia del Código Civil de Quebec del año 1994.

Según las fuentes encontradas, en 1978, la Suprema Corte de Justicia de Canadá trazó las reglas de la responsabilidad civil por daños físicos en el caso “Andrews”. En lo inherente al daño moral, la Corte dijo que las indemnizaciones debían ser “razonables pero sustanciales” y fijó el máximo en la suma de USD 100.000,00, que se acumularía a otros rubros indemnizatorios que pudieran concurrir⁷⁴⁹.

1.3 Cuantificación del daño moral en Chile.

Chile ha sido protagonista de transformaciones en materia del daño moral. Principalmente, en lo que hace a su recepción y aplicación en el campo de los delitos y cuasi delitos.

Sin embargo, hasta la fecha no ha logrado incorporar algunos de los desarrollos que se han dado en países desarrollados e incluso en varios países de América Latina. Por ejemplo, no se ha reconocido la aplicación de las reglas del daño moral a la responsabilidad contractual y, en lo que hace a la cuantificación del daño moral, no cuentan con

⁷⁴⁸ Cfr. Gonçalves, Carlos Roberto; op. cit., pág. 597.

⁷⁴⁹ Perret, Louis; *Indemnización del daño físico grave*, AA.VV., *Daños*, Buenos Aires, Ediciones Deplama, 1991, pág. 25.

catálogos de tipos de perjuicios extrapatrimoniales y, tampoco, aplican baremos.

Además, según da cuenta la doctrina, los montos que se mandan a pagar por la lesión a la vida o a la integridad psicofísica son ínfimos y muchas veces menores que los daños patrimoniales –como el valor de la reparación del automóvil-⁷⁵⁰.

1.4 Cuantificación del daño moral en Colombia.

En Colombia “no existe un derrotero rígido que sirva como criterio de aplicación general”⁷⁵¹. Pero, eso, no implica que se carezca totalmente de métodos de cuantificación del daño moral. Para ello, como primera medida, se intenta reparar el daño extrapatrimonial mediante la restitución del bien al estado que se encontraba previo al daño.

La Corte Suprema de Justicia, desde 1922, tiene dicho que se debe devolver el bien que le fue suprimido a la víctima del daño extrapatrimonial⁷⁵². Como ejemplo de este principio, Tamayo Jaramillo, siguiendo a la Corte⁷⁵³, nos dice: “Así, si el daño consistió en un atentado contra la honra y el buen nombre, el responsable debería pagar todo lo que cuesten los medios (avisos de prensa, de radio, televisión, retractaciones, etc.) tendentes a devolver al perjudicado su buena imagen; de igual forma, si el daño consiste en el quebranto de los afectos y sentimientos (daño moral subjetivo) de la víctima, esta tiene derecho a que se haga todo lo necesario para que esa angustia desaparezca (por ejemplo, tratamiento médico)”⁷⁵⁴.

⁷⁵⁰ Domínguez Hidalgo, Carmen; La indemnización del daño moral. Modernas tendencias en el derecho civil chileno y comparado, Revista chilena de derecho, Vol. 25 N° 1, 1998, págs. 27 y ss.

⁷⁵¹ Tamayo Jaramillo, Javier; Tratado de Responsabilidad civil, 2da ed., 2da reimpr., Colombia, 2007, Legis, T° II, pág. 493.

⁷⁵² Tamayo Jaramillo, Javier; *op. cit.*, T° II, pág. 491.

⁷⁵³ Corte Suprema de Justicia de Colombia, sent., 21 jul. 1922, “G.J.”, t. XXIX, p.220. cit. por Tamayo Jaramillo, Javier; Tratado de Responsabilidad civil, 2da ed., 2da reimpr., Colombia, 2007, Legis, T° II, pág. 491.

⁷⁵⁴ Tamayo Jaramillo, Javier; *op. cit.*, T° II, pág. 491 y ss. Según este autor, este tipo de soluciones pueden derivar en la identidad entre el daño emergente y el daño moral, porque la

Dentro de la misma línea de pensamiento, si el daño afectara las actividades vitales, se indemnizaría el daño moral a través de los medios que las restablecieran o reemplazara.

En caso de ser imposible la restauración del bien extrapatrimonial dañado a la víctima, se le puede proporcionar, a criterio del juez, satisfacciones económicas que compensen el daño causado.

En la indemnización dineraria del daño moral, hay dos aspectos se dan en Colombia que merecen ser remarcados: el primero de ellos, es que se asigna indemnizaciones más altas a quienes detentan menor nivel económico⁷⁵⁵ y, el segundo aspecto llamativo, es que se ha entendido en jurisprudencia y doctrina que las indemnizaciones del daño moral subjetivo, es decir aquel ligado al fuero interno del sujeto, puede tener carácter simbólico (entendiendo por tal a la pretensión de la víctima de obtener una declaración de reproche de la conducta del demandado sin importar la reparación en dinero)⁷⁵⁶.

Sobre el último aspecto mencionado, el carácter simbólico de la indemnización del daño moral, Tamayo Jaramillo, no expresa adhesión a la idea de que se aplique a todo tipo de perjuicio moral; al contrario, efectúa un distingo en base al que se discriminan daños morales subjetivos, daños a la integridad personal y daños morales objetivos.

Al respecto, opina el mismo jurista citado, que en los primeros – los daños morales subjetivos- deben ser reparados mediante publicaciones, tratamientos y cualquier medio apto; agotados estos, la indemnización en dinero debería ser meramente simbólica. En cambio, en las lesiones a la integridad personal, la indemnización no puede ser simbólica y debe basarse en la merma fisiológica que sufre la persona.

reparación implica hacer desaparecer al daño moral y en nada se diferencia de otras indemnizaciones por daño emergente.

⁷⁵⁵ Criterio aceptado por la Corte Suprema de Justicia el 23 de abril de 1941, “G.J.”, t.II, p. 435. Cit. por Tamayo Jaramillo, Javier; *op. cit.*, Tº II, pág. 495.

⁷⁵⁶ Tamayo Jaramillo, Javier; *op. cit.*, Tº II, pág. 492 y ss.

En cuanto a los daños morales objetivos –que recaen sobre el buen nombre, la libertad, el honor, etc.- su indemnización dependerá según cual sea el perjuicio y su intensidad y la posibilidad de repararse; en este contexto, nos dice, que es viable la indemnización simbólica porque es común que quien se ha visto lesionado en su honor, por ejemplo, busque el desagravio en la condena del ofensor⁷⁵⁷.

Desde la Jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia de Colombia en sus fallos ha definido como aspectos centrales en la cuantificación del daño moral a la posición social de los interesados, su grado de cultura y la magnitud del pesar causado⁷⁵⁸.

Desde 1974 no aplica en sede civil los topes que se instituyeron en los distintos códigos penales; y en efecto, la misma Corte se ocupó de ir temporalmente fijando los topes máximos de la indemnización del daño moral; el 2001 el tope se fijó en \$15.000.000 de pesos colombianos, lo que demuestra un gran aumento en términos nominales si se tiene en cuenta que en 1974 el tope se estableció en \$30.000,00⁷⁵⁹.

En la órbita de lo contencioso administrativo, el Consejo de Estado se apartó en 2001 de los topes máximos previstos por la ley penal, procurando proporcionar reparaciones equitativas e integrales, como lo exige la Ley 446 de 2008, según el arbitrio del juzgador.

⁷⁵⁷ Tamayo Jaramillo, Javier; *op. cit.*, T° II, pág. 493 y 494. El autor señala que muchas veces los montos que fijan los tribunales alcanzan los límites máximos que suelen aceptarse, lo que contradice la doctrina del carácter simbólico de la reparación. Los límites máximos surgen de la ley penal y han ido variando con las distintas modificaciones al Código Penal; por ejemplo en el artículo 95 del Código Penal de 1936 el límite para el resarcimiento del daño moral se estableció en \$2.000,00; en el artículo 106 del Código de 1980 en mil gramos oro; actualmente, según el Código Penal de 2000, en mil salarios mínimos legales. Sin embargo, la sala de Casación Civil de la Corte Suprema Colombiana ha establecido el 27 de septiembre de 1974 que estos límites solo recortan el juzgamiento del juez penal, no así al magistrado civil. Cfr. Koteich, Milagros; *El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento. Italia y Colombia, vicisitudes de dos experiencias*, Revista de derecho privado, N° 10, 2006, pág. 188.

⁷⁵⁸ Tamayo Jaramillo, Javier; *op. cit.*, T° II, pág. 495.

⁷⁵⁹ Koteich, Milagros; *El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento. Italia y Colombia, vicisitudes de dos experiencias*, Revista de derecho privado, N° 10, 2006, pág. 189.

Como pauta de referencia, el Consejo ha establecido los 100 salarios mínimos para daños morales de la mayor magnitud⁷⁶⁰.

Ni los topes de la Corte suprema ni los del Consejo de Estado son obligatorios para los demás magistrados; por ello, la cuantificación del daño moral continúa en manos de los jueces, que si bien pueden acudir a las referencias que proporcionan los máximos órganos jurisdiccionales, continúan contando con su prudencia como herramienta para cuantificar el daño moral en los casos que lleguen a su conocimiento.

1.5 Cuantificación del daño moral en Costa Rica.

La reparación del daño moral está prevista los artículos 41 de la Constitución Política de la República de Costa Rica⁷⁶¹, en el artículo 1045 del Código Civil (que define de forma amplia al daño incluyendo a todas las especies), en el artículo 103 del Código Penal⁷⁶² y en los artículos 122⁷⁶³ y 125 del Código Penal de 1941 (vigente por Ley N° 4891).

El artículo 125 del Código Penal de 1941 regula la reparación del daño moral, en las infracciones contra la honra, la dignidad o la honestidad o en otros casos de daño a intereses de orden moral. En estos casos se debe fijar una indemnización dineraria que puede ser calculada por un perito –de ser posible- o por prudencia judicial. Según la norma el juez debe atender a: “las circunstancias de infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencias habidas o posibles del agravio sufrido”.

⁷⁶⁰Koteich, Milagros; El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento. Italia y Colombia, vicisitudes de dos experiencias, Revista de derecho privado, N° 10, 2006, pág. 191.

⁷⁶¹ La norma prevé expresamente: “ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales”.

⁷⁶² El artículo 103 del Código Penal de Costa Rica establece que: “Todo hecho punible tiene como consecuencia la reparación civil, que será determinada en sentencia condenatoria”.

⁷⁶³ Este artículo 122 del Código Penal de 1941, vigente por Ley 4891, determina que la reparación del daño comprende: a) La restitución de la cosa; b) la reparación del daño material y moral; y c) la indemnización de los perjuicios.

En la aplicación de la ley, la cuantificación del daño moral en Costa Rica corresponde a los jueces⁷⁶⁴, a quienes la jurisprudencia llama: perito peritorum, por ser la persona más autorizada a expresarse en el tema. Para ello, como herramienta primordial cuenta con la prudencia, para evitar indemnizaciones exorbitantes y enriquecimientos sin causa. Minoritariamente, algunos jueces en sede penal, acuden al auxilio de peritos matemáticos para que calculen la indemnización del daño moral⁷⁶⁵.

Si bien la ley permite la prudencia judicial, para no caer en la arbitrariedad, la jurisprudencia ha ido sentando pautas en Costa Rica, principalmente a instancias de la Corte Suprema. Cabe señalar cuáles con las pautas en cuestión: a) necesaria demostración del daño; b) determinar las consecuencias habidas o posibles; c) La acreditación del daño mencionado (*in re ipsa*); d) fijación de indemnización dineraria por prudencia o auxilio de peritos; e) condiciones de la persona ofendida; f) la naturaleza y consecuencias habidas o posibles del agravio sufrido; g) la intensidad del dolor sufrido; h) la gravedad de la falta cometida; i) las circunstancias personales y repercusión subjetiva del daño moral en la víctima; j) estas pautas deben conjugarse con el prudente arbitrio del juez, su ciencia y experiencia⁷⁶⁶.

⁷⁶⁴ Gadea Nieto, Daniel; *La reparación del daño moral: aspecto penal y criminológico*, Revista de ciencias jurídicas, tº 70, San José, Costa Rica, 1991, pág. 22.

⁷⁶⁵ Leiva Méndez, Juliana; Méndez Castillo, Alexa; Criterios jurisprudenciales para determinar la indemnización del daño moral en sede penal. Análisis de las sentencias de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal de Casación Penal de San José, a partir del año 2000. Tesis para acceder al título de Licenciadas en Derecho San José, Costa Rica, 2010, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, págs. 84 y ss. Sobre la función y necesidad de los peritos matemáticos se ha postulado: “consideramos que en la actualidad existiendo el Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica, el cual congrega una cantidad importante de Licenciados en ciencias económicas y existiendo un listado de peritos actuario matemáticos debidamente aprobados por la Dirección Ejecutiva del Poder Judicial, no se explica el hecho de que algunos operadores del derecho rechacen, sin motivo válido la pertinencia del nombramiento de peritos actuarios matemáticos para la cuantificación del daño moral cuando la mayoría de la doctrina imperante y nuestra jurisprudencia patria han dejado claramente establecido que, reiteramos, la facultad discrecional del juzgador, a tenor de lo que dispone el artículo 125 del Código Penal de 1941, opera en ausencia de dictamen pericial, razón por la cual no se explica en la actualidad, que exista resistencia en atención al tema del nombramiento de peritos actuarios matemáticos que valoren el llamado daño moral”. *Cfr.* Chinchilla Fernández, Max; *Justicia restaurativa y compensación de daños no materiales*, <http://www.poder-judicial.go.cr/observatoriojudicial/vol73/comentarios/cm01.htm>

⁷⁶⁶ Leiva Méndez, Juliana; Méndez Castillo, Alexa; *op. cit.*, págs. 129 y ss.

Gadea Nieto señala como aspectos computables en sede penal para la cuantificación del daño moral a los siguientes: a) la gravedad objetiva del daño, según el contenido de la imputación o el hecho agravante, su difusión, el lugar donde fue cometido y el medio empleado; b) la personalidad de la víctima donde se considera su situación social y familiar, y su particular aptitud para asimilar al agravio según su aptitud psicofísica o personalidad; c) la personalidad del autor del ilícito; d) capacidad económica de las partes, atento a que mayor sea, mayor debe ser la indemnización⁷⁶⁷.

1.6 Cuantificación del daño moral en México.

La valoración del daño moral ha sido objeto de discusión en México. Una de las posiciones que se han tomado es la del Dr. Rafael Rojina Villegas (autor del proyecto de reformas al Código Civil del Distrito Federal), quien ha opinado que el juez tiene que fijar el monto resarcitorio de forma discrecional y prudente, contemplando los valores espirituales lesionados. Además, en el mencionado proyecto, el jurista mexicano ha propuesto para conformar el derecho positivo una serie de pautas a tener en cuenta en la cuantificación del daño moral –sexo, edad y condiciones particulares de la víctima- y la autonomía como principio de este tipo de daños, con prescindencia del daño patrimonial aún en su total ausencia⁷⁶⁸.

El Código Civil de 1928 en el artículo 1916 preveía la reparación del daño moral y, en lo que nos preocupa en este trabajo, la cuantificación del daño moral. La norma acudía a la equidad como principio rector, pero supeditada a un tope fijado arbitrariamente en la tercera parte del daño material. Dicho de otra manera, el juez puede

⁷⁶⁷Gadea Nieto, Daniel; La reparación del daño moral: aspecto penal y criminológico, Revista de ciencias jurídicas, tº 70, San José, Costa Rica, 1991, pág. 22.

⁷⁶⁸ Galindo Garfi, Ignacio; Comunicaciones Mexicanas al XI Congreso Internacional de Derecho Comparado (Caracas 1982), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, pág. 124.

fijar equitativamente una indemnización del daño moral sin excederse de la tercera parte del daño patrimonial⁷⁶⁹.

La ley daba facultades al juez para que pudiera aplicar su prudente arbitrio, pudiendo incluso absolver al demandado. Mereció crítica la norma porque supeditaba al daño moral a la existencia de daño patrimonial y fijaba un máximo indemnizatorio en relación con el daño material⁷⁷⁰.

La actual versión del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, vigente desde el 31 de diciembre de 1982, posee nuevas reglas para orientar al juez en la tarea de cuantificar el daño moral. En su texto vigente la norma señala: “El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso”⁷⁷¹.

En la reforma, el legislador ha reforzado la noción de que la labor judicial al momento de fijar un monto indemnizatorio del daño moral no es una tarea arbitraria, por lo que se le señala que debe atender a parámetros objetivos que ahora contiene la norma⁷⁷² para arribar a una decisión proporcionada con la gravedad objetiva del daño que evite la fijación de montos simbólicos, en un extremo, y enriquecimientos sin causa, en el otro⁷⁷³.

1.7 Cuantificación del daño moral en Perú.

En Perú, el Código Civil de 1984 ha incorporado el daño moral causado por incumplimiento obligacional (Art. 1322) y por hechos propios de la responsabilidad aquiliana (Arts. 1984 y 1985).

⁷⁶⁹ Galindo Garfi, Ignacio; *op. cit.*, pág. 134.

⁷⁷⁰ Galindo Garfi, Ignacio; *op. cit.*, págs. 134 y ss.

⁷⁷¹ Kobets, Yacov, *Reparación del daño moral*, México, Editorial Porrúa, 2007, págs. 15 y ss.

⁷⁷² Kobets, Yacov, *op. cit.*, pág. 19.

⁷⁷³ Kobets, Yacov, *op. cit.*, pág. 21.

Lo novedoso en este Código es que recepta tanto al daño a la persona como al daño moral; y, en cuanto a este, determina que se indemniza “considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima y a su familia”.

Juan Espinoza Espinoza, desde la doctrina, señala que debe tenerse en cuenta en la cuantificación del daño moral a una serie de pautas: a) Necesidades del dañado y posibilidades del dañador; b) gravedad del acto que ocasionó el daño; c) comportamiento de la víctima y del ofensor después de producido el daño; d) edad; e) grado de capacidad; f) estado físico y psíquico; g) relación de parentesco; h) convivencia; i) dependencia afectiva y económica; j) parientes únicos y plurales; k) consecuencias psíquicas y físicas acreditadas en la causa⁷⁷⁴.

La jurisprudencia del país sobre cuantificación del daño moral es catalogada como imprevisible y carente de motivación. Imprevisible, pese a que los jueces sí han intentado fijar parámetros, pero no han logrado todavía la uniformidad. Inmotivada, porque no se expresa cuáles han sido los fundamentos que justifican el monto de condena por el rubro. Tampoco se ha dejado claro en las sentencias cuáles son las diferencias entre el daño a la persona y el daño moral⁷⁷⁵.

Normalmente, el juez fija según su criterio sumas por el daño moral sin pruebas para poder cuantificarlo y sin criterios que permitan conocer los porqués de las cifras. Por otro lado, tampoco se han pronunciado respecto a cuáles son los elementos que permiten conocer la magnitud del daño. En los casos que atienden los jueces penales, ni siquiera se suele distinguir dentro del monto global

⁷⁷⁴<http://materialesensenanza.blogspot.com.ar/p/presentaciones-de-responsabilidad-civil.html>

⁷⁷⁵ Según Leysser León, la doble clasificación incorporada al Código Civil Peruano de 1984 ha sido un desierto que derivó en una guerra de etiquetas que ha evitado el desarrollo de la cuantificación del daño moral en Perú. En palabras del autor: La llamada “guerra de etiquetas”, desatada desde la promulgación del Código Civil de 1984, ha hecho perder de vista una tarea de mucho mayor importancia, que siempre ha ido de la mano con el tema del daño moral, cuál es la de perfeccionar la técnica para su cuantificación. V. León, Leysser L.; *Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano*, Revista Peruana de Jurisprudencia 2003 N° 23, <http://dike.pucp.edu.pe>, pág. 44.

indemnizatorio, cuánto corresponde por daño patrimonial y cuánto corresponde por daño moral; en esto mismo, recaen los abogados peruanos que no efectúan el distingo en sus peticiones ni se encargan de probar el daño extrapatrimonial⁷⁷⁶.

Los montos indemnizatorios que se mandan a pagar suelen no responder a justificaciones uniformes, variando las cuantías entre el mínimo de 2.500 soles y el máximo de 400.000,00 dólares⁷⁷⁷.

1.8 Cuantificación del daño moral en Uruguay.

En la República Oriental del Uruguay ha estudiado profundamente al daño moral la Dra. Beatriz Venturini. Su obra titulada: “El daño moral en nuestra jurisprudencia y en el derecho comparado” es material de consulta y referencia de nuestros juristas y, sin lugar a dudas, es de análisis obligatorio en esta tesis.

La obra permite conocer la opinión de la doctrina y también los pronunciamientos judiciales, por lo que se puede tener una noción del status quo del problema en la época de creación del libro. Lamentablemente la obra tiene más de veinte años por lo que es probable que se hayan producido algunas modificaciones sobre el tema que no quedan plasmadas en el libro.

En el mencionado estudio, en el capítulo VI, se desarrolla la “Avaluación del daño moral” teniendo en consideración cuatro aspectos: a) Criterios o elementos de evaluación; b) valoración de los daños: criterios objetivos y subjetivos; c) estimación concreta del monto; y, d) actualización de las indemnizaciones⁷⁷⁸.

⁷⁷⁶ AA.VV; Trabajo de Investigación: *El daño moral en la responsabilidad civil. Análisis en el derecho comparado y nacional*, Sotomarino Cáceres, Silvia Roxana (Resp.), Universidad San Martín de Porres, Perú, 2009, págs. 58 y 59.

⁷⁷⁷ AA.VV; op. cit., págs. 84.

⁷⁷⁸ Venturini, Beatriz; *El daño moral en nuestra jurisprudencia y en el derecho comparado*, 2da ed. Corregida, actualizada y ampliada, Montevideo, Uruguay, Fundación de cultura universitaria, 1992, pág. 91

a) Criterios o elementos de evaluación.

Medir las emociones humanas que son distintas en cada individuo es dificultoso; por ello, el juez debe acudir a pautas subjetivas y objetivas para determinar una justa compensación. Para la jurista, fue la jurisprudencia en el vecino país quien marcó los aspectos relevantes a tenerse en cuenta: 1) la entidad de la lesión o el dolor sufrido y la duración de las secuelas; 2) edad y sexo de la víctima; 3) Carácter permanente o transitorio del menoscabo; 4) Relación de parentesco con la víctima en casos de daño moral indirecto o como dice la jurista “por rebote”; y, 5) La sensibilidad del lesionado o sus familiares si se trata de daño moral indirecto⁷⁷⁹.

Además de señalar cuales son los criterios doctrinarios y jurisprudenciales aceptables, se ocupa de desbrozar a los que considera inapropiados: 1) fijación del daño moral en proporción al patrimonial –Criterio defendido en Uruguay por los Silva Delgado y Burella-; 2) consideración del caudal económico de las partes⁷⁸⁰; 3) No deben incidir el dolo o culpa del dañador, salvo –como señala Gamarra- cuando agravan el perjuicio sufrido; y, 4) emplear el criterio de solo los daños morales graves son reparables⁷⁸¹.

b) Valoración de los daños. Criterios objetivos y subjetivos.

En la responsabilidad civil se distinguen dos fases; por un lado la comprobación del hecho ilícito con todos sus elementos –antijuridicidad, factor de atribución, relación de causalidad y daño-; por otro lado, la determinación del quantum indemnizatorio. Como resultado del segundo estadio, las sentencias no contienen

⁷⁷⁹ Venturini, Beatriz; *op. cit.*, págs. 91 y 92.

⁷⁸⁰ El caudal económico de las partes es algo externo a la reparación que debe ser proporcionada por el daño sufrido. Pese a esa observación, al momento de la obra todavía existían jueces en Uruguay que aplicaban en sus sentencias la doctrina criticada. Cfr. Venturini, Beatriz; *op. cit.*, pág. 92 y 93.

⁷⁸¹ La gravedad o poca entidad del daño sufrido no puede ser determinante de la resarcibilidad del daño. Hay daño o no hay daño, existe o no existe, y si existe su mayor o menor trascendencia deriva en una mayor o menor avalúo; porque la gravedad del daño es solo una unidad de medida no un requisito del daño resarcible. Cfr. Venturini, Beatriz; *op. cit.*, pág. 95.

fundamentos explícitos de los montos resarcitorios y, muchas veces, se llega a fijar montos globales para múltiples damnificados⁷⁸².

Lo que no debe perderse de vista al cuantificar el daño moral es que se debe intentar alcanzar una reparación integral y reubicar al afectado en la situación anterior al daño. A pesar de esas directrices, la jurisprudencia es cautelosa porque teme proveer beneficios y no reparación; no obstante, se nos advierte que las reparaciones de daño moral en el vecino país se encontraban en alza⁷⁸³.

En la opinión de la jurista oriental cuyas ideas exponemos, “valorar o avaluar significa confrontar un objeto con una entidad cuantitativa”⁷⁸⁴. La tarea se realiza empleando criterios de evaluación que pueden ser objetivos o subjetivos. Los primeros, son aquellos que toman en abstracto el valor del bien dañado y organizan medios de estimación automáticos o tarifados para todos los casos. Mientras, que los segundos, miden la significación que tiene el bien para el damnificado y, con esa base, se pondera la indemnización. Es importante tener presente en la valoración del daño a la función del nexo causal, porque es determinante de la entidad del daño y por ende de la indemnización, pudiendo motivar cercenamientos al monto indemnizatorio si hay presencia de culpa de la víctima u otra concausa⁷⁸⁵.

Los jueces pueden acudir a todo tipo de criterio de evaluación del daño moral, para no encorsetar al magistrado que tiene la responsabilidad de amparar y estimar la pretensión resarcitoria. De entre los criterios objetivos y los subjetivos, se da preeminencia a éstos porque se favorece la libertad judicial, permite la prudencia de los magistrados (sin discrecionalidad ni arbitrariedad) y la consideración de la realidad económica de ámbito del damnificado. De todos modos, en Uruguay prolifera la tendencia a la objetivación

⁷⁸² Venturini, Beatriz; *op. cit.*, pág. 96.

⁷⁸³ Venturini, Beatriz; *op. cit.*, pág. 96

⁷⁸⁴ Venturini, Beatriz; *op. cit.*, pág. 96.

⁷⁸⁵ Venturini, Beatriz; *op. cit.*, pág. 96.

de la reparación del daño moral a partir del empleo de los precedentes judiciales y su publicación⁷⁸⁶.

La atención que han puesto los jueces al fijar el daño moral en los importes dinerarios frecuentemente otorgados en otras sentencias ha sido recibida con beneplácito por autores de la talla de Gamarra y la misma Venturi, quien ha llegado a confeccionar cuadros que han tenido aceptación en parte de la jurisprudencia⁷⁸⁷. Así y todo, trabajos de juristas de aquel país indican que existían grandes disparidades entre los montos que los tribunales cuantificaban; por ejemplo, en casos de muerte de ascendientes y ascendentes las variaciones jurisprudenciales se manifestaban entre los cuatro mil y setenta mil dólares⁷⁸⁸.

c) Estimación concreta o monto.

El monto indemnizatorio no debe constituir un enriquecimiento, así como tampoco debe ser simbólico; sí debe ser acorde con la realidad económica del país⁷⁸⁹ y sin topes, en aras de la indemnización integral y la protección de la víctima⁷⁹⁰.

Estudió la Dra. Venturini la evolución de los montos indemnizatorios del daño moral entre los años 1984 y 1991. Sobre ese periodo analizado, la jurista puede extraer cinco conclusiones: 1) Salvo excepciones en casos de suma gravedad, si bien existe un incremento de los montos indemnizatorios no llegan a ser exorbitantes. Los montos por debajo del promedio pueden tener

⁷⁸⁶Venturini, Beatriz; op. cit., pág. 98.

⁷⁸⁷Venturini, Beatriz; op. cit., pág. 98.

La autora no cree que los criterios a emplearse en la valuación del daño moral puedan ser solo objetivos. Por el contrario propone partir de los valores que la jurisprudencia determina en casos similares para luego ajustarlos en base a las particularidades del caso empujando los criterios de tinte subjetivos. Cfr. Venturini, Beatriz; op. cit., pág. 99.

⁷⁸⁸ Van Rompaey; Criterios evaluatorios de la cuantía de en la reparación del daño moral. Primer simposio sobre responsabilidad civil en el transporte terrestre, págs. 221 y ss. Cit. por Venturini, Beatriz; op. cit., pág. 99.

⁷⁸⁹ La autora señala que el Dr. Gamarra ha denunciado valores indemnizatorios de los daños extrapatrimoniales en sumas de USD 125.000 por muerte de un hijo en un accidente de tránsito y USD 248.000 por muerte de un niño de cinco años en un ascensor. Cfr. Venturini, Beatriz; op. cit., pág. 100.

⁷⁹⁰Venturini, Beatriz; op. cit., pág. 101.

relación con insuficientes pretensiones en las demandas; 2) En casos de lesiones o muerte existe cierta disparidad entre los montos fijados; 3) Los montos más elevados en las sentencias deben dividirse entre varias personas. Cuando hay un único reclamante el monto indemnizatorio promedio no supera los USD 12.000. Los casos denunciados por el Dr. Gamarra son solo excepciones; 4) Las mediciones promedio efectuadas para 1987 por el Dr. Van Rompaey son coincidentes con las de 1989, reseñadas por la Dra. Venturini; 5) De una proyección comparativa entre las sumas indemnizatorias de muerte y lesiones, éstas tienden a aumentar más que las primeras; en consecuencia, las indemnizaciones son mayores en los casos de lesiones que en los casos de muerte.

Además, suelen ser más altas las sumas determinadas por jueces de primera instancia que luego son rebatidas por la alzada, sin perjuicio de que en algunos supuestos son los Tribunales los que han elevado las cifras asignadas en la primera instancia por resultar insuficientes⁷⁹¹.

d) Actualización de las indemnizaciones.

El último aspecto relevante que señala la jurista del vecino país es la actualización de la indemnización de los montos resarcitorios del daño moral. La autora, desde la vigencia del Decreto Ley 14.500, sugería llevar adelante las siguientes operaciones para evitar la pérdida de poder adquisitivo de la reparación: 1) Estimar la suma adecuada al momento de la sentencia; 2) tomar el índice general de precios a la fecha de la sentencia y dividirlo por el de la fecha del ilícito (mayor / menor) para conocer el efectivo aumento del costo de vida; 3) Dividir la suma de indemnización al momento de la sentencia por el coeficiente calculado en base a los índices generales de precio y se obtiene la suma reparatoria apropiada al momento del hecho ilícito⁷⁹².

⁷⁹¹Venturini, Beatriz; op. cit., págs. 113 y ss.

⁷⁹²Venturini, Beatriz; op. cit., págs. 116 y ss.

En casos de daño moral por incumplimiento contractual, el perjuicio debe ser reparado al momento de la mora y, desde esa fecha, debe actualizarse la indemnización hasta el día de pago, siguiendo el procedimiento ya expuesto, para evitar el doble reajuste⁷⁹³.

1.9 Cuantificación del daño moral en Venezuela.

En Venezuela el Código Civil recepta la clasificación bipartita de daño patrimonial y extrapatrimonial en el artículo 1196, que se ha diseñado en los términos que se transcriben: “La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito”.

El Juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o a los de su familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada.

El Juez puede, igualmente, conceder una indemnización a los parientes, afines, o cónyuge, como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima.

Al estudiar la jurisprudencia venezolana, Sheraldine Pinto Oliveros, constata que “el daño moral ha sido limitado a la reparación del dolor sufrido por la persona como consecuencia a una pérdida inmaterial, espiritual o afectiva”, por ello, no se lo acredita de forma directa –por su naturaleza subjetiva-. Precisamente en lo que respecta a la cuantificación del daño moral, la misma profesora expresa que “una vez que se ha demostrado el denominado hecho generador del daño procede la estimación del daño moral, la cual debe ser realizada por el Juez con prudente arbitrio”⁷⁹⁴.

⁷⁹³Venturini, Beatriz; op. cit., págs. 122 y ss.

⁷⁹⁴Sheraldine Pinto Oliveros, *La experiencia latinoamericana del daño a la persona*, <http://www.personaedanno.it/danni-non-patrimoniali-disciplina/la-esperienza-latinoamericana-del-dano-a-la-persona-sheraldine-pinto-oliveros>

Se ha entendido, según emerge de la ley y de la jurisprudencia, que se ha dotado de gran libertad para la fijación racional y equitativa de la indemnización del daño moral. Para facilitar la tarea, como es habitual en otros países, se han ido estableciendo reglas para guiar al juez, que han sido ratificadas por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en el caso José Tesorero vs. Hilados Flexilon el día 07 de marzo de 2002: “a) La entidad (importancia) del daño, tanto físico como psíquico (la denominada escala de los sufrimientos morales); b) el grado de culpabilidad del accionado o su participación en el accidente o acto ilícito que causó el daño; c) la conducta de la víctima; d) el grado de educación y cultura y la posición socio-económica del reclamante; e) la capacidad económica de la parte accionada, así como los posibles atenuantes a favor del responsable; f) el tipo de retribución satisfactoria que necesitaría la víctima para ocupar una situación similar a la anterior al accidente o enfermedad”⁷⁹⁵.

2. Cuantificación del daño moral en Europa

Sobre la cuantificación del daño moral en Europa, como expresión más general en la materia, existen los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil⁷⁹⁶, entre los que se han introducido pautas de valoración de la indemnización del perjuicio extrapatrimonial, en la sección 3 Daño no patrimonial, artículo 10:301, que se subdivide en tres partes.

De las tres partes del artículo, la primera se encarga de definir cuándo puede indemnizarse el daño extrapatrimonial, que no procederá ante toda lesión a un interés del sujeto, sino en aquellos

⁷⁹⁵Sheraldine Pinto Oliveros, *La experiencia latinoamericana del daño a la persona*, <http://www.personaedanno.it/danni-non-patrimoniali-disciplina/la-esperienza-latinoamericana-del-dano-a-la-persona-sheraldine-pinto-oliveros>

⁷⁹⁶ Si bien no constituyen derecho positivo, estos principios son el resultado de diez años de trabajo del Grupo Europeo de Responsabilidad Civil que aglutina a prestigiosos juristas de la UE y otros países, lo que ha llevado a que los Principios gocen de autoridad y aceptación generalizada como doctrina y referencia para la armonización de las legislaciones. Esta misma función se le ha atribuido a las *Extra-Contractual Obligations*, del *Study Group on a European Civil Code*.

casos que el tipo de interés en juego amerite protección y se declara expresamente que procede en casos de lesiones al cuerpo, la dignidad, y la libertad; así como en caso de muerte de un allegado o lesión muy grave.

Lo más interesante para nosotros está en las siguientes partes del artículo, ya que en la segunda y tercera se define qué aspectos son computables a los fines de cuantificar el daño moral.

Efectivamente, en la segunda parte del artículo 10:301, comprensiva de la generalidad de casos donde se presenten daños morales resarcibles se dice que “para cuantificar tales daños se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño. El grado de culpa del causante del daño sólo se tendrá en cuenta si contribuye al daño de la víctima de modo significativo”.

Según la tercera parte del artículo, corresponde, además, en todos los casos, incluyendo las lesiones corporales y la muerte del allegado, “se deberán conceder sumas indemnizatorias similares por aquellas pérdidas que sean objetivamente similares”.

Todas estas pautas sobre la cuantificación del daño moral son de importancia; porque orientan por su autoridad doctrinaria a la armonización de las legislaciones internas, aunque no tengan valor normativo.

2.1 La indemnización del non pecuniary loss en los sistemas del Common Law.

Con la convicción de que los daños extrapatrimoniales⁷⁹⁷ no se pueden compensar al punto de la *restitutio in integrum*, los tribunales

⁷⁹⁷ En Inglaterra el daño moral no cuenta con una amplia protección para todo supuesto mediante las normas generales, como ocurre en nuestro derecho. Al contrario, se tutelan algunos intereses morales en especial mediante el reconocimiento de *torts* específicos que solo tutelan un interés determinado; por ejemplo el honor o la intimidad. Los juristas se han visto en la necesidad de acudir a los textos de Derechos Humanos para difundir la protección que las reglas de la

ingleses y galeses apuntan a alcanzar una justa y razonable compensación de los perjuicios sufridos por el afectado mediante el uso de baremos⁷⁹⁸.

En Inglaterra para cuantificar el daño extrapatrimonial los jueces intentan realizar un sistema discrecional en base a precedentes, que sea justo y razonable en el contexto social, económico e industrial del país; sin embargo, existen, verificablemente, determinaciones de indemnizaciones diferentes ante casos similares. Como paliativo a este problema las Cortes británicas, en busca de hacer predecibles las indemnizaciones, han elaborado tablas aproximadas para comparar los montos que se han asignado⁷⁹⁹. Estas guías o baremos carecen de fuerza legal; por ello, el proceso de cuantificación de la indemnización continúa siendo flexible y discrecional⁸⁰⁰.

En la jurisprudencia se ha expresado las dificultades que encierra la justa compensación del daño moral y alcanzar en la materia algún grado de uniformidad y predictibilidad. Al respecto, se dijo que la indemnización es un asunto tan complejo que debe ser básicamente una figura convencional derivada de la experiencia o de los valores fijados en casos similares⁸⁰¹.

Desde la doctrina, se critica que la falta de uniformidad visible en la jurisprudencia cuando se trata de indemnizar el daño moral y afirman que no es viable un análisis lógico que permita a los litigantes predecir un monto para su caso, atento a que el juez decide gobernado por los principios de comparación y proporcionalidad que dan espacio

responsabilidad no podían proveer. Cfr. Barrientos Zamorano, Marcelo; *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Salamanca, España, Ratio legis Librería Jurídica, 2007, pág.425.

En la práctica cuando debe ser valorado y cuantificado el daño moral en casos que se han dado condenas elevadas por daño patrimonial, suele ocurrir que se ve mermada la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales, con diferentes justificaciones que hacen ver que no se encuentra perfectamente delineado el campo de cada uno de los perjuicios; por lo que no solo hay un estrecho marco en la ley para la protección y reparación de este tipo de intereses; también sufren un recorte en el momento de dictarse la sentencia. Cfr. Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, págs. 432 y 433.

⁷⁹⁸ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág.422.

⁷⁹⁹ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág.422.

⁸⁰⁰ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág.424.

⁸⁰¹ Lord Denning, juez de la Court of Appeal, (1966) 1 QB 273, 293-294, 296, 300. Cit. por Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág.423.

a la discrecionalidad, haciendo inútil cualquier tipo de estudio al respecto⁸⁰².

En líneas generales, según el informe *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injuries Cases*, en cuanto a la indemnización del daño extrapatrimonial, no hay marcadas diferencias entre el sistema inglés y el alemán, salvo que ante casos graves las indemnizaciones son mayores en el país continental⁸⁰³. Tampoco se advierten hondas divergencias entre el sistema inglés y el escocés. En cambio, en Irlanda se advierte, como rasgo característico, una actitud más favorable a la víctima⁸⁰⁴.

Las ya referidas tablas o baremos del non pecuniary loss son escalas indemnizatorias sin sustento legal ni obligatoriedad, destinadas a casos graves y de considerable duración. La cuantía del resarcimiento depende de diferentes variables: 1) gravedad; 2) nivel de percepción del dolor que tenga la víctima; 3) edad y estado civil; 4) reducción de la esperanza de vida; 5) hobbies o actividades de la víctima previas al daño; 6) incapacidades anteriores; 7) sexo; 8) circunstancias en las que se produjo el daño; y, 9) duración.

Antes de pasar a exponer en que consiste cada variable, es relevante poner de manifiesto que existen algunas que han caído en desuso, pese a que contaron en su momento con el aval jurisprudencial. Dentro de ese grupo se puede contar a las condiciones económicas de la víctima⁸⁰⁵ y la procedencia exclusiva de la indemnización de las personas que gozaran de consciencia⁸⁰⁶.

⁸⁰²Kemp&Kemp, "The quantum...", op. cit., Vol. 1, para 1-003. Cit. por Barrientos Zamorano, Marcelo; op. cit., 2007, pág.423.

⁸⁰³Kemp & Kemp; *The quantum of damages in personal injury and fatal accidents claims*, London, 1995.Cit. por Barrientos Zamorano, Marcelo; op. cit., pág. 423.

⁸⁰⁴Von Bar, C.; *The Common European Law of Torts*, Oxford, Clarendon Press, 2000, II, pág. 186, note 163. Cit. por Barrientos Zamorano, Marcelo; op. cit., pág.423.

⁸⁰⁵ Desde el precedente *Phillips v London e South West Railway Co* de 1879, los jueces entendieron que debía entregarse mayores indemnizaciones a los hombres pobres que a los que contarán con algún caudal económico, en virtud de que estos podrían afrontar mejor las consecuencias dañosas que los aquejara. Esta visión, que sobrevive en Alemania, ha sido superada en Inglaterra. Cfr. Barrientos Zamorano, Marcelo; op. cit., pág. 431.

⁸⁰⁶ La *House of Lords* ha sido el escenario del debate sobre la posibilidad de indemnizar a los sujetos que se encontrasen en estado de inconciencia o estado vegetal. Se impuso finalmente, por

Habiéndose aclarado la cuestión que queríamos adelantar, damos paso a la exposición sobre los aspectos importantes en la tarificación y cuantificación del daño moral:

1) *Gravedad.*

Por gravedad se entiende la intensidad del sufrimiento, de la angustia y el estrés padecidos, que requiere de evaluación de intensidad física y del dolor sufrido por el sujeto dañado. El sufrimiento no se expresa en sí mismo sino en relación a parámetros que permitan “asimilar magnitudes a situaciones que de suyo son distintas” mediante un *tertium comparationis*. Es una comparación ficticia que permite explicar la pretensión del demandante, sin que la referencia sea el dolor o su gravedad en sí mismo⁸⁰⁷.

Como ejemplo jurisprudencial, el autor cita el caso *Wise v Kaye*⁸⁰⁸ del año 1962 en el que se hizo referencia al sufrimiento de la víctima en base al dolor de muelas intenso para poder determinarlo e indemnizarlo.

2) *Nivel de percepción del dolor que tenga la víctima.*

La magnitud de la indemnización del *non pecuniary loss* que puede llegar a apreciar la parte que demanda se ve alterada por variables que la víctima toma en consideración para ponderar el sufrimiento. Este aspecto subjetivo cobra mayor relevancia en casos de estado vegetal o de lesiones cerebrales⁸⁰⁹.

Para aclarar el panorama del lector, el jurista chileno, Barrientos Zamorano, acude a una comparación de casos que han estudiado *Kemp and Kemp*. Según han referido éstos, en el caso *Fallon v. Beaumont*, del 16 de diciembre de 1993, se atendió al reclamo que versaba sobre los daños padecidos por un hombre que sufrió quemaduras en el 65% del cuerpo y murió a los treinta días del hecho

mayoría, el criterio que permite repararles el perjuicio moral sufrido sin importar si pueden usar la indemnización o no. Cfr. Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 432.

⁸⁰⁷ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 426.

⁸⁰⁸ *Wise v Kaye*, 1962, 1, QB 638, 650 Cit. por Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 427.

tras una agonía en la que estuvo consciente la mitad del tiempo e, incluso, previo a morir pidió la presencia de un sacerdote. En este caso, la indemnización del daño extrapatrimonial fue de 10.000 libras. En cambio, en el caso de similares características *Doleman v. Deakin* del 24 de enero de 1990, la indemnización fue de solo 1500 libras, porque se tuvo en consideración que en la agonía de seis semanas el demandante estuvo privado de conciencia⁸¹⁰.

3) *Edad y estado civil.*

Era frecuente, que las indemnizaciones para personas jóvenes fueran mermadas por aplicación del precedente, *Benham v. Gambling*, del año 1961. El fundamento que la jurisprudencia solía reiterar era que los jóvenes sufrían menos que un adulto ante un perjuicio de igual magnitud. Este criterio se abandonó en 1986 con la sentencia del caso *Housecroft v. Burnett*, donde se expresó que es imposible conocer el efecto y calcular el monto de indemnización de un amenities of life entre los ocho y dieciséis años⁸¹¹.

4) *Reducción de la esperanza de vida.*

La reducción de la esperanza de vida tiene por consecuencias: la disminución de la indemnización por acortamiento temporal de las secuelas del hecho y que el demandante, consciente del acotamiento de su vida, interpondrá demanda influenciado por ese cálculo, “especialmente si se toma en cuenta que deberá considerar el mental suffering causado por tal situación”⁸¹².

5) *Hobbies o actividades de la víctima previas al daño.*

Si el afectado solía disfrutar de ciertas actividades que ya no puede continuar ejerciendo con posterioridad a que se le causó el daño, se debe aumentar la indemnización por daños no patrimoniales⁸¹³.

⁸¹⁰ Kemp & Kemp; op. cit. Vol. 3, para L5-027, para L7-023. Cit. por Barrientos Zamorano, Marcelo; op. cit., pág. 427.

⁸¹¹ Barrientos Zamorano, Marcelo; op. cit., pág. 428.

⁸¹² Barrientos Zamorano, Marcelo; op. cit., pág. 428.

⁸¹³ Barrientos Zamorano, Marcelo; op. cit., pág. 429.

6) *Incapacidades anteriores.*

El principio general en este aspecto es considerar, como punto de partida, el estado que tenía la víctima al momento que se le causó el perjuicio que motiva el proceso judicial. Según como sea podrá aumentarse la invalidez que preexistía al hecho, o podrá éste ser el causante directo de la incapacidad⁸¹⁴.

En casos de que habiendo existido alguna incapacidad parcial se la hiciese absoluta, como cuando el manco pierde el otro brazo o el tuerto el ojo que le quedaba, se ha entendido que el hecho no solo es causante de la pérdida del miembro o de un ojo; sino de toda la incapacidad y se indemniza como si el ahora ciego, antes hubiese tenido completo el sentido de la vista⁸¹⁵.

7) *Sexo.*

El género de quien demanda puede ameritar una diferente apreciación del daño moral; por ejemplo, en el caso de lesiones en el rostro que puedan afectar las posibilidades de matrimonio de una mujer joven, rubro que ha sido receptado por la jurisprudencia del país⁸¹⁶.

8) *Circunstancias en las que se produjo el daño.*

También son relevantes las circunstancias en las que se produjo el daño, si son terroríficas o penosas, a los fines de aumentar el monto de la reparación. No basta con que haya sentido la víctima miedo u horror, al daño resarcible lo constituye una experiencia que amerite atención psiquiátrica o la concurrencia de alguna lesión física⁸¹⁷.

9) *Duración.*

A mayores períodos de duración del daño moral, mayores suelen ser las indemnizaciones sin que se las estime mediante fórmulas

⁸¹⁴ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 429.

⁸¹⁵ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, págs. 429 y 430.

⁸¹⁶ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 430.

⁸¹⁷ Barrientos Zamorano, Marcelo; *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Salamanca, España, Ratio legis Librería Jurídica, 2007, pág. 430.

matemáticas en relación a los días de aflicción y casos similares, como se hace en Estados Unidos. En Inglaterra, la perdurabilidad del dolor o del sufrimiento o la persistencia de las secuelas incapacitantes son siempre factores a considerar; y, en los casos en que las personas padecen largos estados de inconciencia y posteriormente la recuperan, se ha mandado indemnizar el tiempo perdido⁸¹⁸.

La determinación de la indemnización no responde a las matemáticas ni a ningún criterio predeterminado y verificable. El juez tiene en cuenta los factores de la lista que hemos reseñado, según el caso, y llega a una suma de dinero que configura la indemnización⁸¹⁹.

Otro tema que es de interés plasmar en esta obra es la existencia de topes indemnizatorios para el daño moral. Por ejemplo, en Canadá desde 1978 la Suprema Corte ha establecido un límite de \$100.000. En Irlanda, también la Corte Suprema, en 1984 estableció como máximo la suma de \$150.000, con lo que corresponda por ajuste inflacionario⁸²⁰. En Escocia no se registran topes jurisprudenciales y, como precedente a citar por lo holgado del monto resarcitorio asignado, se puede mencionar un caso de un joven de 17 años que quedó paralizado desde el cuello hacia abajo; en su favor, se determinaron 95.000 libras como reparación⁸²¹.

En Inglaterra no hay topes impuestos, ni máximos, ni mínimos. Entre las sumas más elevadas que se han cuantificado como indemnización del daño moral pueden mencionarse: 75.000 libras en un caso de tetraplejía del año 1985; 130.000 libras ante una severa lesión cerebral que causó la ceguera de la víctima e incapacidad para llorar, hablar y reír; y, 205.000 libras, condenadas en 2001, por una parálisis completa de la víctima⁸²².

⁸¹⁸ Barrientos Zamorano, Marcelo *op. cit.*, pág. 431.

⁸¹⁹ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 434.

⁸²⁰ Barrientos Zamorano, Marcelo; *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Salamanca, España, Ratio legis Librería Jurídica, 2007, pág. 434.

⁸²¹ *Stevenson v. Keegan (Rep.)* 1995, pág. 29. Cit. por Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 454.

⁸²² Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 434.

En Inglaterra el juez tiene facultades discrecionales para fijar una tasa de interés que según las épocas va entre 2% y 4% anual. La tendencia mayoritaria otorga un interés del 2% anual según la Law Comissions's Report⁸²³.

2.2 Cuantificación del daño moral en la Unión Europea continental

El derecho continental europeo moderno es tributario de una raíz germánica y de la romanista que ha receptado el Code francés, que ha tenido gran influencia en otros países. Los derechos romano y germánico han tenido leyes indemnizatorias de carácter general con excepcional empleo de baremos. Los Códigos tributarios del francés facultan al juez para calcular los daños sin darles pautas concretas⁸²⁴.

Hoy en Europa el único país que posee un baremo⁸²⁵ vinculante para resarcir daños es España⁸²⁶; otros países (Bélgica, Alemania, Francia, Italia, Grecia, Gran Bretaña, Luxemburgo, Portugal y Holanda) los tienen orientativos; en Suecia y Dinamarca los baremos son vinculantes solo para perjuicios corporales causados sin culpa o para aquellos que les corresponda un seguro social. No utilizan este tipo de herramienta de cuantificación en Austria e Irlanda⁸²⁷.

En general, los sistemas de baremos se pueden reducir en orden a los tres tipos de criterios que son los más usados⁸²⁸:

1) *Parámetro caso a caso.*

En estos, el juez fija una cantidad dineraria en relación con algún parámetro no confesado o que puede surgir del texto de la sentencia;

⁸²³ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 436.

⁸²⁴ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 446.

⁸²⁵ En este punto, nos dice el jurista chileno que por baremo debemos entender a las publicaciones anuales que difunden el promedio de indemnizaciones judiciales o transacciones para cada tipo de daño moral. Son publicaciones controladas por autoridades públicas, remitidas a los juzgados y frecuentemente financiadas por las compañías de seguros. Cfr. Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 436.

⁸²⁶ En el caso de España, el baremo vinculante emerge de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

⁸²⁷ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 437.

⁸²⁸ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 444 y ss.

en contextos de inestabilidad económica se puede aludir al valor de mercado de bienes inmuebles o muebles y en casos laborales se puede fijar la indemnización con base en el daño material.

2) *Escalas.*

Estos sistemas se componen de tablas de calificación y valoración rígidas de las consecuencias de los daños y vinculadas a importes dinerarios públicamente determinados.

3) *Topes indemnizatorios.*

Los parámetros máximos a indemnizar no son concretamente baremos, sino limitaciones a la indemnización e indirectamente a la responsabilidad civil. El juez puede otorgar la suma que considere apropiada como reparación, sin embargo no puede excederse del monto que se haya fijado como cifra máxima posible.

No obstante la existencia de baremos generales, con distintos grados de obligatoriedad, la situación en cada país es particular respecto del daño moral atento a que no siempre es considerado por los baremos y hay diferencias en lo que se entiende por daño moral de país a país. A su vez, los jueces de cada Estado asumen diferentes posiciones respecto al uso de estos instrumentos.

Por ello, no se puede generalizar una forma de cuantificar el daño moral en Europa Continental y se hace menester exponer someramente cuál es la situación en los países que la componen:

2.2.1 *Cuantificación del daño moral en Alemania.*

En Alemania la reparación del daño moral está fuera de los baremos de responsabilidad civil no vinculantes; consecuentemente, las indemnizaciones se valoran caso por caso y alcanzan elevados montos cuando se tratan de accidentes⁸²⁹; mientras que si se trata de

⁸²⁹ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 449.

lesiones a derechos de la personalidad, las lesiones suelen ser bajas, aunque, se aprecia una tendencia al incremento⁸³⁰.

No obstante lo expresado, sí existe en este país la voluntad judicial de uniformar en alguna medida los montos que se fijan como indemnización del daño moral en torno a los casos similares. No acuden, en aras de ese fin, a fallos precedentes, sino que promueven la transacción extrajudicial, que se hace posible porque los litigantes saben aproximadamente cuanto sería el monto judicial que les correspondería⁸³¹.

En Alemania se analiza la situación de la víctima y del victimario para determinar la cuantía del resarcimiento. Estudiando la jurisprudencia, el jurista chileno Barrientos Zamorano ha podido recabar cuales son los aspectos que frecuentemente valoran los magistrados alemanes en cada caso.

De la víctima, son circunstancias de interés en orden a la indemnización: la edad de la víctima (33 años es la edad que los jueces han considerado como separación entre joven y adulto), la pérdida de expectativas de matrimonio, el quiebre de la relación sentimental, pérdida de desarrollo profesional, pérdida de la capacidad de ganancia, la imposibilidad de realizar hobbies de la víctima, cambios de personalidad, pérdida de los sentidos, la posibilidad de consecuencias dañosas futuras, la concurrencia o ausencia de daños anteriores, el impacto en la posición social de la víctima, afectaciones en la vida futura de la víctima y su expectativa, la relevancia que pueda tener el daño en la vida psicológica de la persona afectada⁸³².

Del agente del daño o victimario, los jueces suelen valorar el grado de culpa o negligencia, su nivel económico, la existencia de contratos de seguros, si el daño responde a un hecho ajeno y la demora intencional en el pago de la indemnización.

⁸³⁰ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 452.

⁸³¹ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 450.

⁸³² Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 451.

Por último, a modo meramente ilustrativo señalamos algunos montos indemnizatorios que se han fijado en Alemania. Por ejemplo, a una niña de 12 años de edad que se vio afectada en sus capacidades físicas y psíquicas en un accidente, se la indemnizó con 60.000 euros y 25.000 como pensión mensual por el tribunal de Dusseldorf en 1995. En otro caso, se indemnizó en 200.000 euros a una persona de 24 años de edad que sufrió parálisis en sus miembros inferiores, más 15.000 euros por el retardo en el auxilio tras el hecho⁸³³.

El Tribunal Regional de Múnich concedió a una persona de 48 años dañada en un accidente del año 2000, que padeciera grave traumatismo encefálico, la suma de 375.000 euros y una renta mensual de 750 euros. Idénticas sumas se han asignado en el Tribunal Regional de Würzburg, en 1999, a una persona que quedó parapléjica en un accidente de tránsito⁸³⁴.

2.2.2 Cuantificación del daño moral en Austria.

En Austria, que es un país que no se con tradición en el uso de baremos de responsabilidad civil, existen tarifas judiciales de daños corporales y los relacionan con el dolor, sufrimiento o días de convalecencia, desarrollando distintos niveles indemnizatorios según los niveles de dolor. Cobran importancia, entonces, la calidad y seriedad de las lesiones sufridas y los días perdidos a causa de ellas⁸³⁵.

Los montos indemnizatorios del daño moral que se fijan por los jueces austriacos son de los más bajos de Europa e, incluso, muchas veces no indemnizan este tipo de perjuicios⁸³⁶.

⁸³³ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 449 y 450.

⁸³⁴ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 452.

⁸³⁵ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 456.

⁸³⁶ La Corte Suprema Austriaca –*Oberste Gerichtshof* (OGH)- ha mantenido desde 1900 criterios sumamente restrictivos de la indemnización del daño moral a través de la letra del artículo 253 del Código Civil Austriaco – *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB). Como paliativo se ha regulado el daño moral en numerosas leyes especiales como las de competencia desleal, la de periodismo, ley de derechos de autor, ley de protección de marcas comerciales, ley de productos usados, etc. Desde las normas comunitarias que como la Convención Europea de Protección de los

El tope de las indemnizaciones puede ubicarse próximo a los 77.000 euros –aunque ha llegado hasta los 125.000 euros–, pero, en general, las reparaciones no sobrepasan los 52.000 euros y frecuentemente se vinculan a casos de negligencia grave del autor del perjuicio aunque la ley admita el resarcimiento en casos de negligencia menor en el artículo 1325 del ABGB⁸³⁷, donde se alude a los daños físicos.

En cambio, la responsabilidad civil requiere de dolo para indemnizar los perjuicios morales causados por lesiones al derecho a la propiedad⁸³⁸. Se entiende que esa diferencia radica en la mayor protección de los derechos de la personalidad por sobre los de orden económico.

Concluye el maestro chileno, Barrientos Zamorano, en referencia a la reparación del daño moral en Austria, que “las indemnizaciones por daño moral o extrapatrimonial se relacionan con el grado de protección del derecho en el ordenamiento y la existencia de reglas objetivas sobre su determinación e indemnización”. Además, no cuentan en el país con restricciones para demandar daños morales y solicitar que se ponga a la persona en el estado que se encontraba antes del hecho⁸³⁹.

2.2.3 Cuantificación del daño moral en Bélgica.

En Bélgica existen las indicative tariff –no obligatorias– para reparar el daño moral en casos de incapacidad permanente, llegando a 750 euros por punto de incapacidad. Se prevé mayores indemnizaciones para las víctimas que no llegan a treinta años de edad. También se indemnizan los atentados sexuales según la

Derechos Humanos y Derechos Fundamentales ha impulsado a la OGH a ir modificando su criterio restrictivo. Cfr. Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 456 y ss.

⁸³⁷ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 459.

⁸³⁸ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, págs. 458 y 459.

⁸³⁹ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 460.

existencia desfiguramiento, edad, estado civil, posición social, actividades que variarían por el daño en el matrimonio o divorcio⁸⁴⁰.

Las indicative tariff son revisadas por la Federación Nacional de Magistrados en las Cortes de Primera Instancia y la Real Federación de Justicia de Paz y las Cortes Policiales, quienes hacen explícitos una serie de criterios a seguir: 1) el daño debe ser indemnizado tan pronto sea sufrido y en su integridad, no más, no menos; 2) Debe indemnizarse todo el daño probado; 3) la tarifa da una indicación en aquellos casos que no puede calcularse o probarse el monto exacto del perjuicio; 4) la lista de daños que contiene no es taxativa; 5) la tarifa no es obligatoria y el juez puede determinar soberanamente cuando acudirá a ella; 6) los montos tarifados sirven para todo tipo de casos, salvo los contractuales⁸⁴¹.

En términos concretos, las sentencias sobre daño moral en Bélgica varían entre 2.500 y 10.000 euros en casos de pérdida de cónyuge; rondan los 3.500 euros si se pierde la pareja; y, si un niño pierde a su padres se lo indemniza entre los 2.500 y los 6.250 euros según su edad⁸⁴².

No hay reglas puntuales para los casos de muerte o de daños corporales graves. Por eso, los belgas han vinculado al daño con la incapacidad y la invalidez laboral, aun, cuando el nivel de incapacidad medida en término médicos y el de invalidez laboral y sus consecuencias patrimoniales no siempre coincidan; máxime, si se tiene en cuenta que el daño extrapatrimonial se ha receptado con amplitud tal que no tiene su correlato en la incapacidad laboral ni en las secuelas patrimoniales que tuviera⁸⁴³.

⁸⁴⁰ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 438.

⁸⁴¹ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 439.

⁸⁴² Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 455.

⁸⁴³ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 455.

2.2.4 Cuantificación del daño moral en España.

En España, desde 1912 se repara el daño moral en la jurisprudencia, salvo en los casos de accidentes con automotores que se aplica un baremo obligatorio⁸⁴⁴-que obvia la reparación del daño moral⁸⁴⁵-, la cuantía de la indemnización del daño moral se fija por los Tribunales de acuerdo a las circunstancias del caso, “bajo los criterios de la prudencia y la razonabilidad en la determinación final de la indemnización”⁸⁴⁶.

En el Código Civil no se da ningún tipo de pauta concreta para la cuantificación del daño moral, de hecho no se lo menciona. Desde 1944 el Código Penal recepta al daño moral⁸⁴⁷ y en la Ley Orgánica 1/1982 del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen se lo reconoce, tanto en su realidad como en su aptitud para ser valorado en dinero, en su artículo 9.3.

En el citado artículo se establece que la indemnización se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta: la difusión o audiencia del medio a través del que se la produjo. Otro punto que manda a valorar la norma, es el beneficio que ha obtenido el dañador como consecuencia de la lesión causada –aspecto criticado por introducir daños punitivos en la legislación española-⁸⁴⁸.

En la Jurisprudencia también se han diseñado reglas; por ejemplo, el Tribunal Supremo de España ha indicado que no pueden emplearse fórmulas matemáticas para cuantificar el daño moral y que su cuantificación escapa a toda objetivación, ya que es inestimable. Por ende, se debe efectuar una apreciación racional de ciertas

⁸⁴⁴ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 468.

⁸⁴⁵ Vicente Domingo, Elena; *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Reglero Campos, Fernando (Coord.), 3ra. Ed., Pamplona, España, Thomson – Aranzadi, 2006, pág. 277. En contra Diez Picazo, para quien los baremos contemplan el daño moral. Cfr. Diez Picazo, Luis; *Derecho de daños*, Madrid, España, Civitas, pág. 325.

⁸⁴⁶ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 487.

⁸⁴⁷ Diez Picazo, Luis; *Derecho de daños*, Madrid, España, Civitas, pág. 325.

⁸⁴⁸ Vicente Domingo, Elena; *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Reglero Campos, Fernando (Coord.), 3ra. Ed., Pamplona, España, Thomson – Aranzadi, 2006, pág. 276.

circunstancias del caso que se estiman relevantes como: la edad de la víctima, las cargas familiares, el aporte económico que realizaba el fallecido, el estado civil, entre otras, para determinar a una cifra indemnizatoria apropiada⁸⁴⁹.

Desde la doctrina se ha creado un interesante método para los accidentes de trabajo, empleando indicadores estadísticos normalizados. Este método ha sido creado por los profesores de la Universidad de Granada, José Luis Navarro Espigares y José Aureliano Martín Segura.

El método parte desde la perspectiva de la víctima del daño y tiene en cuenta la valoración, que ha dado un muestreo de personas en encuestas, a cada año de vida libre de discapacidad y en los distintos estados de salud.

En palabras de los creadores del método: “Nuestro método parte de la estimación del valor de los años de vida ajustados por calidad perdidos por el trabajador. Para ello utilizamos elementos característicos del instrumental analítico en el ámbito de la economía de la salud (años de vida ajustados por calidad, AVAC; esperanza de vida libre de discapacidad, EVLD) y en el ámbito de la economía medioambiental (valor estadístico de una vida, VEV)”⁸⁵⁰.

Siguiendo a los autores, lo primero que debe determinarse es la cantidad de AVAC⁸⁵¹ perdidos por el trabajador; para ello, se debe tener en cuenta la EVLD (basada en datos de mortalidad ponderada en función de la prevalencia de discapacidad) que tenía el lesionado y se le resta la edad al momento del hecho. Se apunta a poder calcular cuántos años de vida con buena salud habría perdido el damnificado.

⁸⁴⁹ Ver nota 1066 en Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, págs. 492 y 493.

⁸⁵⁰ Navarro Espigares, José Luis; Martín Segura, José Aureliano; Evaluación económica del daño moral en el ámbito de los accidentes de trabajo: un método basado en indicadores estadísticos normalizados, Medicina y seguridad del trabajo, N° 211 - 2° trimestre - junio 2008, pág. 6.

⁸⁵¹ Esperanza de vida ajustada, restando aquellos años de vida en que estadísticamente no gozan de buena salud, ya que encuentran dificultades en España para realizar el ajuste por calidad. Los pacientes prefieren, en ocasiones, vivir menos años pero en mejor calidad de vida. Por tanto, los pacientes están dispuestos a ceder duración para ganar en calidad. Otros, en cambio, prefieren perder calidad para ganar cantidad. Cfr. Navarro Espigares, José Luis; Martín Segura, José Aureliano; *op. cit.*, pág. 7.

Los datos necesarios para dar inicio al cálculo son estándares admitidos por la OMS y de uso frecuente en la UE. En el caso de España, donde se creó el método, cuentan con publicaciones útiles para extraer la información necesaria.

El segundo paso requiere de la estimación del valor del AVAC; a ese fin, se puede proceder de tres maneras distintas: a) desde el consenso de expertos; b) estimación directa de la disposición a pagar por un AVAC; y c) a partir del concepto de Valor Estadístico de una Vida (VEV).

a) El primero de los caminos posibles requiere tener como referencia al valor por AVAC que se está dispuesto a pagar para incorporar nuevas tecnologías al catálogo nacional de prestaciones sanitarias; o sea, de manera simplificada, cuánto dinero como máximo se está dispuesto a pagar en adquisición de equipos, medicamentos o procedimientos que representen un año más de vida con buena salud. El valor aproximado es de unos 30.000 euros en España.

b) La estimación directa de la disposición a pagar por AVAC requiere del uso de una fórmula: $VM_{AVAC} = DP(Z) / [(1-U(Z) \times t) \times p]$.

DP (Z): es la disposición a pagar por un tratamiento que reduce la probabilidad de tener un estado de salud Z no deseado.

U (Z): utilidad relativa que genera el estado de salud Z respecto al estado buena salud.

t: tiempo que permaneceremos en el estado de salud Z.

p*: reducción del riesgo de quedar en el estado de salud Z con el tratamiento evaluado.

Según los autores del trabajo analizado, los valores de aplicación de la fórmula han oscilado entre los 8000 y los 38.000 Euros⁸⁵².

c) Por último, el valor del AVAC puede calcularse desde el valor estadístico de una vida (VEV).“VEV podría ser considerado como el

⁸⁵²Navarro Espigares, José Luis; Martín Segura, José Aureliano; *op. cit.*, pág. 8.

valor presente descontado de los AVAC que un individuo espera tener durante su toda vida. En nuestro caso, este procedimiento de cómputo implica calcular previamente el VEV y después dividir este valor entre los años de vida libres de discapacidad (EVLD) estimados para una población determinada”⁸⁵³. En España el VEV ha sido calculado en 2,04 millones de euros en un trabajo y en otro en 2,7 millones de euros.

Este último método es el preferido por los autores que toman el cálculo de 2,04 millones de euros. Si a este valor se lo divide por la EVLD (68, 52 años para hombres y 72,21 años para mujeres) se llega al valor de AVAC de 29.772 y 28.251 euros para hombres y mujeres respectivamente.

Como se ve, sin importar el método el valor del AVAC ronda los 30.000 euros. Este valor varía según el nivel de sueldo del trabajador. Por eso es que debe realizarse un nuevo ajuste con el empleo de las estadísticas oficiales: “Para el cálculo de la indemnización por daño moral correspondiente a un trabajador concreto, el valor del AVAC debe ajustarse en proporción a la distancia existente entre el salario del trabajador accidentado y el salario promedio en su CCAA y franja etaria”⁸⁵⁴. Por lo tanto, hay que determinar en qué porcentaje excede o está por debajo del nivel de sueldos del lugar donde vive según su edad, para luego multiplicar ese porcentaje en más o menos por el AVAC.

A partir de este punto, corresponde efectuar la cuantificación económica del daño moral. De manera general para todas las personas, sin distinguir por lugar de residencia o edad. Los autores proponen contemplar como porcentaje común a todos los casos el 33,49% y multiplicarlo el total que se había calculado en los pasos anteriores.

El motivo de la selección de este número es simplificar la operación aritmética. El dato surge de que “En concreto, un 33,49%

⁸⁵³Navarro Espigares, José Luis; Martín Segura, José Aureliano; *op. cit.*, pág. 8.

⁸⁵⁴Navarro Espigares, José Luis; Martín Segura, José Aureliano *op. cit.*, pág. 9.

del valor monetario de un AVAC refleja la valoración subjetiva del valor de la vida, por encima de aquellos aspectos relacionados con la renta del individuo. Por el contrario, un 66,51% del valor monetario del AVAC estaría relacionado con el nivel de renta y patrimonio del individuo”⁸⁵⁵. Por ese motivo, se deciden a utilizar el porcentaje indicado. Ese porcentaje si bien se usa de forma común para calcular el daño moral, se aplica sobre un valor de AVAC que sí es específico para el sujeto en cuestión, de acuerdo con sus ingresos personales y edad.

La cuarta fase del método se aplica a los casos en los que no se produzca la muerte, sino lesiones al trabajador. A la suma calculada por muerte, le deber ser restada la suma asignada por tarifa social según el estado de salud del afectado. Es de utilidad para estimar el estado de salud “el indicador sintético conocido como EuroQol (EQ-5D). El EQ-5D es un instrumento simple, genérico, internacional y estandarizado, diseñado para describir y valorar la calidad de vida relacionada con la salud”⁸⁵⁶.

El EQ-5D es una medida general que incluye cinco dimensiones: 1) Movilidad; 2) Cuidado personal; 3) Actividades cotidianas; 4) Dolor/malestar; 5) Ansiedad/depresión.

Cada dimensión se divide en 3 diferentes grados según la gravedad de la lesión. Todas las combinaciones posibles arrojan un total de 243 estados de salud que pueden caracterizar al estado del trabajador lesionado y proporcionar un valor a cada uno de ellos. Este valor constituye la tarifa social en una escala que va de -1 a 1.

Lo que debe hacerse, una vez que es sabido el valor de la tarifa social, es restarla de la tarifa social correspondiente a una persona sana. Del resultado surgirá un índice porcentual (porcentaje sobre el 100% que representa la salud perfecta), que ha de restarse de los AVACS calculados que correspondían a un 100 % de pérdida que se da con la muerte. Entonces, se debe multiplicar el valor del AVAC

⁸⁵⁵Navarro Espigares, José Luis; Martín Segura, José Aureliano; op. cit., pág. 9.

⁸⁵⁶Navarro Espigares, José Luis; Martín Segura, José Aureliano; op. cit., pág. 9.

por el porcentaje determinado. Si el porcentaje de tarifa social es negativo, podrá el trabajador recibir una indemnización del daño moral mayor que el de la muerte, lo que se da en casos de daños a la salud graves (nivel 3) en todas las dimensiones o en casos de muerte cerebral, por ejemplo.

En suma, todo lo dicho hasta aquí puede ser simplificado a la siguiente secuencia de fórmulas⁸⁵⁷:

1. AVACs perdidos = EVLD – Edad del fallecido
2. Valor monetario estándar del AVAC: VEV /EVLD
3. Valor monetario personalizado del AVAC =
VMS_AVAC x Factor corrector (salario /salario promedio)
4. EUROQOL_5D: determinación del estado de salud
5. Tarifa Social: $-1 < TaS < 1$
6. Indemnización por daño moral= AVACs perdidos x (1-TaS) x
VMP_AVAC x 0.3349

2.2.5 Cuantificación del daño moral en Francia .

En la práctica, en Francia, de forma no oficial, las sentencias sobre resarcimiento del daño moral se basan en tablas de baremos de daños extrapatrimoniales que tienen en cuenta el grado de discapacidad, la edad, sexo y profesión de la víctima.

Se distinguen el pretium doloris, préjudice esthétique y préjudice d'agrément y se asigna a cada cual una partida que aparece sumada con las demás al determinar la indemnización definitiva. Cuando corresponde, también se incluyen partidas de préjudice sexual y préjudice juvenile⁸⁵⁸.

⁸⁵⁷Navarro Espigares, José Luis; Martín Segura, José Aureliano; op. cit., pág. 11.

⁸⁵⁸ Barrientos Zamorano, Marcelo; op. cit., pág. 438.

El tope indemnizatorio del *pretium doloris* es de aproximadamente 46.000 euros, aunque las cifras no suelen superar la tercera parte de ese valor. En ocasiones las sumas de condena son meramente simbólicas, por ejemplo un franco o un euro⁸⁵⁹.

2.2.6 Cuantificación del daño moral en Italia.

En el Código Civil italiano el concepto de daño moral es sumamente estrecho. De manera similar a lo que ocurre en Alemania, el codificador de 1942, en el artículo 2059, limitó el resarcimiento del daño moral a los casos previstos en la ley.

Los posibles casos, entonces, se acotan a: 1) a los hechos ilícitos penales, puesto que en el ordenamiento jurídico italiano se expresa la reparación del daño moral en el artículo 185.2 del Código Penal; 2) a los ofensas contenidas en escritos o discursos pronunciados ante la autoridad judicial (artículos 89, párr. 2º Cód. Proc. Civil y 598, párr. 2º, Cód. Proc. Penal); 3) Ley 117 del 13 de abril de 1988, Art. 2º, inc. 1 que establece la responsabilidad civil del Estado por culpa grave y dolo del juez⁸⁶⁰.

Como la noción de daño moral se limita al *pretium doloris*⁸⁶¹, ha sido necesario que la doctrina y jurisprudencia abrieran el esquema de la ley a figuras no legisladas, que no son daño patrimonial ni daño moral (*danno biológico*, *danno alla salute*, etc.). Como consecuencia

⁸⁵⁹ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 461. Respecto a las condenas simbólicas en la nota 1097 de la misma página el autor, con cita a Von Bar, hace referencia a un caso en el que la víctima de un robo perpetrado por ladrones habituales que huyeron en motocicleta causó un accidente automovilístico al perseguirlos. Por este hecho se condenó al sujeto que había sido asaltado al pago simbólico de poco más de un euro (dos francos). Los delincuentes que huían en la motocicleta también tuvieron un accidente en esa secuencia de hechos, siendo mortal para uno de los dos.

⁸⁶⁰ Visintini, Giovanna; *Tratado de la responsabilidad civil*, Traducido por Kemelmajer de Carlucci, Aída, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999, Tº 2, págs. 224 y ss.

⁸⁶¹ Dice Visintini: "Se quiso receptar un concepto restrictivo de daño no patrimonial, que consiste en el daño moral subjetivo, o sea, en la perturbación del estado de ánimo del damnificado derivado de la ofensa recibida y, como tal, no evaluable en términos económicos". Cfr. Visintini, Giovanna; *Tratado de la responsabilidad civil*, Traducido por Kemelmajer de Carlucci, Aída, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999, Tº 2, pág. 225.

de ello, gran parte de lo que en Argentina sería daño extrapatrimonial en Italia es un tercer género (*tertium genus*)⁸⁶².

El daño moral en algunos lugares de Italia como Milán o Génova se indemniza mediante el empleo de tablas que tienen en cuenta distintos porcentajes de incapacidad y valores económicos relacionados con aquellos. Sin embargo, en el país ha sido problemática la difusión de baremos; porque los jueces de primera instancia no han querido dejar de usar a la equidad como método de determinación del monto reparatorio caso por caso⁸⁶³. Comúnmente, los criterios que se tienen en cuenta para cuantificar el daño moral son: la seriedad del daño, el grado de culpa o dolo, la intensidad de la angustia, la duración de la pena, dolor o zozobra, la edad y sexo de la víctima, grado de vulnerabilidad de la víctima ante el dolor, nivel de desarrollo intelectual y psicológico del damnificado, posición social, familiar y personal de la víctima y del dañador⁸⁶⁴.

2.2.7 Cuantificación del daño moral en Polonia.

En la valoración del daño moral en Polonia, se deben tener en cuenta, por ley, estos aspectos: el grado y periodo de sufrimiento físico y mental, la duración de la internación, los tratamientos médicos y cirugías, la duración de la rehabilitación, la incapacidad permanente, las cicatrices, las necesidades de continuar con asistencia especializada, las nuevas y futuras intervenciones⁸⁶⁵, el aislamiento social que pudiera sufrirse, las expectativas frustradas, la merma en la esperanza de vida, la edad de la víctima; imposibilidad de trabajar, practicar deportes, realizar trabajos artísticos o recreativos, casarse o tener hijos. También se debe considerar la pérdida de vida social, de la

⁸⁶² Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 446 y ss.

⁸⁶³ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 447.

⁸⁶⁴ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 449. Visintini, Giovanna; *op. cit.*, T° 2, págs. 237 y ss.

⁸⁶⁵ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 461.

posibilidad de realizar viajes, asistir a eventos o realizar actividades culturales y recreativas⁸⁶⁶.

Estas pautas, llevadas a la práctica de los Juzgados de Polonia, son guías fundamentales para que los litigantes valoren y liquiden en dinero la indemnización del daño moral; además, sirven a los jueces para que puedan tener una orientación que eche luz en esta difícil tarea⁸⁶⁷.

2.2.8 Cuantificación del daño moral en otros países de Europa.

En Dinamarca la ley es poco generosa en la reparación del daño moral, puesto que prevé un total de 13,95 euros aproximadamente por cada día en que la víctima esté en la cama y solo desde el día del hecho hasta que la víctima pueda estabilizarse. La recuperación de las convalecencias se indemniza por día con un valor aproximado a la mitad de lo que se indicó como paga por la postración de la persona⁸⁶⁸.

De todos modos, los jueces pueden llegar a modificar esas cifras en ciertos casos, por ejemplo, en un caso de 1989, a una mujer se la indemnizó con 2.700 euros por lesiones en un accidente que comprometieron su cráneo y estuvo en cama 120 días. Y, en un caso de 1995, a una mujer que padeció gran sufrimiento por las lesiones que le causó una lavadora, se la indemnizó con la suma de 4.000 euros⁸⁶⁹.

En Holanda las indemnizaciones del daño extrapatrimonial alcanzan montos de los más altos de Europa, que además, se mandan a pagar de forma bastante sencilla a punto que se acuño la expresión dolor inteligente (*smartegeld*) para aludir a ella. Como contrapeso las compañías de seguro emplean baremos que amenguan las

⁸⁶⁶ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 460.

⁸⁶⁷ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 461.

⁸⁶⁸ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 462.

⁸⁶⁹ Ver nota 1102 en Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 462.

indemnizaciones por daño moral derivados de accidentes de tránsito o en relaciones contractuales⁸⁷⁰.

Son interesantes casos jurisprudenciales, a modo de ejemplo, el del donante de esperma indemnizado con 12.400 euros porque existió un descuido del personal del laboratorio que destruyó la muestra. Este caso contrasta con otros en los que ha existido ataques a derechos de la personalidad; por ejemplo, la publicación de un número telefónico privado entre otros números de teléfonos eróticos; la publicación de fotografías sin consentimiento; la captación ilegítima de conversaciones. Todos estos casos se indemnizaron con sumas inferiores a 10 euros⁸⁷¹.

Suecia cuenta con baremos que fijan como suma máxima de indemnización aproximadamente 67.500 euros y los daños a terceros, como regla general, no se indemnizan. En casos de ataques a la honra o fama se ha indemnizado al afectado en unos 13.500 euros. En el caso puntual, una revista modificó una fotografía de un político para exponerla como si se estuviera masturbando.

Particular es el tratamiento en este país de las lesiones a los derechos de la personalidad que pudieran causar sufrimientos o molestias anímicas, puesto que no se los reconoce legislativamente como daños morales por no suponer peligro físico.

En Grecia las indemnizaciones del daño moral son de las más bajas, por lo que se han suscitado planteos constitucionales. Por ejemplo, en un caso de 1990, en el que una menor manejando el auto de su padre, lo chocó contra un bar con clientes en su interior, el daño moral apenas alcanzó una cuantificación de 18 euros⁸⁷².

Portugal es otro país de muy bajos montos resarcitorios del daño moral. Como ejemplo, es de destacar un caso de un hombre que en un accidente sufrió heridas y desfiguración de rostro; además, estuvo

⁸⁷⁰ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 462.

⁸⁷¹ Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 462.

⁸⁷² Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 463.

dos meses en convalecencia y como reparación del daño moral el juez le asignó la ínfima suma equivalente a 215 euros en 1986873.

Desde la doctrina, Lucena ha expuesto la idea de que la indemnización se debe fijar por equidad y no por arbitrio, que es una falacia arbitraria: “Es falsa la afirmación de tener, obligatoriamente, que recurrir al arbitrio para fijar el quantum de la compensación a atribuir, siendo suficiente para ello, el recurso a juicios de equidad que tengan en cuenta todas las circunstancias del caso concreto y no olviden que la finalidad principal, contemplada por la ‘compensación’, es la de proporcionar al damnificado los medios para disminuir su dolor”⁸⁷⁴.

3. Conclusiones sobre el daño moral en el Derecho Comparado.

En el derecho comparado no hallamos uniformidad respecto a la cuantificación del daño moral.

Incluso, país por país existen diversas posiciones, tal y como ocurre en Argentina, por lo que hay pluralidad de criterios y, en general, flexibilidad para que sea el juez el que decida.

Por supuesto, existen voces que se han manifestado en otro sentido. Por ejemplo en Brasil se ha propuesto utilizar baremos de lesiones similares, en Uruguay acudir a los precedentes y en Colombia, con recepción jurisprudencial en la Corte Suprema, se pone énfasis en la restitución del bien extra patrimonial dañado - mediante la realización de conductas o asunción de costos de lo que, caso por caso, sea idóneo para reparar en especie el daño sufrido-. En Brasil, Canadá, Colombia y México, desde la ley o la jurisprudencia, se han dado tarifas o topes indemnizatorios.

En Costa Rica, como en otros países –Perú y Venezuela entre ellos-, prima la prudencia judicial; pero es usual en la práctica, sobre

⁸⁷³Barrientos Zamorano, Marcelo; *op. cit.*, pág. 464.

⁸⁷⁴Carneiro, María Francisca; *Método de valuación del daño moral. De los lenguajes al derecho*, Buenos aires, Hammurabi, 2001, pág. 105.

todo en los Juzgados penales, que se acuda al auxilio de un perito matemático para calcular la indemnización.

En general, en América, la prudencia o criterio judicial se impone en las soluciones legales de fondo y forma. Y, en la práctica, suelen ser los jueces los que fijan la indemnización según su mejor parecer, de forma similar a la situación predominante en Argentina.

En el actual Código Mexicano para el Distrito Federal, como ocurre en el Proyecto de Reformas y unificación del Código Civil y Comercial de 2012 de Argentina, se imponen pautas de cuantificación del daño moral en la normativa de fondo.

En Europa, los principios generales del derecho de daños apuntan a indemnizar el perjuicio considerándolo en su toda su extensión, con el cotejo de su gravedad, duración y todas sus consecuencias. Se señala la importancia que tiene indemnizar de forma equivalentes daños objetivamente similares.

Sin perjuicio de las pretensiones de armonización, no puede soslayarse la realidad imperante, en la que conviven dos sistemas jurídicos. En el Common Law, donde el precedente judicial tiene mayor importancia, se suelen crear baremos no obligatorios en base a las sentencias anteriores. Esta situación se ha comprobado en Inglaterra y Gales. Sin embargo, estos baremos no han logrado hacer completa mella en la desigualdad de montos y las indemnizaciones se terminan fijando de forma discrecional por el juez.

En el Derecho Continental, hay países que tienen tendencia al empleo de tarifas judiciales para cuantificar el daño moral -como Austria, Bélgica, Francia, Suecia- y, en otros, predomina la prudencia judicial -como en España, Italia y Portugal- Finalmente, encontramos países como Dinamarca y Polonia en los que la ley brinda las pautas de determinación del monto de la indemnización.

Párrafo aparte merece el método de cuantificación del daño moral que han diseñado profesores españoles de la Universidad de Navarra. El método apunta a la determinación de indemnizaciones en casos de accidentes de trabajo, para ello acude a las matemáticas y a

indicadores estadísticos normalizados. Su especial mención radica en que ha sido el único método propiamente dicho que hemos encontrado por el momento.

La exploración por el derecho comparado ha mostrado que hay países en los que existe una situación semejante a la nuestra, en la que la disparidad resarcitoria del daño moral preocupa y se acude a métodos similares a los propuestos por parte de nuestra doctrina y a los receptados por nuestra jurisprudencia.

De las realidades estudiadas no surgen soluciones concretas para importar; muchos países cuantifican el daño moral a sola prudencia, cosa que aquí también pasa mucho. Otros utilizan baremos o fórmulas que no son bien acogidos –mejor dicho: son resistidos- en nuestra tradición jurídica nacional. Y, finalmente, los métodos propuestos a través de las estadísticas, según es fácil advertir, no se corresponden con datos que en Argentina se utilicen o difundan.

Por ello, más allá del aporte de erudición que pueda sumar a esta obra el capítulo sobre otros países, creemos que tendremos que ofrecer soluciones en base a lo que nuestra doctrina y jurisprudencia vienen aportando, puesto que serán soluciones más familiares para nuestro sistema jurídico. Además, en el exterior no encontramos que se haya dado una respuesta más clara que las que tenemos en casa. La conclusión de lo estudiado, es que lo más difundido es la falta de armonización resarcitoria y la preocupación que genera en la sociedad.

Capítulo VII.

1. Cómo cuantificar el daño moral hoy.

Tenemos como objetivo la delineación de uno o más métodos de cuantificación del daño moral, según lo que entendemos que debe ser esa operación. Sin embargo, es probable que lleve mucho tiempo su inserción en la realidad social. Por ello, con los resultados de nuestra investigación tenemos que decirles a los operadores jurídicos qué es lo que pueden hacer hoy. Nos interesa, también, allanarles el camino en

la tarea de cuantificar la indemnización del daño moral, según el estado actual en la materia.

Normalmente al abogado de parte no le interesa crear jurisprudencia, sino hacer su trabajo de forma rápida y sin sobresaltos. Lo mismo puede decirse de muchos jueces, que desbordados de trabajo, no tienen interés en modificar un criterio que muchas veces no es recurrido.

Para todas estas personas, que tienen necesidades de herramientas concretas y que sean aceptadas de ordinario, preparamos este capítulo que, si bien no es el producto de nuestra más honda convicción ni refleja sinceramente nuestras creencias personales, es de utilidad para el práctico, para que obtenga las respuestas necesarias para hacer una demanda, una contestación, un alegato o fundar un recurso.

Para el abogado, en primer lugar y para el juez a su turno, recomendamos analizar en los fallos recientes que criterios ha empleado la Cámara de Apelaciones del lugar donde le toca litigar el caso –principalmente los de lesiones a los mismos derechos e intereses y con magnitudes de daño aproximadas⁸⁷⁵. Es de buena praxis conocer la metodología que aplica el que es en general el máximo tribunal que va a entender en el caso.

Sin importar si fija el monto de la indemnización por prudencia o acudiendo a precedentes judiciales, se debe tomar nota de los montos asignados, de las semejanzas y diferencias con el caso que se está preparando y se debe poner mucha atención la fecha de la sentencia. Otro aspecto relevante a tener en cuenta es el tiempo aproximado que puede tardar en llegar la sentencia el nuevo caso. Todos estos aspectos se pueden conocer con facilidad.

⁸⁷⁵ Por ejemplo, si estamos ante un caso de cuadriplejía, en la que existe una lesión a la integridad psicofísica, no es lo ideal analizar casos de incapacidades menores aunque se traten de una lesión al mismo bien. La excepción estará dada en la práctica cuando no queden más opciones que tomar los casos que haya.

Hoy, conforme se aprecia a la materia, aconsejamos cuantificar el daño moral en base al valor de los precedentes. Ya vimos que este método cuenta actualmente con aceptación en parte de la jurisprudencia y es también reconocido y fundamentado por la doctrina. No obstante ello, no aconsejamos tomar un valor promedio de los precedentes, sino ajustar la fijación del monto a las pautas que vamos a indicarles. No se aplica sin más el valor del precedente, se debe ajustar al caso de forma más elaborada, para concretar suficientemente bien la pretensión y adecuarla a la realidad que se va a poner en consideración del juez.

Para ello, se debe tratar de conocer cuáles fueron los hechos de los precedentes –sabemos que no siempre están presentes en las sentencias–, por eso, también se puede ver en el considerando del daño moral qué aspectos fueron los que tuvo en vista el juez al fallar, asignando un monto.

El siguiente paso, -tras estudiar tres o cuatro casos actuales y equiparables, de ser posible- el abogado debe formar una opinión sobre las similitudes y diferencias entre el caso nuevo y los anteriores.

Aconsejamos escribir este razonamiento en la demanda, para situar al juez en la realidad particular del nuevo juicio. Aquí podrá pasar que encontremos más lesiones a derechos e intereses que las del fallo resuelto.

Por ejemplo, en un caso de mobbing durante la relación laboral y de despido por acusación calumniosa al momento de la extinción de la relación laboral, podemos estudiar todos los casos de acoso laboral y tener en cuenta sus montos, pero la existencia de otra lesión más -al honor esta vez- implica que la indemnización también deba contener un plus por ese otro daño.

En estos casos, donde es posible aislar las distintas afrentas o daños morales, recomendamos buscar precedentes sobre el otro tipo de lesión o sobre todos los tipos de lesiones que sean pasibles de autonomía resarcitoria.

Todos los montos correspondientes deberían sumarse para conformar una cifra adecuada al daño que se trata. También podría ocurrir lo opuesto y que los precedentes traten sobre mayor cantidad de lesiones. En este caso, hay que fijar el capital en una cifra menor, según los parámetros que encontremos en los precedentes para la lesión que no esté presente en el caso.

Otro análisis a efectuar recae sobre la magnitud de la lesión sufrida en el caso a juzgar en comparación con la de los precedentes. Podrá pasar que la víctima que asistimos haya padecido un daño moral mayor o menor que las de los casos anteriores.

Recomendamos explicar donde reside y porque se ha producido el mayor daño -y al demandado le recomendamos explicar porque el daño es menor que el del precedente citado-.

En este punto, el de las diferencias de magnitudes del daño, es donde está la parte más criticable de este método, pero para aproximar más el pedido a la justicia, el abogado puede analizar las consecuencias reales del hecho en todas las facetas extrapatrimoniales de la persona y tratar de proyectar su duración en el tiempo. Según lesione más áreas del ser humano y se extienda más en el tiempo, mayor deberá ser la indemnización y viceversa.

Poner una cifra al mayor o menor daño requiere de una cuota de valoración personal y de razonabilidad –en su sentido más amplio. Una forma discutible, pero una forma al fin, para hacerlo es por una grossa regla de tres. A grosso modo el abogado puede llegar a formarse una noción de cuanto más o menos ha sido dañada la persona.

Será el doble, la mitad en menos o más, un cuarto en menos o más. En fin, debe tratarse de comparar los daños y determinar cuánto más o menos le puede asignar a la lesión del nuevo caso frente a las otras. En base a esa proporción mental, podrá calcular cuánto más o menos debe pedirle al juez.

Cómo se ve, la adaptación de los precedentes al caso nuevo no es instantánea y habrá que tener en cuenta la presencia de más o menos

lesiones a derechos e intereses y las diferencias de magnitud en el daño moral padecido por las personas de los diferentes casos.

Creemos que intelectualmente, pese a la imperfección que reconocemos, se puede zanjar las diferencias entre realidades. Destacamos que el abogado debe dejar todo esto por escrito. Ya no es admisible que se pida una suma de forma arbitraria, o, un porcentaje del daño patrimonial o de forma directa un número sin siquiera valorar o ponderar que daño moral hubo y sin acudir a un método de cuantificación del daño moral que queden por escrito. Todas estas prácticas, criticables y calificables cómo mala praxis, son corresponsables del caos jurisprudencial histórico.

Una vez que se ha podido tener una cifra aproximada, en base a precedentes y efectuando estas operaciones mentales, cobra importancia el conocimiento de la fecha de las sentencias previas y el conocimiento del abogado de la realidad económica y del tiempo de duración de los juicios en la jurisdicción.

Con esta información, el abogado puede modificar el capital calculado por la inflación que hubo desde el precedente a la actualidad y desde el presente hasta el posible momento de la sentencia definitiva del nuevo caso.

Una vez hechos todos estos cálculos, recomendamos siempre utilizar la fórmula: “o lo que en más o menos surja de la prueba a producirse y de las constancias del caso” u otras semejantes.

De esa forma se crea la posibilidad de que el juez atienda a las modificaciones imprevisibles de nuestra economía. Otras posibilidades que puede tenerse en cuenta es el pedido de inconstitucionalidad del artículo 7 de la ley 23.928 De Convertibilidad del Austral, aunque sea brevemente y de oficio –ahora que está permitido-. Debe tenerse en cuenta que estas vías todavía –a 2014- no han sido habilitadas, así que es mejor y posible en la actualidad introducir a la inflación dentro del monto de daño moral, teniendo como norte la manutención de su valor a futuro.

Creemos que esta forma de cuantificar el daño hoy sí es posible. Ningún juez, aunque sea de los que adhiere a la discrecionalidad, podrá despreciar una pretensión que tiene relación directa con los fallos que ha hecho o, mejor, que ha hecho su tribunal de alzada. Conocer y utilizar los montos de la Cámara ayuda a la mayor previsibilidad de la indemnización futura y a preparar la apelación de la sentencia de primera instancia por indemnización baja o alta –por el demandado, claro-.

Además, este método es escogido por varias Cortes de Provincia, como la de Córdoba, Corrientes, Mendoza, Santa Cruz y Tierra del Fuego; también es el método de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Con seguridad continuará difundándose su uso y, por lo menos hasta hoy, se muestra como una opción superadora de la discrecionalidad judicial. Cualquier pedido utilizando este método sería razonable y serio hoy, más allá de las críticas que le hacemos y que no es el que nos acerque más a la justicia.

El abogado de la parte demandada puede acudir de igual forma a los precedentes, para impugnar el monto de la demanda. En esa labor, aconsejamos aprovechar los vicios de la demanda en el punto “daño moral”.

Normalmente las peticiones son cuantiosas y no responden a lógica alguna. Por ello, de forma muy sencilla se puede atacar la pretensión con la cita de uno o dos casos de la Cámara local donde se hayan establecido cifras menores a la pedida, siempre sujetando su procedencia “al hipotético e improbable caso de que S.S. entienda que es procedente indemnizar el daño moral”, frase que se suele consignar después de negar toda procedencia del perjuicio.

Otra forma de mermar la indemnización pedida por la demandante, es pedir el rechazo de los daños psicológicos y otros perjuicios extrapatrimoniales pedidos como rubro autónomo en las jurisdicciones donde se adhiere al criterio, que compartimos, de que el daño moral implica la indemnización de toda consecuencia nociva de

carácter personal y por ende no patrimonial⁸⁷⁶. Para eso, también es necesario conocer la jurisprudencia local.

Este método, recalcamos, va ser importante y útil en los alegatos y, especialmente, en la expresión de agravios, que suelen ser disconformidades sobre este punto de la sentencia, si no se le provee de datos objetivos.

El juez también puede emplear este método, así y cómo se propone. Puede utilizarlo, aun cuando las partes hayan hecho mención a otro método o no hayan utilizado ninguno. Es una forma mejor de fundar la sentencia que la mera prudencia y le permitirá, escribiendo todo su razonamiento, que las partes conozcan los porqués de su convicción en favor de una cifra u otra. Es mejor la transparencia porque facilitar el recurso y la defensa en juicio.

Este método podría ser aplicado en la mayoría de los casos, puesto que los asuntos que llegan al estudio o al juzgado son genéricos. Cuando no es así, y se esté ante un caso difícil o poco común, se puede utilizar precedentes de otra jurisdicción u otra época, con su correspondiente adaptación a las particularidades de la economía regional y a las del momento de hacer la demanda o la sentencia. Por supuesto, lo más trascendente radica en motivar la cifra, en que sea el monto el producto de un razonamiento y que exista un método que se pueda explicar a quién falla o a los destinatarios de la sentencia.

Aún sin precedentes de casos similares, se pueden utilizar analógicamente los razonamientos efectuados en lesiones a otros bienes, siempre y cuando la equiparación que se haga sea lógicamente sincera y que sin falacias se puedan transpolar las conclusiones de la

⁸⁷⁶ Por supuesto, creemos que todos esos rubros deben ser pedidos y condenados dentro del rubro daño moral y que la cuestión de categorías, envases y etiquetas no debe privar de la indemnización integral que merece la víctima. Sin perjuicio de ello, advertimos que en muchos fallos se deja sin efecto la indemnización de los daños psíquicos otorgados en primera instancia, sin siquiera valorarlos dentro del daño moral ni considerarlos en la indemnización del perjuicio extrapatrimonial. No estamos de acuerdo con esa conducta, pero entendemos que puede ser un dato de importancia para que obtenga alguna ventaja el abogado del demandado, que trabaja en jurisdicciones que son de aplicar el criterio.

sentencia o sentencias de referencia al caso. Este último supuesto es excepcional, no debe utilizarse a la ligera ni cómo regla. Al contrario, requiere el incremento de la diligencia y del cuidado del abogado y del juez en la argumentación de la suma de dinero que se determine.

Puede utilizarse otro método, de hecho hemos criticado a este y tratamos de enmendar aquellos puntos que creíamos más flacos. El problema va a ser más práctico que teórico, porque puede traer resistencias en los tribunales, mientras que este ya cuenta con aceptación y es coherente con las líneas que ya sigue quien va a juzgar –salvo cuando no se haya pronunciado nunca en un caso equiparable–.

En conclusión, este capítulo entraña el mejor consejo que podemos dar después de estudiar la cuantificación del daño moral en el país o en el extranjero. Creemos que de esta forma, producto del estudio y la experiencia, ningún abogado o magistrado quedará desnudo ante el dificultoso problema que representa la cuantificación del daño moral.

Es una solución posible, rápida, práctica, no por ello desprovista de reflexión y de pensamiento crítico sobre el caso y los antecedentes judiciales. Tampoco es criticable por ser un método automático librado a un cálculo matemático, pues incorpora el juicio del profesional y del juez. Creemos que con los pequeños aportes que le hacemos al método, la cuantificación indicativa es una referencia cabal para el mejor desempeño del juzgador, el que cuenta con reglas concretas y sencillas para enderezar su trabajo mental, que no debe estar ausente.

También, es una mejor forma para que el abogado convenza con datos tangibles a la contraria –a los fines de la conciliación– y al juez para que haga lugar a la suma pedida. En suma, es de utilidad y permite llegar a una solución razonable, aunque la suma otorgada sea un sucedáneo en abstracto y por lo tanto, el método siga siendo pasible de profundas críticas para la doctrina, a la sumaré mi opinión. No obstante esta última afirmación, sé que al profesional promedio no le resultan provechosas las desavenencias intelectuales, necesitan herramientas, medios idóneos. Y, con esa mirada, este método propuesto puede ser fecundo. De ahí el éxito que está teniendo en

nuestro medio actualmente, en la forma que lo plantearon los maestros y lo acogió la jurisprudencia.

Capítulo VIII.

¿Cómo debe cuantificarse la reparación del daño moral?

1. Las normas y principios constitucionales que rigen en la materia.

1.1 La necesaria dogmática legal en diálogo con la Constitución Nacional.

Como resultado del estudio de la situación actual de la cuantificación del daño moral en la Argentina y en el Derecho Comparado, nos hemos convencido de que las distintas posiciones elaboradas son predominantemente dogmáticas. Naturalmente ello es así, puesto que en general no hay regulaciones legales rígidas ni exhaustivas. Por eso, para abordar este tema, todo operador jurídico (especialmente los de la doctrina y la jurisprudencia) debe realizar una interpretación normativa de forma necesaria. Sin ese trabajo de razonada reflexión es imposible arrancarle a la ley una solución útil para dirimir íntegramente un caso.

Especialmente en nuestro país, donde el Código Civil no tiene reglas concretas al respecto, sin el prudente criterio, basado en la lógica, no se puede llegar a la resolución de ningún caso; dado que en la ley hay un amplio vacío que deja más preguntas que respuestas. Por ello, como primera tarea, es necesario poner al daño moral en su quicio legal y definir los contornos de los principios supremos que entran en juego. Esta operación es imprescindible para poder interpretar a los únicos dos artículos que se han plasmado en la legislación actual.

Precisamente, nuestra normativa civil recoge al daño moral en los artículos 522 y 1078 del Código Civil. El primero de ellos, lo trata en la responsabilidad contractual y el segundo de la responsabilidad extracontractual. La primera de las normas fue incorporada por la Ley

17.711 y la segunda fue modificada por ella, configurándose así el estado actual de la legislación⁸⁷⁷.

El artículo 522 del Código Civil establece que: “En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso”.

En cuanto a la responsabilidad extracontractual, en el artículo 1078 se determina lo siguiente: “La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima”. A continuación, en un solo párrafo, regula la legitimación para requerir la indemnización: “La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.

Con los artículos transcriptos se agota todo el esfuerzo que el legislador ha dedicado a la cuestión. De su letra, como ya se dijo, surgen más interrogantes que certezas y el debate ha sido arduo en torno múltiples aristas del instituto: su designación, procedencia, concepto, extensión, aplicación a las diferentes ramas del derecho, naturaleza resarcitoria u otra, procedencia para las personas jurídicas o privadas de conciencia, legitimación activa, procedencia ante daños morales mínimos, cuantificación, etc. Y, se ha llegado hasta declarar la inconstitucionalidad de la norma ante múltiples supuestos.

En suma, sin el trabajo de la doctrina y de la jurisprudencia no puede satisfacerse ninguna de las preguntas esenciales inherentes al daño moral. El único camino que ha quedado es la razonar las posibles respuestas desde estas pocas bases. A esa misma labor es a

⁸⁷⁷ Para profundizar en las repercusiones que tuvo la reforma en la normativa original del Código Velezano puede consultarse: Pizarro, Daniel Ramón; *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición*, 2da ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, págs. 154 y ss.

donde tendemos en este punto y, por ello, lo importante de las aclaraciones hechas.

Como comienzo de cualquier razonamiento normativo actual, hay que hacer referencia al desplazamiento del eje del sistema del Código Civil a la Constitución Nacional, proceso que se ha llamado constitucionalización del Derecho Privado y que es coincidente con la influencia que ha traído la reforma constitucional de 1994 y la incorporación en ese estamento de numerosos Tratados Internacionales.

De esta modificación, constatable en nuestro medio, surge la necesidad imperiosa, según entendemos, de reformular la dogmática del Código Civil con las nuevas normas que han insuflado renovados valores y principios al sistema. Hoy, se sabe que es estéril analizar cualquier ley sin valorar su vinculación con la Carta Magna, ya que esta ha asumido muchas cuestiones privadas que antes se depositaban en manos de los legisladores⁸⁷⁸.

En la interpretación legal se debe hacer vivir a la norma suprema a través de las normas inferiores o se las debe fulminar por inconstitucionalidad en caso de irreconcilable e insalvable incoherencia. Con ese norte, nos propusimos analizar a los artículos 522 y 1078 del Código Civil en relación con las normas superiores que aquilatan a estas. Para ello, en primer lugar, hay que buscar las normas constitucionales sustanciales en la materia para luego articular el juego armónico de todo el plexo de principios y normas para dar una solución coherente con todo el ordenamiento jurídico, evitando realizar propuestas en base a normas aisladas que se interpretan por

⁸⁷⁸ Explica Sagués que "...cabe constatar una paulatina y mayor constitucionalización de temas de derecho privado. En parte eso ocurre porque las constituciones han sufrido un proceso de inflación normativa, abarcando (a menudo con exceso), temas que otrora se entendía que estaban fuera de su radio de acción. Otra razón es que, con motivo, ciertas cuestiones de derecho privado preocupan hoy en mucho a la sociedad, y eso hace que adquieran interés constitucional suficiente como para llevarlas a la Constitución. De darse este fenómeno, la constitucionalización del tema importa tanto una definición del constituyente sobre el punto, como una limitación al poder legislativo ordinario, que deberá someterse a esas pautas constitucionales y perderá, en mayor o menor medida, libertad para regular el tema en cuestión...". Cfr. Sagués, Néstor P., Notas sobre la dimensión constitucional del derecho a la reparación, E.D., nº 202, p. 843.

tradiciones y doctrinas que no ponen sus ojos en los cambios operados en nuestro derecho nacional.

1.2 El Derecho a la integridad moral y el derecho a su reparación integral.

Entendemos que la norma principal sobre tutela moral está en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Efectivamente, en el artículo 5.1 de este Tratado Internacional con jerarquía constitucional se reconoce que todo ser humano tiene derecho a la integridad moral.

Textualmente, el Tratado dice: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”. En otras palabras, toda persona tiene derecho a mantener su plano espiritual tal y cómo es. Esto porque moral en la acepción castellana, que interesa a los fines del Tratado, es sinónimo de espíritu. Y, por tal se entiende a todas las facetas interiores del sujeto, no en sentido religioso. Tenemos por sentado que el derecho se ocupa de la tutela de la persona y brinda protección a todos aquellos aspectos propios del ser humano que constituyen intereses lícitos extrapatrimoniales.

En suma, esos intereses son tan personalísimos como la integridad psíquica y física, constituyendo componentes únicos de cada sujeto, pese a ser comunes a todos en forma más o menos genérica. Todos estos aspectos del ser humano, juntos, conforman lo que la persona es⁸⁷⁹.

⁸⁷⁹ Es importante aclarar un aspecto que puede conducir a confusión. En los Tratados se defienden múltiples derechos personalísimos: la vida, la integridad psíquica y física, el honor, la libertad, etc. Estos derechos son en principio de carácter extrapatrimonial, mas su lesión puede producir un daño extrapatrimonial o un daño netamente económico, dependiendo de las proyecciones del hecho lesivo del derecho. Por ejemplo, una lesión en la integridad física o en la libertad puede causar una merma en los ingresos de la víctima y, también un daño moral que se manifiesta como una consecuencia dañosa en la integridad moral de la persona, a consecuencia de la lesión a otro derecho. Recordemos que el daño resarcible es este efecto no la sola lesión a un derecho. No obstante, no puede olvidarse que el carácter personalísimo de los derechos nombrados, por su esencia íntima en el sujeto, están en contacto con la integridad moral, por ello su ataque representa casi automáticamente un daño moral en el ideario moderno. Esta circunstancia no modifica el carácter autónomo del derecho a la integridad moral en sentido amplio, como consecuencia perjudicial del ataque a cualquier interés lícito del ser humano –aun los patrimoniales–.

Este reconocimiento en la cúspide normativa tiene por virtud la posibilidad de acudir las herramientas que establece el ordenamiento jurídico para la prevención de daños y en su caso para la reparación, ante la amenaza o lesión efectiva del derecho.

En este último caso, en el de la afectación nociva del derecho, es donde entra en juego el problema de la cuantificación de la indemnización del daño moral; porque este arduo problema del derecho emerge cuando se aminora la integridad moral de la persona, que se ampara en el citado artículo. En ese caso, cobra importancia la reparación y su necesaria función de determinación de una indemnización adecuada para el perjuicio sufrido en el ámbito subjetivo de la persona.

En este punto cobra importancia el derecho constitucional a la reparación –que debe ser integral o plena-, que tiene carácter instrumental respecto de derecho sustantivo a la integridad moral, porque es un medio para la restauración del derecho y no un fin en sí mismo. En todo caso, siempre requiere de la preexistencia de un interés lícito y de su minoración disvaliosa como antecedentes. Sin estos no tiene razón de ser y no existe el derecho a la reparación integral hasta que haya algo digno de ser reparado conforme a derecho⁸⁸⁰.

1.3 ¿Qué se entiende por reparación integral?

La reparación del daño en nuestra Constitución, históricamente hablando, no ha tenido amplia recepción, apenas ha estado limitada a

Con esto no sostenemos que se tutelen derechos patrimoniales, sino la integridad moral que incluye a las consecuencias dañosas en la persona que pueden provenir de la vulneración de derechos patrimoniales. En suma, se protege el plano interno del ser humano, excepto la secuela psíquica a la que el Tratado le da reconocimiento específico.

⁸⁸⁰ La discusión sobre la existencia o inexistencia de la autonomía del derecho a la reparación y su fundamentación en distintas normas de la Constitución Nacional es un debate aparte. Lo que anticipamos, solamente, es que aun cuando sea un derecho autónomo desde el punto de vista normativo o axiológico, desde el punto de vista de su aplicación y utilidad es dependiente de la lesión a otros derechos e intereses. Sin ese antecedente no tiene empleo efectivo, puesto que no hay interés ni necesidad de invocación y ejercicio.

supuestos puntuales como la expropiación y la liberación de esclavos. Los supuestos especiales contemplados se ampliaron con la constitucionalización de los Tratados Internacionales, operada a través del artículo 75, inciso 22 de nuestra norma suprema. Así, se han adicionado supuestos cómo daños causados por el ejercicio de la libertad de expresión, error judicial en materia penal, la prisión indebida, la discriminación racial y la tortura⁸⁸¹. Además, entre los nuevos derechos que se reconocieron en la parte dogmática de la Constitución Nacional, también se menciona la reparación del daño ambiental.

Actualmente, desde la doctrina y la jurisprudencia (especialmente la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación –con criterios diversos-) se reconoce con amplitud este derecho⁸⁸², pero no hay uniformidad en lo que respecta a su fundamentación normativa y se pueden encontrar distintas posiciones.

Hay quienes fundamentan al derecho en el artículo 19 de la Constitución Nacional, especialmente ligada al principio *alterum non laedere*. Otros entienden que es una emanación del artículo 17 de la norma magna, ya que en definitiva la indemnización debida forma parte de la propiedad privada. También se ha dicho que es un derecho implícito que emerge del artículo 33 de la Constitución. Además, otras visiones han señalado que la reparación es un derecho que tiene reconocimiento en el artículo 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁸⁸³. Esta última norma es la que prevé la

⁸⁸¹Sagüés, Néstor P.; Notas sobre la dimensión constitucional del derecho a la reparación, E.D., tº 202, p. 845. Puccinelli, Oscar Raúl; Derecho Constitucional a la Reparación?, E.D., tº 167, p. 974 y ss.

⁸⁸² Nos decía Germán J. Bidart Campos que “no es errado hablar de un derecho al resarcimiento y a la reparación del daño, e incluirlo entre los derechos implícitos”. A lo que agregó, que: “Con la doctrina más avanzada, estamos seguros de postular la tutela constitucional al “*daño a la persona*”, con sus consecuencias personales (o extrapatrimoniales) y extra personales (o patrimoniales)”. Cfr. Germán J. Bidart Campos; *Manual de la Constitución Reformada*, 3ra reimpr., Buenos Aires, EDIAR, 2002, 1º II, pág. 110.

⁸⁸³ El artículo 63 de la CASDH en el inciso 1. Establece que: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el **pago de una justa indemnización a la parte lesionada**”.

indemnización de los daños causados por violación de los derechos reconocidos en el Tratado⁸⁸⁴.

La CSJN, también ha sostenido que se aplica a la reparación de bienes patrimoniales y extrapatrimoniales –pese a la literalidad de la norma– el artículo 21, inc. 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa"⁸⁸⁵.

La reparación, a la que tiene derecho cualquier persona, ante el sufrimiento de un daño injusto, según la aplicación de las normas constitucionales no es cualquiera. No toda reglamentación llena los requisitos de protección a la persona que se imponen. Para ser tal, la reparación debe ser integral, que es lo mismo que decir justa.

La indemnización que corresponde por derecho constitucional es justa cuando hay correspondencia entre el daño padecido y la indemnización. La reparación debe ser cabal y, se tiene por tal, cuando enjuga completamente al daño padecido sin que quede perjuicio subsistente en alguna medida. Así lo dijo nuestra Corte cuando declaró la inconstitucionalidad del artículo 39, inciso 1 de la Ley de Riesgos de Trabajo, hito a partir del cual se proporcionó a los trabajadores la tutela resarcitoria del Código Civil, por ser una solución más razonable y congruente con los postulados superiores que venimos recopilando⁸⁸⁶.

⁸⁸⁴ Pizarro, Daniel Ramón; *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición*, 2da ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, págs. 353 y ss. Sagüés, Néstor P., *op. cit.*, p. 846 y ss. Laplacette, Carlos José; *Derecho Constitucional a la Reparación de Daños*, La Ley Año LXXVI N° 175, 17 de septiembre de 2012, p. 1 y ss.

⁸⁸⁵ Cfr. CSJN, Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A., 21/09/2004, La Ley Online AR/JUR/2113/2004, considerando 4° del voto de la mayoría.

⁸⁸⁶ CSJN, Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A., 21/09/2004, La Ley Online AR/JUR/2113/2004. En contra López Mesa y Pizarro, para quienes la reparación integral no tiene su correlato en el daño total efectivamente sufrido, sino que es la máxima reparación que prevé la ley, de conformidad con el sistema de imputación de consecuencias que ha previsto nuestro Código Civil para la responsabilidad contractual y extracontractual. Por ende, del daño sufrido por la persona nunca se repararán las consecuencias remotas. Solo en casos de ilícitos dolosos se podrá indemnizar las consecuencias casuales previstas. Se responde en los delitos, cuasi delitos e incumplimientos contractuales dolosos solo de las consecuencias inmediatas y mediatas. Y, finalmente, en los

Esta afirmación se hace ostensible en el campo de la responsabilidad extracontractual. Pero en el de la responsabilidad contractual, la jurisprudencia ante casos de lesiones a la integridad psicofísica ha tenido que ser más flexible que la letra de la ley, en aras de poder arribar a una indemnización justa; por ejemplo en casos de contratos de transporte y de actos médicos dañosos, donde se lesionara la vida o el cuerpo humano.

Por eso, si bien creemos que las reglas de imputación de consecuencias derivadas del incumplimiento contractuales el mejor cartabón existente hoy para ese tipo de responsabilidad cómo guías de justicia para resolver ciertos casos, requieren de algunos reajustes para hacer valer a las normas superiores.

Aclaremos que no se precisa su declaración de inconstitucionalidad; sí insuflarlas con la normativa constitucional para interpretarlas con mayor amplitud, puesto que a una persona gravemente dañada en un accidente a bordo de algún transporte público de pasajeros, se la puede dejar indefensa si solo se la indemniza en las consecuencias inmediatas del hecho. Para evitar que cargue con parte del perjuicio es necesario flexibilizar esa regla, por ejemplo.

incumplimientos contractuales culposos se responde exclusivamente por las consecuencias inmediatas.

En estos conceptos que se encuentran regulados en los artículos 520, 521, 901 y ss. del Código Civil se encuentra la reparación más integral que prevé el derecho infraconstitucional y por tal se debe entender a la responsabilidad del dañador. Se distingue, en efecto, el daño natural sufrido, del daño jurídico que es el relevante para el derecho. La indemnización será equivalente a este último, quedando sin enjugar las restantes secuelas sufridas. Esta cuestión es fundamental, puesto que la indemnización integral no puede ir más allá de la relación causal adecuada entre el hecho y las consecuencias dañosas, sino se le imputaría al demandado hasta el caso fortuito o los efectos de otras concausas.

En síntesis, la lectura de la jurisprudencia de la Corte debe hacerse considerando estas doctrinas, sino se llegaría a la peligrosa situación de hacer cargar sobre cualquier posible dañador con daños que no tienen vinculación precisa con su hecho, por más que existan en la víctima. En todo juicio se debe perseguir esta indemnización justa, puesto que de lo contrario, si el juez no escinde las partes del daño no causados por el dañador, se recae en un exceso que no tiene basamento legal ni constitucional, sino ideológico. Cada sujeto debe ser responsable de las consecuencias de sus hechos, nada más. Con este límite, la reparación debe ser integral por resarcir todas las secuelas adecuadamente causadas.

En este trabajo no tenemos por fin dar nuevas reglas de imputación de consecuencias o de causalidad adecuada. Por ello, retomando el cauce que nos interesa, recordamos que a la cuantificación del daño moral se la debe ponderar, en primer lugar, teniendo en cuenta que existe el derecho a la integridad moral. En efecto, de haber lesión, se debe idear un sistema que permita llegar a la reparación integral. Eso es lo que nos interesa resaltar aquí, no porque sea exclusivo del daño extrapatrimonial –también corresponde reparar integralmente el daño patrimonial-, pero, con toda sinceridad, estas normas son el punto de arranque de cualquier sistema de reparación del daño en la persona. Para el daño patrimonial, hay que acudir a las normas que resguardan la propiedad privada, puesto que es esa la cúspide de la pirámide normativa para ese otro tipo de menoscabo.

Ahora bien, no se acaba aquí el elenco constitucional en juego. Creemos que son de muy encumbrada relevancia en este problema que abordamos, tanto el principio de razonabilidad, como la garantía de igualdad ante la ley –artículos 28 y 16 de la Constitución Nacional, respectivamente-.

1.4 El principio de razonabilidad y su contribución al razonamiento de una solución.

El artículo 28 de la Constitución Nacional incluye en la misma al denominado principio de razonabilidad. La norma expresamente dice que: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Este principio, cuya letra se ciñe al texto dogmático histórico de la Constitución, debe ser interpretada en sentido amplio para todo el texto vigente, incluyendo los principios, garantías y derechos que se han incorporado por la constitucionalización de los Tratados Internacionales. En consecuencia, se ha de aplicar tanto al derecho a la integridad moral y al derecho a la reparación integral; por ende, cualquier solución legal, reglamentaria, doctrinaria y jurisprudencial

debe contemplar este principio, que es la “garantía de la efectiva vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional”⁸⁸⁷, a los fines de proponer metodologías de cuantificación del daño moral aptas para hacer valer al derecho a la integridad moral y a la reparación justa, sin producirle alteraciones, mediante restricciones, que desvirtúen los derechos reconocidos.

En caso de que no se cumpla con lo preceptuado, corresponde invalidar la normativa y la teoría doctrinaria o jurisprudencia. La CSJN tiene sentada una clara posición en ese sentido, al afirmar que las leyes merecen cuestionamiento constitucional "cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagren una manifiesta iniquidad"⁸⁸⁸.

Un ejemplo de la irrazonabilidad de la ley ante la validez plena del derecho a la reparación integral ha sido el caso “Aquino”. En él, la Corte declaró la inconstitucionalidad de un sistema de reparación del daño que hacía cargar a la víctima con gran parte del menoscabo, siendo una iniquidad intolerable en contra del trabajador, a quienes se los colocaba en peor situación que a los demás ciudadanos⁸⁸⁹.

⁸⁸⁷ Ekmekdjian, Miguel Á; *Manual de la Constitución argentina*, 3ra ed., Buenos Aires, Depalma, 1997, pág. 270.

⁸⁸⁸ CSJN, Fallos: 299: 428, 430, considerando 5° y sus numerosas citas.

⁸⁸⁹ En el ya citado fallo “Aquino”, la CSJN declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Riesgo de Trabajo, que creó un régimen autónomo de reparación de los daños sufridos exclusivamente por trabajadores en accidentes de trabajo, incluidos los accidentes *in itinere*. En la sentencia, la Corte ponderó el carácter constitucional de la reparación integral o justa y contrastó las exigencias que impone, que se ven llenadas por el Código Civil, con las reparaciones que efectivamente otorgaba la legislación laboral. En el análisis del reproche de irrazonabilidad de la norma, el voto de la mayoría sostuvo primero que “...resulta fuera de toda duda que el propósito perseguido por el legislador, mediante el art. 39, inc. 1, no fue otro que consagrar un marco reparatorio de alcances menores que los del Código Civil...”. En segundo lugar, señaló que “...es manifiesto que, contrariamente a lo que ocurre con el civil, el sistema de la LRT se aparta de la concepción reparadora integral, pues no admite indemnización por ningún otro daño que no sea la pérdida de la capacidad de ganancias del trabajador, la cual, a su vez, resulta conmensurable de manera restringida...”.

En consecuencia, de la comparación hecha, la Corte puede concluir que “no se requiere un mayor esfuerzo de reflexión para advertir que la LRT, al excluir, sin reemplazarla con análogos alcances, la tutela de los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil, no se adecua a los lineamientos constitucionales antes expuestos, a pesar de haber proclamado que tiene entre sus "objetivos", en lo que interesa, "reparar los daños derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales" (art. 1, inc. 2.b)”. La Ley de Riesgo de Trabajo, agregó la Corte, “Ha negado, a la hora de proteger la

Creemos que al fallo deja una enseñanza: no se podrán crear sistemas o subsistemas de reparación del daño que alteren los preceptos constitucionales que venimos indicando. Más claramente, no se podrá imponer el holocausto de los derechos supremos de la persona ni del derecho a la reparación que le corresponde por violación dañosa de aquellos.

La misma pauta ha de valer para la cuantificación del daño moral. El método que se escoja tiene que permitir la realización de los derechos; debe funcionar con razonabilidad para reintegrar la integridad moral al estado más próximo al que tenía, a través de un sistema que permita alcanzar una indemnización justa para el caso.

1.5 Implicancia del derecho y garantía de igualdad en la reparación del daño moral.

En este contexto constitucional, en el que ubicamos las reglas y principios dirimientes para la cuantificación del daño moral, se debe tener en cuenta al derecho o garantía de igualdad reconocida en los artículos 16 de la Constitución Nacional, artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre, artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 24 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

Resumiendo las ideas que se han expuesto, a los fines de explicar cómo se integra la igualdad, recordemos que toda persona tiene derecho a la integridad moral. Ante un daño en la persona que afecte su faceta subjetiva, corresponderá la indemnización integral del daño moral. Esta debe ser hecha mediante un método razonable que de plena vigencia a la integridad moral y a la reparación integral; y, ahora bien, ese método o esos métodos razonables deben dar soluciones equivalentes para todos los agraviados en respeto del derecho a la

integridad psíquica, física y moral del trabajador, frente a supuestos regidos por el principio *alterum non laedere*, la consideración plena de la persona humana y los imperativos de justicia de la reparación, seguidos por nuestra Constitución Nacional y, de consiguiente, por esta Corte, que no deben cubrirse sólo en apariencia (Fallos: 299:125, 126, considerando 1º y sus citas, entre muchos otros)".

igualdad que tienen todas las víctimas de lesiones en su integridad moral.

Desde ya, estas reglas no son exclusivas del daño extrapatrimonial, puesto que responden al mismo género: daño resarcible. En él se integra el daño moral con el daño patrimonial. No obstante ello, nos ocupamos exclusivamente aquí del daño en la persona.

Desde el punto de vista constitucional, la igualdad importa un contenido negativo y otro positivo. El primero implica “la prohibición de otorgar privilegios o de efectuar discriminaciones respecto de determinados grupos o individuos”. El segundo entraña el requisito de llevar a cabo “acciones afirmativas del Estado en el otorgamiento de beneficios especiales a determinadas categorías de individuos”⁸⁹⁰.

Esta garantía se vulnera si se da tratamiento desigual a los iguales y si se trata igualmente a los desiguales. No se prohíbe toda discriminación o tratamiento diferenciado, sino aquel que es arbitrario, estigmatizante o persecutorio⁸⁹¹. Más precisamente, igualdad jurídica “significa que todos los hombres que tienen similares características gozan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones. Dicho de otra forma, igualdad es igual trato ante circunstancias o situaciones iguales”⁸⁹².

Con esta base axiológica, que creemos imprescindible incorporar a la cuantificación del daño moral, se debe contar para arribar a soluciones equitativas que den a cada uno lo suyo. En un país tan grande como el nuestro, con múltiples realidades regionales, a veces dentro de una misma Provincia, un método de cuantificación del daño moral será constitucional si da a cada víctima una respuesta conforme a la situación del lugar donde le toca vivir. Con las asimetrías de la realidad económica de las distintas zonas y ciudades, unificar la indemnización del daño moral –y del daño en general- en una misma

⁸⁹⁰ Ekmekdjian, Miguel Á; *op. cit.*, pág. 126.

⁸⁹¹ Ekmekdjian, Miguel Á; *op. cit.*, pág. 127.

⁸⁹² Ekmekdjian, Miguel Á; *op. cit.*, pág. 130.

cifra a nivel nacional sería tratar igualmente a los diferentes. El rendimiento de esa suma de dinero en cada punto del país sería una indemnización diferenciada en concreto, que conduciría a que en algunos lugares se adquiriera más y en otras menos. Con ello, se produciría, además, una gran injusticia.

Lo que corresponde hacer es tratar de forma similar a los casos que sí pueden ser equiparados, siempre y cuando sea posible. Lo más factible, aun utilizando el mismo método, sería uniformar los montos en una misma ciudad o, a lo sumo, una misma unidad económica que incluya varias ciudades que tengan una misma actividad económica predominante, con similar nivel de empleo y salario.

En este aspecto, para que prime la igualdad, también debe haber razonabilidad en el criterio del juez y de la doctrina. La razonabilidad, aquí, requerirá saber dar el tratamiento pertinente a las personas de la misma región, sabiendo trazar cuáles son los límites espaciales de esa zona. No sería adecuado, ni siquiera para una Corte provincial, que se generalice en las condiciones de los justiciables. Si bien puede haber igualdad en el uso de las mismas pautas o reglas, se tiene que atender a las situaciones específicas de las personas para no vulnerar a la Constitución Nacional. Dentro de estas circunstancias, están las personales y las propias del entorno geográfico, social y económico.

Desde la doctrina debemos abandonar la idea de uniformar las condenas del daño moral. Lo más aconsejable es bregar por su armonización, en base al empleo de reglas similares que den predictibilidad y seguridad jurídica, mas no al tratamiento desigual de quienes no viven sujetos a las mismas condiciones de vida y mercado.

1.6 La interpretación conjunta de todas las normas que dirimen la indemnización del daño moral.

En conclusión, desde el punto de vista de la víctima del daño los derechos constitucionales que campean en la cuestión del daño moral y la cuantificación de su indemnización son: el derecho a la integridad moral, con el consiguiente derecho a la reparación integral en casos de

lesión dañosa del primero. La reparación debe ser razonable, en la medida de que restaure lo mejor posible –con justicia y plenitud- la integridad moral, y deberá tender a la igualdad, que se hace efectiva si se trata de forma similar a las personas que están en condiciones parecidas, mientras que se da tratamiento desigual respecto de quienes no están en condiciones equiparables.

Los derechos a la reparación integral, a la igualdad y el principio de razonabilidad se ponen al servicio de la integridad moral, son instrumentos para su plena vigencia; puesto que toda la reparación del daño, con la imprescindible cuantificación de la indemnización, tienen por finalidad reintegrar la situación moral del individuo al estado más próximo al que tenía antes del hecho dañoso⁸⁹³. Esta es la perspectiva desde la que se tiene que mirar a los artículos 522 y 1078 del Código Civil, para que a partir de todo este plexo normativo y con los valores señalados se pueda establecer medios de cuantificación del daño moral, métodos o alternativas que sean adecuadas para la vigencia de las normas superiores.

Por supuesto, de las normas reseñadas no surge una única respuesta. Solo son la piedra angular. Desde ahí hay que continuar indagando en principios del derecho privado que sirvan para conducir a estas normas a la solución aplicable en cada caso en concreto.

No se agota con lo expuesto el aporte constitucional al problema. A la vez, debe ponerse interés en la situación del dañador, puesto que desde su punto de vista, también, hay implicancias constitucionales. Así, como parámetro para la cuantificación del daño moral, cobra relevancia el resguardo de la propiedad privada del agente del daño.

No es que este derecho valga más que los del dañado. No es cierto. La CSJN ya ha explicado que el "hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor

⁸⁹³Pizarro, Daniel Ramón; Daño moral. Prevención. Reparación. Punción, 2da ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, págs. 329.

fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental"⁸⁹⁴.

Sin embargo, también es cierto que una vez restablecido razonablemente el estado moral de la víctima, cesa el deber de reparar, puesto que se extingue esa obligación mediante el pago de la prestación debida. El demandado tiene derecho a una sentencia justa –al igual que el actor– que lo prive con fundamento en la ley y en un criterio jurisdiccional razonable y fundado de la porción de su propiedad privada equivalente a la que debe por el hecho dañoso.

El afectado en su integridad moral tiene derecho a una indemnización justa y el causante del daño tiene derecho a que no se le requiera más de lo que corresponde en base a ella. La defensa de su propiedad privada, con jerarquía constitucional, es un contra balance que se debe oponer ante los derechos del afectado. En un límite cualitativo ante el deber de resarcir, que impone no exigir más de lo que corresponde a una indemnización debidamente fundada y justa.

No es un tope. Tampoco es un beneficio ni una eximente de responsabilidad. No debe haber sacrificios constitucionales de ninguna parte. Tampoco puede fundamentar una limitación de responsabilidad en favor del dañador. Es, más bien, una regla que prescribe un esfuerzo para el juzgador para no cometer un nuevo atropello jurídico. Para ello se requiere que se amplíe el sentido de equidad y que se dé a cada uno lo suyo, no más, tampoco menos. Ambas partes merecen una sentencia razonable y transparente. Una para garantizarse que recibe la suma justa y la otra para saber con certeza que debe pagar una suma justa.

Por supuesto, poniendo foco en el dañador, la igualdad también será un principio constitucional a tener en cuenta. Sin dudas, no se puede cargar a una persona en mayor medida de lo que se hecho pagar a otras en igual situación. No sería justo que en una misma jurisdicción y al mismo tiempo se mande a pagar a unos más que a

⁸⁹⁴ CSJN, Campodónico de Beviacqua c/ Ministerio de Salud y Acción Social, Fallos: 323:3229, considerando 15 y su cita, La Ley, 2001-C, 32.

otros. Con esto se viola la alta norma que también se aplica en la órbita del demandado. Para no violar la Constitución, tiene que haber un criterio semejante ante hechos posiblemente equiparables –no una misma suma-. Todo apartamento debe tener un justificativo razonable que lo amerite: la llamada “lotería judicial” no es coherente con este mandato constitucional, lo que también puede ser sostenido desde la postura del actor.

2. Principios del derecho privado aplicables en la cuantificación del daño moral.

En nuestro concepto de indemnización del daño moral cobran relevancia los derechos constitucionales a la integridad moral y la reparación integral; el principio de razonabilidad y las garantías/derechos a la igualdad y resguardo de la propiedad privada.

Bien entendidos todos estos derechos en sentido amplio y razonable, entrañan a diversos principios del derecho que ha sabido dilucidar la doctrina.

En este esquema de interpretación normativa que proponemos, se encuentra el respaldo normativo a múltiples reglas dogmáticas que, con toda sabiduría, han sabido recoger los maestros. Por ejemplo, si tomamos en cuenta la opinión del respetado Jorge Mosset Iturraspe, autor de uno de los trabajos más influyentes sobre el daño moral, podemos advertir cómo sus diez reglas para la determinación de la indemnización por daño moral⁸⁹⁵ se subsumen en las normas y principios constitucionales que invocamos. De hecho, son una adecuada interpretación de esas normas.

Si tenemos presente que lo afectado es la integridad moral de la persona, artículo 5.1 CASDH, es totalmente lógica la novena regla que dice “Sí a los placeres compensatorios” puesto que se dirigen a

⁸⁹⁵ Mosset Iturraspe, Jorge; *Responsabilidad por daños*, tº V, *El daño moral*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 1999, pág. 228 y ss.

proporcionar el bienestar de la persona, con repercusión positiva en su dañado status moral.

Si sostenemos que la reparación debe ser integral (artículos 17, 19 y 33 de la Constitución), será a todas luces lógica la regla que sostiene: “no a la indemnización simbólica”. Ya hemos explicado de la indemnización debe ser justa y debe enjugar el daño en todas sus partes. La víctima no debe cargar con ninguna porción de su daño moral, como principio rector y orientador en la materia.

En cuanto al principio de razonabilidad, del artículo 28 de la Constitución Nacional, su incumbencia en el método de cuantificación de la indemnización del daño moral será la creación de métodos que sean el vehículo apropiado para la vigencia del derecho a la integridad moral y la reparación integral. Así entendido, va de suyo que no corresponde crear métodos de “tarifación con “piso” o “techo”. No procede indemnizar con “un porcentaje del daño patrimonial”, ni la “determinación sobre la base de la mera prudencia”. Por supuesto, un método razonable debe velar por la fijación de sumas de dinero “que puedan pagarse, dentro del contexto económico del país y el general standard de vida”, lo contrario llevaría a que la indemnización sea quimérica e incobrable, por lo tanto tampoco sería esencialmente una reparación, puesto que no pasaría del expediente a la realidad. Esto último es irrazonable.

Si se atiende a la igualdad de las personas ante la ley, es necesario concretar la noción jurídica con puentes del concepto a la vida y a la realidad. Por eso, nos parece apropiado que en los diferentes casos haga diferencia “según la gravedad del daño”. También es conforme al artículo 16 de la Constitución, que se atienda a las “peculiaridades del caso”, no puede haber igualdad si se trata cómo iguales a los diferentes. Y, como no puede haber trato desigual para los semejantes, procede “armonizar la reparación en casos semejantes” a lo que agregamos: dentro de una misma jurisdicción, según lo justificamos en los puntos anteriores.

La garantía de tutela a la propiedad privada lleva a no sea apropiado un método que grave excesivamente el patrimonio de los

demandados, sin fundamento en ley. En virtud del artículo 17 de la Constitución Nacional, no corresponden las soluciones que deriven en “enriquecimiento injusto”. Toda solución debe afectar con razonabilidad y criterios de igualdad al patrimonio del deudor, así lo imponen las normas constitucionales.

Las conclusiones que exponemos pueden aplicarse a las reglas que han elaborado otros juristas, en cuanto son parecidas a las reseñadas en este decálogo. Algunas de ellas se pueden ver en la obra de los profesores Trigo Represas y López Mesa⁸⁹⁶, al igual que en otra de las obras más trascendentes sobre daño moral, que es la escrita por el Dr. Pizarro⁸⁹⁷.

Especialmente, dentro de lo que el Dr. Pizarro llama “Los parámetros computables”⁸⁹⁸, que son criterios jurisprudenciales que reseña, hallamos ideas que conducen a aspectos casuísticos que permiten concretar, en las diferentes especies, a las normas y principios supremos que hemos reseñado. Por ello es importante la valoración del daño moral.

En otras palabras, creemos que las normas constitucionales ya referidas incluyen en sí a los principios dogmáticos que detectaron los juristas en nuestro ordenamiento, pero para hacerlas valer y darle vida en el caso concreto, debe haber una adecuada aproximación al caso, que se va a dar en el momento de la valoración del daño moral. El acercamiento al daño moral, por medio de su valoración, tiene que ser hecha por medio del estudio de las circunstancias específicas del caso concreto; las que se escojan deben proveer al respeto de los derechos constitucionales en juego y, por ende, a las reglas doctrinarias de la materia.

Se debe saber, en la realidad de la víctima, cuál fue la merma en la integridad moral, para ello es indispensable conocer las circunstancias

⁸⁹⁶Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; Tratado de la Responsabilidad Civil, 1ra ed. 2ª reimp., Buenos Aires, La Ley, 2008, Tº IV, págs. 707 y ss.

⁸⁹⁷Pizarro, Daniel Ramón; Daño moral. Prevención. Reparación. Punción, 2da ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, págs. 428 y ss.

⁸⁹⁸Pizarro, Daniel Ramón; op. cit., págs. 428.

del caso, cómo incidieron en el demandado, cómo era su personalidad, edad, sexo, condición social, grado de sensibilidad, la índole de las lesiones sufridas, la pluralidad de intereses lesionados, la intensidad de la lesión, la calidad de lesionado directo e indirecto, la relación del lesionado indirecto con la víctima directa, la gravedad del daño moral.⁸⁹⁹ Este elenco de factores relevantes no está agotado. Por supuesto que en cada caso puede haber muchas otras coyunturas importantes.

La idea rectora que debe primar en el juez y en todo operador es que el conocimiento del daño moral en la persona, permite conocer luego cuál es la reparación que amerita. No se puede conocer la medida de la indemnización justa sin conocer antes el daño y su magnitud. No se puede, tampoco, saber si un caso se ha resuelto con un método razonable y que respete la igualdad de la víctima y la igualdad y propiedad del dañador, si no se realiza esta operación previa de conocimiento de la realidad de la víctima y, por supuesto, todos los datos de la realidad económica en la que se vive al momento de dictarse sentencia o de demandar, en el caso del abogado –quien además debe predecir los cambios futuros para no encorsetarse en una pretensión desfasada-.

Este paso es la primera puerta al respeto de los derechos superiores y es necesario e idóneo para ello. Entendemos que esas pautas, entendidas como un medio de valoración del daño, son un acierto de la jurisprudencia, que favorablemente ha entendido o ha intuido qué es lo que se encuentra en juego. Es necesario que en cada caso se siga esa vocación de conocer profundamente a la causa y a las personas que hay detrás del expediente. Solo de esa forma, con una interesada y reflexiva tarea de investigación, que es posibilitada con las guías referidas y otras equiparables, se puede abordar el caso con respeto a las normas superiores.

De la misma manera, al momento de cuantificar la indemnización se debe hacer primar a las normas supremas que son, como dijimos,

⁸⁹⁹Pizarro, Daniel Ramón; op. cit., págs. 428 y ss.

aproximadas al criterio práctico por las enseñanzas de la doctrina. El problema de cómo hacerlo será abordado en los siguientes puntos, pero adelantamos que este segundo paso, en el camino de la indemnización del daño moral, es fundamental para arribar a un pleno reconocimiento del derecho constitucional a una reparación justa, en iguales condiciones que las de las personas que han estado en similares situaciones (para la víctima y el deudor) y respetuosas de la garantía de defensa de la propiedad privada.

Por todos estos motivos nos hemos convencido de que el mejor método existente hoy, para la vigencia de la Constitución Nacional y sus principios centrales en el tema, es el que exige la valoración del daño moral y su cuantificación. Esta metodología se muestra como razonable y suficiente para la aplicación en el caso concreto de las máximas normas aplicables y, además, es sencillo y práctico para que pueda ordenarse el abogado y el juez. Avanzaremos sobre ambas operaciones a continuación.

3. La valoración del daño moral.

3.1 Qué es valorar el daño moral.

Valorar el daño moral es conocer la repercusión nociva del hecho en la integridad moral, sin perder de vista la relación causal adecuada que debe mediar entre el hecho y el efecto en la faceta moral de la víctima. En otras palabras, es formar una idea aproximada del ha sido la magnitud del perjuicio sufrido en la persona, considerando todos los intereses extrapatrimoniales afectados. Más sencillamente, implica conocer cómo y cuánto se ha dañado al ser humano, fuera de las secuelas patrimoniales del hecho.

De lo que se trata, es de conocer el estado que tenía la persona antes del hecho y de identificar cuál ha sido su afectación a consecuencia del hecho. Este contraste entre lo que la persona era y cómo estaba antes del hecho dañoso y cómo es y se encuentra después de él, nos permite conocer cuál es el daño moral sufrido. La valoración requiere del abogado y del juez de una actividad cognitiva

en el caso concreto, que permita saber qué daño hay, cómo se configura y cuál es su dimensión. Sabiendo cómo era la realidad existencial previa al hecho y estudiando la posterior al hecho se debe alumbrar al daño moral, para definir su entidad y duración.

En otras palabras, la valoración del daño moral es un juicio de ponderación en el cual la mente, la prudencia, la experiencia y la intuición le permiten al operador jurídico medir y pesar el perjuicio. Según Matilde Zavala de González, una influyente autoridad en la materia, la valoración del daño moral “significa esclarecer su sustancia y dimensión: dónde recae el menoscabo, en qué consiste y cuál intensidad reviste”⁹⁰⁰ y para el maestro Pizarro, es conocer “la gravedad objetiva del daño”⁹⁰¹. Jorge Mosset Iturraspe nos habla de indagar “acerca de la repercusión subjetiva en cada persona”⁹⁰². En suma, esta primera operación, va dirigida al esclarecimiento del específico perjuicio sufrido en los distintos aspectos de la persona, de su perdurabilidad y proyecciones futuras.

3.2 Valoración objetiva o valoración subjetiva.

La valoración del daño moral se puede hacer de forma objetiva o subjetiva⁹⁰³. Ambas son posibilidades que se presentan para llevar a cabo la misma tarea de conocimiento del daño, pero la primera pone énfasis en un estereotipo de hombre promedio en una época y, la segunda, pone su mira en la persona que promovió el juicio. Sobre este punto hay visiones contrarias en favor de una u otra de las formas.

Nosotros entendemos que la valoración del daño moral se tiene que hacer en concreto. No puede haber otra forma conforme a derecho. Si no se hace en concreto no se puede saber cuál es el daño

⁹⁰⁰ Zavala de González, Matilde María; *Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Astrea, 2009, pág.67.

⁹⁰¹ Pizarro, Daniel Ramón; *Daño moral*. op. cit., págs. 427.

⁹⁰² Mosset Iturraspe, Jorge; *op. cit.*, pág. 222.

⁹⁰³ Mosset Iturraspe, Jorge; *op. cit.*, pág. 221 y ss. Zavala de González, Matilde María; *op. cit.*, pág.67.

verdadero en la integridad moral de la víctima reclamante, si no se sabe esto no hay indemnización justa o integral, puesto que no se conoce si se ha reparado todo el daño. Además, si no se conoce el daño real, es posible que se condene al causante del daño a pagar una indemnización que no debe ser pagada en violación de su propiedad.

Si bien no será lo más corriente, la valoración objetiva del daño, haciendo referencia a una idea de hombre medio, puede derivar en que el hombre real que es el actor, sea beneficiado con una partida resarcitoria por este rubro, siendo que no sufrió el daño moral y que no se constató en él. No obstante, se le dé una suma de dinero porque al hombre ficticio, el que es una representación de la media social, si se le habría causado un daño en abstracto. En concreto el daño puede no estar y, pese a ello, se condenaría a una persona a pagar lo que no debe. Así pensado, esta forma de valoración del daño moral puede conducir a la injusticia y no es una razonable derivación de los derechos constitucionales en juego. No solo por la posible vulneración a la propiedad privada y a la indemnización integral, sino porque no permite la aplicación de la igualdad, ya que tiende a dar el mismo tratamiento a todos los casos sin permitir entrar en el detalle de las particularidades que configuran la situación de la víctima a juzgar.

Sin el conocimiento cabal de la realidad de la víctima, mal se la puede categorizar suficientemente bien cómo para darle el tratamiento que le corresponde; además, la visión objetiva de la valoración del daño moral, da el mismo tratamiento a los que son diferentes. Por ello, no nos parece razonable conforme a los derechos, principios y valores que deben regular la cuestión.

3.3. Valoración del daño moral y prueba.

Debe tenerse muy presente que la valoración del daño moral debe hacerse de forma necesaria, por más que parte del perjuicio pueda tenerse por probado *in re ipsa*. Son dos aspectos diferentes. El primero se vincula al análisis efectivo del verdadero perjuicio

extrapatrimonial sufrido. Este sin una suficiente y seria valoración es imposible de conocer. La flexibilización de la carga probatoria no permite conocer al daño moral concreto, solo a una parte de él, la obvia. De hecho, proponemos aumentar el esfuerzo probatorio a realizar, para poder llenar las exigencias fácticas que impone la prudente valoración de este tipo de menoscabos, tal y como ocurre con el daño patrimonial. Usualmente los profesionales se limitan a requerir una suma por daño moral sin detallar nada de sus particularidades. De esta forma no se le puede exigir al juez que profundice su estudio del caso, cuando no hay circunstancias específicas mencionadas en los hechos ni prueba tendiente a su acreditación. El abogado se desentiende del tratamiento del daño moral y le deriva el problema al juez, quien, luego, no tiene material suficiente para tomar una decisión acorde a las coyunturas que conforman el caso, puesto que no se integran al expediente judicial. Así resulta que en las sentencias no hay datos suficientes para poder evaluar similitudes y diferencias entre las realidades propias de un caso y otro.

El abogado es el primero que debe valorar el daño moral y destacar todos sus aspectos relevantes para demostrar su entidad, sus características propias y su magnitud. Debe asentarlas por escrito, como ya explicaremos.

Es verdad que algunas consecuencias dañosas extrapatrimoniales van unidas a determinados hechos, si alguien es dañado en su integridad física habrá una merma en su integridad moral; es cierto, pero el daño moral no es solo dolor físico, sufrimiento psíquico y perjuicio a los sentimientos. Lo que no se puede presumir, porque cada realidad humana es diferente, es qué otros intereses morales se han dañado ni la dimensión del daño. Siempre la valoración es necesaria, aun cuando haya poca información en el proceso. No puede haber cuantificación automática del daño moral por la sola prueba de algunas pocas circunstancias fácticas y tener por acreditado directamente con ellas la verdadera entidad del perjuicio. Se debe profundizar en la persona y en su daño, como a continuación se explica.

3.4 Cómo valorar el daño moral.

Lo primero que se debe tener en miras al valorar el daño moral es que este perjuicio incluye todas las secuelas que sufre la persona en sí misma. Salvo en los juzgados que dan autonomía a algún rubro, como el daño psicológico por ejemplo, debe tenerse presente que se debe analizar la totalidad de las afecciones que tengan adecuada relación de causalidad con el hecho, conforme a nuestro derecho. En todo caso, puede partirse desde cualquier concepto de daño moral.

Entonces, en primera medida el abogado debe darle al juez datos sobre la vida del actor. Es importante hacerle saber quién es, que edad tiene, cuáles y cómo son sus vínculos familiares, cuál es su nivel de estudio, su profesión u oficio, sus actividades recreativas, sus filiaciones a asociaciones o participación en la vida pública, cómo es su vida social, cuáles son sus proyectos en vías de ejecución y sus expectativas a futuro.

Estas son simples referencias que no agotan las posibilidades, la noción que debe ser aprehendida es que se debe decir quién era, cómo era y cómo estaba en el mundo la víctima antes del hecho dañoso. En cada caso podrán destacarse los aspectos más salientes que en definitiva son los parámetros computables de los que nos ha hablado el Dr. Pizarro y supo exponer la jurisprudencia. No basta mencionarlos, es mejor dedicarle algunos párrafos en la demanda y ofrecer prueba. En la sentencia, también es útil plasmar los parámetros probados que se han escogido como relevantes y hacerlos conocer por las partes.

El siguiente paso lógico es detectar y explicar qué lesión o lesiones se le ha causado a la víctima. En este punto se debe identificar qué intereses extrapatrimoniales se han afectado. Aquí cobran relevancia los derechos personalísimos o de contenido extrapatrimonial explícitamente reconocidos (vida, integridad psicofísica, libertad, igualdad, intimidad, honor etc.), los intereses extrapatrimoniales jurídicamente protegidos y los simples intereses lícitos extrapatrimoniales (que bien pueden ser derechos implícitos en muchos casos Art. 33 CN).Clarificando esta cuestión, lo que

corresponde es encontrar la lesión en sentido amplio, es decir las vulneraciones a los derechos o intereses de la persona afectada.

Cabe aclarar que cualquier aspecto propio de la persona y su existencia, siempre que sea lícito, es digno de tutela resarcitoria. La víctima tenía un status moral antes del hecho dañoso, se lo debe intentar reconstruir de la misma forma que se busca mantener incólume un patrimonio dañado. Por ende, después de mostrar la realidad moral que tenía la víctima, se debe ubicar en qué aspectos se encuentran las lesiones, indicando cuáles son y cómo se produjo la lesión. Por más que pueda parecer obvia, es necesario indicársela al juez para que la valore y es necesario que el juez la señale para que las partes sepan cuáles fueron y ejerzan derecho de defensa. No puede haber sobre entendidos, es necesario que se expliciten todos los aspectos relevantes del proceso de valoración.

En este punto, también pueden ser de utilidad las distintas categorías de daños extrapatrimoniales que se han llamado nuevos daños, pero que carecen de autonomía: daño biológico, daño estético, daño psicológico, pretium doloris, daño fisiológico, daño sexual, daño a la salud, daño existencial, daño juvenil, pérdida de la capacidad de disfrute, etc.⁹⁰⁴. El fundamento de la utilidad de estos conceptos en este paso es que en muchos casos estos “daños” coinciden con lesiones a determinados derechos e intereses. Por ejemplo, el daño biológico coincide con la violación a la integridad física; el daño psicológico coincide con la lesión a la integridad psíquica; el daño a la salud podría ser una violación de los anteriores o del derecho a la salud; el daño fisiológico y la pérdida de capacidad de disfrute podrán tener relación con los anteriores, pero son más específicos; el daño estético será una violación a la integridad moral que lesiona otro derecho de la persona vinculado a la imagen.

La relación que existe entre los conceptos de daños y algún derecho subjetivo o interés hace que puedan servir para graficar más claramente el cuadro de la víctima. En este sentido los creemos de

⁹⁰⁴Zavala de González, Matilde María, op. cit., p. 41 y ss.

utilidad. Son un medio propicio para describir adecuadamente la situación dañosa sufrida ante los demás sujetos procesales.

Luego se debe explicar cómo es y cómo está la víctima en su existencia posterior al hecho dañoso. Cómo se afectó su vida a consecuencia del hecho y cuál fue el efecto concreto de la lesión a sus derechos e intereses. Se debe decir cómo se afectó su profesión, sus relaciones familiares, sus actividades recreativas, su vida pública y social, cómo se dañó sus proyectos y sus expectativas concretas. En resumidas cuentas, se tiene que enseñar el estado post facto de la víctima con el mayor de los detalles, para que sean palpables las consecuencias disvaliosas en su acervo extrapatrimonial.

Debe haber coherencia entre estos tres pasos. Es decir que los aspectos salientes de la realidad de la víctima, antes del hecho, tienen que permitir su conocimiento personal; luego, la descripción de la lesión hace conocer el impacto sufrido en los derechos e intereses y, finalmente, se debe concluir en la expresión descriptiva de cómo la lesión modificó la realidad preexistente. Más sucintamente: estado previo al daño, lesión padecida en sentido amplio y estado constatable con posterioridad al hecho.

Llegado este punto de la valoración se puede conocer el estado actual del daño moral. En buena medida se conoce al daño moral emergente y a la pérdida de beneficios morales. Es decir lo que efectivamente se perdió y lo de lo que fue privado de lograr o disfrutar la persona. Pero, todavía resta hacer una valuación a futuro de las consecuencias dañosas para predecir prudentemente la extensión temporal del perjuicio y otras posibles consecuencias futuras. Las proyecciones futuras del daño moral deben entrar en consideración del profesional y del juez, puesto que sin ellas no hay determinación específica del daño y quedarán sin reparación. Si existen con seguridad, se las debe contemplar porque son parte del daño real padecido. Recalcamos siempre la necesidad de que queden estos datos escritos en la demanda, en la sentencia y en todo escrito donde sea relevante invocarse estas cuestiones, como en la contestación para impugnar el monto de la demanda y en los alegatos.

Después de recorrer el proceso que hemos delineado se conoce al daño moral de la víctima, su contenido intrínseco y entidad. Así se puede concluir si el daño moral es inexistente, mínimo⁹⁰⁵, leve⁹⁰⁶, relevante⁹⁰⁷, moderado⁹⁰⁸, grave⁹⁰⁹, muy grave o absoluto⁹¹⁰. A los fines de ordenar el razonamiento, es útil poder categorizar al perjuicio dentro de una escala según su magnitud. No hay hechos o tipos de lesiones que apriorísticamente se puedan situar en alguna de estas categorías. Recordemos que el daño moral se valora en concreto y aún la muerte de un hijo puede no causar daño moral en algún caso⁹¹¹.

Para evitar generalizaciones y abstracciones, hasta el final de todas las tareas recomendadas no se debe juzgar en cuál de las categorías de relevancia se ha de ubicar al daño moral sufrido por la víctima en cuestión.

Al finalizar el iter valorativo con la colocación del daño moral concreto en una escala sencilla, el abogado o el juez puede tener una visión de cuál ha sido el daño moral y cuál ha sido su trascendencia en relación con lo que la persona era.

La escala no implica una referencia objetiva ligada un estándar de hombre medio, sino en comparación con el sujeto específico en cuestión. Si partiendo de su estado anterior se advierte la destrucción personal o extrapatrimonial del sujeto, el daño moral será absoluto. Esto ocurre en casos de muerte⁹¹², cuadriplejias o muerte cerebral.

⁹⁰⁵Zavala de González, Matilde María, op. cit., p. 241 y ss. Lo entendemos nosotros como superlativo de pequeño: el menor de los daños morales posibles.

⁹⁰⁶ Daño moral de poca intensidad.

⁹⁰⁷ Daño moral significativo, con importancia.

⁹⁰⁸ Efecto dañoso intermedio, entendiendo a moderado cómo aquello que se sitúa entre dos extremos.

⁹⁰⁹ Daño moral de mucha importancia.

⁹¹⁰ Daño moral total.

⁹¹¹ SCBA, Ac. 15.712/98, Rea, Luis D. c/ Vega, Luis E. y otros, JA, 1999-III-208. Cit. por: Pizarro, Daniel Ramón; Daño moral. Prevención. Reparación. Punción, 2da ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pág. 430, cita 35.

⁹¹² Según nuestro Código Civil la muerte, como daño moral, no es indemnizable. Los herederos solo reclaman su daño moral personal. Hemos señalado que la CIDH no se ciñe a esta interpretación y condena a indemnizar a los herederos el daño inmaterial sufrido por la víctima directa del hecho. Si daño moral no es solo la lesión a los derechos personalísimos y responde a una

También es posible que ello pase ante una muy grave tragedia familiar, entre otros casos que deriven en la pulverización de todos o casi todos los intereses de la persona, que constituyen su patrimonio moral, es decir lo que configura al ser humano en su faceta estática y dinámica.

En menor medida de dañosidad encontramos a los daños morales muy graves que responden muy profundos efectos nocivos en la integridad moral de la persona, no la destruyen pero derrumban a la gran mayoría de los intereses extrapatrimoniales y, del contraste de su antes y después del hecho dañoso, se advierte una modificación radical en la existencia. Por ejemplo casos de parálisis y grandes incapacidades que permitan de alguna manera, mínima, la continuidad de un proyecto de vida.

En los casos de daño moral grave, hay una transformación importante en la persona. Esta puede continuar o reconducir su vida, pero padeciendo grandes dificultades y sufrimientos. La confrontación entre la persona anterior al hecho dañoso y la existente luego, muestra que se le han dañado intereses relevantes y diversos, o que se ha afectado uno con gran trascendencia. La minoración del estado moral es seria y, como debe ser también en los supuestos anteriores, es duradera. Ejemplo de este tipo de daños morales, son las incapacidades físicas que limitan la movilidad y la resistencia de la persona a las exigencias normales que tenía en su vida.

El daño moral moderado es el intermedio. El que está entre el mínimo y el absoluto. La persona ha sufrido un daño en su faceta personal, pero sus intereses no han sido destruidos ni afectados de forma definitiva. La persona puede seguir gozando de los intereses y bienes que contaba, pero con restricciones o dificultades. De la comparación entre el sujeto anterior al hecho y el posterior, encontramos a una persona que pese a ser dañada puede continuar su

concepción más amplia del ser humano, en la que se permite la reparación de toda lesión a intereses extrapatrimoniales, es probable que merezca, al menos, repensar la cuestión y debatir al respecto, puesto que solo los derechos *intuita personae* se extinguen con la muerte, no así los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales.

existencia y todos sus proyectos de vida, con algunas alteraciones no sustanciales. Por ejemplo, los casos de incapacidades físicas en los que el afectado puede seguir haciendo el mismo trabajo y continuar su rutina con mayores esfuerzos o dolores esporádicos.

El daño moral relevante es aquel que tiene importancia. No es leve, pero tampoco llega a ubicarse en una destrucción media de la persona. La merma en la integridad moral es significativa y palpable. La persona es afectada de forma permanente y con intensidad en sus intereses. No obstante ello, puede continuar su vida y reestablecer todos sus intereses con el tiempo. Podrían ser ejemplo de este tipo de daños las incapacidades permanentes leves que han requerido de prolongados tratamientos, los actos de discriminación, el mobbing laboral no incapacitante, la prolongada prisión preventiva ilegítima.

El daño moral es leve cuando se advierte que la persona ha sido minorada con poca intensidad o solo temporalmente. No hay transformaciones en la existencia de la persona ni dificultades en la continuidad del estatus previo al hecho. Por ejemplo, prisiones preventivas indebidas de corta duración o publicación de situación de moroso en un registro público o privado. Por supuesto, estos casos se pueden agravar si se afectan otros bienes jurídicos más allá de la libertad y el honor. Por ejemplo, si hay expulsiones del trabajo que tenían, pérdida de posibilidades o estigmatización.

El daño moral mínimo es aquel en el que apenas existe una minoración de la integridad moral. Apenas se causaron pequeños pesares o angustias breves a la personas, sin afectarla de manera prolongada ni permanente. Por ejemplo, el daño moral indirecto causado por daños patrimoniales de escasa cuantía.

Los ejemplos dados son solo eso. No serán siempre encuadrables en los grados de daño referidos, depende de las circunstancias del caso, del estado previo de la persona y del estado posterior causado por el hecho. No hay lesiones o tipos de daños que automáticamente se ubiquen en una categoría, depende de cómo afecten a la persona del caso.

Una misma lesión no afecta exactamente igual a dos sujetos diferentes, debe cotejarse su existencia previa al hecho y la posterior, para acreditar cómo fue la real merma en la integridad moral en cuestión. El ejemplo más típico: la lesión en la mano de un pianista lo descalifica para acceder a los más altos puestos que podría haber obtenido, mientras que en un profesor universitario de derecho le permite alcanzar, igualmente, el cénit de su proyecto, aún con dificultades. Por supuesto, esto dicho también a modo de ejemplo. Caso por caso podrá ser que no sea así y no es justo generalizar los perjuicios morales sufridos, ni en más, ni en menos.

Volvemos a lo central. Lo fundamental es que el operador se forme una convicción de la afectación en la integridad moral y que pueda tener certidumbre y seguridad sobre el alcance del perjuicio. Por ello, es conveniente que situé a la víctima en la escala.

La escala también podría ser de 0 a 100%, siempre teniendo en cuenta que el 100% es la víctima en concreto, que ya podría haber sido minorada antes en su integridad moral. Aquí, los números segmentarían las cinco categorías expuestas, correspondiendo 0 a daño moral inexistente y desde el 95% al absoluto. Las otras categorías segmentarían cada uno de los tramos pertinentes. Así, el daño moral mínimo se ubicaría entre 0 y 4,99%; el leve entre 5,0% y 14,99%; el daño moral relevante desde el 15% al 39,99%; el moderado se ubicaría entre el 40 y el 59,99%; el daño moral grave entre 60% y el 79,99%; por último el daño moral muy grave entre el 80% y el 94,99%. Es una forma más de hacer lo mismo: Conocer el daño moral, su contenido intrínseco, su magnitud y asignarle una categoría, numérica en este caso. No está de más aclarar otra vez, que las escalas son de grados de consecuencia dañosa, no de lesiones a derechos. Responden a cuanto se ha degradado la integridad moral preexistente a consecuencia del hecho y reflejan el estado de la persona posterior al hecho.

Sabiendo cómo es del daño moral, en qué consiste, cuál es su extensión y verificando la dimensión de la consecuencia dañosa en el caso concreto se puede determinar con aproximación cuál es la

merma sufrida en la integridad moral. Con esta, se puede saber más precisamente que situación atraviesa la persona a los fines de un trato igualitario en la determinación de la reparación justa, respetando de esa forma el derecho que tiene el dañador a recibir un trato similar al de quienes causaron similares daños y garantizándose el respeto a su propiedad privada.

Si bien no hay una única manera de hacer todo esto que indicamos, la valoración del daño moral que presentamos es un camino razonable, de reglas amplias y que bien puede servir para todo caso, incluido el daño moral colectivo.

Llegado este punto, y habiéndose formado convicción respecto del nivel de daño moral existente en la integridad de esa esfera de la persona, corresponde dar paso a la siguiente etapa, la cuantificación del daño moral.

Esta otra operación tiene por punto de partida la conclusión de la valoración del daño personal hecha y, lógicamente, debe ser congruente con el grado de perjuicio acreditado. En otras palabras, se relacionan como antecedente y consecuente. Por ende, el abogado que litiga en una zona y el juez ante los casos de su juzgado tienen que tener un mismo criterio para la resolución de todos los casos, para ello deben valorar el daño moral con estabilidad metodológica y determinar su magnitud con los mismos criterios, según su prudencia y expresando todos los detalles considerados. No debe utilizarse la intuición y asignar inmediatamente una magnitud de daño moral. Se debe explicar cómo se llega a esa convicción y se tiene que fundar en prueba.

4. Cómo cuantificar la indemnización del daño moral.

4.1 Presupuestos fundamentales de la cuantificación de la indemnización.

Para cuantificar la justa indemnización del daño moral hay que partir de dos premisas irrefutables. La primera es que el daño moral no se repara en especie, pese a que determinadas medidas pudieran

hacer cesar su continuidad o pudieran funcionar parcialmente como desagravio, como es la publicación de la sentencia en los casos de lesiones al honor o daños causados por la prensa. La indemnización del daño moral, con acuerdo pacífico de la doctrina y jurisprudencia, se realiza mediante un sucedáneo. Es decir, que se le debe proporcionar nuevos disfrutes morales o personales a la víctima; de forma tal, que se permita nuevas satisfacciones que repercutan positivamente en su integridad moral afectada. No hay reparación in natura, el menoscabo producido en la persona no deja de existir, sino que intenta sustituir la proyección negativa en la persona por otros beneficios que en algún punto compensarán el detrimento. Si a alguien se le ha causado un mal de este tipo, se busca causarle un bien que le derive en una mejoría. Este sistema no es perfecto, pero es el mejor que ha desarrollado la ciencia jurídica para palear un tipo de daño, que por su naturaleza y la del ser humano no puede ser mejormente restituido.

En otras palabras, si la persona se ve alterada desfavorablemente por un hecho dañoso y su existencia posterior demuestra una minoración, se busca mediante nuevos placeres compensatorios que la víctima eleve su nivel de integridad moral-idealmente hablando- hasta el más parecido al que tenía, dentro de lo posible, aun cuando no resulte así a la postre. Para cumplir este fin es que se asigna una cantidad de dinero que debe ser suficiente para compensar todas las partes del daño moral adecuadamente causado, sino no habría indemnización integral o justa.

El segundo aspecto fundamental en esta operación de cuantificar la indemnización es que el dinero, que cumple función de sucedáneo, es solo un medio de cambio. Y, en lo que nos importa, no es el dinero el verdadero sucedáneo, sino los bienes y servicios que puede adquirir o lo que pueda hacer el afectado con el dinero si prefiere darlo en obras de caridad. Dicho de otra forma, si conocemos cuál es la magnitud del daño moral y si conocemos a la víctima, lo que debe determinar primero el juez no es una suma de dinero. Antes de eso tiene que realizar un juicio de reparación en el que determine, según

las particularidades de la víctima, como se conformará el sucedáneo y por cuanto tiempo debe prolongarse.

Ni el juez ni el abogado pueden anticipar en qué gastará la indemnización la víctima, eso es imprevisible y no es la cuestión que le interesa al derecho. Lo fundamental es cuantificar la indemnización con un método razonable para asignar una indemnización justa, que sea coherente con la situación del dañado y del dañador, que permita restablecer idealmente la integridad moral afectada con igualdad y en observancia al ataque patrimonial que ha de causarle al condenado.

Por ello, la determinación del sucedáneo no puede ser en abstracto, fijando directamente una suma de dinero. Entre esta y el daño moral sufrido nunca habrá una relación razonable. Nunca podrá saberse si una cifra es una reparación integral para la víctima si no se analiza concienzudamente cómo habría de producir la reparación. Si no, no hay un vínculo de razonabilidad que ate todos estos cabos (dinero, daño moral sufrido e indemnización justa). Es más prudente fijar el sucedáneo en concreto, juzgando que lo ha de componer en la especie, por cuanto tiempo y fijando la cifra de dinero apta para que se pueda realizar las adquisiciones o erogaciones, en su caso, que permitirían el goce necesario para mejorar el cuadro moral del dañado.

La elección del sucedáneo que luego se cuantificará no debe implicar dobles indemnizaciones, por ello, no se debe atender al valor de los tratamientos médicos y psicológicos, ni al de las prótesis que necesite la víctima, ni a ningún bien o servicio que sea propio del daño patrimonial. Esas reparaciones marchan por otro carril. Aquí de lo se trata, es de proporcionar gustos, tranquilidad, estabilidad, armonía, alegrías, desarrollo personal, experiencias positivas, buenos sentimientos, mejor calidad de vida, salidas, actividades, espectáculos y cualquier otra cosa que sea buena para el hombre y que genere deleite o felicidad. Por supuesto, dentro de lo moral y respetando al orden público. El abanico es tan amplio como hombres e inclinaciones lícitas hay en el mundo.

Creemos que el juicio de reparación se puede hacer de dos formas: subjetivamente, método que sería preferente, y objetivamente, que sería la opción disponible cuando no se pueda emplear la primera.

Remarcamos, por último, que esta es una metodología que permite fundamentar la prudencia del juez, adaptando al caso concreto la solución y la cuantía de la indemnización. Además, permite la transparencia de la petición y de la decisión judicial, siendo muy importante la explicación de todas las pautas empleadas y de los aspectos de hecho que se tienen en cuenta; así como las particularidades de la víctima a la hora de tener en cuenta los bienes y servicios del mercado que mejor se adaptan a sus gustos y necesidades, sin descuidar la realidad económica, que según su circunstancias reales, marcará las condiciones para determinar la suma necesaria para la adquisición de los sucedáneos a lo largo del tiempo.

4.2 La determinación subjetiva del sucedáneo y la cuantificación de la indemnización.

En la selección de bienes para conformar la indemnización del daño moral se debe seguir pautas rectoras que irán aclarando el camino a medida que se recorre. En esta tarea, es de recordarse al comienzo que: a mayor magnitud de daño moral se requerirá de mayor cantidad y calidad de sucedáneos, es decir: bienes y servicios. Y, a mayor duración del perjuicio en la integridad moral corresponde mayor extensión del plazo de su provisión. En algunos casos, aquellos en los que la lesión moral es irreversible, debe estimarse el sucedáneo por toda la expectativa de vida. La indemnización es un reflejo del daño adecuadamente causado, por lo tanto: a cada tipo de daño, según su magnitud, le corresponde una indemnización de dimensión equiparable. El límite a las mayores indemnizaciones se lo impone la economía, puesto que no se debe fijar cuantías impagables para nuestro país. En el extremo opuesto, el límite a las indemnizaciones menores proviene de la prohibición de fijar sumas meramente simbólicas, que no permitan adquirir sucedáneos y, por tanto, carecen de virtud indemnizatoria.

Luego de marcar las reglas básicas y los límites, y aprovechando el esfuerzo hecho en la valoración del daño moral, lo que puede hacer el abogado, y a su tiempo el juez, es fijar un sucedáneo para cada tipo de lesión sufrida, si media alguna relación lógica entre ellos y no se incurre en la duplicación de una indemnización patrimonial. Posteriormente, teniendo en cuenta la duración del daño, se determinan las unidades necesarias. A veces, el tipo de lesión podrá indicar algún tipo de sucedáneo. En estos casos recomendamos tener en cuenta esos bienes y servicios. Por ejemplo, para una lesión estética sí puede considerarse bienes y servicios que mejoren la apariencia como: gimnasios, tratamientos estéticos –no terapias reparativas que son parte del daño patrimonial-, servicios de peluquería, vestimenta, etc. Estos suelen causar satisfacción en la persona que los adquiere y van de la mano con el tipo de daño sufrido.

No queremos llevar la idea general a un extremo casuismo. Basta con señalar que esta es la primera posibilidad a contemplar, si es posible amenguar el daño causado en un bien extrapatrimonial con los límites señalados, es decir, no repetir indemnizaciones patrimoniales y que haya una relación razonable entre el tipo de lesión sufrida y el bien, indicando luego la cuantía del sucedáneo según la magnitud de la proyección subjetiva. En el ejemplo dado, una pequeña cicatriz en partes menos expuestas no podrá insumir tantos sucedáneos como las lesiones desfigurantes. Por ello, primero se ha valorado el daño moral y su extensión en el tiempo.

En otros casos, como el dolor o el sufrimiento, no hay un paliativo tan estrechamente ligado, por ello no debe haber encorsetamiento de los bienes a elegir, sino utilizar con flexibilidad una selección de los que pueden atenuar la lesión sufrida, junto con otros que causan bienestar en general.

Cuando no se sepa qué bien o servicio elegir, porque no hay sucedáneos efectivos para el tipo de lesión, el abogado debe plasmar en la demanda, y ofrecer prueba al respecto, toda la información sobre los hábitos recreativos, necesidades y expectativas del actor. Sabiendo cuál es la relevancia del daño sufrido, puesto que ya ha valorado al

daño moral, según cómo sea su representado, deberá determinar que bienes y servicios del mercado, según su personalidad, se adaptan al caso. El norte que debe guiar la elección es la designación de aquellos que tengan idoneidad para producir un beneficio en la persona afectada. Puede responder a sus hábitos de mayor gusto, cuando tiene la solvencia para desenvolverlos con frecuencia. Pero, si por su estado económico, no puede acceder a ninguna de esas cosas o actividades, se debe tener en cuenta sus necesidades y expectativas concretas.

En resumidas cuentas, al cliente o a la familia hay que preguntarle que le gusta hacer, que necesidad material o espiritual tiene y cuáles son las cosas que siempre hubiera querido hacer y nunca pudo por impotencia económica. De ahí saldrán los bienes y servicios que se deben tener en cuenta, por ser los que tienen aptitud concreta para elevar la moral de la víctima. A cada tipo de lesión se le debe asignar un bien, el que mejor se adapte. La cantidad, repetimos, irá de la mano de la magnitud del daño y de su duración. Debe haber razonabilidad en las relaciones hechas y en el pedido.

En las dos formas subjetivas de determinación del sucedáneo se debe tener presente que el daño, como ya se dijo, no es la lesión al derecho o interés (que sí conforma su contenido intrínseco y lo caracteriza), sino su efecto en la persona. Por ello, el tipo de lesión no es el aspecto a indemnizar. Solo sirve para la elección del bien o servicio a considerar. Para poder fijar la cuantía de bienes o servicios y su repetición en el tiempo se mira a la magnitud del daño sufrido en la persona, que es el daño resarcible y el que se debe enjugar. La determinación del bien o servicio es solo el paso previo a la determinación del sucedáneo en concreto, porque el sucedáneo, como tal, será todo el conjunto de bienes o servicios que atemperen el daño moral sufrido por la persona, proporcionándole gustos y satisfacciones proporcionales a la cuantía del daño resarcible sufrido.

Sabiendo cuáles son los sucedáneos hay que determinar su cantidad. En ocasiones podrá ser solo una unidad, dependiendo del costo del bien y su durabilidad, como en caso de viviendas o vehículos. Pero también podrán ser más de una, dependiendo de su

naturaleza, función y de los usos y costumbres. Por ejemplo, si se escoge salidas y espectáculos, lo normal es que la gente consuma uno por semana, o menos. Si fuese turismo vacacional, se adquiere una vez al año; la compra de ropa, dos veces al año o mensualmente algunas prendas, etc. Lo importante es destacar la frecuencia razonable de consumo y considerar su prolongación en el tiempo, conforme a la perdurabilidad de la lesión. Con estos datos queda expedito el cálculo de la indemnización que les permitirá darse los placeres compensatorios acorde al caso, teniendo en cuenta los precios del lugar donde vive la víctima

Todos los pasos deben estar escritos en la demanda y, a su turno, el juez debe analizarlos, controlar su cálculo y verificar que la suma sea razonable con el daño valorado y coherente con la situación económica del país, para que se pueda pagar sin causar desequilibrios. La prudencia del juez está presente en el caso, pero no esotéricamente, debe ser explícita. Se debe juzgar sobre la pretensión. En principio, no es necesario que juzgue sobre los bienes escogidos cómo sucedáneo; pues ya han sido identificados por el afectado, a menos que sean descabellados, que vayan contra la moral, el orden público y la ley, o que no sean aptos para causar satisfacción personal.

El juicio de reparación va dirigido a que la suma de dinero a fijarse pueda solventar la adquisición de los bienes escogidos u otros que determine el juez en los casos de peticiones absurdas o ineptas. Para realizar el control de todos estos aspectos, deberá conocer a la parte, valorar su daño moral y conocer las condiciones del mercado del lugar donde vive la víctima. También puede analizarse si la proyección del daño tiene el alcance expresado en la demanda o si en verdad es menor, por eso es importante que se justifique el momento final del cómputo del perjuicio, a los fines de que se sepa el porqué de la extensión de la reparación.

Con todos estos datos, precedidos de la valoración del daño moral, las partes pueden conocer los fundamentos de la condena y

apelar si es que hay alguna incoherencia con la realidad de los hechos y de la economía o errores de cálculo.

Siguiendo todos los pasos reseñados y aplicando sus reglas al caso específico se puede determinar una suma que esté relacionada con el perjuicio sufrido y con el sucedáneo que mejor lo patea. Es un método que requiere de un trabajo de pensamiento y de prudencia, por lo que no descarta la función que la ley le ha dado al juez y no prescinde de él. Al contrario, lo necesita, pero esta vez con una guía para actuar, que quedará expuesta ante los ojos del actor y del condenado y que tiene íntima relación con los conceptos más aceptados en la materia.

De esta forma, también se alcanza el conocimiento de la significancia de la suma de dinero dada y de su utilidad real para la víctima. No se permite el debate de si es poco o mucho porque le parece así a tal o cual juez o jurista, sino porque le sirve o no a la víctima para alcanzar aquello que le reportará algún disfrute en su plano personal.

Creemos que esta metodología permite una lógica concatenación entre el daño sufrido, con su contenido y cuantía, y la suma de dinero que le permitirá a la parte mejorar su situación, a través del goce de bienes y servicios que son elegidos en función de su efecto sobre el daño sufrido y cuantificados según el grado de trascendencia de las secuelas. De esta manera, se logra salvar muchos de los escollos que las críticas han hecho en los diferentes métodos de cuantificación del daño moral. De esta forma, se obtiene una indemnización que se puede considerar justa y razonable. Mejormente se procura la reparación de la integridad moral dañada y el dañador puede controlar los fundamentos de su condena y la falta de arbitrariedad en la sentencia.

Además, permite que se respete el derecho a la igualdad de tratamiento al ceñir el valor de los sucedáneos al del lugar donde vive la víctima, permitiéndole el mismo tratamiento que a otros, pero en su lugar de vida. Dicho de otra forma, la paridad de cifras dinerarias no implica igual indemnización si pueden adquirir menores cantidades

de bienes y servicios de lugar en lugar. Ello es normal, puesto que nuestro amplio país tiene diferentes mercados. Por ello, es necesario este control de reparación, para que el dañado pueda acceder a los sucedáneos que le permitirán el progreso moral.

Como desventaja este método exige de un trabajo mental y de valor que otros métodos no requieren, pero en verdad el esfuerzo que se realiza es para darle una solución justa y metodológica al caso.

Otro problema se presenta cuando el abogado no hace este trabajo previo de valorar y cuantificar el daño moral, no ofrece prueba y deja al juez desprovisto de toda la información necesaria. En ese caso, la aplicación de este método será difícil y, por ello, ofrecemos otra opción para afrontar estos presupuestos con criterios similares pero objetivos.

No está de más señalar que si se modifica el Código Civil, todos los métodos actuales de cuantificación, incluida la tarifación judicial indicativa o *iuris tantum* no serán conformes a los dictados de la ley. Por ello, se necesita otra opción, por si perduran las prácticas simplificadoras, superficiales y el facilismo en el ejercicio de la abogacía y en los tribunales.

4.3 La determinación objetiva del sucedáneo y la cuantificación de la indemnización.

4.3.1 Referencia objetiva a bienes más valorados socialmente.

Ante la falta de datos suficientes para determinar los sucedáneos que mejor se adapten a la víctima, queda otra opción con la que también se puede determinar una indemnización que mire a los bienes y servicios que pueden adquirirse con el dinero. En este método, a diferencia del anterior, se analiza de forma objetiva cuáles son los bienes y servicios más relevantes para el hombre promedio y en base a ellos se cuantifica la reparación.

El punto de partida será también la valoración del daño moral. Tras esta operación se conoce cuál era el daño moral sufrido, cómo

es, cuál es su magnitud y trascendencia temporal. También forma convicción sobre la categoría del tipo de daño sufrido y hasta se puede, si se quiere, asignarle un número que represente al daño en una escala que lo categoriza.

Aún con todo ese conocimiento no se puede fijar una cifra dineraria de forma inmediata, puesto que no hay relación entre daño a la integridad moral y dinero, por ello, aquí también hay que atender a los bienes que proporcionan satisfacción, para luego determinar su precio y posteriormente la indemnización que corresponde al daño moral sufrido. Todos estos pasos se pueden hilvanar mejor con el conocimiento de mucha información que debería constar en la demanda y haber sido objeto de prueba, conforme lo hemos explicado en los puntos anteriores. Pero si no se cuenta con todos los datos necesarios, el juez debe contar con un criterio fundado y razonable para que se pueda saltar el abismo que existe entre el daño moral y la indemnización.

Cómo la indemnización debe ser un reflejo del daño sufrido y en materia del daño moral no existe tal cosa sin un factor intermediario, que es el sucedáneo que proporciona satisfacción, es posible vincular la escala de daño moral sufrido con una escala de bienes y servicios que incluya a los más representativos de entre todos los que hay en el mercado. La significancia no viene dada por su valor, sino por ser aquellos que brindan más bienestar, alegría, satisfacción, armonía y beneficio para la persona.

La escala, de menor a mayor, entraña inmuebles, vehículos, educación, viajes, espectáculos y salidas. Dentro de estas categorías el juez tiene facultades para determinar la especie dentro del género, según las particularidades del caso; siempre manifestando los motivos y justificando la decisión.

Ahora tenemos dos escalas. Una de magnitudes de daños y otra de bienes. Ambas tienen categorías que van de mayor a menor, una mirando al perjuicio y otra que representa la valoración social de los bienes y su importancia económica. A los daños más importantes le corresponden las categorías de bienes más altas, mientras que a

medida que se descende en la jerarquía de los daños, también se descende en la jerarquía de bienes, que en definitiva representa al valor de la indemnización.

Así, entendido a los daños absolutos, muy graves y graves se los puede indemnizar con el valor de un inmueble en la ciudad donde viva la víctima. Por supuesto, las características del inmueble deberán valorarse en el fallo, para efectuar un distingo entre los tres tipos de daños. No es justo indemnizar a todos por igual. No es eso lo que aquí proponemos. La idea es enderezar el razonamiento en la determinación de una cifra, desde un bien que luego tendrá que ser determinado por el juez, según el daño sufrido y las condiciones del mercado, para conocer después su precio y saber cuánto se pagará por el daño moral concreto.

Nuestra CSJN ha mandado a pagar indemnizaciones mucho más altas que el valor de un inmueble en múltiples casos de los años noventa, podrá verse la información en el cuadro anexo. El valor de un inmueble puede ser pagado en nuestro contexto económico nacional, en los casos de daños morales serios, pero deberá tenerse en cuenta que el tipo de bien a considerar debe variar según el nivel de daño moral sufrido, conforme a la escala de magnitud. En los daños morales moderados o intermedios y en los casos más graves del daño moral relevante podrá tenerse como referencia el valor de un vehículo o viajes importantes. Aquí también deberá contemplar el mayor o menor nivel de daño. A mayores daños mejores especímenes de referencia dentro del género.

En los daños morales relevantes, pero de menor cuantía, y en los daños morales leves se puede tener de referencia a viajes a puntos menos distantes y por estadías no tan largas. Siempre con flexibilidad para el juez dentro del género, dependiendo del mayor o menor daño.

Finalmente, para los daños morales mínimos se puede tener como faro a los espectáculos y salidas o viajes de corta distancia y de muy breve estadía, dependiendo de la relevancia del perjuicio sufrido y de su trascendencia en la persona.

Una vez que se atribuye al daño sufrido el bien en concreto que se representa el juez, solo resta conocer su valor aproximado, para tenerlo como el monto de la indemnización en favor de la víctima.

4.3.2 La determinación judicial de los bienes sucedáneos.

Para casos como los del apartado anterior, los que no contienen suficiente información de la víctima para la determinación de los bienes sucedáneos que serán referencia económica en la fijación de una cifra de dinero, se puede pensar en otra solución que es jurídicamente posible, en virtud de las facultades discrecionales que tienen los jueces.

Pese a que el juez nada sabe sobre la vida, gustos, necesidades y expectativas de la víctima, porque no se han incorporado al expediente, puede determinar cómo se conformará el acervo que generará satisfacción en el dañado en base a su prudencia y según el conocimiento de las cosas. Tiene suficientes atribuciones para hacerlo y bien puede ser otra opción lícita. Esta operación, puesta de manifiesto en la sentencia, implicaría una superación aquellos que brindan más bienestar, alegría, satisfacción, armonía y beneficio para la persona.

La escala, de menor a mayor, entraña inmuebles, vehículos, educación, viajes, espectáculos y salidas. Dentro de estas categorías el juez tiene facultades para determinar la especie dentro del género, según las particularidades del caso; siempre manifestando los motivos y justificando la decisión.

Ahora tenemos dos escalas. Una de magnitudes de daños y otra de bienes. Ambas tienen categorías que van de mayor a menor, una mirando al perjuicio y otra que representa la valoración social de los bienes y su importancia económica. A los daños más importantes le corresponden las categorías de bienes más altas, mientras que a medida que se desciende en la jerarquía de los daños, también se desciende en la jerarquía de bienes, que en definitiva representa al valor de la indemnización.

Así, entendido a los daños absolutos, muy graves y graves se los puede indemnizar con el valor de un inmueble en la ciudad donde viva la víctima. Por supuesto, las características del inmueble deberán valorarse en el fallo, para efectuar un distingo entre los tres tipos de daños. No es justo indemnizar a todos por igual. No es eso lo que aquí proponemos. La idea es enderezar el razonamiento en la determinación de una cifra, desde un bien que luego tendrá que ser determinado por el juez, según el daño sufrido y las condiciones del mercado, para conocer después su precio y saber cuánto se pagará por el daño moral concreto.

Nuestra CSJN ha mandado a pagar indemnizaciones mucho más altas que el valor de un inmueble en múltiples casos de los años noventa, podrá verse la información en el cuadro anexo. El valor de un inmueble puede ser pagado en nuestro contexto económico nacional, en los casos de daños morales serios, pero deberá tenerse en cuenta que el tipo de bien a considerar debe variar según el nivel de daño moral sufrido, conforme a la escala de magnitud.

En los daños morales moderados o intermedios y en los casos más graves del daño moral relevante podrá tenerse como referencia el valor de un vehículo o viajes importantes. Aquí también deberá de la mera prudencia judicial que fija un número sin explicaciones. También permite llegar a un sucedáneo concreto que deriva en una indemnización que alcanza para comprar determinados bienes y adquirir servicios, con lo que es mejor que la tarificación *iuris tantum*, que no hace un juicio de reparación y no analiza qué puede adquirir la víctima.

Por otro lado, la explicación en el fallo de la operación mental que hace el juez, es positiva porque permite que las partes conozcan la base de la decisión, pudiendo impugnar la indemnización con argumentos serios.

No creemos que esta y la anterior metodologías sean las ideales. Pero sabemos que la realidad de la abogacía y de la actividad judicial, por cómo se escriben las demandas y tramitan los procesos, pueden hacer muy difícil en nuestro tiempo el conocimiento profundo de

todas las circunstancias del caso. Por eso proponemos otros métodos que puedan sortear los escollos que afrontaría cualquier juez ante el expediente.

Anexos

Anexo I

Montos indemnizatorios del daño moral o inmaterial en la jurisprudencia de la CIDH.

MONTO	HECHOS	CASO
USD 3.620.000,00	Masacre de 268 personas contra el pueblo maya Achí, sin que los sobrevivientes pudieran efectuar ritos funerarios, con el posterior vacío cultural por muerte de ancianos y mujeres. Reemplazo de autoridades por un régimen militarista. Impunidad por diez años. Se fijó la suma de \$20.000 por cada una de las víctimas sobrevivientes.	Masacre Plan Sánchez Guatemala, 19/11/04. Vs.
USD 1.380.000,00	Denegación del goce del derecho al territorio, y sometimiento a condiciones precarias de subsistencia, vida y salud, especialmente a los niños, lo que derivó en la muerte de 17 personas.	Comunidad Indígena Sawhoyamaya Paraguay, 29/03/06. Vs.

	USD 1.000.000,00 se aplicarían a un fondo de desarrollo comunitario en las tierras que se debían entregar y lo restante se debe a indemnizaciones de las personas fallecidas a entregarse a sus familiares.	
USD 1.250.000,00	Otorgamiento por parte del Estado de un permiso a una empresa petrolera privada para realizar actividades de exploración y explotación petrolera en territorio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku (en adelante “Pueblo Sarayaku” o “el Pueblo” o “Sarayaku”), en la década de 1990, sin que se hubiere consultado previamente con éste y sin su consentimiento	Pueblo Indígena kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 27/06/12.
USD 960.000,00	Falta de garantía del derecho de propiedad ancestral de la Comunidad Indígena XákmokKásek y sus miembros), ya que desde 1990 se encontraría tramitándose la solicitud de reivindicación territorial de la Comunidad, “sin que se hubiera resuelto satisfactoriamente; lo que ha significado la imposibilidad de la Comunidad de acceder	Comunidad indígena XákmokKáser Vs. Paraguay, 24/08/10.

	<p>a la propiedad y posesión de su territorio y mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenazan en forma continua la supervivencia de los miembros de la Comunidad y la integridad de la misma.</p> <p>De la suma atribuida, USD 700.000 se destina a un fondo de desarrollo comunitario a aplicarse en la tierra que debe entregar el Estado a los miembros de la Comunidad, y lo restante se debía entregar a los líderes de la misma para que la distribuyan según sus costumbres.</p>	
USD 950.000,00	<p>Privación del goce del derecho a detentar el territorio, y sometimiento a graves condiciones de vida, en perjuicio del especial significado que tiene la tierra para la comunidad.</p> <p>La suma se aplicará en un fondo de desarrollo comunitario y, además, se ordenó al Estado efectuar un programa de suministro de agua potable e infraestructura sanitaria.</p>	Comunidad Indígena Yahye Axa Vs. Paraguay, 17/06/05
USD	Daño ambiental y	Pueblo

600.000,00	destrucción de terrenos y recursos utilizados tradicionalmente por el pueblo Saramaka, con especial impacto en la conexión espiritual que el pueblo tiene con su territorio. A esto se le suma una larga lucha que ha tenido que llevar a cabo el pueblo por el reconocimiento de sus derechos sobre el territorio que ocuparon durante siglos. La suma se aplicaría a un fondo de desarrollo.	Saramaka Vs. Surinam, 28/11/07.
USD 200.000,00	En favor de los padres y familiares de de dos hermanos de 14 y 17 años detenidos, torturados y asesinados.	Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, 08/07/04.
USD 120.000,00	Víctima desde niña de desaparición forzada de personas con impunidad por más de tres décadas, que fue encontrada en 2006 y que se encuentra en procesos de reconstrucción de identidad.	Contreras y otros vs. El Salvador, 31/08/11.

MONTO	HECHOS	CASO
	Desaparecida en estado de gravedad, con posterior denegación de justicia y supresión de identidad y nacionalidad de la hija.	Gelman Vs. Uruguay, 24/02/11
	Detención ilegal, tortura,	Bayarri Vs.

	<p>prisión preventiva excesiva por trece años – hipotéticamente declarada en base a confesión arrancada mediante tortura- y denegación de justicia en proceso penal por supuestos secuestros extorsivos.</p>	<p>Argentina, 30/10/08</p>
	<p>Detención ilegal, tortura y lesiones psíquicas que representan un 100% de incapacidad para su oficio y 65% para los restantes.</p>	<p>Bueno Alvez Vs. Argentina, 11/05/2007</p>
	<p>En favor de las víctimas mortales y un sobreviviente de una masacre llevada a cabo por para militares sobre personal estatal que no contó con seguridad por parte del Estado para llevar a cabo las tareas de búsqueda de la verdad que les había encomendado.</p>	<p>Masacre de la Rochela Vs. Colombia, 11/05/07.</p>
	<p>Detención ilegal de persona y desaparición forzada, con posterior impunidad por más de diez años. Reparación en favor del desaparecido.</p>	<p>Gómez Palomino Vs. Perú, 22/11/05.</p>
	<p>Hombres armados de las Patrullas de Autodefensa Civil rodearon la comitiva de un periodista y político, y mataron a 4 personas e hirieron a una. En favor de</p>	<p>Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala, 22/11/2004.</p>

	<p>una mujer sobreviviente que iba en la comitiva esposa de una de las víctimas fatales</p>	
	<p>Detención ilegal, tortura y muerte de dos hermanos de 14 y 17 años. Esta suma se decretó en favor de cada uno de los menores.</p>	<p>Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, 08/07/04.</p>
	<p>Desaparición forzada de personan de un niño de 14 años secuestrado en la casa de sus padres por el ejército. En favor de la víctima directa.</p>	<p>Molina Theissen Vs. Guatemala, 03/07/04.</p>
	<p>Ejecución extrajudicial de una mujer durante un operativo de inteligencia militar llevado a cabo por el Estado Mayor Presidencial y tolerado por distintas autoridades del país, en respuesta a publicaciones de un comunicado en el que erróneamente se le atribuyó participación. En favor de la hija de la víctima directa a quien también se le asignaron USD 10.000,00 por daño psíquico; y en favor de una hermana que dejó su trabajo para buscar la verdad y tomó participación en todos los procesos.</p>	<p>Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, 25/11/03.</p>
	<p>Detención arbitraria, tortura y ejecución</p>	<p>Juan Humberto Sánchez Vs.</p>

	extrajudicial por parte del ejército de honduras. En favor de los hermanos y medio hermanos.	Honduras, 07/06/03.
	Desaparición forzada de persona, tortura y denegación de justicia. En favor de la víctima directa.	Trujillo Oroza Vs. Bolivia, 27/02/02.
	Captura y desaparición forzada de persona. En favor de la persona desaparecida.	Bámaca Velázquez Vs. Guatemala, 22/02/02.
USD 90.000,00	Persona detenida, torturada, lesionada con secuelas permanentes, acusado de extorsión y absuelto en 2002, sin que se hiciera lugar a sus denuncias de tortura, sufrió hostigamiento, aislamiento de su familia, tuvo que dejar su país, y posterior impunidad.	Gutiérrez Soler Vs. Colombia, 12/09/05.

MONTO	HECHOS	CASO
USD 80.000,00	Per cápita para 26 víctimas de desaparición forzada	Gudiel Álvarez Vs. Guatemala, 20/11/12
	Víctima de desaparición forzada de persona y falta de investigación desde 26 de mayo de 1994	González Medina y familiares Vs. República Dominicana, 27/02/12
	Víctimas de desaparición forzada de personas con impunidad por más de tres	Contreras y otros vs. El Salvador, 31/08/11.

	décadas, con la singularidad de pertenecer a tres familias y que en dos de ellas las desapariciones afectaron a dos o tres integrantes del grupo.	
	Supresión de identidad y de nacionalidad de una mujer hija de quien fuera desaparecida en estado de embarazo.	Gelman Vs. Uruguay, 24/02/11
	Por cada una de las víctimas de desaparición forzada de dos miembros de la misma familia, con posterior impunidad.	Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia, 01/09/10.
	Asesinato de un senador electo, negligente investigación, falta de adecuado acceso a la justicia, estigmatización de la familia, hostigamiento, amenazas, y salida del país. En favor de la víctima de homicidio por razones políticas se decretó esta suma.	Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia, 26/05/10.
	Víctima de desaparición forzada de persona, respecto de la que ha quedado impune el hecho, con denegación de justicia y desplazamiento forzado de la familia.	ChitayNech y otros Vs. Guatemala, 25/05/10.
	Desaparición forzada de persona, con posterior impunidad, falta de investigación y sanción de los	Radilla Pacheco Vs. México, 23/11/09.

responsables por 33 años.	
Desaparición forzada de persona con posterior impunidad respecto al hecho.	Ansualdo Castro Vs. Perú, 22/09/09
Víctima de desaparición forzada de persona	Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia, 27/11/2008
Para la madre, la hija y la esposa de una persona detenida ilegalmente y desaparecida forzadamente, con posterior impunidad por más de diez años. Reparación per cápita.	Gómez Palomino Vs. Perú, 22/11/05.
Paramilitares, con aquiescencia o colaboración del Estado, privaron de libertad, torturaron y mataron al menos 49 civiles, destruyeron sus cuerpos y los arrojaron a un río. Esta suma se determinó en favor de cada uno de los ejecutados y desaparecidos.	Masacre Mapiripan Vs. Colombia, 15/09/2005
Secuestro de dos niñas durante operaciones militares y desaparición. A lo que se suma la falta de investigación sobre los hechos. Suma proporcionada en favor de una de las niñas.	Caso de las hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, 01/03/2005.
Hombres armados de las Patrullas de Autodefensa Civil rodearon la comitiva de un periodista y político, y	Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala, 22/11/2004.

	<p>mataron a 4 personas e hirieron a una. En favor de las esposas de tres de las víctimas fatales que no iban en la comitiva.</p>	
	<p>Médica detenida en 1996 por cargos de terrorismo. Procesada por jueces y fiscales sin rostro. Condenada en el mismo año a 20 años de prisión en 1996. La condena se confirmó en 1998. En 2003 el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales varias normas sin aludir a los delitos de terrorismos; luego, el poder ejecutivo dispuso que en un plazo menor a 60 días se debía anular de oficio las sentencias y procesos penales; pese a ello, la actora continuó detenida y sufriendo tratos crueles, degradantes e inhumanos.</p> <p>La suma de \$80.000,00 se fijó en favor de la mujer detenida ilegítimamente.</p>	<p>De la Cruz Flores Vs. Perú, 18/11/04</p>
	<p>Detención, desaparición y ejecución de 19 personas por paramilitares con apoyo y autoría intelectual de oficiales del ejército colombiano. En favor de cada una de las personas asesinadas y de cada uno de sus cónyuges.</p>	<p>Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia, 05/07/04.</p>

	Desaparición forzada de persona, tortura y denegación de justicia. En favor de la madre de la víctima directa.	Trujillo Oroza Vs. Bolivia, 27/02/02.
	Captura y desaparición forzada de persona. En favor de la esposa de la persona desaparecida, quien además sufrió tratamientos crueles, inhumanos y degradantes por la denegación de información e investigación de la justicia..	Bámaca Velázquez Vs. Guatemala, 22/02/02.

MONTO	HECHOS	CASO
USD 75.000,00	Para cada una de las 37 víctimas mortales de del retén de Catia, ejecutadas extrajudicialmente sin garantías ni protección judicial.	Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela, 05/07/06.
	Víctima de desaparición forzada de persona detenida por la policía de Mendoza, Argentina. La suma comprende el daño inmaterial sufrido por la madre y personalmente por el desaparecido Garrido.	Garrido Baigorria Vs. Argentina, 27/08/1998
USD 70.000,00	Persecución por parte de la policía venezolana a todo un grupo familiar que derivó en la muerte de algunos de los miembros, con hostigamiento, amenazas, privación de justicia, desplazamiento de la vivienda, allanamientos ilegales con	Familia Barrios Vs. Venezuela, 24/11/11.

	<p>destrucción de bienes de propiedad privada, pese al decreto de medidas de protección de las personas del derecho interno y de medidas provisionales del sistema interamericano. La suma se decretó en favor de una de las personas asesinadas.</p>	
	<p>Asesinato de un senador electo, negligente investigación, falta de adecuado acceso a la justicia, estigmatización de la familia, hostigamiento, amenazas, y salida del país.</p> <p>En favor de un hijo de la víctima de homicidio por razones políticas se decretó esta suma.</p>	<p>Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia, 26/05/10.</p>
	<p>Per cápita, En favor de los padres, cónyuges, compañeros, hijos y un nieto de las víctimas mortales y un sobreviviente de una masacre llevada a cabo por para militares sobre personal estatal que no contó con seguridad por parte del Estado para llevar a cabo las tareas de búsqueda de la verdad que les había encomendado.</p>	<p>Masacre de la Rochela Vs. Colombia, 11/05/07.</p>
	<p>En reparación del daño inmaterial de un campesino torturado y asesinado a consecuencia de tratos crueles,</p>	<p>Balden García Vs. Perú, 06/04/06.</p>

	inhumanos y degradantes, en el marco de un operativo de contrainsurgencia del Ejército Peruano.	
	Tres hombres detenidos y desaparecidos por dependientes del Estado venezolano cuando se realizaban tareas de reconstitución del orden público tras fuertes lluvias y alud sobre una comunidad.	Blanco Romero y otros Vs. Venezuela, 28/11/2005.

MONTO	HECHOS	CASO
USD 66.000,00	Desaparecido forzado, con posterior impunidad y falta de investigación y adecuada reparación.	Helidoro Portugal Vs. Panamá, 12/08/08.
USD 65.000,00	Tres incendios en centro de detención contrario a los estándares internacionales por sus inadecuadas condiciones. En favor de cada una de las víctimas mortales inmediatas.	Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay, 02/09/04.
USD 60.000,00	Víctima de ejecución extrajudicial por parte de la Policía.	Uzcátegui y otros Vs. Venezuela, 03/09/12
	Ataque a periodista por soldados del Ejército Nacional de Colombia mientras filmaba como éstos golpeaban a manifestantes, con posteriores amenazas, intento de secuestro y exilio fuera del país. Además falta de	Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia, 03/09/2012

	investigación judicial de los hechos.	
	Para la víctima de demora excesiva en la resolución de una causa civil contra el Estado, mientras se necesitaba de tratamiento para un niño con discapacidad	Furlan y familiares Vs. Argentina, 31/08/12.
	Padre al que se le privó de su hija, puesto que la madre la dio en adopción sin su consentimiento, y que luchó judicialmente por recuperarla padeciendo la dilación injustificada en los procedimientos que terminaron por desconocer sus derechos como padre.	Formeron Vs. Argentina, 27/04/2012
	Persecución por parte de la policía venezolana a todo un grupo familiar que derivó en la muerte de algunos de los miembros, con hostigamiento, amenazas, privación de justicia, desplazamiento de la vivienda, allanamientos ilegales con destrucción de bienes de propiedad privada, pese al decreto de medidas de protección de las personas del derecho interno y de medidas provisionales del sistema interamericano. La suma se decretó en favor de tres de las personas asesinadas.	Familia Barrios Vs. Venezuela, 24/11/11.

	<p>Violación sexual y tortura de una mujer, con posterior investigación defectuosa y empleo del fuero militar para investigar violaciones de derechos humanos.</p>	<p>Rosendo Cantú y otra Vs. México, 31/08/10.</p>
	<p>Para Hugo Ticona, que es hermano de una víctima de desaparición forzada de persona, que a su vez fue víctima de tortura y de falta de investigación por el Estado de Bolivia.</p>	<p>Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia, 27/11/2008.</p>
	<p>Para la hija de un desaparecido forzado, con posterior impunidad y falta de investigación y adecuada reparación. El monto se debe a que fue la hija que impulsó los procedimientos judiciales.</p>	<p>Helidoro Portugal Vs. Panamá, 12/08/08</p>
	<p>Persona mantenida por más de cinco años en prisión preventiva con trato que dejó secuelas permanentes que incapacitan para el trabajo.</p>	<p>Acosta Calderón Vs. Ecuador, 24/07/05.</p>
	<p>En favor de la hija de uno de los dos hermanos de 14 y 17 años detenidos, torturados y asesinados.</p>	<p>Caso de los hermanos Gómez Paquiyaury Vs. Perú, 08/07/04.</p>
	<p>En favor de una persona detenida y sometida a reclusión, hostilidades, tratos crueles, inhumanos y degradantes, sin el debido proceso, durante 4 años, 4</p>	<p>Cantoral Benavides Vs. Perú, 3/12/01.</p>

	meses y 19 días.	
--	------------------	--

MONTO	HECHOS	CASO
USD 55.000,00	Hombres armados de las Patrullas de Autodefensa Civil rodearon la comitiva de un periodista y político, y mataron a 4 personas e hirieron a una. En favor de las cuatro víctimas fatales. El mismo valor se fijó en favor de sus madres.	Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala, 22/11/2004.
	En favor de la madre, padre fallecido y hermanos de un niño de 14 años secuestrado de la casa de sus padres y luego desaparecido forzosamente por personal del ejército. Es de destacar que la CIDH condenó también al pago de USD 10.000,00 en concepto de tratamiento psicológico de la madre y de los hermanos sobrevivientes como parte del daño moral.	Molina Theissen Vs. Guatemala, 03/07/04.

MONTO	HECHOS	CASO
USD 50.000	Hermano de víctima de ejecución extrajudicial por parte de la Policía, que sufrió persecución, amenazas, detención y allanamientos ilegítimos, lesiones a la integridad, juicio por	Uzcátegui y otros Vs. Venezuela, 03/09/12

	<p>difamación y desplazamiento del lugar de residencia de la familia por su búsqueda de la verdad respecto de la muerte de su hermano.</p>	
	<p>Esposa de víctima de desaparición forzada de persona y falta de investigación desde 26 de mayo de 1994</p>	<p>González Medina y familiares Vs. República Dominicana, 27/02/12</p>
	<p>Persecución por parte de la policía venezolana a todo un grupo familiar que derivó en la muerte de algunos de los miembros, con hostigamiento, amenazas, privación de justicia, desplazamiento de la vivienda, allanamientos ilegales con destrucción de bienes de propiedad privada, pese al decreto de medidas de protección de las personas del derecho interno y de medidas provisionales del sistema interamericano. La suma se decretó en favor de tres de las personas asesinadas, respecto de las cuales no se acreditó responsabilidad directa de la policía, pero si incumplimiento a deberes de custodia e incumplimiento de medidas provisorias.</p>	<p>Familia Barrios Vs. Venezuela, 24/11/11.</p>
	<p>Persona torturada, sometida a tratos crueles y</p>	<p>Fleury y otros Vs. Haití, 23/11/11</p>

	degradantes, separada de su familia por tener que ocultarse y exiliarse, quedando impedido de ejercer su profesión de abogado de derechos humanos. Además sufre de secuelas físicas: pérdida de un oído y de la capacidad de un brazo.	
USD 50.000,00.	Madres y padres de niños víctimas de desaparición forzada de personas con impunidad por más de tres décadas, con la singularidad de pertenecer a tres familias y que en dos de ellas las desapariciones afectaron a dos o tres integrantes del grupo.	Contreras y otros vs. El Salvador, 31/08/11.
	Para la esposa y madrastra de dos víctimas de desaparición forzada, con posterior impunidad.	Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia, 01/09/10.
	Violación sexual y tortura de una mujer, con posterior investigación defectuosa y empleo del fuero militar para investigar violaciones de derechos humanos.	Fernández Ortega y otros Vs. México, 30/08/10.
	Hijos todavía niños de víctima de desaparición forzada de persona, respecto de la que ha quedado impune el hecho, con denegación de justicia y desplazamiento forzado de la familia.	ChitayNech y otros Vs. Guatemala, 25/05/10.

	<p>Detención preventiva impuesta por un tribunal que carecía de competencia e imparcialidad. Condenado a cinco años de prisión y seis meses; permanencia en prisión por tres años y siete meses, y limitación a la libertad de expresión como restricción de la libertad condicional.</p>	<p>Usón Ramírez Vs. Venezuela, 20/11/09.</p>
	<p>Impunidad e incumplimiento del deber de investigar y sancionar el homicidio de una persona, ocurrido durante una operación de desalojo extrajudicial de familiares de trabajadores sin tierras. Indemnización en favor de la esposa del fallecido.</p>	<p>Garibaldi Vs. Brasil, 23/09/09.</p>
	<p>Para padres y una hermana de quien fuera víctima de desaparición forzada de persona con posterior impunidad respecto al hecho.</p>	<p>Ansualdo Castro Vs. Perú, 22/09/09</p>
	<p>Asesinato de una activista que había realizado serias denuncias en su rol de presidente de una fundación, con posible participación de miembros del estado y posterior omisión de la investigación.</p>	<p>Kawas Fernández Vs. Honduras, 03/04/09.</p>

	<p>Padres de una víctima de desaparición forzada de persona (USD 50.000,00 para el padre y USD 52.000 para la madre a los que se suman un terreno donado por el Estado de Bolivia y la construcción de una vivienda).</p>	<p>Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia, 27/11/2008</p>
	<p>Acusación infundada de pertenecer a una red de narcotraficantes, detención preventiva ilegal por más del máximo que prevé el ordenamiento interno, falta de defensa técnica adecuada, retención de bienes de la propiedad privada (una fábrica y un vehículo), y permanencia en registros de antecedentes penales. Todo en contra de las pericias y pruebas de la causa.</p>	<p>Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez Vs. Ecuador, 21/11/2007.</p>
	<p>Ejecución extrajudicial de dos personas, para cada una de ellas se determinó esta indemnización.</p>	<p>Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú, 10/07/07.</p>
	<p>Para la víctima de ejecución extrajudicial de persona, privada de las garantías y protección judicial.</p>	<p>Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador, 04/07/07.</p>
	<p>Para la víctima de ejecución extrajudicial de persona, privada de las garantías y protección judicial. Este asesinato se llevó a</p>	<p>Escue Zapata Vs. Colombia, 04/07/07.</p>

	<p>cabo en el marco de un patrón de violencia contra los pueblos indígenas. La víctima tenía el cargo de Cabildo gobernador de un resguardo indígena.</p>	
	<p>En favor de los padres, esposas o compañeras e hijos de 10 víctimas de ejecución extrajudicial.</p>	<p>La Cantuta Vs. Perú, 29/11/06</p>
	<p>En favor de 40 víctimas mortales en el traslado de un penal en Perú. Una de las víctimas fue indemnizada con la suma de USD 60.000,00.</p>	<p>Penal Miguel Castro Vs. Perú, 25/11/06.</p>
	<p>Indemnización por el daño inmaterial sufrido por cada uno de tres hombres detenidos ilegalmente, torturados y desaparecidos. Posterior impunidad y estigmatización de sus familias.</p>	<p>Goiburú Vs. Paraguay 22/09/06.</p>
	<p>Discapacitado mental, en situación de vulnerabilidad por esa razón, que sufrió de tratos crueles, inhumanos y degradantes siendo golpeado hasta morir dentro de una institución de internación para personas con problemas semejantes. Posterior impunidad.</p>	<p>Ximenes López Vs. Brasil, 04/07/06.</p>
	<p>Paramilitares, con aquiescencia o colaboración</p>	<p>Masacre Mapiripan Vs.</p>

	<p>del Estado, privaron de libertad, torturaron y mataron al menos 49 civiles, destruyeron sus cuerpos y los arrojaron a un río. Esta suma se determinó en favor de cada uno de los ejecutados y desaparecidos. Esta suma se fijó en favor de los padres, hijos o parejas de las víctimas.</p>	<p>Colombia, 15/09/2005</p>
	<p>Hermano de una persona detenida, torturada, lesionada con secuelas permanentes, acusado de extorsión y absuelto en 2002, sin que se hiciera lugar a sus denuncias de tortura, sufrió hostigamiento, aislamiento de su familia, tuvo que dejar su país, y posterior impunidad. El monto se justifica en virtud de prestó apoyo público a su hermano y luego sufrió hostigamientos por ello.</p>	<p>Gutiérrez Soler Vs. Colombia, 12/09/05.</p>
	<p>Violación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, con aplicación de castigos corporales conforme al derecho interno, usando un objeto llamado el gato de 9 colas (sentenciado a quince latigazos). La sentencia condenó a la pena corporal con posterioridad al plazo que autorizaba como tope la ley.</p>	<p>Caesar Vs. Trinidad y Tobago, 11/03/05.</p>

	Se causó daños psíquicos y físicos con secuelas permanentes.	
	Secuestro de dos niñas durante operaciones militares y desaparición. A lo que se suma la falta de investigación sobre los hechos. Suma proporcionada en favor de una de las niñas.	Caso de las hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, 01/03/2005.
	Hombres armados de las Patrullas de Autodefensa Civil rodearon la comitiva de un periodista y político, y mataron a 4 personas e hirieron a una. En favor de la persona herida que era menor de edad y recibió varios disparos en su cuerpo.	Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala, 22/11/2004.
	Tres incendios en centro de detención contrario a los estándares internacionales por sus inadecuadas condiciones. En favor de cada una de las víctimas que posteriormente fallecieron a consecuencia del incendio y de quienes fueron heridos con incapacidad de un 30% o más.	Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay, 02/09/04.
	Detención, desaparición y ejecución de 19 personas por paramilitares con apoyo y autoría intelectual de oficiales del ejército colombiano. En favor de cada una de los	Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia, 05/07/04.

	padres e hijos de las personas asesinadas.	
	<p>Niño de 17 años que fue detenido ilegalmente con otras 80 personas antes de un concierto el 19 de abril de 1991. Fue golpeado y falleció el 26 de abril de 1991, sin que hubiese una respuesta judicial acorde con la CASDH, máxime tratándose de un menor de edad.</p> <p>Se cuantificó su indemnización de daño inmaterial en la suma de USD 55.000,00 y la de su madre en la de USD 50.000,00.</p>	<p>Bulacio Vs. Argentina, 18/09/2003.</p>
	<p>37 víctimas de homicidio o desaparición, y de lesiones a la integridad psicofísica, algunos menores de edad. Esta suma se cuantificó en favor de una víctima sobreviviente con incapacidad psicofísica.</p>	<p>Caso del Caracazo Vs. Venezuela, 29/08/02.</p>
	<p>En favor de la comunidad en obras o servicios de interés colectivo por falta de delimitación, registración, demarcación y titularización de propiedad comunal.</p>	<p>Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni Vs. Nicaragua, 31/08/01.</p>
	<p>Mujer detenida ilegalmente por cuatro años, sometida a agresiones,</p>	<p>Loaysa Tamayo Vs. Perú, 27/11/1998</p>

	vejámenes y tratos inhumanos, crueles y degradantes. Violación de los arts. 5, 7, 8 y 25 de la CASDH	
	Desaparición forzada de una persona con el posterior refugio político de su familia sobreviviente en el exterior. En favor de los padres de la persona desaparecida.	Castillo Páez Vs. Perú, 27/11/98.

MONTO	HECHOS	CASO
USD 45.000,00	Familiares directos de personas detenidas ilegalmente, llevadas a bases militares, torturadas y desaparecidas o asesinadas entre 1972 y 1975 con posterior omisión de llevar adelante una investigación penal de los hechos.	Gomes Lund y otros (Guerrilha de Araguaia) Vs. Brasil, 24/11/10.
	Tres incendios en centro de detención contrario a los estándares internacionales por sus inadecuadas condiciones. En favor de quienes fueron heridos con incapacidad entre el 20% y el 30%.	Instituto de Reeduación del Menor Vs. Paraguay, 02/09/04.

MONTO	HECHOS	CASO
USD 40.000,00	En favor de las madres, padres, hijas e hijos, cónyuges, compañeros y compañeras permanentes de las víctimas de desaparición	Gudiel Álvarez Vs. Guatemala, 20/11/12

	forzada.	
	Esposa de periodista atacado por soldados del Ejército Nacional de Colombia mientras filmaba como éstos golpeaban a manifestantes, con posteriores amenazas, intento de secuestro y exilio fuera del país. Además falta de investigación judicial de los hechos.	Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia, 03/09/2012
	Niña que fue dada en adopción sin el consentimiento de su padre que no tuvo contacto con él por falta de respuesta oportuna del poder judicial argentino, que termino tardíamente desconociendo los derechos del padre.	Formeron Vs. Argentina, 27/04/2012
	Per cápita, para los hijos de una víctima de desaparición forzada de persona y falta de investigación desde 26 de mayo de 1994	González Medina y familiares Vs. República Dominicana, 27/02/12.
	Detención arbitraria, tortura y desaparición forzada de una persona	Torres Millacura y otros Vs. Argentina, 26/08/11
	Para los hijos y hermanos de dos víctimas de desaparición forzada, con posterior impunidad.	Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia, 01/09/10.
	Asesinato de un senador	Manuel Cepeda

	<p>electo, negligente investigación, falta de adecuado acceso a la justicia, estigmatización de la familia, hostigamiento, amenazas, y salida del país.</p> <p>En favor de una hija de la víctima de homicidio por razones políticas se decretó esta suma.</p>	<p>Vargas Vs. Colombia, 26/05/10.</p>
	<p>En favor de cada uno de los hijos de una persona que sufrió desaparición forzada, con posterior impunidad, falta de investigación y sanción de los responsables por 33 años.</p>	<p>Radilla Pacheco Vs. México, 23/11/09.</p>
	<p>Privación de la libertad, vejámenes y muerte de tres jóvenes, con posterioridad irregularidad de la investigación e impunidad; a lo que se adiciona hostigamiento a las familias. Una de las víctimas fue indemnizada con la suma de USD 38.000,00.</p>	<p>González y otros (“Campo Algodonero”) Vs. México, 16/11/2009.</p>
	<p>Per cápita, para la pareja e hijo de un desaparecido forzado, con posterior impunidad y falta de investigación y adecuada reparación.</p>	<p>Helidoro Portugal Vs. Panamá, 12/08/08</p>
	<p>Destitución de tres miembros de un mismo</p>	<p>Apitz Barbera y otros (“Corte Primera</p>

	<p>tribunal colegiado por medio de decisiones carentes de motivación, sin debido proceso, y con falta de recurso, en el marco de presiones de orden político para lograr la destitución.</p>	<p>en lo Contencioso Administrativo) Vs. Venezuela, 05/08/08.</p>
	<p>Dos hombres fueron detenidos por la policía peruana e incomunicados por acusación de terrorismo; la investigación y proceso se llevó a cabo por fiscales y jueces sin rostro, con limitaciones en el derecho de defensa. Con pruebas obtenidas ilegalmente y sin hacer lugar a pruebas de la defensa se condenó a 20 y 25 años de prisión sin respetar el derecho interno la CASDH.</p> <p>Los detenidos estuvieron 9 y 13 años en prisión.</p>	<p>García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú, 25/11/05.</p>
	<p>Padres de una persona detenida, torturada, lesionada con secuelas permanentes, acusado de extorsión y absuelto en 2002, sin que se hiciera lugar a sus denuncias de tortura, sufrió hostigamiento, aislamiento de su familia, tuvo que dejar su país, y posterior impunidad.</p>	<p>Gutiérrez Soler Vs. Colombia, 12/09/05.</p>

	<p>Hombres armados de las Patrullas de Autodefensa Civil rodearon la comitiva de un periodista y político, y mataron a 4 personas e hirieron a una. En favor de los hijos de las víctimas fatales y de una nuera que tenía trato de hija.</p>	<p>Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala, 22/11/2004.</p>
	<p>Tres incendios en centro de detención contrario a los estándares internacionales por sus inadecuadas condiciones. En favor de quienes fueron heridos con incapacidad entre el 10% y el 20%.</p>	<p>Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay, 02/09/04.</p>
	<p>En favor de la novia de uno de los dos hermanos de 14 y 17 años detenidos, torturados y asesinados.</p>	<p>Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, 08/07/04.</p>
	<p>Ejecución extrajudicial de una mujer durante un operativo de inteligencia militar llevado a cabo por el Estado Mayor Presidencial y tolerado por distintas autoridades del país, en respuesta a publicaciones de un comunicado en el que erróneamente se le atribuyó participación. Suma establecida per cápita en favor de la víctima directa y de cada uno de sus padres.</p>	<p>Myrna Mck Chang Vs. Guatemala, 25/11/03.</p>

	En favor de la madre de una persona detenida y sometida a reclusión, hostilidades, tratos crueles, inhumanos y degradantes, sin el debido proceso, durante 4 años, 4 meses y 19 días.	Cantoral Benavides Vs. Perú, 3/12/01.
	Indemnización de la esposa y tres hijos de Manuel Jesús Gonzalez López quien fuera detenido ilegalmente, torturado y asesinado. La esposa buscó a su esposo muerto y posteriormente tuvo que abandonar el país dejando a sus hijos a cuidado de personas de confianza	Paniagua Morales y otros Vs. Guatemala, 25/05/01
	Víctima de desaparición forzada de persona detenida por la policía de Mendoza, Argentina (Sr. Baigorria).	Garrido Baigorria Vs. Argentina, 27/08/1998

MONTO	HECHOS	CASO
USD 38.755,00	Se condenó a Surinam al pago de la Suma de USD 38.755 por la detención y transporte ilegal, la causación de heridas, la agonía y posterior muerte de una persona que logró escapar cuando se le ordenó a sus compañeros cavar su propia tumba. El hecho fue llevado a cabo por las FF.AA, cuyos miembros acusaron a	Aloeboetoe y otros Vs. Surinam, 10/09/1993

	unos aldeanos de pertenecer a un grupo guerrillero del que no eran parte.	
35.000,00	<p>El ejército salvadoreño entre el 11 y 13 de diciembre de 1981 en el marco de un operativo militar llamado “contrainsurgencia” mató a unas mil personas –gran número de niños-, abusó sexualmente, violó la integridad física de las personas, sus libertades y propiedades. Con la suma de USD 35.000,00 se indemnizó a las víctimas mortales del hecho.</p>	<p>Masacre del Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, 25/10/12</p>
	<p>Persecución por parte de la policía venezolana a todo un grupo familiar que derivó en la muerte de algunos de los miembros, con hostigamiento, amenazas, privación de justicia, desplazamiento de la vivienda, allanamientos ilegales con destrucción de bienes de propiedad privada, pese al decreto de medidas de protección de las personas del derecho interno y de medidas provisionales del sistema interamericano. La suma se decretó en favor de una de las personas que sufrió allanamientos ilícitos, destrucción de bienes y que</p>	<p>Familia Barrios Vs. Venezuela, 24/11/11.</p>

	posteriormente tuvo que dejar su casa y la ciudad.	
	Detención arbitraria, tortura y desaparición forzada de un hijo	Torres Millacura y otros Vs. Argentina, 26/08/11
	Asesinato de un senador electo, negligente investigación, falta de adecuado acceso a la justicia, estigmatización de la familia, hostigamiento, amenazas, y salida del país. En favor de una niera de la víctima de homicidio por razones políticas se decretó esta suma.	Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia, 26/05/10.
	Hijos de víctima de desaparición forzada de persona, respecto de la que ha quedado impune el hecho, con denegación de justicia y desplazamiento forzado de la familia.	ChitayNech y otros Vs. Guatemala, 25/05/10.
	Falta de investigación de la masacre de las dos erres (6 a 8 de diciembre de 1982), la que permanece impune pese a que el Estado demandado se comprometió a combatir la impunidad, lo que no había ocurrido hasta la época de la sentencia. En favor de una víctima sobreviviente que fue apartada de su familia, criada en otro grupo familiar con otro nombre, afectada	Masacre de las dos erres Vs. Guatemala, 24/09/2009.

	psicológicamente y en su proyecto familiar y luego forzada al destierro.	
	Persona condenada penalmente, que se le impuso, además, la prohibición de salir del país por ocho años como consecuencia de las manifestaciones que hizo como candidato durante la campaña presidencial.	Ricardo Canese Vs. Paraguay, 31/08/04.
	Abuela de un niño de 17 años que fue detenido ilegalmente con otras 80 personas antes de un concierto el 19 de abril de 1991. Fue golpeado y falleció el 26 de abril de 1991, sin que hubiese una respuesta judicial acorde con la CASDH, máxime tratándose de un menor de edad.	Bulacio Vs. Argentina, 18/09/2003

MONTO	HECHOS	CASO
USD 30.000,00	Se fijaron en favor de una víctima de violación de derechos humanos que fue condenada a prisión perpetua por hechos cometidos en la niñez y que en los centros de detención sufrió torturas y falta de atención médica que lo llevaron a perder el sentido de la vista, por estos	Mendoza y otros Vs. Argentina, 14/05/13

	<p>incumplimientos se lo indemniza en la suma de USD 30.000,00 que se suman a los USD 2.000,00 por la condena perpetua siendo menor al momento de la comisión del hecho.</p>	
	<p>Para los desaparecidos forzadamente en el marco de la destrucción de la comunidad maya de Rio Negro en una serie de masacre entre 1982 y 1982, con particular persecución y eliminación de sus miembros, violación de los derechos de los sobrevivientes y posterior falta de investigación de los hechos,</p>	<p>Masacres de Rio Negro Vs. Guatemala, 04/09/12.</p>
	<p>Hijo de periodista atacado por soldados del Ejército Nacional de Colombia mientras filmaba como éstos golpeaban a manifestantes, con posteriores amenazas, intento de secuestro y exilio fuera del país. Además falta de investigación judicial de los hechos.</p>	<p>Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia, 03/09/12</p>
	<p>Para el padre la víctima de demora excesiva en la resolución de una causa civil contra el Estado, mientras se necesitaba de tratamiento para un niño con discapacidad. El</p>	<p>Furlan y familiares Vs. Argentina, 31/08/12.</p>

	<p>monto es del doble de lo que se le asigna a la madre porque el padre estuvo presente en todos los reclamos por su hijo.</p>	
	<p>Tía de niños víctimas de desaparición forzada de personas con impunidad por más de tres décadas, con la singularidad de pertenecer a tres familias y que en dos de ellas las desapariciones afectaron a dos o tres integrantes del grupo.</p>	<p>Contreras y otros vs. El Salvador, 31/08/11.</p>
	<p>Falta de investigación de la masacre de las dos erres (6 a 8 de diciembre de 1982), la que permanece impune pese a que el Estado demandado se comprometió a combatir la impunidad, lo que no había ocurrido hasta la época de la sentencia. Esta suma se decretó en favor de una víctima sobreviviente.</p>	<p>Masacre de las dos erres Vs. Guatemala, 24/09/09.</p>
	<p>En favor de una jueza destituida arbitrariamente, respecto de la cual el Tribunal Superior de Justicia decretó la nulidad de la destitución, sin devolverle el cargo.</p>	<p>Reverón Trujillo Vs. Venezuela, 30/06/09.</p>
	<p>Detenido ilegalmente en prisión preventiva por dos años y dos meses hasta su liberación por motivos humanitarios. Privación de las</p>	<p>Yvon Neptune Vs. Haití, 06/05/08.</p>

	<p>garantías y protección judiciales.</p>	
	<p>En favor de una víctima de violación sexual, durante una serie de hechos funestos que se dieron durante el traslado de un penal en Perú.</p>	<p>Penal Miguel Castro Vs. Perú, 25/11/06.</p>
	<p>Para la madre de una persona discapacitada mental, en situación de vulnerabilidad por esa razón, que sufrió de tratos crueles, inhumanos y degradantes siendo golpeado hasta morir dentro de una institución de internación para personas con problemas semejantes. Posterior impunidad.</p>	<p>Ximenes López Vs. Brasil, 04/07/06.</p>
	<p>En favor de las víctimas mortales de los para militares colombianos que actuaron con aquiescencia, colaboración y omisión del Estado, causando muerte, despojo de bienes, terror y desplazamientos.</p>	<p>Masacres de Ituango Vs. Colombia 1/07/06.</p>
	<p>Incumplimiento del Estado Peruano en el deber de brindar protección judicial, atento a que incumplió sentencias dictadas por el poder judicial entre 1996 y 2000, ordenándosele a la Municipalidad de Lima que reincorpore trabajadores, pague remuneraciones y</p>	<p>Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú, 07/02/06.</p>

	cumpla con obligaciones relativas al derecho del trabajo.	
	Masacre perpetrada por un grupo de paramilitares con aquiescencia y colaboración del Estado colombiano. Tuvo por resultado 37 desapariciones forzadas y seis víctimas fatales. La suma de USD 30.000, se fijó en su favor.	Masacre Pueblo Bello Vs. Colombia, 31/1/06.
	Per cápita, para el padre y la hermana de un niño de 17 años que fue detenido ilegalmente con otras 80 personas antes de un concierto el 19 de abril de 1991. Fue golpeado y falleció el 26 de abril de 1991, sin que hubiese una respuesta judicial acorde con la CASDH, máxime tratándose de un menor de edad.	Bulacio Vs. Argentina, 18/09/2003.
	Cinco varones jóvenes, tres de ellos menores de edad, fueron detenidas clandestinamente de forma forzada, aislados, tratados con agresión extrema, maltratados y torturados física y mentalmente y luego asesinados.	Por el daño inmaterial de dos víctimas (para cada uno). Niños de la Calle Vs. Nicaragua, 26/05/2001.
	Para los hermanos de una persona detenida ilegalmente y	Gómez Palomino Vs. Perú,

	desaparecida forzosamente, con posterior impunidad por más de diez años. Reparación per cápita.	22/11/05.
	Violación de la libertad de pensamiento y expresión contra el autor de un libro llamado: “Ética y Servicios de Inteligencia”. Se incautaron los libros, los textos originales, los discos donde se habían grabado y se suprimieron del disco rígido de la PC; además se lo condenó penalmente por desobediencia y desacato.	Palamara Iribarne Vs. Chile, 22/11/05.
	Secuestro de dos niñas durante operaciones militares y desaparición. A lo que se suma la falta de investigación sobre los hechos. Suma proporcionada en favor de hermanos y madre que buscaron a sus familiares permanentemente, y en el caso de la madre hasta la muerte.	Caso de las hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, 01/03/2005.
	Médica detenida en 1996 por cargos de terrorismo. Procesada por jueces y fiscales sin rostro. Condenada en el mismo año a 20 años de prisión en 1996. La condena se confirmó en 1998. En 2003 el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales varias normas sin aludir a los	De la Cruz Flores Vs. Perú, 18/11/04

	<p>delitos de terrorismos; luego, el poder ejecutivo dispuso que en un plazo menor a 60 días se debía anular de oficio las sentencias y procesos penales; pese a ello, la actora continuó detenida y sufriendo tratos crueles, degradantes e inhumanos.</p> <p>La suma de \$30.000,00 se fijó en favor la madre, cada uno de los hijos y una hermana de la mujer detenida ilegítimamente.</p>	
	<p>Tres incendios en centro de detención contrario a los estándares internacionales por sus inadecuadas condiciones. En favor de quienes fueron heridos con incapacidad entre el 5% y el 10%.</p>	<p>Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay, 02/09/04.</p>
	<p>Desaparición forzada de persona en 1985 hasta que en 1992 encontraron sus restos mortales. La suma se fijó para cada uno de los padres y de los dos hermanos.</p>	<p>Blake Vs. Guatemala, 22/01/99.</p>
	<p>Desaparición forzada de una persona con el posterior refugio político de su familia sobreviviente en el exterior. En favor de la persona desaparecida y una hermana.</p>	<p>Castillo Páez Vs. Perú, 27/11/98.</p>

MONTO	HECHOS	CASO
USD 29.070,00	Seis personas asesinadas por las FFAA por ser acusados de pertenecer a un grupo guerrillero del que no eran parte. Se los detuvo, se los transporto ilegítimamente, se los hizo cavar su tumba y se los ultimo. La suma se estimó por cada uno de los fallecidos.	Aloeboetoe y otros Vs. Surinam, 10/09/1993
USD 27.000,00	Cinco varones jóvenes, tres de ellos menores de edad, fueron detenidas clandestinamente de forma forzada, aislados, tratados con agresión extrema, maltratados y torturados física y mentalmente y luego asesinados.	Por el daño inmaterial de dos víctimas (para cada uno). Niños de la Calle Vs. Nicaragua, 26/05/2001
USD 26.000,00	Cinco varones jóvenes, tres de ellos menores de edad, fueron detenidas clandestinamente de forma forzada, aislados, tratados con agresión extrema, maltratados y torturados física y mentalmente y luego asesinados.	Por el daño inmaterial personal de las madres, y una abuela. Niños de la Calle Vs. Nicaragua, 26/05/2001

MONTO	HECHOS	CASO
USD 25.000,00	Hermano de víctima de ejecución extrajudicial por parte de la Policía, que sufrió persecución, amenazas y detención por su búsqueda de	Uzcátegui y otros Vs. Venezuela, 03/09/12

	la verdad respecto de la muerte de su hermano.	
	Persecución por parte de la policía venezolana a todo un grupo familiar que derivó en la muerte de algunos de los miembros, con hostigamiento, amenazas, privación de justicia, desplazamiento de la vivienda, allanamientos ilegales con destrucción de bienes de propiedad privada, pese al decreto de medidas de protección de las personas del derecho interno y de medidas provisionales del sistema interamericano. La suma se decretó en favor de una persona herida a balazos que sobrevivió con discapacidad motor y de la madre de varios de los individuos ultimados	Familia Barrios Vs. Venezuela, 24/11/11.
	Muerte de una hija en procedimiento médico sin que se investigue el hecho, incumpliendo las garantías y protección judicial. En favor de cada uno de los padres.	Alban Cornejo y Otros Vs. Ecuador, 22/11/07.
	Esposa de una víctima de ejecución extrajudicial persona.	Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú, 10/07/07.
	Para la compañera de la víctima de ejecución extrajudicial de persona,	Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador, 04/07/07.

	privada de las garantías y protección judicial.	
	<p>Para el hijo menor de edad de la víctima de ejecución extrajudicial de persona, privada de las garantías y protección judicial.</p> <p>Este asesinato se llevó a cabo en el marco de un patrón de violencia contra los pueblos indígenas. La víctima tenía el cargo de Cabildo gobernador de un resguardo indígena.</p>	Escue Zapata Vs. Colombia, 04/07/07.
	Indemnización per cápita de los padres, hijos y parejas por el daño inmaterial sufrido por la detención ilegal, tortura y desaparición de tres hombres, con posterior impunidad y estigmatización de sus familias.	Goiburú Vs. Paraguay 22/09/06.
	Para cada una de las cuatro víctimas de detención, torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes y posterior ejecución extrajudicial mientras se encontraban en custodia de las fuerzas de seguridad. Posterior impunidad y falta de investigación de los hechos.	Servellón García y otros Vs. Honduras, 21/009/06.
	Para cada uno de los padres, parejas e hijos de las 37 víctimas mortales de del retén de Catia, ejecutadas	Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela,

	extrajudicialmente sin garantías ni protección judicial.	05/07/06.
	Para la hermana de una persona discapacitada mental, en situación de vulnerabilidad por esa razón, que sufrió de tratos crueles, inhumanos y degradantes siendo golpeado hasta morir dentro de una institución de internación para personas con problemas semejantes. Posterior impunidad.	Ximenes López Vs. Brasil, 04/07/06.
	Per cápita, En reparación del daño inmaterial de la esposa e hijos de un campesino torturado y asesinado a consecuencia de tratos crueles, inhumanos y degradantes, en el marco de un operativo de contrainsurgencia del Ejército Peruano.	Balden García Vs. Perú, 06/04/06.
	Indemnización del daño inmaterial en favor de padres, hijos, dos sobrinos y parejas de tres hombres detenidos y desaparecidos por dependientes del Estado venezolano cuando se realizaban tareas de reconstitución del orden público tras fuertes lluvias y alud sobre una comunidad.	Blanco Romero y otros Vs. Venezuela, 28/11/05.
	Dos hombres fueron detenidos por la policía	García Asto y Ramírez Rojas Vs.

	<p>peruana e incomunicados por acusación de terrorismo; la investigación y proceso se llevó a cabo por fiscales y jueces sin rostro, con limitaciones en el derecho de defensa. Con pruebas obtenidas ilegalmente y sin hacer lugar a pruebas de la defensa se condenó a 20 y 25 años de prisión sin respetar el derecho interno la CASDH.</p> <p>Los detenidos estuvieron 9 y 13 años en prisión.</p> <p>La suma de USD 25.000,00 se determinó como reparación equitativa para los padres del Sr. García Asto, y el hijo y algunos hermanos del Sr. Ramírez Rojas.</p>	Perú, 25/11/05.
	<p>Hombres armados de las Patrullas de Autodefensa Civil rodearon la comitiva de un periodista y político, y mataron a 4 personas e hirieron a una. En favor de un sobreviviente que presenció como le disparaban a su hijo herido también sobreviviente.</p>	Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala, 22/11/04.
	<p>Tres incendios en centro de detención contrario a los estándares internacionales por sus inadecuadas condiciones. En favor de los padres de quienes fallecieron.</p>	Instituto de Reeduación del Menor Vs. Paraguay, 02/09/04.

	37 víctimas de homicidio o desaparición, y de lesiones a la integridad psicofísica, algunos menores de edad. Esta suma se cuantificó en favor de una víctima sobreviviente con incapacidad psicofísica.	Caso del Caracazo Vs. Venezuela, 29/08/02.
USD 25.000,00	Desaparición forzada de persona, tortura y denegación de justicia. En favor del padre adoptivo de la víctima directa.	Trujillo Oroza Vs. Bolivia, 27/02/02.
	Captura y desaparición forzada de persona. En favor del padre de la persona desaparecida.	Bámaca Velázquez Vs. Guatemala, 22/02/02.
	En favor de una persona detenida indebidamente durante tres años.	Cesti Hurtado Vs. Perú, 31/05/01.
USD 23.000,00	Cinco varones jóvenes, tres de ellos menores de edad, fueron detenidas clandestinamente de forma forzada, aislados, tratados con agresión extrema, maltratados y torturados física y mentalmente y luego asesinados.	Por el daño inmaterial de una de las víctimas. Niños de la Calle Vs. Nicaragua, 26/05/2001
USD 22.000,00	Tres incendios en centro de detención contrario a los estándares internacionales por sus inadecuadas condiciones. En favor de quienes fueron heridos con incapacidad menor al 5%	Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay, 02/09/04.

MONTO	HECHOS	CASO
USD 20.000,00	Consecuencia inmaterial ocasionada por la violación de los DD.HH consistente en la prohibición general de practicar fecundación asistida.	Artavia Murillo Vs. Costa Rica, 28/11/12
	<p>A favor de Wendy Santizo Méndez e Igor Santizo Méndez, por el daño inmaterial adicional causado como consecuencia de la falta de investigación por los presuntos actos de tortura y detención cometidos en su perjuicio. Este rubro se mandó a pagar como adicional.</p> <p>La misma suma se le abonó adicionalmente por daño inmaterial de la persona ejecutada extrajudicialmente.</p>	Gudiel Álvarez Vs. Guatemala, 20/11/12
	El ejército salvadoreño entre el 11 y 13 de diciembre de 1981 en el marco de un operativo militar llamado “contrainsurgencia” mató a unas mil personas –gran número de niños-, abusó sexualmente, violó la integridad física de las personas, sus libertades y propiedades. Con la suma de USD 20.000,00 se indemnizó a las víctimas supervivientes	Masacre del Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, 25/10/12

	del hecho.	
	A favor de las 7 personas de origen haitiano que perecieron por el uso excesivo de la fuerza de dependientes de República Dominicana, con posterior impunidad, denegación de justicia, y expulsión del país de los sobrevivientes	NagedeDorzema y otros Vs. República Dominicana, 24/10/12
USD 20.000,00	Hija de periodista atacado por soldados del Ejército Nacional de Colombia mientras filmaba como éstos golpeaban a manifestantes, con posteriores amenazas, intento de secuestro y exilio fuera del país. Además falta de investigación judicial de los hechos.	Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia, 03/09/2012
	Trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. Esta suma se determinó en favor de la madre.	AtalaRiffo y niñas Vs. Chile, 24/02/12
	Persecución por parte de la policía venezolana a todo un grupo familiar que derivó en la muerte de algunos de los	Familia Barrios Vs. Venezuela, 24/11/11.

	<p>miembros, con hostigamiento, amenazas, privación de justicia, desplazamiento de la vivienda, allanamientos ilegales con destrucción de bienes de propiedad privada, pese al decreto de medidas de protección de las personas del derecho interno y de medidas provisionales del sistema interamericano. La suma se decretó en favor de tres de las personas afectadas en sus libertades y bienes.</p>	
	<p>Madre de una persona herida de bala recibió trato degradante durante su detención y se le negó atención médica por lo que prosiguió su muerte estando bajo custodia del Estado, a lo que se adiciona la posterior denegación de justicia.</p>	<p>Vera Vera y otra. Vs. Ecuador, 19/05/11</p>
	<p>Para cada una de las víctimas de sometimiento a tratos crueles, inhumanos y degradantes estando bajo custodia de personal del ejército mexicano, con falta de presentación oportuna ante un juez e irregularidad en el proceso penal iniciado en su contra. Posterior falta de adecuada investigación de las torturas en el proceso que se</p>	<p>Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, 15/05/11.</p>

	llevó a cabo ante el fuero militar.	
	Detenido sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes con consecuencias psicofísicas; violación de las garantías judiciales en el proceso judicial en su contra; y posterior falta de investigación judicial sobre las torturas y malos tratos recibidos.	Vélez Loor Vs. Panamá, 23/11/10.
	Asesinato de un senador electo, negligente investigación, falta de adecuado acceso a la justicia, estigmatización de la familia, hostigamiento, amenazas, y salida del país. En favor de una hermana de la víctima de homicidio por razones políticas se decretó esta suma.	Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia, 26/05/10.
	Falta de investigación de la masacre de las dos erres (6 a 8 de diciembre de 1982), la que permanece impune pese a que el Estado demandado se comprometió a combatir la impunidad, lo que no había ocurrido hasta la época de la sentencia. En favor de las 155 víctimas (153 fallecidas y dos sobrevivientes).	Masacre de las dos erres Vs. Guatemala, 24/09/2009.

	<p>Impunidad e incumplimiento del deber de investigar y sancionar el homicidio de una persona, ocurrido durante una operación de desalojo extrajudicial de familiares de trabajadores sin tierras. Indemnización en favor de los hijos del fallecido, per cápita.</p>	<p>Garibaldi Vs. Brasil, 23/09/09.</p>
	<p>Para el hermano de quien fuera víctima de desaparición forzada de persona con posterior impunidad respecto al hecho.</p>	<p>Ansaldo Castro Vs. Perú, 22/09/09</p>
	<p>Violación de la vida privada, honor, libertad de asociación, garantías judiciales y protección judicial contra cinco personas cuyas comunicaciones telefónicas fueran interceptadas, gravadas y divulgadas, con posterior denegación de justicia y falta de adecuada reparación.</p>	<p>Escher y otros Vs. Brasil, 06/07/09.</p>
	<p>Padres e hijos de una activista asesinada con posible participación de miembros del estado y posterior omisión de la investigación.</p>	<p>Kawas Fernández Vs. Honduras, 03/04/09.</p>
	<p>Autor de un libro procesado y condenado por el delito de calumnias, en violación a la libertad de</p>	<p>Kimel Vs. Argentina, 02/05/2008.</p>

	prensa. Además, el proceso excedió el plazo razonable, puesto que se extendió por nueve años.	
	En favor de los padres, para cada uno, por la falta de investigación del asesinato de su hijo, con posteriores amenazas y hostigamiento.	García Prieto y Otro Vs. El Salvador, 20/11/07.
	Per cápita para los padres e hijos de las dos víctimas de ejecución extrajudicial.	Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú, 10/07/07.
	Per cápita para los hijos de la víctima de ejecución extrajudicial de persona, privada de las garantías y protección judicial.	Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador, 04/07/07.
	Per cápita para los padres y compañera de la víctima de ejecución extrajudicial de persona, privada de las garantías y protección judicial. Este asesinato se llevó a cabo en el marco de un patrón de violencia contra los pueblos indígenas. La víctima tenía el cargo de Cabildo gobernador de un resguardo indígena.	Escue Zapata Vs. Colombia, 04/07/07.
	En favor de los hermanos de 10 víctimas de ejecución extrajudicial.	La Cantuta Vs. Perú, 29/11/06
	Víctimas sobrevivientes que sufrieron tratos crueles,	Penal Miguel Castro Vs. Perú,

	inhumanos y degradantes, con lesiones corporales totalmente incapacitantes.	25/11/2006.
	Madre de un niño de quince años que fue reclutado en el ejército y que falleció de un disparo dentro del cuartel.	Vargas Areco Vs. Paraguay. 26/09/06
	Hijo de una persona detenida, torturada, lesionada con secuelas permanentes, acusado de extorsión y absuelto en 2002, sin que se hiciera lugar a sus denuncias de tortura, sufrió hostigamiento, aislamiento de su familia, tuvo que dejar su país, y posterior impunidad.	Gutiérrez Soler Vs. Colombia, 12/09/05.
	Hombres armados de las Patrullas de Autodefensa Civil rodearon la comitiva de un periodista y político, y mataron a 4 personas e hirieron a una. En favor de dos sobrevivientes de la comitiva.	Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala, 22/11/2004.
	Sentencia penal condenatoria al pago de multas por cuatro delitos contra un periodista en razón de sus publicaciones en la prensa. Violación del derecho a la libertad de pensamiento, a la libertad de expresión y garantías judiciales (art. 13 y 8	Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, 2/07/2004

CASDH)	
Mujer sometida a detención arbitraria, tortura, retención en centro clandestino por ocho días, y forzada a emitir opinión pública mediante un comunicado preparado por sus captores.	Maritza Urrutia Vs. Guatemala, 27/11/03.
Detención arbitraria, tortura y ejecución extrajudicial por parte del ejército de honduras. En favor del padre de crianza, madre, compañera e hijos.	Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras, 07/06/03.
37 víctimas de homicidio o desaparición, y de lesiones a la integridad psicofísica, algunos menores de edad. Esta suma se cuantificó en favor de los padres, parejas e hijos de las víctimas mortales o desaparecidas.	Caso del Caracazo Vs. Venezuela, 29/08/02.
Desaparición forzada de persona, tortura y denegación de justicia. En favor de los hermanos de la víctima directa.	Trujillo Oroza Vs. Bolivia, 27/02/02.
Captura y desaparición forzada de persona. En favor de los hermanos de la persona desaparecida.	Bámaca Velázquez Vs. Guatemala, 22/02/02.
En favor de un hermano de una persona detenida y sometida a reclusión,	Cantoral Benavides Vs. Perú, 3/12/01.

	<p>hostilidades, tratos crueles, inhumanos y degradantes, sin el debido proceso, durante 4 años, 4 meses y 19 días. Este hermano en particular fue detenido y obligado a emigrar del país.</p>	
	<p>Detención ilegal, tortura y muerte de múltiples personas. Este monto se fijó para sus hijos y padres de forma concurrente para algunas víctimas y de forma exclusiva para otras.</p>	<p>Paniagua Morales y otros Vs. Guatemala, 25/05/01.</p>
	<p>El Estado privo del título nacionalidad a un ciudadano por naturalización y principal accionista de un canal de televisión, con la finalidad de desplazarlo del control editorial de la televisora a causa de sus denuncias de violaciones de derechos humanos y corrupción.</p>	<p>IvcherBronstein Vs. Perú, 06/02/01</p>
	<p>Detención de una persona en condiciones de incomunicación por acusación de narcotráfico. Conciben a una hija con su esposa en una celda. Sometimiento a tratos crueles, inhumanos y degradantes. En favor del detenido y su esposa.</p>	<p>Suarez Rosero Vs. Ecuador 20/01/99.</p>
	<p>Por la desaparición forzada del Sr. Caballero</p>	<p>Caballero Delgado y Santana Vs.</p>

	Delgado.	Colombia, 29/01/97.
	Desaparición forzada de tres personas. La indemnización se fijó en favor de cada una de las familias de las víctimas.	Neira Alegría Vs. Perú, 19/09/96.
	La policía y militares venezolanos abrieron fuego sobre 16 pescadores, dándole muerte a 14 de ellos. La indemnización se fijó en favor de las familias de las víctimas mortales y de los dos sobrevivientes.	El Amparo Vs. Venezuela, 14/09/96.

MONTO	HECHOS	CASO
USD 15.000,00	A favor de las personas de origen haitiano heridas por el uso excesivo de la fuerza de dependientes de República Dominicana, con posterior impunidad, denegación de justicia, y expulsión del país de los sobrevivientes. La suma fijada fue USD 16.500,00 y se adicionaron otros USD 2000 para una mujer embarazada y un niño	NagedeDorzema y otros Vs. República Dominicana, 24/10/12
	Para las víctimas sobrevivientes de la destrucción de la comunidad maya de Rio Negro en una serie de masacre entre 1982 y 1982, con particular persecución y eliminación de	Masacres de Rio Negro Vs. Guatemala, 04/09/12.

	<p>sus miembros, violación de los derechos de los sobrevivientes y posterior falta de investigación de los hechos.</p> <p>La misma suma se decretó como adicional a una mujer sobreviviente que fue abusada sexualmente y reducida a la servidumbre</p>	
	<p>Padre de tres hermanos víctimas de distintas violaciones a sus derechos que van desde ejecución extrajudicial por parte de la Policía de uno de sus hijos a la persecución, amenazas, detención y allanamientos ilegítimos, lesiones a la integridad, juicio por difamación y desplazamiento del lugar de residencia de otros dos.</p>	<p>Uzcátegui y otros Vs. Venezuela, 03/09/12</p>
	<p>Se fijaron USD 15.000 en favor de la madre y la misma suma para cada uno de los hermanos de la víctima de demora excesiva en la resolución de una causa civil contra el Estado, mientras se necesitaba de tratamiento para un niño con discapacidad.</p>	<p>Furlan y familiares Vs. Argentina, 31/08/12.</p>
	<p>Esposa de una persona torturada, sometida a tratos</p>	<p>Fleury y otros Vs. Haití, 23/11/11</p>

	<p>cruels y degradantes, separada de su familia por tener que ocultarse y exiliarse, quedando impedido de ejercer su profesión de abogado de derechos humanos. Además sufre de secuelas físicas: pérdida de un oído y de la capacidad de un brazo.</p>	
	<p>Familiares indirectos de personas detenidas ilegalmente, llevadas a bases militares, torturadas y desaparecidas o asesinadas entre 1972 y 1975 con posterior omisión de llevar adelante una investigación penal de los hechos.</p>	<p>Gomes Lund y otros (Guerrilha de Araguaia) Vs. Brasil, 24/11/10.</p>
	<p>Violación de la libertad y de las garantías judiciales por prisión preventiva que excedió los límites de temporalidad, razonabilidad y proporcionalidad a los que debió estar sujeta.</p>	<p>Barreto Leiva Vs. Venezuela, 17/11/09.</p>
	<p>Escuchas telefónicas ilegales, grabación y difusión ante miembros del Colegio Nacional de Abogados y de la Iglesia Católica. Además, inicio de procedimiento penal por delitos contra el honor, en virtud de las denuncias que hizo la víctima de las</p>	<p>Tristán Donoso Vs. Panamá, 27/01/2009.</p>

	escuchas.	
	Suma que recibe cada uno de los hermanos de una víctima de desaparición forzada de persona, que a su vez fue víctima de tortura y de falta de investigación por el Estado de Bolivia.	Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia, 27/11/2008
	Per cápita, en favor de hermanos de las víctimas mortales y un sobreviviente de una masacre llevada a cabo por para militares sobre personal estatal que no contó con seguridad por parte del Estado para llevar a cabo las tareas de búsqueda de la verdad que les había encomendado.	Masacre de la Rochela Vs. Colombia, 11/05/07.
	Trabajadores despedidos injustamente, sin derecho a un recurso efectivo que atendiera a su situación, quedando desprotegidos por esa carencia de mecanismos y procedimientos.	Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, 24/11/06.
	Padre de un niño de quince años que fue reclutado en el ejército y que falleció de un disparo dentro del cuartel.	Vargas Areco Vs. Paraguay. 26/09/06
	Detenido por tráfico de estupefacientes en 1997, al que se lo condenó en 2001 por sentencia luego anulada y tras la continuación del	López Álvarez Vs. Honduras, 01/02/06.

	<p>proceso estando detenido en 2003 fue absuelto en primera y segunda instancia.</p>	
	<p>Dos hombres fueron detenidos por la policía peruana e incomunicados por acusación de terrorismo; la investigación y proceso se llevó a cabo por fiscales y jueces sin rostro, con limitaciones en el derecho de defensa. Con pruebas obtenidas ilegalmente y sin hacer lugar a pruebas de la defensa se condenó a 20 y 25 años de prisión sin respetar el derecho interno la CASDH.</p> <p>Los detenidos estuvieron 9 y 13 años en prisión.</p> <p>Esta suma de dinero se fijó en favor de los hermanos de García Asto.</p>	<p>García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú, 25/11/05.</p>
	<p>Médica detenida en 19896 por cargos de terrorismo. Procesada por jueces y fiscales sin rostro. Condenada en el mismo año a 20 años de prisión en 1996. La condena se confirmó en 1998. En 2003 el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales varias normas sin aludir a los delitos de terrorismos; luego, el poder ejecutivo dispuso que</p>	<p>De la Cruz Flores Vs. Perú, 18/11/04</p>

	<p>en un plazo menor a 60 días se debía anular de oficio las sentencias y procesos penales; pese a ello, la actora continuó detenida y sufriendo tratos crueles, degradantes e inhumanos.</p> <p>La suma de \$15.000,00 se fijó en favor de un hermano de la mujer detenida ilegítimamente.</p>	
	Tres incendios en centro de detención contrario a los estándares internacionales por sus inadecuadas condiciones. En favor de los padres de los heridos.	Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay, 02/09/04.
	37 víctimas de homicidio o desaparición, y de lesiones a la integridad psicofísica, algunos menores de edad. Esta suma se cuantificó en favor de las víctimas mortales o desaparecidas.	Caso del Caracazo Vs. Venezuela, 29/08/02.
	Para la madre de la Sra. Ana Elisabeth Paniagua Morales, detenida ilegalmente, torturada y muerta. La suma se justifica en base a la búsqueda permanente de su hija que se acreditó en el expediente.	Paniagua Morales y otros Vs. Guatemala, 25/05/01

MONTO	HECHOS	CASO
USD	Para cada una de los	Servellón García y

12.5000,00	padres y una pareja de las cuatro víctimas de detención, torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes y posterior ejecución extrajudicial mientras se encontraban en custodia de las fuerzas de seguridad. Posterior impunidad y falta de investigación de los hechos.	otros Vs. Honduras, 21/009/06.
USD 12.000,00	Víctimas sobrevivientes que sufrieron tratos crueles, inhumanos y degradantes, con lesiones corporales parcialmente incapacitantes.	Penal Miguel Castro Vs. Perú, 25/11/2006.
USD 10.000,00	Se fijaron en favor de una víctima de violación de derechos humanos que fue condenada a prisión perpetua por hechos cometidos en la niñez y que en los centros de detención sufrió torturas, por estas se lo indemniza en la suma de USD 10.000,00.	Mendoza y otros Vs. Argentina, 14/05/2013
	Hermanas, hermanos, nietas y nietos de dichas víctimas de desaparición forzada y muerte por ejecución extrajudicial.	Gudiel Álvarez Vs. Guatemala, 20/11/12
	El ejército salvadoreño entre el 11 y 13 de diciembre de 1981 en el marco de un operativo militar llamado	Masacre del Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, 25/10/12

	<p>“contrainsurgencia” mató a unas mil personas –gran número de niños-, abusó sexualmente, violó la integridad física de las personas, sus libertades y propiedades. Con la suma de USD 10.000,00 se indemnizó a los familiares de las víctimas ejecutadas.</p>	
	<p>Para los sobrevivientes que son familiares de las víctimas de desaparición forzada en el marco de la destrucción de la comunidad maya de Rio Negro en una serie de masacre entre 1982 y 1982, con particular persecución y eliminación de sus miembros, violación de los derechos de los sobrevivientes y posterior falta de investigación de los hechos.</p> <p>La misma suma se decretó como adicional para los sobrevivientes que fueron reducidos a la esclavitud y servidumbre.</p>	<p>Masacres de Rio Negro Vs. Guatemala, 04/09/12</p>
	<p>Hermanos de tres víctimas de distintas violaciones a sus derechos que van desde ejecución extrajudicial por parte de la Policía de uno de sus hijos a</p>	<p>Uzcátegui y otros Vs. Venezuela, 03/09/12</p>

	<p>la persecución, amenazas, detención y allanamientos ilegítimos, lesiones a la integridad, juicio por difamación y desplazamiento del lugar de residencia de otros dos.</p>	
	<p>Encarcelamiento preventivo en condiciones deficientes, lo que derivó en una merma en la salud que no fue adecuadamente tratada</p>	<p>Díaz Peña Vs. Venezuela, 26/06/12</p>
	<p>Trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. Esta suma se determinó en favor de cada una de las hijas.</p>	<p>AtalaRiffo y niñas Vs. Chile, 24/02/12</p>
	<p>Persecución por parte de la policía venezolana a todo un grupo familiar que derivó en la muerte de algunos de los miembros, con hostigamiento, amenazas, privación de justicia, desplazamiento de la vivienda, allanamientos ilegales con destrucción de bienes de propiedad privada,</p>	<p>Familia Barrios Vs. Venezuela, 24/11/11.</p>

	<p>pese al decreto de medidas de protección de las personas del derecho interno y de medidas provisionales del sistema interamericano. La suma se decretó en favor de once de las personas afectadas.</p>	
	<p>Hermanos de niños víctimas de desaparición forzada de personas con impunidad por más de tres décadas, con la singularidad de pertenecer a tres familias y que en dos de ellas las desapariciones afectaron a dos o tres integrantes del grupo.</p>	<p>Contreras y otros vs. El Salvador, 31/08/11.</p>
	<p>Detención arbitraria, tortura y desaparición forzada de un hermano</p>	<p>Torres Millacura y otros Vs. Argentina, 26/08/11</p>
	<p>Destitución arbitraria de una jueza sin respeto de las garantías mínimas del proceso, mediante resolución carente de motivación adecuada y sin recurso.</p>	<p>Chocrón Vs. Venezuela, 01/07/11.</p>
	<p>Una persona herida de bala recibió trato degradante durante su detención y se le negó atención médica por lo que prosiguió su muerte estando bajo custodia del Estado, a lo que se adiciona la posterior denegación de</p>	<p>Vera Vera y otra. Vs. Ecuador, 19/05/11</p>

justicia.	
Persona privada de un bien por causa de utilidad pública a quien se le deniega justicia y el pago de la indemnización por más de 16 años.	Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, 03/03/2011
Hija de una mujer que sufrió Violación sexual y tortura, con posterior investigación defectuosa y empleo del fuero militar para investigar violaciones de derechos humanos.	Rosendo Cantú y otra Vs. México, 31/08/10.
Para cada una de las hijas mayores de una mujer que sufrió Violación sexual y tortura, con posterior investigación defectuosa y empleo del fuero militar para investigar violaciones de derechos humanos derechos humanos.	Fernández Ortega y otros Vs. México, 30/08/10.
Para un hermano de una activista asesinada con posible participación de miembros del estado y posterior omisión de la investigación.	Kawas Fernández Vs. Honduras, 03/04/09.
Per cápita, para la madre, esposa e hijos (3) de quien fuera detenido ilegalmente, torturado y lesionado en su psiquis, incapacitándolo en un 100%	Bueno Alvez Vs. Argentina, 11/05/07.

	<p>para su oficio y 65% para los restantes.</p>	
	<p>En favor de dos parientes de 10 víctimas de ejecución extrajudicial, como suplemento de lo que les corresponde por el parentesco, por ser quienes se enfrentaron a las irregularidades del proceso y de la investigación.</p>	<p>La Cantuta Vs. Perú, 29/11/06</p>
	<p>En favor de los padres, hijos, cónyuges y parejas de las 40 víctimas mortales en el traslado de un penal en Perú. Una de las familias fue indemnizada con la suma de USD 15.000,00.</p> <p>Con esta misma suma se reparó el daño inmaterial de las personas que sufrieron violencia sexual.</p>	<p>Penal Miguel Castro Vs. Perú, 25/11/06.</p>
	<p>Indemnización per cápita para los hermanos por el daño inmaterial sufrido por la detención ilegal, tortura y desaparición de tres hombres, con posterior impunidad y estigmatización de sus familias.</p> <p>Esta suma, como adicional de la suma ue le corresponde como esposa, se decretó en favor de una mujer que fue detenida por</p>	<p>Goiburú Vs. Paraguay 22/09/06.</p>

	<p>tres años con su marido, en pleno estado de embarazo, debiendo criar a su hija en la cárcel hasta que a los seis meses se la arrebataron sin decirle a quien se la entregaron.</p>	
	<p>Para cada una hija y una hermana de víctima de detención, torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes y posterior ejecución extrajudicial mientras se encontraban en custodia de las fuerzas de seguridad. Posterior impunidad y falta de investigación de los hechos.</p>	<p>Servellón García y otros Vs. Honduras, 21/009/06.</p>
	<p>Para el padre y un hermano de una persona discapacitada mental, en situación de vulnerabilidad por esa razón, que sufrió de tratos crueles, inhumanos y degradantes siendo golpeado hasta morir dentro de una institución de internación para personas con problemas semejantes. Posterior impunidad.</p>	<p>Ximenes López Vs. Brasil, 04/07/06.</p>
	<p>En favor de los padres, parejas e hijos de las víctimas mortales de los para militares colombianos que actuaron con aquiescencia,</p>	<p>Masacres de Ituango Vs. Colombia 1/07/06.</p>

	colaboración y omisión del Estado, causando muerte, despojo de bienes, terror y desplazamientos.	
	Compañera de un hombre detenido por tráfico de estupefacientes en 1997, al que se lo condenó en 2001 por sentencia luego anulada y tras la continuación del proceso estando detenido en 2003 fue absuelto en primera y segunda instancia.	López Álvarez Vs. Honduras, 01/02/06.
	En favor de los padres de las personas desaparecidas en la masacre perpetrada por paramilitares con aquiescencia y colaboración del Estado colombiano.	Masacre Pueblo Bello Vs. Colombia, 31/1/06.
	Indemnización del daño inmaterial en favor de los hermanos de tres hombres detenidos y desaparecidos por dependientes del Estado venezolano cuando se realizaban tareas de reconstitución del orden público tras fuertes lluvias y alud sobre una comunidad.	Blanco Romero y otros Vs. Venezuela, 28/11/2005.
	Dos hombres fueron detenidos por la policía peruana e incomunicados por acusación de terrorismo; la investigación y proceso se llevó a cabo por fiscales y	García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú, 25/11/05.

	<p>jueces sin rostro, con limitaciones en el derecho de defensa. Con pruebas obtenidas ilegalmente y sin hacer lugar a pruebas de la defensa se condenó a 20 y 25 años de prisión sin respetar el derecho interno la CASDH.</p> <p>Los detenidos estuvieron 9 y 13 años en prisión.</p> <p>A la indemnización de USD 40.000,00 se adicionan USD 10.000,00 en favor de Ramírez Rojas por las condiciones y tiempo de su detención. USD 10.000,00 se fijaron como resarcimiento en favor de algunos de sus hermanos.</p>	
	<p>Paramilitares, con aquiescencia o colaboración del Estado, privaron de libertad, torturaron y mataron al menos 49 civiles, destruyeron sus cuerpos y los arrojaron a un río. Esta suma se determinó en favor de cada uno de los ejecutados y desaparecidos por el hecho de ser niños.</p>	<p>Masacre Mapiripan Vs. Colombia, 15/09/2005</p>
	<p>Ataque de las fuerzas armadas de Surinam, causó la masacre de más de 40</p>	<p>Comunidad Moiwana Vs. Surinam, 15/06/05.</p>

	<p>hombres, mujeres y niños. Los sobrevivientes huyeron y vivieron desterrados o desplazados. Posteriormente hubo impunidad. La suma se fijó en favor de cada una de las víctimas.</p>	
	<p>En favor del hijo de una mujer sometida a detención arbitraria, tortura, retención en centro clandestino por ocho días, y forzada a emitir opinión pública mediante un comunicado preparado por sus captores.</p>	<p>Maritza Urrutia Vs. Guatemala, 27/11/03.</p>
	<p>En favor de la madre de una persona ejecutada de conformidad con el derecho interno, en contradicción con CASDH, pese a que la CIDH había dictado una medida provisional en favor de la víctima mortal</p>	<p>HilaireConstantin e y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago, 21/06/02.</p>
	<p>En favor de la esposa de una persona detenida indebidamente durante tres años.</p>	<p>Cesti Hurtado Vs. Perú, 31/05/01.</p>
	<p>Detención de una persona en condiciones de incomunicación por acusación de narcotráfico. Conciben a una hija con su esposa en una celda. Sometimiento a tratos crueles, inhumanos y</p>	<p>Suarez Rosero Vs. Ecuador 20/01/99.</p>

	degradantes. En favor de la hija del detenido.	
	Suma establecida para cada uno de los padres e hijos de una mujer detenida ilegalmente por cuatro años, sometida a agresiones, vejámenes y tratos inhumanos, crueles y degradantes. Violación de los arts. 5, 7, 8 y 25 de la CASDH	Loaysa Tamayo Vs. Perú, 27/11/1998
	Por la desaparición forzada del Sr. Santana.	Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia, 29/01/97.
	Persona detenida ilegalmente por policía militar de Surinam, que luego se suicida durante la detención. La CIDH proporciona una indemnización nominal en el párrafo 70 de la sentencia.	GangaramPanday Vs. Surinam, 21/01/94.

MONTO	HECHOS	CASO
USD 9.000,00	Como suplemento, en razón de estar doce años exiliada, al margen de las indemnizaciones que le correspondieran por el parentesco con alguna de las 10 víctimas de ejecución extrajudicial.	La Cantuta Vs. Perú, 29/11/06
USD	Detención, desaparición	Caso 19

8.500,00	y ejecución de 19 personas por paramilitares con apoyo y autoría intelectual de oficiales del ejército colombiano. En favor de cada una de los hermanos de las personas asesinadas.	Comerciantes Vs. Colombia, 05/07/04.
USD 8.000,00	A favor de los padres, madres e hijos de las 7 personas de origen haitiano que perecieron por el uso excesivo de la fuerza de dependientes de República Dominicana, con posterior impunidad, denegación de justicia, y expulsión del país de los sobrevivientes	NagedeDorzema y otros Vs. República Dominicana, 24/10/12
	En favor de los hijos menores de edad de 10 víctimas de ejecución extrajudicial, como suplemento de lo que les corresponde como hijos, en razón de la niñez.	La Cantuta Vs. Perú, 29/11/06
	Víctimas sobrevivientes que sufrieron tratos crueles, inhumanos y degradantes, con lesiones corporales no incapacitantes.	Penal Miguel Castro Vs. Perú, 25/11/2006.
	Adicional fijado en favor de una mujer detenida con su esposo desaparecido por más de tres años y en favor de la hermana detenida con su hermano	Goiburú Vs. Paraguay 22/09/06.

	<p>desaparecido, debiendo dar a luz en una comisaria, para quedar detenida en su domicilio por dos años y luego de eso volver a ser detenida por otros dos meses.</p>	
	<p>En favor de los padres de las personas muertas en la masacre perpetrada por paramilitares con aquiescencia y colaboración del Estado colombiano.</p>	<p>Masacre Pueblo Bello Vs. Colombia, 31/1/06.</p>
	<p>Parientes –excluyendo padres, hijos, y un hermano que sufrió hostigamientos- de una persona detenida, torturada, lesionada con secuelas permanentes, acusado de extorsión y absuelto en 2002, sin que se hiciera lugar a sus denuncias de tortura, sufrió hostigamiento, aislamiento de su familia, tuvo que dejar su país, y posterior impunidad.</p>	<p>Gutiérrez Soler Vs. Colombia, 12/09/05.</p>
	<p>Hombres armados de las Patrullas de Autodefensa Civil rodearon la comitiva de un periodista y político, y mataron a 4 personas e hirieron a una. En favor de los nietos de las víctimas</p>	<p>Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala, 22/11/2004.</p>

	mortales.	
	<p>Perdida del negocio familiar sin respeto a las garantías judiciales, Art. 8.1, respecto del Sr. Erik Leonardo Chinchilla, cuya muerte no fue imputada al Estado de Guatemala.</p> <p>Con la misma suma se indemnizó la violación a la libertad personal del Sr. Augusto Angárita Ramírez y la del Sr. Oscar Vázquez quien también fue víctima de lesiones a su integridad física.</p>	Paniagua Morales y otros Vs. Guatemala, 25/05/01

MONTO	HECHOS	CASO
USD 7.000,00	Padres de un hombre detenido por tráfico de estupefacientes en 1997, al que se lo condenó en 2001 por sentencia luego anulada y tras la continuación del proceso estando detenido en 2003 fue absuelto en primera y segunda instancia.	López Álvarez Vs. Honduras, 01/02/06.
USD 6.000,00	En favor de las personas que perdieron su vivienda a causa del accionar de paramilitares colombianos.	Masacres de Ituango Vs. Colombia 1/07/06.
USD 6.000,00	En favor de cada uno de los padres de una mujer sometida a detención arbitraria, tortura, retención	Maritza Urrutia Vs. Guatemala, 27/11/03.

	en centro clandestino por ocho días, y forzada a emitir opinión pública mediante un comunicado preparado por sus captores.	
USD 5.000,00	Por la imposición de pena perpetua a sus hijos por hechos que cometieron siendo todavía niños, en favor de cinco madres.	Mendoza y otros Vs. Argentina, 14/05/2013
	A favor de los hermanos y abuelos de las 7 personas de origen haitiano que perecieron por el uso excesivo de la fuerza de dependientes de República Dominicana, con posterior impunidad, denegación de justicia, y expulsión del país de los sobrevivientes	NagedeDorzema y otros Vs. República Dominicana, 24/10/12
	Sobrino de tres víctimas de distintas violaciones a sus derechos que van desde ejecución extrajudicial por parte de la Policía de uno de sus hijos a la persecución, amenazas, detención y allanamientos ilegítimos, lesiones a la integridad, juicio por difamación y desplazamiento del lugar de residencia de otros dos.	Uzcátegui y otros Vs. Venezuela, 03/09/12
	Persecución por parte de la policía venezolana a todo un grupo familiar que	Familia Barrios Vs. Venezuela, 24/11/11.

	<p>derivó en la muerte de algunos de los miembros, con hostigamiento, amenazas, privación de justicia, desplazamiento de la vivienda, allanamientos ilegales con destrucción de bienes de propiedad privada, pese al decreto de medidas de protección de las personas del derecho interno y de medidas provisionales del sistema interamericano. La suma se decretó en favor de veinticuatro familiares de las personas afectadas o afectados indirectos.</p>	
	<p>Para cada uno de los padres y la hija menor de una mujer que sufrió Violación sexual y tortura, con posterior investigación defectuosa y empleo del fuero militar para investigar violaciones de derechos humanos.</p>	<p>Fernández Ortega y otros Vs. México, 30/08/10.</p>
	<p>Detención arbitraria, tortura y desaparición forzada de un hermano</p>	<p>Torres Millacura y otros Vs. Argentina, 26/08/11</p>
	<p>Para dos hermanos de una activista asesinada con posible participación de miembros del estado y posterior omisión de la investigación.</p>	<p>Kawas Fernández Vs. Honduras, 03/04/09.</p>

	<p>Per cápita para los hermanos de las dos víctimas de ejecución extrajudicial.</p>	<p>Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú, 10/07/07.</p>
	<p>Per cápita para los hermanos de la víctima de ejecución extrajudicial de persona, privada de las garantías y protección judicial.</p> <p>Este asesinato se llevó a cabo en el marco de un patrón de violencia contra los pueblos indígenas. La víctima tenía el cargo de Cabildo gobernador de un resguardo indígena.</p>	<p>Escue Zapata Vs. Colombia, 04/07/07.</p>
	<p>Como suplemento por la calidad de niños de las víctimas mortales de la masacre</p>	<p>Masacres de Ituango Vs. Colombia 1/07/06.</p>
	<p>Como suplemento en favor de los niños que fueron muertos o desaparecidos.</p>	<p>Masacre Pueblo Bello Vs. Colombia, 31/1/06.</p>
	<p>Paramilitares, con aquiescencia o colaboración del Estado, privaron de libertad, torturaron y mataron al menos 49 civiles, destruyeron sus cuerpos y los arrojaron a un río. Esta suma se determinó en favor de los familiares de las víctimas que fueran niños al momento del hecho.</p>	<p>Masacre Mapiripan Vs. Colombia, 15/09/2005</p>

	<p>Secuestro de dos niñas durante operaciones militares y desaparición. A lo que se suma la falta de investigación sobre los hechos. Suma proporcionada en favor de los hermanos de las víctimas.</p>	<p>Caso de las hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, 01/03/2005.</p>
	<p>Ejecución extrajudicial de una mujer durante un operativo de inteligencia militar llevado a cabo por el Estado Mayor Presidencial y tolerado por distintas autoridades del país, en respuesta a publicaciones de un comunicado en el que erróneamente se le atribuyó participación. En favor de los hermanos de la víctima directa.</p>	<p>Myrna Mck Chang Vs. Guatemala, 25/11/03.</p>
	<p>Detención arbitraria, tortura y ejecución extrajudicial por parte del ejército de honduras. En favor de los hermanos y medio hermanos.</p>	<p>Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras, 07/06/03.</p>
	<p>37 víctimas de homicidio o desaparición, y de lesiones a la integridad psicofísica, algunos menores de edad. Esta suma se cuantificó en favor de los niños, por su calidad de tales, y de los hermanos de las víctimas mortales.</p>	<p>Caso del Caracazo Vs. Venezuela, 29/08/02.</p>

	Captura y desaparición forzada de persona. En favor de una media hermana de la persona desaparecida.	Bámaca Velázquez Vs. Guatemala, 22/02/02.
	En favor de un hermano de una persona detenida y sometida a reclusión, hostilidades, tratos crueles, inhumanos y degradantes, sin el debido proceso, durante 4 años, 4 meses y 19 días. Este hermano en particular fue víctima de persecución y hostigamiento.	Cantoral Benavides Vs. Perú, 3/12/01.
	En favor de los hijos de una persona detenida ilegítimamente por tres años.	Cesti Hurtado Vs. Perú, 31/05/01.
	Para el padre, hermana y cuñada de la Sra. Ana Elisabeth Paniagua Morales, detenida ilegalmente, torturada y muerta. La suma de la hermana –que es mayor a la de los demás hermanos del caso- se justifica en el vínculo y convivencias acreditadas y la de la cuñada en base a la participación permanente en la búsqueda de la desaparecida.	Paniagua Morales y otros Vs. Guatemala, 25/05/01
	Per cápita, por detención ilegal y desaparición de un hermano para los hermanos de los	Garrido Baigorria Vs. Argentina, 27/08/1998

	Sres. Baigorria y Garrido	
--	---------------------------	--

MONTO	HECHOS	CASO
USD. 4.000,00	Víctimas sobrevivientes que sufrieron tratos crueles, inhumanos y degradantes, sin lesiones corporales ni incapacidades.	Penal Miguel Castro Vs. Perú, 25/11/06.
USD 4.000,00	En reparación de quienes fueron forzados por los paramilitares colombianos a transportar personalmente ganado.	Masacres de Ituango Vs. Colombia 1/07/06.
USD 4000,00	Hijos de un hombre detenido por tráfico de estupefacientes en 1997, al que se lo condenó en 2001 por sentencia luego anulada y tras la continuación del proceso estando detenido en 2003 fue absuelto en primera y segunda instancia.	López Álvarez Vs. Honduras, 01/02/06.
USD 3.500,00	En reparación del daño inmaterial de quienes perdieron su ganado.	Masacres de Ituango Vs. Colombia 1/07/06.
UDS 3.000,00	Por la imposición de pena perpetua a un hijo y a un nieto por hechos que cometieron siendo todavía niños, en favor de un padre y una abuela. Se determinaron USD 3.500. La misma suma se determinó por la falta de investigación de la muerte de uno de los condenados,	Mendoza y otros Vs. Argentina, 14/05/13

	ocurrida dentro del establecimiento penitenciario.	
	Per cápita, para los hijos de una persona torturada, sometida a tratos crueles y degradantes, separada de su familia por tener que ocultarse y exiliarse, quedando impedido de ejercer su profesión de abogado de derechos humanos. Además sufre de secuelas físicas: pérdida de un oído y de la capacidad de un brazo.	Fleury y otros Vs. Haití, 23/11/11
	Falta en proporcionar a un grupo de ahorristas del Banco de Montevideo una audiencia imparcial para sus reclamos ante la Comisión Asesora creada en virtud de la Ley 17.613 Ley de Reforma del Sistema Financiero o ante el Tribunal [de lo] Contencioso Administrativo en relación con la transferencia de sus fondos del Banco de Montevideo [...] al Trade and Commerce Bank [en las Islas Caimán] sin consultarles, [así como] la falta en proporcionar a las [presuntas] víctimas un recurso sencillo y rápido	Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay, 13/10/11
	Como suplemento, en razón de estar un año y nueve	La Cantuta Vs. Perú, 29/11/06

	<p>meses exiliado, al margen de las indemnizaciones que le correspondieran por el parentesco con alguna de las 10 víctimas de ejecución extrajudicial.</p>	
	<p>Para cada uno de los hermanos de un niño de quince años que fue reclutado en el ejército y que falleció de un disparo dentro del cuartel.</p>	<p>Vargas Areco Vs. Paraguay. 26/09/06</p>
	<p>Como adicional para los familiares de las víctimas que instaron la investigación y proceso penal que fue objeto de irregularidades; y, para el niño que naciera durante la detención de su madre, que pasara los primeros años de su vida privado de la libertad y fuera posteriormente expulsado del país.</p>	<p>Goiburú Vs. Paraguay 22/09/06.</p>
	<p>En favor de 5 titulares de pensiones modificadas ilegítimamente que obtuvieron sentencia judicial favorable y fueron desconocidas por el Estado.</p>	<p>Caso “Cinco pensionistas” Vs. Perú, 28/02/03.</p>
	<p>En favor de un hermano de una persona detenida y sometida a reclusión, hostilidades, tratos crueles, inhumanos y degradantes, sin el debido proceso, durante 4 años, 4 meses y 19 días.</p>	<p>Cantoral Benavides Vs. Perú, 3/12/01.</p>

	Indemnización del daño inmaterial de los hermanos de cinco jóvenes detenidos clandestinamente de forma forzada, aislados, tratados con agresión extrema, maltratados y torturados física y mentalmente y luego asesinados.	Niños de la Calle Vs. Nicaragua, 26/05/01
	Violación al derecho a la libertad del Doris Torres Gil y Marco Antonio Montes	Paniagua Morales y otros Vs. Guatemala, 25/05/01
	En diciembre de 1990 se despidieron a 270 empleados públicos que habían participado en una manifestación por reclamos laborales. Durante los procedimientos de quejas y demandas se vulneró la protección judicial y el debido proceso.	Baena Ricardo Vs. Panamá, 02/02/01.
	Suma establecida para cada uno de los hermanos de una mujer detenida ilegalmente por cuatro años, sometida a agresiones, vejámenes y tratos inhumanos, crueles y degradantes. Violación de los arts. 5, 7, 8 y 25 de la CASDH	Loaysa Tamayo Vs. Perú, 27/11/98

MONTO	HECHOS	CASO
-------	--------	------

USD 2.500,00	Para el marido de una mujer que sufrió Violación sexual y tortura, con posterior investigación defectuosa y empleo del fuero militar para investigar violaciones de derechos humanos derechos humanos.	Fernández Ortega y otros Vs. México, 30/08/10.
USD 2.500,00	En favor de las víctimas de la masacre que acrediten daños en su integridad	Masacres de Ituango Vs. Colombia 1/07/06.
USD 2.000,00	Privación perpetua de la libertad para cinco personas por hechos cometidos durante la niñez. La suma corresponde exclusivamente a la imposición de la pena, por otras circunstancias se fijaron sumas aparte por cada caso en particular	Mendoza y otros Vs. Argentina, 14/05/13
UDS 2.000,00	Incumplimiento parcial de una sentencia del Tribunal Constitucional de Perú que ordenó actualizar las remuneraciones del personal cesanteado y jubilado de conformidad con los salarios trabajadores en actividad, con retroactividad. El estado actualizó los salarios de los beneficiarios de la sentencia desde noviembre de 2002, pero no dio cumplimiento a la restitución de las sumas adeudadas desde abril de 1993	Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú, 01/07/09.

	a octubre de 2002.	
USD 2.000,00	En favor de los sobrevivientes de la masacre que acrediten su calidad de niños	Masacres de Ituango Vs. Colombia 1/07/06.
USD 2.000,00	En favor de mujeres embarazadas al momento de la masacre (una madre de víctima desaparecida o asesinada y compañeras de otros).	Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia 31/01/2006.
USD 1.500,00	Para cada uno de los trabajadores peruanos que se vieron desfavorecidos por la aplicación retroactiva de dos decretos, pese a que la Constitución política prohíbe la aplicación retroactiva de la ley con excepción de la materia penal y en favor del reo.	Abril Alosilla y otros Vs. Perú, 04/03/11.
	En favor de los hermanos de las víctimas mortales de la masacre	Masacres de Ituango Vs. Colombia 1/07/06.

MONTO	HECHOS	CASO
USD 1.000,00	Por la imposición de pena perpetua a quienes fueran sus parejas, por hechos que cometieron siendo todavía niños, en favor de la pareja actual de un condenado y la ex pareja de otro. Son USD 1500.	Mendoza y otros Vs. Argentina, 14/05/2013
	En favor de los hermanos de las 40 víctimas mortales en	Penal Miguel Castro Vs. Perú,

	<p>el traslado de un penal en Perú. Los hermanos de una de las víctimas fueron indemnizados con la suma de USD 1.200,00.</p>	<p>25/11/06.</p>
	<p>Para cada uno de los hermanos de las 37 víctimas mortales de del retén de Catia, ejecutadas extrajudicialmente sin garantías ni protección judicial.</p>	<p>Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela, 05/07/06.</p>
	<p>Hermanos de un hombre detenido por tráfico de estupefacientes en 1997, al que se lo condenó en 2001 por sentencia luego anulada y tras la continuación del proceso estando detenido en 2003 fue absuelto en primera y segunda instancia.</p>	<p>López Álvarez Vs. Honduras, 01/02/06.</p>
	<p>En favor de cada uno de los hermanos y un primo de una mujer sometida a detención arbitraria, tortura, retención en centro clandestino por ocho días, y forzada a emitir opinión pública mediante un comunicado preparado por sus captores.</p>	<p>Maritza Urrutia Vs. Guatemala, 27/11/03.</p>
	<p>Suma genérica por la indemnización del daño inmaterial sufrido por los hermanos de las personas detenidas ilegalmente, torturadas y asesinadas.</p>	<p>Paniagua Morales y otros Vs. Guatemala, 25/05/01</p>

MONTO	HECHOS	CASO
USD 500,00	Hermanos de las víctimas de la masacre perpetrada por un grupo de paramilitares con aquiescencia y colaboración del Estado colombiano. Tuvo por resultado 37 desapariciones forzadas y seis víctimas fatales.	Masacre Pueblo Bello Vs. Colombia, 31/1/06.

MONTO	HECHOS	CASO
Euros 82.500,00	Ciudadano francés detenido sin causa en Ecuador, con una prolongación de la medida violatoria del derecho interno. Además, las condiciones de detención eran inhumanas, se sometió a la persona a torturas que causaron consecuencias físicas y psíquicas.	Tibi Vs. Ecuador, 07/09/04
Euros 57.995,00	En favor de la ex pareja del Sr. Tibi.	
Euros 37.282,00	Per cápita, en favor de la hija y dos hijastros del Sr. Tibi.	
Euros 12.427,00	En favor de un hijo del Sr. Tibi.	

Anexo II

Montos indemnizatorios del daño moral determinados por la CSJN.

MONTO	HECHOS	CASO	Valor en USD al día (venta)
Pesos 550.000	Niño que se accidentó al lanzarse de unas torres que el municipio de Puerto Madryn construyó en la playa –a modo de trampolines- que por su diseño fueron calificados como cosas riesgosas ya que con la bajamar no podía advertirse la poca profundidad del agua. El hecho causó cuadriplejía entre otras secuelas de gran incapacidad.	Pose, José D. c/ Provincia de Chubut y otra, 01/12/1992	USD 550.000

MONTO	HECHOS	CASO	Valor en USD al día (venta)
Pesos 320.000	Impacto de bala antitumulto en un ojo, que causó la pérdida de la visión en un ojo.	Molina, Alejandro Agustín c. Santa Fe, Provincia de y otros s/ daños	USD 74.245,94

		y perjuicios, 20/12/2011.	
--	--	------------------------------	--

MONTO	HECHOS	CASO	Valor en USD al día (venta)
Pesos 300.000	Operario embestido por un vehículo de propiedad de la demandada, sufriendo como consecuencia la pérdida de la capacidad motriz de ambas piernas (paraplejía), pérdida de control de esfínteres (con aplicación de zonda permanente) e infecciones y flemones urinarios.	I. A., A. c. Tribunal de Cuentas de la Provincia de Formosa, 19/08/1999.	USD 300.000
	Muerte de una mujer de 35 años de profesión veterinaria por impacto de una hélice de la aeronave en que viajaba, al descender de la misma. La suma se fijó en favor de su hijo.	Saber, Giro A. c. Provincia de Río Negro y otros, 09/11/2000.	USD 300.000

MONTO	HECHOS	CASO	Valor en
-------	--------	------	----------

			USD al día (venta)
Pesos 250.000	Muerte de una mujer de 35 años de profesión veterinaria por impacto de una hélice de la aeronave en que viajaba, al descender de la misma. La suma se fijó en favor del marido.	Saber, Ciro A. c. Provincia de Río Negro y otros, 09/11/2000.	USD 250.000
	Accidente de tránsito que ocasiona incapacidad física del 45% y secuela psíquica irreversible a la actora y muerte del marido.	Camargo, Martina y otros c/ San Luis, Provincia de y otra s/ daños y perjuicios, 21/05/2002.	USD 68.493,15

MONTO	HECHOS	CASO	Valor en USD al día (venta)
Pesos 200.000	Persona detenida durante nueve meses, siendo que posteriormente fue absuelto en sede penal.	Lema, Jorge Héctor c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios, 20/03/2003.	USD 64.102,56

MONTO	HECHOS	CASO	Valor en USD al día (venta)

Pesos 150.000	Fallecimiento de un hombre en un accidente aéreo –el avión se precipitó al agua- causando la muerte de la mayoría de los pasajeros. La suma se fijó per cápita para la esposa y cada uno de los hijos.	Ferrari de Grand, Teresa H. M. y otros c. Provincia de Entre Ríos y otros, 24/08/2006.	USD 48.231,51
------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------	------------------

MONTO	HECHOS	CASO	Valor en USD al día (venta)
Pesos 120.000	Muerte de una mujer de 35 años de profesión veterinaria por impacto de una hélice de la aeronave en que viajaba, al descender de la misma. La suma se fijó en favor de la madre.	Saber, Ciro A. c. Provincia de Río Negro y otros, 09/11/2000.	USD 120.000

MONTO	HECHOS	CASO	Valor en USD al día (venta)
Pesos 110.000	Muerte de una mujer de 35 años de profesión veterinaria por impacto de una hélice de la aeronave en que viajaba, al	Saber, Ciro A. c. Provincia de Río Negro y otros, 09/11/2000.	USD 110.000

	descender de la misma. La suma se fijó en favor del padre.		
--	------------------------------------------------------------	--	--

MONTO	HECHOS	CASO	Valor en USD al día (venta)
Pesos 100.000	En favor de cada uno de los hijos de un hombre fallecido en un accidente de tránsito.	Camargo, Martina y otros c/ San Luis, Provincia de y otra s/ daños y perjuicios, 21/05/2002.	USD 27.397,26
	Colisión en una ruta entre un vehículo y un caballo que se cruzó en el camino; producto del impacto fallece el esposo de la actora, que, a su vez, sufrió lesiones físicas.	Bianchi, Isabel Carmen Pereyra de c/ Buenos Aires, Provincia de y Camino S.A. y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente” s/ daños y perjuicios, 07/11/2006	USD 33.948,88

MONTO	HECHOS	CASO	Valor en USD al día (venta)
Pesos	Colisión en una	Bianchi,	USD

70.000	ruta entre un vehículo y un caballo que se cruzó en el camino; producto del impacto fallece el y padre de los actores. La suma se fija en favor de cada uno de los dos hijos menores de edad.	Isabel Carmen Pereyra de c/ Buenos Aires, Provincia de y Camino S.A. y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente” s/ daños y perjuicios, 07/11/2006	22.364, 21
	Fallecimiento de una persona a causa de una riña carcelaria en dependencias penitenciarias de la Provincia de Buenos Aires.	Gatica, Susana Mercedes c/ Buenos Aires, Provincia de, 22/12/2009.	USD 18.134,72

MONTO	HECHOS	CASO	Valor en USD al día (venta)
Pesos 50.000	Asistente a un partido de fútbol que recibió impactos de perdigones de goma en distintas partes del cuerpo, junto a otras lesiones no incapacitantes.	Migoya, Carlos Alberto c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios, 20-12-2011; T. 334 P. 1821.	USD 11.655,011

MONTO	HECHOS	CASO	Valor en USD al día (venta)
Pesos 40.000	Durante un operativo policial se hirió con una bala a una mujer que circunstancialmente pasaba por el lugar en un remis, causándole un 5% de incapacidad por disminución de la aptitud de una zona del pulmón izquierdo.	Mochi, Ermanno y otra c/ Buenos Aires, Provincia de s/daños y perjuicios, 20/03/2003	USD 12.820,51

MONTO	HECHOS	CASO	Valor en USD al día (venta)
Pesos 28.000	Persona herida por el impacto de un objeto contundente en las adyacencias de un estadio de fútbol mientras se realizaba un partido. Se le causó una herida en el rostro a la altura del ojo izquierdo y la disminución progresiva de la visión	Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios, 6/03/2007	USD 8.917,20

MONTO	HECHOS	CASO	Valor en USD al día (venta)

<p>Pesos 20.000</p>	<p>Mala praxis en la que incurrió un médico dependiente de la Provincia de la Pampa que olvidó un oblitio de gaza de 20 x 20 centímetros en el cuerpo del actor tras una operación, causando daño en la salud, la extracción por nueva cirugía y tratamientos con medicación y curaciones.</p>	<p>Bustos, Ramón Roberto c/ La Pampa Provincia de y Otro S/ Daños y perjuicios, 11/07/2006</p>	<p>USD 6.430,87</p>
	<p>Suma en favor de la abuela, por la muerte de un niño en una Comisaría de la localidad bonaerense de Merlo, a causa de un disparo de un joven cadete que practicaba allí para terminar su formación como oficial de la Policía de la Provincia de Buenos Aires.</p>	<p>Frida Gómez Orue de Gaete y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otras, 09/12/1993.</p>	<p>USD 20.000.</p>

MONTO	HECHOS	CASO	Valor en USD al día (venta)
Pesos	Una mujer	Baeza,	USD

15.000,00	recibió un impacto de bala de un arma de un policía de la Provincia de Buenos Aires en una estación de subterráneo, con 5% de incapacidad.	Silvia Ofelia c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios, 12-04-2011; T. 334 P. 376	3.699,14
	A cada una de las tres personas detenidas por un año y tres meses, siendo que posteriormente se las declaró absueltas en sede penal.	Andrada, Roberto Horacio y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios, 5/09/2006.	USD 4.823,15

MONTO	HECHOS	CASO	Valor en USD al día (venta)
Pesos 12.000,00	Una mujer recibió un disparo de bala por parte de un efectivo de la Policía de la Provincia de Buenos Aires mientras caminaba en una estación de subterráneo de la ciudad de Buenos Aires.	Bottino, Marcela Amanda c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios, 12/04/2011.	USD 2.941,18

MONTO	HECHOS	CASO	Valor en USD al
-------	--------	------	-----------------

			día (venta)
Pesos 9.000,00	Niño de 13 años detenido por averiguación de antecedentes sufre cortes y heridas en la cara y cráneo por el derrumbe del techo del comedor de la Comisaría a causa de la acción de termitas.	"Martínez, Diego Daniel c/ Corrientes, Provincia de s/ daños y perjuicios", 29/04/1998.	USD 9.000,00

MONTO	HECHOS	CASO	Valor en USD al día (venta)
Pesos 5.000	Se inhabilitó para realizar operaciones bancarias a una persona porque emplearon el D.N.I. que había pedido y que se extravió en dependencias estatales para obtener chequeras ante instituciones bancarias, cuyos cheques se libraron sin fondos.	Serradilla, Raúl Alberto c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios, 12/07/2007.	USD 1.589,83

MONTO	HECHOS	CASO	Valor en USD al día (venta)
Pesos	Deterioro de	GoldsteinMo	USD

1.500	dos obras artísticas realizadas por la actora y destrucción de otra por parte de dependientes de la Provincia de Santa Cruz.	nica c/ Santa Cruz Provincia de s/ Daños y perjuicios, 23/12/2004.	503, 36.
-------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------	----------

Anexo III

Montos indemnizatorios del daño moral determinados por la CSJ de Mendoza.

MONTO	HECHOS	CASO	Valor en USD al día (venta)
Pesos 200.000	Contagio de HIV en un Hospital Público a una mujer de 30 años, madre, que debió tratarse por ocho años, sabiendo que estaba condenada a muerte. La CSJ de Mendoza, Sala I, dijo que no era arbitrario el monto fijado en la sentencia del Tribunal ad quem.	Fiscalía de Estado en J: Camargo de Aguirre Obra Social de Empleados Públicos daños y perjuicios - inconstitucionalidad – casación, Expte. 69469, 12/12/2000.	USD 200.000

MONTO	HECHOS	CASO	Valor en USD al día (venta)
Pesos 60.000	Para cada uno de los padres, por la dilación indebida de la justicia en un caso penal sobre la desaparición de su hijo de 17 años de edad. El proceso duró 20 años y la SCJ de Mendoza entendió que la dilación fue de al menos 15 años.	Garavaglia Oscar R. y otra en j° 8.428/113.198 Garavaglia Oscar y otra - c/ Provincia de Mendoza p/ ordinario s/ inc. cas., expte.: 92929, 19/02/2009.	USD 16.853,93

MONTO	HECHOS	CASO	Valor en USD al día (venta)
Pesos 35.000	Decretados en favor de un joven de 24 años que fue detenido sin razón por 8 meses, causándole, también, secuela psíquica.	Gobierno de la Provincia de Mendoza en J° 141.497/8748 Ríos, Gustavo Manuel - c/ Provincia de Mendoza p/ daños y perjuicios s/ incidente, expte.: 85487, 31/07/2006.	USD 11.254,01

MONTO	HECHOS	CASO	Valor en USD al día (venta)
Pesos 30.000	Muerte de la hermana conviviente del reclamante, que a los 22 años perdió toda su familia nuclear.	Zonca Roberto Ángel en j 10.388/106.963 Zonca Roberto a. c/ Cesar Rodriguez Ruiz y Coop. de Seguros p/ d. y p. s/ cas., expte. 98009, 07/09/2010.	USD 7.518,79
	En favor de una niña de 12 años por el fallecimiento de su padre. Como se distribuyó la responsabilidad en el hecho, finalmente, la actora, cobró el 70% de esa suma: \$21.000.	Canovas María Cristina p/ su H.M. en j° 33.145/31.100 Canovas María c. p/ su H.M. Elena E. Sánchez - c/ Cortez Miguel Ángel y ots. p/ acc. trans. s/ inc., expte.: 87287, 29/05/2007.	USD 9.523,80 (USD 6.666,67 finales).
	Publicación en distintos medios de comunicación masiva de las expresiones	Mendoza 21 S.A. y otros en J° 152.393/36.005 Monteagudo, María - Mendoza 21 y otros ord. p/	USD 10.033,44

	vertidas en comunicaciones telefónicas de la actora.	d. y p. s/ inc. cas, expte.: 79441, 29/12/2004.	
	En favor de la madre, por la muerte accidental de un trabajador de 31 años, que convivía con ella y aportaba económicamente al hogar.	Expreso Lujan de Cuyo s.a. en j° 30.724 Fluixa de Rodriguez Y.B. - Expreso Lujan de Cuyo S.A. p/acc. s/inc. - cas, expte.: 73967, 01/03/2004.	USD 10.101,01

MONTO	HECHOS	CASO	Valor en USD al día (venta)
Pesos 25.000	Persona acusada de un delito, detenida irregularmente en prisión preventiva por 20 días.	Murua Rivero Alejandro Martin en j 33.491/32.441 Murua Alejandro Martin c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ d. y p. (excepc. de alquileres) s/ inc., Expte: 100831, 22/06/2012.	USD 5.470,50

MONTO	HECHOS	CASO	Valor en USD al
-------	--------	------	-----------------

			día (venta)
Pesos 15.000	Accidente de trabajo que tuvo por consecuencia la pérdida de la última falange del dedo pulgar.	Rodriguez, Manuel en J° 8876 Rodriguez M.A. c/ Aldo Monteverdi C.C. S.A. y ot. p/acc. s/ inc. cas.” y su acumulado n° 78061 “la segunda A.R.T. S.A. en j° 8876 Rodriguez M.A. - c/ Aldo Monteverdi c.c. S.A. y ot. p/acc. s/ Rec. Inc, expte.: 78059, 15/06/2007.	USD 4.792,33
	En accidente de tránsito se lesionó a la actora –que había sido reina de la vendimia de su distrito-, dejándole una pierna 5 cm más corta que la otra con cojera e incapacidad.	Casado, Celeste Z. en J: Casado, Celeste Vélez, Norberto y otros daños y perjuicios - inconstitucionalidad expte. 68823, 28/12/2000	USD 15.000

MONTO	HECHOS	CASO	Valor en USD al día (venta)
Pesos 7.182,54	Trabajador afectado con el 28,31% de incapacidad con 50	Boston cía. Argentina de seguros S.A. en J° 30.066 “Cruz,	USD 2.294,74

	años al momento del accidente.	Antonio H. - c/Pride Internacional S.R.L. p/enf. acc.” s/inc., expte.: 90769, 11/06/2008	
--	--------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

MONTO	HECHOS	CASO	Valor en USD al día (venta)
Pesos 6.000	En favor de un niño que en un accidente de tránsito sufrió politraumatismos y debió quedar internado en observación.	Benavente Segura, Martín, por sí y por KB en J° 39.230/124.470 Benavente Segura por sí y por su hijo menor KB - c/ Masera Pascual p/ daños y perjuicios s/ inc. cas., expte.: 90979, 11/04/2008.	USD 1.869,15

MONTO	HECHOS	CASO	Valor en USD al día (venta)
Pesos 4.000	Imputación a un empleado de la administración de la sustracción de un taladro que no estaba inventariado,	Negre, Pablo - c/ Municipalidad de San Martín s/ acción procesal administrativa, expte. 82465,	USD 1.298,70

	llevándolo a un sumario administrativo y juicio por siete años con afectación emocional y social dentro del trabajo.	09/09/2008.	
	Para cada uno de los hijos, por la muerte del padre no conviviente, que residía distante de sus hijos –todos mayores de edad-.	Pereyra Vda. de Vargas, Paulina y ots. en J: Pereyra Vda. de Vargas Paulina y ots. Otoniel Gómez y ots. daños y perjuicios - inconstitucionalidad – casación, expte.: 70867, 21/11/2001.	USD 4.000

MONTO	HECHOS	CASO	Valor en USD al día (venta)
Pesos 3.000	Una entidad municipal, por error, mandó a cremar y a depositar las cenizas en un depósito común. El juez ponderó la tardanza de la familia (4 años desde vencida la concesión), el retraso en el pago de	Pajares Fernando y otro en j. 84.548/11.339 Pajares Fernando Elias y otro c/ Municipalidad de la ciudad de Mendoza p/ daños y perjuicios s/ inc. cas., expte.: 95625, 11/03/2010.	USD 767,26

	las tasas y el incumplimiento de las refinanciaciones. Por ello disminuye la suma de \$10.000 de la primera instancia.		
	En favor de la víctima de un accidente que sufrió lesiones físicas de escasa gravedad sin secuelas que afecten su normal vida.	Villa Guillermo en J.: Villa G. Dominguez Antonio daños y perjuicios – inconstitucionalidad, Expte.: 59463, 23/10/1996.	USD 3000

Referencias Bibliográficas.

Libros.

AA.VV; Estudios de Derecho Civil en Homenaje a Héctor Lafaille Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1968.

AA.VV, Daños, Buenos Aires, Ediciones Deplama, 1991.

AA.VV, Estudios sobre Daño Moral, Buenos Aires, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie IV, Instituto de Derecho Civil, Número 5, 1998.

AA.VV; Daño moral y persona jurídica, Derecho de daños, Trigo Represas, Félix; Stiglitz, Rubén S., Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 2000, Primera Parte.

AA.VV; Tratado de la Responsabilidad Civil, Reglero Campos, Fernando (Coord.), 3ra. Ed., Pamplona, España, Thomson – Aranzadi, 2006.

AA.VV.;Abuso de Derecho y Otros Estudios: En homenaje a Abel M. Fleitas, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992.

AA.VV.;Revista de Derecho de Daños, Vol 6. Daño moral, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1999.

AbeliukManasevich, R.; Las obligaciones, (4a Ed.), Editorial Dislexia Virtual, 2004.

Abrevaya, Alejandra D.; El Daño y su Cuantificación Judicial, 1a ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

Alterini, Atilio Aníbal; Roberto M. López Cabana (Directores), La Responsabilidad - Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg,Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Alterini, Atilio Aníbal; Responsabilidad Civil - límites a la Reparación Civil, 2a ed., 3a Reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Barrientos Zamorano, Marcelo;El Resarcimiento por daño moral en España y Europa, Salamanca, Ratio Legis Librería Jurídica, 2007.

Borda, Guillermo A.; Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, 9ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2008.

Brebbia, Roberto H.; El daño moral, Rosario, 2da. Ed., Orbir, 1967.

Bueres, Alberto J.; Derecho de Daños, Buenos Aires, Hammurabi, 2001.

Bueres, Alberto J.; Derecho de daños, Buenos Aires, Hamurabi, José Luis de Palma Editor, 2001.

Bustamante Alsina, Jorge; Teoría General de la Responsabilidad Civil, 9na Ed. Ampliada y Actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997

Carneiro, María Francisca; Método de valuación del daño moral - De los lenguajes al derecho-, Buenos Aires, Hamurabi, 2001.

Cazeaux, Pedro N.; Trigo represas, Félix A., Cazeaux, Pedro N. (Actualizador); Derecho de las Obligaciones, 4ª ed. Aumentada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2010.

Ciclo de mesas redondas desarrollado durante 1999 en homenaje al profesor doctor Marco Aurelio Risolía; Análisis del proyecto de Código civil de 1998, Buenos Aires, Edición del Colegio de Escribanos de la Capital federal, 2000.

Colmo, Alfredo; De Las Obligaciones en General, 3a ed. Ampliada y corregida con anotaciones postumas del autor, ordenadas bajo la dirección de Ricardo Novillo Astrada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961.

Diez Picazo, Luis; Derecho de daños, Madrid, España, Civitas.

Diez Picazo, Luis; Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Madrid, Editorial Tecnos (grupa Anaya S.A.), 1970.

Diez Picazo, Luis; Gullón, Antonio; Sistema de Derecho Civil, Madrid, Editorial Tecnos (grupa Anaya S.A.), 2005.

Ekmekdjian, Miguel Á; Manual de la Constitución argentina, 3ra ed., Buenos Aires, Depalma, 1997

Fernández Madero, Jaime; Derecho de Daños, Buenos Aires, La Ley, 2002.

Fischer, Hans A.; Trad. W. Roces Los Daño Civiles y su reparación, Madrid, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Serie B. - Vol V, 1928.

Frapazzo Soares, Flaviana; Responsabilidad Civil Por Dano Existencial, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2009.

Gamboa Bernate, Juan Fernando; Tasación del daño; Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, 1996.

Germán J. Bidart Campos; Manual de la Constitución Reformada, 3ra reimpr., Buenos Aires, EDIAR, 2002.

Gherzi, Carlos A.; Daño moral y psicológico, 3ra. Ed. Actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2006.

Gherzi, Carlos Alberto (Director); Weingarten Celia (Coordinadora); Tratado de Daños Reparables, Buenos Aires, La Ley, 2008.

Gherzi, Carlos Alberto; Teoría general de la reparación de daños, 2a ed. Actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999.

Goldenberg, Isidoro; Indemnización por Daños y Perjuicios - Nuevos Perfiles Desde La Óptica De La Reparación, Buenos Aires, Hamurabi - José Luis de Palma Editor, 1993.

Gonçalves, Carlos Roberto; Responsabilidade Civil, 7ma ed., São Paulo, Brasil, Editora Saraiva.

Iribarne, Héctor Pedro; De los daños a la persona, 1ra. Reimpresión corregida, Buenos Aires, EDIAR, 1995.

Kobets, Yacov; Xopa, Roldán Xopa, José; Reparación del Daño Moral, México, Editorial Porrúa, 2007.

Lafaille, Héctor; Bueres, Alberto J.; Mayo, Jorge A., (Actualizadores); Tratado de las Obligaciones, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2009.

Llambías, Jorge Joaquín; Estudio de la Reforma del Código Civil Ley 17.711, Buenos Aires, Revista de Jurisprudencia Argentina S.A., 1969.

LLambías, Jorge Joaquín; Raffo Benegas, Patricio (Actualizador); Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, 6ta ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot – Lexis Nexis, 2005.

López Herrera, Edgardo; Teoría General de La Responsabilidad Civil, 1a ed., Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina, 2006.

Marianetti, José Enrique; El Daño Psíquico -El daño Psíquico y el daño moral- La normativa para ajustar las recisiones

neuropsicofisiológicas y terapéuticas, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo.

Martorell, Ernesto E.; Indemnización Del Daño Moral Por Despido, Buenos Aires, Hammurabi, 1994.

Morello, Augusto M., con colaboración del Dr. Jorge Mario Galdós; Indemnización del Daño Contractual, 3a ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003.

Morello, Augusto M.; Portas, Néstor L. (Coordinadores); Carranza Jorge A.; Cazeaux, Pedro N.; Mercader, Miguel A.; Morello Augusto M.; Trigo Represas, Feliz A. (Redactores); Examen y crítica de la reforma del Código Civil, 2 obligaciones, La Plata, Editora Platense, 1971.

Mosset Iturraspe, Jorge (Dir.), Kemelmajer de Carlucci, Aida (Coord.), Carlos Ghersi, Gabriel Stiglitz, Carlos Parellada (Coautores), Carlos Echevesti (colaborador), Responsabilidad Civil.

Mosset Iturraspe, Jorge; Novellino, Norberto J.; Derecho de Daños (La Prueba en el proceso de daños), Tercera Parte, Buenos Aires, La Rocca, 2000.

Mosset Iturraspe, Jorge; Piedecabras, Miguel A.; Responsabilidad Contractual, 1a ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2007.

Mosset Iturraspe, Jorge; Responsabilidad por Daños, Tº V, El Daño Moral, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1999.

Orgaz, Alfredo; El Daño Resarcible (actos ilícitos), Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1967.

Padilla, René A.; Sistema de la Responsabilidad Civil, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Pizarro, Daniel Ramón; Daño moral. Prevención. Reparación. Punicción, 2da ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

Pizarro, Ramón Daniel; Vallespinos, Carlos Gustavo; Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

Prevot, Juan Manuel; Daños y Perjuicios, Buenos Aires, La Ley, 2008.

Prevot, Juan Manuel; Manuales de Jurisprudencia. Daños y Perjuicios, Parte General, Buenos Aires, La Ley, 2008.

Quintanilla, Marcelo R.; El daño moral resarcible (la íntima sensibilidad), Córdoba, Lerner Editora S.R.L., 2008.

Rampazzo Soares, Flaviana; Responsabilidade civil por dano existencial, Porto Alegre, Brasil, Livraria do Advogado Editora, 2009.

Rezzónico, Luis María; Estudio de las Obligaciones - En nuestro derecho civil-, 9na Ed. Corregida y aumentada y adecuada al programa de las Facultades de Derecho de Buenos Aires y La Plata, Buenos Aires, Ediciones De Palma Editor, 1961.

Rezzónico, Luis María; Manual de las Obligaciones en nuestro derecho civil, Buenos Aires Roque Depalma Editor, 1959.

Rizzardo, Arnaldo; Responsabilidade civil. Lei 10.406, de 10.01.2002, Rio de Janeiro, Brasil, 2005.

Saux, Edgardo I, (Director); Tratado Jurisprudencial y Doctrinario, Responsabilidad Civil, Buenos Aires, La Ley, 2011.

Stiglitz, Gabriel A.; Gandolfo de Stiglitz, Ana; El Resarcimiento del Daño Moral. Civil, Comercial y Laboral, Rosario, Juris, 1999.

Tamayo Jaramillo, Javier; Tratado de Responsabilidad civil, 2da ed., 2da reimpr., Colombia, Legis, 2007.

Tkczuk, Josefa; Daño Psíquico, Buenos Aires, Ad- Hoc, 2001.

TomaselloHart, Leslie; El Daño Moral en La Responsabilidad Contractual, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1969.

Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; Tratado de la Responsabilidad Civil, Buenos Aires, La Ley, 2011, 2da ed.

Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J.; Tratado de la Responsabilidad Civil, 1ra ed. 2ª reimp., Buenos Aires, La Ley, 2008.

Trigo represas, Félix A.; Stiglitz, Rubén S. (Directores de la obra); Derecho de daños, Primera Parte, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 2000.

VazquezFerreya, Roberto A.; Responsabilidad por Daños (Elementos), Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1993.

Venturini, Beatriz; El Daño Moral. En nuestra Jurisprudencia y en el derecho comparado, 2a ed. Corregida. Actualizada y ampliada, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1992.

Viramonte, Carlos Ignacio (Coord.); Germán Macagno, Ariel A.; Allende de Cardona, Magdalena; La cuantificación del daño moral en la jurisprudencia de las Cámaras de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2006.

Viramonte, Carlos Ignacio (coord.); Macagno, Ariel Germán; Allende de Cardona, Magdalena; La cuantificación del daño moral en la jurisprudencia de las Cámaras de Apelaciones en lo civil y Comercial de Córdoba, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2006.

Visintini, Giovanna; Kemelmajer de Carlucci, Aída (traductora); Tratado de la responsabilidad civil; Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999.

XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil; septiembre de 2007, Ponencias Universidad Nacional de Lomas de Zamora - Facultad de Derecho, 2007.

Zannoni, Eduardo E., El daño en la responsabilidad civil, 3ra ed. Actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2005.

Zavala de González, Matilde María, Resarcimiento del daño moral, Buenos Aires, Astrea, 2009.

Zavala de González, Matilde; Doctrina Judicial. Solución de casos 6, Córdoba, Alveroni Ediciones

Trabajos.

Acuña Anzorena, Arturo; La reparación del agravio moral en el Código Civil, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo II, 01/01/2007, 161.

Aedo Barrena, Cristian Eduardo; Consecuencias y aplicación del concepto del daño moral. Una aproximación dogmática, El Derecho, Tomo 212, Pág. 1055/106.

Agoglia, María M.; Ampliación de la legitimación activa de los damnificados indirectos por daño moral, L.L., t. 2007-F, Pág. 72/81.

Aita Tagle, Fernando - Cornet, Santiago; Algunos aspectos sobre la responsabilidad civil por denuncia penal culposa: influencia del proceso penal, prueba de la culpa y pautas para la valoración y cuantificación del daño moral, La Ley Córdoba, Volumen: 2009, Pág. 267/283.

Albanese, Susana; Exclusión del daño estético y las secuelas de un accidente de tránsito (El derecho a una mejor calidad de vida), L.L., t. 1993-D, Pág. 83/84

Albanese, Susana; Lesiones faciales resarcibles como agravio moral, La Ley 1993-C, 114 -Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo II, 01/01/2007, 1187.

Alconada Aramburu, Carlos; Daño moral en los contratos, J.A., t. 1951-III, Pág. 48/53.

Álvarez Perretta, Graciela B.; Deber de fidelidad. Daño material y daño moral, L.L., 1985-A, Pág. 988/995.

Andino Dorato, Jimena; Breves reflexiones sobre la procedencia del daño moral en cuestiones de familia La Ley Buenos Aires, Volumen 2001, Pág. 172/174.

Andorno, Luis O.; Alcance de la responsabilidad del cónyuge que asiente. Consecuencias jurídicas de los contratos a título gratuito. Procedencia del daño moral en el ámbito contractual, La Ley, t. 1990 - C, Pág. 539/546.

Andorno, Luis O.; Legitimación activa "iure proprio" amplia de los herederos forzosos por reclamo de daño moral indirecto, L.L., t. 1998-E, Pág. 193/197.

Andrada, Alejandro Dalmacio; Los derechos a la intimidad y a la imagen en la consideración del Tribunal Supremo de España, LALEY2009-B,382 - LLP2009(abril), 01/01/2009,295.

Andrada, Alejandro Dalmacio; Pérdida de un animal y daño moral, La Ley Córdoba, Volumen 2002, Pág. 1275/ 1276.

Aranguren, Beatriz E.; Daño moral a favor de la concubina. Avances jurisprudenciales, LLLitoral 2006 (marzo), 01/01/2006, 168.

Asorey, Roberto; ¿Es procedente la imposición de sanciones pecuniarias por daño moral en el reconocimiento filiatorio extemporáneo?, E.D., t. 227, Pág. 486/494.

Ávila Carvajal, Guillermo; El daño moral en la jurisprudencia de Tucumán, LLNOA2010(mayo), 303

Bainotti de Bustamante, LiliananAngela; Vivas de Sassi, María Angélica; El Daño Moral Contractual, L.L. Córdoba, 1987. Pág. 812.

Barbado, Patricia B.; El resarcimiento del daño moral en el transporte aéreo, J.A., t. 2006-IV, Pág. 232/235.

Barberis, S.; Indemnización del daño moral en los accidentes de tráficoJ.A., t. 37, 1932, Pág. 660/661.

Barbero, Omar U.; ¿Daño moral por hecho constitutivo de causal de divorcio? Sí, ma non troppo..., E.D., t. 212, Pág. 401/407.

Barbero, Omar U.; La primera sentencia argentina que condena a reparar el daño moral derivado de un divorcio, E.D., t 162, Pág. 925/927.

Basso, Santiago Manuel; Monjo, Sebastián; El daño moral a las personas jurídicas, LLC2010 (julio), 623.

Benavente, María Isabel; Daño moral y damnificados indirectos ¿La limitación del art. 1078 Cciv. Es inconstitucional?, J.A., t. 2005-IV, Pág. 288/295.

Benavente, María Isabel; De la legitimación activa de los hermanos para reclamar daño moral por muerteLA LEY 2008 - F, 806.

Bernardi, Humberto P.J.; El daño moral en los cuasidelitos, La Ley, Tomo 79, Sec. Doctrinas, Pág. 907/910.

Betancurt, Rodrigo Darío; Monto de la indemnización civil ¿resarcimiento o dádiva simbólica?, LLGran Cuyo2010 (diciembre), 1061.

Bidart Campos, Germán J.; El daño moral inferido a un juez a quien se lo denunció impetrando su enjuiciamiento político, E.D., t. 137, Pág. 203/205.

Bidart Campos, Germán J.; El valor de la vida humana personal (Los discapacitados y el daño moral),E.D., t. 140, Pág. 667/668.

Bidart Campos, Germán J.; Herrendorf, Daniel E.; El fin no justifica los medios (condena a la prensa por daño moral)E.D., t. 135, Pág. 693/694.

Binstein, Gabriel; Gil navarro, Guillermo; Práctica laboral y previsional. Contrato de trabajo y daño moral,La Información, t. LVI, Nro. 672, Pág. 1296.

Boietti, Cristina - Di prospero, Mariana; Reparación del daño moral, L.L., t. 1990-A, Pág. 246/250.

Boragina, Juan Carlos; Meza, Jorge Alfredo; Daño Moral: legitimación de los damnificados indirectos, L.L., t. 2007-D, 371/375.

Borda, Guillermo A.; El caso Santa Coloma un fallo ejemplar, E.D., t. 120, Pág. 649/653.

Bosch Madariaga (h.) Alejandro F.; Daño moral en el divorcio. Análisis jurisprudencial de su procedencia y cuantificación, DJ2007-II, 1111.

Bosch Madariaga (h.) Alejandro F.; Causales múltiples en el divorcio, L.L., t. 2005-E, Pág. 842.

Brebbia, Roberto H.; Carácter de la suma de dinero entregada a la víctima de un daño moral, La Ley, Tomo 1986-E, 828 - Pág. 507/511.

Brebbia, Roberto H.; El resarcimiento del daño moral después de la reforma del decreto - ley 17.711, E.D., t. 58, Pág. 239/244.

Brebbia, Roberto H.; Las personas jurídicas - y las sociedades comerciales en particular- como sujetos pasivos de agravio moral, L.L. t. 1991-A, Pág. 51/60.

Brebbia, Roberto H.; Responsabilidad objetiva y daño moral, E.D., t. 91, Pág. 422/428.

Buffarini, Paula; Responsabilidad civil de los jueces por daño moral, L.L., t. 2004-F, Pág. 281/286.

Bustamante Alsina, Jorge; El daño moral colectivo es daño jurídico resarcible, L.L., t. 1998 - A, Pág. 1033/1038.

Bustamante Alsina, Jorge; El daño moral por lesiones al honor, La Ley, Tomo 1996-E, Pág. 522/526.

Bustamante Alsina, Jorge; Equitativa valuación del daño no mensurable, L.L., t. 1990- A, Pág. 654/659.

Bustamante Alsina, Jorge; Incapacidad sobreviniente y lesión estética (No son rubros resarcibles por si mismos sino en cuanto causan daño patrimonial o moral) L.L., t. 1989-C, Pág. 521/525.

Bustamante Alsina, Jorge; La indemnización por pérdida de "chance" y el resarcimiento del daño moral por incumplimiento contractual, L.L., t. 1989-D, 288/293.

Bustamante Alsina, Jorge; Las personas jurídicas no son sujetos pasivos de daño moral E.D., t.138, Pág. 188/193.

Cafferatta, Néstor A.; Naturaleza del daño moral ambiental colectivo, LLC2006, 1-9.

Caivano, Roque J.; El incumplimiento del contrato de garaje y el daño moral, L.L., t. 1994-E, Pág. 229/234.

Calvo Costa, Carlos Alberto; ¿Puede transmitirse la acción resarcitoria del daño moral?, RCyS2003, 183.

Calvo Costa, Carlos Alberto; Acerca de la transmisión mortis causa de la acción resarcitoria del daño moral, Revista de responsabilidad civil y seguros, Buenos Aires, la Ley, 2008, Pág. 28.

Campeotto, Claudio C.; Agravio moral en el despido, Revista de derecho laboral y seguridad social, Buenos Aires, Abeledoperrot, Volúmen: 2010 -A, Pág. 665/669.

Campoamor, Clara; La reparación moral y el derecho sucesorio frente al acto ilícito, J.A., t. 1950-III, Pág. 7/9.

Campoamor, Clara; Un nuevo aspecto del daño moral ocasionado en accidentes, J.A., t 1950-IV, Pág. 7/8.

Cantore, Laura - Monjo, Sebastián; ¿El derecho de daños difiere si uno es iusnaturalista o isupositivista?, LLC2010 (diciembre), 1218.

Capón Filas, Juan Pablo; Daño moral. Trato hostil y disvalioso. Aplicación del art. 1078 del Código Civil, Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Agosto 2011, Año LXXI, Nro 8, Pág. 2143.

Capua, Juan Manuel; Algunas consideraciones sobre el daño estético y el daño moral, La Ley, Tomo 1991 - C, Pág. 61/69

Capua, Juan Manuel; Algunas consideraciones sobre incapacidad sobreviniente, lucro cesante futuro, daño moral y su resarcimiento, Revista Nova Tesis - Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, Nova Tesis, Volumen: Noviembre-06, Pág. 81/84.

Carneiro, José Julián; ¿Tienen derecho al daño moral los incapaces absolutos?, E.D., t. 169, Pág. 219/223.

Carneiro, José Julián; Consideraciones sobre el daño moral, El Derecho, Tomo 164, Pág.357/377.

Casalderrey, Liliana; Daño moral y cuantificación de daños resarcibles en las relaciones de trabajo, Revista de Derecho laboral y seguridad social, Buenos Aires, AbeledoPerrot, Nro 3, febrero 2011, Pág. 195.

Casares, Mónica Liliana; Exclusión arbitraria de la cobertura médica prepaga. Resarcimiento. Daño moral, L.L., t. 2008 -E, Pág. 389/393.

Casiello, Juan J.; Sobre el daño moral y otros pretendidos "daños", La Ley 1997-A, 177- Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 79.

Castaños Zemborain, Víctor M., con colaboración de Novile, Susana A.; Con relación a la muerte, el daño físico y el daño moral "quid iuris"?, La Ley, Tomo 1981-D, 808/816.

Castellanos, María Adelina; Daño Moral por uso indebido en la locación de viviendas, DJ03/03/2010, 469.

Catón, L.; El daño moral incluido en la frase "pleno resarcimiento" del art. 184 del Cód. de Comercio., L.L., t. 99, julio-setiembre 1960, Pág. 523.

Catón, L.; Resarcimiento del agravio moral cuando media culpa contractual, L.L., t. 96, octubre - diciembre 1959, Pág. 608.

Cayo, Raúl Ernesto; Algunas consideraciones sobre el daño moral, Semanario Jurídico, Fallos y Doctrina, Córdoba, comercio y justicia, Volumen: 1995-B, Pág. 429/432.

Chechile, Ana M.; ¿Es posible accionar por daño moral cuando el padre extrapatrimonial ha reconocido espontáneamente a su hijo?, J.A., t. 2001-III, Pág. 612/617.

Chiappini, Julio; Responsabilidad civil del abogado patrocinante por daño moral, J.A., t. 2005-III, Pág. 888/890.

Cichero, Néstor; La reparación del daño moral y la reforma civil de 1968, E.D., t. 66, Pág. 157/18.

Cifuentes, Santos; Caracterización polifacética del daño estético. Una visión restrictiva desaconsejable, El Derecho, Tomo 159, Pág. 151/153.

Cifuentes, Santos; El daño moral por incumplimiento de un contrato comercial. Perspectiva actual de su admisión y naturaleza de la función que cumple, E.D., t. 184, Pág. 318/325.

Cifuentes, Santos; El daño psíquico y el daño moral. Algunas reflexiones sobre sus diferencias, J.A., t. 2006-II, Pág. 1089.

Cifuentes, Santos; El divorcio y la responsabilidad por daño moral, L.L., t. 1990-B, Pág. 805/810.

Cifuentes, Santos; Responsabilidades por ofensas al honor y daño moral directo e indirecto, E.D., t. 170, Pág. 422/430.

Cinollo, Oscar Agustín; Anotaciones sobre el resarcimiento del daño moral en las sociedades comerciales, Foro de Córdoba, Publicación de doctrina y jurisprudencia, Año XII - N° 77 - 2002, Pág. 27/37.

Cipriano, Néstor Amílcar; Daño moral futuro. (Aproximaciones afirmativas)., LA LEY, 1987-B, 996.

Cipriano, Néstor Amílcar; Daño moral: concepto interdependencias jurídicas y psicológicas, L.L., t. 1982-D, Pág. 843/846.

Cipriano, Néstor Amílcar; El daño psíquico (sus diferencias con el daño moral), L.L., T. 1990-D, Pág. 678/682.

Cipriano, Néstor Amílcar; La lesión. Revisión de su concepto, L.L., t. 1984-C, 1140/1143.

CiuroCaldani, Miguel Ángel; El "culto" a los muertos (En torno del daño moral), L.L. Buenos Aires, Volumen 1999, Pág. 911/915.

Colombo, Leonardo A.; Acerca del resarcimiento del daño moral en las obligaciones contractuales, L.L., t.87, Pág. 596/604.

Colombo, Leonardo A.; El daño moral en las relaciones contractuales, La Ley, Tomo 24, Pág. 9/17.

Colombo, Leonardo A.; En torno a la indemnización del daño moral (Conveniencia de un cambio jurisprudencial), Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2007, 1655, L.L., t 109, Pág. 1073.

Colombo, Leonardo A.; Las lesiones que atentan contra la estética personal de la víctima, consideradas como daños materiales y morales, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo II, 01/01/2007, 1351, L.L., t. 29, Pág. 778/784.

Compagnucci de Caso, Rubén H.; Incumplimiento relativo contractual. Extensión del resarcimiento y daño moral, L.L. t. 21, marzo 25 de 1941, Pág. 875/884.

Constantino, Juan Antonio; La vivencia del "hogar, dulce hogar" en la determinación del daño moral en las relaciones consorciales, L.L., t. 2004-B, Pág. 907/912.

Correa, José Luis; Condena Periodística Por Lesión A La Honra De Un Magistrado. Doctrina De La Real Malicia. Daño Moral, RCyS, Febrero 2010, Año XII, N° 2, p. 82.

Cossari, Maximiliano N.G.; Acerca de la procedencia del resarcimiento del daño moral contractual, L.L., t. 1995-A, Pág. 1/4.

Cracogna, Dante; El contrato de medicina prepaga, El Derecho, Tomo 229, Pág. 1009/1021.

Cuervo, Horacio; El siempre actual problema de la legitimación activa para reclamar daño moral, E.D., t.174, Pág. 243/248.

Culaciati, Martín Miguel; El daño moral ante la falta de reconocimiento voluntario del hijo, LLGran Cuyo2007 (mayo), 409.

Curá, José María; Daño moral del asociado apercebido injustamente. Relevancia de la declaración administrativa, DJ13/01/2010, 53.

Dassen, Julio; Reparación del daño moral, Doctrina Judicial, Buenos Aires, La Ley, Volumen: 2007 - 2, Pág. 239/243.

De la Fuente, Horacio H.; Concepto jurídico del daño. Daño Patrimonial y daño moral, J.A., t. 1943-III, Pág. 61/64.

De la Fuente, Horacio H.; El daño moral en el contrato de trabajo, El Derecho, Tomo 87, Pág. 913/922.

De Mundo, José A. Martín; El daño moral en la doctrina, el derecho positivo y la jurisprudencia, DT1981-B, 1161.

Debrabandere, Carlos Martín; La cuantificación del daño y la pérdida de "chance" en el proceso contencioso administrativo, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo II, 01/01/2007, 1639.

Di Vito, Aldo M. - Gerendiain, Hilario J.; La pretensión de daño moral de la persona por nacer por la muerte de su progenitor en un accidente de tránsito, La Ley 2002 -C, 132 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 01/01/2007, 371.

Díaz, Silvia; Daño moral en los infortunios del trabajo. Evaluación y cuantificación, problemas sin solución, Revista de Derecho Laboral, 2010-1, LRT-III, Pág. 215.

Diegues, Jorge Alberto; Daño moral, La Ley 23/09/2008, 23/09/2008, 6 - DJ07/01/2009, 43.

Domínguez, Osmar S. - Morelli, Sabrina; La inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil: la colisión permanente entre la normativa y el derecho constitucional de propiedad, LLBA2009 (mayo), 369.

Domínguez, Osmar S.; La cuantificación del Daño Moral, LLCABA2010 (junio), 269.

Dutto, Ricardo J.; Abandono, adulterio y daño moral, Zeus, Colección jurisprudencial, Rosario, Tomo 98, Pág. J-295/J-299.

Dutto, Ricardo J.; Daño moral en reclamación de paternidad: ¿siempre?, J.A., t. 2008-III, Pág. 1216/1221.

Echevesti, Carlos Alberto; El daño moral. Su legitimación activa y pasiva, L.L., t. 1992-A, Pág. 904/909.

Estévez Brasa, Teresa M.; Aspecto contractual del daño moral, La Ley, Tomo 126, Pág.470/474.

Estévez Brasa, Teresa M.; Curso de la acción por reparación del daño moral (Sobre un plenario civil en trámite), La Ley, tomo 1976 - C, Pág. 526/531.

Estévez Brasa, Teresa M.; El daño moral, L.L., t. 119, Pág. 903/907.

Estévez Brasa, Teresa M.; El daño moral su reparación y el vigor de un neologismo, L.L., t. 1986 - C, Pág. 909/910.

F.S.; Daño moral del concubino, RCyS2009-X, 80.

Fassi, Santiago Carlos, Débito conyugal y daño moral L.L., t. 129, Pág. 550/557.

Fernández Madero, Jaime; El daño en las intervenciones de cirugía plástica, L.L., t. 2002 - C, Pág. 920/939.

Fernández Sessarego, Carlos; El "daño al proyecto de vida" en la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas, RCyS2010 -X, 14.

Fernández Sessarego, Carlos; Sobre el fallo "Arostegui" de la CSJN, RCyS2008, 594.

Foglia, Ricardo A.; Acoso laboral e indemnización del daño moral, La Ley, Revista Jurídica Argentina, Buenos Aires, La Ley, Volumen: 2008- A, Pág. 446/449.

Folchi, Mario; El daño moral frente al retraso en el transporte aéreo, L.L., t. 2006-A, Pág. 797/798.

Fortín, Pablo José; El daño moral y el caso de las personas jurídicas, La Ley, Tomo 1994-B, Pág. 449/452.

Fuchs, Maximiliano; El sistema del derecho de los Actos ilícitos en el derecho alemán, RCyS2005,173.

FueyoLaneri, Fernando; El daño moral es materia que siempre dependerá de la sabiduría de los jueces, L.L., t. 1991-C, Pág. 783/784.

Gagliardo, Mariano; Acerca del daño moral, El Derecho, Tomo 233, Pág. 883/885.

Gagliardo, Mariano; Reparación del agravio moral, L.L., t. 2009-D, Pág.1307 /1311.

Galdos, Jorge M.; Derecho ambiental y daño moral colectivo: algunas aproximaciones, J.A., t. 1998-IV, Pág. 982/990.

Gallego, Richar F. - Delucchi, María Belén, El daño moral y la legitimación de la concubina LLPatagonia 2009 (abril), 01/01/2009, 746.

Gallinger, Ariel A.; El despido. La indemnización y el daño moral, L.L., t. 2006-C, Pág. 754/757.

Gandola, Julia Elena; La ardua tarea de cuantificar los daños, Revista de derecho de daños 2004-3: determinación judicial del daño - I/Dirigido por Jorge Mosset Iturraspe - 1a ed. - Santa Fe: Rubinzal - Culzoni, 2005, Pág. 211/230.

García, Héctor A.; El persistente debate en torno al resarcimiento del daño moral, L.L., t. 2009-F, Pág. 78/79.

Garrido, Ariana; Aproximaciones al daño moral colectivo, La Ley, Tomo 2010 - A, Pág. 315/319.

Ghersi, Carlos A.; El daño moral por ejercicio abusivo de derechos del estado, La Ley, Tomo 2007 - F, Pág. 608/613.

Gherzi, Carlos A.; Contrato de compraventa (Actos confirmatorios o resolutorios del contrato. Valuación de daños. Daño moral: procedencia en el ámbito contractual),L.L. t.1993-A, Pág. 475.

Gherzi, Carlos A.; Accidente de tránsito. Responsabilidad del fabricante por vicio del automotor. Defensa del consumidor y prevención de daños. Diferencia del daño moral y psicológico, J.A., t. 2002-II, Pág. 359.

Goldschmidt, Werner; Bigamia internacional doble e indemnización de daño moral, El Derecho, Tomo 89, Pág. 270/278.

González Gaviola, Juan Horacio; Estamos impulsando que la Nueva LRT contemple el pago del daño moral, Mercado Asegurador, Año XXXIII, Nro. 373, julio 2011, Pág. 10.

González Pondal, Tomás Ignacio; "Mobbing" y daño moral, RCyS2008, Año X, N° 2, Pág. 32.

González Zavala, Rodolfo M.; Casación y monto del daño moral. Reacción del Tribunal Superior contra las fundamentaciones aparentes, La Ley Córdoba, Volumen: 2000, Pág. 1295/1301.

González, Evangelina M.; La prueba del daño moral en la cuestión patrimonial,L.L., t. 2009-F, Pág. 89/91.

GregoriniClusellas, Eduardo L.; El daño moral en la negativa de filiación y la legitimación al resarcimiento,La Ley 1995 -C, 405-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2007, 51.

GregoriniClusellas, Eduardo L.; La responsabilidad profesional del abogado y el resarcimiento del daño moral, RCyS2005, 480.

GregoriniClusellas, Eduardo L.; Daño moral: Su carácter autónomo y resarcitorio, L.L., t. 2000-E, p. 1.

Grupo de Análisis de Criterios; Análisis de criterios de decisión judicial. El daño moral. Resultados de una investigación, RCyS2010-XII, 242.

Guerra, Carlos Gustavo; Apuntes sobre cuanto o qué por daño moral. Un aporte desde la psicología. El método de cuantificación del daño espiritual puede ser aplicado al daño moral, Revista Nova Tesis - Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, Nova Tesis, Volumen: Marzo-09, Pág. 7/41.

Guibourg, Ricardo A.; Cuantificación del daño en las provincias de Neuquen y Río Negro, Derecho del trabajo, 2009-A, Pág. 365.

Guillen, Horacio; El daño moral en la responsabilidad por el riesgo de la cosa. El fallo plenario N° 243 de la Cámara Nacional de Apelaciones del trabajo, L.L., t. 1983-B, Pág. 975/983.

Hersalis, Marcelo; Evolución del daño no patrimonial en la jurisprudencia italiana, RCyS2009-XII, 291.

Hersalis, Marcelo; Pacto comisorio y daño moral en el incumplimiento contractual, L.L., t. 2004-E, Pág. 853/857.

Huberman, Carlos E.; El daño moral en la responsabilidad contractual, L.L., t. 149, Pág. 522/527.

Imaz, Esteban; El Problema De La Reparación Del Incumplimiento De Las Obligaciones Y De Los Hechos Ilícitos en El Código Civil Argentino, J.A., T° 47, p. 135.

Iribarne, Héctor Pedro; Ética, Derecho y reparación del daño moral, E.D., t. 112, Pág. 280/299.

Jalil, Julián; Viabilidad de la pretensión resarcitoria del daño moral deviniente de un divorcio causal, RCy2010-IV, 239.

Junyent Bas, Francisco; Algunos aspectos dilemáticos de la reparación del daño moral LLC2010 (noviembre), 1075.

Junyent Bas, Francisco; Otra vuelta de tuerca sobre el daño moral, LLC2010 (septiembre), 857.

Junyent Bas, Francisco; A propósito del reclamo indemnizatorio por daño moral sufrido por la muerte del concubino. El art. 1078 Cciv. Y una limitación... ¿irrazonable?, J.A. t. 2005-III, p. 1058.

Kemelmajer de Carlucci, Aída; Evaluación del daño a la persona: ¿Libre apreciación judicial o sistema de baremos? (Especial referencia a la situación española), *Revista de Derecho de Daños*, 2001-1, p.307.

Keselman, Sofía Andrea; La cuantificación del daño moral vinculado al despido: Tendencias jurisprudenciales, *Revista de Derecho Laboral*, 2011-1, p. 289.Cuantificación

KoteichKhatib, Milagros; El Daño Extrapatrimonial Del Derecho Romano A La Dispersión Actual De La Categoría En Italia, Y Su Proyección En América Latina, Roma e América,Roma e America. *Diritto Romano comune*. *Revista de derecho de la integración y unificación del derecho en Europa y América Latina*. No. 21.

Krasnow, Adriana N.; Padre extramatrimonial que no asume la responsabilidad parental. Deber de reparar el daño moral causado al hijo por ausencia de reconocimiento, *LLBA2009* (febrero), 25.

La Ley;Daño Moral. *Crónicas de Jurisprudencia y Doctrina*, DJ2002-2, 966.

Legón, Fernando; Naturaleza, procedencia y mecanismo de la reparación del daño moral en el derecho argentino (formulación de un criterio positivo), *J.A.*, t. 52, Pág. 791/798.

Lens, Ricardo; Daño moral y su resarcibilidad, *RCyS2010-VI*, 3.

León, Pedro; Interés moral y agravio moral, *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*, Tomo II, 01/01/2007, 1649.

Livellara, Silvina María, Daño moral con invocación de despido discriminatorio, *L.L.*, t. 2008-F, Pág. 669/676.

LLambías, Jorge Joaquín; Naturaleza jurídica de la reparación del agravio moral, *J.A.*, t. 1954-III, Pág. 358/368.

LLambías, Jorge Joaquín; Responsabilidad objetiva: Daños mediatos y daño moral, *L.L.*, t. 1980-D, 76/82.

LLambías, Jorge Joaquín; El precio del dolor (Naturaleza jurídica de la reparación del agravio moral), J.A., t. 1959-II, Pág. 84/86.

Lloveras, Nora - Monjo, Sebastián; La legitimación del miembro de la unión convivencial para reclamar por daño moral: art. 1078 Código Civil, LLC2009 (mayo), 341.

López Bravo, Marisa Gabriela; El daño moral en el incorrectamente llamado "ser vegetal", DJ22/10/2008, 1745- DJ2008-II, 1745.

López, María Cecilia; Criterios de interpretación de la legitimación activa iure proprio por daño moral indirecto del art. 1078 del código civil, E.D. t. 193, Pág. 695/701.

López, María Luján; Daño moral y accidentes de trabajo a la luz de la teoría de la obligación de seguridad, LLLitoral 2003 (octubre), 02/10/2003, 1045.

Lorenzetti, Ricardo; Daño Moral Colectivo: su reconocimiento jurisprudencial, J.A., t. 1997-III, Pág. 237/249.

Lorenzetti, Ricardo; Daño moral contractual derivado de la privación de bienes, L.L., t. 1988-E, Pág. 389/393.

Manchini, Héctor L.; Algo más sobre el carácter y la valoración del daño moral, J.A., Tomo 1985- III, Pág. 623/626.

Manchini, Héctor L.; Carácter y determinación de la reparación del daño moral, J.A., 1984 - IV, Pág. 729/732.

Markovics, Nancy Sandra; Accidentes de tránsito. Auto contra bicicleta. Valor vida. Daño Moral, Revista Nova Tesis. Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, Nova Tesis, volumen: oct. 2008, Pág. 126.

Martínez Alcorta, Julio A.; Una breve reflexión desde la perspectiva del daño moral sobre el deber paterno de reconocer a la progenie extrapatrimonial, La Ley 07/05/2010, 07/05/2010, 5.

Martínez Vivot, Julio; El daño moral y la reforma del art. 245 de la LCT,E.D., t. 136, Pág. 526/52.

Martínez, Gustavo Damián; El daño moral: reclamo indemnizatorio por el hermano de la víctima, LLC1194-537,1994.

Martorell, Jorge Enrique; El resarcimiento del daño moral en el contrato de transporte, E.D., t. 141, Pág. 566.

Mayo, Jorge A.; La indemnización del daño moral en el incumplimiento de las obligaciones contractuales y el proyecto de ley de unificación, L.L., t. 1988-B, Pág. 986/990.

Mazeaud, Leon; ¿La acción en reparación de un perjuicio moral se trasmite, en derecho francés, a los herederos?,L.L., t.55, pág. 1022/1027.

Mazzinghi, Jorge Adolfo; El fallo plenario sobre daño moral en el divorcio, E.D., t. 162, Pág. 959/965.

Medina, Graciela. Guevara Cynthia Y. - Senra, María Laura; La falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial no siempre origina la obligación de reparar el daño moral. Relación entre un leading case argentino y el derecho comparado, L.L. Buenos aires, volumen 2005, pág. 766/781.

Mendelewicz, José; Cuantificación judicial del daño moral, DJ21/01/2009,103.

Mendelewicz, José; Cuantificación judicial del daño moral, Doctrina Judicial, Buenos Aires, La Ley, Volumen: 2009 - 1, Pág. 103/105.

Mendelewicz, José; El daño moral y los bienes materiales. El derecho a a serenidad personal, DJ03/09/2008, 1227 - DJ2008-II, 1228.

Mendelewicz, José; La sistematización de precedentes judiciales. Herramienta para la cuantificación del daño moral, E.D., t. 238, Pág. 1028/1029.

Mendelewicz, José; Apuntes sobre la cuantificación del daño moral, E.D., t. 240, Pág. 1046.

Mendelewicz, José; La cuantificación del daño moral en las cuestiones de familia, Revista de Derecho de familia y de las personas, Año 2, Nro. 9, oct 2010.

Méndez Sierra, Eduardo Carlos; La legitimación activa en el daño moral. Crisis del art. 1078 C.C, LLC2010 (diciembre), 1204.

Moisset de Espanés, Luis; El daño moral (arts. 522 y 1078) y la irretroactividad de la ley (art. 3), J.A., t. 13, Pág. 353/358

Montoro Gil, Gonzalo V.; Mobbing. Rechazo. Daño Moral Procedencia,DT2010 (agosto), 2043.

Morello, Augusto M.; El daño moral en los cuasidelitos y el nuevo artículo 3 del Código Civil, J.A., t. 6, Pág. 393/397.

Morello, Augusto M.; Stiglitz, Gabriel A.; Daño moral colectivo, L.L. 1984-C, Pág. 1197/1201.

Moreno Douglas Price, Santiago Hernán; Daño moral derivado de las relaciones laborales, LLC2008 (diciembre), 1207.

Mosset Iturraspe, Jorge; ¿Pueden las personas jurídicas sufrir un daño moral?, La Ley, 1984-C, 511- Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo III, 01/01/2007, 187.

MossetIturraspe, Jorge; Accidentes de tránsito. Daño moral, J.A., Tomo 20, octubre - diciembre 1973, Buenos Aires, Pág. 250/251.

MossetIturraspe, Jorge; Daño moral causado a personas privadas de conciencia o razón. Los padres como damnificados indirectos, J.A., t. 1992-IV, Pág. 559/560.

Mosset Iturraspe, Jorge; Daño moral originado en incumplimiento contractual: postergación del casamiento, J.A., Serie Contemporánea, t. 16, Pág. 414/415.

MossetIturraspe, Jorge; Daño moral. Antijuridicidad objetiva J.A., Serie Contemporanea, t. 21, Pág. 473/475.

MossetIturraspe, Jorge; Daño moral. Reparación por el responsable indirecto o reflejo, J.A. serie contemporánea, t. 20, Pág. 212/213.

Mosset Iturraspe, Jorge; Diez reglas sobre cuantificación del daño moralL.L., t. 1994-A, Pág. 728/731.

Mosset Iturraspe, Jorge; El consumidor de cablevideo frustrado y el daño moral, L.L., t. 1994-E, Pág. 374/376.

Mosset Iturraspe, Jorge; La "Pequeña comunidad" habitacional y el daño moral, L.L., t. 1979-C, Pág. 471/473.

Mosset Iturraspe, Jorge; Reparación del daño moral, J.A., Serie Contemporánea, t. 20, Pág. 295/296.

Nuñez, Jorge; F.; Estado de vida vegetativo y daño moral, J.A., 1987-I, Pág. 783/785.

Onofre Álvarez, Osvaldo; Denegación del daño moral en el divorcio vincular, El Derecho, Tomo 233, Pág. 886/890.

Onofre Álvarez, Osvaldo; Divorcio vincular por culpa concurrente y admisibilidad conjunta del daño moral, E.D., t. 239, Pág. 46/50.

Orgaz, Alfredo; El Daño Moral En El Contrato de Transporte, L.L., t. 51, 29 de julio de 1948.

Orgaz, Alfredo; El daño moral y el transporte de personas, E.D., t. 3, Pág. 1045/1048.

Orgaz, Alfredo; El daño moral: ¿pena o reparación?, E.D., t. 79, Pág. 856/863.

Oriolo, Laura; Modelo de cuantificación económica de daño moral, Revista Nova Tesis, nro. 8 Doctrina y Jurisprudencia, Ene-Feb 2007, p. 161.

Pagano, Luz M.; Giménez, Luis A.; Daño moral en el divorcio por culpa de ambos cónyuges, J.A., t. 1997-I, Pág. 938/944.

Papillú, Juan M.; La concubina y el resarcimiento del daño moral, RCyS2010-V, 133.

Peco, José; La indemnización del daño moral de los cuasidelitos. (Nota a fallo de la Justicia de Paz Letrada (Sala II) de febrero 4 de 1936, en causa Chientaroli, José, contra Menichetti, Mari), LA LEY. Tomo 5, Año 1937.

Peñalba Pinto, Gonzalo; Daño moral y daños punitivos, E.D., t. 220, Pág. 1003/1008.

Peryrano, Jorge W.; Del resarcimiento del daño moral derivado de la violación del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, J.A., Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, Volumen: 2009-II.

Peyrano, Jorge W.; De la tarificación judicial "iuris tantum" del daño moral, J.A., t. 1993-I, Pág. 877/883.

Pizarro, Ramón Daniel; Acerca de la responsabilidad de los medios de prensa, el derecho a la intimidad y la indemnización del daño moral, JA 2001 - II, Pág. 264/268.

Pizarro, Ramón Daniel; Cuantificación de la indemnización por daño moral en la jurisprudencia actual de la sala civil y comercial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: el caso L.Q., LLC2007 (junio), 465.

Pizarro, Ramón Daniel, Cuantificación judicial de la indemnización por daño moral, Revista de Derecho Laboral, Tomo 2010-1 Ley de Riesgos de Trabajo III, Rubinzal - Culzoni Editores, Pág. 195/213.

Pizarro, Ramón Daniel; Daño moral causado a personas sin discernimiento, J.A., t. 1996-III, Pág. 193/199.

Pizarro, Ramón Daniel; Daño moral contractual, J.A., 1986-IV, Pág. 923/932.

Pizarro, Ramón Daniel; Indemnización por despido y daño moral (reflexiones en torno a un fallo trascendente), L.L. Córdoba, volumen 2000, Pág. 749/768.

Pizarro, Ramón Daniel; Reflexiones en torno al daño moral y su reparación, J.A., t. 1986-III, Pág. 898/904.

Pizarro, Ramón Daniel; Valoración del daño moral, La Ley 1986-E, 828 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 01/01/2007, 143.

Pizarro, Ramón Daniel; Valoración del daño moral, L.L., t.1986-E, Pág. 828/834.

Pizarro, Ramón Daniel; Valoración y cuantificación del daño moral en la Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: Consolidación de una acertada doctrina, La Ley Córdoba, Volumen: 2006, Pág. 893/908.

Pizarro, Ramón Daniel; La cuantificación de la indemnización del daño moral en el Código Civil, Revista de Derecho de Daños, 2001-1, p.337.

Pose, Carlos; Agravio moral causado al trabajador por un ejercicio abusivo de la potestad de control, Errepar, Doctrina Laboral, julio 2005, Año XXI, Tomo XIX, N1 239, Pág. 949/951.

Prevot, Juan Manuel; Daño moral por la apertura indebida de cajas de seguridad, L.L., t. 2009-D, Pág. 303/305.

Prevot, Juan Manuel; Legitimación activa de los concubinos y otros damnificados indirectos para reclamar daño moral por muerte, LLLitoral 2010 (octubre), 28/09/2010, 1045.

Rebora, Juan Carlos; El daño moral, J.A., t 14, Pág. 98/109.

Rezzónico, Luis María; Daño moral contractual, J.A., t. 1967-V, Pág. 139/148.

Risso, Ricardo Ernesto; Daño psíquico, Delimitación y diagnóstico. Fundamento teórico y clínico del dictamen pericial, El Derecho, Tomo 181, Pág. 985/992.

Ritto, Graciela B.; Acerca de la legitimación activa para reclamar daño moral de los hermanos como damnificados indirectos, LA LEY 2008 - E, 496.

Ritto, Graciela B.; Acerca del daño moral de las personas sin discernimiento: la trascendencia del rol de los jueces en el derecho de daños, DJ06/2008, 947. DJ2008-II, 947.

Ritto, Graciela B.; Algunas reflexiones acerca del daño moral contractual, RCyS2010-V, 201.

Ritto, Graciela B.; Algunas reflexiones acerca del lucro cesante y del daño moral RCyS2010-VIII, 217.

Ritto, Graciela B.; Declaración de inconstitucionalidad del artículo 1078 del código civil y legitimación activa de la concubina para el daño moral, L.L., t. 2008-c, Pág. 553/556.

Ritto, Graciela B.; La cuantificación del daño moral. Un abordaje novedoso y ejemplificador, LA LEY2008-B, 334.

Ritto, Graciela B.; Acerca del Daño moral causado por una empresa periodística: La libertad de prensa y el derecho al honor y a la integridad personal, L.L., t. 2010-D, Pág. 365.

Rivera, Julio César (h.); Daño moral derivado de los hechos que causaron el divorcio ¿Permite el plenario las indemnizaciones de equidad?, J.A., t. 1994-IV, Pág. 576/583.

Rivera, Julio César; Giatti, Gustavo; Alonso, Juan Ignacio; La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidad y la imagen, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2006-2, p. 403.

Rivera, Julio César; Rodríguez Burmester, Gloria; Indemnización del daño moral y el daño material por afectación al derecho a la imagen, E.D., tº 162, p.285.

Robles, Alberto José; Abuso de derecho y daño moral en el despido, J.A., t. 1994-I, p. 4.

Rodríguez Saiach, Luis A.; Admisión del daño moral en el despido, *La Ley*, Tomo 2009 - E, Pág. 351/355.

Rodríguez, Alberto J.; Daño moral en el derecho civil moderno, *J.A.*, Buenos Aires, 1930, Tomo 34, Pág. 76/85.

Rodríguez, Lorena; Daño Moral y daño psicológico: nuevamente en tensión, *LLC2009* (mayo), 370 -RCyS2009-VI, 57.

Romano, Claudio Gustavo; Filiación. Falta de reconocimiento del hijo. Daño moral, *L.L. Buenos aires*, volumen 1999, pág. 162/185.

Rossello, Gabriela; Hise, Mónica; Daño psíquico, *J.A.*, 1998 - IV, Pág.1160/1166.

Rossello, Gabriela; Hise, Mónica; Daño Moral, *J.A.*, t. 1999-I, p. 1064.

Rotman, Rodolfo B.; Valuación del daño moral por su costo de reversión, *L.L.*, 1981-C, pág. 358/368.

Rubinstein, Santiago J.; El daño moral laboral, *DT1980*, 1113.

Sagarna, Fernando A.; Carácter de la responsabilidad por el hecho de los animales: ¿alternativa o conjunta? Daño moral por las lesiones ocasionadas por un perro, *L.L. Buenos Aires*, volumen 1997, Pág. 967/974.

Sagarna, Fernando A.; Viajes de estudio y daño moral por abuso sexual por tercero ajeno al establecimiento escolar. Responsabilidad del hotel y de la agencia de viajes, *J.A.*, t. 1997-IV, Pág. 394/398.

Salas, Acdeel Ernesto; La reparación del daño moral, *J.A.*, t. 1942-III, Pág. 46/52.

Sambrizzi, Eduardo A.; Legitimación activa de los herederos forzosos de la víctima para accionar por indemnización por daño moral, *E.D.*, t. 179, Pág. 339/346.

Sambrizzi, Eduardo A.; Abandono del hogar, infidelidad y reparación del daño moral, *El Derecho*, Tomo 191, Pág. 364/382.

Sandoval Luque, Esteban; Daño moral, La Ley Córdoba, Volumen 1986, Pág. 396/408.

Saux, Edgardo I.; El daño moral y la concubina ¿Ocaso del artículo 1078 del Código Civil?, RCyS2008, 447.

Simone, Osvaldo Blas; Cobertura del daño moral en los seguros de responsabilidad civil, La Ley, Tomo 1975-B, 267/274.

Sobrino, Augusto R. - Revoredo, Blanca - Álvarez, Verónica; Alimentos y daño moral, J.A., 1998 - II, Pág.689/697.

Solari Brumana, Juan A.; Algunas reflexiones sobre el daño moral a los chiquilines, J.A., T° 24, Serie Contemporánea, Pág. 95/106.

Solari, Néstor E.; Algunas cuestiones sobre el daño moral en la filiación, LLBA2008 (julio), 607 - RCy S2008, 670.

Solari, Néstor E.; Nuevas tendencias en el derecho de los convivientes a reclamar el daño moral y el artículo 1078 del Código Civil, RCyS2009-XII, 49.

Spota, Alberto G.; Daño moral en el adulterio, E.D., t. 139, Pág. 397/399.

Spota, Alberto G.; Debe indemnizarse el daño moral sufrido por la madre de la persona por nacer cuyo aborto es consecuencia de un acto ilícito de un tercero? (Nota a fallo de la Cám. Civ. 1ª de la Cap. de agosto 25 de 1937 en causa Bernárdez, C. F. de c. Cía. de tranvías, J.A., t. 59, Pág. 482/488.

Spota, Alberto G.; El daño moral y el curso de los intereses en la responsabilidad aquiliana. (Nota a fallo de las cámaras civiles en pleno del 15 de marzo de 1943 en causa: Iribarren, Fernando v. Saen Briones)., J.A. t. 1943-I, Pág. 844/861.

Spota, Alberto G.; La reparación del agravio moral en materia en de daños causados por animales o cosas inanimadas, J.A., t. 75, Pág. 264/267.

Spota, Albeto G.; La reparación del daño moral por el responsable civil del delito penal J.A., t. 1956-IV, Pág. 70/73.

Suares, Roberto César; A propósito de un plenario. El daño moral y la problemática de la transmisión de su acción reparadora, La Ley, Tomo 1977 - B, Pág. 793/803.

Suárez Videla, Jorge; El daño moral y su reparación civil, J.A., Tomo 35, Pág. 1/65.

Suárez, Enrique L.; El derecho a un trato digno y al debido resarcimiento por daño moral. Cuando un acertado y feliz pronunciamiento muestra nuevos caminos para la salvaguarda de los consumidores, J.A., t. 2006-III, Pág. 323/340.

Sydiaha, Alejandro; La primacía de la realidad y el daño moral, L.L., t. 2009-C, Pág. 424/426.

Tale, Camilo; Daño moral a las personas jurídicas, E.D., t. 155, Pág. 845/855.

Taraborrelli, José N.; Daño psicológico, J.A., t. 1997-II, Pág. 777/783.

Tobía, Marcela - Pizarro, Ramón D.; Omisión antijurídica, obligación de seguridad y daño moral, J.A., t. 2000-II, Pág. 294/301.

Tobías, José W.; Hacia un replanteo del concepto (o el contenido) del daño moral, La Ley 1993-E, 1277 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo III, 01/01/2007,33.

Todesca, Norberto C. - Mendelewicz, José D.; La reparación del daño moral frente a la lesión de bienes materiales, J.A., t. 2002-IV, Pág. 327/330.

Trigo Represas, Félix A.; En la buena senda de la doctrina de la Suprema Corte de Buenos Aires, sobre inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil, L.L. Buenos Aires, volumen 2007, Pág. 749/763.

Trigo Represas, Félix A.; Un caso de daño moral colectivo, E.D., t. 171, Pág. 374/397.

Trigo Represas, Félix A., Stiglitz, Rubén S.; El daño moral en el incumplimiento contractual. El contrato forzoso y la relación paciente- obra social, L.L., t. 1985 - B, Pág. 139/156.

Uriarte, Jorge Alcides; Reparación del daño moral derivado de los hechos constitutivos del divorcio, J.A., t. 1988-III, Pág. 390/394.

Varni de Iñiguez, María Alicia -Iñiguez, Marcelo Daniel; Cuantificación del daño en las provincias de Neuquen y Río Negro, Revista de derecho de daños 2004-3: determinación judicial del daño - I/Dirigido por Jorge Mossetiturraspe - 1a ed. - Santa Fe: Rubinzal - Culzoni, 2005, Pág. 231/266.

Vázquez Ferreyra, Roberto A.; Carácter resarcitorio de la indemnización del daño moral, J.A., Tomo 1985 - I, Pág. 699/702.

Vázquez Ferreyra, Roberto A.; Cesión de créditos y daño moral, Zeus, Tomo 39, sep. - dic. 1985. Rosario. Pág. D-7/D-9.

Vázquez Ferreyra, Roberto A.; El daño moral en los derechos civil y laboral, J.A, t. 1991-II, Pág. 821/829.

Vázquez Ferreyra, Roberto A.; El daño moral y los damnificados indirectos, J.A., t. 1992-III, Pág. 105/110.

Vázquez Ferreyra, Roberto A.; Indemnización por la muerte de un ser querido: valor vida y daño moral en interesante pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, J.A., t. 1994-II, Pág. 614/616.

Vázquez Ferreyra, Roberto A.; La cuantía de la indemnización del daño moral: Estimación tarifaria iuris tantum, J.A., t. 1993-I, Pág. 621/622.

Vázquez Ferreyra, Roberto A.; La indemnización por daño patrimonial y moral a los padres por la muerte de un hijo de pocos meses, L.L., t. 1997-F, Pág. 914/918.

Vázquez Ferreyra, Roberto A.; Responsabilidad civil de los abogados. Daño Moral, J.A. t. 1992-IV, Pág. 616/619.

Vázquez Ferreyra, Roberto A.; Valor vida y daño moral. Mala praxis y responsabilidad civil de las obras sociales, L.L., t. 1994-E, 1/4.

Venini, Juan Carlos; Daño moral, L.L., t. 1985-A, Pág. 1035/1045.

Viramonte, Carlos Ignacio - Pizarro, Ramón D.; Cuantificación de la indemnización por daño moral en la jurisprudencia actual de la sala civil y comercial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: el caso L.Q., La Ley, Córdoba, Volúmen: 2007, Pág. 465/481.

Werlen, Cristian; Consolidación de la legitimación ampliada justificada, LLLitoral 2008 (agosto), 01/01/2008, 689.

Xanthos; Los hermanos y el daño moral. El curso de los intereses moratorios. Dos errores destacables, E.D., t. 166, Pág. 111/112.

Xanthos; Autonomía científica, conceptual y jurídica de los daños moral, estético y psicológico, L.L., t. 2000-D, 493.

Zannoni, Eduardo A.; Acerca de la actividad dañosa y el daño moral, La Ley 1985 - D, Sec. Doctrina. Pág. 863/867.

Zannoni, Eduardo A.; Daño e interés, J.A., t. 1984 - IV, Pág. 537/540.

Zavala de González, Matilde; Amplitud resarcitoria del daño moral contractual, RCyS2004, 211- DJ2004-3, 533.

Zavala de González, Matilde; Cuanto por daño moral, La Ley 1998-E, 1057-LLP1999, 01/01/1998, 1068 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 01/01/2007, 153.

Zavala de González, Matilde; Damnificados indirectos moralmente por lesiones, J.A., t. 1990-I, Pág. 921/928.

Zavala de González, Matilde; daño moral de padres por lesiones a sus hijos. Otros damnificados indirectos, DJ2007-II, 678 - La

Ley2007-E, 334 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 01/01/2007.

Zavala de González, Matilde; Daño moral por lesiones materiales, RCyS2010-IV, 12.

Zavala de González, Matilde; El concepto de daño moral, J.A., t. 1985-I, Pág. 726/732.

Zavala de González, Matilde; El daño estético, L.L., t. 1988-E, Pág. 945/961.

Zavala de González, Matilde; La personas sin discernimiento y las personas jurídicas como sujetos pasivos del daño moral,L.L., t. 1985-I, Pág. 794/798.

Zavala de González, Matilde; Los daños morales mínimos, La Ley 01/09/2004, 1 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo III.

Zavala de González, Matilde; Personalidad del daño, RCyS2010-VII, 11.

Zerdan, Inés; La reparación del daño moral. Influencias recíprocas entre el código de Luisiana y el código civil argentino, L.L., t. 1999-F, Pág. 971/983.