

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL



**LA CUANTIFICACIÓN ECONÓMICA DEL DAÑO
EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

LICENCIADO

JUAN PABLO ROSALES CHÁVEZ

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2024

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

**LA CUANTIFICACIÓN ECONÓMICA DEL DAÑO
EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL**



DR. ANÍBAL GONZÁLEZ DUBÓN

Previo a conferírsele el Grado Académico de
MAESTRO EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL
(*Magister Scientiae*)

Guatemala, octubre de 2024

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	M. Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:		Vacante
VOCAL II:	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Lic.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIO:	Lic.	Wilfredo Eliú Ramos Leonor

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO:	M. Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
DIRECTOR:	Dr.	Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL:	Dr.	Carlos Estuardo Gálvez Barrios
VOCAL:	Dra.	Herminia Isabel Campos Pérez
VOCAL:	Dr.	William Enrique López Morataya

TRIBUNAL EXAMINADOR

PRESIDENTE:	Dr.	Saúl González Cabrera
VOCAL:	Dr.	Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
SECRETARIO:	Dr.	Aníbal González Dubón

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la tesis sustentada”. (Artículo. 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 10 de julio del año 2023.

Doctor
Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado Doctor Cáceres Rodríguez:

Lo saludo respetuosamente deseándole bienestar en sus actividades al frente de la Escuela de Estudios de Postgrado.

Por medio de resolución **RES. D.E.E.P. D. C. Y PRO. C. 09-2022** de la Dirección de la Escuela de Estudios de Postgrado, de fecha once de febrero de dos mil veintidós, se me asignó para su tutoría, la **Tesis de Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil** del Licenciado **Juan Pablo Rosales Chávez**, titulada **“LA CUANTIFICACIÓN ECONÓMICA DEL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL”**.

Después de revisar y discutir el informe final que contiene la Tesis de Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil del Licenciado **Juan Pablo Rosales Chávez** y realizadas las observaciones correspondientes, es mi opinión que su contenido llena los requisitos que exige el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado, por lo que emito mi dictamen favorable a la misma, para que continúe el trámite correspondiente y pueda ser defendida en su examen privado.

Quedo a sus órdenes y me suscribo respetuosamente:

A large, stylized handwritten signature in black ink, featuring a prominent loop and a series of horizontal strokes at the bottom.

Dr. Anibal González Dubón

Guatemala, 6 de febrero de 2024

Doctor:
Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Posgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
-USAC-

Distinguido doctor Cáceres Rodríguez:

Con base en su solicitud expresa en la carta a mi persona con fecha veintiséis de enero de dos mil veintitrés, en donde se me pide dictamen gramatical; y, según los Artículos 7, 9 y 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Posgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Le informo que el licenciado: **JUAN PABLO ROSALES CHÁVEZ**, de la **Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil**, ha realizado las correcciones y recomendaciones de gramática, ortografía, redacción y estilo, a su trabajo de tesis, cuyo título final es: **LA CUANTIFICACIÓN ECONÓMICA DEL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL**.

Asimismo, manifiesto que se ha utilizado un léxico adecuado a los requerimientos de una investigación científica, que llene las exigencias de la técnica jurídica y los principios exegéticos y hermenéuticos de la ciencia del Derecho. Esto, en consonancia con las normas, consideraciones y recomendaciones de la Real Academia Española, para utilizar el lenguaje de manera actualizada y como primera fuente teleológica idónea, para el conocimiento.

Dicho trabajo, presenta las partes mínimas requeridas en el instrumento legal *supra* anotado, según lo establece la Escuela de Estudios de Posgrados. De esta forma, el sustentante, ha referido con el modelo latino de citas y notas a pie de página, las fuentes bibliográficas para dejar los créditos de las teorías que han fundamentado la investigación.



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADOS

La metodología, técnicas y doctrinas que el estudiante y su parte tutora presentaron, fueron respetadas en su totalidad y ningún planteamiento fue conculcado para mantener el fundamento teórico original del documento presentado.

De esta manera se procedió con la revisión, exclusivamente en lo que corresponde a la gramática, ortografía, redacción y estilo, para comprobar que el cuerpo capitular contenga los requerimientos y extensión mínimos; con ello, se adecuó la diagramación pertinente y cotejaron las referencias del índice, los títulos y subtítulos, la parte conceptual introductoria, las conclusiones y recomendaciones, según los enlaces externos que se describen en la bibliografía consultada.

En virtud de lo anterior, se emite: **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de continuar con el trámite correspondiente.

Cordialmente.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


Dr. William Enrique López Morataya
Revisor de Gramática
Dr. William E. López Morataya
Cul. 6148



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,
Guatemala, 5 de junio del año dos mil veinticuatro.-----

En vista de que el Licenciado Juan Pablo Rosales Chávez, aprobó el examen privado de tesis del **Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil** lo cual consta en el acta número 117-2023 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **"LA CUANTIFICACIÓN ECONÓMICA DEL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL"**.
Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409



ÍNDICE

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. El concepto de daño	1
1.1. Definición de daño	1
1.2. Antijuridicidad y daño	1
1.3. Antijuridicidad y daño en la responsabilidad derivada de factores objetivos de atribución (responsabilidad objetiva)	2
1.4. Antijuridicidad (incumplimiento y daño) en la responsabilidad contractual	6
1.5. El daño como menoscabo	9
1.6. Terminología legal	10
1.7. El daño como lesión a un interés	11
1.8. Distinción entre interés lesionado y bien jurídico dañado	12
1.9. Derecho subjetivo e interés legítimo	14

CAPÍTULO II

2. El daño patrimonial	17
2.1. Concepto	17
2.2. Daño emergente y lucro cesante	17
2.3. La determinación del interés patrimonial y su relación con la medida del daño	19
2.4. Daño actual y daño futuro	24
2.5. La indemnización por la pérdida o frustración de <i>chances</i>	29
2.6. La pérdida de <i>chances</i> y daño moral	34
2.7. Daños que se generan en el ámbito de la responsabilidad contractual	38

CAPÍTULO III

3. Daño patrimonial indirecto	45
3.1. Criterios de distinción	45

3.2. Los derechos de la personalidad	46
3.3. Clasificación y enumeración	47
3.4. La recepción legislativa de los derechos de la personalidad	48
3.5. El resarcimiento al interés patrimonial indirecto por lesión a los derechos de la personalidad	50
3.6. La estimación económica de la vida humana	52
3.7. La muerte de niños	56
3.8. La muerte del <i>nasciturus</i>	60
3.9. La muerte de ancianos o incapaces	62
3.10. Daños a la integridad corporal de la persona	63
3.11. Interés no patrimonial directo e interés patrimonial indirecto	64
3.12. Lesión o daño estético	66
3.13. Las llamadas lesiones psíquicas. La <i>sinistrosis</i>	70

CAPÍTULO IV

4. Cuantificación y reparación del daño	73
4.1. Indemnización dineraria de daños	73
4.2. La obligación resarcitoria como deuda de valor (presupuestos)	75
4.3. Consecuencias en cuanto a la época de la determinación del contenido del daño y de su importe	75
4.4. La liquidación de los daños. Función jurídica	76
4.5. Valoración de la medida del daño	77
4.6. Límites cuantitativos de la indemnización en dinero	80
4.7. La época de la determinación de la medida del daño: su valoración y su tasación	83
4.8. El problema de la depreciación monetaria	83
4.9. Momento de la estimación de los daños expresados en las sumas de dinero empleadas en su reparación	86
4.10. Momento de la estimación de los gastos realizados por el damnificado para atender a su propia curación	91



4.11. Momento de la estimación del lucro cesante actual o <i>presente</i>	91
4.12. Lucro cesante en razón de la privación del uso de la cosa dañada	93
4.13. Límites en que se indemniza la privación del uso	97
4.14. Momento de la estimación del lucro cesante futuro	101
4.15. Momento de la estimación del daño emergente futuro	105
 CONCLUSIÓN	 107
BIBLIOGRAFÍA	111



INTRODUCCIÓN

Como exordio del presente trabajo de investigación, es oportuno afirmar que los principios del derecho de daños, constituyen una propuesta de armonización del derecho de daños que comporta una reelaboración del esquema tradicional del instituto de la responsabilidad civil, donde se parte de destacar el deber de responder y, a su vez, aportan una respuesta general a la lesión de los intereses de la persona.

En esta línea de ideas, existe una tendencia a abandonar la fórmula tradicional de la división de la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva, así como la clásica división de la responsabilidad contractual o delictual y se cede el paso a una tendencia del derecho de daños con una disciplina común. Algunos ordenamientos contienen unas normas comunes para la responsabilidad contractual y extracontractual. Sobre el particular, han considerado los juristas europeos que se confirma una tendencia del derecho europeo de daños a desligarse de la visión tradicional de la responsabilidad civil, pero sin desconocer las diferencias.

Algunos Códigos Civiles contemporáneos, constituyen una síntesis de la amplia reflexión de que han sido objeto las características y los límites del instituto del derecho de daños, también a la luz de las perspectivas europeas y de las nuevas instancias sociales y, en este sentido, esos cuerpos normativos son un ejemplo que contiene una reelaboración de la responsabilidad civil, así como las propuestas europeas de armonización del derecho de daños; el cual también la necesidad de reformular el instituto de la responsabilidad civil, al disponer unas normas comunes para el campo contractual y extracontractual, sin desconocer las diferencias que existen entre ambos.



La reelaboración de la responsabilidad civil es el reflejo de un acogimiento de lo que ya había emergido en algunas experiencias jurídicas, en relación con el instituto en el ámbito de la disciplina del derecho civil especial; para ello, cita como ejemplo el tema de la responsabilidad por los daños al consumidor. En efecto, el supuesto de la responsabilidad del productor representa un caso paradigmático de los presupuestos tradicionales de la responsabilidad civil.

En este específico campo de la responsabilidad, por un lado, se abandona la *summa divisio* con base en la fuente contractual o extracontractual para los fines de dar una respuesta a la necesidad de indemnización que debe afrontar una víctima por daños derivados del consumo de productos defectuosos y, por otro lado, se atribuye a la teoría de la responsabilidad civil un nuevo significado y dimensión.

La naturaleza híbrida y compleja del supuesto de la responsabilidad del productor quiere significar que no puede ser circunscrito en la esfera contractual, aunque la circulación de los productos tenga lugar a través del contrato. En efecto, las víctimas de productos defectuosos deben poder accionar directamente contra el fabricante del producto cuyo consumo o uso generó el daño, a pesar de que no tenga un vínculo contractual con este

En la línea de propuestas innovadoras de la responsabilidad civil, se ubica la propuesta de partir de unas reglas generales para garantizar el derecho a la reparación y así restablecer a la víctima al momento anterior a la producción del daño, circunstancia esta última que ha determinado una conciliación de las culturas jurídicas del *civil law* y del *common law*.



Lo que la armonización pretende, es integrar el área del derecho de las obligaciones y los contratos. Respecto de los criterios de imputación de responsabilidad, se parte de la regla general de la responsabilidad por dolo o por culpa, cuyos conceptos no coinciden con la doctrina tradicional, pues tienen la influencia de la *intention* y la *negligence* del *common law*.

En relación con la armonización, se debe proponer una posición preferente por el criterio de imputación subjetivo con una consagración de distintos supuestos de responsabilidad sin dolo o culpa, los supuestos de los daños causados por empleados y representantes, el daño causado por la situación de inseguridad en el inmueble, el daño causado por animales, el daño causado por productos defectuosos, el daño causado por vehículos de motor y los daños causados por sustancias y emisiones peligrosas, para aludir a la responsabilidad objetiva.

Algunas legislaciones colocan el criterio subjetivo de imputación indiferentemente con el criterio de responsabilidad objetiva, el cual más bien tiene una aspiración de convertirse en una regla general al explicar, en primer lugar, el tratamiento que se da a la inversión de la carga de la prueba de la culpa, y en segundo, a la responsabilidad objetiva por riesgo.

Otras legislaciones se desvían del principio general de la culpa y establecen que el abandono de la culpa sea solo posible para las actividades *anormalmente peligrosas*, supuesto que ha sido considerado siguiendo el modelo anglosajón. Sin embargo, respecto de la responsabilidad indirecta han seguido un camino ya marcado por la



jurisprudencia europea. Así también lo han hecho respecto a las cualidades del perjuicio (modelo alemán).

En esa óptica, la responsabilidad civil sirve solo para restablecer la situación preexistente al hecho dañoso y para prever algún futuro daño eventual. Cualquier otro objetivo se encuentra fuera del campo operativo atribuido al instituto. La reparación se ha previsto, como regla general, que sea pecuniaria mientras que la reparación *in natura* procede cuando no sea muy onerosa para el demandado.

Al calcular la suma debida, el juez puede considerar incluso los beneficios que la víctima haya podido tener del ilícito. Como se puede apreciar, en este último caso se trata de una fórmula indemnizatoria de raíz anglosajona que se encuentra muchas veces plasmada en algunos tratados de libre comercio en el esquema indemnizatorio sugerido a los jueces para los casos de infracciones a las normas de propiedad intelectual.

El problema investigado se formuló de la siguiente manera: ¿Cuáles son los ámbitos en que puede determinarse la cuantificación económica del daño en la responsabilidad civil?; y, ¿Cuál es el principio rector que determina la cuantificación económica del daño en torno a su reparación?

Las hipótesis se plantearon de la siguiente forma:

Los ámbitos en que puede determinarse la cuantificación económica del daño en la responsabilidad civil son: a) la reparación en dinero o en especie; b) la reparación de rentas o ingresos por lesiones; y, c) el valor de la vida humana. En cuanto a la reparación del daño moral, psíquico o espiritual, no existe una forma económica de



cuantificación y su determinación debe buscarse en la jurisprudencia o en normas indirectas.

En el ámbito de la reparación de daños, el principio rector o idea central que determina la cuantificación económica del daño en torno a su reparación es que, el sujeto posee capacidad para generar riquezas necesarias para su reproducción, calidad de vida y proceso de acumulación de recursos. El daño es la situación de disminución de recursos. La reparación funciona entonces como reposición de recursos en diversas formas, las más importantes son: la supervivencia y la acumulación de recursos en el tiempo. Para determinar la cuantificación económica de estos ámbitos, es necesario recurrir al análisis económico del derecho como método científico.

El presente informe de investigación consta de cuatro capítulos, en el primero se analiza el concepto de *daño*, en el segundo se trata el tema del *daño patrimonial*, en el tercero se desarrolla el tópico del daño patrimonial indirecto y en el cuarto, se analiza el tema de la reparación y cuantificación del daño para, por último, arribar a una conclusión que sea verosímil con la hipótesis formulada en el diseño de investigación.



CAPÍTULO I

1. El concepto de daño

1.1. Definición de daño

Desde una perspectiva objetiva, “el daño se define como el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio”.¹

El daño constituye, de tal modo, “uno de los presupuestos de la obligación de resarcir, o, si se prefiere, de la responsabilidad jurídica”.² “No hay responsabilidad jurídica si no hay daño”,³ pero el daño, “para generar responsabilidad, debe haberse producido en razón de un acto antijurídico que, en su consideración objetiva, se atribuye a un sujeto sea a título de culpa (en sentido lato *dolo o culpa*) u otro factor de atribución objetivo (riesgo, obligación legal de garantía, etc.)”⁴ mediando, además, una relación de causalidad adecuada entre el acto imputable -atribuido- y el daño.

1.2. Antijuridicidad y daño

Ya se ha dicho: no hay responsabilidad jurídica civil, si no hay daño. “Ello no significa que la antijuridicidad dependa o se califique en razón del daño producido. O, en otras palabras, que el juicio de antijuridicidad se base exclusivamente en el resultado (el daño)”.⁵ La antijuridicidad es un presupuesto de la responsabilidad, concurrente pero

¹ Larenz, Karl. **Derecho de obligaciones**. Pág. 193.

² Kelsen, Hans. **Teoría pura del derecho**. Pág. 93.

³ Orgaz, Alfredo. **El daño resarcible**. Pág.13.

⁴ Goldenberg, Isidoro H. **La responsabilidad civil**. Pág.156.

⁵ Santos Briz, Luis. **Derecho de daños**. Pág.26.



distinto al daño. Puede haber daños no antijurídicos que, por ello, no generan la obligación de resarcir a cargo de quien los provocó: típicamente, en los supuestos de daño justificado (por ejemplo, el estado de necesidad, la legítima defensa). Inversamente, puede haber una conducta antijurídica que no provoque daño. Aun así, “la antijuridicidad existiría, aunque, no genere responsabilidad civil resarcitoria, si bien pudiere ser punible penalmente”.⁶

1.3. Antijuridicidad y daño en la responsabilidad derivada de factores objetivos de atribución (responsabilidad objetiva)

Estas ideas generales, compatibles con la doctrina tradicional que ha encarado el tema de la responsabilidad basada en los clásicos factores subjetivos de atribución (dolo o culpa), son susceptibles de replanteo cuando la cuestión es encarada en relación con los factores objetivos de riesgo creado, obligaciones legales de garantía, etc., en los que parecería difícil situar la antijuridicidad como presupuesto autónomo de responsabilidad civil distinto al daño causado.

Si se parte de un concepto *objetivo* de antijuridicidad, o ilicitud, parece exacta la afirmación de que el sistema legal no puede dejar sin repudio toda una serie de conductas no expresamente vedadas, pero cuya prohibición surge de la consideración armónica del sistema jurídico como plexo normativo. Es decir, la ilicitud es (o debe ser) considerada autónomamente respecto de la *culpabilidad* del autor, pues esta (la culpabilidad) no es presupuesto de la noción de ilicitud.

⁶ Zavala de González, Matilde M. **Responsabilidad por el daño necesario**. Pág. 15.



Esto es, mientras la responsabilidad civil se desenvolvió pacíficamente dentro de los parámetros de lo que hoy se denominan factores de imputación *subjetivos* (dolo o culpa) pudo, quizá, sostenerse que no es ilícito o antijurídico el obrar inculpable. Sin embargo, y en esto la doctrina moderna es conteste, distinguir idealmente las notas de antijuridicidad y culpabilidad permite reconocer con claridad la ilicitud culpable de la inculpable.

Pero, además, la noción de antijuridicidad como ilicitud objetiva, trasciende en el ámbito de la responsabilidad civil, la noción de *ilegalidad*. Lo ilegal es obviamente antijurídico, pero la antijuridicidad no se agota en la constatación de la ilegalidad. Va más allá, pues, el criterio de la legalidad de la ilicitud es exacto en el plano del derecho penal, en cuyo ámbito no puede calificarse como ilícito penal un acto que no ha sido expresamente prohibido por la ley penal, pero no tiene aplicación en el campo del derecho civil.

La razón última de esta diferencia de criterio en cuanto a la determinación de la noción de *ilicitud* radica en que, “si bien la ley puede prever todos los ataques al orden social que por su gravedad merecen represión penal, ella, por el contrario, se encuentra en la imposibilidad de prever todos los actos dañosos o perjudiciales respecto de los particulares, y de determinar por adelantado, a los efectos de adecuar a ellos la reparación consiguiente, el daño que de ellos eventualmente emergerá”.⁷

La moderna doctrina ha ido paulatinamente acogiendo estas ideas, que obviamente no concitaron inmediato consenso, a la vista, sobre todo, de la necesidad de adecuar el

⁷ Zannoni, Eduardo A. **El daño en la responsabilidad civil**. Pág.15.



concepto de antijuridicidad a los factores objetivos de atribución de responsabilidad que no suponen necesariamente un obrar culpable, es decir subjetivamente reprochable.

Se llega así a reputar que una acción es objetivamente antijurídica cuando, en consideración a su resultado, es desaprobada por el ordenamiento jurídico.

Puede destacarse que, dentro de esta concepción objetivista de la ilicitud, deberían incluirse dentro del concepto de lo ilícito o antijurídico las conductas ajustadas a la ley que ponen en riesgo o peligro bienes o intereses jurídicos ajenos, pero entonces a primera vista resulta chocante esto de *ilicitud o antijuridicidad de conductas ajustadas a la ley*. El contrasentido parece evidente, y pone en tela de juicio la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad objetiva pues desde el mismo momento en que el legislador está dotando a esta materia de un régimen especial libre de toda idea de reproche subjetivo, es porque *ha previsto como consecuencia normal de esa actividad lícita* -en este caso la del fabricante- la eventual producción del daño.

La actividad que implica un riesgo social es lícita, y lo es, aunque el legislador compute en abstracto *-a priori-* la eventual producción de un daño derivado de esa actividad. Pero si, precisamente, el ordenamiento jurídico ha recibido un régimen de responsabilidad objetiva en razón del riesgo que concreta *-a posteriori-* un daño, es *porque califica a tal evento dañoso como antijurídico*.

De modo entonces que no se trata de acciones lícitas que provocan daños, o de un acto lícito de consecuencia ilícita. Es el propio factor de atribución objetivo (riesgo) el que, tomando como referencia el daño producido, permite formular el juicio de antijuridicidad, también objetiva, del obrar humano (la actividad riesgosa, en sí misma



lícita) que ha sido causa adecuada (nexo de causalidad) de aquel daño en concreto. La actividad riesgosa que es en abstracto lícita -o no antijurídica- *deviene antijurídica* cuando su potencialidad dañosa se concreta en daño.

Alguien diría que esta formulación en realidad construye la responsabilidad objetiva con elementos propios de la subjetiva, encontrando antijuridicidad en el daño. No es así. El riesgo encierra, por ser tal, una potencialidad dañosa que el derecho no desconoce. La actividad riesgosa es, entonces, una actividad potencialmente dañosa, pero no por ello ilícita; sí es, en cambio, ilícita, y no potencialmente sino *actualmente*, la actividad riesgosa que provoca daño.

“No es daño antijurídico (valga la expresión), sino actividad antijurídica que se califica de tal *en razón de que actuó su potencialidad dañosa en concreto*”.⁸ Es lo mismo que decir que el ordenamiento jurídico reputa lícita la actividad riesgosa en tanto no cause daño, y si lo causa provoca el juicio de antijuridicidad que resulta del mismo ordenamiento, sin que se requiera acreditar o probar que en concreto existió culpa, en sentido lato.

Con todo, es fundamental advertir de qué diferente modo opera la antijuridicidad en los supuestos de responsabilidad fundada en factores objetivos de atribución, como el riesgo, frente a los casos de responsabilidad subjetiva. En estos últimos, el juicio de reproche a la conducta puede hacerse de algún modo *a priori* mediante una confrontación con el ordenamiento normativo, aun cuando no provoque un daño en

⁸ Colmo, Alfredo. **De las obligaciones en general**. Pág. 62.



concreto. Es claro que en tal caso la conducta antijurídica no generará *responsabilidad* civil, aunque sea susceptible de calificación como obrar antijurídico y culpable.

En cambio, cuando se trata de responsabilidad fundada en factores objetivos, no es posible hacer ese juicio de calificación *a priori*. La antijuridicidad es siempre un *posterius*, y lo es precisamente porque *a priori* no hay conducta reprochable. Crear un riesgo implica un peligro en abstracto, no en concreto. Por eso es que la actividad riesgosa es, en sí misma, lícita, en tanto, claro está, no fuere expresamente prohibida por las leyes; devendrá eventualmente antijurídica si causa, en concreto, un daño.

1.4. Antijuridicidad (incumplimiento y daño) en la responsabilidad contractual

La cuestión que se ha dejado planteada trasciende también al ámbito contractual en que, cada vez con más frecuencia, se advierte la tendencia a prefigurar supuestos de *responsabilidad objetiva*. Sabido es que la extensión, ensanchamiento o ampliación del ámbito contractual es una consecuencia inevitable del moderno tráfico económico que, bien lo destaca Ghestin, debilita la primacía de la clásica autonomía de la voluntad para considerar al contrato como un instrumento al servicio del derecho objetivo.

El contrato, en tanto acuerdo de voluntades, no es sino un medio, un instrumento, que el derecho sanciona para permitir operaciones socialmente útiles, lo que es igual que sostener que el contrato debe ser conforme al derecho positivo que expresa el interés general. Se asiste así a la antítesis a que alude Carbonnier entre libertad contractual y orden público como sus términos antagónicos y que polariza dos centros de gravedad contrapuestos en la doctrina del contrato: “el del consentimiento en la etapa de *formación* del contrato, y el de la realización del interés práctico y material del contrato,



en la etapa de su *ejecución*".⁹ Buena prueba de ello, si es que esto requiere pruebas, lo da la evolución que ha sufrido la idea de *causa final* del contrato, que sintetiza lo que hace ya bastante Larenz consideró su base objetiva y su base subjetiva.

Esta realidad que privilegia los elementos realistas y materialistas del contrato, sobre los elementos espiritualistas que exaltó la concepción liberal decimonónica, ha conducido insensiblemente a ir incorporando en el ámbito de la responsabilidad contractual ingredientes antes reservados exclusivamente al ámbito extracontractual.

Ello, por sí mismo, pone por momentos en crisis la distinción entre ambos territorios, distinción que, aunque tienda dogmáticamente a relativizarse en nuestros días, subsiste, inequívoca, en los textos legales. Y, a no dudarlo, se asiste a la tendencia a un regreso a lo que un jurista denomina la *materia jurídica única* que engloba situaciones que, no obstante, corresponden a conceptos que la doctrina ofrece claramente deslindados.

Y, bien sabido es, tal materia jurídica única era vista, en el arranque histórico de la responsabilidad, a través de ideas extracontractuales, pues únicamente a través de un lento proceso se llegó a la convicción de que bastaba la palabra dada para engendrar una obligación perfecta.

Pues bien, esta afluencia de principios de la responsabilidad extracontractual al ámbito contractual ha pretendido incorporar, cada vez con más asiduidad, el riesgo como factor de imputación. Quizá la construcción dogmática inicial se sitúa en Demogue con

⁹ Carbonnier, Jean. **Derecho civil**. Pág. 256.



su ya clásica “distinción entre obligaciones de medio y de resultado”.¹⁰ Aceptada esta distinción, como lo hace buena parte de la doctrina, no es difícil conducir la responsabilidad contractual por los andariveles de los factores objetivos de atribución en las llamadas obligaciones contractuales de resultado, en las cuales el deudor no podría exonerarse de responsabilidad por incumplimiento, sino probando el caso fortuito.

He aquí, seguramente, el origen de esta formulación doctrinal de la llamada *obligación contractual de seguridad* que ha tenido florecimiento en Francia, para dar adecuado encuadre a la responsabilidad del patrón por los accidentes de trabajo sufridos por los trabajadores en relación de dependencia y más tarde a la responsabilidad del transportador.

Aludiendo a la construcción pretoriana de la obligación contractual de seguridad, dicen los Mazeaud que “tal vez no sea la misma, sino de lejos, el resultado de la teoría del riesgo; pero al menos se inspira en el mismo deseo de socorrer a las víctimas de accidentes”.¹¹

Quedaría, a partir de entonces, expedito el camino para discutir a su vez si estas obligaciones contractuales de seguridad son de medios o de resultado: si lo primero, el deudor podría probar que puso de su parte toda la prudencia y diligencia exigibles para cumplir su obligación y eximirse, entonces, de responsabilidad por el incumplimiento en razón de no serle imputable; si en cambio esta obligación de seguridad fuere de

¹⁰ Demogue, René. **Tratado de las obligaciones en general**. Pág. 234.

¹¹ Mazeaud, Henri; Mazeaud, León; Mazeaud, Jean. **Lecciones de derecho civil**. Pág.167.

resultado, el deudor solo se eximiría de responsabilidad probando el caso fortuito, es decir, la interrupción del nexo causal.

La cuestión ha sido arduamente discutida en el ámbito de la doctrina laboralista por parte de quienes sostienen que la responsabilidad patronal por accidentes de trabajo es de naturaleza contractual, y en la civilista a propósito de la responsabilidad de los profesionales en general y de los médicos en particular.

La obligación de seguridad viene, al cabo, a presentar cartas credenciales denotan su origen: ni más ni menos que el *naeminen laedere*, o deber de no dañar que funda la *responsabilidad extracontractual*, porque como tal constituye un deber no elegido libremente, sino impuesto por la ley. El deber de no dañar no es sino una obligación genérica de seguridad que está presente, sin duda, más allá de la idea de contrato. La cuestión consiste en saber si en algunos casos el deber de no dañar es específicamente *contractual* o, lo que es lo mismo, integra el *contenido propio* de la relación contractual o negocial.

1.5. El daño como menoscabo

Etimológicamente, el sustantivo menoscabo significa el efecto de menoscabar, verbo este que, en su primera acepción, el *Diccionario de la lengua española* define como “*disminuir las cosas, quitándoles una parte; acortarlas, reducirlas a menos*. Y, también etimológicamente, dañar es *causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia*”.¹²

¹² Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Pág. 215.

La definición es, sin embargo, incompleta. No todo daño se traduce -directa o indirectamente- en menoscabo de valores económicos. Hay daños, decía Minozzi, cuyo contenido no es dinero, ni una cosa comercialmente reducible a dinero, “sino el dolor, el espanto, la emoción, la afrenta, la aflicción física o moral, y, en general, una sensación dolorosa experimentada por la persona atribuyendo a la palabra dolor su más extenso significado”.¹³ Se está en los umbrales del daño moral que, si bien se traduce en un resarcimiento pecuniario, no ha afectado valores económicos.

Aunque, no todo daño es *perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria*, en cambio el daño es siempre *menoscabo resarcible pecuniariamente*. Cuando el daño ha consistido en un perjuicio apreciable en el patrimonio del damnificado -daño patrimonial- el resarcimiento recompone o compensa -*repone*, de un modo u otro- los bienes dañados o destruidos, o su valor. Cuando el daño ha consistido en la lesión o agravio a un interés no patrimonial del damnificado -daño moral-, el resarcimiento o indemnización en dinero se cuantifica, se mide, en relación con la entidad que, objetivamente, se reconoce al interés del lesionado, su posición social, la repercusión del agravio en su ser existencial individual o personal y también de relación intersubjetiva, etcétera.

1.6. Terminología legal

De lo expuesto se infiere que, jurídicamente, el término *daño* es apto para designar todo menoscabo patrimonial, e, incluso no patrimonial -como en el supuesto del llamado daño moral-. Puede asumir distintos *contenidos* (como cuando se alude al

¹³ Minozzi, Paolo. **El daño civil y su resarcimiento**. Pág.136.

daño emergente y al lucro cesante), pero en todo caso su denominador es común: menoscabo o pérdida.

En la terminología legal, en cambio, se advierten distintas formas de denominar el daño. Sobre todo, tratándose del daño patrimonial, es decir, menoscabo en bienes. O valores patrimoniales. En algunas legislaciones se identifica al daño emergente como perjuicio, y al lucro cesante como *pérdidas e intereses*. A su vez, algunos Códigos utilizan el término genérico de daño en diversas normas, y en esos casos, omnicomprendiendo de todo perjuicio o pérdida. En otros casos, en noción amplia, el daño es definido como perjuicio. También alude a la indemnización de daños e intereses, o de pérdidas e intereses, o gastos y perjuicios, o daños y perjuicios, etcétera.

Como se ve, la terminología legal es, hasta cierto punto, ambigua, utilizándose diversos términos que significan sustancialmente lo mismo. El daño puede trascender en gastos, en perjuicios, en pérdidas, aun cuando no en intereses, pues, estrictamente son tales los frutos civiles de un capital, o rentas, según las circunstancias del caso. Es, pues, técnicamente correcto aludir al daño, o a los daños, en forma general, sin perjuicio de que, en cada supuesto concreto, sea menester determinar el contenido del daño.

1.7. El daño como lesión a un interés

Se ha dicho que “el objeto del daño se identifica con el objeto de la tutela jurídica, y, consiguientemente, es siempre un interés humano”.¹⁴ En cualquier forma que se presente, la noción de daño va indisolublemente unida a la de *damnificado*. Es decir,

¹⁴ Orgaz, Alfredo. **Op. Cit.** Pág.207.

todo daño es daño a y no, en abstracto, puro daño. Si, por hipótesis, alguien destruye físicamente un objeto que es *res nullius* no está provocando un menoscabo jurídicamente relevante: falta el damnificado, la víctima del daño.

Es, en efecto, un damnificado quien sufre el daño y quien, consiguientemente, puede exigir su reparación al responsable. No hay daño sin damnificado. ¿Qué opone el damnificado al exigir la reparación? Un interés patrimonial o extrapatrimonial -moral- que ha sufrido lesión, agravio. Pero para que pueda decirse que existe un interés lesionado o agraviado, es menester que quien se dice damnificado demuestre que el menos- cabo afecta, imposibilita, en su esfera propia, la satisfacción o goce de bienes jurídicos (en sentido lato) sobre los cuales él ejercía una *facultad de actuar*. Esta facultad de actuación en la esfera propia del damnificado constituye su *interés*; el daño ha lesionado ese interés.

1.8. Distinción entre interés lesionado y bien jurídico dañado

Por bien jurídico ha de entenderse, en sentido amplio, cualquier objeto de *satisfacción*: puede tratarse de cosas, derechos, bienes inmateriales con valor económico, pero también puede tratarse del cuerpo, la salud, integridad física, la intimidad, el honor, incluso la vida como el bien supremo, que constituyen para el derecho objetos de satisfacción no patrimoniales, sin valor económico para su titular en cuanto tales.

Mientras tanto el interés jurídico es un *poder de actuar, reconocido por la ley, hacia el objeto de satisfacción* (en cuyo caso se alude a un interés legítimo que es contenido de un derecho subjetivo), o por lo menos una *expectativa, lícita, a continuar obteniendo el*

objeto de satisfacción (al que se ha denominado interés simple si esa expectativa no es sustento de un derecho subjetivo).

Finalmente, se reconocen al hombre, en cuanto persona, intereses que refieren *poderes de actuar en defensa de objetos de satisfacción que no son exclusivos del sujeto*, sino compartidos por otros o con otros en comunidad (por ejemplo, la salubridad del medio ambiente, la conservación del equilibrio ecológico, etcétera). En estos casos se reconocen a la persona intereses jurídicos no exclusivos, sino *difusos* “que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto integrantes de grupos, clases o categorías de personas, ligadas en virtud de la pretensión de goce, por parte de cada una de ellas, de una misma prerrogativa”.¹⁵

Pues bien, es incorrecto calificar la naturaleza del daño en razón de la naturaleza del bien, u objeto de satisfacción, que ha sufrido menoscabo. En otras palabras, no es verdad que el daño es patrimonial porque el bien dañado es un objeto de satisfacción patrimonial (cosas, derechos susceptibles de valor económico) y que el daño es moral cuando el bien u objeto de satisfacción afectado es extrapatrimonial (la vida, la integridad corporal, el honor, la intimidad).

La experiencia cotidiana lo demuestra: las lesiones físicas, por ejemplo, constituyen menoscabo de un bien extrapatrimonial (la integridad física de la persona, su salud, etc.) y, sin embargo, provocan daños patrimoniales (gastos de curación, médicos, hospitalarios, lucro cesante o ganancias frustradas, etcétera). A la inversa, si del domicilio de la víctima se sustraen cosas que representan recuerdos de familia, como

¹⁵ Rezzónico, Luis M. **Estudio de las obligaciones en el derecho civil**. Pág.54.

obras de arte, medallas, trofeos, etc., si bien el hurto o el robo interesan bienes patrimoniales, y, además, un valor de afección reconocido por el derecho en cuanto tales objetos o cosas integran ese ámbito de intimidad, inalienable, que conforma la tutela del domicilio mismo.

Aunque el interés jurídico está referido a un poder de actuar hacia el objeto de satisfacción (es decir hacia bienes jurídicos), sucede que a través de bienes patrimoniales el sujeto puede satisfacer también un interés no patrimonial, o sea, un poder de actuar hacia bienes no patrimoniales, y viceversa, a través de bienes no patrimoniales el sujeto puede satisfacer además un interés patrimonial, es decir, un poder de actuar hacia bienes patrimoniales.

La salud de alguien, por ejemplo, permite trabajar, obtener ingresos económicos. Hay en la salud de quien trabaja entonces un doble orden de intereses: no patrimoniales, por supuesto, relativos a la integridad física, pero también intereses patrimoniales, como son las expectativas a poder, con el trabajo, continuar obteniendo esos ingresos.

1.9. Derecho subjetivo e interés legítimo

Cuando la facultad de actuación en la esfera propia de la persona se transforma en un concreto *poder de actuar atribuido* por la ley, aquélla se transforma correlativamente en el contenido de un derecho subjetivo. Pero entonces se alude a un interés que lleva consigo un poder que pertenece o se atribuye por la ley y que no solo permite -o faculta- un obrar lícito tendiente a la satisfacción de ese interés, sino más: la persona hace suyo ese interés porque la ley le ha conferido la posibilidad de actuar exigiendo su



satisfacción. El interés es, entonces, *interés legítimo* y, como tal, el contenido del *derecho subjetivo*.

Lo que se acaba de formular requiere una importante aclaración. La doctrina ha solido distinguir entre derecho subjetivo e interés legítimo. En la doctrina civilista, sin embargo, su desarrollo proviene de la doctrina administrativa al analizar la relación jurídica entre el administrado y la Administración Pública.

Tratando de esbozar en grandes líneas el *quid* de la mentada distinción puede decirse que, según la doctrina, una persona puede ostentar dos tipos de interés: a) un poder de actuar cuyo contenido aparece determinado por la ley de manera exclusiva a su favor, o bien, b) un poder de actuar cuyo contenido es concurrente y coincidente con el de otras personas, pero sin exclusividad, y que tiende a obtener el cumplimiento de la ley que garantiza un interés general. El primero sería el derecho subjetivo (hay un interés particular, exclusivo del sujeto). El segundo sería apenas un interés legítimo que solo en forma mediata o refleja afecta o atañe a cada persona en particular.

En la práctica, la distinción apuntada solo ha servido para restringir las vías recursivas del administrado contra actos de la Administración, y por eso ha sido severamente cuestionada por la misma doctrina administrativista: “no existen se ha dicho- derechos subjetivos e intereses legítimos como categorías sustanciales de distinta configuración”.¹⁶

Es correcto distinguir entre derechos subjetivos e intereses legítimos, pero con esta salvedad: *todo derecho subjetivo presupone un interés legítimo*. El interés legítimo

¹⁶ Peirano Facio, Jorge. **Responsabilidad extracontractual**. Pág. 189.



trasciende en derecho subjetivo cuando su objeto es un poder de actuación conferido por la ley en beneficio directo y exclusivo de su titular.

Si, en cambio, se trata de preservar o mantener la legalidad de una situación jurídica de la que el sujeto participa, sin lesión actual de un bien jurídico directo y exclusivo aun cuando la preservación de la legalidad de esa situación jurídica pueda, eventualmente, y en el futuro, llegar a provocar esa lesión, hay solo un interés jurídico que no es derecho subjetivo. Pero en estos casos la tutela del interés legítimo no se funda en un daño *personal* sino en la preservación de la legalidad de una situación jurídica que puede llegar, en el futuro, a frustrar derechos subjetivos.

CAPÍTULO II

2. El daño patrimonial

2.1. Concepto

El término *daño patrimonial* vincula la noción de menoscabo, lesión o agravio al concepto de patrimonio. Este, como universalidad constituida por el conjunto de *bienes* de una persona, viene a erigirse en uno de los clásicos atributos de la personalidad, como tal intangible. Pero si bien implica una categoría de la razón, la atribución jurídica del patrimonio al sujeto es la que permite imputar, en concreto, singularmente y en cada caso, la llamada *esfera jurídica de pertenencias* determinadas por las relaciones jurídicas (personales o reales de *contenido económico*).

“El derecho reconoce a las personas un *interés relativo* a los bienes, en sentido lato, que integran su esfera jurídica de pertenencias con contenido económico y que, *ut singuli* se muestra en la diversísima gama de relaciones, situaciones y potestades jurídicas que tienen por objeto cualquier bien económico apetecido por el sujeto”.¹⁷

El daño patrimonial ha de ser, pues, la lesión o menoscabo que afecta un interés relativo a los bienes del damnificado, es decir sobre los bienes que integran su esfera jurídica que, por ende, le *pertenecen*.

2.2. Daño emergente y lucro cesante

Partiendo de esta noción fundamental (daño es el menoscabo que recae sobre los

¹⁷ Carbonnier, Jean. **Derecho flexible**. Pág.68.

bienes que integran la esfera jurídica de la persona -bienes que le pertenecen-) se distinguen dos grandes especies de perjuicios patrimoniales.

En primer lugar, aquellos perjuicios que se traducen en un empobrecimiento del contenido económico actual del sujeto y que puede generarse tanto por la destrucción, deterioro, privación del uso y goce, etc., de bienes existentes en el patrimonio al momento del evento dañoso, como por los gastos que, en razón de ese evento, la víctima ha debido realizar.

Tanto en uno como en otro caso, hay un empobrecimiento, una disminución patrimonial provocada como consecuencia del evento dañoso. Pero este puede generar también la privación o frustración de un enriquecimiento patrimonial de la víctima: “el perjuicio, aunque por hipótesis pudiese incluso no haber provocado un daño en los bienes que pertenecen a la víctima, puede *impedir que ella obtenga ciertos lucros o ganancias que se traducirían en un enriquecimiento económico*”.¹⁸

Sin embargo, ahondando un poco, se evidencia que tanto el daño entendido como empobrecimiento o el daño entendido como la privación o frustración de un enriquecimiento, participan de un género común: daño como *privación de una utilidad económica, como frustración de un beneficio patrimonial considerado en relación con el sujeto*. A pesar de lo dicho, la distinción, aunque no fuere ontológica, trasciende en los conceptos de *damnum emergens* y *lucrum cessans* (daño emergente y lucro cesante), que según los romanistas se infiere ya de las *actio legis Aquiliae* y que con claridad, comentando precisamente la ley Aquilia, lo enseñan las Institutas de Justiniano.

¹⁸ García Trevijano Fos, José. **Tratado de derecho administrativo**. Pág. 23.

2.3. La determinación del interés patrimonial y su relación con la medida del daño

Tanto el daño emergente, como el lucro cesante, importan una disminución patrimonial, pero, ¿cuál es la medida de esa disminución? La respuesta parece a primera vista sencilla: la medida está dada por el valor del bien dañado. Lo que seguramente no es nada simple en muchos casos es establecer ese valor.

La fijación o la conversión en dinero del importe del daño presupone una estimación previa: la determinación de la medida del daño como tal, y en relación con el sujeto damnificado que lo sufre. Una cosa es la estimación de la medida *-aestimatio-* y otra, la liquidación *-taxatio-* de los perjuicios.

Todo bien es económicamente estimable desde dos perspectivas o puntos de vista: uno, que se ha dado en llamar punto de vista objetivo, el valor que ese bien tiene para todos, su *pretium commune*; otro, muy distinto, sería el punto de vista *subjetivo*: el valor que ese bien tiene para el damnificado en particular, que puede ser mayor o menor al *pretium commune*, de acuerdo con las circunstancias del caso. Se alude, entonces, al *pretium singulare*.

La cuestión no es puramente académica, aun cuando, hay que reconocer, en la generalidad de los casos coincidan el *pretium commune* y el *pretium singulare* de un bien. Pero, por ejemplo, si se sustrae un Stradivarius a un gran violinista, el perjuicio se mide no según el valor corriente, aunque sea muy elevado, del Stradivarius, sino como arreglo al valor que tenía para *aquel* violinista, que, por su habilidad artística, estaba en condiciones de obtener una gran audiencia personal. “Si se destruye una pieza insustituible de una vajilla de porcelana, ha de ser resarcido el propietario no tan solo

del valor de la pieza destruida, aisladamente considerada, sino también del daño que consiste en haber quedado incompleto el servicio, ya que, frente al dueño no se puede considerar solamente el valor objetivo de la pieza, sino también el mayor valor que tenía para él, en cuanto completaba el servicio”.¹⁹

Esta constatación lleva de la mano a proponer la siguiente afirmación: *el interés patrimonial del damnificado, respecto del bien destruido o dañado, puede no agotarse en el valor objetivo del bien mismo*. Ello debe ser así porque lo que se indemniza no es la pérdida, destrucción o menoscabo de un bien aisladamente considerado del patrimonio del cual forma parte, sino precisamente, al contrario: el daño que afecta al bien en su relación al todo patrimonial que sufre lesión o mengua, quizá no solo en cuanto a ese bien, sino además a otros bienes. Como decían los romanos: *id quod inter est*.

Esto es lo que ha llevado a la doctrina a sostener que, en la estimación del daño, de su medida (o de la medida del valor del daño), lo que debe tomarse en cuenta es el interés que el bien dañado o destruido satisfacía en la esfera patrimonial del damnificado, que, se reitera, puede o no coincidir con el valor objetivo del bien mismo.

Es verdad que, habitualmente, la estimación del daño se hace con base en ese valor, lo cual “es explicable por cuanto en el bien en sí, no se aprecian aquellos elementos de carácter subjetivo que contribuyen a determinar el concepto de interés, por lo que el bien aparece como un concepto más simple que el interés, y su medida es, además,

¹⁹ Moisset de Espanés. Luis. **Reflexiones sobre el daño actual y el daño futuro**. Pág. 80.

mucho más fácil de poderla determinar”.²⁰ Pero esto no significa que, en particular, no pueda ser viable un reclamo indemnizatorio no coincidente con el valor objetivo del bien mismo.

Sin embargo, bien visto, no se trata de indemnizar un valor subjetivo, por cuanto no es la subjetividad, o la voluntad del sujeto, la que determina ese valor; ni siquiera podría decirse que esa subjetividad, o la apreciación personal del damnificado, determina una estimación distinta del valor objetivo del bien dañado o destruido, pues en el ámbito de los daños patrimoniales, de ellos se trata aquí el perjuicio o menoscabo deben ser ciertos en términos de valoración económica. Distinto es el llamado valor de afección, indemnizable según el caso, pero que implica un *daño moral indirecto*: lo que se repara, entonces, es un interés no patrimonial.

No se trata, pues, de un valor subjetivo, sino objetivo. Lo que ocurre es que siendo el sujeto damnificado el centro del interés patrimonial, el daño inferido a un bien de ese patrimonio, puede provocar como consecuencia un menoscabo, es decir un correlativo daño, a otros bienes del mismo patrimonio, que también, objetivamente considerado, reclaman reparación o resarcimiento.

Continuando con los ejemplos citados, al violinista que se le sustrajo el Stradivarius, no se le indemnizará *solo* el valor del violín, es decir el valor del bien sustraído; *además*, se le indemnizarán las ganancias frustradas, o pérdida de ganancias derivadas de que disminuye su audiencia en razón de no actuar en lo sucesivo con el Stradivarius. Esto no quiere decir que el derecho no tome en cuenta el valor objetivo del violín: lo que

²⁰ Mosset, Iturraspe. **Responsabilidad por daños**. Pág. 53.

ocurre es que también considerará el valor objetivo que corresponda estimar en razón de ese lucro cesante, de esas ganancias frustradas, que también inflige el hecho o el acto ilícito.

En el caso de que el dueño del Stradivarius no fuese un violinista sino un coleccionista de violines, el mismo hecho (la sustracción de aquel), puede provocar otros daños, mayores o menores. Podrían ser mayores, incluso, si el Stradivarius integraba una colección de cada modelo y la falta del sustraído provoca que la colección pierda todo valor, o lo disminuya notablemente.

En ese supuesto que es similar al de la destrucción de una pieza insustituible de la vajilla de porcelana, no solo correspondería indemnizar el valor objetivo del violín, sino compensar el menor valor que, a partir de entonces, tiene la colección de violines. Es decir, se compensa el empobrecimiento que sufre el patrimonio del damnificado, considerado como una unidad imputada al centro del interés: el sujeto, su titular.

Un caso típico en que algunos tribunales hacen aplicación de este concepto es en el atinente a la indemnizabilidad por la *privación del uso del vehículo* en razón de su destrucción o daño. “*Prima facie*, el valor objetivo del bien dañado, el automóvil, verbigracia se separa en especie o en equivalente dinerario al valor de plaza, suficiente para adquirir otro automóvil de similares características al destruido, que de tal modo se repone en el patrimonio damnificado. O, si se trata de daños parciales, lo que se indemniza es el costo de la reparación, también en dinero, que permite restituir al patrimonio damnificado el bien sin los daños. Pero el interés patrimonial afectado con la

destrucción o el deterioro no se agota en la reposición del bien, objetivamente considerado”.²¹

El interés patrimonial sufre lesión o menoscabo por el valor económico que el uso y goce del automóvil representa para el damnificado, y del cual se vio privado hasta que operó efectivamente la reposición del bien. En suma, el automóvil no solo *vale* su *precio* sino también su *utilidad*: si la privación de esta utilidad no obtuviera adecuada reparación, el resarcimiento solo por el valor del automóvil no sería integral, puesto que el damnificado no solo sufrió daño en relación con el vehículo, sino también en relación con el valor económico de la utilidad que dejó de obtener por su privación.

Por supuesto que, en cada caso concreto, corresponde realizar la específica estimación del daño derivado de la privación del uso del automotor. Para un damnificado podrá significar solo la necesidad de costearse otro medio de transporte; para otro, podrá significar un abultado lucro cesante, en la medida que pruebe que el vehículo era su medio de vida (por ejemplo, camión de reparto, taxi, etcétera).

Otro supuesto en que corresponde reconocer un interés patrimonial que excede el valor del daño concerniente a la prestación, misma que constituye el objeto de la obligación (daño intrínseco), es el llamado daño al interés positivo y al interés negativo. Tanto el resarcimiento del uno como del otro, quedan genéricamente comprendidos en la indemnización del valor de la utilidad que el acreedor dejó de percibir.

²¹ **Ibid.** Pág. 58.

2.4. Daño actual y daño futuro

“Todo daño es, *cronológicamente*, posterior al hecho. Dañoso o *eventus damni*. Es decir que, desde la perspectiva que señala el orden temporal de los acaeceres, el daño es un efecto, un *posterius*”.²² Sin embargo, al aludirse a daños *actuales* o a daños *futuros*, el jurista se ubica en un momento que es, cronológicamente, posterior al evento dañoso: es el momento de la sentencia judicial que declara reunidos los presupuestos de la responsabilidad civil del obligado a responder, estima en particular los daños producidos a la víctima, y finalmente, condena a su resarcimiento.

La sentencia computa lo que, a raíz de otro tema (la irretroactividad de la ley), se ha dado en llamar *tiempo espiritual o tiempo jurídico*, en contraposición al tiempo físico y que alude al tiempo ideal contrapuesto al tiempo material. Y en ese cómputo del tiempo ideal, la sentencia ha de considerar como presente, como unidad, en suma, como *actual*, todo daño efectivamente producido al momento en que se dicta, pues el *tiempo del litigio* es una unidad jurídica que culmina con la sentencia: el juez, en su sentencia, deberá referirse a aquello que se reclamó, alegó y probó, es decir a actividades desarrolladas en momentos anteriores, como si realmente estuviesen fusionados en un instante único, con el momento de la sentencia. En cambio, serán daños *futuros* los que, necesariamente, es decir, con certeza, han de producirse luego del tiempo ideal o instante único que marca el momento de la sentencia.

Aun sin recurrir a la contraposición apuntada, lo dicho no resulta sino de la confrontación con un principio elemental de la doctrina que nutre la procesalística al

²² Santos Briz, Jaime. **La responsabilidad civil**. Pág. 112.



señalar la correspondencia entre la demanda judicial y la sentencia. La sentencia que admite la demanda debe actuar la ley como *si esto ocurriese* en el momento de la demanda judicial: la duración del proceso no debe obrar en detrimento del actor.

¿Se trata de una ficción? De ningún modo. El tiempo de los hechos se desvincula de la medición del movimiento cósmico, para aislarse en representaciones racionales, convencionalmente elegidas. La unidad temporal racional viene dada, entonces, por la representación unitaria de acontecimientos sucesivos que se conectan o encadenan, unos a otros, por una causalidad jurídica que les es imputable o atribuible.

A propósito del tiempo, lo anterior es suficiente para denotar cómo el juez, en la estructura lógica de su fallo realiza una estimación que hace a su actualidad y también al futuro. El juicio de la sentencia es congruente con la unidad temporal que requiere su carácter declarativo. Entonces el *pasado temporal*, en este caso, el que arranca con el evento dañoso y que se sucede con la producción efectiva de los daños, se hace *presente jurídico*, ya que hoy esa sentencia declara reunidos los presupuestos de la responsabilidad, entre ellos la existencia de esos daños o perjuicios. Hoy se los declara tales; hoy hay certeza sobre ellos. Pero hoy también puede el juez declarar que, ciertamente, sobrevendrán otros daños a consecuencia del evento dañoso. Éstos son daños futuros.

En síntesis, pues, daño *actual* es el daño, menoscabo o perjuicio ya operado y subsistente en el patrimonio del damnificado al momento de la sentencia. Daño *futuro*, en cambio, es aquel que todavía no ha existido, pero que ciertamente existirá, luego de la sentencia. “Un ejemplo sencillo es útil: si a consecuencia de un accidente de tránsito



mi automóvil es destruido y yo sufro lesiones, serán daños actuales: el valor del automóvil, o lo que me costó reponer a mi patrimonio un automóvil de características similares al destruido; todos los gastos que debí afrontar para restablecerme de las lesiones (internación hospitalaria, honorarios médicos, adquisición de medicamentos, etc.), bajo el rubro de daño emergente. Pero serán también actuales los perjuicios que me provocó la imposibilidad de contar con mi automóvil y los que implican la falta de mis ingresos. Normales en lo económico, debido a que no pude trabajar mientras duró el período de convalecencia”.²³

Imagínese que, a raíz de las lesiones recibidas, experimento una secuela permanente que me discapacita parcialmente para mi trabajo y me exige periódicos tratamientos médicos. Entonces podré reclamar por la frustración de ganancias que, en el futuro, experimentaré a consecuencia de las lesiones, y por los gastos que, también en el futuro, deberé realizar para afrontar esos tratamientos.

En el ejemplo dado, llama la atención que no puede identificarse daño actual con daño emergente ni daño futuro con lucro cesante. Cada una de estas categorías tiene operatividad autónoma, de modo que puede existir daño emergente actual y futuro, y, también, lucro cesante actual y futuro. Incluso es posible imaginar algún caso en que solo exista lucro cesante actual y daño emergente futuro.

Sin embargo, la verdadera dificultad se presenta en la determinación de la certeza del llamado daño futuro. Ya se sabe que el daño debe ser cierto, y tal certidumbre constituye siempre una constatación de hecho actual que proyecta, también al futuro,

²³ Marienhoff, Miguel S. **Tratado de derecho administrativo**. Pág.78.

una consecuencia necesaria. Y es que aquí, en punto a los daños futuros, el juez se ve constreñido a hacer un doble juicio de imputación causal: uno, el que realiza normalmente en relación con la atribuibilidad del daño al responsable (consecuencias inmediatas, o mediatas previsibles); otro el juicio de probabilidad, también causal, porque se trata de establecer la certeza de un acontecimiento que aún no ha acaecido, en función del evento dañoso que es su causa.

El daño futuro es el que aún no se ha producido pero que aparece desde ya como la previsible prolongación o agravación de un daño actual según las circunstancias del caso y la experiencia de la vida. Pero en esta afirmación, en realidad, se atiende, más bien, a lo que se suele llamar *daño sucesivo*, es decir un perjuicio o menoscabo que no se agota en un momento o cuyos efectos cesan luego de un lapso, sino que se continúa reiterando y que, obviamente, se ha generado con el hecho dañoso.

Si la víctima de las lesiones sufre la pérdida de ambos brazos, y con ella, sufre una incapacidad permanente para su actividad, habrá un daño patrimonial (lucro cesante) permanente, que subsistirá durante toda la vida de la víctima. Es un daño que no está *agotado* al momento de la sentencia, sino que se prolongará, aun cuando es consecuencia de un daño actual.

Pero puede haber daños futuros que no son prolongación o agravación del daño actual, sino que son un *nuevo daño* o, si se prefiere, un *daño distinto*. “Lo que corresponde es advertir si ese daño distinto es consecuencia necesaria del *evento dañoso* (no de un daño actual), porque el juicio de imputación causal toma al daño como efecto de un hecho o de un acto productor de este (es decir, su causa). En otras palabras, el evento

dañoso puede ser causa de distintos o diversos efectos dañosos, algunos producidos ya al tiempo de la sentencia, otros, aún futuros”.²⁴

La verdadera dificultad consiste en establecer la certeza del daño futuro. El juez hace un juicio de probabilidad a través del cual estima esa certeza en el plano causal. El meollo de este juicio de probabilidad reside, en la circunstancia de que presupone un *interés patrimonial actualmente afectado que, en razón del evento dañoso, sufre también lesión o menoscabo con proyección hacia el futuro*. En otras palabras: aun el daño futuro es perjuicio a un interés patrimonial actual. El daño futuro es un daño jurídicamente relevante en cuanto revista los caracteres de certidumbre, por lo que puede parificarse al daño presente en tanto en cuanto pueda aparecer como un *daño cierto*, ya que la simple posibilidad o eventualidad, no bastan a la hora de exigir su responsabilidad.

Ahora bien, esto, a su vez, debe distinguirse del peligro de daño que afecta un interés patrimonial del damnificado. “El peligro de un daño futuro, no es un daño cierto, pero puede traducirse en daño actual, en tanto, incide negativamente en el valor del bien al que incumbe, disminuyendo tal valor y repercute en el interés del sujeto a que corresponde el bien. El propiamente llamado daño futuro, es, en cambio, daño que, con certidumbre actual acaecerá más allá del tiempo ideal que culmina en la sentencia que condena a su resarcimiento”.²⁵

²⁴ Mosset, Iturraspe. **Op. Cit.** Pág. 65.

²⁵ Mazeaud, Henri; Mazeaud, Léon; Tunc, André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual.** Pág.142.

Aquí se hace presente un tema íntimamente vinculado al daño *futuro*: el de la frustración de *chances* o probabilidades a raíz del evento dañoso. Se trata de saber si son indemnizables las pérdidas de probabilidades de ganancias que la víctima aduce como fundamento de su reclamo.

2.5. La indemnización por la pérdida o frustración de *chances*

Alguna jurisprudencia, cuando ha debido resolver en punto a la indemnización del daño futuro, es conteste en que *debe indemnizarse el perjuicio que se proyecta en el futuro o que necesariamente se producirá, pero en el daño meramente posible*. En muchos de los pronunciamientos, en realidad, se utiliza esta fórmula para rechazar el resarcimiento del mero peligro de daño, en tanto no se prueba en qué medida y con qué alcances ese peligro provoca no obstante un *perjuicio actual* en el patrimonio de quien se dice damnificado.

Pero puede ocurrir que el evento dañoso conduzca a que el damnificado sufra la pérdida o frustración de una expectativa o probabilidad de ganancias futuras. No se trata, por supuesto, del tradicional lucro cesante, pues el daño que este importa es cierto en la medida que el damnificado tiene un interés legítimo a la percepción de esos lucros al momento del evento dañoso. En otras palabras: “el rubro lucro cesante, indemniza no la pérdida de una mera expectativa o probabilidad de beneficios económicos futuros, sino el daño que supone privar al patrimonio damnificado de la

obtención de lucros a los cuales su titular tenía derecho, es decir *título*, al tiempo en que acaece el *eventus damni*".²⁶

Ocorre que en muchas circunstancias el sujeto no tenía aún la certeza de estar en la situación jurídica idónea para lograr beneficios o ganancias que esperaba obtener en el futuro, esperanza que el evento dañoso frustra definitivamente. Algunos ejemplos son clásicos: el caso en que, por culpa del transportista, el caballo de carrera que debía participar en una competencia hípica no llega a tiempo para la salida de la carrera, lo cual provoca, en consecuencia, que el propietario del caballo pierda la esperanza o *chance* de ganar el premio; o el caso del mandatario, que, negligente con el mandato que se le había dado de asistir a una subasta judicial y hacer posturas para la adjudicación del bien que se remataba, hace perder al mandante las posibilidades o *chance* con que contaba para lograr la adquisición de ese bien; el abogado negligente que deja caducar una causa judicial, haciendo perder a su cliente la *chance* de ganar el pleito, etcétera.

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se ha debido entonces recurrir a precisiones en punto a la certeza del daño futuro. Es claro, las esperanzas, probabilidad o *chance*, como en los ejemplos dados, no permiten afirmar con *certeza* que aquel caballo habría ganado la carrera, o que el mandante habría logrado la adjudicación del bien en la subasta, o que el litigante habría triunfado en el pleito. Pero es que, entonces, ¿los pretendidos daños provocados por la pérdida de una *chance*, de una esperanza que se frustra en razón del hecho o del acto ilícito, o en su caso del

²⁶ Llambías, Jorge J. **Tratado de derecho civil. Obligaciones**. Pág. 99.

incumplimiento contractual, deben irremisiblemente reputarse perjuicios eventuales, hipotéticos, o sea meramente conjeturales?

La respuesta a esta pregunta complica las nociones de daño *cierto* y daño *eventual*. En este tema, preciso es reconocerlo, el jurista emplea en un sentido relativo algunos vocablos que poseen normalmente un sentido absoluto o, en todo caso, más cercano a lo absoluto, pues cuando se habla de daño futuro, la certeza es siempre, necesariamente, relativa: la función *profética* que corresponde al juez está fundada en la posibilidad de un conocimiento, por descontado que imperfecto, de lo que aún no existe.

Sin embargo, es menester encontrar los parámetros que permitan una distinción razonable. “Así como el puro peligro de daño futuro no es indemnizable como tal, pero sí es indemnizable, en su caso, el daño actual que ese peligro proyecta sobre el bien, por ejemplo, disminuyendo su valor, la certeza que se exige del juez respecto al daño futuro no es la certidumbre del adivino que, por hipótesis, ve ese futuro. El juez no ve el futuro para saber si esto o aquello ocurrirá o no, sino que proyecta la situación presente a sus razonables consecuencias. Viendo ese presente, el hoy, apreciará en qué medida de no haber mediado la producción del evento dañoso, la condición de la víctima sería mejor, en el futuro, de lo que es como consecuencia de ese evento. La certeza del daño futuro, en suma, no es sino la constatación de que el evento dañoso impide al damnificado conservar, para sí, y en el futuro, la satisfacción de un interés

patrimonial de que gozaba y que era de prever hubiera continuado satisfaciendo de no ocurrir aquél”.²⁷

Cuando el daño consiste en la frustración de una esperanza, en la pérdida de una *chance*, de una probabilidad, existen a la vez, es decir, coexisten, un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre. *Certeza* de que, de no mediar el evento dañoso -trátese de un hecho o acto ilícito o de un incumplimiento contractual-, el damnificado habría mantenido la esperanza en el futuro, que le permitiría obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial. Pero, a la par, *incertidumbre*, definitiva ya, de que manteniéndose la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la *chance*, la ganancia se habría en realidad obtenido, o la pérdida se habría evitado.

La dificultad proviene de que, en este supuesto, no resulta posible ya esperar para determinar si el perjuicio existirá o no existirá; la realización del perjuicio no depende ya de acontecimientos futuros e inciertos. La situación es definitiva; nada la modificará ya; por su culpa, el demandado ha detenido el desarrollo de una serie de hechos que podían ser fuente de ganancias o de pérdidas.

Se ha señalado con precisión que la certidumbre del daño futuro encierra siempre un *álea*. Ahora bien, el *álea* puede afectar o estar referido a la evolución futura de un daño actual, o el *álea* traduce la realización misma del daño. Solo en este segundo caso se está ante pérdida de chance, pues en el primer caso, el juez opera a partir de un daño cierto actual que se proyectará, también, al futuro.

²⁷ Alsina, Jorge. **Teoría general de la responsabilidad civil**. Pág.187.

La doctrina que ha negado la reparación por la pérdida de una chance, ha situado el centro de gravedad del problema en la incertidumbre definitiva que existe de que la obtención del beneficio patrimonial se concretara. En el caso de aquel caballo de carreras, se argumenta que nadie podrá, ya, afirmar, asegurar ciertamente, que habría llegado primero de haber participado en la carrera. Pero, a la vez, explica otro argumento, el perjuicio es cierto en tanto el caballo tenía probabilidades de llegar primero, y esa probabilidad, perdida o frustrada, es indiscutible.

La gran mayoría de la doctrina actual pone el centro de gravedad en la *certidumbre de la probabilidad*, como tal. “Es claro que, aun cuando en razón del evento dañoso la probabilidad no podrá ya convertirse en realidad, *contenía en potencia la fuerza necesaria para ello*. Se ha privado al damnificado, pues, por un acto contrario a derecho de una facultad de actuar, lícita, a través de la cual podía lograr un beneficio patrimonial”.²⁸

En este punto se encuentra el meollo mismo de la cuestión y viene, de rondón, a verificar la razón que asiste al afirmar, que por daño debe entenderse el menoscabo a todo interés y no solo a un interés legítimo o derecho subjetivo, que integra la esfera del actuar lícito de una persona, a consecuencia del cual ella sufre la privación de un bien procurado a través de ese actuar. La *chance* es la posibilidad de un beneficio probable, futuro, que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe. Privar de esa esperanza al sujeto, conlleva daño, aun cuando pueda ser dificultoso estimar la medida de ese daño, porque lo perdido, lo frustrado, en realidad, es la *chance* y no el beneficio esperado, como tal.

²⁸ Boffi Boggero, Luis M. **Tratado de las obligaciones**. Pág. 67.

En cuanto a esto último, sería inútil proponer pautas rígidas. Quizás, en cada caso, corresponda tener en cuenta el grado de probabilidad fáctica que existía en el damnificado de obtener el beneficio que esperaba o de evitar la pérdida. Imagínese el caso en que se imputa a un abogado el haber dejado caducar la instancia en una causa que interesaba al cliente.

Para esta hipótesis deben considerarse dos situaciones diferentes: si el proceso puede volver a iniciarse porque la acción no ha prescrito, la indemnización se limitará prácticamente a las costas que, a raíz de la caducidad, se han impuesto al cliente (pues en este caso, la *chance* subsiste, y lo que se repara es, más bien, un daño emergente); pero si la acción ha prescrito, la medida de la responsabilidad del abogado y el procurador que han dejado caducar la instancia y, como consecuencia, permitieron que prescribiesen los derechos de sus representados, debe determinarse de conformidad con el éxito probable de la acción extinguida, factor contingente, es verdad, pero no tanto que no permita aceptar los principios que hubiera aplicado el juez de la instancia caducada.

2.6. La pérdida de *chances* y daño moral

A propósito de lo explicado, es importante anticipar que no debe confundirse la indemnizabilidad del daño extrapatrimonial (daño moral) que sufre la víctima por el ataque a derechos de la personalidad, con la reparación por la frustración de *chances* de orden patrimonial.

Sin embargo, y por su especificidad, es necesario manifestarse en relación con un supuesto que ha suscitado debates en la doctrina y que reconoce algunos precedentes



jurisprudenciales. Se trata de la comúnmente llamada frustración de la *chance* matrimonial derivada del evento dañoso. ¿Qué debe entenderse por tal?

“Genéricamente se trata de saber si son indemnizables o reparables, a título de *daño patrimonial*, los perjuicios que se causan a una persona en razón de ataques a su integridad física que provocan, para el futuro, que disminuyan sus posibilidades de contraer matrimonio”.²⁹

El asunto ha sido enfocado, en general, en relación con las lesiones corporales que provocan un daño estético en la mujer joven, a raíz del cual su rostro u otras partes del cuerpo sufren mutilaciones, deformaciones o cicatrices permanentes. Se ha considerado, por un nutrido sector de doctrina, que la mujer deformada estéticamente, además del perjuicio no patrimonial (daño moral), sufre un doble daño de orden económico, por cuanto disminuye un tanto sus posibilidades de encontrar trabajo, como las de contraer matrimonio.

Relativamente, al primer aspecto debe tenerse en cuenta que la colocación de mujeres en puestos que comportan trato con el público depende en gran parte de su aspecto estético; al segundo extremo, en especial respecto a mujeres de clase más bien modesta, a la posibilidad de casarse bien va unida su belleza física.

Se anticipa aquí que el mentado daño estético constituye lesión a un bien jurídico no patrimonial: la integridad corporal o física de la persona. Además, que nada autoriza para considerar con preferencia al daño estético en la mujer, puesto que idéntico agravio se infiere, en razón del evento dañoso, a un hombre: finalmente, tampoco la

²⁹ Borda, Guillermo A. **Tratado de derecho civil. Obligaciones. Tomo II.** Pág. 20.

problemática es exclusiva de los jóvenes. ¿O no se agravia la integridad física con el daño estético que es secuela de lesiones inferidas a un anciano, o a una mujer madura?

El *quid* del asunto es, pues: cuando se trata de daño estético a una mujer joven se tiende a concederle una indemnización que compense o resarza la pérdida de sus *chances* matrimoniales para el futuro. Se trata, claro está, de una chance matrimonial en abstracto, por cuanto se atiende a que esta mujer, víctima de las lesiones deformantes, o cicatrices permanentes, o amputaciones quizá, pierde la posibilidad de un futuro beneficio. Pero, aun coincidiendo que exista tal pérdida de chances, ¿se trata de la frustración de probabilidades de obtener un *beneficio económico, patrimonial*?

En la jurisprudencia el problema de la lesión o daño estético como frustración de las posibilidades o *chances* de matrimonio de mujeres jóvenes, ha merecido un tratamiento especial, debido a que, en algunos ordenamientos, el daño moral solo era reputado resarcible cuando el evento dañoso había sido calificado como delito penal, y había mediado condena criminal del autor. “Esta particularidad, y el peso de la jurisprudencia, hizo que los jueces consideraran como daño patrimonial -y no moral- el perjuicio derivado de la pérdida de probabilidades de contraer matrimonio en el futuro. Así, por ejemplo, alguna vez se resolvió que *la lesión sufrida por una mujer joven, en su extremidad inferior izquierda, con pérdida del pie, debe tenerse en cuenta, si no como daño moral, como perjuicio real y efectivamente sufrido, pues se encuentra en desventaja para contraer matrimonio*”.³⁰

³⁰ García Cantero, Gabriel. **El concubinato ante el derecho civil francés**. Pág.145.

Estas ideas, al menos en la actualidad, no resisten el análisis. Dos razones llevan a dicha conclusión. La primera es que, en el mundo de hoy, a diferencia de lo que pudiera ser el sentir del siglo pasado y quizás hasta mediados del presente, el matrimonio no es visto como una *chance* patrimonial de la mujer, es decir como un modo de asegurarse un *buen casamiento* (fulana se casó bien, solía, es cierto, decirse entre nuestras abuelas). No se ignora que, en realidad, muchos casos hay en que la celebración del matrimonio es la concreción de apetencias económicas (*matrimonios por interés*), de compromisos o conveniencias. Pero esas apetencias, compromisos o conveniencias no son *chance* a las cuales el derecho pueda prestar atención.

Algunos autores apuntan, a propósito, que se ha rechazado, por inmoral, el corretaje matrimonial, precisamente cuando el objeto de la prestación del corredor ha consistido en asegurar la obtención del consentimiento de la mujer a favor de su comitente. Entonces, ¿sería razonable reputar, para el caso de la pérdida de posibilidades matrimoniales, que esa frustración o disminución de la *chance* matrimonial trasciende como fuente de perjuicios patrimoniales? Con toda razón, la respuesta negativa se impone.

La segunda razón es de orden hermenéutico. Si hasta hace un tiempo, merced a la jurisprudencia, se podía inducir a calificar como patrimonial lo que era daño moral (precisamente para poder resolver con justicia el resarcimiento en estos casos, como en otros, como lo era el que involucraba el tema del *valor económico de la vida humana*) en la actualidad la amplia resarcibilidad del daño moral ocasionado en razón de delitos y cuasidelitos, hace innecesario incursionar por los cauces de pretendidos *daños patrimoniales indirectos*, allí donde no los hay.

Esto no significa que el daño estético no pueda provocar perjuicios patrimoniales, así, cuando se invoca un lucro cesante futuro cierto por la víctima que, en razón del daño estético, pierde posibilidades económicas a las cuales tenía derecho al momento del evento dañoso. De igual modo podrán tomarse en cuenta, como pérdida de *chance*, las dificultades futuras que, para trabajar, deberá soportar la víctima en razón de defectos físicos permanentes o incapacidades parciales. Pero la frustración de la *chance* matrimonial como tal es un daño extrapatrimonial, indemnizable, sí, pero a título de daño moral y no patrimonial.

2.7. Daños que se generan en el ámbito de la responsabilidad contractual

“En el ámbito de la responsabilidad contractual, el evento dañoso consistente en el incumplimiento imputable de una de las partes del contrato (o, en su caso, de ambas), deriva de un acto o negocio jurídico que constituye la fuente de obligación a cargo de ellas. El ilícito, en sentido lato, consiste precisamente en el *incumplimiento de prestaciones exigibles por causa del negocio jurídico*”.³¹

En esto, dicho sea, como premisa, se diferencia el ámbito de la responsabilidad extracontractual de la contractual: la primera, representa un daño causado con independencia de cualquier relación jurídica precedente entre las partes, salvo el deber genérico, común a todos los hombres, del *alterum non laedere*; la segunda presupone una relación preexistente -generalmente un contrato, y de ahí su calificativo de contractual- entre el autor del daño y la víctima del daño.

³¹ Gordillo, Agustín. **Tratado de derecho administrativo. Tomo I.** Pág.172.

En otras palabras, en el ámbito de la responsabilidad contractual el deber de responder resulta de la frustración culpable del fin del contrato o negocio; frustración que es la que, como tal, provoca el *daño*. En cambio, en el ámbito extracontractual el deber de responder resulta no de la frustración de un fin negocial, sino de la lesión o menoscabo a un bien jurídico de la víctima que, al ser tutelado por el derecho como un fin en sí mismo, obliga a la consiguiente reparación.

De lo expuesto se deriva una consecuencia que es fundamental: en la responsabilidad contractual, el deber de indemnización es efecto de la transformación de una obligación preexistente cuyo cumplimiento se ha hecho imposible por culpa del deudor. La causa de la obligación subsistente es la misma de la obligación primitiva; los sujetos son también los mismos, solo difiere el objeto que no es la cosa o el hecho originariamente debidos, sino el valor de la pérdida que haya sufrido, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación por la inejecución de esta. Y es claro, pues una obligación unía ya al autor del daño y a la víctima, pero la obligación de que se trata (la de reparar) es una obligación diferente que reemplaza a la primera. Existen sucesivamente dos obligaciones: la primera nace del contrato, la segunda de la responsabilidad contractual.

Este planteo inicial enlaza con la temática de los clásicos efectos de las obligaciones. “Existe un *prius* en la ley que podría formularse más o menos así: todo incumplimiento, generador de responsabilidad en el ámbito contractual, provoca, *al menos*, un daño que consiste en la insatisfacción del interés económico que, para el acreedor, representa la prestación incumplida. Y téngase bien en cuenta que lo afirmado es válido, aun en los casos en que el acreedor obtiene la ejecución forzada de la prestación debida del



mismo deudor, pues, aun así, a la situación representada por la reclamación judicial, y la subsiguiente ejecución en forma específica, solo puede llegarse a través del incumplimiento”.³²

Se dice que todo incumplimiento provoca *al menos el daño consistente en la insatisfacción que representa para el acreedor la prestación incumplida*. Esto no fue pasado por alto por los clásicos, en particular por Pothier que, como se sabe, fue inspirador de muchas normas del *Code* que más tarde sirvieron de fuente a varios Códigos Civiles.

Decía Pothier, en efecto, que, generalmente “las partes no han previsto más que los daños y perjuicios que resultan para el acreedor del incumplimiento de la *obligación y en relación con la cosa que es objeto de la misma, y no aquellos que la inejecución de la obligación le ha ocasionado en sus otros bienes*”.

Con Pothier se esboza claramente un doble orden de daños que puede irrogar al acreedor el incumplimiento de la obligación: los que llamaba daños *propter rem ipsam habitam*, o daños en relación con la cosa debida, y los daños que van más allá de la cosa debida, es decir aquellos que el acreedor sufre en relación con otros bienes de su patrimonio. A los primeros se les llamaría daños intrínsecos concernientes a la prestación que era el objeto de la obligación incumplida, y a los segundos *daños extrínsecos*.

Pero en este punto la cuestión se oscurece, pues se filtra otra distinción que, al menos racionalmente, es distinta, pero que el mismo Pothier presentó íntimamente vinculada a

³² Stiglitz, Gabriel A. **La responsabilidad civil. Nuevas formas y perspectivas**. Pág. 88.

la anterior. La distinción que se introduce hace a la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño o perjuicio que se irroga al acreedor. Y, por cierto, es muy distinto el problema en tanto quede confinado en el marco del contenido del daño (intrínseco o extrínseco), que cuando sutilmente se alude al *daño directo y al indirecto*.

Al referirse a daño directo e indirecto, el foco de atención se centraba, en efecto, en la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño. Daño directo, es *consecuencia inmediata* del incumplimiento; daño indirecto, en cambio, es *consecuencia mediata* de ese incumplimiento.

“Pothier fue, en esto, tributario de las ideas que, antes que él, habían expuesto Dumoulin y Domat y que reconocían la inspiración de Bacon: sería para el derecho una tarea infinita la de juzgar las causas de las causas y la acción de las unas sobre otras; por eso se contenta con la causa inmediata y juzga los actos desde ese punto de vista, sin remontarse a un grado superior”.³³

Yace en ciernes, en esta afirmación, la difícil cuestión de la causalidad que tanta importancia tiene, como presupuesto de la responsabilidad en punto a la atribución de las consecuencias de los hechos. Cuando Pothier alude al daño directo quiere referirse a aquel que encuentra en el incumplimiento su *causa inmediata y directa*, es decir que excluye los daños que pudieran resultar de *consecuencias no necesarias* del incumplimiento, pues estos daños indirectos, no reconocerían relación causal adecuada, en su contexto.

³³ Barrios de Ángelis, Dante. **Introducción al estudio del proceso: la psicología y la sociología del proceso: el ombudsman (la defensa de los intereses difusos)**. Pág. 111.

¿Qué relación tenía esta distinción entre daños que son consecuencia inmediata y directa del incumplimiento y aquellos que son consecuencia mediata, no necesaria, del incumplimiento, con la distinción entre daño intrínseco y extrínseco? Habiendo compulsado la obra de Pothier, incluso a través de los mismos ejemplos que dio, se puede responder que él no vinculó estas clasificaciones. La vinculación que efectuó lo fue entre *daños previstos e imprevistos que son consecuencia inmediata y directa del incumplimiento* (pues para Pothier, los daños que son consecuencia mediata del incumplimiento, es decir los daños indirectos no eran en *ningún caso* imputables al autor del hecho, por no guardar una relación causal adecuada), y en función del dolo o la culpa del deudor.

En el esquema así planteado, se hacía cargar sobre el deudor que incumple y que no obra dolosamente, solo las consecuencias inmediatas y directas que previó; en cambio al deudor que obró dolosamente también las consecuencias inmediatas y directas que no previó. Pero en este punto es importante tener en cuenta que Pothier no pretendía con ello significar, como erradamente se ha creído por algunos autores, que el deudor culposo solo responde por los daños y perjuicios que el acreedor sufre en relación con el objeto de la obligación y que el doloso responde, además, por los daños que el acreedor sufre en otros bienes.

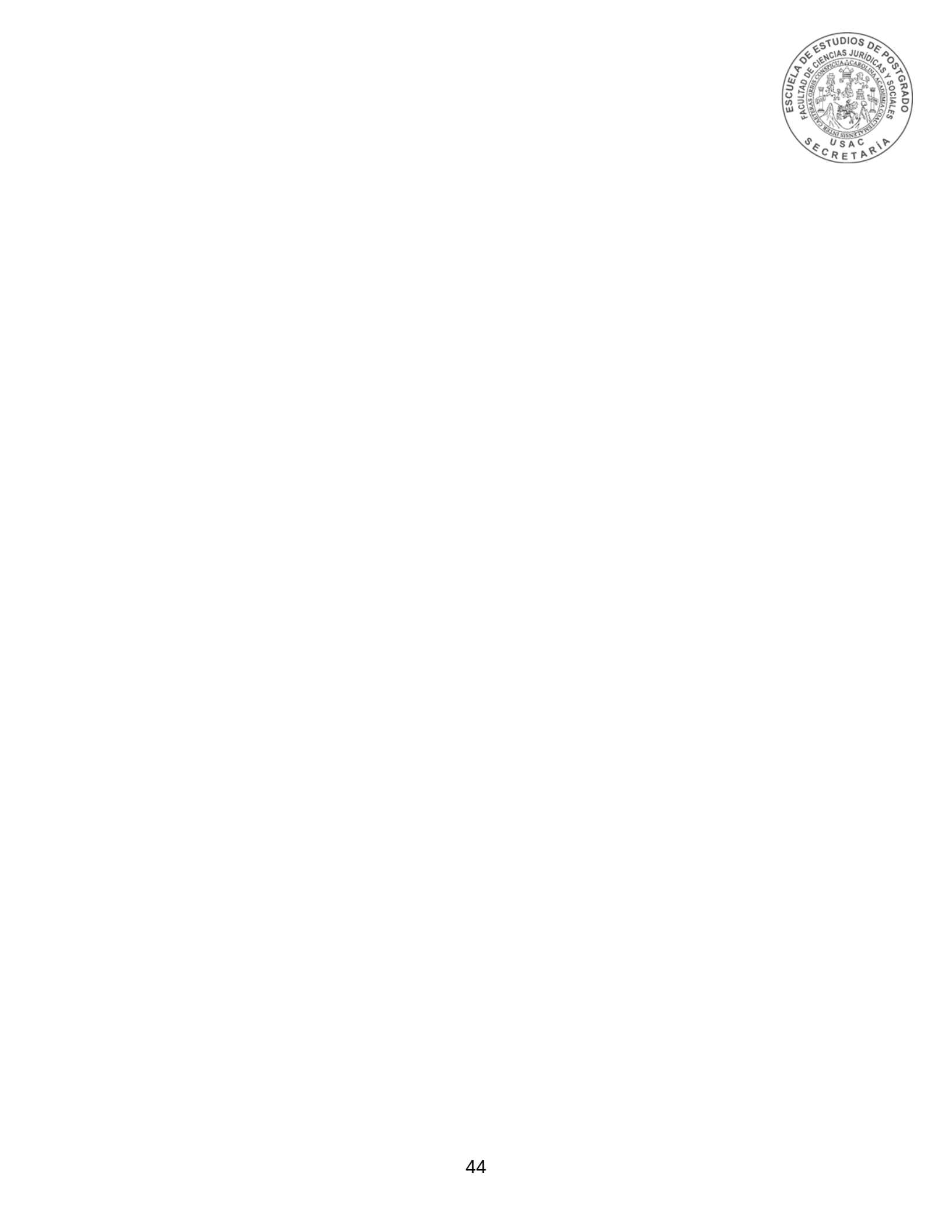
Porque, “en la construcción, si el deudor, a raíz de su incumplimiento, provocaba como consecuencia directa e inmediata, daños en otros bienes (es decir, daños extrínsecos) que previó, o, diríamos, que debió prever, o pudo prever (así, si se previeron en el contrato para el caso de incumplimiento), de ellos también debería responder el deudor



culposo. En suma, este fue el sistema recogido el Código Civil francés, y el que sin duda siguieron varios legisladores”.³⁴

Entonces, pues, no está en juego aquí el problema de la indemnización o no del daño *extrínseco*. En el esquema, coherente, no puede saberse *a priori* qué daños extrínsecos son indemnizables. Porque si se trata de daños extrínsecos que son consecuencia inmediata y directa del incumplimiento y eran previsibles (es decir, perjuicios que podían preverse), ellos son en todo caso indemnizables. El valor de utilidad es, en puridad, extrínseco a la *cosa debida en sí misma*, pero, como previsible es indemnizable.

³⁴ Aguiar, Henoch. **Hechos y actos jurídicos**. Tomo III. Pág. 76.



CAPÍTULO III

3. Daño patrimonial indirecto

3.1. Criterios de distinción

La distinción entre daño directo e indirecto se ha propuesto desde tres puntos de vista:

- a) Se llama *directo* al daño que ha inferido inmediatamente un menoscabo o perjuicio en el patrimonio de la víctima, es decir, en sus bienes (por ejemplo, la destrucción del automóvil). “Se llama, en cambio, *indirecto*, el daño que se ha inferido a bienes jurídicos extrapatrimoniales de la víctima, es decir, a los llamados derechos de la personalidad -su integridad física, el honor, la intimidad, la propia imagen, etc.- que, sin embargo, en forma mediata se traducen en perjuicios o pérdidas patrimoniales (por ejemplo, gastos realizados para solventar la curación de lesiones corporales)”.³⁵
- b) Desde otro punto de vista, se llama *daño directo* al que sufre la misma víctima del evento dañoso, y, en cambio, *daño indirecto*, al que experimentan terceros en razón de ese mismo evento. En el primer caso, coinciden el damnificado (es decir la víctima del daño) con la víctima del evento dañoso; en el segundo caso, son distintos.
- c) Finalmente se ha dicho también que hay daño directo cuando el perjuicio es *consecuencia inmediata* del evento dañoso; y, en cambio, hay daño indirecto

³⁵ Bonasi Benucci, Eduardo. **La responsabilidad civil**. Pág. 35.

cuando el perjuicio resulta de la conexión del evento dañoso con un hecho distinto, se llama, también, *daño mediato*.

En realidad, solo los dos primeros criterios son atinentes a la materia. El tercer criterio, constituye materia de otro de los presupuestos de la responsabilidad civil: el nexo causal adecuado entre el hecho *-eventus damni-* y el daño. “No se puede hablar de daño inmediato o de daño mediato, sino de daño provocado *como consecuencia inmediata* del hecho o *como consecuencia mediata* de él. La cuestión hace a la relación de causalidad y no al daño, aunque incida en la extensión del resarcimiento”.³⁶

Sobre la base, pues, de los dos primeros criterios enunciados se han de considerar las dos acepciones que asume el concepto de daño indirecto.

3.2. Los derechos de la personalidad

Generalizando, puede decirse que los derechos de la personalidad son aquellos que constituyen manifestaciones determinadas, físicas o espirituales, de la persona, objetivadas por el ordenamiento normativo y llevadas al rango de bienes jurídicos. Se afirma que se trata de auténticos derechos subjetivos, cuyo objeto no es, obviamente, la *personalidad como categoría* (el nómeno kantiano), sino los bienes jurídicos atribuidos o reconocidos al ser humano en tanto es persona.

El bien jurídico protegido por los derechos de la personalidad es, genéricamente, la autoexistencia de la persona. A ello corresponde el que la persona no pueda ser considerada únicamente como instrumento o como medio; corresponde igualmente el

³⁶ **Ibid.** Pág. 40.

reconocimiento de lo que la caracteriza en su individualidad, así como de un ámbito existencial propio solamente de ella, en el cual puede existir únicamente para sí misma.

“Los derechos de la personalidad son entitativamente distinguidos de los derechos humanos, sobre la base de que éstos son atribuidos a la persona en tanto se encuentra emplazada en relaciones de comunidad y de organización”.³⁷ En cambio, los derechos subjetivos de la personalidad son aquellos en que la persona se encuentra en relaciones de coordinación y en que predomina el sentido de libertad sobre el de función. Buena prueba de ello lo dan las más modernas constituciones políticas que han venido a explicitar, al lado de las clásicas libertades públicas o políticas con que se conformaron las constituciones del siglo pasado, las manifestaciones *interiores* de la persona.

3.3. Clasificación y enumeración

Los derechos de la personalidad han sido objeto de las tantas clasificaciones como autores. Aunque en los últimos decenios se ha prestado preferente atención al derecho a la intimidad, es evidente que el marco propio de los poderes de actuar en el ámbito de lo que Larenz llama *autoexistencia* de la persona³⁸ excede la intimidad, aunque, claro está, lo comprende.

Como se está hablando de derechos subjetivos, es importante destacar, ante todo, se refiere a poderes de actuar dirigidos a preservar la esfera personal propia de la

³⁷ García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás R. **Curso de derecho administrativo**. Pág.121.

³⁸ Larenz, Karl. **Op. Cit.** Pág. 103.

persona. Se dice esfera personal propia, lo que denota la interioridad del objeto del derecho objetivado en bienes jurídicos.

Estos bienes jurídicos tienden a preservar la integridad de esa esfera personal propia que comprende, ante todo, la *integridad física del hombre que la presupone*. Pero, además del ser físico, el hombre es un ser existencial: su ser no es el de cualquier objeto puramente físico, sino que trasciende como existencia. Puede hablarse entonces de la preservación a la *integridad existencial del hombre*, a través de la cual cada ser humano se reconoce a sí mismo, como distinto a los demás, y, a su vez, se valora a sí mismo.

La preservación de la integridad física del hombre objetiva, como bienes jurídicos: *la vida*, por supuesto, pero, además, *la indemnidad o plenitud corporal*, e, incluso, el poder de actuar sobre el destino de partes del cuerpo separadas de él y del propio cadáver.

La preservación de la integridad existencial del hombre eleva a la categoría de bienes jurídicos objetivos: el derecho a la propia *imagen*, el derecho a la *intimidad*, el derecho al *honor* y, también, el derecho a la propia *libertad de actuar*.

3.4. La recepción legislativa de los derechos de la personalidad

Algunos textos constitucionales han acogido expresamente los derechos de la personalidad. En realidad, la inclusión de los mencionados derechos en textos positivos es patrimonio del siglo XX. En cuanto a la legislación de fondo, es de tener en cuenta que el Código de Napoleón, a pesar de ser fruto de aquella revolución que había tenido



el designio de consagrar los derechos del hombre, no dedica una expresa y ajustada disciplina de los derechos de la personalidad; y en este sistema se inspiran todos los Códigos Civiles que sobre aquél se modelaron.

Es cierto, no obstante, que fraccionadamente al menos, aparecen claras alusiones a estos derechos. El Código Civil portugués de 1867, aludía a los *derechos originarios de la persona*, incluyendo el derecho a la existencia, a la libertad, de asociación, de apropiación y de defensa y disponía que su violación produce el deber de reparar la ofensa.

“Con anterioridad aun, el Código Civil austríaco de 1810, consagraba también una fórmula similar: todo hombre tiene los *derechos innatos* que se fundan en la sola razón por la cual ha de considerarse persona. Y es interesante observar que, en la propia Francia, cuyo *Code* nada previó al respecto, hasta la reforma de 1968, la amplitud con que se interpretó este derecho ha permitido acoger la acción resarcitoria por daños a los derechos primordiales de la persona, a la manera como la *actio iniuriarum* constituía, en el derecho romano, la sanción general con que se conminaba todo hecho dañoso que afectase a la personalidad”.³⁹

En Europa rige, desde 1953, el Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, suscrito el 4 de noviembre de 1950 por los Estados miembros del Consejo de Europa. El derecho interno de los países ha ido recogiendo a su vez, las directivas primordiales.

³⁹ Dabin, Jean. **El derecho subjetivo**. Pág. 91.



Así, en Francia, la ley 70-643 del 17 de julio de 1970 sustituyó el Artículo 9 del Code, el que ahora dispone: “Cada uno tiene derecho al respeto de su vida privada. Los jueces, pueden, sin perjuicio de la reparación del daño causado, disponer toda medida, tales como el secuestro, apoderamiento u otras, apropiadas para impedir o hacer cesar un atentado a la intimidad de la vida privada; estas medidas pueden, en caso de urgencia, ser ordenadas sumariamente”.

Es claro que, día a día, el elenco de los derechos de la personalidad va siendo enriquecido por los requerimientos de la realidad que, en definitiva, la ley y la doctrina judicial recogen.

Baste solo mencionar, como meros ejemplos, la riqueza que muestran las conclusiones de la Conferencia de Juristas Nórdicos que, en 1967, se pronunció sobre el derecho a la intimidad, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscripta en 1969 y ratificada por Argentina en 1984, mediante ley 23.054, y también, sirva como ejemplo, la *Sex Discrimination Act* sancionada en Inglaterra el 12 de noviembre de 1975, que con toda justicia incorpora al derecho positivo británico, la indiscriminación por razón del sexo o del estado conyugal.

3.5. El resarcimiento al interés patrimonial indirecto por lesión a los derechos de la personalidad

Debe quedar en claro, sin embargo, cuando se aluda al valor económico de la vida humana y al interés legítimo a la integridad corporal, que todo ilícito, es decir toda conducta antijurídica -dolosa o culposa- contra los derechos de la personalidad individual, o derechos personalísimos, afecta en primer término y primordialmente un



interés no patrimonial. Es decir, “que el daño directo es extrapatrimonial y, en consecuencia, su resarcimiento queda enmarcado en los parámetros del daño moral.

Por ello, aun cuando en algún caso la ley no aluda expresamente al daño moral, es obvio que aquél es computable como lesión directa al interés no patrimonial que sustenta el derecho subjetivo”.⁴⁰

Además, el ataque al honor, a la integridad corporal, a la intimidad, etc., pueden provocar un daño patrimonial. Por ejemplo, en lo relativo a los delitos contra la libertad individual, se alude a la indemnización correspondiente y para el caso de calumnia o injuria, se refiere a la indemnización del *daño efectivo o cesación de ganancia apreciable en dinero* que hubiere aquéllas inferido al agraviado, otro tanto ocurre para el caso de lesiones.

No hace falta que en cada caso la ley se detenga a prever la reparación del daño patrimonial indirecto. Pues si este se prueba, en razón del obrar antijurídico, integra la cuenta indemnizatoria, pues es eso, precisamente, como perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria. Por supuesto que el daño deberá reconocer una relación de causalidad adecuada para ser imputada al autor del hecho o acto antijurídico y, según las circunstancias y el ámbito en que opera la responsabilidad será o *no atribuible* al agente.

Con lo expuesto queda claro, entonces, que el daño patrimonial indirecto, que puede constituir daño emergente, por ejemplo para el caso de lesiones, o lucro cesante, no está limitado por las normas especiales que puedan aludir a ciertos daños

⁴⁰ Guastavino, Elías P. **Derecho subjetivo e interés legítimo en materia civil**. Pág.176.



patrimoniales. Es claro que el daño deberá ser probado por quien reclama el resarcimiento, a diferencia de lo que ocurre con el daño moral el cual se presume por la sola realización del hecho dañoso. Pero, en materia de daños patrimoniales, alegados y probados, rige el principio de la reparación integral.

3.6. La estimación económica de la vida humana

El tema es complejo y se desenvuelve en dos aspectos. Uno es el relativo a los damnificados por la muerte de una persona (el tema de los damnificados indirectos). El otro aspecto que interesa aquí es el relativo al valor económico intrínseco de la vida humana, considerada independientemente del lucro cesante que provoca su pérdida a aquellos damnificados.

Por cierto, habitualmente el tema planteado aparece resuelto judicialmente en función de la *prueba* de ese lucro cesante, en razón de una suerte de presunción legal que estima un contenido mínimo del daño patrimonial experimentado por la pérdida de la vida humana: lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto.

Es abundantísima la jurisprudencia en el sentido de que la vida humana, aparte del valor moral que representa, *tiene un valor económico en sí misma* cuya pérdida debe ser indemnizada y a cuyo fin se presume la existencia del perjuicio. “El valor de la vida humana no resulta apreciable con criterios exclusivamente económicos. Tal concepción materialista debe ceder frente a una comprensión integral de los valores, materiales y

espirituales, unidos inescindiblemente en la vida humana, y a cuya reparación debe, al menos, tender la justicia”.⁴¹

Es conveniente, sin embargo, ubicar el contexto de esta inveterada doctrina judicial, para establecer sus exactos alcances. La mayor parte de los fallos judiciales son dictados en causas en que los legitimados reclaman una indemnización, aun sin probar acabadamente el lucro cesante en concreto, es decir, valiéndose de la presunción legal de daño que consagra la primera de las normas citadas.

Es entonces que se resuelve que el resarcimiento en concepto del *valor vida* debe hacerse teniendo en cuenta que la vida humana, además del valor que representa en su aspecto moral y ético, constituye un bien susceptible de apreciación pecuniaria y, en tal sentido, su pérdida debe ser indemnizada teniendo en cuenta todas las manifestaciones de la actividad que puedan ser debidamente valoradas, tanto actuales como futuras, así como también las circunstancias relativas a quienes reclaman la indemnización.

Pero, es claro, en todos estos casos el *factum* impone una presunción legal de daños. Es que, en puridad, lo que corresponde es preguntarse, a los efectos de la reparación civil -del resarcimiento de daños-, qué perjuicios ocasiona, si los ocasiona, la pérdida de la vida humana. Pero entonces, se pregunta implícitamente por el o los damnificados, y el sentido del interrogante se esclarece: *la pérdida de la vida humana provoca un daño, sí, pero ¿a quién o a quiénes?*

⁴¹ García Valdecasas, Antonio. **El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el derecho español**. En: *Revista de Derecho Privado*. Pág.131.

Parece una perogrullada, pero no está de más puntualizarlo: ni la ley ni los pronunciamientos judiciales han atribuido un valor a la vida humana independientemente de la consideración de los damnificados por su pérdida. De modo que, traduciendo la doctrina judicial, podría decirse que, a lo sumo, lo que ella pretende significar es que la vida humana tiene un valor económico para *alguien*. Evidentemente no para la víctima del homicidio, pues, como bien se apunta, el muerto ya no es un sujeto de derecho, no es un *damnificado*, en el sentido jurídico, pues no sufre un menoscabo patrimonial ni moral por su propia muerte.

“Los damnificados son los que le sobreviven, aquellas personas que, de entonces en más, se verán privadas del valor económico que representaba para ellas la vida de la víctima. Ocurre que hay ciertos damnificados (la viuda e hijos del muerto) que *aun sin probar daño alguno* tienen legalmente derecho a una indemnización. Y a su reclamo no puede oponérseles la circunstancia de que no han acreditado en qué consiste el daño, pues la ley les confiere el derecho, independientemente de tal acreditación”.⁴² Y es en ese contexto, como se anticipó, se dice que la vida tiene un valor económico en sí misma según la prudente valoración judicial.

Sin embargo, es claro que si se sale del marco de los legitimados, ningún damnificado podría alegar pura y simplemente que reclama, por la muerte de la víctima, una indemnización por el hecho de que la vida tiene un valor económico en sí misma. Este damnificado al que no le alcanza, por hipótesis, la presunción legal deberá, en todo caso, probar en qué consiste su interés, y, consecuentemente, qué valores económicos, en concreto, representaba para él la vida de la víctima. La pérdida (de la

⁴² Bustamante Alsina. **Teoría general de la responsabilidad civil**. Pág. 45

vida humana) no puede indemnizarse como daño patrimonial sino cuando y en la medida que represente un detrimento de esa clase para quien reclama la reparación.

Más aún, la presunción legal de los daños que invocan los damnificados puede ser controvertida. Hay una inversión de la carga de la prueba, es cierto, en lo relativo a *lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto*, lo cual implica que el daño consiste en la privación de alimentos y cuya cuantía se determina por los jueces teniendo en cuenta las condiciones personales y patrimoniales de la víctima (edad, sexo, medios y perspectivas de la víctima, condición del reclamante, grado de parentesco, etcétera). Pero, aun así, como señalamos, el demandado podría siempre desvirtuar la presunción *iuris tantum* de daño respecto de los herederos forzosos, en cuyo caso corresponderá a éstos probar la extensión real del daño sufrido.

Del mismo modo, aun tratándose de los herederos forzosos si la reclamación resarcitoria excede lo que fuese necesario para su subsistencia, y se demanda la indemnización por daños mayores, será a su cargo la prueba de la existencia y medida de aquéllos, tanto se trate de daños actuales como de daños futuros.

Sin embargo, quedan algunos supuestos particulares en que el pretendido valor económico intrínseco de la vida humana se plantea en un contexto diferente. Es el caso de muerte de niños (en algún caso, incluso se ha planteado la muerte -por aborto- del *nasciturus*) o de personas de avanzada edad ancianos- o personas afectadas de enfermedades congénitas, por ejemplo, mogólicos, imbéciles profundos, idiotas, en que virtualizar el daño patrimonial que su muerte provoca a terceros es harto discutible.

Queda a salvo, por supuesto, el daño moral, la reparación indiscutible del dolor, del sufrimiento, que la pérdida de toda vida conlleva.

3.7. La muerte de niños

La jurisprudencia se ha enfrentado en múltiples oportunidades con la muerte de niños de muy corta edad a consecuencia de hechos ilícitos ante el reclamo resarcitorio de sus padres contra el responsable de la muerte.

“También aquí, los padres (o eventualmente otros ascendientes, como los abuelos) son herederos forzosos del niño (su hijo o su nieto). Pero lo particular de la hipótesis reside en que, en estos casos, los damnificados no pueden alegar a su favor la presunción emergente, pues, obviamente, un niño de corta edad no es (salvo algún caso excepcionalísimo) sostén de sus padres, sino en lo patrimonial, carga”.⁴³

Sin embargo, los jueces no solo acogen la reclamación con base en el *indiscutible daño moral* que la muerte de un hijo provoca quizás, el sufrimiento más profundo que puede afectar a una persona, sino a un *perjuicio patrimonial*, que se pretende cierto (aunque futuro), y que se concreta en la pérdida de las esperanzas, a que los progenitores tenían legítimo interés, de que ese niño algún día pudiera prestarles auxilio o ayuda personal y económica.

Esta doctrina es de rancio abolengo. La cuestión interpretativa, entonces, giraba alrededor del estrecho ámbito en que, aparentemente, procedía la reparación del daño moral en los actos ilícitos: solo si el hecho fuese un delito del derecho criminal. Y esto

⁴³ Zannoni, Eduardo A. **Derecho civil. Derecho de familia.** Pág. 30.

planteaba, obviamente, la cuestión del resarcimiento en caso de muerte de niños de corta edad cuando esa muerte era el resultado de un cuasidelito (hipótesis más frecuente), en que no había existido por parte del agente la representación del resultado a través de su libre determinación. Es necesario que sea el resultado de una libre determinación por parte del autor.

La antigua jurisprudencia reaccionó contra la idea contenida en algunos fallos que negaron el derecho a resarcimiento a los padres por la muerte de un hijo de corta edad víctima de un hecho ilícito. Esos fallos habían considerado que, por no tratarse de un delito del derecho criminal la indemnización no podría comprender el agravio moral inferido a los padres por la muerte del hijo, sino que debía limitarse al perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria.

En este sentido, se añadía, la muerte de un niño, si no es por el agravio moral, no puede decirse que haya ocasionado a su padre un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria. Lo contrario sería establecer que la vida de un niño tiene un valor equivalente en dinero para su padre, lo que no es posible aceptar porque entrañaría una gran inmoralidad.

Y, contra esta idea, es que se fue perfilando la doctrina de que *los padres, cualquiera que sea la edad de la víctima tienen derecho a una indemnización pecuniaria en relación con los sacrificios que les haya costado el hijo o la ayuda y sostén que de él pudieron esperar*. “La doctrina hizo verdadera fortuna, pues permitió sistematizar, incluso, los rubros que incluiría la cuenta indemnizatoria de los padres por lucro cesante y daño emergente ocasionados en razón de la muerte del hijo de corta edad.

Como daño emergente se incluirían los *gastos* efectuados en la alimentación, vestuario y educación del menor, y, como lucro cesante así corresponde llamarlo, la imposibilidad que sufren los padres, para el futuro, de peticionar *alimentos* al hijo en el momento en que los necesitaren”.⁴⁴

Desde ya deben quedar a salvo los supuestos en que se prueba que el hijo constituía una ayuda real para sus padres, o cuando se trata de la colaboración en el mantenimiento del hogar por parte de los hijos que trabajan y viven con sus padres, aun cuando estos percibieran jubilaciones o pensiones e incluso más: cuando aunque no colaborasen efectivamente al momento de la muerte en el mantenimiento del hogar, era esperable que lo hiciesen teniendo en cuenta su edad, aptitudes, oficio o profesión y posibilidades económicas en función de las necesidades de los progenitores. En este último caso se está ante la pérdida de una chance. Pero distinto es el caso de los hijos de corta edad, pues se está frente a una mera hipótesis o conjetura: en suma, a esa expectativa (si puede llamársele así) le falta *certidumbre*.

En la doctrina francesa, suele decirse que cuando los padres no se encuentran actualmente necesitados, no pueden entablar la acción de reparación, porque no se sabe si habrían llegado a estarlo alguna vez; pero cuando los padres se hallan en la necesidad, pierden una probabilidad que tenían de ser socorridos, y tienen derecho a demandar la reparación de la pérdida de esa probabilidad.

Sin embargo, a esta formulación hay que acotar: en primer término, que puede ser razonable, según la circunstancia de cada caso, cuando se trata de la muerte de hijos

⁴⁴ Grecco, Carlos M. **Ensayo preliminar sobre los denominados intereses difusos o colectivos y su protección judicial**. Pág. 27.



que, *objetivamente*, estaban en condiciones de ayudar o socorrer a sus padres necesitados y que dadas esas condiciones era esperable que hubiesen asumido esa ayuda y socorro.

Pero, por el contrario, esta idea no es razonable cuando se trata de niños de corta edad, sin aptitud para ayudar o sostener económicamente a sus padres, aun cuando éstos estén en la indigencia. No sin crueldad, y poniéndose en el mismo estrecho campo de la reparación de daños o perjuicios patrimoniales, susceptible de apreciación pecuniaria, podría decirse que, en esos casos, los padres indigentes dejan de tener una carga patrimonial, la de continuar realizando gastos para la alimentación, vestimenta, educación del hijo muerto.

Es que, bien se ve, y el último ejemplo y su reflexión ayudan a entenderlo, la vida de un niño de corta edad, carece de un valor económico productivo, aun cuando tiene un valor ético que está infinitamente por encima y más allá de aquel. Es el valor ético que tiene, en suma, toda vida humana cuya pérdida infiere a sus progenitores, o, en general a su familia, un menoscabo espiritual, un dolor moral (y que es en término de menoscabo o dolor, irreparable).

Esa vida pudo haber significado además (solo, además, para denotar la inferioridad del valor pecuniario sobre el valor ético) una fuente de posibilidades. Económicas ciertas que quedan tronchadas, frustradas, con la muerte. He ahí el daño patrimonial. No porque esa vida tuviese intrínsecamente, ella misma y para sí misma, un valor económico, sino porque su pérdida produce la privación de los recursos económicos

que su portador allegaba a los damnificados. Entonces, lo que corresponde *medir es la cuantía del perjuicio* y no la *cuantía del valor de la vida*, en términos patrimoniales.

Pero la muerte de un niño, que no allega recursos económicos dada su edad, no inflige a sus padres un daño patrimonial. En esto tenía razón aquel juez que, a fines del siglo pasado, decía que entrañaría una verdadera inmoralidad sostener que la vida del hijo representa, para sus progenitores, un equivalente pecuniario. Lo que ocurría, entonces, era que repugnaba al sentido de justicia el no acoger reclamación resarcitoria de ninguna especie.

Pero, hoy, sobre la base de la indiscutible procedencia de la reparación del *daño moral* en todo hecho ilícito, y, en particular a los herederos forzosos de la víctima cuando del hecho hubiere resultado su muerte, es evidente que el problema hay que replantearlo en ese ámbito: el de los daños no patrimoniales resarcibles jurídicamente en dinero. “Es en el plano de la reparación de los daños no patrimoniales en el que corresponde situar la pérdida del valor *vida*, como tal. No puede negarse que constituye una aplicación de las reglas de equidad atribuir la reparación por el daño no patrimonial, originado al interés correspondiente a alguno de aquellos preciosos bienes que afectan al hombre”.⁴⁵

3.8. La muerte del *nasciturus*

De algún modo, vinculado con el tema de la muerte de niños, se debe analizar por separado del caso del aborto accidental, consecuencia de un hecho ilícito, y en razón

⁴⁵ Terán Lomas, Roberto A. M. **Derecho penal. Parte general. Tomo I.** Pág. 90.

del cual los daños físicos o corporales sufridos por la embarazada provocan la muerte prematura del feto o *nasciturus*.

No se cree conducente indagar en torno al problema, controvertido ciertamente, de si la protección del *nasciturus* presupone la personalidad del embrión o feto o solo la existencia de vida humana, pero carente de personalidad. Sin embargo, aun cuando se adopte esta última tesitura, habrá de concordarse en que existe en el *nasciturus* el derecho de nacer, como manifestación particular del de vivir. La muerte prematura del feto, a consecuencia de un hecho o acto ilícito, frustra la posibilidad cierta de que la vida humana intrauterina, existente ya, se convierta en vida individual, exterior.

Desde esta perspectiva se ha afirmado que el aborto sufrido por una de las víctimas del accidente debe indemnizarse como verdadero perjuicio patrimonial futuro, porque toda vida humana, aunque se trate de un feto de escasos meses de gestación tiene un valor por sí misma, que es lógicamente indemnizable, aunque por tratarse de una criatura por nacer no puedan demostrarse los perjuicios sufridos. Lo que se indemniza es el daño material resultante de la frustración de la esperanza de que, en lo futuro, la criatura por nacer pudiera ayudar económicamente a sus progenitores y prestarles el debido cuidado personal, que no solo tiene un valor ético sino también económico.

Bien se ve que los argumentos transitan por los cauces jurisprudenciales relativos a la indemnizabilidad del daño producido por la muerte de niños. “También en el caso del aborto accidental habría un daño patrimonial expresado en la pérdida de *chances*: la eventual ayuda que, alguna vez, ese ser, nacido y adulto, podría prestar a sus progenitores. No hace falta, creemos, un análisis detenido para advertir que esa

expectativa (si la hay), no constituye una auténtica probabilidad cierta, objetiva. El daño que la pérdida accidental del feto produce es, ninguna duda cabe, un daño no patrimonial, que, como tal, debe ser indemnizado”.⁴⁶

3.9. La muerte de ancianos o incapaces

Todo lo anteriormente expuesto se ve, con mayor claridad todavía, cuando se plantea el resarcimiento debido por el responsable de la muerte de ancianos o personas que, por su estado físico o mental, carecen de toda posibilidad de realizar actividad productiva y que constituyen, generalmente, una carga para quienes deben alimentarlos y cuidarlos.

Sin embargo, es frecuente, también aquí, la confusión de los conceptos. En algunos fallos se ha dicho: *aun cuando la hija del fallecido como consecuencia de un homicidio culposo no acredite el quantum del daño real y efectivo, no cabe negar que lo ha experimentado, pues la muerte de un padre es siempre un daño material para sus hijos, aunque sean mayores de edad o emancipados y no dependan económicamente de él.*

En otros fallos se ha dicho: *tratándose de fijar la indemnización correspondiente a la vida humana, es contrario a las reglas morales negar o subestimar el valor de la vida de un anciano, dentro del concepto social con que debe comprenderse la vida del hombre; máxime si se trata de una madre, que es siempre la confidente, consejera, refugio y lazo de unión entre sus hijos, para quienes el deceso de aquélla constituye un daño de carácter inapreciable.*

⁴⁶ Messineo, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial**. Pág.190.



Ambos fallos son tributarios de este pensamiento: *la vida humana, segada por el acto ilícito implica siempre un daño, ya se trate del ser en sus primeros años, ya de aquel que se halle en la plenitud del vigor intelectual y físico, ya del que por su edad o estado de salud precaria sufra las consecuencias de la ancianidad o de la enfermedad.* Pero ese pensamiento, no pretende aludir al daño patrimonial. Y, entonces, nada impide concordar con la idea: toda vida, aun la del anciano impedido definitivamente de toda actividad productiva o la del enfermo o imposibilitado, tiene un valor. Pero, ¿valor patrimonial?

Se repite, una vez más, la cuestión: los parámetros con que se mide la magnitud del perjuicio o daño patrimonial por la pérdida de la vida no sirven para mensurar el daño que se inflige espiritual y moralmente a quienes exhiben legitimación para reclamar su resarcimiento trata del daño moral.

3.10. Daños a la integridad corporal de la persona

Dado que el planteamiento presente se ciñe al estudio del daño como presupuesto de la responsabilidad civil, no corresponde ocuparse del estudio de lo que puede denominarse el *hecho lesivo*, en sus múltiples manifestaciones. Se da por supuesto, aquí, que los daños a la integridad personal, que pueden deberse a lesiones físicas o psíquicas, reconocen como presupuesto el obrar o la conducta antijurídica del responsable. El estudio del ilícito como tal (y tanto desde la perspectiva de la tipicidad penal lesiones leves, graves y gravísimas, corresponde a quien aborde la *antijuridicidad* como presupuesto de la responsabilidad.

Desde esta perspectiva se señala que toda lesión a la integridad corporal provoca un daño patrimonial indirecto. En efecto, “la integridad corporal -física o psíquica- que, como tal, implica una expresión de un derecho subjetivo de la personalidad, no constituye un bien patrimonial. Pero la lesión a esa integridad puede provocar indirectamente perjuicios de orden pecuniario”.⁴⁷

Tanto el daño emergente, como el lucro cesante, son daños patrimoniales indirectos, pues se sufren en razón de un ataque ilegítimo a la integridad personal -corporal o física, o psíquica- que es, como tal, un *interés no patrimonial de la víctima*.

3.11. Interés no patrimonial directo e interés patrimonial indirecto

Al encarar la indemnizabilidad de los daños producidos por ataques a la integridad personal -tema que, habitualmente, se generaliza aludiendo al delito típico: las lesiones- la doctrina suele resaltar que el resarcimiento no debe circunscribirse a lo que, tradicionalmente, podría considerarse como lucro cesante derivado de la incapacidad para el trabajo, fuere temporal o permanente.

Es cierto que las ganancias que la víctima dejó de hacer hasta el día de su completo restablecimiento, integran la cuenta indemnizatoria por lucro cesante. Y también lo integrarán, el lucro cesante *futuro* que pueda derivarse de secuelas permanentes que disminuyan la capacidad laboral de la víctima. Pero, ¿se agotan ahí los daños inferidos por el ataque a la integridad personal?

⁴⁷ Alterini, Atílio A. **Responsabilidad civil: límites de la reparación civil. Contornos actuales de la responsabilidad civil.** Pág.162.



“La cuenta indemnizatoria civil no puede asimilarse a la de los infortunios laborales, que se atiende, sí, a una consideración puramente objetiva de la incapacidad para el trabajo:

en el derecho civil, a diferencia del laboral, es de toda vigencia el principio de la reparación integral del daño. Para un concepto integral del resarcimiento, se precisa librar la batalla en el doble frente, laboral y civil, específico y genérico, porque la indemnización plena ha de comprender todos los perjuicios físicos, patrimoniales, familiares y laborales”.⁴⁸

Lo que ocurre es que la materia específica y circunscrita por cierto, a los infortunios laborales que comprende los accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y la denominada enfermedad -accidente- supone la prestación del trabajo en relación de dependencia, y la prestación indemnizatoria tarifada *se limita a los daños consistentes en la pérdida o limitación de las posibilidades funcionales del trabajo*.

En otras palabras, la indemnización dispuesta por las leyes del derecho del trabajo para el caso de accidentes no procede si no existe incapacidad laboral, aun cuando el régimen legal especial exime al trabajador de probar la culpa del empleador: basta con la prueba de la relación laboral y la vinculación de esa relación con el evento dañoso. En cambio, la pretensión indemnizatoria civil tiende al resarcimiento integral del daño a los intereses patrimoniales y no patrimoniales de la *persona*. La indemnización debida a la víctima de un hecho ilícito, no solo comprende el aspecto laboral, sino todas las consecuencias que afectan la personalidad integralmente considerada.

⁴⁸ Gordillo, Agustín. **Derecho subjetivo y derecho reflejo (interés legítimo)**. En: **Revista Jurídica de Buenos Aires**. Pág.155.

Está claro entonces que hay que realizar aquí una adecuada distinción. Los ataques a la integridad personal menoscaban indirectamente intereses patrimoniales, pero *directamente* importan, por sí mismos, un daño a intereses legítimos que exceden la patrimonialidad atributiva al sujeto, a la persona. Si aquella integridad es una suerte de extensión del mismo derecho a la vida, las afrentas a la integridad corporal o psíquica, cualesquiera sean, infieren un *daño directo* a esa integridad y, por lo tanto, son susceptibles de reparación. Pero con esta importante advertencia al respecto, no debe confundirse el bien y sus caracteres con el menoscabo producido al atacarlo; el bien no es el daño que su supresión produce. Solo se repara algo, dentro de las posibilidades humanas: ciertas consecuencias del ataque, pero no hay reemplazo ni recuperación.

Una de las más importantes aplicaciones que se hacen, en punto a la reparación del daño directo, no patrimonial, o, mejor dicho, no necesariamente patrimonial, a la integridad corporal es de la indemnización de las *lesiones estéticas* (o daño estético).

3.12. Lesión o daño estético

La lesión estética puede o no constituir un daño patrimonial. Lo constituirá si repercute en el futuro, sobre las posibilidades económicas de la víctima, es decir, si infiere un daño consistente en la imposibilidad de continuar desarrollando su actividad productiva, por ejemplo, un actor de cine, una azafata aérea, una modelo publicitaria, etc., que a raíz de la lesión estética se ven imposibilitados de continuar desarrollando sus respectivas actividades, disminución de ganancias, etcétera. Pero no constituirá daño patrimonial cuando no provoque un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria. Sin



embargo, en este último caso, es indemnizable *el daño directo al interés no patrimonial que encierra la lesión estética*.

“El daño estético se manifiesta como toda especie de desfiguración, afeamiento, deformación o mutilación en el cuerpo de la víctima a consecuencia del evento dañoso. Así, la desfiguración del rostro, cicatrices u otras deformaciones anatómicas, como las de una pierna, amputación de una mano, lesiones en el cuero cabelludo, etcétera”.⁴⁹ Sería imposible, *a priori*, enumerar el elenco de lesiones estéticas que pueden dañar a las personas, ya que cualquier parte de su cuerpo puede verse afectada de modo de provocar secuelas en la integridad corporal a través de ese tipo de lesiones.

Algunos fallos, equivocadamente, pretenden distinguir entre la lesión estética y el daño moral. Así, se ha resuelto que la lesión estética debe ser diferenciada del daño moral, ya que mientras la primera constituye un daño material derivado de la desfiguración permanente e incide sobre las futuras posibilidades económicas de la víctima y sobre su vida de relación, el segundo -el daño moral- consiste en el resarcimiento de la lesión a las afecciones íntimas del damnificado y se encuentra circunscripto al plano espiritual.

En esta línea de pensamiento se ha considerado también que la lesión estética consiste en la alteración de la apariencia física del damnificado, por lo común en virtud de cicatrices en lugares del cuerpo normalmente expuestos a la vista y con mayor frecuencia en el rostro, que desfiguran a la víctima, limitándola en el normal desarrollo

⁴⁹ Borrell Maciá, Antonio. **Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil**. Pág. 219.

de su vida de relación y ocasionándole, por consiguiente, un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria.

La lesión psíquica se configura mediante la alteración de la personalidad, es decir la perturbación profunda del equilibrio emocional de la víctima, que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso y que entrañe una significativa descompensación que perturbe su integración en el medio social. El agravio moral, en cambio, está constituido por la lesión a las afecciones íntimas del damnificado, los padecimientos que experimenta, la duración de su tratamiento, y la incertidumbre sobre el grado de restablecimiento.

Este tipo de razonamiento revela, al menos, una confusión acerca de la naturaleza de los daños que se analizan. Por de pronto resulta insostenible la tesis de que la lesión estética constituye un daño material: este, en deficiente terminología, es el *daño patrimonial*, es decir el perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria porque afecta un interés económico, patrimonial del damnificado. La lesión estética no es daño material porque incida físicamente sobre la integridad o incolumidad corporal de la víctima. Es, *siempre*, un daño moral porque afecta un interés extrapatrimonial de la víctima, y trasciende, *además* -indirectamente- en daño patrimonial si repercute, de modo cierto, sobre las posibilidades económicas de aquella. La distinción entre lesión estética y daño moral es, pues, equivocada.

Pero, además, las afecciones legítimas, que se dicen de orden espiritual, deben traducirse en el marco adecuado de los bienes extrapatrimoniales sobre los que todo sujeto tiene un interés legítimo. Su salud, su integridad corporal, son, desde este punto

de vista, bienes jurídicos que expresan intereses *de afección* (como todos los que atañen a los atributos de la personalidad, como la imagen, el honor, la intimidad, el secreto, etc.), y su menoscabo no agravia la esfera de pertenencias del patrimonio (salvo indirectamente, en algunos casos) si no, si se quiere, la esfera existencial de la persona. “También el cuerpo, la corporidad, es un bien espiritual desde este punto de vista: el hombre no *tiene* un cuerpo, sino que es su cuerpo. Desde luego, se ha sostenido, que las lesiones *duelen* o *afectan* físicamente al lesionado, pero no es solo su cuerpo el que sufre, sino la proyección existencial de la persona a *partir* o *desde* su cuerpo, que lo muestran mutilado, deformado, estéticamente lesionado”.⁵⁰

Las lesiones por sí mismas, y más allá del daño patrimonial que pueden provocar indirectamente, constituyen un perjuicio no patrimonial resarcible. Y ese perjuicio no tiene por qué estar en relación con los fines de su valuación o para la consideración de su importancia con un simultáneo daño patrimonial. En otras palabras: el ataque a la integridad física o corporal debe ser considerado autónomamente teniendo en cuenta su gravedad.

En tal sentido se ha resuelto, con acierto, que la desfiguración del rostro debe ser resarcida, aunque se trate de una persona que sea varón y no se dedique a la profesión artística. Y ello, teniendo en cuenta que el resarcimiento del daño producido por la lesión estética, no requiere la prueba efectiva de su existencia, ya que lo que se pretende es amenguar, dentro de lo humanamente posible, las consecuencias de un hecho ilícito en la medida prescrita por las normas legales, eligiéndose para ello la vía

⁵⁰ **Ibid.** Pág. 223.

de la reparación pecuniaria, no como precio al dolor, sino como intento de satisfacción a legítimas afecciones frustradas por el evento.

A tal fin, no existe un criterio aritmético e inequívoco, como en materia laboral, para estimar los daños anatómico-funcionales sufridos como consecuencia de un accidente, así como la disminución estética posible. Deben, por lo tanto, usarse otros parámetros, tales como el sexo, la edad, el carácter de la cultura de la víctima, sus modalidades psicológicas, el círculo social de su actuación, etcétera. Regirán, en suma, los parámetros generales que determinan la cuantía de la indemnización del daño moral, que comprende la indemnización de todo daño a intereses no patrimoniales.

3.13. Las llamadas lesiones *psíquicas*. La *sinistrosis*

Parece evidente que el resarcimiento de los daños no debe limitarse a las lesiones físicas. Tanto afectan a la víctima tales lesiones físicas como las secuelas neurológicas provocadas por el evento dañoso, generalmente por traumatismos.

Tales secuelas neurológicas dan lugar al interesante capítulo de la llamada *sinistrosis* que puede provocar desde simples dolores de cabeza y parestesias hasta alienación mental. La ciencia médica estudia, particularmente, el llamado síndrome subjetivo de los traumatizados de cráneo de Pierre Marie, la *sinistrosis de Brissaud*, el *histerotraumatismo*, *neurastenias postraumáticas*; *psicosis epiléptica*; *esquizofrenia postraumática*, etcétera.

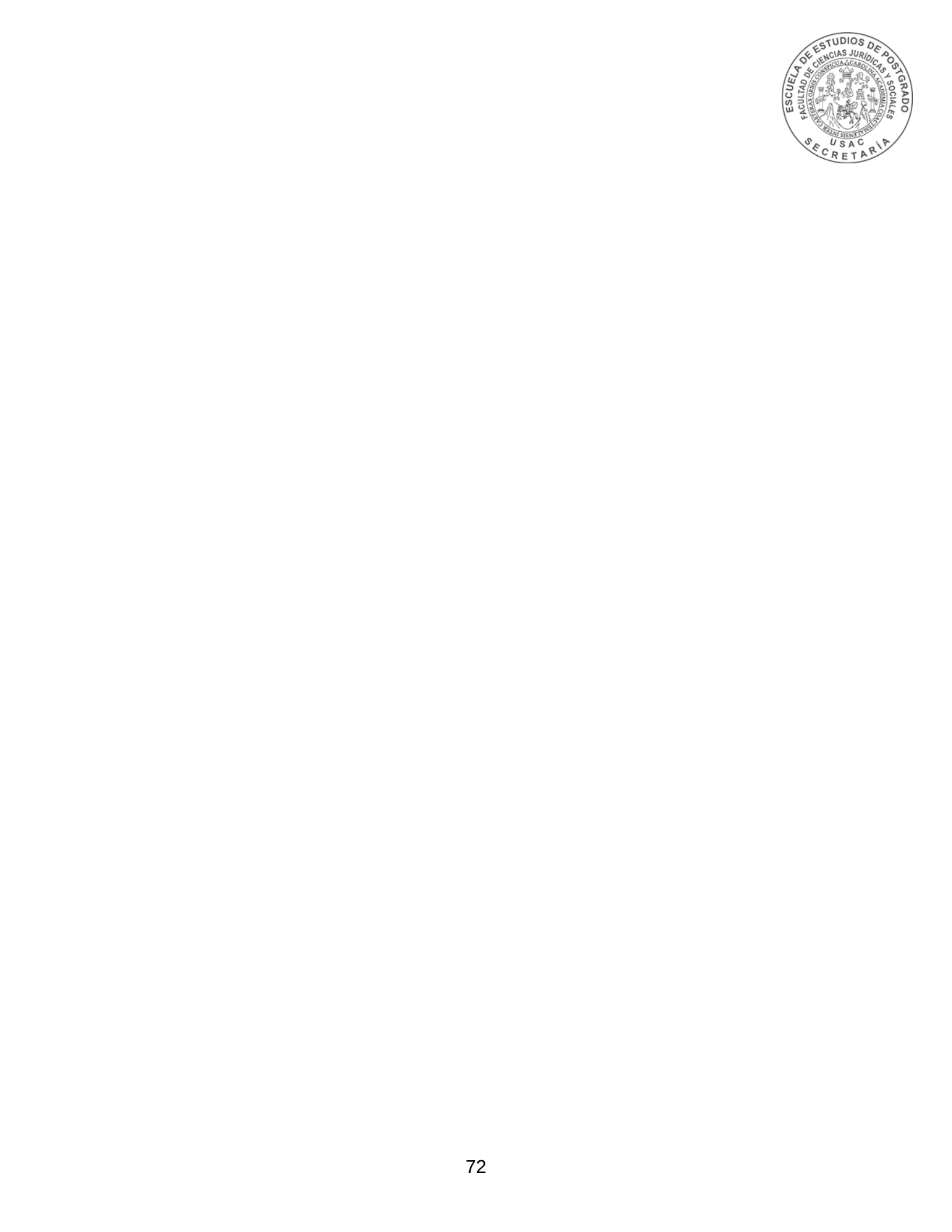
Según Bonnet, “los traumatismos craneoencefálicos no engendran una personalidad anormal, cualquiera que sea su característica (psicopática o psicógena), sino que



simplemente obran evidenciándola o agravándola. En otras palabras, el evento dañoso opera activando una concausa preexistente. Ello, por de pronto, exigirá en cada caso establecer la relación causal entre el hecho o evento dañoso y la neurosis postraumática, a los fines de realizar el juicio de imputabilidad al agente del hecho ilícito”.⁵¹

Deslindado el aspecto causal, las lesiones psíquicas o *sinistrosis*, integran los perjuicios indemnizables. Pueden importar un daño patrimonial indirecto en tanto producen deterioros orgánicos que impiden o dificultan el ejercicio habitual de la actividad laboral de la víctima. Y, en todo caso, infligen un daño no patrimonial directo al disminuir o afectar, de cualquier modo, la integridad personal de ella. Por eso se ha resuelto que la disminución de las aptitudes psíquicas constituye un daño resarcible, cuando provocan una incapacidad total y permanente para el trabajo, pero también cuando la víctima no desempeña al momento del hecho ilícito actividad remunerada o lucrativa, lo cual no obsta a la existencia del daño.

⁵¹ Citado por: Barra, Rodolfo Carlos. **Principios de derecho administrativo**. Pág. 127.



CAPÍTULO IV

4. Cuantificación y reparación del daño

4.1. Indemnización dineraria de daños

Tanto la determinación del *contenido* del daño como de su *medida* cuando la reparación se hace en dinero supone la *avaluación* de los perjuicios. “Esta *avaluación* puede estar legalmente fijada o tarifada (así, por ejemplo, en los accidentes de trabajo), o convencionalmente estipulada (así, en la responsabilidad contractual, la que emerge de la cláusula penal). Pero habitualmente esa *avaluación*, que es en dinero, queda deferida, en materia civil, al juez. Corresponde al juez, entonces, estimar en moneda - traducir en dinero, si se prefiere- el valor de los daños acreditados en juicio”.⁵²

Pero esta estimación puede no ser en modo alguno sencilla. Para realizar la estimación, ha de suponerse que el juez ha logrado establecer el contenido del daño, ello es, en qué consiste -daño actual, futuro, daño emergente, lucro cesante, daño moral en su caso-. Pero de inmediato ese mismo juez debe estimar la medida del daño y fijar su *quantum* en la sentencia.

Tal estimación debe tomar en cuenta una secuencia temporal que arranca en el momento del hecho dañoso, subsigue con la época en que, efectivamente, el daño se produce (o se está produciendo o se producirá) y culmina con el momento en que la sentencia se dicta.

⁵² Cammarota, Antonio. **Responsabilidad extracontractual**. Pág. 28.

Esta secuencia temporal puede mostrar al juez variaciones o alteraciones que atañen tanto al contenido de los daños -lo que se denomina variaciones *intrínsecas* del daño- como a su importe o medida -variaciones *extrínsecas* del daño-. Unas y otras atañen a la liquidación del daño.

“Las variaciones extrínsecas del daño, en la hipótesis más simple, pueden suponerse a partir de la consideración de un daño de contenido invariable. Así, por ejemplo, la destrucción total de un automóvil es un daño de contenido invariable. Pero, en el tiempo, puede variar la medida del valor de ese daño, aumentando ese valor - si a consecuencia de la evolución de los precios del mercado automotor el valor de reposición del automóvil se eleva-, o disminuyéndolo. *¿Cuál es el valor del daño a liquidar en dinero?*”⁵³

Pero también puede acaecer que puedan computarse variaciones en el contenido del daño. Si a resultas de un accidente automovilístico, por ejemplo, una persona queda parálitica, pero con posterioridad al hecho y antes de la sentencia recupera todo o parte de su motricidad, el perjuicio ha disminuido intrínsecamente. A la inversa, si de las lesiones recibidas en ese mismo accidente, la víctima ha quedado parálitica con posterioridad, el contenido intrínseco del daño se ha agravado. Aquí también: ¿qué valor habrá de computarse?

El tema es, pues, el relativo a la época de la determinación del daño por el juez, sí, pero teniendo en consideración los dos parámetros que delimitan la ecuación del juez

⁵³ Chiovenda, José. **Principios de derecho procesal civil**. Pág.189.

al liquidar el monto de los daños: su eventual variación intrínseca, y su variación extrínseca, es decir, la medida de su valor.

4.2. La obligación resarcitoria como deuda de valor (presupuestos)

La obligación resarcitoria es una deuda de valor. “Queda por sabida la distinción que ya puede considerarse tradicional y que permite superar, precisamente, las objeciones que pudieran hacerse en lo relativo a las consideraciones atinentes a las variaciones extrínsecas del importe de los daños”.⁵⁴ Es que la liquidación del *quantum* indemnizatorio en dinero tiende a restablecer el equilibrio patrimonial roto en razón del perjuicio.

Y ese restablecimiento debe hacerse siempre en presente: no es un *restablecimiento histórico*. Debe, en suma, reparar en equivalente -el dinero es el equivalente pecuniario fungible por excelencia- la destrucción, menoscabo o frustración de valores patrimoniales que deben ser *repuestos*. Su liquidación en moneda tiene en cuenta que, en la universalidad del patrimonio, esa reposición puede serlo en valores equivalentes a las cosas, derechos o bienes, singularmente destruidos, deteriorados, mutilados o afectados.

4.3. Consecuencias en cuanto a la época de la determinación del contenido del daño y de su importe

Cuando el juez liquida en dinero el *quantum* de los daños, debe partir de la base de que el dinero es el sustitutivo de la prestación dirigida a proporcionar bienes con valor intrínseco.

⁵⁴ Barbero, Doménico. **Sistema del derecho privado. Tomo I.** Pág. 100.



Salta a la vista, entonces, que ese *quantum*, la suma de dinero, es la medida del valor que se debe reparar. Como tal medida, debe responder a una estimación de valores al momento en que se hace su liquidación. No interesa el precio que tenía mi automóvil en el momento en que fue destruido, pues ese *precio* es un *valor histórico*. Interesa -descartada obviamente la reparación en especie, *in natura*- cuál es el *precio actual*, pues este representa el valor patrimonial destruido. El precio actual es el sustitutivo del automóvil destruido (bien con valor intrínseco).

Desde esta perspectiva, cobra todo su sentido la afirmación reiterada en muchos fallos de que en los casos en que la determinación del monto indemnizatorio tiene lugar por vía de un pronunciamiento judicial, el daño resarcible debe ser valuado, en principio, al tiempo de la sentencia definitiva, lo cual impone efectuar los reajustes que sean del caso teniendo en cuenta incluso la depreciación monetaria operada.

4.4. La liquidación de los daños. Función jurídica

“El momento de la sentencia liquidadora -se ha dicho- es relevante en orden a la medida del daño, en cuanto tiene en consideración el valor que en tal *momento* subsistiría en el patrimonio del perjudicado si el daño no se hubiese producido, por lo que se pretende crear, por mediación del resarcimiento a favor del perjudicado, una situación correspondiente a aquella que existiría de faltar el daño ocasionado”.⁵⁵

Debe distinguirse, sin embargo, entre la valoración de la medida del daño y la, propiamente, liquidación del mismo. Lo que la doctrina denomina, respectivamente, la *aestimatio* y la *taxatio*.

⁵⁵ Linares, Juan F. **Fundamentos del derecho administrativo**. Pág. 211.

4.5. Valoración de la medida del daño

Por supuesto, esta valoración es realizada por el juez de acuerdo con una declaración de certeza sobre el valor comprometido. Ello tiene importancia sobre todo en la estimación de los daños futuros cuya medida -por ejemplo, la incapacidad laboral del damnificado, el lucro cesante futuro, etc.- es posterior a la sentencia misma, sin embargo, debe ser tasada y liquidada en la sentencia.

También en cuanto a la valoración de la medida de los daños futuros es aplicable el principio de que debe realizarse a la época de la sentencia, de modo que se atribuya al perjudicado una cantidad de dinero que tenga un valor correspondiente a aquel que será comprometido por el daño futuro. “Existe una autorizada doctrina que sugiere, que la sentencia, en lugar de liquidar un monto global con base en la valoración del daño futuro en concepto de *ganancias frustradas*, determine a favor del damnificado o sus causa-habientes una indemnización en forma de renta ofreciendo el obligado garantías suficientes de que su pago se hará efectivo”.⁵⁶

En realidad, esta posibilidad ha sido puntualizada por la doctrina, con la sugerencia de diferir a la prudencia de los jueces *fixar el monto de la indemnización y el modo de satisfacerla* en caso de homicidio. Incluso, existe un precedente jurisprudencial, de interés en este aspecto, en el cual se resolvió que *nada impide al juez fijar como indemnización, una suma determinada pagadera mensualmente, asignándole carácter vitalicio, en la parte que se acuerda a la viuda y hasta que cumplan la mayoría de edad en lo que corresponde a las hijas menores de la víctima*. En el caso resuelto, este

⁵⁶ Alessi, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Pág.124.



temperamento privó por tratarse de una condena al gobierno del lugar donde ocurrió el evento dañoso.

Es claro que, en el derecho positivo, tal modo de indemnizar dinerariamente el daño requerirá que los damnificados así lo soliciten, pues si ellos prefieren reclamar una suma global, escaparía a las facultades de los jueces el resolver contra lo demandado, o modificando los términos de la petición: sobre todo si se tiene en cuenta que, en nuestro derecho, se carece de normas positivas que reglamenten la forma en que los damnificados pueden exigir se les garantice adecuadamente el pago de la renta.

Este problema de la valoración, o *aestimatio*, de la medida del daño exige comprender que la liquidación del *quantum* indemnizatorio por el juez se hace en relación con el momento o época en que se valora por este que el perjuicio se ha producido o se producirá. No todos los daños pueden estimarse o valorarse *en el presente*, entendiendo por *presente*, en realidad, la *actualidad* que marca el tiempo ideal que comprende el lapso entre la demanda de daños y la conclusión definitiva del pleito. Hay daños que se valoran *para el futuro*, y obviamente, respecto de ellos, la estimación se hace en un momento anterior a su producción.

La razón de que entre nosotros no existan precedentes significativos de este modo de indemnizar los daños futuros de carácter continuado, quizá se deba a la circunstancia de que la renta fijada judicialmente al momento de la sentencia puede depreciarse significativamente en poco tiempo debido a la inflación y, además, en razón de que su satisfacción exige obtener del deudor -el responsable- adecuadas garantías, que aseguren a los damnificados el pago efectivo de esa renta.

“En cuanto a la pérdida del valor de la renta en el transcurso del tiempo es interesante analizar la problemática que ella ha suscitado en la doctrina y en la jurisprudencia francesas”.⁵⁷ En principio se ha admitido que el juez tiene libertad para fijar indemnizaciones en forma de renta, pero los tribunales han debido enfrentar el problema de su depreciación. Cierta jurisprudencia ha recurrido al arbitrio de someter el importe de la renta a un índice de actualización, dando lugar a lo que se ha denominado *daños e intereses judiciales de escala móvil*.

La doctrina es, en general, favorable a este procedimiento, y al efecto se han tomado como índice de actualización el de aumento del costo de la vida, salario mínimo vital, aumento de los importes de las indemnizaciones por accidentes de trabajo, aumento de los salarios, etc., pero en general se coincide en que lo fundamental es que la renta debe variar de la misma forma que varía el valor lesionado y que se resarce mediante ella.

Sin embargo, el criterio compartido por la doctrina mayoritaria y por esos fallos es contradicho por diversos tribunales de apelación que se han pronunciado en contra de las rentas de escala móvil. En razón de ello, se ha acudido a una suerte de solución intermedia: el tribunal determina la renta durante un período y, sucesivamente, va fijando el importe de los próximos a la expiración de los anteriores.

La Corte de Casación francesa ha sido reacia, no obstante, a aceptar estas soluciones en el entendimiento de que la depreciación del valor de la renta no puede ser considerada como una consecuencia directa y necesaria del hecho ilícito, y que la

⁵⁷ Puig Brutau, José. **Estudios de derecho comparado**. Pág. 33.



modificación de la renta implicaría vulnerar los principios de la cosa juzgada. Contra ello se ha respondido bien que cuando se fija una indemnización en forma de renta, ella debe asegurar la reparación del perjuicio al momento mismo en que es pagada.

Esto ha provocado que la jurisprudencia más reciente de los tribunales de apelación franceses se incline a aceptar las rentas de escala móvil, sin perjuicio de lo cual se han dictado algunas leyes que han reajustado de pleno derecho las rentas pactadas o fijadas judicialmente en reparación de perjuicios.

“El otro inconveniente práctico de la indemnización en forma de renta es el de las garantías adecuadas de su pago, sobre todo cuando puede sobrevenir la insolvencia del obligado a su pago. En la jurisprudencia francesa se ha rechazado, en principio, la adopción de garantías cuando el obligado es notoriamente solvente, por ejemplo, una compañía de seguros, o empresas de ferrocarriles”.⁵⁸

En los demás casos (y fuera de la solidaridad entre los autores del hecho que obliga a reparar y de la acción directa reconocida a los damnificados contra el asegurador del responsable) se ha juzgado que el juez tiene facultades amplias para disponer las garantías del pago de la renta, ya que esas garantías integran la condena misma.

4.6. Límites cuantitativos de la indemnización en dinero

La indemnización dineraria de daños supone una *valuación* de los perjuicios. La idea de reparación integral de los daños, que preside en materia civil y que se inspira en principios de justicia conmutativa, no resiste, en principio, límites cuantitativos *a priori*

⁵⁸ Compagnucci de Caso, Rubén H. **Dos elementos de la responsabilidad civil: antijuridicidad y culpa.** En: **Revista Notarial No. 845.** Pág. 54.



que impidan en cada caso el resarcimiento pleno de los perjuicios sufridos por el damnificado.

Sucedee, sin embargo, que en la medida que la responsabilidad civil interesa más y más las consecuencias dañosas de riesgos socializados (actividades o utilización de cosas no solo socialmente útiles sino también necesarias en el mundo tecnificado, que a la vez que constituyen factores de auténtico progreso y bienestar entrañan riesgos ciertos) se tiende también cada vez más a la adopción de procedimientos de reparación socializada, como son los seguros sociales y los seguros directos. En este contexto el derecho de daños no es ya solo respuesta ante el obrar culposos de alguien en perjuicio de alguien.

No solo cabe esperar un daño derivado de la imprudencia, negligencia o impericia, o, claro está, de la deliberada intención de causar daño, sino que también el hombre sabe que puede resultar víctima de los medios de que se vale cotidianamente: los modernos medios de transporte, el automóvil, la aeronavegación, etc., multiplican riesgos. Y ni qué decir de las fuentes energéticas, como la eléctrica y la atómica, los modernos equipos industriales, hoy ya indispensables para la producción, que queda bajo el control de máquinas.

Piénsese así en la cibernética, en los complejos procesos de ingeniería genética o la robótica. Quien utiliza y aprovecha esos medios y a través de ellos genera riesgos sociales, es responsable de los daños que causa. Esta es la responsabilidad objetiva, cuyo fundamento podrá situarse como contrapartida del provecho que obtiene el responsable de las cosas riesgosas que utiliza, o de la actividad riesgosa que



desarrolla, o en un deber de garantía, etc., pero que, de cualquier modo, es atribuida independientemente o más allá de la idea de culpa o de dolo.

“En una sociedad tecnificada, el riesgo se consustancia con lo cotidiano y por eso se dice que se socializa. Correlativamente los daños, aunque fueren sufridos individualmente por el damnificado son reputados como consecuencia de la actuación de riesgos a los que el damnificado no podía sustraerse como ser humano que vive en sociedad. Por eso se aludirá a la socialización del daño, con lo cual se comienza a recorrer el camino que conduce a la reparación social de los daños, es decir a los seguros”.⁵⁹

Es verdad que, ante esta perspectiva, el derecho moderno ha pretendido conjugar los riesgos y los beneficios que la ciencia y la técnica respectivamente entrañan y proporcionan. Así, por ejemplo, en materias específicas, las leyes o las convenciones internacionales han establecido límites cuantitativos a la reparación de los daños. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que estos límites cuantitativos se han impuesto por consideraciones de orden político y económico: la protección de la actividad aeronáutica, por ejemplo, tiende a fomentarla en favor del mismo Estado y de los propios usuarios.

Pero la limitación de la responsabilidad del transportador aéreo con base en topes indemnizatorios -que, a nivel internacional ha sancionado el Convenio de Varsovia de 1929 y su Protocolo de La Haya de 1955- no ha sido recibida pacíficamente, y hasta es hoy materia del debate, existiendo incluso algún pronunciamiento judicial que lo ha

⁵⁹ Alterini, Atilio A. **Formas modernas de la contratación.** En: **Revista De Responsabilidad Civil Y Seguros: Publicación Mensual De Doctrina, Jurisprudencia Y Legislación.** Pág.111.

reputado inconstitucional en el derecho interno. Tampoco se admiten pacíficamente como justos los topes indemnizatorios que limitan la responsabilidad del transportador marítimo según la Convención de Bruselas de 1924.

Lo único que se quiere destacar, es que las justificaciones que se hacen de los límites cuantitativos de la reparación de daños mediante el establecimiento *a priori* de topes indemnizatorios, no son de índole jurídica sino, sustancialmente políticos y, en su caso, económicos. Siendo así, debe ser el legislador quien, en cada caso y valorando las repercusiones que para la economía o la conveniencia del Estado y la sociedad toda tienen determinadas actividades, resuelva establecer límites a la reparación de los daños que por el riesgo de esas actividades pueda irrogarse a terceros.

4.7. La época de la determinación de la medida del daño: su valoración y su tasación

Cuando se alude genéricamente a la estimación de los daños y, eventualmente, a sus alteraciones extrínsecas, no juega necesariamente una valoración de daños ocurridos, acaecidos ya, al tiempo de la sentencia. La valoración de los daños puede ser referida a un juicio de probabilidad, y su medida ser *tasada* en la sentencia capitalizando en el patrimonio damnificado pérdidas futuras y en los límites que esas pérdidas deben naturalmente producirse en el futuro. Así ocurre, típicamente, con el lucro cesante futuro, o ganancias frustradas.

4.8. El problema de la depreciación monetaria

Evidentemente este tema es el que, en la actualidad, concita la atención preferente en relación con la medida extrínseca de los daños. Si, por hipótesis, se toman en cuenta

daños de contenido intrínseco invariable, es dable no obstante computar importantes variaciones extrínsecas en la cuantía o evaluación de ellos, desde que el daño acaeció en el tiempo real, y, también, entre su reclamación en la demanda de daños y la sentencia que más tarde se dicta.

“Conceptualmente, el cómputo de la depreciación monetaria es idéntico, trátase de daños derivados de responsabilidad contractual emergente del incumplimiento, o de responsabilidad extracontractual. Respecto de aquéllos -y aun cuando sea discutible si la obligación resarcitoria es una nueva obligación, distinta a la primitiva de cumplir la prestación debida, o si se trata de la misma obligación primitiva que cambia de objeto- obviamente solo se computarán los daños inmediatos, salvo que la inejecución fuese maliciosa en cuyo caso también se computarán los daños que fueren consecuencia mediata del incumplimiento”.⁶⁰

En cambio, tratándose de responsabilidad extracontractual rige la extensión del resarcimiento, pero una vez definido el daño, su valuación debe hacerse con relación al momento actual, es decir el de la sentencia.

Sin embargo, es importante destacar que, cuando se alude a las variaciones extrínsecas de la medida del daño, el juez puede enfrentar dos situaciones distintas:

- a) Que el damnificado -acreedor- haya reparado o repuesto a su costa los bienes dañados o destruidos, o que, en razón del hecho ilícito o del incumplimiento haya debido soportar gastos que ha solventado a su costa. Así, por ejemplo, gastos de internación y curación, exámenes médicos radiográficos, gastos de farmacia, etc.;

⁶⁰ **Ibid.** Pág. 114.

sumas empleadas en la reparación del bien dañado o en la adquisición de un bien similar al destruido, etcétera.

- b) Que el damnificado -acreedor- no haya reparado o repuesto a su costa los bienes dañados o destruidos o no haya solventado gastos. Así, por ejemplo, pérdida o deterioro de los bienes mismos (como la destrucción o deterioro del automóvil, inmueble, y, en general, de toda cosa o bien no repuestos en el patrimonio damnificado) y cuyo valor debe ser estimado, intrínsecamente, por el juez en la sentencia.

Por supuesto que esta esquematización no agota los posibles contenidos de la reclamación por daños. Pero, sí, muestra los *dos modos en que se expresa la demanda de daños*. En *a* la expresión está referida a *sumas de dinero* empleadas en reparaciones, reposiciones o gastos realizados por el damnificado. Se incluyen también en este ámbito los casos en que se expresa en sumas de dinero el normalmente llamado *lucro cesante* (así, ingresos, salarios o emolumentos dejados de percibir en razón de la incapacidad provocada por el hecho ilícito; rentas no percibidas en razón del incumplimiento de la obligación contractual de restituir el inmueble, etcétera). En cambio, en *b* la expresión está referida al valor de los bienes dañados o destruidos, no en consideración directa a sumas de dinero, sino, precisamente, en consideración al valor intrínseco de reparación o reposición.

Estos dos supuestos dieron motivo a una divergencia conceptual en lo relativo al momento que, en cada uno, debe situarse el juez para apreciar la *medida del daño*. En

otras palabras, el planteo giró en torno a la *aestimatio* y, como consecuencia, a la *taxatio* de la medida del daño.

4.9. Momento de la estimación de los daños expresados en las sumas de dinero empleadas en su reparación

Se describe esta situación con un ejemplo: el perjuicio tenía un valor inicial de 100.000 francos. La víctima, para repararlo un año más tarde, ha tenido que pagar 250.000 francos. El valor del perjuicio es de 500.000 francos en el día de la sentencia. ¿Debe fijar entonces el juez la condena del responsable sobre el valor del daño en el día de la sentencia?

Aun entre los autores y fallos que han aceptado la distinción entre deudas de dinero y de valor -que puede juzgarse tradicional- y que genéricamente han considerado que la obligación resarcitoria es de valor, hubo quienes, aferrados a un clásico nominalismo, infirieron que si la deuda de reparación de daños es de *valor en su origen*, ella queda automáticamente convertida en deuda de dinero en el mismo momento en que el damnificado abona el importe de aquellos daños.

“Esta toma de posición era trascendental por cuanto incidía en el momento que debe tener en cuenta el juez para la estimación de la medida extrínseca del daño. Cuando el daño subsiste *in natura* (por decirlo de alguna manera) al momento de la sentencia, el juez tiene ante sí la necesidad de estimar los valores necesarios para reparar el daño,

y, entonces, debe tasar o liquidar ese valor en moneda a ese momento (el de la sentencia)".⁶¹

En cambio, cuando la víctima ha reparado el daño *in natura* y ha hecho desembolsos de dinero, el daño subsistente está dado por las sumas desembolsadas; en consecuencia, el juez, en ese caso, no debería estimar valores de reparación o reposición (pues los daños han sido reparados ya), sino liquidar el daño de acuerdo con las sumas de dinero pagadas por la víctima, computando solo los intereses legales.

Quizá se deba admitir que el razonamiento es conceptualmente correcto, aunque *axiológicamente* disvalioso ante el fenómeno de la depreciación de la moneda. Es conceptualmente correcto decir que cuando la víctima repara el daño mediante empleo de sumas de dinero, en su patrimonio vuelve a existir la cosa (reparada o repuesta o sustituida) en su integridad y por su valor, pero aquel ha disminuido exactamente en la medida del desembolso efectuado para ello.

Pero es axiológicamente disvalioso que, si entre el momento del desembolso de las sumas y el de la sentencia que condena al responsable se ha producido la depreciación de la moneda en una tasa notable en cuanto a su real poder adquisitivo, que no queda cubierta con los intereses moratorios, se pretenda restringir la indemnización a las sumas nominales depreciadas.

Algún autor, no sin cierta dosis de ingenuidad, dijo que de haber recibido del deudor la suma de dinero que se condena a este a reembolsarle, en el momento en que el

⁶¹ Aberastury, Pedro. **El problema de la responsabilidad del estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la nación con particular referencia a la del estado legislador.** En: *Revista Jurídica de Buenos Aires*. Pág.78.



acreedor la desembolsó, ese dinero habría sufrido en poder de ese acreedor igual depreciación, porque la moneda se ha desvalorizado igualmente para todos y cualquiera de sus tenedores.

Tal afirmación comporta una concepción estática del patrimonio, irreal e inadmisibles, que está en contradicción con la naturaleza de las cosas. Porque si el acreedor hubiese recibido *entonces* esas sumas, o las habría *gastado* en bienes de consumo utilizando su poder adquisitivo mayor, o las habría *invertido* en bienes de capital que habrían revalorizado su patrimonio. Es pueril tomar como hipótesis que el acreedor habría conservado intactas las sumas en su patrimonio sin darles un destino económico.

No obstante, si es conceptualmente correcto afirmar, como se ha dicho, que cuando la víctima desembolsa sumas y repara los daños el perjuicio *subsistente* en el patrimonio está representado por esos desembolsos, corresponde preguntarse de qué modo puede el juez *liquidar un quantum indemnizatorio justo* al momento de la sentencia y, por supuesto, cuando el dinero desembolsado, hace quizás años, ha sufrido una depreciación nominal significativa.

La respuesta no es difícil. Habida cuenta que, en materia de daños derivados del incumplimiento contractual el acreedor reclama el resarcimiento en razón de la mora, o en razón de la imposibilidad de cumplimiento imputable al deudor y, tratándose de responsabilidad extracontractual, teniendo en cuenta que el responsable debe reputarse incurso en mora desde la comisión del acto o del hecho ilícito, la cuestión se plantea en torno a los daños que esa situación jurídica de mora proyecta hasta el momento de la reparación efectiva.

Este es el punto central de la problemática. “El tiempo transcurrido entre que la víctima reparó por sí misma los daños hasta que se le indemniza por los importes desembolsados, inflige a ella *un daño* en su patrimonio que es actual al momento de la sentencia y que está representado por la diferencia de poder adquisitivo que tenía la moneda que él utilizó cuando reparó el daño ocasionado por el responsable, y el que tiene cuando el juez debe liquidar la indemnización”.⁶² Lo que ocurre es que para un nominalista *a outrance* ese daño *no es computable* o queda reparado, a lo sumo, por los intereses.

En cambio, aun cuando se acepte que el pago por el damnificado de los daños transformó la deuda de valor original en otra de dinero, si se señala inmediatamente que también en las obligaciones de dinero son computables daños mayores que no cubren los intereses, la cuestión de la actualización del monto nominal de la suma debida no presenta dificultad.

En suma, no es preciso recurrir a la discutible tesis de que la obligación de reparar es de valor, aunque el valor dañado haya sido repuesto por el damnificado, porque aun cuando se convenga en que, a partir de esa reparación, el daño *subsistente* es, estrictamente, el importe utilizado en esa reparación (lo que, por nuestra parte, ya hemos dicho, es conceptualmente correcto), hay un *daño ocasionado* por la *depreciación nominal de las sumas, que es actual al tiempo de la sentencia y que, por lo tanto, debe computarse*.

⁶² López de Zavalía, Fernando. **Irretroactividad de las leyes**. Pág.157.

Si se sigue con detenimiento la evolución de nuestra doctrina, se advertirá claramente que el esfuerzo denodado contra la tesis de que la reposición por la víctima transforma la obligación resarcitoria de valor en su origen en otra de dinero tendía a remediar las injustas consecuencias que sus sostenedores inferían, es decir, que el responsable solo debía los importes empleados y sus intereses legales al tiempo del pago. Por eso la argumentación se centró en la demostración de que la obligación de valor en su origen es siempre de valor, aun cuando el damnificado haya repuesto los bienes pagando los daños o sustituyendo los bienes mismos.

De suerte, pues, que en punto a la liquidación o *taxatio* de los daños, el juez en la sentencia deberá tomar en cuenta:

- a) Si los bienes dañados no han sido reparados, repuestos o sustituidos por el damnificado, se atenderá a la prueba rendida sobre el valor actual de reparación, reposición o sustitución salvo, por supuesto, que el obligado a reparar ofreciese la reparación o sustitución en especie y *liquidará ese valor al momento de la sentencia*.
- b) Si la reclamación del damnificado lo fuese de las sumas aplicadas al pago de la reparación, reposición o sustitución de los bienes dañados, *actualizará los importes desde que cada pago fue hecho por el damnificado al momento de la sentencia*, aplicando a la suma así resultante la tasa del interés *puro* correspondiente, también desde cada pago.

4.10. Momento de la estimación de los gastos realizados por el damnificado para atender a su propia curación

Aun cuando tratándose de *daños a las cosas*, la víctima puede, por hipótesis, escoger entre reparar por sí los daños reclamando los importes gastados al efecto, o demandar el valor de reparación de las cosas dañadas al tiempo en que esa reparación ha de tener lugar, no sucede lo mismo tratándose de *daños corporales en su persona*.

“Difícilmente pueda concebir que la víctima no atienda de inmediato las lesiones recibidas a través de adecuado tratamiento médico, internación clínica si es del caso, afrontando los gastos que demande su curación: farmacia, radiografías, operaciones quirúrgicas, honorarios de internación, etcétera”.⁶³

Tal como ocurre con la estimación de los gastos de reposición o reparación de cosas o bienes dañados, corresponde aquí que el juez actualice el monto nominal de los gastos de curación o asistencia desde que cada pago fue realizado, al momento de la sentencia que liquida la medida del daño.

4.11. Momento de la estimación del lucro cesante actual o presente

Se ha anticipado que la dicotomía daño actual-daño futuro, no se corresponde necesariamente con la de daño emergente-lucro cesante. El daño emergente puede ser tanto presente -o actual- como futuro, y lo mismo se puede referir para el lucro cesante. Claro es, sin embargo, que la actualidad o la *futuridad* del daño emergente o el lucro cesante están referidos no en relación con el momento del hecho dañoso

⁶³ Stiglitz, Gabriel A. **Protección jurídica del consumidor**. Pág. 207.

(pues, desde esa perspectiva todo daño es futuro), sino en relación con el momento en que se estima o juzga el daño. Ello acaece, obviamente, con la sentencia.

Lucro cesante actual o presente es, entonces, aquel que, si bien se ha producido en el patrimonio damnificado con *posterioridad al hecho dañoso*, está determinado de manera cierta al momento de la sentencia, pues comprende ganancias frustradas anteriores a ese momento. El daño por ese lucro cesante es *actual*, pues *ya se ha producido* en el patrimonio de la víctima.

Lógicamente aquí se implican dos cuestiones de distinta naturaleza. Una que no nos corresponde dilucidar en este lugar, es la prueba del verdadero lucro cesante, o sea, la acreditación de las *ganancias frustradas* que son consecuencia del hecho que origina la obligación resarcitoria. La otra, la estimación de esas ganancias y su liquidación. Este último aspecto, sí, es problemático, y, por ende, debemos partir del presupuesto o hipótesis de que han sido cabalmente acreditadas por el damnificado.

Así, por ejemplo, ingresos dejados de percibir durante el período de incapacidad provocada por el hecho, sueldos o salarios, honorarios en su caso, estimados de acuerdo con el nivel de los que, durante su actividad normal, la víctima percibía, etcétera.

“El lucro cesante actual o presente, se resuelve, a través de su *taxatio* por el juez, en una obligación dineraria asimilable al daño emergente, también actual, representado en gastos. Por qué esas *ganancias frustradas* se reducen, a la postre, en la *pérdida o falta de adquisición de dinero*. De modo, entonces, que, al liquidar el monto de esas ganancias frustradas, el juez no puede limitarse a tomar en cuenta las sumas

nominales dejadas de percibir por el damnificado a partir del hecho dañoso y en el lapso que, a partir de él, comprende el lucro cesante, sino, además, el valor adquisitivo de la moneda al tiempo en que debió ingresar al patrimonio de la víctima”.⁶⁴

Entonces, es de absoluta lógica considerar que el juez debe también en este caso estimar el valor del lucro cesante en el momento de la sentencia tomando como base la pérdida o falta de adquisición de dinero, adecuándola en su liquidación a la depreciación monetaria operada desde que ese dinero -o ganancia- debió ingresar al patrimonio, hasta el tiempo en que realiza la liquidación, con más el interés *puro* devengado desde cada *perjuicio* en el supuesto que las ganancias frustradas se estimen sucesivas o periódicas en el tiempo anterior a esa liquidación.

4.12. Lucro cesante en razón de la privación del uso de la cosa dañada

Pocas veces se ha prestado atención al caso en que, por causa del daño, el damnificado se ve privado del uso de un bien patrimonial que requiere ser reparado. El caso paradigmático, si se quiere, es el de la privación del uso del vehículo automotor en razón de un accidente de tránsito. La jurisprudencia uniforme acepta que la privación del uso del vehículo, a consecuencia del accidente, constituye un perjuicio indemnizable. Lo discutible es la naturaleza del perjuicio y los límites en que se indemniza.

En cuanto a lo primero, es de señalar que la jurisprudencia tiende a caracterizarlo como daño emergente representado por los gastos o erogaciones que el damnificado ha debido realizar para su movilidad, gastos estos que, aunque no se prueben, se

⁶⁴ Larenz, Karl. **Op. Cit.** Pág. 189.



presumen realizados ante la necesidad de disponer de otros medios de movilidad. Esta presunción deviene de otra obvia, y es que quien tiene a su disposición un automotor satisface con su uso una necesidad cuya razonabilidad no puede discutirse.

Se distinguiría este rubro del lucro cesante por privación del vehículo en que en este caso se exigiría la demostración fehaciente de que el damnificado dejó de percibir ganancias por el no uso del automotor. Así planteado, la privación del uso del vehículo provocaría un *daño emergente presumido*: las erogaciones para el transporte que debe hacer el damnificado ante la imposibilidad de utilizar su propio medio, y un *lucro cesante a probar*, si se reclama: las ganancias frustradas que se hubieran obtenido en caso de haber podido utilizar el automotor.

Sin embargo, y desde otra perspectiva, “es dable afirmar que la privación del uso del vehículo importa siempre un *lucro cesante*, a veces presumido y a veces objeto de prueba. El automotor constituye para su propietario, el damnificado, un bien de capital del que se ve privado por causa del accidente, que no le es imputable. De tal modo, lo que debe indemnizársele es el valor de renta, o rentabilidad de un capital equivalente al valor del vehículo, durante todo el lapso en que este queda indisponible para él”.⁶⁵

El razonamiento sería el siguiente: si, por hipótesis, el automóvil hubiera sido destruido y se reclamare el importe (en dinero) para comprar otro, a la condena por ese capital se le aplicarían intereses desde que el hecho ocurrió hasta el efectivo pago. No existiría razón, entonces, de que si lo que se reclama es la privación del uso, temporario en razón de que el automóvil puede ser reparado, no se indemnice, además, el lucro

⁶⁵ Zanoni, Eduardo. **Op. Cit.** Pág. 34.



cesante por la privación de la renta del capital, es decir la suma equivalente a idéntico interés durante el lapso que comprende la indisponibilidad.

Esto no excluirá la invocación de un *lucro cesante mayor* que debe ser probado: las ganancias que, en concreto, obtenía el damnificado mediante la explotación comercial, utilización profesional, etc., del vehículo, y que van más allá de la mera rentabilidad de un capital.

Un caso de interés se ha planteado en relación con los daños sufridos por vehículos de transporte colectivo de pasajeros, que están afectados al servicio público. En algunos casos se ha considerado que, si no está probado que la privación del uso de un vehículo produzca como consecuencia necesaria la reducción de los ingresos de la línea de transporte, no podría justificarse la inclusión del lucro cesante en la indemnización, porque no se ha probado la posibilidad objetiva de que sin el accidente se habría obtenido un beneficio.

En sentido contrario, en cambio, “tiende a prevalecer la idea de que, tratándose de vehículos afectados a una línea de transporte de pasajeros, la sola privación de un rodado a consecuencia de un accidente de tránsito comporta por sí mismo un daño indemnizable, ya que, al tener que sustituirlo por otro u otros, se produce siempre algún perjuicio no solo por el recargo que debieron sufrir las restantes unidades y su consiguiente desgaste, sino porque la economía de la explotación se resiente”.⁶⁶

O sea, que aunque exista la posibilidad de reemplazar al vehículo en reparaciones, el hecho de que pueda transportarse a los pasajeros en los restantes, causa

⁶⁶ Moisset de Espanés. Luis. **Op. Cit.** Pág. 92.

indudablemente algún perjuicio, y en todo caso limita el lucro cesante o ganancia esperada.

El caso debe discriminarse según el modo en que se haya planteado la reclamación. De un lado, la inmovilización de una unidad de transporte colectivo representa, para la empresa de servicios públicos que la explota, la paralización de una suerte de capital en giro representado por el valor del rodado. Ese solo hecho permite cuantificar un perjuicio: la rentabilidad de similar capital durante el período o lapso en que el mismo se encuentra inmovilizado, que está representado por el interés correspondiente y que, a falta de toda otra prueba, significará *el mínimo rendimiento o utilidad de ese capital*. Pero si se alegan y prueban daños mayores, es decir, una lucratividad mayor de que la empresa se ha visto privada por la paralización de la unidad, corresponderá la indemnización en tanto el lucro cesante guarde relación de causalidad adecuada con el evento dañoso.

Si se acepta este punto de vista, se advierte el erróneo razonamiento de los fallos que han reputado la no indemnizabilidad de la privación de la utilización del vehículo de transporte en razón de que ese vehículo es reemplazado por otro mientras dura la reparación, sin resentirse la ganancia de la empresa. Este argumento no obsta a que, a todo evento, para la empresa la inmovilización de la unidad significa la correlativa indisponibilidad de un capital y entonces, debe reconocérsele la indemnización equivalente al no uso de ese capital, representado por la cantidad igual al interés que este devengaría para el damnificado. Lo que sucede es que la empresa, si pretende un resarcimiento mayor, deberá probar el lucro cesante por privación de la explotación del rodado.

Si ese rodado, por hipótesis, hubiera sufrido destrucción total, a la empresa se la indemnizaría con un capital equivalente al valor de la unidad destruida (con el cual, obviamente, adquirirá una similar), pero, *además*, tendría derecho al interés representado por el no uso del capital durante el lapso comprendido entre que se produjo el evento dañoso y el día en que se indemnice el daño. Ese interés es el *daño mínimo*, que no varía, en su consideración económica, por la circunstancia de que el capital siga siendo el vehículo que admite reparación. ¿Por qué no reconocerlo también en este caso? Lo contrario implicará retacear un rubro que, patrimonialmente -y desde su significación económica-, resarce la indisponibilidad del valor de capital.

4.13. Límites en que se indemniza la privación del uso

En torno a este rubro indemnizatorio, se tiene resuelto reiteradamente que deben computarse los gastos que el damnificado ha debido realizar para proveer a su transporte durante el tiempo que requirió la reparación del automotor. O sea: “a falta de prueba de los perjuicios, la indemnización debe fijarse en una suma que representa los gastos que debe encarar una persona a consecuencia de la falta del uso normal de su automóvil, teniendo en cuenta su posición económica, reflejada en parte por la categoría del vehículo, con la deducción de las expensas requeridas para su mantenimiento; a tal fin debe señalarse, a falta de prueba concreta, una suma compensatoria prudencial, sin que se requiera la prueba de la necesidad de utilización del transporte ni de las actividades que desarrolla el damnificado, pues ha de presumirse que quien tiene y usa un automotor lo hace para llenar una necesidad”.⁶⁷

⁶⁷ Santos Briz, Jaime. **Op. Cit.** Pág.142.

Incluso se ha considerado que debe atenderse tanto a la falta de comodidad en cuanto elemento de esparcimiento y recreo, como a las erogaciones efectuadas por la utilización de otros medios de transporte.

Tales directivas generales, que consideran implícitamente al rubro como *daño emergente*, traducen el resarcimiento de gastos que, aunque no fuesen probados, se presumen. De allí que se aluda a la estimación *prudencial del quantum* por el juez, quien realiza la estimación.

Ahora bien, situada en esta perspectiva, la misma jurisprudencia considera que tal indemnización por privación del uso del vehículo no debe exceder el tiempo probable o razonable que demanden los arreglos de él. Así, existen pronunciamientos en los que se resuelve que si quien reclama los daños y perjuicios por privación del uso del vehículo demoró el arreglo por no contar con dinero para ello, esta circunstancia no debe pesar sobre el demandado debiendo tomarse como base exclusivamente el tiempo en que presumiblemente debieron efectuarse los arreglos. Se establece así, y de algún modo *a priori*, un límite temporal: prevalece la idea de que no es admisible la prolongación de este reclamo, por la circunstancia de que el damnificado no reparó el vehículo en un lapso ideal.

Si se profundiza un tanto, se advertirá que esta inveterada jurisprudencia no solo se vincula con la naturaleza que atribuye al reclamo -daño emergente, gastos-, sino con la relación de causalidad entre el evento dañoso y el perjuicio. En efecto, por un lado, se parte de la idea de que el damnificado no puede pretender resarcimiento de gastos más allá de los que, por las características de los daños, debieron solventarse, pero,



por otro lado, implícito, se considera que, si el damnificado no repara en tiempo propio el vehículo, aun cuando carezca de medios, ese daño mayor no sería consecuencia inmediata, ni mediata previsible, del evento dañoso.

Si, en cambio, se considera que la reclamación involucra en todo caso un lucro cesante determinado por la inmovilización o privación de un valor de capital en el patrimonio damnificado, la perspectiva cambia. Una vez más recurrimos al ejemplo del automóvil que quedó totalmente destruido: el valor de capital en ese caso devenga el interés por la privación de su utilización. ¿Hasta cuándo se devenga ese interés? Nadie lo duda: *hasta* que la deuda por capital no sea satisfecha, y *desde* que el damnificado se vio privado de él, se le compensa con ese interés que constituye el resarcimiento de daños. Aunque no se trate de un automóvil destruido, la consideración económica del daño debe ser la misma.

En otras palabras, debe resarcirse al damnificado por todo el tiempo en que, efectivamente, se vio privado del vehículo por no estar este en condiciones de utilización. ¿Qué razón media para hacer pesar sobre el damnificado la carga de soportar las erogaciones dinerarias que reclama al autor del daño, responsable? Nos parece que colocar a la víctima ante la necesidad de anticipar ella los costos de reparación cuando, precisamente, esos costos son debidos por el responsable, es invertir los términos del planteo y desnaturalizar los principios en que asienta la responsabilidad civil.

“Cierto es que este modo de razonar puede provocar reparos, un rechazo casi instintivo: si la indemnización por privación del uso del vehículo equivale al interés que

devenga el capital -valor del vehículo- durante todo el lapso comprendido entre el momento del accidente y la efectiva reparación de la unidad o hasta que, no reparado por el damnificado este reciba la suma reclamada para realizar la reparación, el rubro puede, en algún caso, superar el costo de las reparaciones mismas”.⁶⁸

Así, por ejemplo, si a consecuencia del choque el automóvil quedó imposibilitado de funcionar y el pleito dura dos o tres años, el importe equivalente al interés puro del capital constante, el 12, 18 o 20 % del valor del automotor, puede representar una suma mayor a la que cuestan los arreglos. En efecto, puede ser así. Pero no debe causar alarma: por hipótesis, si el responsable, que está en mora de pleno derecho desde el momento en que causó el daño, hubiese satisfecho las sumas requeridas para solventar las reparaciones, el damnificado no habría debido reclamárselas judicialmente.

En suma, el pleito implica la pretensión resistida por el responsable, a quien, al cabo, se atribuye el deber de reparar. No hay por qué hacer cargar sobre el damnificado los perjuicios que sufre durante ese pleito, debido a carencia de recursos económicos, cuando ellos no se habrían soportado de no mediar el daño. Tan simple como eso: la condena ha de reputar alguna vez se ha dicho y lo hemos recordado en otro lugar que el tiempo transcurrido entre el momento del evento dañoso y la sentencia es el *presente* jurídico del pronunciamiento, y si la privación del uso del automotor se prolongó fue porque el responsable no reparó el daño oportunamente.

⁶⁸ Mazeaud, Henri; Mazeaud, Léon; Tunc, André. **Op. Cit.** Pág.157.

Desde luego que el demandado podrá, en todo caso, probar contra la alegación del actor, es decir demostrar que no ha existido efectiva privación del vehículo, o que este estaba en condiciones de circular sin sufrir mayores daños o menoscabos, etcétera. De lo contrario, corresponde reconocer, con los alcances que hemos destacado, la indemnización durante el lapso en que el damnificado se vio privado, en los hechos, de su valor de capital.

4.14. Momento de la estimación del lucro cesante futuro

Lucro cesante *futuro* es aquel que, con probabilidad -y no como mera conjetura-, estima el juez que se habrá de producir en el patrimonio damnificado con posterioridad a la sentencia liquidatoria de los daños. Se trata de lucro cesante futuro, en relación con esa sentencia (y no, valga reiterarlo una vez más, en relación con el hecho dañoso).

El lucro cesante futuro se hace presente en dos casos típicos: *incapacidad permanente* del damnificado y, respecto de los causahabientes en caso de *muerte de la víctima*. Por supuesto que, previo a la *taxatio* del lucro cesante futuro derivado de incapacidad o de muerte, es menester establecer la relación de causalidad adecuada entre el hecho y tal incapacidad o el fallecimiento, para adecuar el juicio de imputación al autor del *eventus damni*. A su vez, para el supuesto de muerte, se hacen presentes otros aspectos conexos, de los que ya se ha ocupado en otro capítulo, relativos a los legitimados para reclamar el resarcimiento y su título.

Ambos supuestos -incapacidad y muerte- tienen en común que constituyen fuente de daños futuros, y que, consecuentemente, se estiman por el juez en un momento (el de



la sentencia) anterior a su producción efectiva. En estos casos, el juez realiza lo que se ha dado en llamar una función *profética*, pues su sentencia, su juicio, sintetiza una serie de datos fácticos del pasado para proyectarlos al futuro.

Es importante advertir que en estos rubros es donde se hace imprescindible el deslinde conceptual entre la estimación de los daños y su tasación: la *aestimatio* y la *taxatio*. “Es frecuente leer entre los autores, y también en fallos judiciales, que en las indemnizaciones por causa de incapacidad o de muerte de una persona no corresponde realizar reajustes por depreciación monetaria, pues la estimación de esas indemnizaciones se hace teniendo en cuenta valores imperantes al momento de dictar sentencia”.⁶⁹

Poco comprensibles pueden resultar, a primera vista, afirmaciones como las precedentes si no se parte de considerar que el juez *estima el daño futuro* -en estos casos lucro cesante futuro- *con base en la medida de un interés actual en el patrimonio dañado*. Por eso, lo que se hace en vista o de cara al futuro es la estimación de la medida del daño, pero su tasación o liquidación se hace tomando en cuenta el valor actual de esa medida.

Las verdaderas dificultades que se plantean en esta materia son las derivadas de la estimación de la medida del daño, y no, estrictamente, de su tasación o liquidación. Es claro, ¿qué parámetros ha de tomar en cuenta para precisar la medida del interés actual referida a un empobrecimiento patrimonial que sobrevendrá a la sentencia?

⁶⁹ Borrell Maciá, Antonio. **Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil**. Pág. 228.



Al respecto existe una verdadera anarquía de opiniones y criterios. Algunos autores creen que, en caso de indemnizaciones por muerte de una persona, la fórmula justa y equitativa sería la de fijar como tal el capital que una compañía aseguradora le exigiría a la víctima para constituirle una renta equivalente a los frutos de su trabajo que en el momento del fallecimiento percibía, por todo concepto y durante el número de años en los que, prudencialmente, podría considerarse habría de durar la productividad laboral.

Es claro que este cálculo actuarial, u otros semejantes, presentan *ab initio* (al menos en nuestro medio) la dificultad de que no se practican, ya que no existe tal tipo de seguros. Pero, amén de ello, tampoco puede estimarse necesariamente justo y equitativo ese capital, pues para la aseguradora integra la prima con base en un cálculo de riesgos, que es, necesariamente, inferior a la productividad real del capital para el damnificado. Pues si no lo fuera sería absurdo concebir esta forma de *seguro* que se obtiene mediante inversiones directas y productivas.

También se ha dicho que el resarcimiento no puede estar dado por una acumulación matemática de los que serían sus ingresos a partir del hecho dañoso y hasta lo que presumiblemente habría sido el fin de su vida, sino que corresponde fijar una suma que, con los intereses que vaya devengando y con la paulatina disminución de su monto -hasta quedar consumida al finalizar el término de la vida probable del causante- tenga la virtualidad de asegurar a los damnificados la posibilidad de gastar mensualmente una suma que equivalga al ingreso mensual que éstos deberían percibir durante todo ese tiempo.



Sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria de nuestros tribunales se resiste a prefigurar parámetros matemáticos en punto a la estimación del valor de la vida humana. En general, “priva el criterio de que la reparación de la vida humana tiene un valor que debe estimarse en función de la edad y demás circunstancias personales de la víctima y sus parientes (sexo, grado de cultura, posición social, etc.), pero su monto -es decir la *taxatio del daño*- no está sujeto a rigurosos cálculos matemáticos y queda deferido al prudente arbitrio judicial”.⁷⁰

Quizá en esta materia influya la persistente doctrina judicial que atribuye a la vida humana un valor económico en sí misma con prescindencia de lo que ella produzca o pueda producir y aunque su productividad futura sea puramente eventual o hipotética. Si esta tesis sirve para estimar el valor patrimonial en los casos de muerte o incapacidad absoluta de niños de corta edad y de ancianos que han sobrepasado el período de actividad lucrativa, no es menos cierto que oscurece en términos generales qué debe estimarse por el juez como lucro cesante (mensurable solo y exclusivamente por parámetros patrimoniales y no afectivos pues estos últimos determinan la indemnizabilidad del daño moral-) en razón de muerte o incapacidad de la víctima.

Pero, sea cual fuere el criterio de estimación que utilice el juez en el caso concreto, es evidente que la valuación del daño futuro -lucro cesante- en los supuestos planteados, *se liquida en moneda al tiempo de la sentencia*.

⁷⁰ Cammarota, Antonio. **Op. Cit.** Pág. 85.

4.15. Momento de la estimación del daño emergente futuro

No es frecuente, en el plano fáctico, que nuestros repertorios registren casos en que la reclamación indemnizatoria incluya daños emergentes futuros, es decir, daños ciertos que se producirán con posterioridad a la sentencia. En doctrina se ha propuesto algún ejemplo.

Podría ocurrir, por hipótesis, que a raíz de las lesiones recibidas el restablecimiento de la víctima haya requerido determinada operación quirúrgica. Su reclamación por los gastos y honorarios que ha demandado ese restablecimiento integra la cuenta indemnizatoria por el daño emergente actual o presente. Pero puede perfectamente suponerse que, a consecuencia del estado en que queda, la víctima requiera, en el futuro, nuevas operaciones, tratamientos permanentes, etcétera. Imagínese el caso del marcapasos cardíaco que debe ser cambiado periódicamente al agotarse su fuente de energía. Estos daños son futuros y además *ciertos*. ¿Pueden ser reclamados en la demanda?

Se estima que la respuesta afirmativa se impone. “Nada autoriza a aceptar la indemnización del lucro cesante *futuro* cierto y a negar la indemnizabilidad del daño emergente, también *cierto*, aunque fuere futuro. Por supuesto que la certidumbre del daño emergente futuro constituye una cuestión librada a cada caso concreto y de acuerdo con las pruebas, en su caso periciales, que es a cargo del reclamante producir”.⁷¹

⁷¹ Goldenberg, Isidoro H. **La responsabilidad civil**. Pág.176.



Y en tal caso corresponderá estimar y tasar o liquidar al momento de la sentencia la cuantía patrimonial del perjuicio cierto que representará erogaciones o gastos para atender, en el tiempo, la reparación del daño. La medida del daño futuro expresada por el juez en correspondencia al valor actual del dinero, traduce en términos monetarios actuales el *valor sustancial económico que implica el sacrificio futuro*, por lo que constituye la premisa de una reparación contenida en su justo límite de congruencia.

CONCLUSIÓN

Los mecanismos sustantivos y procesales de objetivación de la responsabilidad civil, han determinado un acercamiento del sistema de la responsabilidad subjetiva con la responsabilidad objetiva, en diversos sistemas jurídicos de matriz romano-germánica; este fenómeno no está exento de críticas y argumentos a favor, los cuales, si bien enriquecen el debate académico, no han detenido la tendencia hacia la objetivación, especialmente en el plano jurisprudencial, por el contrario, se reafirma en los recientes instrumentos de armonización del derecho europeo, los que constituyen un testimonio valioso y revelador de la realidad y viabilidad de dicha tendencia.

Si bien la objetivación de la culpa como criterio de imputación de responsabilidad, puede considerarse un mecanismo que ha facilitado el camino hacia la objetivación de la responsabilidad civil, se puede apreciar que jurisprudencialmente ha sido un mecanismo de naturaleza procesal, la inversión de la carga de la prueba de la culpa, aquel que ha permitido echar raíces a una nueva fisonomía del instituto de la responsabilidad, en contraste al esquema tradicional de la necesidad de la prueba de la culpa a los fines de la imputación de la responsabilidad civil.

Sin embargo, el referido proceso de objetivación, especialmente a través de la inversión de la carga de la prueba, que tiene como desenlace una presunción de culpa sobre el agente causante del daño, en algunos casos se presenta de modo sostenido, en otros, en cambio, tiene vaivenes o intermitencias, en el sentido de aplicarse la presunción de culpa en determinados casos, sin existir argumentos que especifiquen las circunstancias para su aplicabilidad.



En algunos casos, destaca un matiz en la implementación de la inversión de la carga de la prueba, en el sentido de especificar la circunstancia que determina su aplicación, la que se determina jurisprudencialmente en función del carácter extraordinario, o anormal del riesgo, daños desproporcionados, o para los casos de falta de colaboración del causante del daño, cuando este se halla obligado por las circunstancias profesionales o, de otra naturaleza, a prestar su colaboración para evitar el daño.

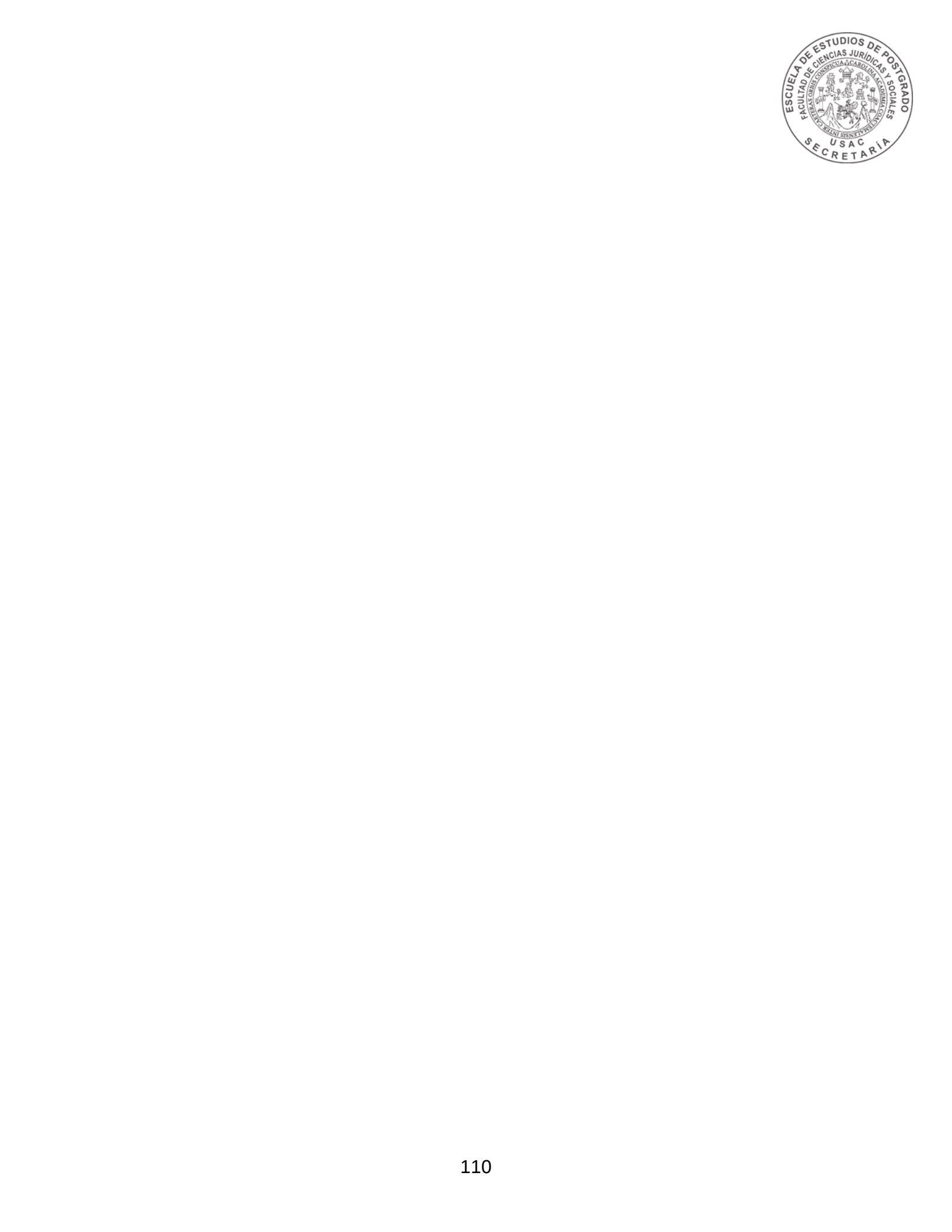
Se concluye que es indiscutible que las propuestas de armonización del derecho europeo, representan un referente valioso para el examen del derecho privado en general y en especial, para el análisis y explicación de las orientaciones que toma el sistema de la responsabilidad civil en los países de Latinoamérica, en un momento histórico determinado y su proyección a futuro de acuerdo a las características propias de cada sistema jurídico.

Por su parte, se puede afirmar que, en el estado actual del proceso de acercamiento o distancia de la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva, el camino en los sistemas latinoamericanos es lento y respetuoso de la responsabilidad subjetiva, aun cuando se recurra en algunos casos a soluciones procesales como las presunciones.

En todo caso, el estado actual de las experiencias examinadas permite concluir que el derecho de la responsabilidad civil, sin perjuicio de la vigencia del principio de la responsabilidad por culpa, tiene un amplio camino por recorrer para la solución de problemas que presuponen un nivel de riesgo, de variada graduación, pero existente debido al natural despliegue y desarrollo de la ciencia y la tecnología, ante lo cual, no

puede negarse el incremento de situaciones de daños y el consiguiente planteamiento del problema indemnizatorio, que deben afrontar las víctimas.







BIBLIOGRAFÍA

- ABERASTURY, Pedro. **El problema de la responsabilidad del estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la nación con particular referencia a la del estado legislador.** En: **Revista Jurídica de Buenos Aires.** Argentina: 1985.
- AGUIAR, Henoch. **Hechos y actos jurídicos. Tomo III.** Buenos Aires, Argentina: Editora Argentina, 1950.
- ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo.** España: Olejnik Ediciones, 2022.
- ALSINA, Jorge. **Teoría general de la responsabilidad civil.** Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo Perrot, 1997.
- ALTERINI, Atilio A. **Formas modernas de la contratación.** En: **Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación. Año 21, N° 10.** Argentina: 2019.
- ALTERINI, Atílio A. **Responsabilidad civil: límites de la reparación civil. Contornos actuales de la responsabilidad civil.** Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo Perrot, 1987.
- BARBERO, Doménico. **Sistema del derecho privado. Tomo I.** Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1967.
- BARRA, Rodolfo Carlos. **Principios de derecho administrativo.** Buenos Aires, Argentina: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.



BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante. **Introducción al estudio del proceso: la psicología y la sociología del proceso: el ombudsman (la defensa de los intereses difusos)**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma, 1983.

BOFFI BOGGERO, Luis M. **Tratado de las obligaciones**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1988.

BONASI BENUCCI, Eduardo. **La responsabilidad civil**. España: Olejnik Ediciones, 2019.

BORDA, Guillermo A. **Tratado de derecho civil. Obligaciones. Tomo II**. España: Editorial Abeledo-Perrot, 1998.

BORRELL MACIÁ, Antonio. **Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil**. Barcelona, España: Editorial Bosch, 1959.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. **Teoría general de la responsabilidad civil**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot, 1989.

CAMMAROTA, Antonio. **Responsabilidad extracontractual**. Argentina: Editorial Depalma, 1947.

CARBONNIER, Jean. **Derecho flexible**. Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2019.

CARBONNIER, Jean. **Derecho civil**. Barcelona, España: Editorial Bosch, 2000.

CHIOVENDA, José. **Principios de derecho procesal civil**. España: Editorial Reus, 2000.

COLMO, Alfredo. **De las obligaciones en general**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo Perrot, 1991.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. **Dos elementos de la responsabilidad civil: antijuridicidad y culpa**. En: **Revista Notarial**, No. 845. 1979.



DABIN, Jean. **El derecho subjetivo**. España: Olejnik Ediciones, 2019.

DEMOGUE, René. **Tratado de las obligaciones en general**. Madrid, España: Editorial Trotta, 2011.

GARCÍA CANTERO, Gabriel. **El concubinato ante el derecho civil francés**. En: **Cuadernos del instituto jurídico español**. Roma, Italia; Madrid, España: Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Delegación de Roma, 1965.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás R. **Curso de derecho administrativo**. Madrid: Editorial Civitas, 2022.

GARCÍA TREVIJANO FOS, José. **Tratado de derecho administrativo**. En: **Revista de Derecho Privado**. Madrid, España: 1974.

GARCÍA VALDECASAS, Antonio. **El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el derecho español**. En: **Revista de Derecho Privado**, 1962.

GOLDENBERG, Isidoro H. **La responsabilidad civil**. Madrid, España: Editorial Civitas, 2011.

GORDILLO, Agustín. **Derecho subjetivo y derecho reflejo (interés legítimo)**. En: **Revista Jurídica de Buenos Aires**. Argentina: 1960.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo. Tomo I**. Buenos Aires, Argentina: Fundación de Derecho Administrativo. 2017.

GRECCO, Carlos M. **Ensayo preliminar sobre los denominados intereses difusos o colectivos y su protección judicial**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad-Hoc, 1984.



GUASTAVINO, Elías P. **Derecho subjetivo e interés legítimo en materia civil.**

Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley, 1969.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho.** México: Editorial Porrúa, 2011.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones.** Barcelona, España: Editorial Ariel, 2003.

LINARES, Juan F. **Fundamentos del derecho administrativo.** Argentina: Editorial Astrea, 1975.

LLAMBÍAS, Jorge J. **Tratado de derecho civil. Obligaciones.** Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot, 2005.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. **Irretroactividad de las leyes.** Argentina: Universidad de Tucumán. 2008.

MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de derecho administrativo.** Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot, 1966.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual.** Buenos Aires, Argentina: Editorial EJE, 1977.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; MAZEAUD, Jean. **Lecciones de derecho civil.** Madrid, España: Editorial Civitas, 2005.

MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial.** Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.

MINOZZI, Paolo. **El daño civil y su resarcimiento.** México: Editorial Dikynson, 2003.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis. **Reflexiones sobre el daño actual y el daño futuro.** Argentina: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1975.



MOSSET, Iturraspe. **Responsabilidad por daños**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar, 1986.

ORGAZ, Alfredo. **El daño resarcible**. Madrid, España: Editorial Trotta, 2003.

PEIRANO FACIO, Jorge. **Responsabilidad extracontractual**. Uruguay: Ediciones del Mar, 2005.

PUIG BRUTAU, José. **Estudios de derecho comparado**. Barcelona, España: Ediciones Ariel, 1951.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la Lengua Española**. España: Editorial Espasa-Calpe, 1999.

REZZÓNICO, Luis M. **Estudio de las obligaciones en el derecho civil**. México: Editorial Porrúa, 1987.

SANTOS BRIZ, Jaime. **La responsabilidad civil**. Madrid, España: Editorial Montecorvo S. A., 1986.

SANTOS BRIZ, Luis. **Derecho de daños**. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 2006.

STIGLITZ, Gabriel A. **La responsabilidad civil. Nuevas formas y perspectivas**. Argentina: Editorial La Ley, 1984.

STIGLITZ, Gabriel A. **Protección jurídica del consumidor**. Buenos Aires, Argentina: Fondo Editorial de Derecho y Economía; Editorial Depalma, 1986.

TERÁN LOMAS, Roberto A. M. **Derecho penal. Parte general. Tomo I**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1980.

ZANNONI, Eduardo A. **Derecho civil. Derecho de familia**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1998.



ZANNONI, Eduardo A. **El daño en la responsabilidad civil.** Buenos Aires, Argentina.

Editorial Astrea, 1987.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M. **Responsabilidad por el daño necesario.**

Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1998.