

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL Y JUSTICIA DISTRIBUTIVA*

QUANTIFICATION OF NON-PECUNIARY DAMAGES AND DISTRIBUTIVE JUSTICE

*Julio Mariano López***

Resumen: La cuantificación del daño extrapatrimonial presenta numerosos inconvenientes y se han propuesto diversas soluciones. Se explora la posibilidad de encontrar un método que aporte predictibilidad, satisfaga las exigencias de la reparación integral pero que también contemple los requerimientos de la justicia distributiva. En este sentido, el artículo indaga las posibilidades de un método comprometido con un ideal igualitario.

Palabras-clave: Daño extrapatrimonial - Cuantificación del daño - Reparación integral - Justicia distributiva - Igualdad.

Abstract: The quantification of non-pecuniary damages has many drawbacks and several solutions have been proposed. We explored the possibility of finding a method that provides predictability, satisfies the demands of integral reparation as well as those of distributive justice. In this sense, the article explores the possibilities of a method committed to an egalitarian ideal.

Keywords: Non-pecuniary damages - Quantification of damages - Integral reparation - Distributive justice - Equity.

Sumario: 1. Introducción.- II. Cuestiones conceptuales en torno al daño moral.- III. Los diferentes métodos de cuantificación del daño moral.- IV. Reparación integral e igualdad.- V. Conclusiones.

*Trabajo recibido el 6 de marzo de 2018 y aprobado para su publicación el 22 de marzo del mismo año.

**Magister en Derecho y Argumentación por Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Investigador en Formación SECYT. Integrante del Equipo de Investigación Aprobado por Resolución SECYT N° 206/2016 (Proyecto Categoría A identificado con el N° 30720150100284cb). Docente auxiliar de la Cátedra "C" de Introducción al Derecho de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la UNC.

I. Introducción

La cuantificación del daño moral, es decir, la posibilidad de establecer a cuánto debería ascender una suma de dinero que sea suficiente para resarcir los daños extrapatrimoniales de la víctima ha sido objeto de numerosos estudios y artículos. Jueces y doctrinarios intentan encontrar parámetros o criterios -incluso fórmulas o procedimientos- para compensar la afectación de intereses legítimos que no tienen, en estricto sentido, consecuencias patrimoniales. De allí la dificultad para arribar a una solución que permita no sólo indemnizar adecuadamente al sujeto pasivo del daño, sino que restrinja la arbitrariedad que, muchas veces, se avizora en la justificación de las decisiones judiciales.

Además, establecer parámetros más estables de cuantificación del daño moral redundaría de manera positiva, otorgando mayor predictibilidad al sistema, allanando las transacciones y facilitando la fijación de las primas que se pagan por los seguros que cubren daños a las personas. Al respecto, se advierte que, por ejemplo, en otros sistemas jurídicos, la tarifación del daño moral tiende a satisfacer las inquietudes reseñadas, toda vez que reduce el ámbito de discrecionalidad del juez, aporta previsibilidad a la cuantificación y, se estima, satisface razonablemente el interés de la víctima.

En nuestro derecho nacional no existían estándares o criterios legales que vinculasen o, al menos, guiasen al juez a la hora de determinar cuánto debía pagar el agente cuando infringía un daño de índole extrapatrimonial. Nuestro codificador original ni siquiera previó la indemnización de estos menoscabos para los casos de ruptura del nexo contractual. Recién con la reforma introducida por la ley 17711 el daño moral pudo ser concedido en supuestos de incumplimientos contractuales.

Tampoco el reciente Código Civil y Comercial que entró en vigencia en el año 2015 ha zanjado las cuestiones que han acuciado a la doctrina y jurisprudencia durante tantos años. Introdujo en el artículo 1741 la noción de “satisfacciones sustitutivas y compensatorias” como un concepto que debe guiar al juzgador al momento de determinar el *quantum* de daño moral.

Acorde con la doctrina mayoritaria, no se trata tanto de encontrar un monto pecuniario equivalente al menoscabo sufrido, puesto que ello resulta no sólo dificultoso sino prácticamente imposible. La índole extrapatrimonial del daño conspira contra la viabilidad de establecer ese *quantum*. No se trata, como suele decirse, de ponerle un “precio al dolor”, más bien lo que se intenta es descubrir aquellas prestaciones que sirvan para mitigar las repercusiones negativas que el evento dañoso infligió a los intereses extrapatrimoniales de la víctima. Una vez establecido aquello que puede servir para que el damnificado obtenga algún placer compensatorio que aminore o reduzca el dolor, la angustia, la aflicción provocadas por el suceso, pareciera que la operación de cuantificar el daño moral podría resultar más simple.

Sin embargo, creemos que aquí no terminan las preocupaciones que se enumeraron al principio y, probablemente, se abren nuevas dificultades para el juez. Por un lado, no parece tarea fácil la determinación de cuáles sean esas satisfacciones compensatorias. Por otro lado, lejos de aportar previsibilidad con relación a las indemnizaciones que eventualmente deban abonarse por este rubro, la noción de satisfacciones compensatorias, íntimamente ligadas a la subjetividad del damnificado, también dejan un área de incertidumbre, toda vez que resulta dificultoso saber de antemano cuáles serán los bienes o servicios susceptibles de satisfacer ese interés no patrimonial.

Puede decirse a favor de este sistema que, si lo que se busca es *resarcir* al damnificado, la respuesta resulta más acorde con el principio de reparación integral. Este principio no sólo se encuentra actualmente consagrado en el artículo 1740 del Código Civil y Comercial, sino que ha tenido amplia recepción en la doctrina y jurisprudencia con anterioridad a la vigencia del Código unificado.

El novel ordenamiento privado trasluce, en este aspecto, una consideración al principio de la justicia correctiva que, para la gran mayoría, sirve de fundamento a la responsabilidad civil.

Dado que, en virtud de este principio, no puede indemnizarse más allá del daño efectivamente producido, puesto que, en el caso de que la compensación exceda el menoscabo sufrido, la suma acordada ya no cumpliría su típica función resarcitoria, el sistema de las satisfacciones compensatorias no sería más que un mecanismo idóneo para solventar el grave problema de la cuantificación del daño extrapatrimonial.

Con todo, no existe consenso alguno con relación al fundamento de la responsabilidad civil. Se ha discutido, no tanto quizás en el ámbito de la doctrina nacional, sobre el principio que explica por qué, quién y cuándo debe indemnizar los menoscabos sufridos por una persona. Para algunos, consideraciones de justicia distributiva también deberían tenerse en cuenta a la hora de establecer las reglas del sistema. En ese sentido, resulta imperioso indagar acerca de la posibilidad de un método que aporte predictibilidad a la cuantificación, a la vez que contemple, por qué no, la satisfacción de otros objetivos tales como la igualdad cuyo rango constitucional luce indiscutible. A explorar estas cuestiones dedicamos este artículo.

II. Cuestiones conceptuales en torno al daño moral

Surge de modo evidente que, con carácter previo a dilucidar el problema de la cuantificación del daño moral, resulta menester determinar a qué nos referimos con esta expresión. Ya Pizarro (1) resaltaba la importancia del asunto al decir que los límites cualitativos y cuantitativos del derecho del damnificado y la obligación de resarcir del responsable pasan por la cuestión conceptual acerca de qué se entiende por daño moral.

(1) PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral*, 2ª edición. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 31.

No resulta ocioso recordar que, durante la vigencia del Código velezano, se dieron lugar ciertas disputas con relación no sólo a los alcances de este tipo de daño sino, incluso, respecto de su carácter resarcible. Sin pretender ser exhaustivo, toda vez que la cuestión luce ya dirimida y no es objeto de este trabajo una reseña histórica del instituto, en su oportunidad autores de la talla de Llambías hablaban, paradójicamente, de la inmoralidad de resarcir el daño moral. El daño moral se entendía solamente como *“una lesión en los sentimientos, por el sufrimiento o dolor que padece la persona, que no es susceptible de apreciación pecuniaria”* (2). El civilista afirmaba que indemnizando el daño moral se caía en un grosero materialismo, puesto que se degradaba los sentimientos humanos más excelsos al pretender aplacar los dolores físicos o espirituales mediante sucedáneos placenteros que el dinero puede comprar (3).

Sin embargo, la doctrina fue morigerando dichas posiciones extremas hasta aceptar que la afectación de la persona en sus distintas facetas, aun cuando carezcan de una faz patrimonial, pueden y deben ser resarcidas mediante una compensación pecuniaria. En este sentido, la expansión no sólo se produjo en relación al carácter resarcible del daño moral sino a qué debía entenderse como tal.

De esta manera, se propuso considerar al daño moral como una especie dentro del género más extenso denominado “daños a la persona” por contraposición a los “daños patrimoniales”. En este sentido estricto, el daño moral sólo comprendía o debía identificarse con el dolor, el sufrimiento, la tristeza, la angustia o desolación. Sin embargo, las consecuencias extrapatrimoniales de un evento dañoso iban mucho más allá de esas manifestaciones. Se extendía a otros aspectos que excedían al mero sufrimiento, dolor o afectación de los sentimientos. Así se hablaba de una serie de daños -daño a la intimidad, daño estético, daño a la vida de relación o al proyecto de vida, entre otros- que incidían en esta faz no patrimonial de la persona o que lesionaban intereses que rebasaban los meramente pecuniarios, pero que, evidentemente, tenían como eje la persona humana (4).

Acorde con esa visión, para el Código Civil y Comercial que entró en vigencia en 2015 resultan indemnizables las *consecuencias no patrimoniales* que surgen, particularmente, de la violación a los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad

(2) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Tomo I, Perrot, Buenos Aires, 1967, p. 301.

(3) LLAMBÍAS, J. J. Ob. cit., p. 305.

(4) MOSSET ITURRASPE, Jorge. “Daño moral. Noción. Crítica a la denominación. Daño extrapatrimonial. Daño a la Persona”, *Revista de Derecho de Daños* N° 6, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, *passim*. El interés por diferenciar el daño moral de otros perjuicios extrapatrimoniales venía impulsado por la necesidad de no aplicar las restricciones que en materia de legitimación activa contenía el anterior Código Civil en su artículo 1078. De tal modo, la posibilidad de reclamo de estos daños de índole extrapatrimonial no se circunscribía a ciertas y determinadas personas contenidas en la manda legal, sino que se ampliaba a otros legitimados que acreditaran el menoscabo.

personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

En rigor, las lesiones producidas a estos bienes pueden acarrear secuelas tanto en la faz patrimonial como en la extrapatrimonial. Pero adquieren especial relevancia con relación a estas últimas y así lo entienden algunos doctrinarios conforme la redacción del artículo 1738. Para éstos, la norma abarca, en primer lugar, los distintos capítulos del daño patrimonial (el daño emergente, el lucro cesante y la pérdida de chances) para después referirse a las consecuencias extrapatrimoniales (5).

De esta manera, el nuevo Código se enrola, a mi modo de ver, en la corriente que conceptualiza al daño moral como las consecuencias perjudiciales que se derivan del evento dañoso cuando éste lesiona un interés extrapatrimonial. De hecho, el cuerpo legal ni siquiera habla de daño moral, sino que, al contrario, lo que antes se entendía como tal ahora se lo designa con la locución “consecuencias no patrimoniales”.

A primera vista, quedaría zanjada la polémica en torno a cuál es el concepto de daño resarcible que adopta el Código Civil y Comercial. Está polémica en el tema que nos ocupa se traducía en dos corrientes. Una de ellas entendía que el daño moral se configuraba con la mera lesión a un interés de carácter extrapatrimonial sin atender a las consecuencias dañosas. La otra, en cambio, sostenía que eran precisamente las repercusiones espirituales las que en verdad importaban para determinar el acaecimiento de un agravio de esta índole, así como para su valoración y cuantificación (6).

Aun con algunos reparos, la definición que luciría más adecuada en la actualidad es la proporcionada por el Dr. Pizarro en su ya clásico libro sobre el tema (7). Para el doctrinario el daño moral -hoy daño extrapatrimonial- importa “*una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a 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*” (8).

(5) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *La responsabilidad en el nuevo Código*, Tomo II, Alveroni, Córdoba, 2016, pp. 543/544.

(6) En realidad, el debate está lejos de cerrarse. Como lo señala Ferrer Martínez, un análisis descriptivo de las normas del Código Civil y Comercial permite elaborar argumentos que abonan ambas concepciones de lo que es el daño resarcible. Vid. FERRER MARTÍNEZ, Martín. “Algunos problemas en el concepto de daño resarcible”, en FERRER MARTÍNEZ, Martín (Dir.). *Cuantificación del Daño. Región Córdoba*, La Ley, 2017, pp. 9/23.

(7) VIRAMONTE, Carlos Ignacio. “Indemnización de daños no patrimoniales”, en MÁRQUEZ, José Fernando (Dir.), *Responsabilidad en el Código Civil y Comercial*, Zavalía, p. 260. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. Ob. cit., p. 583. PEYRANO, Jorge W. “De la tarificación judicial *iuris tantum* del daño moral”, JA, 1993-I-877.

(8) PIZARRO, R. Ob. cit., p. 43.

Se entiende que la definición transcrita tiene como ventaja, en primer lugar, que se adecua al concepto de *daño resarcible*, puesto que éste se identifica con las *consecuencias disvaliosas* de un hecho dañoso y no con la lesión propiamente dicha. En efecto, la lesión, que es implicada por el sentido amplio o genérico de daño, puede consistir, por ejemplo, en la pérdida de un miembro del cuerpo, en perjuicio a un bien del patrimonio *v.gr.* la destrucción de la casa en la que se habita, en la difamación del honor personal, etc. (9). Sin embargo, no son las lesiones en sí las que se indemnizan. El evento nocivo, como ya se dijo antes, puede acarrear consecuencias tanto en el patrimonio de una persona como perjudicar intereses que no tengan esa índole crematística. Y son dichas consecuencias las que resultan indemnizables.

Por otro lado, se destaca que el interés lesionado es estrictamente extrapatrimonial, aunque, cabe insistir, no es la lesión al interés en sí lo que configura el daño resarcible sino sus consecuencias nocivas, lo que da un contenido propio al daño así definido.

Al respecto, uno de los intentos por definir el daño moral lo hacía por exclusión, vale decir, tenía un sentido negativo: Todo lo que no es daño patrimonial es daño moral. Pizarro, en cambio, insiste en que su definición proporciona un contenido propio a este tipo de perjuicios. Estimo que el interés cuyo contenido no es patrimonial se traduce en el deseo o necesidad de mantener el equilibrio espiritual que se ve alterado por el evento dañoso. De allí que se hable de una modificación disvaliosa del espíritu o de la subjetividad del damnificado en su capacidad de entender, de querer o de sentir.

Con todo, el autor advierte que no es requisito para que se configure este daño que la víctima vivencie dolor o sufrimiento. *“El sufrimiento no es, de tal modo, un requisito indispensable para que haya daño moral, aunque sí una de sus posibles manifestaciones más frecuentes”* (10). El daño moral puede importar un cercenamiento -incluso una supresión- en la aptitud de sentir, una pérdida de los sentimientos o de la capacidad de experimentarlos. Es por ello que corresponde indemnizar el daño moral a personas que se encuentran en estado vegetativo o que aún no han desarrollado esa capacidad para entender las repercusiones del hecho lesivo como los menores de edad.

Resulta extraño, sin embargo, que la definición incluya como requisito, en su parte final, que el modo de ‘estar diferente’ (consecuencia) producido por la lesión a un interés extrapatrimonial (causa) sea *anímicamente perjudicial*. A mi modo de ver, esta repercusión anímica necesaria para que se configure el daño moral puede entenderse de dos maneras: o bien como una *efectiva* experiencia en los sentimientos de la perso-

(9) Cuando hablamos del objeto sobre el cual recae el menoscabo o perjuicio, no hablamos aún de daño en sentido jurídico sino en sentido “naturalístico” al decir de PIZARRO (Ob. cit. p. 34).

(10) PIZARRO, R. Ob. cit. p. 45.

na afectada o bien como una *potencial* afectación de esos sentimientos, en cuyo caso, dicha valoración se realiza en abstracto (11).

En el primer caso, si esa vivencia se experimenta como dolor, angustia o tristeza o más bien como apatía o un simple malestar, evidentemente, carece de relevancia para la verificación de su acaecimiento. La forma en que el hecho lesivo impacta en el ánimo de la persona no importa, con tal que ese impacto efectivamente ocurra. Allí se verifica el daño moral.

No parece irrelevante, en cambio, a los fines de la *cuantificación* de las consecuencias extrapatrimoniales, puesto que la forma en que se revela anímicamente perjudicial puede ser un indicador de la magnitud del perjuicio ocasionado. Pizarro advierte, en contra de la tesis que atiende solamente al interés lesionado y no a las consecuencias que de ello se derivan, que si concebimos al daño moral del primer modo, *“resulta poco menos que imposible determinar la entidad cualitativa y cuantitativa del daño moral efectivamente causado, que marca -no olvidemos- los límites del deber de resarcir para el sindicado como responsable”* (12).

El problema que se suscita es que, si la repercusión anímica constituye un requisito para que el daño sea resarcible, entonces existen casos -aquellos en los que las víctimas son incapaces de experimentarlos, por ejemplo, por haber caído en estado de coma- que no pueden generar supuestos de daño moral resarcible (13).

Por ello, parecería más adecuado, optar por la segunda vía, vale decir, aquella en la que el modo de ‘estar diferente’ anímicamente perjudicial se aprecia en abstracto, por así decirlo. No existe duda alguna que una persona ha sufrido una lesión a su subjetividad desde un punto de vista extrapatrimonial cuando, a raíz de un accidente, ha quedado en estado de vida vegetativa. No importa el hecho de que no pueda sentir el dolor de verse en esa situación.

Pero entonces: ¿Cuál es el resultado o efecto que debe tenerse en cuenta en este caso? ¿Cómo se determina su magnitud y cómo debe valorarse? En definitiva, ¿cuál es la diferencia práctica entre la posición doctrinaria que conceptualiza el daño moral o

(11) Este agregado, asimismo, acentúa el hecho de que sólo las personas físicas son susceptibles de reclamar daño moral, aun cuando se reconoce, en el plano teórico, que las personas jurídicas también pueden tener intereses extrapatrimoniales susceptibles de ser conculcados y, por tanto, resarcidos.

(12) PIZARRO, R. Ob. cit., p. 48.

(13) Concordamos con ZAVALA DE GONZÁLEZ en que quienes tienen las facultades mentales alteradas pueden experimentar un daño moral, incluso cuando la afección les impida comprender cabalmente las secuelas de que ha sido víctima. Como dice la autora cordobesa se puede sufrir, sin comprender bien por qué. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *Resarcimiento del daño moral*, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 305.

extrapatrimonial, teniendo en cuenta el resultado de la acción que causa el detrimento y la que sólo toma en consideración el carácter no patrimonial del interés lesionado? (14).

Si adoptamos la postura que admite la indemnización por daño moral para la persona que se encuentra en estado vegetativo, subsiste la cuestión del *quantum* de dicha indemnización, puesto que, al no haber repercusiones que permitan establecer en concreto su magnitud, la tarea de cuantificar el daño moral se vuelve aún más dificultosa -aunque no imposible-, teniendo en cuenta que la suma que se acuerde debe tener un carácter estrictamente resarcitorio y nunca sancionatorio. En este sentido, ciertas circunstancias de la vida del damnificado anteriores al hecho dañoso puedan servir de guía para ese fin.

De modo que, si pretendemos mantener la tesis que acuerda una indemnización por daño moral a personas incapaces de experimentarlo, entonces, a nuestro modo de ver, que la consecuencia sea anímicamente perjudicial se vuelve superflua porque el resarcimiento se acuerda por la modificación disvaliosa del espíritu apreciada en abstracto. Dice Zavala de González: *“Quienes quedan en estado de coma a raíz del hecho experimentan un grave perjuicio existencial, aunque se encuentren privadas de conciencia, precisamente porque se les ha arrebatado la normalidad existencial, en cuanto a las potencialidades mismas de comprender, querer y actuar. Sufren jurídicamente un dramático mal, aunque no lo vivencien en su subjetividad”* (15).

Si esta condición puede ser apreciada genéricamente, entonces la cuantificación de las consecuencias extrapatrimoniales no debería estar *necesariamente* atada al parámetro subjetivo del efectivo sufrimiento y podría alcanzarse un cierto grado de objetivación sin llegar a una abstracción que prescindiera de las particularidades del caso. Como señala, una vez más Zavala de González: *“A nuestro juicio, la objetivación es distinta de la abstracción: aquélla aproxima las personas a partir de algunas pautas que le son comunes; mientras que la segunda las percibe en un terreno diferente de su realidad concreta (desatiende esta situación fáctica) (...)”* (16).

Cabe preguntarse, entonces, si en búsqueda de esa objetivación, ¿podría utilizarse algún método de tarifación o sería más deseable que el juez estableciera discrecionalmente el *quantum* indemnizatorio? ¿Qué sistema luce más razonable para la cuantificación del daño moral? El próximo apartado lo dedicaremos, precisamente, a analizar las diversas formas con que, históricamente, se ha intentado concretar en términos pecuniarios el perjuicio extrapatrimonial.

(14) Este resultado práctico idéntico es advertido por Pizarro. PIZARRO, R. Ob. cit., p.48.

(15) ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. Ob. cit., pp. 306/307. El destacado me pertenece.

(16) ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. Ob. cit., p. 395.

III. Los diferentes métodos de cuantificación del daño moral

Una vez verificado un evento dañoso con afectación de los intereses extrapatrimoniales de una persona y repercusiones en su equilibrio espiritual, se abre la etapa de valoración de ese daño producido y de cuantificación de la indemnización a abonar. Es precisamente esta etapa la que genera mayores dificultades y encendidas discrepancias. Incumbe no sólo al juez, quien deberá expedirse en la sentencia, sino al abogado que tendrá que estimar su pretensión en la demanda o en el momento de negociar un acuerdo fuera del ámbito judicial.

La doctrina ha señalado la importancia de buscar criterios que hagan más previsibles y menos arbitrarios los montos acordados en concepto de daño moral. Pizarro (17), por ejemplo, señala que la ausencia de estos criterios más o menos uniformes afecta la previsibilidad del derecho y el carácter disuasivo para los potenciales causantes de daños, incrementa los costos y tiempos del proceso tendientes a determinar la responsabilidad civil de un sujeto, dificulta las transacciones judiciales o extrajudiciales, y encarece el costo del seguro.

De allí que se hayan adoptado distintos métodos o sistemas para evaluar y cuantificar el daño moral, los cuales se han visto reflejados en distintos pronunciamientos jurisdiccionales.

En primer lugar, algunos tribunales se han inclinado por una cuantificación discrecional del daño moral. Es el juez, usando las reglas de la experiencia y un particular sentido de la justicia -y por qué no de la empatía también-, quien determina el *quantum* de las consecuencias extrapatrimoniales sufridas por la víctima. Pese a que se trata de un enfoque absolutamente resistido por su subjetividad, por la imposibilidad de contralor y por la ausencia de predictibilidad, no creó que, un método tal, deba ser necesariamente arbitrario y, menos aún, que no pueda ser defendido.

Algunas posiciones que preconizan la aplicación de la ética de la virtud a la ética judicial, lejos de ver en la subjetividad del juez una fuente de discrecionalidad y/o impredecibilidad ponen a las virtudes del magistrado como condición necesaria de la justificación de la norma individual que implica una sentencia (18). Más aún, apelar a criterios tales como que el juzgador puede evaluar subjetivamente, no necesariamente lleva a privar de fundamentos a la sentencia. No es que el magistrado se halle eximido de brindar las razones del *quantum* indemnizatorio, sino que éste no halla parámetro alguno donde medirse.

(17) PIZARRO, R. Ob. cit., p. 437.

(18) Al respecto véase el interesante trabajo de AMAYA NAVARRO, María Amalia. *Virtudes judiciales y argumentación: una aproximación a la ética jurídica*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2009. También MORESO, Juan José. "Virtudes, Particularismo y aplicación del derecho", en LUQUE, Pau (ed.), *Particularismo. Ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp.187/199.

La índole típicamente resarcitoria de la responsabilidad civil excluye otros sistemas que desnaturalizan el sentido de la suma dineraria acordada por las consecuencias extrapatrimoniales de un acto ilícito. En efecto, puesto que lo que se busca es resarcir el detrimento sufrido por el damnificado, la conducta observada por el agente y su grado de reprochabilidad se vuelven, en principio, irrelevantes. Demás está decir que el daño por las consecuencias extrapatrimoniales no atiende al carácter objetivo o subjetivo de la responsabilidad. No importa si el agente actuó con dolo o culpa o si su agencia le es imputada objetivamente. En cualquier caso, el daño moral infligido será resarcible.

Sólo si se pretende *sancionar* y no reparar, la gravedad de la acción desplegada por el agente se vuelve importante para cuantificar el daño moral. No es extraño advertir, sin embargo, que el desprecio observado por el dañador pueda incidir en la magnitud del menoscabo moral producido. Una acción lesiva realizada con evidente desconsideración hacia la integridad de las personas puede acarrear un mayor sufrimiento a la víctima.

También han caído en desuso las operaciones que vinculaban la cuantificación del daño moral con la del daño patrimonial. Parece a esta altura incuestionable que un hecho dañoso puede tener escasas consecuencias patrimoniales y, sin embargo, ser causa de importantes repercusiones espirituales (19). O viceversa, una pérdida patrimonial importante apenas puede menoscabar anímicamente a su víctima. Pero, por sobre todo, la vinculación de una indemnización con otra se muestra incongruente con la función resarcitoria de la responsabilidad civil, ya que, lejos de intentar asir la magnitud del daño en su justa medida, se desentiende de esa operación para ligarla a un cálculo que es absolutamente independiente y que puede resultar injusto tanto para el damnificado como para el responsable.

Con todo, las preocupaciones en torno a este aspecto de la responsabilidad civil continúan. Y de este modo, se ha propuesto una tarifación indicativa para lograr una predictibilidad del sistema sin llegar al extremo de una objetivación absoluta a través de montos fijados legalmente como se observa en el derecho comparado. Ésta es la modalidad sugerida por el procesalista Jorge W. Peyrano (20), que tuvo y tiene adhesiones jurisprudenciales. Partiendo de la premisa de que la predictibilidad es un valor del proceso y que la ausencia de criterios que permitan graduar cuantitativa y cualitativamente el daño moral afecta dicho valor, impidiendo a los litigantes anticipar el resultado de la sentencia y, por consiguiente, establecer la conveniencia de demandar, allanarse o concertar algún acuerdo transaccional, el autor se inclina por un sistema de tarifación *judicial* del daño moral.

(19) Éste podría ser el caso, por ejemplo, de la lesión del honor cuando no haya repercutido en el ámbito patrimonial del damnificado. Adviértase en este caso la posibilidad de reparación que consagra el artículo 1740 a través de la publicación de la sentencia. Quizás sea más reparador este desagravio público que cualquier suma de dinero que pague el responsable.

(20) PEYRANO, Jorge W. "De la tarifación judicial *iuris tantum* del daño moral", JA, 1993-877.

Peyrano sostiene que, si se hiciera una encuesta, la mayoría se inclinaría por un rechazo a la tarifación del daño moral como método para hacer más previsible la decisión judicial. Sin embargo, advierte que los reparos se vinculan más con la rigidez del sistema que implicaría una tarifación legal -imponiendo topes o máximos a la indemnización que pueda acordar el juez- que a los beneficios que se desprenderían de contar con alguna guía cuantitativa.

De este modo, el autor se inclina por una tarifación de tipo judicial y no legal donde los pronunciamientos de los distintos tribunales, paulatinamente, vayan formando una especie de baremo de consulta para abogados, litigantes y jueces. La propuesta supone la posibilidad de conformar una suerte de tabla decreciente que correlacione distintas situaciones objetivas con un monto pecuniario no rígido, del cual el magistrado pueda apartarse, en más o en menos, según las circunstancias del caso y de la víctima. Así, por ejemplo, apunta que el vértice del índice debería estar ocupado por el supuesto en el que un padre pierde un hijo, situación que, en abstracto, constituye el máximo dolor concebible y, por tanto, el mayor daño moral imaginable.

Por diversas razones, los hechos han demostrado que una práctica como la que supone el sistema de tarifación judicial indicativa resulta de muy difícil conformación. Un estudio reciente de recopilación y sistematización de jurisprudencia cordobesa (21) demuestra no sólo la disparidad de criterios de valoración, la dificultad de comparar valores a lo largo del tiempo -en el estudio se tomó como referencia el valor del *jus*, unidad económica destinada a regular honorarios de los profesionales intervinientes en el pleito- sino también la incongruencia que se desprende de los montos condenados cuando se comparan situaciones de tan diversa índole como el daño moral que surge de un incumplimiento contractual y el de la víctima que sufre la pérdida de un ser querido.

De allí que se hayan opuesto numerosos reparos a un sistema como el mencionado, a saber: la dificultad de determinar en qué medida los casos son similares, vale decir, cuáles son las semejanzas y diferencias relevantes que permiten utilizar una resolución judicial anterior como pauta para determinar el *quantum* indemnizatorio, los efectos distorsionadores de la inflación que, como sabemos, se ha constituido en un mal endémico en nuestro país, la inexistencia de recopilaciones -oficiales o no- de los fallos emitidos por las cortes que permitan un acceso rápido, preciso y exhaustivo a la información, desde luego, la casuística infinita que se puede presentar al magistrado y que, en ciertos casos, conspira en contra de la factibilidad de hallar un precedente anterior. También se ha cuestionado la razonabilidad del sistema, puesto que, en defi-

(21) MARCELLINO, Leonardo. "Valoración, cuantificación y satisfacción en el daño moral en la jurisprudencia cordobesa," en JUÁREZ FERRER, Martín (Dir.), *Cuantificación del Daño. Región Córdoba*, La Ley, Buenos Aires, 2017, pp. 211/300.

nitiva, el resorte a un precedente jurisprudencial sólo aporta un argumento de carácter autoritativo y no un fundamento sustancial vinculado a la justicia del caso (22).

Por último, y no menos importante, existe un argumento de tipo normativo que, si bien no descarta de plano este método, impone al magistrado una restricción al momento de cuantificar las consecuencias extrapatrimoniales. En efecto, el artículo 1741 del Código Civil y Comercial dispone en su párrafo final que el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las *satisfacciones substitutivas y compensatorias* que pueden procurar las sumas reconocidas.

La teoría de los placeres o satisfacciones compensatorias asume, en primer lugar, que tal como la naturaleza misma del daño lo indica se trata de repercusiones insusceptibles de apreciarlas económicamente. En segundo lugar, comulga con la idea, derivada de la primera, de que el juez no debe ir en busca de una magnitud económica para medir o mensurar el dolor o cualquier alteración espiritual que se pretenda resarcir. No se trata de poner un precio al dolor, es lo que repite sistemáticamente la doctrina más moderna.

Sin embargo, sostiene que ello no vuelve imposible la compensación del daño moral. Quizás una suma de dinero sea una manera deficiente o imperfecta de reparar el menoscabo espiritual, pero del hecho que el daño extrapatrimonial no sea valuable en dinero no se sigue que sea imposible repararlo. *“La finalidad compensadora del resarcimiento puede alcanzarse sin acudir a cálculos numéricos sobre el daño, de cuyo imposibles frente a quebrantos del espíritu”* (23).

¿Cómo se alcanza esa finalidad compensadora entonces? A través de la estimación de un monto dinerario que permita acceder a placeres o satisfacciones que puedan atenuar o mitigar el desequilibrio espiritual provocado. El resarcimiento adquiere, así, un carácter paliativo, *balsámico* si se quiere, y la pregunta por la cuantificación del daño moral, en lugar de concentrarse en hallarle un valor pecuniario al sufrimiento, se centra en el precio de los bienes que permiten procurar su consuelo. En esta línea de pensamiento, a modo de ejemplo, una suma pecuniaria suficiente para realizar un viaje de placer puede cumplir ese fin indemnizatorio, más allá del destino que la víctima finalmente le dé al dinero.

Con este método, se pretende hallar una solución a la cuantificación del daño moral a la vez que se despoja a dicha operación de la pretensión de “mercantilizar”

(22) JUÁREZ FERRER, Martín. “Cuantificación del daño moral por escalas”, ídem, *Cuantificación del Daño. Región Córdoba*. JUÁREZ FERRER, Martín (Dir.), La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 304. Aun cuando sea cierto que, hasta que se forme una práctica que permita establecer una línea jurisprudencial, no se puede hablar de corrección de las decisiones que la conforman, la idea es que, frente a la imposibilidad de cuantificar las consecuencias extrapatrimoniales, una vez que aquélla se consolide debería aportar razones de tipo normativo, es decir, aquellas respecto de las cuales los participantes aceptan y utilizan desde un punto de vista interno.

(23) ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. Ob. cit., p. 51.

el dolor. “*Se trata, ante lo que se ha padecido, y siendo que es imposible volver el tiempo atrás, de que con el dinero que se otorgue como indemnización el afectado pueda realizar algo que le guste, que lo haga ‘sentir bien’, y que -en cierta manera- le permita tener algún sentimiento que lo reconforte, lo aliente a seguir adelante, casi como un emoliente para el dolor, una suerte de ‘caricia al alma’ que en parte mitigue el padecimiento, y sea de la manera que sea*” (24).

Se ha señalado que las prestaciones que pueden resultar útiles para definir el *quantum* del resarcimiento no necesariamente deben consistir en la adquisición de bienes o servicios -entre ellos se enuncian a modo de ejemplo las distracciones ofrecidas por la asistencia a espectáculos, la práctica de deportes y juegos, el incremento de comodidades del hogar o unas breves vacaciones-, también puede hallarse un alivio espiritual en hacer bien a otros, involucrarse en obras de caridad (25).

Los doctrinarios destacan, en este supuesto, la importancia que adquiere la explicitación de los placeres compensatorios que interesan a la víctima en su demanda como guía que, luego al dictar sentencia, debe tomar el juez para cuantificar el daño moral. Así, si el demandante posee algún interés especial cuya satisfacción pueda contribuir al consuelo que se busca, debería ponerlo de manifiesto en la demanda y, eventualmente, ser objeto de prueba (26).

La equivalencia entre indemnización y daño debería lograrse de manera más acabada a través de este procedimiento. Si bien, por un lado, tiene un cariz más objetivo o particularista, porque conecta directamente con los intereses de la víctima -que pueden variar grandemente de persona a persona-, por el otro, el planteo oportunamente efectuado por el litigante proporciona un parámetro más objetivo al juez, ya que debe resolver sobre una pretensión específica con la cual su resolución debe guardar correspondencia. Se satisfacen, de este modo, las exigencias del principio de congruencia contenido en la mayoría de los códigos procesales. Más aún si se han introducido elementos probatorios que den visos de razonabilidad a lo solicitado en demanda.

Uno de los problemas que advertimos con facilidad es que, precisamente, el *quantum* de la indemnización puede ser “sensible a la riqueza” (27). Los bienes o servicios que sirven de paliativo del dolor no suelen ser los mismos según la víctima pertenezca

(24) OSSOLA, Federico A. “El daño resarcible y la cuantificación judicial del daño moral. Dificultades y propuestas”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año XIX, N° 11, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 25.

(25) Uno de los trabajos liminares, profusamente citados, con relación a este punto es el de IRI-BARNE, Héctor Pedro. “La cuantificación del daño moral”, *Revista de Derecho de Daños* N° 6. *Daño Moral*. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, pp. 185/215. En el mismo sentido, OSSOLA, F. Ob. cit. p. 25.

(26) OSSOLA pone como ejemplo un damnificado que proponga viajar al lugar en que se forjó su grupo de música favorito (*v. gr.* Liverpool, por los Beatles), siempre que, desde luego, sea razonable en función de la entidad del daño sufrido, Ob. cit. p. 27.

(27) JUÁREZ FERRER, M. Ob. cit., p. 306.

a una clase u otra. Si bien esta relación no es necesaria, una situación similar como la muerte de un hijo sufrida por dos damnificados de distinta extracción social puede redundar en la condena de montos resarcitorios dispares. Como señala Ossola, entre otros: *“Es que si se trata de brindar satisfacciones sustitutivas y compensatorias, un criterio extremo (que deseamos de manera terminante) podría postular que en el caso de personas de fortuna una suma equivalente -por ejemplo- al valor de un inmueble podría resultarle poca indemnización; en tanto que para una persona humilde podría significarle el acceso a la vivienda propia, siendo una satisfacción suficiente, ante situaciones dañosas análogas (por ej. la muerte de un hijo). Cabe descartar de plano formulaciones como la indicada”* (28).

La aplicación a la cuantificación del método de los placeres compensatorios posee, entonces, la ventaja de permitir acercarse de manera más adecuada a la magnitud del daño infligido tal como es percibido por la propia víctima (29). Se satisfaría, además, el principio de reparación integral que reclama un resarcimiento justo del daño, entendido como proporcionado a la importancia del perjuicio.

Sin embargo, una objeción que cabe oponer a este método de abordar la cuantificación del daño moral apunta al hecho de que esa percepción puede estar distorsionada. De modo que dos personas, en circunstancias similares, que experimentan la pérdida ocasionada -por ejemplo, de un ser querido- de manera semejante podrían recibir indemnizaciones absolutamente diferentes, en función de lo que *perciben* como instrumento de consuelo. Y en esa percepción la condición patrimonial de los involucrados puede tener mucho que ver.

Adviértase aquí que no se trata de que la ofensa sea más grave o se experimente más intensamente cuando la persona pertenezca a una clase más alta o más baja. El daño existencial puede intensificarse o no en razón de la situación patrimonial de la víctima. Pero las costumbres, gustos o deseos sí resultan sensibles a esa situación patrimonial y éstos suelen ser determinantes al momento de elegir los placeres compensatorios, dando lugar a discriminaciones que pueden parecer injustas o arbitrarias (30).

Dada la distorsión apuntada, la doctrina se ha empeñado en aportar otros parámetros objetivos que actúen como límites a un criterio tan subjetivo. Desde luego, lo subjetivo aquí se vincula con la situación del damnificado y no con el razonamiento del magistrado.

La tensión entre las demandas del principio de reparación integral y los efectos distributivos regresivos que pueden derivarse de la teoría de los placeres compensatorios

(28) OSSOLA, F. Ob. cit., p. 25.

(29) Otro problema se da cuando la víctima no expresa en su demanda cuáles serían los placeres sustitutivos que pretende como indemnización del daño sufrido.

(30) ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. Ob. cit., pp. 389/396.

-perpetuando el *status quo* de sociedades fuertemente inequitativas-, punto sobre el que me explayaré en el próximo apartado, podría salvarse, a mi modo de ver, a través de una tarificación de la indemnización como la propuesta por Juárez Ferrer (31), aunque con numerosos antecedentes previos.

El jurista cordobés, luego de repasar las ventajas y desventajas derivadas del sistema de los placeres compensatorios (PC) y de la tarificación judicial indicativa (TJI), propone un método que tome en consideración las principales ventajas de ambos sistemas: por un lado que aporte certeza a las indemnizaciones -contribución que vendría del lado de una tarificación legislativa o judicial del daño- mientras que, por el otro, se pueda tomar en cuenta la situación de la víctima proporcionándole una reparación integral del daño moral (32).

De este modo, sugiere la creación de escalas de resarcimiento vinculadas a una unidad de cuenta, con un monto máximo y un monto mínimo que funcionan como límites dentro de los cuales el magistrado puede determinar el *quantum* indemnizatorio teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso.

El autor propone el establecimiento de diez tipos indemnizatorios organizados en una escala de importancia decreciente que va desde los dolores inconmensurables hasta molestias o sufrimientos que no obstan a los planes de vida del damnificado. Los diez tipos son: 1. *Situación de estado vegetativo o gran discapacidad del damnificado*. 2. *Muerte, situación de estado vegetativo de un hijo o gran incapacidad de hijo*. 3. *Muerte, situación de estado vegetativo o gran incapacidad de pareja o cónyuge*. 4. *Pérdida de movilidad, pérdida de miembro o pérdida de un sentido*. 5. *Contracción de enfermedad o incapacidad que disminuye la expectativa o calidad de vida*. 6. *Pérdida de capacidad sexual o reproductiva*. 7. *Incapacidad laboral inhabilitante para el trabajo habitual*. 8. *Trastornos psicológicos permanentes o estrés postraumático*. 9. *Enfermedad o incapacidad de largo tratamiento y que afecta la vida cotidiana del damnificado*. 10. *Cicatrices o defectos estéticos que afectan la imagen personal*.

Cada uno de estos tipos se correlaciona con una específica cantidad de unidades de cuenta llamada Unidad de Daño Moral (UDM). Se toma una unidad de cuenta para paliar los efectos de la inflación en sociedades con economías inestables como la nuestra. Juárez Ferrer, sin dejar de advertir el carácter de alguna manera arbitrario y discutible de su propuesta, piensa que esa unidad puede cuantificarse en el equivalente al valor en dólares de un departamento de un dormitorio, criterio que gozaba de aceptación en la justicia cordobesa durante los años de la convertibilidad (33).

(31) JUÁREZ FERRER, M. Ob. cit. Una posición similar ya proponía ZAVALA DE GONZÁLEZ en "Cuánto por daño moral", *La Ley*, 1998-E, 1057.

(32) JUÁREZ FERRER, M. Ob. cit., p. 309

(33) Quizás sea una obviedad señalar que el parámetro adoptado puede parecer arbitrario y, en definitiva, debería ser discutido. Pizarro mismo señalaba como un despropósito la opinión semejante

De esta forma, por ejemplo, al primer supuesto (estado vegetativo o gran discapacidad del damnificado) se le asigna una escala que va de dos a seis unidades de daño moral. El mínimo se acordaría con la sola acreditación del hecho mientras que una indemnización superior exigiría la prueba de alguna característica normativamente relevante que justifique ese *quantum* mayor.

Estimamos que esta forma de cuantificación propuesta, por imperio del artículo 1741 del Código Civil y Comercial, debe complementarse con la ponderación de los placeres compensatorios que el demandante haya expuesto en demanda -y cuya pertinencia y razonabilidad haya probado, en su caso-, ponderación que redundará en un desplazamiento hacia el tope superior de la escala, pero que no podrá perforar, salvo casos excepcionales, el mínimo sugerido.

Por lo demás, la escala no luce exhaustiva en cuanto a las situaciones que pueden dar lugar al resarcimiento de consecuencias extrapatrimoniales. Nótese que los tipos delineados tienen que ver con lesiones a la integridad física, cuando, como se ha visto, distintos tipos de lesiones pueden provocar repercusiones en el ámbito espiritual de la persona.

Con todo, como lo anticipamos, la tarifación legislativa o judicial siempre genera resquemores en cuanto a la posibilidad de extender la responsabilidad más allá del daño efectivamente causado o de restringir la indemnización, cercenando el derecho a una reparación integral. A criterio del Dr. Juárez Ferrer, las exigencias de certeza favorecen la adopción de una solución semejante. En el próximo apartado, sugiero que otras consideraciones podrían acudir en apoyo de este método de cuantificación del daño moral.

IV. Reparación integral e igualdad

Una de las mayores preocupaciones que aflige a la doctrina cuando se refiere al problema de la cuantificación del daño moral es la relativa a la exacta compensación del daño. Los juristas insisten una y otra vez que, al igual que en los restantes rubros, respecto de las consecuencias extrapatrimoniales debe acordarse una indemnización adecuada al menoscabo infligido. Ni más ni menos. Así, por ejemplo, se critica la doctrina que valora el daño moral con relación al daño patrimonial porque un criterio semejante importaría *“una notoria injusticia para con una u otra parte (damnificado*

de un magistrado cordobés. Vid. PIZARRO, Ramón. “La cuantificación de la indemnización del daño moral en el Código Civil”, *Revista de Derecho de Daños N° 6. Daño Moral*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 341. Sin embargo, si se ha repetido hasta el cansancio que los daños extrapatrimoniales son incommensurables, en alguna medida todas las propuestas resultarán arbitrarias. O bien se trata de establecer una cierta *convención* que revele algún tipo de consenso subyacente como punto de partida a partir del cual el juez pueda sopesar las restantes particularidades del caso.

o responsable), por cuanto la indemnización resultaría en algunos supuestos exorbitante y, en otros, exigua” (34).

Lo mismo sucede con la reparación que se acuerda en base a criterios meramente subjetivos del juzgador. Más allá de la imposibilidad de su contralor por ausencia de parámetros, no queda claro hasta qué punto existe una equivalencia entre el resarcimiento condenado y el daño sufrido.

La aflicción por determinar una indemnización lo más exacta posible del daño tiene su fundamento o sus raíces, por así decirlo, en la consagración del principio de reparación integral. La reparación tiende a emplazar al perjudicado en una situación similar a la que tenía antes del evento dañoso. Pretende restituir el equilibrio quebrado por la acción perjudicial, otorgándole al damnificado una contraprestación que compense las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales que fueron causadas por el acto nocivo. Es por ello que la indemnización no puede ir más allá de los daños efectivamente ocasionados, so pena de incurrir en una injusticia para alguna de las partes involucradas. *“La reparación tiene finalidad resarcitoria. Desde esta perspectiva el perjuicio (material o moral) sufrido por el damnificado constituye un límite más allá del cual no es posible pasar, so riesgo de convertir el daño en una fuente de lucro para el dañado y de correlativa expoliación para el responsable” (35).*

El principio así entendido impone un parámetro que permite *evaluar* las normas de la responsabilidad extracontractual. Mientras la obligación de indemnizar que impongan las normas de responsabilidad más se ajuste a lo efectivamente sufrido, más se adecuará al principio de reparación integral. Mientras más se circunscriba a las consecuencias que, *en concreto*, se deriven del acto antijurídico, más consecuente será con la pretensión que subyace al principio.

De esta manera, el principio de reparación integral se ve desplazado por otras consideraciones en juego -se ve vulnerado- cuando el ordenamiento jurídico dispone un sistema de responsabilidad limitada (en cuanto a los daños a resarcir) o tarifada (en cuanto al monto a condenar). Aunque en un comienzo fue desarrollado por la jurisprudencia, especialmente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la dogmática civilista era conteste en señalar, durante la vigencia del Código Civil de Vélez Sarsfield, que dicho principio surgía de una interpretación “integradora” de los artículos 1068, 1069, 1078, 1084, 1090 y 1109 (36). Actualmente, se encuentra consagrado en el artículo 1740 del Código Civil y Comercial como “reparación plena” e incluso se le adjudica el estatus de un derecho constitucional (37).

(34) PIZARRO, R. Ob. cit., pp. 423/424.

(35) PIZARRO, R. *Daño moral...*, p. 330. El destacado pertenece al original.

(36) JUÁREZ FERRER, Martín. *El derecho constitucional a la reparación integral*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, pp. 87/89.

(37) JUÁREZ FERERR, M. Ob. cit., especialmente el capítulo IV, pp. 111/151.

Con todo, cabe preguntarse si el derecho de daños -o la responsabilidad extracontractual- tiene como única idea reguladora la de la reparación integral o si, por el contrario, se puede entender que otros principios ordenadores tienen cabida en este subsistema del ordenamiento jurídico. Ésta es una pregunta *dogmática*, si se quiere, cuya respuesta debe atender a las normas positivas del derecho argentino, pero también es una cuestión *normativa* acerca de cuáles *deberían* ser las metas u objetivos que debe perseguir un sistema de responsabilidad. Éste es un interrogante de índole normativa puesto que no atiende a las reglas de un sistema jurídico determinado sino a los estándares que sirven para criticar o evaluar ese sistema.

Con relación a la primera de las preguntas, *prima facie*, la contestación luce afirmativa habida cuenta su consagración expresa en el artículo 1740 citado. No obstante, se advierte que el Código Civil y Comercial también prevé una atenuación de la responsabilidad en función de la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho con fundamento en la equidad (artículo 1742), así como restringe la indemnización de las consecuencias de un hecho dañoso a las inmediatas y mediatas previsibles, excluyendo, por ejemplo, las consecuencias casuales (artículo 1727). No todas las consecuencias resultan indemnizables: se habla así de un concepto de causalidad “jurídica” por oposición a la causalidad “natural” para explicar por qué no todas las repercusiones de un evento lesivo resultan resarcibles. De allí que pueda decirse que es la propia normativa la que impone excepciones al principio de reparación integral.

La segunda cuestión acerca de las metas que debe alcanzar el derecho de daños ha recibido distintas respuestas. De hecho, un interesante trabajo de un teórico de la Universidad de Keele plantea la necesidad de atender a los aspectos políticos de la responsabilidad extracontractual, adhiriéndose a una visión igualitaria, vale decir, una visión comprometida con mejorar la situación de los miembros menos privilegiados de la sociedad (38). Por oposición a teorías de corte monista, tales como aquellas en las que la responsabilidad extracontractual sólo tiende a implementar la justicia correctiva o a maximizar la riqueza social (*v. gr.* análisis económico del derecho), Keren Paz propone un enfoque *instrumentalista y pluralista* del derecho de daños. Instrumentalista porque ve al derecho como un medio o instrumento para lograr metas sociales y morales. Pluralista porque el sistema de responsabilidad no debería propender a un único objetivo o meta. Dice el teórico en su libro: “*La idea subyacente a este trabajo es que, además de las metas tradicionales, como puede ser disuadir e indemnizar, la responsabilidad extracontractual debería prestar atención a sus efectos distributivos; el derecho de daños puede, y debería, promover la equidad y, puntualmente, el estatus, poder y bienestar de quienes resultan desfavorecidos*” (39).

(38) KEREN PAZ, Tsachi. *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 16.

(39) KEREN PAZ, Tsachi. *Ibidem*.

Esta línea de pensamiento subraya la naturaleza regresiva del sistema de responsabilidad existente, a través de la consagración del principio de la reparación integral. En efecto, toda vez que la reparación integral consiste en “*la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso*”, lo que se perpetúa es el *status quo*, dando por sentado que, tal como está, la distribución de la riqueza es justa (40).

Keren Paz proporciona cuatro argumentos que tornan a la *restitutio ad integrum* regresiva: En primer lugar, porque en la práctica, por diversos motivos, esa supuesta reparación integral no es tal. En realidad, las razones que señala como impedimentos para que el ideal se lleve a la práctica -la falta de información, la diferencia de poder entre las víctimas y las instituciones que provocan daños, la menor probabilidad de que los pobres inicien reclamos judiciales, entre otras- no lo vuelven menos deseable; sin embargo, sí abonan el propósito igualitario que defiende. En segundo lugar, el instituto del seguro de responsabilidad civil cuando ni el asegurado ni la aseguradora conocen con anticipación la identidad de la víctima se convierte en un subsidio cruzado regresivo, ya que los asegurados pagan una prima igual mientras que los damnificados reciben indemnizaciones en función de la riqueza previa al accidente. En tercer lugar, ignora la utilidad marginal decreciente del dinero. Por este principio, resultan más atendibles las consideraciones de índole distributiva que evitan la concentración del dinero en pocas manos.

Con todo, a mi modo de ver la razón más poderosa para repensar, y en su caso restringir el principio de reparación integral, es que un objetivo semejante puede funcionar como un incentivo para orientar los riesgos hacia los más pobres (41). Efectivamente, si bien es cierto que en gran parte de los eventos dañosos existe un desconocimiento absoluto de la futura víctima, en otros que, por ejemplo, se derivan de actividades riesgosas ese “velo de ignorancia” no es tal. Piénsese en la instalación de industrias contaminantes en zonas aledañas a barrios de bajos ingresos.

Por estas razones, se vuelve imperioso un análisis de las normas de responsabilidad extracontractual en términos de sus efectos distributivos y, por tanto, en términos de su contribución a la igualdad como estándar cuya exigencia también debería ser sopesada a la hora de legislar o, por qué no, de adoptar soluciones jurisprudenciales para problemas como el que nos ocupa.

En un ámbito como el de la cuantificación del daño moral donde han regido los criterios más dispares para determinar el resarcimiento adecuado para la víctima y

(40) Esta observación es aceptada por JUÁREZ FERRER, quien señala, justamente, que el derecho de daños es un ámbito donde, para algunos, la justicia correctiva es el único o principal fundamento admisible. “Cuantificación del daño moral por escalas”, ídem, *Cuantificación del Daño. Región Córdoba*. JUÁREZ FERRER, Martín (Dir.), p. 308.

(41) Por supuesto, la situación de desventaja en una sociedad no es exclusiva de la población con bajos recursos económicos. Sin embargo, es un dato innegable que, en sociedades como la nuestra, la pobreza es una desventaja extendida.

donde se presentan serios problemas para establecer ese *quantum* en virtud de la propia naturaleza del daño a reparar, no parece impertinente o inadecuado tener en consideración otros requerimientos normativos que entren en conflicto con la deseada *restitutio ad integrum*.

Por el contrario, sin entrar en disquisiciones teóricas acerca del carácter que ambos requerimientos ostentan, vale decir, si constituyen principios jurídicos o directrices políticas (42), lo cierto es que, a la par del rango constitucional que se predica del principio de reparación integral, la igualdad ostenta idéntico emplazamiento constitucional en virtud de lo dispuesto por el artículo 16 de la Carta Magna. De modo que no cabe alegar, *prima facie*, superioridad de ninguno de los principios en el conflicto que entre ellos se puede suscitar.

Señala Keren Paz: “*Si, de hecho, las normas de la responsabilidad extracontractual deben evaluarse en términos de sus consecuencias sociales, y si la sociedad tiene el deber de mejorar el grupo de los menos privilegiados, entonces una de las consecuencias de la norma -su efecto distributivo potencialmente regresivo- debería ser tenido en cuenta. Conforme el compromiso progresivo, este efecto, debería jugar en contra de la imposición de dicha norma. En raras ocasiones podría ser inapropiado considerar los principios igualitarios*” (43).

¿Qué debería tenerse en cuenta para realizar un análisis de este tipo? Según el autor, el resultado distributivo de una norma jurídica debería ser evaluado en términos de potenciales litigantes, es decir, quienes serían potenciales demandantes y demandados. El análisis, advierte, no es fácil: existen problemas a la hora de identificar el grupo afectado o cuál de los grupos involucrados resulta el menos privilegiado. Evaluar la fuerza relativa de los contendientes o hacia dónde orientar el resultado distributivo también se presentan como dificultades a sortear (44).

No obstante, con relación al objeto de este trabajo, podríamos señalar que sí resulta previsible que, en líneas generales, las víctimas de daños extrapatrimoniales que se hallen en situaciones de pobreza o de desventaja, según el método de los placeres compensatorios, reclamarán sumas de dinero menores a aquellos otros damnificados que se emplacen en estratos sociales superiores, una forma de contrarrestar esa perpe-

(42) Distinción formulada por Ronald DWORKIN en su libro *Los derechos en serio* para, entre otras cosas, poner de resalto el peso determinante que poseen los principios en la justificación de la decisión judicial frente a otras consideraciones -directrices políticas- que adquieren importancia en la tarea legislativa. Dado que, como lo señala el propio Dworkin, la condición de derecho (principio) u objetivo (directriz política) de una finalidad política depende de la teoría política en la cual se inserta, podemos dejar de lado esta discusión y centrarnos en el carácter constitucional que se les adjudica tanto a la *restitutio ad integrum* como a la *igualdad*.

(43) KEREN PAZ, T. Ob. cit., p. 115.

(44) KEREN PAZ, T. Ob. cit., pp. 107 y ss.

tuación del *status quo*, en consideración de objetivos igualitarios, podría ser propender a la instauración de un sistema de tarificación legal o judicial (45).

La legitimidad de un método como el de tarificación por escalas ya no estaría vinculado exclusivamente a la aportación de certeza en la determinación de *quantum* indemnizatorio. En efecto, la mayor parte de los doctrinarios interesados en proporcionar una solución al problema de la cuantificación del daño moral hacen hincapié en la falta de previsibilidad que provoca la ausencia de criterios comunes y las consecuencias perjudiciales que ello conlleva (*v. gr.* dificultad para lograr transacciones, distorsiones en las primas de los seguros, imposibilidad de delimitar la pretensión en demanda, etc.).

Quizás, un resultado similar podría alcanzarse sobre la base de la simple elevación de las reclamaciones por parte del grupo más desaventajado. Es decir, aun cuando la parte estuviere satisfecha con una determinada compensación, explicitando los placeres compensatorios que desearía obtener con la indemnización reclamada, su petición debería ser acrecentada, en procura de desplazar los efectos regresivos del sistema. Una solución tal no sólo sería aleatoria -supeditada a que efectivamente esa pretensión se haga y que, desde luego, tenga acogida en la sentencia (46)- sino que se vería privada de los efectos legitimadores que la apelación a un principio como el de igualdad trae aparejados. Además, sería una clara vulneración de la *restitutio ad integrum*.

Por lo demás, probablemente empujaría las pretensiones indemnizatorias hacia arriba sin mejora de los efectos distributivos del sistema. Con todo, lo que se pretende poner de resalto es que, si bien es cierto que un método de tarificación se contrapone con las exigencias de la reparación integral, no lo es menos que este último principio no es absoluto y que otras consideraciones -como los efectos distributivos de la norma- deberían ser tenidas en cuenta.

Se trata, en suma, de alcanzar una cierta objetivación, otorgando a situaciones similares soluciones semejantes en términos pecuniarios, sin descuidar, por ello, otras características normativamente relevantes que necesariamente inciden en la cuantificación (circunstancias en las que se produjo el daño, situación familiar de la víctima, tiempo de la extensión del daño, etc.), evitando los efectos distributivamente negativos que pueda tener una estricta aplicación de las satisfacciones sustitutivas.

En definitiva, la adopción de la teoría de los placeres compensatorios sin más puede acarrear consecuencias negativas en cuanto a una profundización de los efectos regresivos del sistema de responsabilidad extracontractual. Es por ello, que un método como el de la cuantificación tarifada por escalas podría revertir esa tendencia, asegurar mayor

(45) El sistema de tarificación legal es, en general, resistido por la doctrina, en virtud del sesgo que puede adquirir en el ámbito legislativo a favor de ciertos intereses como los de las aseguradoras.

(46) Ésta es precisamente una de las razones que se esgrimen en contra de la adopción de resoluciones judiciales que tengan en miras asegurar la igualdad social. Para una defensa de una postura normativa que promueve la igualdad véase KEREN PAZ, T. Ob. cit., capítulo 3.

predictibilidad sin perder una cierta flexibilidad que permita conectar las operaciones de la valoración y de la cuantificación del daño. En este sentido, el desplazamiento dentro de la escala que compone la tarifa, precisamente, puede estar vinculado a los bienes y servicios que el damnificado estime sean susceptibles de aportarle un consuelo y a las particulares circunstancias del caso y de la víctima.

V. Conclusiones

Hasta el momento los intentos por establecer un método de cuantificación del daño extrapatrimonial, aun cuando se estimen valiosos, no han logrado instaurar una práctica que permita cierta previsibilidad en los montos indemnizatorios que se acuerdan judicialmente. Las propuestas que tienden a tarifar este tipo de daño no han recibido mayor acogida y las objeciones, muchas veces, apuntan en el sentido de que estas propuestas no contemplan las particularidades del caso. Sin embargo, se advierte que, en la tensión entre las fuerzas de las visiones particularistas cimentadas sobre todo en el principio de la reparación integral, y aquellas que tienden a uniformar las indemnizaciones, en vistas de otros objetivos del sistema como el de la predictibilidad, pueden tener cabida otros requerimientos normativos que ayuden a distender el conflicto. Aun en el ámbito patrimonial, la cuantificación del daño encuentra un límite que sólo puede ser resuelto por la vía de la *convención* -por ejemplo, el resarcimiento del daño futuro-. El aporte de razones que faciliten acceder a ella resulta de importancia primordial. Llamar la atención sobre los efectos distributivos del sistema y propender a un ideal igualitario, puede jugar a favor de cierta estandarización de los montos indemnizatorios. A veces, poner un precio a las cosas, a despecho de lo que decía Oscar Wilde, en lugar de ser un ejercicio de cinismo puede ser un acto de justicia.