

LA REPARACIÓN PLENA E INTEGRAL Y EL DAÑO MORAL: ¿UNA UTOPIA?*

FULL AND INTEGRAL REPAIRING AND MORAL DAMAGE: A UTOPIA?

*María Agustina Otaola***

Resumen: En el presente artículo se aborda el análisis de la problemática que resulta de la valuación y cuantificación del daño moral en el régimen de responsabilidad civil argentino y las dificultades de la concreción del principio de la reparación plena e integral. Sólo a partir de la enunciación clara de estos problemas es posible formular soluciones viables. Para una mayor delimitación de la temática se abordarán en especial los daños al honor y a la vida privada por informaciones vertidas antijurídicamente por los medios de prensa y la necesidad de reforzar la reparación de tales daños con una propuesta que permita prevenir y punir la conducta especulativa y lucrativa en éste ámbito.

Palabras-clave: Derecho de daños - Daño moral - Reparación plena e integral - Daños al honor - Daños punitivos.

Abstract: This article deals with the analysis of the resulting problems from the valuation and quantification of moral damage in the regime of liability in Argentina, and the difficulties in the realization of the principle of the full and integral reparation. Only the clear enunciation of these problems will make possible to formulate viable solutions. For a further delimitation of the topic will be addressed in particular the damages to honor and private life by unlawful information expressed by the media, and the need to strengthen such damage with a proposal to prevent and punish the speculative and lucrative conduct in this area.

Key words: Law of torts - Moral damages - Full and integral reparation - Honor damages - Punitive damages.

* Trabajo presentado para su publicación el 24 de agosto de 2012 y aprobado el 27 de septiembre.

** Abogada, becaria de postgrado en CONICET, adscripta de Derecho Privado II y Derecho Privado VII en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC.

Sumario: 1. Derecho de Daños. El Principio de la reparación plena e integral. Dificultades de su concreción en la práctica. — II. Supuestos especiales de delitos contra el honor: el daño moral en ese tipo de atentados y la necesidad de aplicar daños punitivos. — III. Conclusiones.

I. Derecho de Daños. El Principio de la reparación plena e integral. Dificultades de su concreción en la práctica

En este trabajo se pretende abordar las dificultades en la concreción del arraigado principio en la dogmática argentina de la *reparación plena e integral*. Se conoce que el mismo constituye una máxima del régimen de responsabilidad civil, justificando muchas veces la declaración de inconstitucionalidad de los sistemas de indemnización tarifados, pero ¿realmente se materializa una reparación plena e integral en las sentencias de daños y perjuicios? Una respuesta afirmativa no encuentra asidero en el sinfín de sentencias que condenan a pagar sumas diametralmente distintas ante casos análogos. Sin embargo, responder a esta pregunta en este escueto trabajo, constituye una tarea sumamente ambiciosa. Por lo tanto, nos circunscribiremos a examinar las dificultades que se advierten en la cuantificación de la indemnización por daño moral, proponiendo variables que permitan sortearlas; y dentro de éste, se abordará un tipo especial: el daño al honor y al derecho a la vida privada derivado de informaciones falsas e inexactas vertidas por medios de prensa.

El daño moral ha movilitado constantemente a la doctrina suscitando grandes discrepancias: se diverge en torno a la misma definición del término “daño moral”, su naturaleza y finalidad, los supuestos de procedencia y respecto de su cuantificación, ya que se afirma que *el dolor no tiene precio*.

La obra de Luis Díez-Picazo “El escándalo del daño moral” (1) se refiere a la trivialización y deformación del concepto *daño moral*, señalando que la idea de qué debe entenderse por daño moral hoy es menos clara que nunca. Y ello se debe —según el autor— a la utilización del concepto por juristas desprovistos de la necesaria experiencia. Acusa la utilización del mismo como “comodín”, ya que permite a la jurisprudencia reajustar las decisiones cuantas veces lo considere necesario.

No obstante las discrepancias que se mencionaron, se pretende en este trabajo, reflexionar en torno a los problemas derivados de la cuantificación del llamado “daño moral”. Como bien dice Bibiloni: La medida de la responsabilidad en los actos ilícitos por el daño causado, y podríamos agregar, en todos los casos de obligación, es una de las más difíciles del derecho moderno. No es exagerado decir que es ésta la materia más oscura en el Derecho Privado. El análisis más sutil solo ha dado por resultado la destrucción de todo lo existente. Nada se ha edificado. La ley no sabe qué decir. El juez resolverá: es su última conclusión (2).

(1) DÍEZ- PICAZO, Luis. *El escándalo del daño moral*, Ed. Civitas, Navarra, 2008.

(2) Citado por SAUX, Edgardo I. y MULLER, Enrique C., *Responsabilidad Civil y Aquiliana*, 1 ed., Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2005, p. 226.

Sólo a partir de la identificación y exposición clara del problema, se podrá arribar a soluciones posibles para que la reparación dineraria del daño moral cumpla con los requisitos de “integridad y plenitud” que pregona el principio arraigado en nuestro régimen de responsabilidad civil, y de esta manera brindar una solución ante la injusticia que genera la arbitrariedad en la cuantificación del mismo (3).

A) *La reparación plena e integral y la valuación del daño moral*

El principio “*alterum non laedere*” constituye la piedra angular del régimen de responsabilidad civil. A grandes rasgos, este principio se traduce de la siguiente manera: nadie tiene derecho a causar un daño a otro en sus bienes o en su persona sin una causa de justificación expresamente reconocida por el ordenamiento jurídico, y a la inversa, nadie tiene la obligación de soportar un daño injustamente causado. De ello se colige que ante la causación de un perjuicio, inmediatamente nace una obligación en cabeza del sindicado responsable que consiste en la reparación del daño causado.

En la civilística argentina se reitera constantemente que la reparación debe ser plena e integral; sin embargo, son numerosos los obstáculos que se presentan al momento de la aplicación de este principio en el caso concreto.

No obstante su reconocimiento con jerarquía constitucional, el mismo ha sido objeto de controversias en la doctrina argentina con motivo del Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998 que establece un tope indemnizatorio (4). ¿Atenta dicho tope contra el mentado principio de la reparación integral?; ¿cuándo una reparación debe considerarse integral?

De algún modo la comisión redactora del Proyecto de Código Civil y Comercial argentino 2012 intenta echar luz a este interrogante al decir en los fundamentos del

(3) “Es verdaderamente penoso comprobar esta realidad en numerosos fallos judiciales, en los que (...) se manda a pagar indemnizaciones simbólicas, carentes de virtualidad para reparar plenamente el perjuicio causado, No es menos preocupante comprobar la falta de criterios uniformes para calibrar cualitativa y cuantitativamente el daño moral, que suele convertirse en un grave problema del abogado a la hora de asesorar a un cliente...” PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pp. 333 y 334.

(4) El artículo 1634 establece lo siguiente: **Límite cuantitativo en algunos casos de responsabilidad objetiva.** “En los casos previstos por los artículos 1662, 1663 y 1665, la reparación del daño queda limitada a la cantidad de **trescientos mil (300.000) pesos por cada damnificado directo**, que se reduce proporcionalmente si hay liberación parcial conforme al artículo 1666. El responsable no tiene derecho a prevalerse de la limitación: a) Si actuó sin diligencia y, en especial, si no adoptó las medidas de prevención razonablemente adecuadas. b) Si razonablemente debió haber asegurado ese riesgo y no lo hizo. c) Si tomó un seguro y la aseguradora no pone a disposición del damnificado la indemnización que corresponde en el tiempo oportuno para la liquidación del siniestro conforme a la legislación de seguros, a menos que, interpelado el responsable, ponga a disposición de aquél esa indemnización dentro de los treinta (30) días. d) Si se convino una indemnización mayor. Si el damnificado directo sufre gran discapacidad el tribunal puede aumentar el máximo indemnizatorio hasta el triple. Las disposiciones de este artículo dejan a salvo lo establecido por la legislación especial”. Ver texto completo del Proyecto de Código Civil Argentino de 1998 en: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Departamento de biblioteca y centro de documentación*, [en línea] <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/cuarto.pdf> [Consulta: 24 de abril de 2012].

mismo: Uno de los aspectos más controvertidos de la regulación propuesta por el Proyecto de 1998 en materia de daño fue la existencia de limitaciones cuantitativas (artículo 1634). Para aclarar este punto conviene hacer algunas precisiones: La indemnización del daño nunca es integral, porque no coincide el daño “real” con el “jurídico”. Si hay algo que pueda ser denominado “real”, comprende muchos aspectos que, para el legitimado del derecho son importantes, pero el sistema jurídico excluye. Por ejemplo, hay un régimen de causalidad que no cubre todas las consecuencias, sino sólo las previsibles porque hay que valorar la posición del agente. También hay limitaciones difíciles de superar, como ocurre, por ejemplo, con la indemnización dineraria que nunca puede conformar la desaparición de un ser querido. La indemnización, a su vez, tiene relación con los distintos subsistemas en los que se aplica y hay numerosos supuestos en los que hay límites en el derecho vigente (...). Frente a toda esa variedad y, teniendo en cuenta la tradición argentina en la materia, se ha decidido consagrar, como principio general, la reparación plena. Como todo principio, debe lograrse su satisfacción en la mayor medida posible, lo que no es incompatible con que, en situaciones delimitadas, pueda armonizarse con otros principios y establecerse una limitación por medio de leyes especiales (5).

Conforme el texto citado, la indemnización será plena (pero no integral) en tanto contemple aquellos aspectos que el sistema jurídico considera relevantes, para lo cual no cuentan las repercusiones reales que tuvo el evento dañoso en la víctima, sino sólo las jurídicamente relevantes. Con buen tino, se pone en evidencia la existencia de limitaciones difíciles de superar (especialmente en materia de daño moral) pero se destaca la necesidad de lograr su satisfacción en la mayor medida posible.

De tal modo, la plenitud e integridad en la reparación del daño moral difícilmente pueda ser alcanzada en términos reales, ya que las personas pueden sufrir de manera distinta ante el mismo hecho lesivo. La plenitud que intenta lograr el derecho consiste en la reparación de todos los aspectos del daño que el sistema jurídico considera indemnizable. Y es aquí donde encontramos una laguna “axiológica” en el Código Civil, al no explicitar qué elementos constituyen el llamado daño moral. Decimos que se trata de una laguna axiológica —conforme el modelo propuesto por Alchourrón y Bulygin— porque creemos que la delimitación explícita de qué elementos o rubros componen el daño moral permitiría lograr de una manera más certera la reparación plena. Sin embargo, el legislador no creyó necesario incluir esta enumeración en la norma y le bastó con la simple mención del “daño moral” (6).

Veremos cómo se encuentra diseñado el modelo actual en materia de reparación de daños.

(5) Proyecto de código civil y comercial, 1º ed., Zavalía, Buenos Aires, Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial pp. 777 y 778.

(6) Alchourrón y Bulygin hacen hincapié en diferenciar laguna normativa de laguna axiológica; ya que existe una tendencia a hablar de laguna normativa o de derecho cuando en realidad se trata de una laguna axiológica: “los juristas hablan de lagunas... cuando la solución es inadecuada porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debía haber tomado en cuenta”, este último supuesto es llamado “laguna axiológica.” ALCHOURRON, Carlos E. y Eugenio BULYGIN. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, pp.157 y 158, [1975] 2006.

Se dice que la medida de la reparación es el daño injustamente sufrido, por lo que inmediatamente se hace necesario establecer qué se entiende por daño. Tangencialmente, podemos decir que “daño” es el menoscabo experimentado por la víctima como consecuencia del hecho antijurídico. Dicho menoscabo puede proyectarse al ámbito de su patrimonio o bien al ámbito de su espiritualidad, lo que da lugar a la clásica bipartición entre “daño patrimonial” y “daño moral”.

Si bien es cierto que literalmente “el dolor no tiene precio”, la víctima que ha sufrido una minoración en su subjetividad, tiene derecho a una reparación por las repercusiones que el daño genera en su vida cotidiana: la persona ya no es la misma después del menoscabo experimentado. Y es en materia de daño moral, donde más ardua se torna la tarea de *volver las cosas al estado anterior*. Al respecto, Matilde Zavala de González afirma: “En el daño patrimonial la cuantificación presupone la valuación del daño, pues se procura equivalencia entre la indemnización y la disminución patrimonial o pérdida de enriquecimiento sufridas por la víctima. En cambio, en el daño moral hay una imposibilidad natural en el arranque: no puede haber comparación alguna (...) entre un padecimiento espiritual y una indemnización dineraria. La cuantificación escapa a toda lógica matemática...” (7).

Consideramos que aunque no es perfecta la reparación del daño moral mediante una suma de dinero, es la única medida con que contamos para reparar a la víctima, ya que resulta materialmente imposible condenar al demandado a pagar por ejemplo “2 kilos de alegría o de regocijo” (con la salvedad de los contados casos donde la reparación del daño moral procede por medio de la publicación de la sentencia, que para algunos autores consiste en una reparación en especie).

En orden a la traducción de la indemnización debida en una suma de dinero, se deben realizar dos tareas: valuación y cuantificación del daño. La primera de ellas consiste en la determinación del alcance del daño, esto es, determinar sus aspectos constitutivos intrínsecos; mientras que la segunda consiste en su ponderación matemática a los fines de traducir el daño en una suma de dinero.

La medida de la reparación es el daño sufrido. Aquí nos topamos con la primera dificultad. Es conocida la discusión en la doctrina respecto de qué debe entenderse por daño: ¿el mismo constituye una disminución o alteración de derechos subjetivos? ¿o basta la afección a intereses simples no reñidos con las normas, el orden público y las buenas costumbres? Existe consenso en afirmar esto último (8). Sin embargo, la ponderación de los elementos constitutivos del daño conlleva cierta aleatoriedad que el Código Civil no puede resolver con su casuística. Así, se afirma que “el daño

(7) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde: *Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 296.

(8) El Proyecto de Código Civil de 1998 con muy buen criterio establece expresamente en su artículo 1588 que *Debe ser reparado el daño causado a un derecho, o a un interés que no sea contrario a la ley, si no está justificado*. Ver texto completo del Proyecto de Código Civil Argentino de 1998 en: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Departamento de biblioteca y centro de documentación*, [en línea] <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/cuarto.pdf> [Consulta: 24 de abril de 2012].

es un concepto jurídico abierto e indeterminado cuyo contenido deben determinar hermenéuticamente los jueces en base a la prudencia y a las circunstancias del caso” (Iribarne) (9).

La valuación del daño constituye una tarea que deberán desarrollar con prudencia los abogados de la parte y los jueces. No todo el daño sufrido es resarcible, sólo lo será —conforme el régimen establecido en el Código Civil— aquel que se encuentre comprendido en el “módulo básico de imputación de consecuencias” que establece el artículo 901 para supuestos de responsabilidad aquiliana. Es decir, habrá que determinar cuándo conforme el curso natural y ordinario de las cosas, un menoscabo es consecuencia inmediata, mediata, casual o remota del actuar antijurídico del demandado.

En esta tarea pueden surgir disidencias, ya que —si bien el artículo 901 establece una pauta interpretativa— no existe un catálogo de sucesos que acostumbren a ocurrir ante tal o cual evento dañoso. Será el intérprete de la norma el que determine qué consecuencias considera comprendidas en uno u otro supuesto. Así podrá advertirse que lo que constituye una consecuencia inmediata para una persona, puede ser una consecuencia mediata a los ojos de otro intérprete. Este primer problema —a nuestro modo de ver— surge de la imposibilidad de conocer acabadamente qué circunstancias fácticas acostumbren suceder según el curso natural y ordinario de las cosas. Podrá existir consenso en un número —quizás extenso— de circunstancias “necesarias”, pero siempre habrá zonas grises que darán lugar a interpretaciones divergentes. Aquí hay un problema de arranque.

En cuanto al daño moral específicamente, para resolver la cuestión debemos partir de la tarea más común del operador jurídico: buscar en el universo de normas existentes, una solución o respuesta para aquél caso concreto. Si la misma existe y se encuentra dotada de los caracteres de completitud y coherencia, no habrá en principio ningún problema. La completitud puede definirse como “una relación entre un conjunto de normas (un sistema normativo), un conjunto de circunstancias fácticas o casos posibles (un universo de casos) y un conjunto de respuestas o soluciones posibles (un universo de soluciones)” (Alchourrón y Bulygin) (10).

Veamos entonces qué normas del Código Civil Argentino regulan la cuestión del daño moral. En materia de responsabilidad contractual, el artículo 522 dispone lo siguiente: “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 a la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso”. De la lectura de la norma no surge ningún elemento que permita identificar

(9) IRIBARNE. *De los daños a la persona* cit., pp. 23, 435; PIZARRO Y VALLESPINOS. *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones 2*, cit., p. 476; TRIGO REPRESAS. *Derecho de las Obligaciones*, cit., 3° ed., t. IV; GALDÓS, Jorge Mario. “Reparación y cuantificación del daño”, en *Revista de Derecho de daños Cuantificación del daño*, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni, 2001, p. 163.

(10) ALCHOURRON, Carlos E. y Eugenio BULYGIN. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, pp.22 y 23, [1975] 2006.

qué se entiende por *agravio moral* y como pauta para la cuantificación sólo parece indicar las “circunstancias del caso” (11). La indeterminación de la norma se agrava con la inclusión del vocablo *podrá*, dejando un amplio margen al arbitrio judicial. En materia extracontractual encontramos el artículo 1078 que reza: “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. La acción por daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere derivado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”. La única pauta para la aplicación del daño moral aparece en materia de legitimación activa, con consecuencias en la práctica que han tildado a la norma por gran parte de la doctrina como inconstitucional. La norma, más que brindar soluciones trae serios inconvenientes. Por lo tanto, la respuesta a los interrogantes planteados deben buscarse fuera de las soluciones que el sistema jurídico (entendido como el conjunto de normas vigentes) ofrece.

Mucho más difícil aún que determinar el contenido intrínseco del daño, es la tarea de “cuantificación” del mismo, es decir, su liquidación económica. Los dos extremos que pueden plantearse en torno a resolver la cuestión de la medida de la indemnización son los siguientes: o bien se deja librada la misma a la prudencia judicial, confiando en el principio *iura novit curia*, o bien la norma establece específicamente tabulaciones legales que deberán observar rígidamente los jueces. Esto último supone una planilla de cálculo donde la determinación del menoscabo sufrido se traduce en una mera operación aritmética.

Ambas posibilidades no se encuentran exentas de severas críticas: así, se dice que la indemnización librada al puro arbitrio de los jueces genera una incertidumbre que se traduce en una suerte de lotería, en el sentido que las partes no saben a qué atenerse. Mientras que a la segunda opción se le achaca la arbitrariedad e injusticia de imponer una suma determinada, siendo que la mayoría de las veces el daño sufrido es mayor.

Entre los supuestos mediante los cuales la norma establece alguna directriz para mensurar el daño, podemos encontrar dos modalidades: establecer topes indemnizatorios, los cuales actúan a modo de techo máximo; o bien establecer mediante parámetros objetivos, un sistema de tarifación matemática.

Con respecto a los topes indemnizatorios, creemos que los mismos siempre atentarán contra el principio de la reparación plena e integral, tanto con relación al daño patrimonial como moral. Un estudio de Robbennolt y Studebaker que enfoca la cuestión de los topes desde la psicología parte de la premisa de que cuando hay un “ancla” (*anchorr effect*), como denominan a los topes, se produce un perjuicio cognitivo que hace que los involucrados no se alejen demasiado del límite fijado. Los topes para el daño moral producirían el efecto de reducir las indemnizaciones en los casos de se-

(11) Si bien la función de la normas no es definir, en muchos casos lo hace, como en el artículo 1068 C. Civil, que proporciona elementos para caracterizar el daño patrimonial.

veros daños y de incrementarlas cuando se trata de daños moderados. Por otro lado, se produciría en los jueces un efecto denominado “efecto de reacción”, que le sucede a quien tiene que tomar una decisión cuando siente que su ámbito de libertad de elección es amenazado, y “cuanto más amenazantes aparezcan para la libertad de decisión, más probable es que el veredicto se acerque al tope” (12).

La segunda alternativa —establecer un sistema de tarificación matemática mediante parámetros objetivos— presenta como principal crítica la imposibilidad de establecer criterios uniformes dado que en todos los casos el desmedro espiritual será distinto, ya que depende exclusivamente de la persona que lo padece.

Con respecto a esto último, consideramos que si bien el derecho no es hermético, y no podemos pretender la exactitud de las ciencias matemáticas, sin embargo es posible mediante un análisis pormenorizado, establecer baremos que coadyuven a determinar una suma dineraria que permita borrar lo mejor posible las consecuencias del ilícito. Decimos lo mejor posible porque la víctima nunca será la misma después del menoscabo sufrido, difícilmente se pueda volver al estado anterior y dismantelar plenamente los efectos del daño.

Un sistema que establece tabulaciones para cuantificar los daños a la vez puede asumir dos modalidades: puede tratarse de un sistema de tarificación vinculante y rígido que no le permita al juez apartarse de la suma final que resulte del cálculo matemático; o bien puede admitir cierta flexibilidad, en cuyo caso el juzgador puede aislarse de la norma mediante decisión especialmente fundada, atento las particularidades del caso, lo cual si bien puede significar una indemnización mayor, requerirá de mayor mérito probatorio en el proceso. En el derecho comparado existen ejemplos de esas distintas alternativas: en Inglaterra, para los daños no patrimoniales, los tribunales han creado un sistema de baremos que establece para cada lesión, la cuantía indemnizable. La virtud del sistema radica en que las horquillas son suficientemente amplias para permitir al juzgador reflejar las particularidades de cada caso (13). En Alemania, los daños inmateriales derivados de accidentes de vehículos a motor se calculan de acuerdo con las “tablas de dolor”, donde se recopilan indemnizaciones otorgadas previamente por los jueces en casos similares; y aunque no están reglamentadas por ley, se publican y sirven de guías a las compañías en la negociación amistosa y a los jueces en caso de juicio. Estas tablas engloban los daños no patrimoniales indemnizables, como ser el perjuicio estético, el sufrimiento y dolor, el perjuicio sexual, etc. (14).

(12) ROBBENNOLT, Jennifer y STUDEBAKER, Christina, “Anchoring in the court-room: the effects on caps on punitive damages”, *L. & Hum. Belr.*, vol. 23, n° 3, 199, en LOPEZ HERRERA, Edgardo. *Los daños punitivos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 46 y 47.

(13) BERMÚDEZ MORATA, Luis; AYUSO GUTIERREZ, Mercedes y SANTOLINO PRIETO, Miguel. *Perspectivas y análisis económico de la futura reforma del sistema español de valoración del daño corporal*, Instituto de Ciencias del Seguro, Madrid, Fundación MAPFRE, 2009, p. 27.

(14) BERMÚDEZ MORATA, Luis; AYUSO GUTIERREZ, Mercedes y SANTOLINO PRIETO, Miguel. *Op. cit.* p. 31.

Pensamos que un sistema legal de baremos concede los beneficios de una justicia dotada de mayor celeridad y seguridad jurídica, en tanto las partes sabrán a qué atenerse. Sin embargo, el sistema debe ser cautelosamente fijado para no atentar con el derecho de la víctima a una adecuada reparación.

Consideramos una propuesta atendible incorporar al régimen de responsabilidad de nuestro Código Civil un sistema que permita determinar con la mayor precisión posible los aspectos constitutivos del daño moral, enumerando los ítems que lo componen. De esta manera el proceso de cuantificación será más fácil y reflejará más fielmente el daño realmente experimentado por la víctima.

El Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 regula el daño moral en el artículo 1741 denominado *indemnización de consecuencias no patrimoniales* (15) y establece que “el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”. De esta manera, se da alguna directiva con respecto al monto de la indemnización —a diferencia del actual Código Civil— pero la indeterminación subsiste. La norma deja en claro que la función de dicha indemnización es satisfactiva y compensatoria, pero no da criterios para mensurarla.

El sistema que se propone implica más bien una clasificación de normas; si el legislador “clasifica en base a un criterio exclusivo y excluyente, no se le escapa nada, no queda ninguna situación sin prever (...) todos los casos posibles deben tener una solución conforme la clasificación (...) el resultado de mostrar la cuestión de esta manera es que la solución de los casos es mucho más simple clasificando” (16).

Coincidimos con Pizarro al decir que “es menester que se especifique en qué consiste él [daño moral], cuáles son las circunstancias del caso, cómo incidió sobre la persona del damnificado. Estas circunstancias del caso tienen una gran significación para la determinación objetiva del daño moral (...) y, al mismo tiempo, facilitar la concreción de una solución equitativa” (17). Entre los criterios que deben tenerse en cuenta, enumera los siguientes: la personalidad del damnificado (edad, sexo, condición social, su particular grado de sensibilidad); si el damnificado es directo o

(15) Artículo 1741 *Indemnización de consecuencias no patrimoniales*. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas. Proyecto de código civil y comercial, 1º ed., Zavalía, Buenos Aires, p. 1741.

(16) Conferencia dictada por el Profesor, Doctor Eugenio Bulygin el día 10 de mayo de 2012 en la Maestría en Derecho y Argumentación, organizada por la Secretaría de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

(17) PIZARRO, Ramón Daniel, “Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho”, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pp. 340 y 341.

indirecto (en cuyo caso debe considerarse el vínculo existente con la víctima y añadimos, si convivía o no con el damnificado directo al momento del hecho); la índole de las lesiones sufridas; la posible influencia en el tiempo y la personalidad de quien lo produjo (sobre todo cuando pudiere tener influencia sobre la intensidad objetiva del agravio causado a la víctima; en este caso, agregamos que la indemnización deberá incrementarse si el agente dañador tenía vinculación con la víctima y particularmente si produjo el daño abusando de la especial confianza que la víctima tenía depositada en él o abusando de una posición laboral o de mercado dominante); la mayor o menor divulgación del hecho; la gravedad del padecimiento espiritual (agregamos que aquí deberá considerarse la personalidad del legitimado activo de modo que la indemnización se incrementará si la misma se encuentra permanente o transitoriamente en un estado de vulnerabilidad superior al común de la gente, ya sea por la edad o por el padecimiento de alguna enfermedad mental o corporal); la realidad económica del país al tiempo de dictarse sentencia; etc. (18). A estos rubros enumerados a modo ejemplificativo, debe corresponderle una suma determinada o determinable para luego determinar al *quantum* total de la indemnización mediante la sumatoria de todos ellos.

Sin embargo, sería encomiable un sistema en el cual —si la víctima considera que la suma que indica la tabulación no es adecuada para el desmantelamiento del ilícito— pueda probar con mayor rigor que los daños experimentados son mayores al resultado de la tabulación (bien puede ser porque exista una circunstancia fáctica que no haya tenido en cuenta el legislador). Si decide apartarse del sistema de clasificaciones, deberá aportar mayores elementos probatorios, pues tal sistema gozaría de una “presunción de plenitud de la reparación”. Estaría entonces en cabeza de la víctima la obligación de derribar dicha presunción demostrando que los daños experimentados exceden en su cuantía la suma que da por resultado el sistema legal. Correlativamente, se debe reconocer al demandado la posibilidad de demostrar —en su caso— que concurren los requisitos que hacen procedente la reducción de la indemnización conforme el Artículo 1069 del Código Civil.

De esta manera, la primera opción, es decir, hacer uso del sistema de clasificación legal tabulada, le permitirá a la víctima acceder a una indemnización más rápida y que no por ser “tarifada” dejará de ser plena e integral; pues se propone un análisis metódico para traducir el menoscabo en una suma de dinero, a la vez que se favorecería la solución de conflictos por vía transaccional, eliminando en alguna medida el creciente problema de saturación del aparato judicial.

Como corolario de lo antedicho, consideramos que ante todo debe diferenciarse el “tope indemnizatorio” con los “sistemas de tarifación de daños”. Estamos persuadidos de que el derecho no puede reducirse a una mera operación aritmética; sin embargo, un adecuado sistema que permita establecer parámetros objetivos para cuantificar el daño, redundará en beneficio tanto para los jueces que deben abordar la difícil tarea de traducir el menoscabo sufrido en una suma dineraria, como para la propia víctima

(18) PIZARRO, Ramón Daniel, op.cit., pp. 340 a 343.

que debe realizar la misma tarea de cuantificación a los fines de solicitar una indemnización; con el consiguiente riesgo de obtener una “infracompensación” desprovista de coherencia con el menoscabo experimentado.

II. Supuestos especiales de delitos contra el honor: el daño moral en ese tipo de atentados y la necesidad de aplicar daños punitivos

En los daños cometidos por la prensa por medio de informaciones falsas e inexactas que atentan contra el honor y la seguridad de las personas, el daño moral asume un rol protagónico, ya que son quizás los supuestos que mas proyecciones tienen en la esfera íntima del damnificado: la persona no es la misma desde que se atenta ilegítimamente contra su personalidad; se vulneran sus más profundos sentimientos y ello necesariamente se traduce en un modo de ser o estar diferente al que se encontraba antes de la divulgación de la noticia libelosa.

Antes de adentrarnos en la cuestión de la medida de la indemnización del daño moral en estos supuestos especiales, recordaremos la clasificación que realiza Cuello Calón al decir que existen dos clases de daño moral: por un lado, están aquellos daños como el descrédito que disminuye los negocios o los disgustos que debilitan la actividad personal, repercutiendo en las ganancias del sujeto. En estos daños, la evaluación más o menos aproximada es posible. Por otro lado, están los daños morales que se limitan al dolor, la angustia, la tristeza sin tener una repercusión de carácter económico; “es aquí donde se presenta la verdadera dificultad” (19). Creemos que solamente éstos últimos constituyen lo que denominamos daño moral; en tanto los primeros —daños que debilitan la actividad personal y aminoran la capacidad para obtener riquezas— pertenecen en rigor a lo que denominamos daño patrimonial por proyectarse en el patrimonio de la persona.

En esta materia, se evocan constantemente dos doctrinas: la doctrina de la “Real malicia” que pone en cabeza del agraviado la difícil prueba de que el medio de prensa actuó con pleno conocimiento de que la noticia era falsa o con temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad, y la doctrina sentada por la jurisprudencia con el caso “Campillay”, que permite al medio de prensa exonerarse de responsabilidad en los siguientes casos: a) Cuando se propale información atribuyendo su contenido directamente a la fuente; b) Cuando se omita la identidad de los presuntamente implicados y c) Cuando se utilice un tiempo de verbo potencial.

Estas doctrinas, si bien tienen el encomiable valor de proteger la libertad de expresión, pueden convertirse en un motor de impunidad para los medios de prensa, y más aún con la última reforma al Código Penal mediante ley 26551 que elimina la pena de prisión para los delitos de calumnias e injurias.

El Código Penal regula los delitos contra el honor a partir del artículo 109 que dispone: “La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será

(19) Citado por DÍEZ- PICAZO, Luis. *El escándalo del daño moral*, Civitas, Navarra, 2008, pp. 70 y 71.

reprimida con multa de (...) En ningún caso configurarían delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas”; por lo tanto, para que se configure el tipo penal deberá existir una imputación de un delito *concreto y circunstanciado*. El hecho genérico que resuelve la norma debe contener éstos caracteres. A su vez, la reforma de la ley 26551 elimina la pena de prisión para los tipos de calumnias e injurias y dispone una suerte de “desincriminación” de cualquier imputación ofensiva que esté “referida a asuntos de interés público o cuando no fuere asertiva”. Con respecto a las noticias referidas a asuntos de interés público, reconocemos lo acertado de la norma, en tanto existe un interés —quizás superior— de la ciudadanía en conocer los asuntos relativos a su vida en sociedad; incluso es ésta circunstancia la que dio lugar a la *doctrina de la real malicia* con el objeto de proteger la libertad de expresión en estos casos. Sin embargo, lo que aquí queremos de algún modo resguardar es el derecho de todas las personas a que no se vulnere su intimidad y su personalidad con informaciones falsas y que no redundan en una labor de *información a la comunidad*. Con respecto a la norma mencionada, se utiliza textualmente la conjunción “o”, por lo que inferimos que la norma contempla la desincriminación frente a dos situaciones distintas: por un lado las informaciones referidas a asuntos de interés público y por otro, las formuladas de manera no asertiva. Nótese que una información injuriosa formulada en un tiempo de verbo potencial, es igualmente lesiva al honor y a la intimidad que una formulada en términos asertivos, si la forma de redacción es sensacionalista y permite identificar a la persona agraviada y no puede quedar librada al ámbito de la plena impunidad. Por ello, estos supuestos deben ser especialmente contemplados por nuestro régimen de responsabilidad civil, a los fines de brindar a la víctima una adecuada protección.

Ello se incrementa notablemente en los supuestos en que la prensa actúa con un manifiesto “animo lucrativo”, que se traduce en la divulgación de la información a sabiendas del daño que se producirá, pero con la convicción de que aún abonando la correspondiente indemnización, resultará un notable incremento de su patrimonio con la circulación de la noticia. Subyace en esta conducta un ánimo especulativo: el sindicato responsable elabora un cálculo matemático cuyo resultado redundará en un beneficio económico a costa del daño causado, poniendo en circulación noticias sensacionalistas a despecho de la veracidad de los hechos, con la plena convicción de que el público consumirá el material que con total indiferencia se publica. Definitivamente, ninguna indemnización —por más plena e integral que pudiera ser— logrará dismantelar plenamente los efectos del ilícito. Claramente se necesita algo más que una reparación del daño patrimonial y moral experimentado por la víctima (20). Por

(20) En *Curtis Publishing Co. V. Butts* (388 US, 130) de 1967, donde se reconoce una indemnización por daños generales (US\$ 60.000) y una suma más alta por daños punitivos (US\$ 3.000.000); habiéndose apelado esta última suma, la Corte no encontró razón para sentar un principio eximitorio de este tipo de condenas a los medios de prensa. Sostuvo que *la misma conducta puede dar lugar a ambas responsabilidades, sobre todo cuando por razones extrañas a la publicación, la condena compensatoria es suave, por lo que se tornan necesarios los daños punitivos para proteger adecuadamente la reputación dañada*. LOPEZ HERRERA, Edgardo. *Los daños punitivos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 264.

ello, en este ámbito se recomienda no sólo una adecuada reparación de los perjuicios —patrimonial y moral— efectivamente sufridos por la víctima mediante una norma legal dotada de los caracteres de completitud y coherencia, sino también reforzar las funciones del régimen de responsabilidad civil mediante la punición de tales inconductas, lo que a su vez reforzará la prevención, toda vez que el medio de prensa será más diligente en su actuar futuro ante la imposición de una condena punitiva.

Un claro ejemplo de lo antedicho lo encontramos en la ley española 1/1982 de “Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” dispone en su artículo 9.2 que la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas comprenderá las medidas necesarias para poner fin a la misma, y en particular, las medidas necesarias para: “ a) el restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior...b) Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores, c)La indemnización de los daños y perjuicios causados y d)La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos”.

La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos tiene por objeto el pleno desmantelamiento de la conducta lesiva. De tal modo, el responsable no sólo deberá resarcir el daño efectivamente sufrido por el damnificado, sino que además deberá abonar el monto de las sumas indebidamente percibidas con la conducta desplegada, lo que asimila a esta norma con la figura que aquí recomendamos.

Ahora bien, lo afirmado en los párrafos anteriores nos obliga a formular una última reflexión al respecto, ¿corresponde al derecho civil llenar funciones que otrora se consideraban privativas del ámbito penal? La respuesta debe formularse con un sentido netamente pragmático y desprovisto de falsos dogmatismos y de rigurosas clasificaciones. En un informe de la *Law Reform Commission* denominado: “*Law Reform Commission’s Report on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*” (21) se recomienda la aplicación de los daños punitivos para llenar lagunas que deja el derecho penal. Incluso André Tunc, partidario de la función preeminentemente compensatoria en materia de responsabilidad civil, recomienda la aplicación de daños punitivos para supuestos de difamación o violación de la vida privada.

Consideramos que si el derecho civil, mediante su régimen de responsabilidad por daños puede cumplir con funciones que el derecho penal no puede realizar eficazmente, debe darse vía libre a la regulación de estos vacíos en el ámbito civil. Ello redundaría en un beneficio al aparato judicial, dado el alto costo económico que significa el despliegue de la represión penal, el abarrotamiento de causas que se articulan y la estigmatización que un proceso penal genera en el sindicado responsable. La aplicación de los daños punitivos tal como aquí se propone debe ser objeto de un análisis pormenorizado respecto de cada elemento que conforma este instituto, tarea que debe abordarse cautelosamente y cuidando los derechos en juego. Aquí simplemente

(21) LOPEZ HERRERA, Edgardo. Op. cit., p. 31.

se plantea la necesidad de reforzar la protección de víctimas de informaciones falsas que atentan contra el derecho a la intimidad y al honor de las personas donde subyace una conducta lucrativa, y una herramienta que puede lograrlo —no la única— son los daños punitivos.

Nuestra tesis parece compartida en los fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación al decir: “El anteproyecto presenta una sistematización innovadora e importantísima en la materia que consiste en dos tipos de articulaciones (...) b) se reconocen tres funciones: preventiva, punitiva y resarcitoria (...) Tanto en el derecho comparado como en nuestro país existen discusiones doctrinales acerca de si la prevención y la punición integran o no la noción de responsabilidad; es necesario, pues, que la ley resuelva la controversia. Por ello, el primer artículo señala que las normas son aplicables a los tres supuestos, y los subsiguientes contemplan la prevención, la reparación y la sanción pecuniaria disuasiva (...). La necesidad de una diversidad de finalidades se aprecia si se considera que en este anteproyecto no sólo se tutela el patrimonio, sino también la persona y los derechos de incidencia colectiva. Cuando se trata de la persona, hay resarcimiento pero también prevención, y en muchos aspectos, como el honor, la privacidad, la identidad, esta última es mucho más eficaz” (22).

Lamentablemente, la “sanción pecuniaria disuasiva”, nombre con el que se designa a los daños punitivos aquí referidos, sólo se regula en el artículo 1714 del Proyecto para sancionar a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva, pese a las intenciones expresadas en los fundamentos de reforzar la prevención en supuestos de atentados contra el honor, la privacidad y la identidad (23). Con respecto a la sanción disuasiva pecuniaria, la comisión conformada por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci manifestó: La decisión ha sido aplicarla solamente a los derechos de incidencia colectiva y mantener la norma especial en relación a las relaciones de consumo. Las razones son varias: a) No hay experiencia en nuestro país sobre la sanción pecuniaria y la propia ley de defensa de los consumidores no ha generado jurisprudencia sostenida en este aspecto. Por lo tanto es mejor diseñar una norma que abra la puerta a este instituto con mayores especificaciones que las existentes en la ley especial y esperar su desarrollo. Siempre habrá tiempo para ampliar a los otros supuestos mediante leyes especiales, pero no se puede avanzar a ciegas en materia de política legislativa (24).

De este modo, se dejaría la puerta abierta para regular en una ley específica la propuesta que analizamos.

(22) Proyecto de código civil y comercial, 1º ed., Zavalía, Buenos Aires, Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial, pp. 761 y 762.

(23) Los daños punitivos cumplen no sólo una función de punición del responsable, sino también coadyuvan a la prevención, ya que constituyen una suerte de “sanción ejemplar”. La persona no actuará de la misma manera ante el peligro de la afectación a su patrimonio.

(24) Proyecto de código civil y comercial, 1º ed., Zavalía, Buenos Aires, Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial p. 767.

III. Conclusiones

Brevemente, analizamos las dificultades que se presentan en la práctica para la realización del principio de la reparación plena e integral en materia de daño moral. El resultado más evidente de ello es la gran variedad de sentencias que reconocen sumas de dinero disímiles para casos análogos. La injusticia que se deriva de este hecho para quien ha sido víctima de un menoscabo espiritual debe encontrar una solución en el sistema argentino y las normas que regulan la responsabilidad civil no dan respuesta adecuada. Para identificar el problema, hicimos referencia a un modelo lógico de interpretación jurídica —en este caso, el modelo de Alchourrón y Bulygin— que nos permitió pasar de la formulación normativa a la norma en cuestión. El análisis se basó en las dos normas del Código Civil vigente que mandan a indemnizar el daño moral (artículos 522 y 1078 CC); de los cuales inferimos que ante el daño injustamente causado, si el daño configura un agravio moral, existe una obligación de repararlo. Sin embargo, el problema —a nuestro entender— reside en la falta de determinación del concepto daño moral.

Entendemos que el legislador no tiene como función definir; pero el término “daño moral”, no tiene un uso unívoco entre los operadores del derecho. No existe un consenso en el uso del mismo. Por lo tanto, suele definírsele por oposición al daño patrimonial: todo aquello que no puede ser incluido en el rubro daño patrimonial, será daño moral. Los jueces también suelen asignarle al daño moral esta función. De tal modo, no es extraño advertir que ante supuestos de indemnizaciones bajas —por ejemplo, por no probarse debidamente el menoscabo patrimonial— las mismas suelen incrementarse con el rubro daño moral.

Para arribar a una solución viable, partimos de un análisis del sistema vigente, que nos permitió identificar claramente dónde radica esta laguna axiológica y —luego de referirnos a los sistemas posibles de cuantificación— proponemos como solución de *lege ferenda* normas más completas que clasifiquen las propiedades que —a juicio del legislador— comprenden el llamado daño moral para alcanzar una fórmula más simple de cuantificación del mismo y para lograr el principio de la reparación plena e integral.

Si bien como establece el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 en sus fundamentos, el daño real nunca coincide con el jurídico, creemos que para determinar el daño jurídico, es menester una correcta caracterización del daño moral para —en base a ésta— seleccionar las consecuencias indemnizables. Basta con experimentar un daño injusto, para saber que el “daño moral” realmente existe; no es una creación legal para indemnizar encubiertamente daños que no pudieron probarse o que no se invocaron debidamente en la demanda, ni para sancionar al sindicado responsable. Es netamente compensatorio, y para que cumpla eficazmente con su función, precisamos un sistema legal que lo contemple de un modo más acabado.

Con respecto a los daños al honor y a la vida privada por medio de informaciones falsas y difamatorias vertidas por los medios de prensa; consideramos que en éstos supuestos se vulnera la esfera extra patrimonial de las víctimas y las normas que

protegen la libertad de expresión de los medios de prensa, pueden implicar una infracompensación o falta de reparación del daño causado. Por eso en éste ámbito es aconsejable aplicar el sistema de clasificación legal antes señalado, a fin de lograr una reparación del daño moral lo más acertada posible y además, reforzar la protección a las víctimas de tales inconductas mediante mecanismos que permitan prevenirlas y también punir a los agentes dañadores que actúan con grave menosprecio a los intereses ajenos y con evidente ánimo lucrativo. Sin embargo, estos mecanismos de prevención y punición deben estar cuidadosamente contemplados para no tergiversar nuestro régimen de responsabilidad civil, y por lo tanto, propiciamos una interpretación restrictiva de los mismos y la exigencia de un factor subjetivo de atribución. Una de éstas herramientas concluimos —aunque no la única— son los daños punitivos.

Bibliografía

ALCHOURRON, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 5ª reimposición, Astrea Buenos Aires, 2006.

ANALES de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie I- Anuarios, Segunda Época, Año XXXVIII, Núm. 31, 1993, Buenos Aires, 1994.

ALTERINI, Atilio A. (director) y DE LORENZO, Federico (subdirector), *Revista de responsabilidad civil y seguros*, Año II, N° 4, Agosto de 2000, La Ley, 2000.

BERMÚDEZ MORATA, Luis; AYUSO GUTIERREZ, Mercedes; SANTOLINO PRIETO, Miguel. *Perspectivas y análisis económico de la futura reforma del sistema español de valoración del daño corporal*, Instituto de Ciencias del Seguro, Madrid, Fundación MAPFRE, 2009.

DÍEZ- PICAZO, Luis. *El escándalo del daño moral*, Civitas, Navarra, 2008.

GHERSI, Carlos A. *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

GUASTINI, Ricardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*, traducción por Marina Gascón y Miguel Carbonell, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1999.

LOPEZ HERRERA, Edgardo. *Los daños punitivos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

MARMOR, Andrei. *Interpretación y teoría del derecho*, 1 ed., traducción por Marcelo Mendoza Hurtado, Ed. Gedisa, Barcelona, 2001.

SAUX, Edgardo I. y MULLER, Enrique C. *Responsabilidad Civil y Aquiliana*, 1 ed., Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2005.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004.