

CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS PERSONALES. PUBLICIDAD DE LOS PRECEDENTES Y POSIBILIDAD DE GENERAR UN BAREMO FLEXIBLE A LOS FINES DE FACILITAR DECISIONES HOMOGÉNEAS Y EQUILIBRADAS

por ELENA I. HIGHTON, CARLOS G. GREGORIO
y GLADYS S. ÁLVAREZ

SUMARIO: 1. Presupuestos y fines de este aporte. 1.1. ¿Qué es lo importante, la mera razón jurídica o la cifra de condena? 1.2. La cuantificación y la interdisciplina. 1.3. Seguridad jurídica y publicidad de las decisiones. 2. Acciones por daños personales derivados de un accidente. 3. Valor vida e incapacidad sobreviniente. 3.1. Cálculos matemáticos o actuariales sobre la base de los ingresos de la víctima. 3.1.1. La situación en Argentina. 3.1.2. Evolución del concepto en los Estados Unidos. 3.1.3. Tratamiento del tema en Brasil. 3.2. Incidencia de otras variables diversas al ingreso que explican los montos indemnizatorios. 4. Pérdida de chance. 5. Daño moral. 5.1. Daño moral según la diversidad del daño corporal. 5.1.1. Lesiones: incapacidad permanente física o psíquica. 5.1.2. Lesiones: daño estético. 5.1.3. Lesiones: daño biológico. 5.1.4. Muerte. 5.2. Situación en otros sistemas legales. 5.2.1. El daño moral en la legislación española. 5.2.2. El sistema estadounidense. 5.2.3. El sistema canadiense. 5.2.4. El daño moral en Brasil. 6. Presunciones. 7. Cuantificación, limitación cuantitativa y tarificación de la indemnización por responsabilidad civil. 7.1. Baremos. 7.1.1. La situación en España. 7.1.2. La situación en Francia. 7.2. Incidencia de y en los procesos de integración regional. 7.3. Fuentes del Derecho de Daños y de la cuantificación de los daños. 7.4. Homogeneidad y volatilidad del *quantum* indemnizatorio. 7.5. Publicidad y saturación de los precedentes. 8. Conclusiones.

1. Presupuestos y fines de este aporte

Este trabajo parte de algunos presupuestos que consideramos inhe-

rentes a estos tiempos en que se pone en tela de juicio el sistema de los tribunales, pues nosotros nos contamos entre quienes tienen esperanza y vocación de modernizarlo y mejorarlo. Entre tales principios computamos como un valor el aprovechamiento de la interdisciplina y damos especial importancia a la publicidad e imagen de transparencia de las decisiones judiciales. Creemos que los jueces deben contar con elementos que den soporte a la seguridad jurídica y, asimismo, ponderamos la conveniencia de integración de nuestro país en un contexto más universal, siquiera regional. Consideramos que podemos confiar en la judicatura, que no debe estar constreñida por parámetros fijos de cuantificación de daños, máxime cuando puede valerse de ciertas herramientas de apoyo a la decisión judicial. Por otra parte, dejamos constancia de no ser nuestra intención la de establecer parámetros rígidos ni fórmulas matemáticas estrictas, sino la de ofrecer elementos útiles para la cuantificación, dados fundamentalmente por la publicidad de los precedentes en punto a las cifras fijadas por los tribunales en casos análogos.

Desde otro punto de vista, hemos arribado a conclusiones sobre criterios aplicables en el Derecho de Daños y el valor de los precedentes en el Derecho continental y en el *common law*, sistemas en que, a pesar de partir de polos opuestos, pueden llegar a encontrarse similitudes.

1.1. *¿Qué es lo importante, la mera razón jurídica o la cifra de condena?*

Uno de los desafíos más difíciles de la tarea judicial es el de cuantificar los daños. Las sentencias pueden ser completas y estar jurídicamente muy fundadas, pueden contener gran fuerza de convicción sobre la razón del demandante; no obstante ¿...qué es lo que las partes y sus abogados miran primero? La cifra de la condena.

“Muchas y muy lindas palabras, pero ¿me dieron 10.000 o 100.000?” Peor aún: “a mí me dieron 10.000 y a mi compañero, ante otro tribunal y en un caso similar, le dieron 100.000”.

Siempre, y en definitiva, lo importante es el número. Y la seguridad jurídica sufre enormemente por la disparidad de las cifras provenientes de las sentencias de diversos tribunales (o inclusive, peor aún, del mismo tribunal).

1.2. *La cuantificación y la interdisciplina*

Sin embargo, existen métodos para cuantificar y dar uniformidad a las cifras de condena de los daños. La prueba del perjuicio puede ser convencional o en base a presunciones, estimaciones y cálculos estadísticos o actuariales. La noción de probabilidad aparece reiteradamente en las decisiones judiciales. Para resolver con un cierto grado de certeza en casos en que sólo hay una “probabilidad”, no sólo son necesarias la intuición, la experiencia y la ciencia del abogado, sino también el aporte del matemático, que ayuda a mejor tomar decisiones en situaciones de incertidumbre, por medio de la introducción de herramientas cuantitativas que permiten fundar la fijación de una cantidad en criterios objetivos.

1.3. *Seguridad jurídica y publicidad de las decisiones*

Además, a los fines de una mínima uniformidad, es por cierto fundamental la publicidad de las decisiones, no sólo en cuanto a sus fundamentos jurídicos como es clásico que surja de los nutridos y excelentes repertorios jurisprudenciales, sino también en cuanto a las cantidades fijadas en los fallos. Obviamente, para que los números tengan algún sentido, es menester incluir entre los datos que se dan a conocer las variables que dieron lugar a cierta y determinada cantidad. Así, los precedentes pueden constituir una relevante fuente de Derecho, en construcción paulatina de criterios de semejanza y diversidad que den lugar a soluciones semejantes para casos semejantes¹. La uniformidad, relación o equivalencia, puede extenderse a regiones cada vez mayores (un fuero, una circunscripción judicial, una provincia, un país, una comunidad económica), a los fines de integrarlas en un sistema coherente y equilibrado, como mejor forma de lograr transparencia y evitar la arbitrariedad.

¹ Éste es el objetivo de la investigación que los autores llevamos a cabo desde hace alrededor de doce años, con apoyo del Ministerio de Justicia de la Nación (designación como investigadores del 30-8-88, por Disposición 8/88) y que se ha incorporado en la Base de Montos Indemnizatorios por Daños Personales (Quanterix) creada en 1989 e instalada en la Oficina de Proyectos Informáticos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

2. Acciones por daños personales derivados de un accidente

Los perjuicios personales o corporales derivados de un accidente suelen enunciarse de diversas maneras y, a su vez, englobarse o discriminarse según el criterio práctico o jurídico del juzgador o del litigante². Sin ánimo clasificatorio, las víctimas habitualmente reclaman –según sea el caso– valor vida, incapacidad sobreviniente, daño a la salud, daño estético, daño psíquico, daño hedónico, daño biológico, pérdida de chance, daño moral, lucro cesante, gasto médico, gasto médico futuro, etcétera. Los que más gravitan en el monto total, en la generalidad de los casos, y en especial los que más afectados están por la incertidumbre son el daño moral, el valor vida y la incapacidad sobreviniente; en ciertos casos, la pérdida de chance. Los jueces deben desarrollar una estimación del daño basada en los hechos probados. La estimación del daño moral presenta dificultades adicionales debido a que no es susceptible de ser apreciado directamente ni es tampoco posible orientarse con expresiones matemáticas. En definitiva, el daño moral no es mensurable desde un punto de vista técnico.

El propósito de la compensación de los daños es ubicar al reclamante en la misma posición económica que habría tenido si el accidente no hubiera ocurrido. Si bien se indemniza el daño pasado y actual, cuando se trata de valor vida e incapacidades corporales el cálculo de la compensación se orienta hacia una estimación de las pérdidas en base a ingresos futuros. Pueden utilizarse varios métodos para evaluar estas pérdidas, la mayoría de ellos se basan en consideraciones sobre la evolución probable que pudieran tener en el futuro los ingresos de la víctima, la edad de sobrevida y la tasa de interés, entre otras.

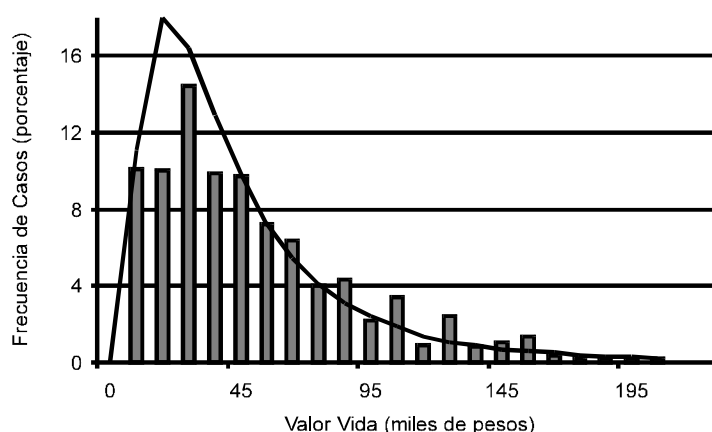
Apoyados en datos empíricos podemos afirmar que los montos otorgados en las decisiones de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil reflejan una tendencia firme sobre el nivel en que los jueces fijan las indemnizaciones. Así, en los gráficos 1 y 2 puede apreciarse la distribución de frecuencias de montos correspondientes al valor vida y

² Sobre los diversos daños que puede sufrir la persona y el modo de resarcirlos puede verse HIGHTON, Elena I., *Accidentes de tránsito. Daño resarcible como lucro cesante y daño emergente en caso de lesiones a las personas, desde la óptica de los jueces*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 2, *Accidentes de tránsito-II*, Rubinzal-Culzoni, 1998, ps. 7/71.

al punto de incapacidad por lesiones, respectivamente, entre 1993 y 1999 según sentencias de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil³. De esta conformación de la distribución de frecuencias es posible inferir cierta normalidad o racionalidad en las decisiones⁴.

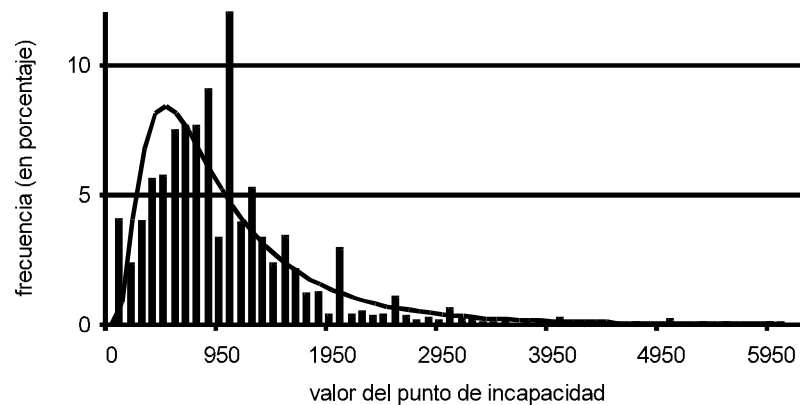
La forma de los histogramas sigue la distribución teórica de siniestros. Este ajuste a la distribución teórica es la primera prueba o verificación de la racionalidad estadística de las decisiones.

Gráfico 1. *Distribución de frecuencias del valor vida*



³ Todos los datos básicos utilizados provienen de la indicada *Base de Montos Indemnizatorios por Daños Personales*, como resultado del proyecto de investigación apoyado por el Ministerio de Justicia y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

⁴ Las distribuciones de frecuencias de los gráficos 1, 2 y 10 (histogramas) corresponden a todos los casos sin clasificación alguna. Si los datos hubieran sido clasificados por clases de edad, ocupación, u otras categorías, se podría observar una marcada disminución de la dispersión y algunos desplazamientos de las medias y medianas. Los valores de frecuencias han sido ajustados con una distribución log-normal (*i. e.* el logaritmo de los montos se distribuye normalmente) que se representa en los gráficos con un trazo continuo. Éste es el tipo de distribución teórica que es razonable esperar cuando se analiza el monto de los siniestros; por lo tanto refleja un nivel aceptable de racionalidad estadística (conf. MARÍN COBO, Ángel, *La distribución logarítmico-normal. Aplicación a la distribución del coste de siniestros*, 25 *Anales del Instituto de Actuarios Españoles*, 1985, ps. 79-90, y DAYKIN, C.; PENTIKÄINEN, T. y PESONEN, M., *Practical risk theory for actuaries*, Chapman & Hall, Londres, 1994).

Gráfico 2. *Distribución de frecuencias del valor del punto de incapacidad*

Estamos en condiciones de afirmar que la racionalidad estadística observada no era tal algunos años atrás. Este cambio seguramente tiene varias explicaciones; la primera de las cuales es que en los últimos años no existieron altos niveles de inflación, situación que evidentemente complicaba entender el alcance de los valores económicos en juego e impedía la comparación. Sin embargo, no sólo no descartamos sino que especulamos que un relevante factor positivo ha sido la influencia de la *Base de Montos Indemnizatorios por Daños Personales*, pues presenta niveles de consulta permanentemente crecientes por parte de los jueces y el público en general desde 1991.

3. Valor vida e incapacidad sobreviniente

Como resulta claro, son los conceptos resarcitorios más relevantes cuando de daños personales se trata.

3.1. *Cálculos matemáticos o actuariales sobre la base de los ingresos de la víctima*

Las indemnizaciones pueden establecerse en función de ciertos cálculos que tienen en cuenta fundamentalmente los ingresos probables de la víctima de daños personales.

3.1.1. *La situación en Argentina*

Dada la regla del artículo 1084 del Código Civil, el responsable de la muerte de una persona tiene la obligación de pagar "...lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto..." A su vez, dispone el artículo 1086 que "Si el delito fuese por heridas u ofensas físicas, la indemnización consistirá en el pago de [...] todas las ganancias que éste dejó de hacer hasta el día de su completo restablecimiento". Pese a lo restrictiva que parece la norma existe consenso doctrinario y jurisprudencial en cuanto a que también en la indemnización queda comprendida la incapacidad sobreviniente si la víctima no logra el mentado completo restablecimiento. Por eso, uno de los componentes más fuertes del daño patrimonial se relaciona con la pérdida de los ingresos futuros.

El precedente más citado sobre la forma de estimar el valor actual de los ingresos futuros perdidos es "D. Vuoto y otro c/AEG Telefunken Argentina SAIC"⁵, donde se dice:

La reparación por daño material causado –en el caso de autos, fallecimiento– debe estar dada por un capital que puesto a interés del 6% se amortice en un período calculado como probable de vida de la persona o personas que tienen derecho a la indemnización, mediante la percepción de una suma mensual similar a la que hubieran recibido de no haber mediado el evento [...] el capital que corresponde fijar en concepto de daño material es de \$ 1.400.000, actualizado a la fecha de la sentencia. Para alcanzar esa cifra he aplicado la fórmula matemática adoptada en casos anteriores:

$$C = a (1 - V^n) \times 1/i ; \text{ donde } V^n = 1/(1 + i)^n$$

Y donde a = retiro por período, n = número de períodos, i = tasa de interés (coeficiente) en el período.

⁵ Cám. Nac. Trab., sala 3, sent. del 16-6-78, 81, E. D. 1979-312.

Durante algún tiempo los jueces mencionaron explícitamente el uso de cálculos actuariales, por ejemplo en “M. Balestra de Janczur c/D. Torres”⁶, se dice:

...considero prudente ceñirme a los resultados que arroja la fórmula *Vuoto* [...] reiteradamente la he utilizado como parámetro más objetivo para la obtención de indemnizaciones, apartándome cuando alguna característica del caso lo tornaba prudente [...] aplicando el cálculo actuarial citado se obtienen australes 6.941.026 [...] Suponiendo que un tercio lo destinara para sí, el resto ha de dividirse entre su familia.

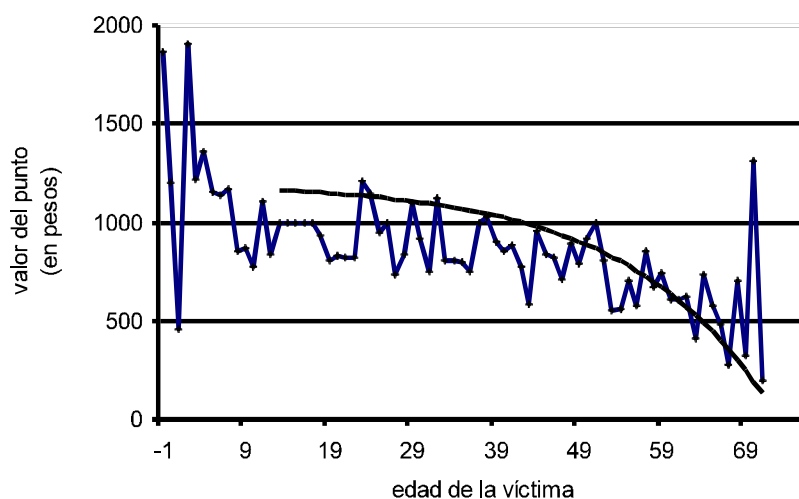
En la práctica, muchos jueces se orientan con la utilización de cálculos actuariales que intentan estimar cuál sería el capital que, invertido en condiciones de riesgo mínimo en el mercado de capital, produciría una renta mensual igual a los ingresos actuales; la persistencia de este procedimiento debería ser igual a los años que le restan a la víctima para alcanzar o la edad de jubilación o la expectativa de vida.

En general, los magistrados no mencionan explícitamente el uso de fórmulas actuariales en los cálculos que realizan para orientar su decisión. Sin embargo, el gráfico 3 muestra un razonable acompañamiento entre la fórmula *Vuoto* y las decisiones tomadas desde 1993 a 1999. Las zonas de alta dispersión (víctimas menores de 9 años y mayores de 65) —en las que el ajuste es menor— se caracterizan por pocos casos en la base de datos y por el uso de otros criterios adicionales o complementarios, pues o no existe capacidad productiva probada o la fórmula no es estrictamente aplicable. Esto permite interpretar que, aun cuando la mención explícita de cálculos actuariales desaparece de la jurisprudencia, probablemente se continúen utilizando en la construcción de los montos indemnizatorios. Por cierto que el valor de los resultados depende de la precisión de los datos que se ponderan para hacer los cálculos, especialmente las ganancias computables, por lo cual son más confiables en casos de accidentes laborales reclamados por vía civil, en que los jornales o sueldos están fehacientemente comprobados y aceptados entre ambas partes. El in-

⁶ Cám. Nac. Civ., sala J, sent. del 8-5-90.

terés del 6% habitualmente considerado es más bien alto en relación al que se emplea en otros países (alrededor del 2,5%). Cuanto más baja la tasa de interés, mayor la indemnización.

Gráfico 3. *Valor del punto de incapacidad en función de la edad de la víctima, comparado con el valor del punto calculado según la fórmula “Vuoto” (casos donde la ocupación de la víctima es obrero u oficio, ingreso mensual estimado en \$ 600, descontado al 6% de interés anual)*



En varios fallos la Corte Suprema de Justicia ha opinado sobre este punto. En “A. Fernández c/J. Ballejo y Provincia de Buenos Aires” dijo⁷:

...para fijar la indemnización por valor vida no han de aplicarse fórmulas matemáticas –tal como lo hacen los actores en su escrito de demanda–, sino considerar y relacionar las diversas variables relevantes de cada caso particular tanto en relación con la víctima (edad,

⁷ CSJN, 11-5-93.

grado de parentesco, condición económica y social, profesión, expectativa de vida, etc.) como con los damnificados (grado de parentesco, edad de los hijos, educación, etc.).

Y en “P. Furnier c/Prov. de Buenos Aires”⁸:

Que a fin de establecer el daño emergente cabe destacar que la vida humana no tiene valor económico per se, sino en consideración a lo que produce o puede producir. La supresión de una vida, aparte de los efectos de índole afectivo, ocasiona otros de índole patrimonial, y lo que se mide en signos económicos son las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes. Es decir, que la valoración de la vida humana es la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue.

La negativa a utilizarlas, el abandono o falta de explicitación en cuanto a la adopción de fórmulas actuariales podrían explicarse con varios argumentos⁹:

- La fórmula es de tal simpleza que resulta técnicamente inadecuada;
- la incapacidad o valor vida resarcible no es sólo laborativa;
- se consideran relevantes otros factores (aparte de los ingresos) para la estimación del monto indemnizatorio;
- existen dificultades para la prueba de los ingresos;
- en los últimos años se han observado grandes variaciones entre pleno empleo y desempleo, lo que no permite inferir válidamente que la situación actual se extienda indefinidamente en el tiempo.

⁸ CSJN, 27-9-94, L. L. 1994-C-558.

⁹ La CSJN critica en “Puddu c/Sequenza SA” (J. A. 1987-IV-528) el uso de la fórmula sin que exista prueba del daño. Luego en “G. Prille de Nicolini c/Segba y otro” (L. L. 1988-A-218) dice que “el valor de la vida humana no debe ser apreciado con criterios exclusivamente económicos, sino mediante la comprensión integral de los valores materiales y espirituales”.

3.1.2. Evolución del concepto en los Estados Unidos

La jurisprudencia en los Estados Unidos revela una situación similar. La Suprema Corte del Estado de Nuevo México en “*Turietta versus Wyche*” dijo¹⁰:

No general rule can be formulated that would properly control the admission of evidence to prove a man's future earning capacity. It must be arrived at largely from probabilities; and any evidence that would fairly indicate his present earning capacity, and the probability of its increase or decrease in the future ought to be admitted.

En otros Estados se popularizó el uso de fórmulas. La expresión más elemental para estimar la indemnización por ingresos perdidos es: $C = n S_0$, donde n es el número de años de vida laborativa que le hubieran quedado a la víctima si el accidente no hubiese ocurrido, y S_0 es el salario anual anterior al accidente. Esta fórmula fue utilizada originalmente en el caso “*Beaulieu versus Elliot*”¹¹ y supone que existirá en el futuro cierta paridad entre la inflación en los precios y la tasa de interés. Por esta razón, al calcular un valor actual no se descuenta la renta que ese capital pudiera producir en el futuro¹².

La fórmula *Beaulieu* fue utilizada —con algunas variantes— como *matter of law*¹³ por los tribunales de Alaska y Pennsylvania. En “*State versus Guinn*”¹⁴, la Suprema Corte de Alaska refinó ligeramente este precedente. En este caso, el reclamante ofreció prueba de “*small, automatic increases in the wage rate keyed to the employee's length of service with the company*”. La decisión consideró adicionalmente como “*certain and predictable*” los incrementos en los ingresos in-

¹⁰ 54 N. M. 15 (1949).

¹¹ 434 P 2d 665 (Alaska, 1967).

¹² Es la clásica concepción según la cual deben percibirse “todos los lucros” de la víctima, como una mera sumatoria.

¹³ Todo lo que es afirmado o decidido por la aplicación de normas legislativas o los principios y determinaciones de la ley, para distinguirlo de la investigación de hechos particulares (*Black's law dictionary*)

¹⁴ 555 P 2d 530 (Alaska, 1976).

dividuales, y entendió que no son del tipo de incrementos salariales que *Beaulieu* consideraba compensados¹⁵.

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en “*Jones & Laughlin Corp. versus Pfeifer*” consideró conveniente definir un método para estimar los ingresos perdidos en una economía inflacionaria que pueda ser aplicado en los casos federales y afirmó que “*to ignore (price) inflation when the rates are high is to ignore economic reality*”¹⁶.

La fórmula aplicada es:

$$C = S_0 \sum_{i=1}^n \left[\frac{1 + g_w + g_s}{1 + d} \right]^i$$

donde C , S_0 y n son los valores ya definidos; g_w es el incremento anual en los ingresos debido a factores individuales como incremento en experiencia y habilidades; g_s es el incremento anual en los ingresos debidos a factores sociales como productividad industrial, y d es la tasa de interés anual que la Corte Suprema estima entre 1% y 3%, excluyendo así a las inversiones de riesgo.

3.1.3. Tratamiento del tema en Brasil

El Código Civil de Brasil prevé la indemnización en caso de lesiones o muerte:

Artigo 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

[*Da liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos*] Artigo 1537. A indenização, no caso de homicídio, consiste: (i) no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o

¹⁵ En nuestro país puede citarse en este sentido, “*M. Castro c/Ferrocarriles Metropolitanos*” (Cám. Nac. Civ., sala J, 6-2-97), en donde se considera la futura evolución profesional de la víctima y se la indemniza bajo el rubro “pérdida de chance”.

¹⁶ 462 US 533 (1983).

luto da família; (ii) na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia.

Sobre este último punto una decisión reciente del Tribunal de Justiça do Distrito de Santa Catarina en “Maria Lopes Aguiar e outros c/André Ricardo Ferreira Teixeira”¹⁷ ha definido que:

O que se busca é ressarcimento que tem caráter diferente de mera prestação de alimentos. A expressão alimentos não pode ser tomada no sentido puramente técnico, tendo somente a finalidade de orientar o julgador para o *quantum* da indenização, não constituindo fundamento da reparação que, assim, perderia o seu caráter de reconstituição, para assumir o de substituição da obrigação alimentar.

Sin embargo, la mayoría de los tribunales de Brasil –en la práctica– fijan la indemnización en forma de pensión sin discutir si están obligados a ello o es sólo para orientar al juzgador. Por ejemplo en “Lúcia Salete Bernardi c/Aurélío Jonas Benetti”¹⁸, también el Tribunal de Justicia de Santa Catarina dice:

A pensão por morte, no âmbito da responsabilidade civil é devida à concubina –até a idade de sobrevivência presumível de 65 anos da vítima– e ao filho menor do casal enquanto não completar 25 anos, quando de ordinário torna-se este independente economicamente dos pais. O *quantum* da pensão, na falta de prova quanto aos reais ganhos da vítima, deve ser fixado em um salário mínimo, deduzido 1/3 pertinente aos gastos que a esta se destinaria.

...A pensão devida pela morte de chefe de família à mulher e ao filho menor deve corresponder a dois terços dos rendimentos da vítima, tendo como termo final a idade em que completaria sessenta e cinco anos para mulher, cessando, em relação ao filho menor, ao completar vinte e cinco anos, quando presumivelmente exercerá atividade laboral própria e constituirá família, assegurado o direito de acrescer ao benefício remanescente.

La tabla 4 recopila los criterios predominantes en Brasil para la indemnización de los daños materiales.

¹⁷ Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Segunda Câmara Civil, 15-10-95, relator: Paulo Gallotti.

¹⁸ Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Quarta Câmara Civil, 23-10-97, relator: Alcides Aguiar.

Tabla 4. *Brasil: jurisprudencia predominante para la indemnización por daños materiales*

VÍCTIMA	QUANTUM INDEMNIZATORIO POR DAÑOS MATERIALES*
Jefe de familia	Cónyuge: 2/3 del salario actual hasta los 65 años de la víctima** Hijos: 2/3 del salario actual hasta los 25 años del reclamante
Hijo soltero mayor	Padres: 1/3 del salario actual hasta los 65 años de los reclamantes
Hijo menor	Padres: 2/3 del salario actual hasta los 25 años de la víctima***

* La pensión es sólo una y se distribuye por partes iguales entre los reclamantes: “O valor da indenização, em princípio, não se altera com o número de dependentes” (RJTJESP, ed. Lex, vol. 134/147).

** Si la víctima es mayor de 65 años los jueces estiman la expectativa probable de vida. (e. g. TJES rt-729/269).

*** Si la víctima no tenía ingresos, la indemnización en forma de pensión lo es por daño moral y se presume un salario mínimo.

3.2. *Incidencia de otras variables diversas al ingreso que explican los montos indemnizatorios*

La construcción del monto indemnizatorio es el resultado de considerar y relacionar las distintas variables relevantes de cada caso particular, tanto en relación con la víctima (edad, grado de parentesco, condición económica y social, profesión, expectativa de vida, estado de salud anterior al accidente) como con los damnificados (grado de parentesco y edad de los reclamantes, convivencia o no con la víctima, educación, etc.).

Por ejemplo, en “Prille de Nicolini c/Segba y otro”¹⁹ se dice: “Es menester computar las circunstancias particulares de la víctima (capacidad productiva, edad, profesión, ingreso, posición económica), como las de los damnificados (asistencia recibida, cultura, edad, posición económica y social) que deben ser valoradas prudencialmente por el tribunal”.

En lo tocante al fallecimiento de la víctima inmediata, la Cámara

¹⁹ Nota 7, supra.

Nacional Civil ha dicho que “a los fines de la fijación del valor vida debe tenerse en cuenta, respecto de la víctima, su sexo, edad y tiempo probable de vida útil, su educación, profesión u oficio, caudal de sus ingresos a la época del deceso, sus probabilidades de progreso y ahorro, aptitudes para el trabajo, nivel de vida y condición social; mientras que, desde el punto de vista del que reclama la indemnización, habrá de meritarse el grado de parentesco con aquélla, la ayuda que recibía de ésta, número de miembros de la familia, etcétera, factores todos que quedan sujetos al prudente arbitrio judicial”²⁰; que “la meritación concreta de las condiciones personales, sociales y económicas, tanto de la víctima como de quien reclama la indemnización debe complementarse con el criterio según el cual la vida humana no tiene valor económico en sí misma, sino en función de lo que ella produciría en relación a los damnificados indirectos, así como la circunstancia de la convivencia de la víctima con los reclamantes”²¹, o que “al fijar la indemnización por la muerte de una persona como consecuencia de un accidente de tránsito deben valorarse todas las manifestaciones de la actividad del occiso que pueden ser económicamente apreciadas, tanto las actuales como las futuras, así como también las circunstancias relativas a quien efectúa el reclamo de la indemnización, debiéndose calcular el monto en función de la edad, y demás características particulares de la víctima, sexo, grado de cultura, posición social, tareas que desempeñaba y aporte al hogar entre otras consideraciones”²².

Cuando se trata de lesiones, este mismo tribunal ha entendido que “para cuantificar el daño producido por lesiones sufridas a raíz de un accidente deben tenerse presentes las características personales de la víctima en cuanto a edad, sexo, estado civil, nivel de capacitación; para el supuesto de que realizara tareas remuneradas, si lo hacía o no en relación de dependencia, es decir, debe ponderarse con estas pautas el perjuicio económico que la víctima del hecho sufre por la incapacidad física que presenta [...] no puede compararse el valor vida con un porcentaje del 100% de incapacidad, dado que ante la muerte de un individuo, quienes reclaman son aquellos que sufren un perjuicio patrimonial por esa muerte, en tanto que

²⁰ Cám. Nac. Civ., sala E, 26-6-89, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0005215.

²¹ Cám. Nac. Civ., sala G, 27-2-90, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0005820.

²² Cám. Nac. Civ., sala J, 14-12-93, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0002980.

frente a la incapacidad el reclamante es la propia víctima lo que presenta diferentes variantes relevantes constituyéndose en casos diferentes que obstaculizan la analogía o proximidad del caso”²³; que “a los fines de establecer el monto indemnizatorio por los daños derivados de la incapacidad sobreviniente debe apreciarse un cúmulo de circunstancias, entre las que si bien asume relevancia lo que la incapacidad impide presuntivamente percibir durante el lapso de vida útil; también es preciso meritar la disminución de las posibilidades, edad de la víctima, cultura, estado físico, profesión, sexo, es decir, todo aquello que se trasunta en la totalidad de la vida de relación de la víctima”²⁴; que a fin de establecer el *quantum* indemnizatorio debe atenderse a la naturaleza de las lesiones sufridas, así como también a la edad del damnificado, su estado civil y demás condiciones personales, cómo habrán aquéllas de influir negativamente en las posibilidades de vida futura e igualmente, la específica disminución de las aptitudes para el trabajo”²⁵; que “si bien para fijar el *quantum* indemnizatorio por incapacidad sobreviniente deben analizarse los aspectos de la vida de relación de la víctima, debe tenerse en cuenta, evidentemente, su capacidad productiva, la edad, sexo, estado civil, etcétera, y son estos parámetros los que hacen variar la suma otorgada en concepto de resarcimiento”²⁶; que la reparación de la incapacidad sobreviniente no debe ceñirse a cálculos matemáticos en base a tablas indicadoras relativas a la futura vida útil del damnificado, sino que debe fijarse sujeta al prudente arbitrio judicial, ponderando la importancia de las lesiones, la edad y condición socioeconómica de la víctima y las demás circunstancias del caso y del damnificado”²⁷; que “tratándose del resarcimiento por la incapacidad que el hecho dañoso produce deben tenerse en cuenta múltiples circunstancias, entre ellas, la edad de la víctima, sus actividades habituales, sus títulos profesionales, y por cierto, la índole de las lesiones”²⁸, o que “para establecer el monto indemnizatorio por incapacidad, el que queda librado al prudente arbitrio judicial, debe apreciarse la trascendencia de las

²³ Cám. Nac. Civ., sala M, 10-4-91, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0001290.

²⁴ Cám. Nac. Civ., sala E, 4-8-89, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0005206; Cám. Nac. Civ., sala E, 18-5-90, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0007801.

²⁵ Cám. Nac. Civ., sala E, 3-8-89, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0005291.

²⁶ Cám. Nac. Civ., sala H, 16-12-93, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0003313.

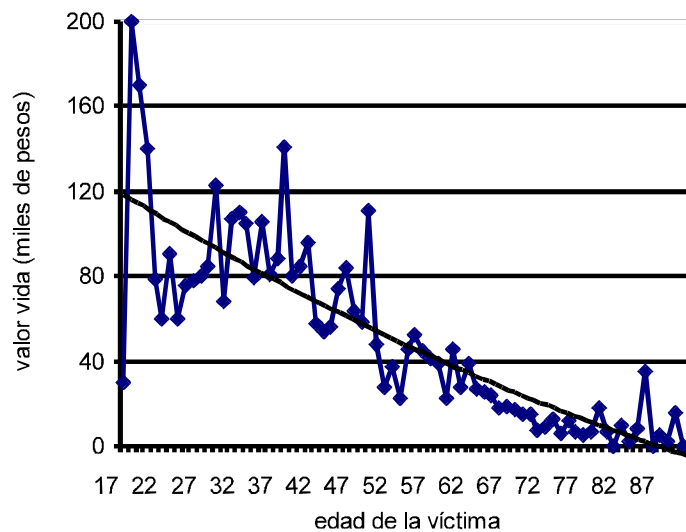
²⁷ Cám. Nac. Civ., sala D, 8-2-91, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0007737.

²⁸ Cám. Nac. Civ., sala F, 29-5-86, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0007810.

lesiones sufridas respecto a la aptitud para futuras actividades y trabajos, teniendo en cuenta la edad de la víctima, su actividad, condición social, estado civil, trabajos cumplidos, número de hijos, si son capaces o menores de edad, situación económica de la unidad familiar, cantidad de personas a cargo del afectado, etcétera”²⁹.

Entre todas las variables relevantes mencionadas para el cálculo del monto indemnizatorio, la edad y el porcentaje de incapacidad son los que tienen mayor capacidad explicativa. Como puede verse en el gráfico 5 existe una fuerte correlación entre el denominado valor vida y la edad de la víctima (siempre la cantidad de casos es menos frecuente en los extremos de la escala de edad y por lo tanto se observan dispersiones mayores).

Gráfico 5. *Valor vida en función de la edad de la víctima (casos en los que reclaman cónyuge e hijos) superpuesta la línea de tendencia*



También en materia de lesiones pueden advertirse algunos parámetros válidos para calcular indemnizaciones, como lo son la capacitación y el sexo. Asimismo podemos percibir cómo juega la incidencia del porcentaje de incapacidad.

²⁹ Cám. Nac. Civ., sala F, 26-2-92, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0007826.

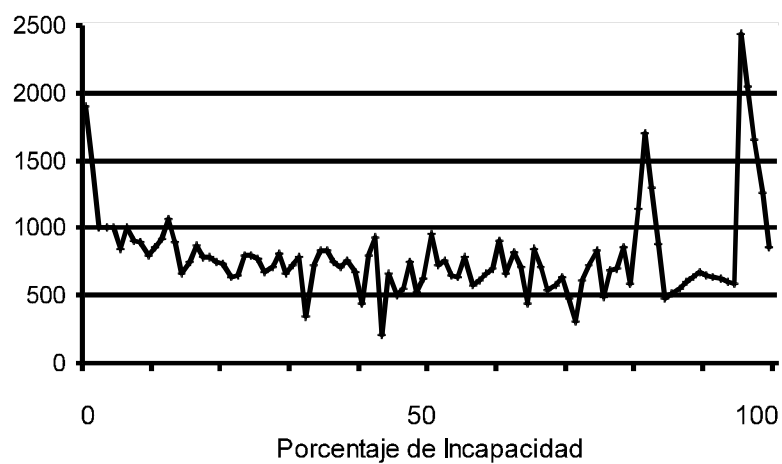
Tabla 6. *Valor medio del punto de incapacidad (en pesos) en función de la capacitación de la víctima*

CAPACITACIÓN	VALOR DEL PUNTO
Analfabeto	696,70
Primario	1.047,11
Secundario	1.082,73
Secundario técnico	909,39
Terciario	1.100,89
Universitario	1.308,77
Sin datos	874,86

Tabla 7. *Valor medio del punto de incapacidad (en pesos) en función del sexo de la víctima*

SEXO	VALOR DEL PUNTO
Varón	995.28
Mujer	887.99

Gráfico 8. *Valor del punto de incapacidad en función del porcentaje de incapacidad*



El mayor predominio de la edad en el *quantum* indemnizatorio se relaciona con la aplicación de fórmulas actuariales en las cuales esta variable se conjuga con las ganancias, mientras que la mayor incidencia del porcentaje de incapacidad sobre el *quantum* se traduce en un importante influjo de la pericia médica.

Cuando los montos indemnizatorios se alejan de las tendencias, esas diferencias pueden interpretarse como producto de la influencia de las restantes variables relevantes. Un enfoque de estas características requiere necesariamente la utilización de precedentes a partir de los cuales pueda inferirse cuál es el criterio judicial de valoración de cada hecho o variable probada. En el estudio de Fabre y otros³⁰ (1980) se especifica cada precedente en el que se indemnizan los daños causados a víctimas de accidentes de tránsito mediante la descripción del caso según variables *viz.* edad de la víctima, ingresos, sexo, composición familiar, profesión, estado de salud, etcétera, y por los montos correspondientes acordados en compensación del daño.

El otro enfoque³¹ da preeminencia a los porcentuales de disminución y cálculos matemáticos³², de los que puede valerse el juez y que lo ayudan a cuantificar el daño que se intenta reparar. Estas propuestas tienen por objeto acercar a los jueces a apreciaciones más objetivas de la realidad, independientemente de sus criterios personales y valoraciones subjetivas.

³⁰ FABRE, Bernard; MAZET, Guy y BOURRIE, Martine, *La réparation du préjudice: éléments d'appréciation*, Cours d'Appel de Montpellier et Nîmes, 1980.

³¹ IRIBARNE, Héctor P., *Conocimiento y cálculo matemático en la determinación de indemnizaciones por daños a la persona*, en TRIGO REPRESAS, F. A. y STIGLITZ, R. S. (eds.), *Derecho de Daños*, La Rocca, 1989, ps. 191-214.

³² En el caso "Roger Tevez c/Fridson Curtiembres SA" se ha dicho que "las matemáticas no son una oscura fuerza opuesta al espíritu humano, sino precisamente un instrumento de la razón que permite al hombre cumplir muchos de sus fines". Sin embargo, el proceso de integración de la teoría de probabilidades con la decisión judicial aún no ha logrado un ajuste aceptable, en la medida en que ningún modelo matemático puede exportarse automáticamente de un campo de aplicación a otro. De allí que los conceptos clásicos de probabilidad matemática –desarrollados para las ciencias naturales– requieran reformularse para describir el razonamiento judicial (conf. COHEN, L. Jonathan, *The probable and the provable*, Clarendon Press, Oxford, 1977).

4. Pérdida de chance

Aunque en los casos de incapacidad y muerte también se hacen cálculos que llevan implícita la idea de chances u oportunidades perdidas, la pérdida de chance es el rubro utilizado para indemnizar la situación de los padres que reclaman por la pérdida de un hijo, y por tanto de la expectativa de ayuda en la vejez. La doctrina exige que el daño para ser resarcible debe tener el carácter de “cierto” y no de eventual e hipotético³³. Existe una rica jurisprudencia sobre el mismo concepto en casos comerciales. Cuando los tribunales comerciales tratan el tema concerniente a la pérdida de posibilidades o “chances” entienden que se ha roto o interrumpido un proceso que podía conducir en favor de otra persona a la obtención de una ganancia o a la evitación de un daño, y por lo tanto el juez en cada caso apreciará su carácter de cierto o hipotético. En el caso “Muraro, H. c/Eudeba SEM”³⁴ se dice:

...la indemnización por pérdida de chance no se identifica con la utilidad dejada de percibir, sino que lo resarcible es la ‘chance’ misma, la que debe ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, sin que pueda nunca identificarse con el eventual beneficio perdido.

Se acota³⁵ a este fallo que la “pérdida de chance” es la frustración de una probabilidad, de allí que sea un daño actual. Como es natural el cálculo del valor de la probabilidad, al ser un valor actual, no depende de la ocurrencia o no de la situación final incierta de ganancia o pérdida de la que se deduce el daño, según el mismo caso “Murano, H. c/Eudeba SEM”:

Resulta inviable presumir apriorísticamente el resultado de la segunda edición, pero es oportuno considerar si en el caso existió pérdida de chance. La “chance” configura un daño actual –no hipotético– resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio eco-

³³ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *El valor económico de la vida humana y la reparación del daño patrimonial causado por el homicidio*, 124, en E. D. 1987-647/658; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El valor de la vida humana*, Santa Fe, 1983; ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible (actos ilícitos)*, Depalma, 1967; ZANNONI, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1982.

³⁴ Cám. Nac. Com., sala B, 7-2-89, L. L. 1989-D-288/293.

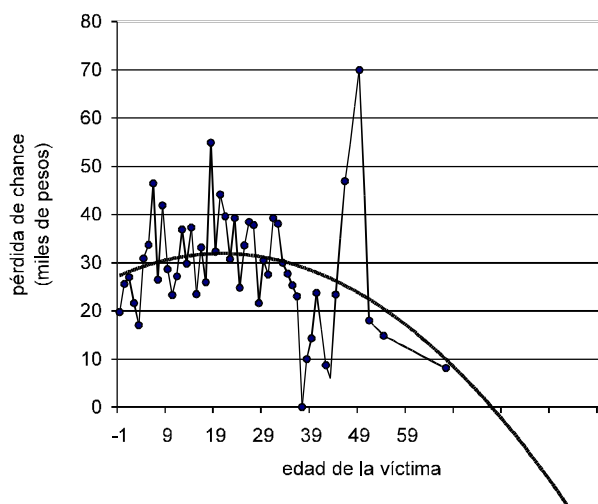
³⁵ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *La indemnización por pérdida de “chance” y el resarcimiento del daño moral por incumplimiento contractual*, en L. L. 1989-D-288/293.

nómico que resulta frustrado por el responsable, y puede ser valorada en sí misma, aun prescindiendo del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad.

En igual sentido, la Cámara Nacional Civil ha entendido que “la indemnización por pérdida de chance no puede identificarse con el eventual beneficio perdido, sino que lo resarcible es dicha chance, la que debe ser apreciada judicialmente, según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta”³⁶.

Si el daño depende de un hecho futuro, la probabilidad de que éste ocurra es un valor numérico determinístico, aunque en la mayoría de los casos es imposible calcularlo con exactitud. No obstante, de este valor depende si la chance es resarcible o no. Tanto en los autores como en numerosos fallos se utiliza el concepto de “probabilidad suficiente” (posibilidad o probabilidad bastante fundada, probabilidad cierta, probabilidad cierta objetiva, sumamente probable, probabilidad más o menos cierta, probabilidad más o menos cierta y fundada, etc.). Indudablemente estos términos aluden a un umbral o nivel de confianza asociado a la decisión judicial.

Gráfico 9. *Pérdida de chance en función de la edad de la víctima (casos en los que reclaman los padres), línea de tendencia superpuesta*



³⁶ Cám. Nac. Civ., sala D, 10-9-92, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0008460.

La indemnización de los daños pasados depende de la procedencia y de la suficiencia de la prueba. La indemnización de los daños futuros depende además de la probabilidad y de las presunciones necesarias para realizar el cálculo.

Si la demanda por daños se basa en la frustración de un solo evento o situación futura, y es posible calcular –aunque sea en forma aproximada– su probabilidad, el valor a indemnizar será:

$$\text{valor actual del daño} = \text{probabilidad} \times \text{valor del daño}$$

sí y sólo sí, $\text{probabilidad} > \text{umbral decisorio}$

Si la demanda se refiere a una situación futura, en la que varios estados son posibles –situación por cierto más real que la anterior– el valor a indemnizar es:

$$\text{valor actual del daño} = E\{\text{valor del daño}\}$$

o sea, la esperanza matemática del daño.

La mención al concepto de probabilidad aparece habitualmente en decisiones judiciales o en la doctrina cuando se desea expresar que no existe certeza sobre un hecho, o que una decisión ha sido tomada con un margen de duda. Esta modalidad está comprendida en la visión de Leibnitz³⁷ que fue el primer abogado –y también matemático– en formu-

³⁷ El indicado concepto de esperanza matemática o valor esperado tiene su origen en el ensayo de Leibnitz, *De incerti aestimatione* (1678): “Si entre todos los posibles resultados, algunos producen el valor *A*, otros el valor *B*, y el resto el valor *C*, entonces la esperanza total será la suma de esos valores por el número de posibles resultados que ellos produzcan dividido por el número de todos los posibles resultados. Entonces si el número de posibles resultados que pueden producir el valor *A* es *a*, el número de resultados que pueden producir el valor *B* es *b*, y el número de posibles resultados que pueden producir el valor *C* es *c*, y el número de todos los posibles resultados es *n*, entonces el valor esperado es $(a \times A + b \times B + c \times C)/n$ ”.

Si todos los resultados son igualmente posibles a/n , b/n y c/n , son, respectivamente, las probabilidades de *A*, *B* y *C*. Entonces, el valor esperado es la suma de los productos de las probabilidades de los distintos resultados por su respectivo valor. *Definición 1.* Si la magnitud *X* consiste en asignar los valores $x_1, x_2, \dots, x_n$ a los sucesos mutuamente excluyentes $A_1, A_2, \dots, A_n$ (y $A_1 + A_2 + \dots + A_n = 1$), se llamará esperanza, valor esperado o valor medio, a la expresión: $E\{X\} = x_1 \cdot \text{Prob}(A_1) + x_2 \cdot \text{Prob}(A_2) + \dots + x_n \cdot \text{Prob}(A_n)$ y varianza de *X* a: $\text{var}\{X\} = (x_1 - E\{X\})^2 \cdot \text{Prob}(A_1) + \dots + (x_n - E\{X\})^2 \cdot \text{Prob}(A_n)$, se acostumbra llamar desviación *standard* a $s = \sqrt{\text{var}\{X\}}$, si σ es pequeño

lar un enfoque probabilístico del pensamiento jurídico. Según este autor, jueces y abogados aprecian intuitivamente los hechos inciertos y han desarrollado una percepción especial que les permite tomar decisiones en incertidumbre. En el Derecho, como en otros ámbitos, la teoría de probabilidades ha incursionado aportando no sólo un lenguaje preciso para describir la incertidumbre sino también herramientas cuantitativas que permiten establecer criterios objetivos de decisión. Prácticamente en todos los campos de la decisión humana la certeza debe, de hecho, descartarse, por ello la pregunta inmediata es: ¿cuán grande debe ser el valor de probabilidad de una hipótesis, para que pueda ser tomada por cierta a los efectos del proceso decisorio? Por tanto, un umbral decisorio es un valor de probabilidad por encima del cual es posible inferir que la ocurrencia del hecho debe ser tomada en cuenta; por debajo del umbral, el hecho es considerado prácticamente imposible e indigno de ser tomado en cuenta.

Sin embargo, según el criterio que se tome, cuando se trata de muerte de un hijo no existen o no se consideran umbrales mínimos para que una probabilidad sea suficiente y por tanto resarcible, al incluirse como chance perdida a la derivada de la muerte de un *nasciturus*³⁸. Al respecto, la Cámara Nacional Civil también ha tratado el tema sin que exista unanimidad de criterios –probablemente por tratarse de un supuesto que ronda los límites en materia de probabilidades–, decidiéndose que “la muerte del hijo concebido, al igual que la del nacido y de corta edad, es indemnizable por el responsable del fallecimiento, dentro del concepto de daño material y como frustración de la chance de ayuda futura que los padres lógicamente podrían esperar, probabilidad que no es hipotética o conjetural, dado que resulta verosímil en el curso ordinario de las cosas y la normal estrechez de las relaciones familiares”³⁹, o que “la muerte del hijo concebido, frustra la expectativa cierta de que esa vida intraute-

se puede afirmar que los valores x_i difieren poco del valor medio $E\{X\}$ y si σ toma un valor grande significa que los valores x_i están dispersos y se alejan del valor medio (conf. SANTALÓ, Luis A., *Probabilidad e inferencia estadística*, Organización de los Estados Americanos, Washington, 1970).

³⁸ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Daños derivados de la muerte del hijo concebido*, en J. A. 1989-III-834/840.

³⁹ Cám. Nac. Civ., sala E, 16-6-94, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0003711; voto en minoría Cám. Nac. Civ., sala G, 31-10-94, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0004411.

rina se desarrolle normalmente y culmine en el nacimiento. Al igual que la del recién nacido resulta indemnizable dentro del concepto de daño material como frustración de la chance de ayuda futura que podría representar para los padres, de su razonable expectativa”⁴⁰. En sentido contrario, se ha resuelto que “en el supuesto de muerte de la persona por nacer, la pérdida de chance de ayuda económica futura se diluye de tal manera, que se convierte en meramente conjetural y, por lo tanto, no indemnizable a título de perjuicio patrimonial”⁴¹, o que “no cabe una reparación patrimonial por pérdida del hijo por nacer, aunque en cambio pueda admitirse el reclamo por daño moral. La posibilidad de ayuda resulta cada vez más lejana cuanto menor es la edad del hijo fallecido. Cuando se trata del hijo por nacer, el daño no es cierto y ni siquiera futuro, es puramente eventual e hipotético y, por lo tanto, no indemnizable, aun cuando procede fijar una pequeña suma por la pura eventualidad”⁴².

En cuanto a un niño muy pequeño –recién nacido, de tan sólo 36 horas de vida–, la Corte Suprema de Justicia en “Juan Domingo Peón y otra c/Centro Médico del Sud SA”⁴³ ha dicho:

Si de lo que se trata es de resarcir la “chance” que –por su propia naturaleza– es sólo una posibilidad, no puede negarse la indemnización con el argumento de que es imposible [...] es dable admitir la frustración de una posibilidad de futura ayuda y sostén para los progenitores, expectativa legítima y verosímil según el curso ordinario de las cosas.

5. Daño moral

En sentido amplio se ha definido el daño moral como la lesión a los derechos extrapatrimoniales del individuo. Cuando se trata de daños a las personas, tanto para los casos de lesiones como de muerte –en líneas generales y sin que a los fines de este trabajo sea menester profundizar–, el rubro ha sido caracterizado por la jurisprudencia como el padecimien-

⁴⁰ Cám. Nac. Civ., sala F, 4-4-95, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0006658.

⁴¹ Voto de la mayoría Cám. Nac. Civ., sala G, 31-10-94, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0004411.

⁴² Voto en minoría Cám. Nac. Civ., sala F, 4-4-95, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0006658.

⁴³ CSJN, 17-3-98, E. D. del 5-3-99.

to físico y espiritual que el individuo experimenta como consecuencia de una disminución en sus capacidades vitales, psíquicas o biológicas en el caso de lesiones, o bien cuando del hecho ha resultado la muerte de un ser humano, por el sufrimiento afectivo y la alteración del sistema familiar ocasionada por la desaparición de uno de sus miembros.

Recientemente, algunos pronunciamientos han puesto la mirada no solamente en el dolor, el padecimiento o el sufrimiento espiritual del individuo, sino en la privación de momentos de satisfacción y felicidad en la vida del damnificado –víctima o reclamante– y que en definitiva influyen negativamente en la calidad de vida de las personas⁴⁴.

El daño moral constituye una categoría independiente de la incapacidad física o psíquica, del daño estético y del biológico, aunque por la índole de los valores en juego la jurisprudencia no siempre discrimina ni hace una distinción precisa de estas categorizaciones⁴⁵.

Cabe preguntarse sobre los criterios que se utilizan para la cuantificación del daño moral.

Se ha sostenido que el daño moral no está sujeto a prueba, con lo cual, para la mayoría de la jurisprudencia, el monto reclamado por este

⁴⁴ En el voto del vocal preopinante Dr. Hernán Daray en autos “Ramírez, Francisco y otros c/Poltronieri Jorge y otro s/Sumario”, expte. 146.956/94, la Cám. Nac. Civ., sala M, dijo: “...cabe preguntarse si el daño moral debe ser interpretado –como hasta aquí se lo ha hecho– como ceñido simplemente al dolor, el padecimiento, al sufrimiento espiritual del individuo, intentando, como resulta de esta mirada restrictiva sobre el tema, paliar sólo ese pesar –generando, en definitiva, lo que ha dado en llamarse ‘el precio del dolor’– o bien, si un nuevo enfoque sobre el tema no debería fijar también la atención en todo aquello que, con la muerte de un ser querido, como en el caso, se pierde y que de existir influiría positivamente sobre lo que conocemos como calidad de vida”.

La cuestión ya había sido considerada, mas en el daño patrimonial. Por ej., la Cám. Nac. Civ., sala D, 25-10-95, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0007034, dijo que “la indemnización que se otorgue por incapacidad sobreviniente debe atender, primordialmente, al mantenimiento incólume de una determinada calidad de vida, cuya alteración, disminución o frustración, constituyen en sí un daño resarcible, conforme a una visión amplia del problema tratado”.

⁴⁵ Una corriente jurisprudencial no considera el daño psíquico o la lesión estética en forma autónoma, subsumiéndolos en el daño patrimonial o moral, según las consecuencias que acarrearán para quien los padece. En este sentido, Cám. Nac. Civ., sala B, L. 663.452 del 12-6-90; sala D, L. 108.143 del 22-9-92. Al respecto, volvemos a remitir a HIGHTON, ob. cit. en nota 2, punto 7, *Comparación de algunos conceptos indemnizatorios* y punto 8, *Discriminación o englobamiento de los diversos conceptos*.

concepto en la demanda opera como limitativo del *quantum* al momento de dictar sentencia, entendiéndose que se trata de prueba *in re ipsa*, es decir, que surge inmediatamente de los hechos constitutivos de la acción antijurídica⁴⁶. En tal sentido, se ha dicho que “cuando se habla de pruebas del daño moral procede exponer algunas precisiones: la prueba no es del daño moral en sí mismo, por cuanto se trata de una situación eminentemente subjetiva. La prueba es de los hechos que han generado ese padecimiento o lesión al equilibrio espiritual”⁴⁷.

El carácter netamente resarcitorio que le ha otorgado la jurisprudencia mayoritaria hace abstracta la cuestión relativa a la existencia de dolo o culpa en la conducta de quien ocasionó el daño⁴⁸, debiendo atenderse a efectos de su cuantificación a la naturaleza eminentemente subjetiva de este tipo de perjuicio. De ahí que nadie mejor que el damnificado puede conocer la lesión a los sentimientos que aduce, razón por la cual no cabe llevar los valores más allá de lo que aquél justipreció en la demanda como daño moral, no resultando efectiva la manifestación de que tal estimación está sujeta a lo que en más o en menos resulte de la determinación judicial⁴⁹, o por lo menos que la suma estimada en la demanda por este concepto no es alcanzada por la expresión “o lo que en más o menos resulte de la prueba de autos”.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia concuerdan en que el daño moral es de difícil cuantificación⁵⁰ y realmente es así. Se ha dicho que

⁴⁶ Conf. Cám. Nac. Civ., sala A, L. 120.764 del 22-12-92; sala C, L. 102.239 del 9-4-92; Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., sala IV, 20-4-88, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0001145; Cám. Nac. Civ., sala G, 4-12-90, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0007340.

⁴⁷ Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., sala I, 23-8-88, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0000797.

⁴⁸ Conf. Cám. Nac. Civ., sala L, L. 47.760 del 7-7-95.

⁴⁹ En este sentido se ha establecido que el límite para fijar la indemnización por daño moral es la suma solicitada en el escrito inicial (conf. Cám. Nac. Civ., sala M, L. 31.498 del 20-4-89; Cám. Nac. Civ., sala F, L. 212.454 del 19-5-97, entre otros).

⁵⁰ Conf. Cám. Nac. Civ., sala H, L. 134.618 del 16-12-95, donde se cita a MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. I, *Parte general*, Rubinzal-Culzoni, p. 150. Ap. 61 B, el importe del daño moral es de difícil fijación ya que no se halla sujeto a cánones objetivos sino a la prudente valoración sobre la lesión a las afecciones íntimas, a los padecimientos experimentados, que se configuran en el ámbito espiritual de la víctima y que no siempre resultan claramente exteriorizados, quedando de esta forma su monto sujeto a la discrecionalidad de los jueces.

“por su carácter espiritual, difícil tarea es determinar la dimensión económica como respuesta al daño moral, sea cual fuere la naturaleza jurídica que se le asigne”. A los efectos de descubrir algún criterio de racionalidad cabría preguntarse ¿qué variables del caso influyen en la determinación económica de este daño? Algunos han sostenido que “además de los sufrimientos físicos, psíquicos y afectivos padecidos, corresponde tener en cuenta la recepción subjetiva por parte de la víctima”; que “si bien el daño moral pertenece al sagrado mundo subjetivo de los damnificados, para su reparación económica debe traducirse en una suma de dinero, y que no es fácil establecer el *quantum*”. A estos fines, se invoca “la óptica de la sensibilidad del hombre medio, de la cual el magistrado representa el intérprete más seguro”⁵¹.

Por otra parte, se afirma que el monto del daño moral es independiente de la indemnización que se otorga por daño material y no guarda relación necesaria con éste⁵². Por ello, se ha entendido que “la circunstancia de que no hubiesen quedado secuelas incapacitantes en el actor no es óbice para la procedencia del daño moral, pues se trata de daños diferentes, que pueden existir separadamente”⁵³; que “el daño moral, genéricamente, no tiene por qué guardar relación con los daños materiales, de los que no constituye un accesorio”; que “no debe establecerse en una proporción de los daños materiales”⁵⁴.

Pueden, además, detectarse algunos criterios jurisprudenciales de cuantificación del daño moral que están relacionados con el tipo de reclamo de que se trate.

5.1. *Daño moral según la diversidad del daño corporal*

Analizaremos algunos casos genéricos como punto de partida de posteriores investigaciones.

⁵¹ Conf. Cám. Nac. Civ., sala H, 14-12-93, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0003252; Cám. Nac. Civ., sala H, 21-12-93, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0003316; Cám. Nac. Civ., sala H, 5-12-97, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0010719.

⁵² En tal sentido, Cám. Nac. Civ., sala F, L. 10.017 del 12-4-85; L. 64.329 del 16-5-90; L. 61.246 del 20-6-90; L. 164.223 del 8-6-95; L. 239.149 del 2-7-98, entre otros.

⁵³ Cám. Nac. Civ., sala C, 7-12-93, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0003311.

⁵⁴ Cám. Nac. Civ., sala G, 2-6-95, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0004626; Cám. Nac. Civ., sala G, 13-7-90, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0007338; Cám. Nac. Civ., sala G, 4-12-90, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0007340.

5.1.1. *Lesiones: incapacidad permanente física o psíquica*

A efectos de estimar la magnitud del daño, los distintos pronunciamientos han computado una serie de pautas que permiten ser agrupadas en:

- Factores objetivos, o sea, todos aquellos concernientes al hecho, al período de curación, tratamientos a los que debió someterse el damnificado y convalecencia;
- factores subjetivos, es decir, los relacionados con la personalidad de la víctima.

Entre estos factores subjetivos, la edad de la víctima ha recibido especial consideración: a menor edad de la víctima mayor daño moral y, viceversa, a mayor edad, menor daño moral. No obstante, esta tendencia se revierte cuando se trata de un anciano, pues puede establecerse que, según surge de distintos fallos, en los extremos de la vida, es decir, la niñez y la vejez, el sufrimiento como consecuencia de lesiones sufridas a raíz de un hecho ilícito cobra mayor intensidad, como cuando se trata de un niño que deberá cargar con una minusvalía por el resto de su vida o un anciano que siente afectada aún más su salud en los escasos años que tiene de expectativa de vida. En estos supuestos es habitual que la cifra del daño moral supere a la que corresponde a incapacidad sobreviniente. Al respecto, se ha dicho que “las lesiones, aun cuando sean de menor entidad, si las víctimas son menores de corta edad, alcanzan una proyección significativa en sus espíritus”⁵⁵, y que “cuando las víctimas son personas mayores, sin una adecuada contención familiar, el sufrimiento y la angustia que padecen como consecuencia de un accidente, se multiplican debido a la incertidumbre y a la consciencia de fragilidad que se tiene respecto del propio cuerpo y su salud. Estas circunstancias hacen que un hecho que, en apariencia, no revistió mayor gravedad, pueda ser vivenciado de un modo muy intenso”⁵⁶.

La actividad desarrollada por el actor tiene especial incidencia, sobre todo si a raíz de los daños aquél se encuentra imposibilitado de continuar con la tarea que venía realizando. Esta circunstancia cobra especial

⁵⁵ Cám. Nac. Civ., sala B, 28-2-95, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0006087.

⁵⁶ Cám. Nac. Civ., sala H, 2-7-96, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0008744.

relevancia en trabajadores manuales o para quienes la fuerza física constituía un factor fundamental para el desarrollo de su trabajo.

Algunas otras circunstancias influyen en la cuantificación del daño moral en casos de incapacidad tales como “los tratamientos médicos cruentos e invasivos o crónicos”; “la rehabilitación y la convalecencia”; “el estrés por la exposición a situaciones de alto riesgo como las vivencias del propio accidente o el sometimiento a intervenciones quirúrgicas bajo anestesia”, o “la confluencia de factores emocionales tales como el pudor, la vergüenza, el sentimiento de mansillamiento”, que “podrán hacer que secuelas materiales que en definitiva resulten menores hayan provocado en verdad un mayor agravio moral que casos de discapacidad más elevada sin una historia clínica y vivencial de evolución tórpida”.

5.1.2. *Lesiones: daño estético*

El daño moral que emerge necesariamente de una lesión estética está relacionado con el tipo y lugar de la lesión y con variables correspondientes a la personalidad de la víctima (sexo, edad, profesión, estado civil). Aunque la independencia del concepto es discutida e inclusive negada por gran parte de la doctrina y la jurisprudencia, en muchos decisorios se conforma el concepto como independiente de la indemnización por incapacidad sobreviniente que puede o no haberse reconocido. De todos modos, hay unanimidad en que la lesión estética ofrece un área para el daño moral. Así, se ha dicho que “aunque ese daño se haya reclamado como autónomo, tiene una evidente connotación de agravio moral y como tal debe resarcirse”⁵⁷, o que “la lesión estética provoca intrínsecamente daño a un bien extrapatrimonial: la integridad corporal, que se traduce siempre en un daño moral, y en ocasiones en un daño patrimonial...”⁵⁸

5.1.3. *Lesiones: daño biológico*

Esta categoría de daño elaborada por la doctrina y la jurisprudencia italiana tiene aceptación muy minoritaria en la jurisprudencia argentina.

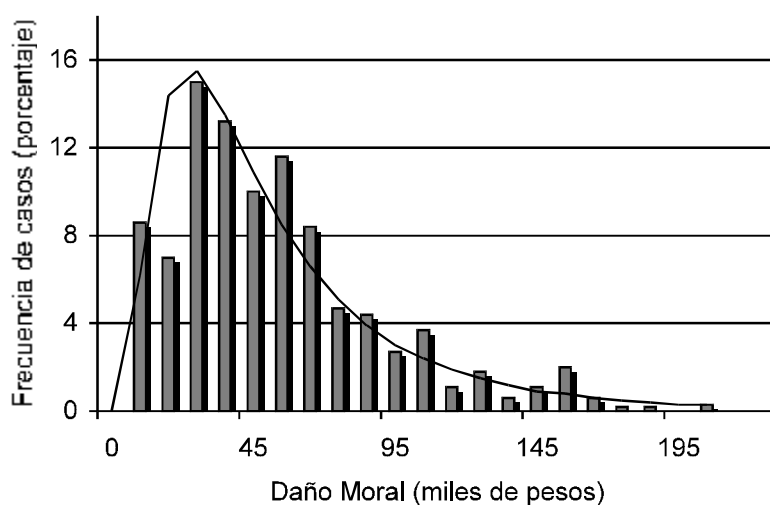
⁵⁷ Cám. Nac. Civ., sala A, 15-6-89, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0005174.

⁵⁸ Cám. Nac. Civ., sala G, 8-9-89, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0005684.

Encuentra su fundamento en el derecho de cada persona a conservar ileso e intacto su cuerpo y encuentra especial aplicación en supuestos en que las lesiones han curado sin dejar secuelas físicas incapacitantes⁵⁹. Con criterio similar, pero sin aludir al daño biológico, algunos pronunciamientos han expresado que es daño lo que altera la integridad física, por más que la curación y readaptación en función del plano laboral o de cualquier otra manifestación vital sea más o menos plena, porque aún siendo así no podrá devolverse al organismo alterado la situación de inocuidad anterior al hecho, lo que constituye perjuicio reparable⁶⁰. La cuantificación del daño moral en este caso toma en consideración las circunstancias de hecho, entidad de las lesiones, tratamientos médicos, intervenciones quirúrgicas, etcétera.

5.1.4. Muerte

Gráfico 10. *Distribución de frecuencias del daño moral (muerte de la víctima)*



⁵⁹ Conf. Cám. Nac. Civ., sala M, L. 100.383 del 8-7-92.

⁶⁰ Conf. Cám. Nac. Civ., sala B, L. 120.015 del 11-2-93; *id.*, L. 257.306 del 22-6-99.

En casos de muerte, la cuantificación del daño moral tiene relación no sólo con las circunstancias de la víctima sino –sobre todo– con las condiciones personales de los damnificados indirectos en lo que hace a este tipo de perjuicio.

Entre estas circunstancias personales, el estadio de vida de la víctima y reclamantes cobra especial relevancia. Del relevamiento de casos de muerte de individuos jóvenes y niños, cuyo resarcimiento es reclamado por los progenitores surge un aumento del daño moral en proporción inversa al valor vida conforme decrece la edad de la víctima.

También se ha valorizado la corta vida del reclamante al momento de la muerte de su progenitor, al expresarse en el texto de un fallo que “en el caso de un menor, que a la época del accidente contaba con tan corta edad que ni siquiera conoció a su padre (un mes y días) es especialmente apreciable el dolor que habrá sufrido durante los años posteriores al ilícito, el cual se configura con la ausencia de protección y seguridad que indudablemente otorga la figura paterna, con los graves perjuicios espirituales y psíquicos que ello trae aparejado a lo largo de su crecimiento”⁶¹.

La convivencia entre víctima y reclamantes es otro dato que gravita sobre la cuantificación. Esta circunstancia es particularmente importante cuando se trata del reclamo por la muerte del cónyuge. La separación de hecho puede ser el antecedente del rechazo total del resarcimiento cuando el accionante ha constituido otra unión⁶².

En reclamos del daño moral formulados por los hijos menores de la víctima, el relevamiento de los casos existentes en la Base de Cuantificación de Daños evidencia una tendencia a otorgar igual monto a cada uno de ellos sin tener en cuenta las diferentes edades. El fundamento estriba en que no se puede medir de diferente modo el dolor aunque las edades sean diferentes. No obstante, tal criterio ha sido abandonado cuando concurren circunstancias especiales como el hecho de que alguno de los hijos haya presenciado el hecho⁶³. Cabría pensar si es justo aplicar ese criterio igualitario entre hermanos si existe una marcada diferencia de edades. Por ejemplo, un hermano casado y uno de escasa edad. El juez podría razonar sobre la relevancia de la ausencia

⁶¹ Cám. Nac. Civ., sala F, 12-4-96, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0008265.

⁶² Conf. Cám. Nac. Civ., sala A, L. 36.399 del 20-3-89.

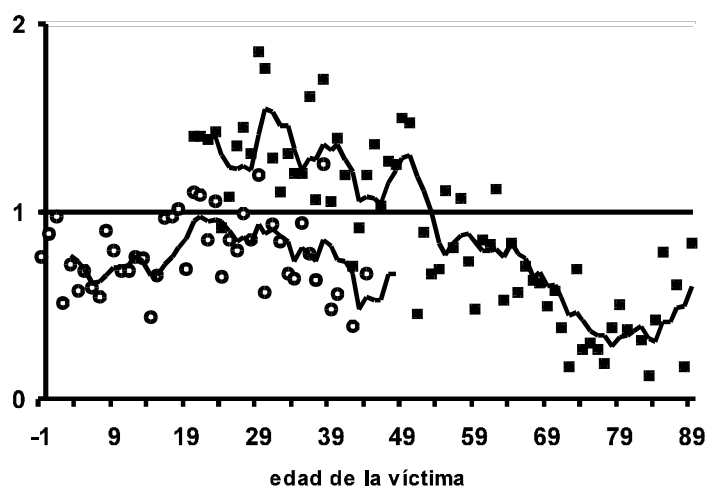
⁶³ Conf. Cám. Nac. Civ., sala I, L. 87.914 del 4-4-95.

de la figura paterna en un niño de escasa edad, frente al hermano mayor que contó con ella durante su niñez y adolescencia.

La avanzada edad de la víctima del hecho puede ser un factor determinante en la fijación del resarcimiento por daño material pero, en principio, no constituye una circunstancia ponderable a efectos de disminuir el daño moral⁶⁴. ¿Influye la expectativa de muerte, ya sea por edad o por enfermedad terminal en la cuantificación del daño moral? En más de un caso, éste ha sido uno de los argumentos esgrimidos por los demandados para negar entidad a la cuantificación del daño moral sufrido por los familiares de la víctima.

Los temas planteados encuentran en la Base de Montos campo apropiado para su investigación, y de ella surgirán los criterios con los que la mayoría de los jueces cuantifican el daño moral.

Gráfico 11. *Relación entre daño material y daño moral*⁶⁵



⁶⁴ En este sentido se ha sostenido que la afección que provoca el abrupto y dramático fallecimiento de la esposa a raíz de un hecho ilícito no decrece en razón de la mayor edad de la víctima como tampoco del supérstite (conf. Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., sala I, 23-5-88, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0001362).

⁶⁵ Los valores graficados corresponden al cociente entre el valor vida (o pérdida de chance) y el daño moral (*valor vida/daño moral*). Los puntos indican los valores

5.2. Situación en otros sistemas legales

Creemos de interés analizar el comportamiento del daño extrapatrimonial en otros sistemas jurídicos.

5.2.1. El daño moral en la legislación española

En España la ley 30/1995 dice “La cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas y la indemnización por los daños psicofísicos se entiende en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud”. La tabla IV del baremo permite fijar discrecionalmente “daños morales complementarios: se entenderán ocasionados cuando una sola secuela exceda de 75 puntos o las concurrentes superen los 90 puntos. Sólo en estos casos será aplicable aumento hasta 10.000.000 de pesetas”.

5.2.2. El sistema estadounidense

En los Estados Unidos los daños noeconómicos comprenden una serie de acciones existentes en las legislaciones, con denominaciones como: *pain and suffering* (dolor y sufrimiento); inconvenientes; *loss of consortium*;⁶⁶ daños intangibles; vergüenza o humillación; daños a la reputación; daño emocional. Éstos son asimilables en nuestra tradición jurídica a lo que se denomina *daño moral*.

La falta de criterios objetivos y los excesos a los que en algunos casos arriban los jurados ha dado una marcada sensación de incertidumbre a este rubro. La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en “Jones & Laughlin Corp. versus Pfeifer” dijo:

medios para cada clase de edad. Cuando un punto del gráfico está por encima de 1 quiere decir que el valor vida es mayor que el daño moral, cuando está por debajo de 1, que el valor vida es menor que el daño moral. Se han superpuesto líneas de tendencia (promedios móviles); la línea inferior corresponde a la tendencia en los casos de pérdida de chance (indicados con el símbolo ‘o’) y la línea superior a la tendencia en los casos de valor vida (indicados con ■).

⁶⁶ La pérdida de la relación matrimonial (*loss of consortium*) consiste en varios elementos, y abarca no sólo servicios materiales sino también otros intangibles como, guía, compañía y relaciones sexuales.

It has been estimated that awards for pain and suffering account for 72% of damages in personal injury litigation⁶⁷.

Por otra parte se han sancionado normas destinadas a limitar el daño moral. Las formas de limitación de los daños no-económicos no siempre son topes, existen combinaciones de topes por reclamante con un tope total por cada hecho⁶⁸, también fórmulas basadas en los ingresos y la expectativa de vida de la víctima⁶⁹, o en la calidad de la prueba⁷⁰. Como las limitaciones a las indemnizaciones por daños no-económicos han sido fijadas por cada una de las legislaturas estatales, donde existen oscilan entre \$ 250.000 y \$ 850.000⁷¹. También aparecen excepciones en casos en que los daños son severos, como desfiguraciones⁷², tratando de evitar que las indemnizaciones sean inadecuadas.

5.2.3. *El sistema canadiense*⁷³

Aunque el *common law* canadiense permite y considera importante el juicio por jurados hay una principal diferencia con Estados Unidos: en materia civil, Canadá no eleva a rango constitucional el derecho a ser

⁶⁷ 6 Am. Jur. Trials, Predicting Personal Injury Verdicts and Damages 24 (1967).

⁶⁸ Un límite de \$ 250.000 por reclamante y \$ 500.000 por ocurrencia en acciones contra municipios, *South Carolina Code Ann.* § 15.78.120 (1987).

⁶⁹ Los daños no-económicos no pueden exceder el 43% del producto entre el ingreso anual medio por la expectativa de vida de la víctima, *Washington Rev. Code Ann.* § 4.56.250 (Supp. 1987).

⁷⁰ La indemnización por dolor y sufrimiento está limitada a \$ 250,000, salvo que una prueba *clara y convincente* indique que deban indemnizarse daños mayores, que en ningún caso deben superar los \$ 500,000; *Colorado Rev. Stat.* § 13.21.102.5 (1987). Con una prueba *clara y convincente* se alude a un *standard* probatorio más riguroso que la *simple preponderancia* de la prueba y menor que la prueba *más allá de la duda razonable*, a este *standard* suele asociárselo con una probabilidad de certeza del 75%, mientras que los otros *standards* están asociados con el 51% y 91%, respectivamente.

⁷¹ El límite es de \$ 250,000 en la mayoría de los Estados en los que existe, y de \$ 850,000, en *New Hampshire Rev. Stat. Ann.*, § 508:4-d (Supp. 1987).

⁷² Un límite de \$ 500,000, excepto en casos de desfiguración o de una severa disminución (*impairment*) física, *Alaska Stat.* § 09.17.010 (Supp. 1987).

⁷³ El tema se expone siguiendo a COLANGELO, Joseph, *Compensation for personal injuries in civil negligence actions in Canada*, de acuerdo al documento de trabajo presentado en la conferencia ofrecida en la Universidad Di Tella, Buenos Aires, mayo/julio 1999.

juzgado por un jurado. De tal manera, es habitual que la mayoría de los casos graves de daños a la persona se tramiten ante un juez y no ante un jurado. Además es poco habitual que se reconozcan daños punitivos o agravados en acciones por perjuicios debidos a negligencia, aunque este tipo de reclamos puede tener éxito en supuestos donde esté presente la intención o dolo.

Algunos autores sugieren que los tribunales canadienses han impulsado criterios que ofrecen límites razonables en indemnizaciones por daños no pecuniarios o extrapatrimoniales (*pain and suffering, loss of enjoyment of life*) y que han desarrollado métodos de evaluación de daños que reflejan adecuadamente el verdadero nivel de las pérdidas, sin permitir una “doble compensación” o la percepción de ganancias extraordinarias o inesperadas.

De acuerdo a la legislación de familia, tanto la víctima como sus familiares (cónyuge, hijos, nietos, padres, hermanos), están facultados no sólo para solicitar daños materiales, sino que también tienen derecho a pedir daños morales.

A la víctima directa de lesiones se le reconocen daños extrapatrimoniales por la pérdida de los intangibles de la vida. Se trata de daños de considerable amplitud y se otorgan por dolor y sufrimiento, por pérdida de disfrute o expectativas y por menoscabo de los placeres de la vida.

En el año 1978, en una trilogía de casos⁷⁴, la Corte Suprema de Canadá estableció un principio, que desde entonces quedó asentado, en el sentido de que el límite máximo para una decisión por daños extrapatrimoniales debía fijarse en la cantidad de 100.000 dólares canadienses. Jurisprudencialmente, la suma ha aumentado desde entonces para acompañar a la inflación, hasta llegar aproximadamente a 280.000 dólares canadienses.

Los principios que se consagraron en la trilogía de casos siguieron a un período de extenso debate entre los juristas canadienses, referido a la trayectoria ascendente de los montos y su futuro impacto en la posibilidad de obtener seguros. Los abogados estaban preocupados por la influencia que ejercía la información sobre las cifras en constante au-

⁷⁴ Casos “*Andrews versus Grand & Toy Limited*”; “*Thornton versus Prince George School District*”, y “*Teno versus Arnold*”.

mento, propio de los jurados estadounidenses, y el posible desarrollo de tácticas judiciales que podrían devenir en reconocimientos similares en Canadá. En definitiva, y cuando los tribunales debieron considerar el asunto, el tema estaba maduro para que la más alta autoridad judicial del Canadá diera los lineamientos. Así, en los precedentes que constituyen la trilogía, la Corte Suprema hizo una distinción entre pérdidas patrimoniales y extrapatrimoniales. Con criterio tradicional entendió que para los perjuicios pecuniarios o patrimoniales existe derecho a una reparación integral, aunque la parte que busca su indemnización debe ser justa y razonable en los reclamos, pues no puede haber compensación “completa” o “perfecta”; que la sentencia debe ser mesurada y justa para ambas partes, aunque ello no significa tener en cuenta la capacidad de pago del demandado, pues este dato nunca ha sido ponderado como relevante en la evaluación de los daños en el *common law*; que debe ponerse el acento en los perjuicios de la parte inocente, y que la justicia hacia la otra parte se logra asegurando que los reclamos sean legítimos y estén justificados.

En cuanto a las cantidades a reconocer por daños extrapatrimoniales, el enfoque fue diferente. La Corte entendió que en este campo, y al establecer lineamientos para el resarcimiento, debía reconocerse la carga social que importa la sentencia. Dijo que una vez que entre los daños patrimoniales se asegurara la indemnización para la futura atención del incapaz, quedaba espacio para insertar ciertas guías, líneas de acción o políticas en la evaluación de los daños por pérdidas extrapatrimoniales; que en particular, ésta es un área donde debe tener gran peso la carga que sobre la sociedad toda se irroga con el reconocimiento de altas sumas indemnizatorias; que el hecho simple es que no hay vara objetiva para traducir los perjuicios no patrimoniales, tales como dolor y sufrimiento, pérdida de placeres, a términos de dinero; que esta franja está abierta a reclamos extravagantes; que es en este campo en que las sentencias de Estados Unidos ascendieron a niveles dramáticamente altos; que estadísticamente, en esta área el peligro de la carga excesiva del gasto es mayor. En suma, aplicó un enfoque que caracterizó de funcional, que valora el daño en términos de pérdida de felicidad humana, pero pondera la compensación determinando la cantidad que se requiere para proveer alivio razonable en su desgracia a la persona lesionada. Según el tribu-

nal, alivio, en este contexto, significa previsión física que haga la vida más confortable, y así debe tomarse más que en el sentido de pena. Consideró que esta aproximación es digna de justipreciar, pues provee una explicación de por qué se otorga dinero como compensación para daños no patrimoniales tales como pérdida de placeres, dolor, sufrimiento, menoscabo en la expectativa de vida; que se reconoce dinero porque servirá una función útil a fin de compensar por lo que se ha perdido en la única manera posible, aceptando que lo que se ha perdido es imposible de reemplazar en modo directo, y que si los daños por pérdidas no pecuniarias se ven desde una perspectiva funcional, es razonable que no se reconozcan cantidades muy grandes una vez que la persona ha logrado que se la provea apropiadamente en términos de la futura asistencia y atención por sus disminuciones; que el dinero adicional para hacer la vida más llevadera debería verse como el suficiente para proveer arreglos físicos por encima y más allá que los que se refieren a las lesiones; que el resultado es una base compensatoria más coordinada y entrecruzada y una justificación más racional para la indemnización por pérdidas extrapatrimoniales.

La cantidad que surge del límite máximo se otorga sólo en los casos más serios, tales como daño cerebral con cuadriplejia. El criterio de la Corte Suprema ha sido severamente criticado por los accionantes y, como resultado, la táctica en los litigios ha pasado de la categoría de reclamos extrapatrimoniales a la de reclamos patrimoniales.

En un último refinamiento del principio, la Corte Suprema resolvió que cuando, debido a su impedimento, el actor es incapaz de razonar y de apreciar la pérdida sufrida, se debe reducir esta indemnización para llegar inclusive a cero, pues el reclamante no puede comprender el beneficio que reporta el dinero que se le reconozca, aunque esté catastróficamente lesionado⁷⁵.

En cuanto a los parientes, la ponderación de los daños que pueden reclamar difiere según se trate el damnificado principal de una víctima de lesiones o de muerte. En casos de lesiones, los parientes pueden reclamar una indemnización que equivale a una pensión por el valor del extraordinario cuidado que deberán proveer a la víctima a fin de que

⁷⁵ Caso “Toneguzzo *versus* Savein”.

pueda vivir con sus impedimentos. Se calcula el capital que rinda esta suma a un interés del 2,5% anual, durante el tiempo de expectativa de vida de la víctima. Además, tienen derecho a una cantidad global por daños extrapatrimoniales para compensar la pérdida que significa que la víctima no les pueda proveer cuidado, compañía y guía. El criterio se aplica tanto a muerte como a supuestos de lesiones. En caso de muerte, también están facultados para petitionar el pago de la cantidad que los resarza de las ganancias futuras que hubieran recibido del fallecido.

5.2.4. *El daño moral en Brasil*

En Brasil, la indemnización de los daños morales se fundamenta en el artículo 1553 del Código Civil: “*Nos casos não previstos neste Capítulo, se fixará por arbitramento a indenização*”.

Para definir el *quantum* debido por daño moral, los siguientes fallos recogen los elementos más importantes de la doctrina y la jurisprudencia brasileña:

Na fixação da indenização por dano moral há de se atentar para a extensão da dor, do sentimento, das marcas deixadas pelo evento danoso, e ainda as condições sociais e econômicas da vítima e as da pessoa obrigada. Essa indenização não pode ser fonte de enriquecimento sem causa da vítima ou daqueles que dela dependiam e nem de empobrecimento do devedor⁷⁶.

O dano simplesmente moral, sem repercussão no patrimônio não há como ser provado. Ele existe tão-somente pela ofensa, e dela é presumido, sendo o bastante para justificar a indenização [...] A tormenta maior que cerca o dano moral, porém, está em outro aspecto, e diz respeito a como quantificá-lo. Inexistem critérios legislativos gerais, e também não há consenso nos pretórios. Certo é que a verba deve ser fixada na própria sentença do processo de conhecimento, nada autorizando a remessa para futura liquidação. No que concerne ao *quantum* em si, alguns parâmetros têm sido adotados, mas, antes de arrolá-los, devem ser feitas considerações genéricas, para fixar o raciocínio que preside o tema. O dano moral, em nosso ordenamento, tem duplo caráter, compensatório e punitivo. Sua fixação tem como fim, sob o primeiro ângulo, trazer benefício apto a, de certo modo, permitir um

⁷⁶ “Maria Lopes Aguiar e outros c/André Ricardo Ferreira Teixeira”.

alívio à vítima, ajudando-a a liberar-se do sofrimento, ou reconfortando-a, através do recebimento pecuniário. Não se trata de pagar a dor já sentida, admitindo-se, isto sim, que o valor estipulado, ao trazer bem-estar para quem padecia sentimentalmente, implique uma compensação justa⁷⁷.

6. Presunciones

Algunos aspectos relacionados con un daño pueden ser cuantificados con métodos actuariales⁷⁸. En este contexto los daños pueden dividirse en anteriores al proceso judicial y los que se refieren a pérdidas en el futuro. Los primeros se basan en una prueba convencional. Los segundos se basan en estimaciones y cálculos estadísticos o actuariales. Cuando se intenta probar un hecho estadísticamente, en realidad, se está utilizando información estadística para presumir que en el caso sucederá lo mismo que ocurre en la mayoría de los supuestos. Para establecer estos hechos es que se hacen inferencias actuariales. Existen varias formas de efectuar los cálculos actuariales, normalmente se consideran la expectativa de vida de la víctima y de los reclamantes, los niveles de inflación, la tasa de interés, etcétera⁷⁹. Algunos cálculos actuariales proyectan en forma constante hacia el futuro el nivel de ingresos actual, otros especulan sobre cuál sería la evolución probable en los ingresos en función de la edad⁸⁰. Todos estos cálculos requieren el uso de tablas de vida ajustadas a las condiciones de la víctima y su área de residencia⁸¹.

⁷⁷ Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Primeira Câmara Civil, 4-11-97, "Ildefonso de Sousa e outros c/Irmandade do Senhor Jesus dos Passos e Hospital de Caridade".

⁷⁸ IRIBARNE, ob. cit.; PATTERSON, J. B., *The basic concepts of actuarial evidence*, en 7 *The Advocates' Quarterly* (1987) 79-127.

⁷⁹ WIDICUS, W. y MUKATIS, W., *Toward just compensation: a statistical comparison of valuing lost future earnings awards of the U. S. Supreme Court methods*, en 59 *Temple Law Quarterly* (1986) 635-657.

⁸⁰ PARKS, Richard W., *The evaluation of earnings loss in Alaska Courts: the implications of Beaulieu and Guinn*, en 2 *Alaska Law Review* (1985) 311-337.

⁸¹ Su uso no es una novedad, pues se remonta a Æmilius Macer y Domitius Ulpianus para las provisiones de la *Lex Falcidia*: TRENERRY, C. F., *Tables of annuity values which were sanctioned by the roman law for the purposes of the Lex Falcidia* (1926), en SMITH, D. y KEYFITZ, N. (eds.), *Mathematical demography: selected papers*, Springer-Verlag, Berlin, 1977, 7-9.

Existen dos criterios en la jurisprudencia para manejar procesalmente hechos posteriores al accidente y anteriores a la sentencia. En el caso “Juan Borysiuk c/Santiago Ibarra y otro”⁸² el doctor Bossert dijo sobre el valor vida:

Nada tiene que ver para la estimación de este daño, que tres meses después de la muerte de su hija, el padre se haya suicidado, según se expresa en la pericia psicológica, sin perjuicio de que, tal vez, la causa de esta muerte haya sido el dolor insuperable por la muerte de su hija –cuestión ajena a este litigio–, lo cierto es que la indemnización debe acordarse por el daño inferido, que se evalúa al momento de producirse el hecho ilícito.

Contrariamente, en “Félix Torres c/Microómnibus Norte SA”⁸³ y en “R. Lamas c/Línea 10 SA”⁸⁴.

...la sobrevenida muerte de (la víctima) ha puesto coto a la incertidumbre propia del prudencial cálculo de chances perdidas en virtud de la discapacidad verificada, de modo que cualquier resarcimiento debería adecuarse ahora al escaso lapso transcurrido entre el día del ilícito, 20 de junio de 1990, y el fallecimiento ocurrido el 1º de mayo de 1993.

Este fallo, al momento de estimar los daños por lesiones, reduce los ingresos perdidos al período que va desde la fecha del accidente hasta la muerte de la víctima (por causas aparentemente no relacionadas con las lesiones). El razonamiento subyacente se basa en que en relación con determinados hechos (futuros), al no ser factible su prueba en el proceso, se construyen presunciones basadas en inferencias estadísticas, *e. g.* que en promedio una mujer que vive en la pampa húmeda alcanza los 72 años, o sea, $E \{ \text{vida} / \text{mujer} \} = 72 \text{ años}$ ⁸⁵. Esta información no constituye un hecho probado pues no existe la prueba estadística⁸⁶; por el contrario,

⁸² Cám. Nac. Civ., sala F, 2-8-91.

⁸³ Cám. Nac. Civ., sala E, 16-11-94.

⁸⁴ Cám. Nac. Civ., sala A, 30-10-98.

⁸⁵ En realidad es posible afinar esta estimación introduciendo más datos de la víctima, por ejemplo, la edad y el estado de salud al momento del accidente.

⁸⁶ Sobre el concepto de prueba estadística puede verse ÁLVAREZ, G. y GREGORIO, C., *Prueba de exclusión o presunción de paternidad*, en L. L. 1992-E-252/255.

la muerte de la víctima sí es un hecho probado en el proceso y es información más cierta al momento de aplicar los cálculos actuariales. Desde este punto de vista, los eventos presumidos deben dar paso y ceder ante los hechos probados.

En el primer fallo se afirma que los daños se evalúan al momento de producirse el hecho ilícito y no se interpreta como relevante la información sobre la sobrevivencia del reclamante. Ciertamente no se considera que los razonamientos actuariales tengan fuerza normativa, por lo que menos se discutirá si opera o no una presunción estadística sobre la edad de sobrevivencia.

7. Cuantificación, limitación cuantitativa y tarificación de la indemnización por responsabilidad civil

En principio, en nuestro sistema legal la indemnización debe ser plena y su *quantum* depende de los daños probados. Sin embargo, son de aplicación algunas normas que limitan cuantitativamente la responsabilidad civil, por ejemplo: el Convenio de Varsovia (ley 14.111) y el Código Aeronáutico (ley 17.285), la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares de 1963 (ratificada por ley 17.048), la Ley 20.094 de Navegación⁸⁷. Sin embargo, estos límites se refieren a situaciones circunscriptas. En algunos casos, el límite no se aplica si medió negligencia.

El artículo 1069 del Código Civil prevé también una eventual limitación por vía de la equidad. Al fijar indemnizaciones autoriza a los jueces a considerar la situación patrimonial del deudor a los fines de su atenuación. Si bien esta facultad se ha usado en forma excepcional, cuando la indemnización afecta de especial modo el patrimonio del deudor es posible disminuir su monto. Por cierto que ello requiere que el asunto forme parte del contradictorio y que exista prueba al respecto.

Tanto la limitación cuantitativa de la responsabilidad civil como una tarificación rígida deben ser vistos en un contexto socio-económico, pues

⁸⁷ ALTERINI, Atilio A., *La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, 1997.

existen vinculaciones y contrapesos entre las normas y la modificación de conductas, especialmente en los incentivos para la prevención⁸⁸.

En la práctica las normas que limitan el *quantum* en la responsabilidad civil están dirigidas a:

- Considerar que determinados riesgos han sido –o deben ser– asumidos por la víctima;
- evitar el encarecimiento del transporte público y proteger la sustentabilidad de las operaciones de seguros y del transporte público;

más que a

- perfeccionar la estimación de los daños y garantizar la reparación integral de la víctima.

7.1. *Baremos*

Tanto los baremos como las fórmulas actuariales constituyen procedimientos de tarificación que rápidamente se encuentran con las limitaciones propias de un modelo matemático. Todas estas expresiones se caracterizan por su inflexibilidad. Para aumentar su precisión es necesario computar la mayor cantidad de variables conocidas o cognoscibles: ingresos pasados, ganancias actuales, progresión de ascensos, promedio de gastos, posibles incrementos, inversiones, vida útil, capacidad residual, rentas susceptibles de ser obtenidas con un capital, deterioro monetario, etcétera⁸⁹. En realidad, los modelos matemáticos son desarrollados *ex post*, es decir, son instrumentos que, a partir de datos empíricos, permiten encontrar tendencias en una realidad compleja y cambiante. Si se amplía el número de variables en un modelo no siempre aumentará su capacidad explicativa o predictiva. Eventualmente un modelo con una gran cantidad de variables puede tornarse inútil y el margen de su error puede también haberse incrementado. De aquí que los modelos más exitosos son los que, por su simplicidad, logran describir tendencias útiles para una toma de decisiones que

⁸⁸ ÁLVAREZ, G.; GREGORIO, G. y HIGHTON, E., *Limitación de la responsabilidad por daños: un enfoque socio-económico*, en L. L. 1997-C-1045/1059.

⁸⁹ LORENZETTI, Ricardo, *La determinación del lucro cesante futuro*, en J. A. 1992-III-713/8.

no excluye otros modelos complementarios ni la consideración de hechos aún no analizados empíricamente.

Los baremos (*barème*) han sido utilizados como mecanismos meta-jurídicos de homogeneización de las decisiones judiciales. Su objetivo principal es tasar la prueba de los daños para reducir drásticamente la dispersión en los montos indemnizatorios, a cambio de sacrificar o limitar la competencia del Poder Judicial en el conocimiento y decisión de las causas.

Sin embargo, pensamos que los criterios de clasificación y los valores o rangos de valores que se deduzcan de la aplicación del baremo no deberían surgir de una decisión arbitraria o puramente potestativa del Legislativo ni de una reglamentación del Ejecutivo. La fuente sobre la que debería desarrollarse el baremo debería estar conformada por las mismas decisiones judiciales (precedentes), recogiendo así las decisiones y la casuística predominantes. Y entonces, por la misma existencia de situaciones residuales, la norma de aplicación del baremo debería contener un mecanismo por el cual el juez pudiera apartarse, con expresa mención de los fundamentos, de los límites previstos en el baremo. Sin embargo este procedimiento atenta contra la misma idea que lleva a concebir los baremos, pues cada nueva decisión judicial produciría variaciones en la estructura y los valores que asigna el baremo a un caso, lo que llevaría a la necesidad de hacer actualizaciones permanentes. ¿Quiénes deberían hacerlas y con qué criterios?

7.1.1. *La situación en España*

Por ello no son extraños los problemas que se han derivado de la reciente legislación española, ley 30/1995 del 8 de noviembre, denominada de *Ordenamiento y Supervisión de los Seguros Privados* (disposición adicional octava) que modifica la *Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguros en la Circulación de Vehículos a Motor*, en la que se establece el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a la personas en accidentes de circulación. Este baremo tasa la prueba e introduce una virtual limitación en el monto total. Sin embargo, la reciente legislación española deja ciertos márgenes a los jueces para asegurar la “total indemnidad de los daños y perjuicios”, admitiendo

elementos correctores y circunstancias excepcionales “que puedan servir para la exacta valoración del daño causado”.

Las opiniones sobre esta legislación han sido –naturalmente– muy controvertidas⁹⁰. Ruiz Vadillo –uno de los promotores del baremo– afirma que “cuando la ley abdica de su función y transfiere indebidamente sus potestades al juez, el principio de legalidad quiebra” y que la ausencia de normas valorativas constituye una imprevisión legislativa imperdonable. Señala que los riesgos de no tasar la prueba son: incremento de la litigiosidad y por tanto de la duración del proceso, disparidad de soluciones judiciales para casos idénticos o análogos, y esto último se traduce en una disminución de la seguridad jurídica. Afirma que no hay justicia sin seguridad, pero puede perfectamente haber seguridad sin justicia, la justicia no puede ser nunca el precio de la seguridad, dice: “si no podemos alcanzar la justicia, alcancemos, al menos, la seguridad jurídica”⁹¹.

Otros autores⁹² han opinado en contrario; entre ellos vale la pena citar a Medina Crespo, quien entiende que “cuando un juez valora un daño personal no se enfrenta ante un fenómeno de aplicación del Derecho mediante la subsunción de un supuesto fáctico en una concreta norma objetiva, sino ante la subsunción de un supuesto de hecho en una norma subjetiva y propia creada para el caso por el propio juez, aunque esta especial subsunción no constituye necesariamente un salto en el vacío, pues cuenta con un juego complejo de datos jurídicos de carácter empí-

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo del 26 de marzo de 1997 en “Manuel Fernández Reyes c. Ilmo. Ayuntamiento de La Palma del Condado (Huelva)”.

⁹¹ RUIZ VADILLO, Enrique, *La razonable valoración del daño corporal*, en *Revista de Derecho de la Circulación*, Nº 5, 1991, ps. 255-260, y *La valoración de la vida humana en el proyecto de ley de modificación de la legislación reguladora de seguros privados*, en *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, Nº 2, 1994, ps. 51-55.

⁹² Entre otras opiniones puede verse: ARAGÓN REYES, Manuel, *Dos sorprendentes hallazgos: la ilegalidad de la ley y la soberanía del juez. Comentario a la sentencia 280/1997 de 26 de marzo, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo*, en 3 *La Ley (España)* (1997) 1875-7; PANTALEÓN, Fernando, *De nuevo sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor*, en 1 *La Ley (España)* (1997) 2080-4.

rico, proporcionados por las pautas de la doctrina jurisprudencial”⁹³. Sostiene además que –se refiere al baremo– “el sistema constituye una reacción del legislador frente a una incapacidad del juzgador [...] A lo largo de los últimos años, pese a tenerse conciencia cabal del problema, los jueces españoles (como criterio general) no han realizado el más mínimo esfuerzo por aliviar los diversos factores de la dispersión valorativa, no profundizando la necesidad de poner fin, desde sus propias resoluciones, a una vitanda situación de incontrolada discrecionalidad, que podía y debía haber sido atajada mediante técnicas perfectamente compatibles con su independencia, como intangible postulado constitucional”⁹⁴.

Por cierto que la proposición acerca de la validez constitucional de este tipo de legislación no constituye una preocupación menor, a tal punto que se han presentado ante el Tribunal Constitucional de España diversos planteos que ponen en tela de juicio la constitucionalidad de la ley 30/1995.

Así, la planteada por auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 5 de Burgos del 12 de marzo de 1996. Es de interés su parte final: “...En síntesis la fijación de un Sistema de Baremos no es, en principio, contraria a la Constitución siendo una facultad del legislador diseñar el sistema que considere más conveniente para la valoración del daño corporal con la finalidad de evitar desigualdades entre las cantidades concedidas por unos tribunales y por otros y para garantizar la seguridad jurídica, lo que consideramos de dudosa adecuación a la Constitución española y que exige un inmediato pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional, es diseñar un concreto Sistema de Baremos totalmente cerrado, al cual se deberá de someter el juzgador ‘en todo caso’ y para ‘todos los daños’, sin posibilidad, más allá del propio Baremo, de valorar las circunstancias del caso concreto. Una cosa es establecer mecanismos para unificar criterios, determinar pautas de actuación o establecer baremos no vinculantes que favorezcan soluciones extrajudiciales, y otra muy diferente, someter al juzgador a un automatismo en la aplicación de

⁹³ MEDINA CRESPO, Mariano, *La valoración legal del daño corporal: análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 64.

⁹⁴ Ob. cit., p. 112.

las normas, anulando su función de crear ‘Derecho vivo’ y alterando la función de la jurisprudencia de ‘completar’ el ordenamiento jurídico (art. 16, Cód. Civ.). Eliminar radicalmente un cierto margen de discrecionalidad judicial fuera del baremo, supone atacar la función de ‘juzgar’ y a la consideración de la ‘justicia’ como valor supremo del ordenamiento jurídico (art. 1.1., CE), y ello sin perjuicio de que esos baremos existan, pero sin que su vinculación sea absoluta y siempre posibilitando mecanismos tanto orgánicos, como procesales de unificación de criterios, bien a través de la actuación unitaria de las fiscalías (criterio sostenido por la Circular 1/1989) bien estableciendo un sistema de recursos de unificación de doctrina en esta materia. Dicho lo que antecede se elevará al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad con testimonio íntegro de los autos principales y de las alegaciones de las partes y del Ministerio Fiscal, junto con la presente resolución...”

En forma similar por auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 10 de León del 18 de septiembre de 1996 se dijo: Aquí se alega posible vulneración del derecho constitucional a la igualdad de trato jurídico (art. 14 de la CE) porque: a) se miden por el mismo rasero casos desiguales, fijando las mismas indemnizaciones para quienes acreditan perjuicios de diferente alcance; b) la limitación de casos y cuantías puede dar lugar a que reciban indemnización quienes no sufrieron perjuicios, o éstos están por debajo de la cuantía establecida, y dejen de percibir parte de la indemnización debida quienes están en condiciones de justificar perjuicios distintos o cuantitativamente superiores a los contemplados en el sistema, y c) las víctimas de accidentes de circulación reciben un trato desfavorablemente discriminatorio respecto de las de otros siniestros o de las de hechos dolosos constitutivos de infracción penal.

Asimismo, el Juzgado de Instrucción N° 3 de San Sebastián, según auto del 18 de octubre de 1996, elevó un planteo en términos similares, agregando que quienes experimentan daños en las personas resultan desfavorablemente discriminados respecto de quienes sufren daños en las cosas. Siguieron otros planteos según auto del 13 de marzo de 1997 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón; auto del 8 de julio de 1997 de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial

de Madrid; auto del 12 de julio de 1997 del Juzgado de Primera Instancia de Calahorra, etcétera.

Hasta donde tenemos noticias, todavía no se ha arribado a resolución definitiva en ninguno de los casos.

Todas estas expresiones crean la sensación de que sólo hay dos opciones y que aún una de esas alternativas –el baremo– tiene un único matiz posible. Por otra parte, no es posible pensar que hoy deba entenderse que el mismo tipo de baremo que se ideó en el siglo XVIII sea la única alternativa. En otras épocas, un baremo (*i. e.* un procedimiento que asigna en función de algunas variables del caso una indemnización) era concebido en forma de tabla de dos o más entradas, quizás porque la imprenta era el recurso tecnológico –al alcance de la mano– más desarrollado en aquella época. La estructura de tabla que se le dio implicó reducir significativamente el número de variables explicativas, con lo que situaciones que en la práctica eran distintas cayeron juntas en la misma indemnización. La tecnología de las comunicaciones permite hoy modificar esta asignación e idear mecanismos que no necesariamente sean tablas, y que tampoco necesiten de la fuerza legislativa para ser eficaces.

La eficacia de una solución legislativa depende –en definitiva– del poder que le asigna o restringe a los jueces para resolver las situaciones que en ella no se han podido generalizar.

7.1.2. *La situación en Francia*

Fabre y otros⁹⁵ dan cuenta de cómo, para tornar aplicable la ley francesa referida al mejoramiento de la situación de las víctimas de accidentes de la circulación y la aceleración de los procedimientos indemnizatorios del 5 de julio de 1985 (ley 85-677, conocida como ley Badinter), se publicaron en tablas los casos decididos, describiéndolos por sus variables (edad, sexo, ingresos, etc.) y presentando luego el *quantum* indemnizatorio asignado, dado que la normativa obliga a la aseguradora a efectuar una oferta razonable.

El texto de la ley, en su parte pertinente más relevante, es el siguiente:

Article 12 – L'assureur qui garantit la responsabilité civile du fait

⁹⁵ FABRE, MAZET y BOURRIE, *La réparation du préjudice...* cit.

d'un véhicule terrestre à moteur est tenu de présenter dans un délai maximum de huit mois à compter de l'accident une offre d'indemnité à la victime qui a subi une atteinte à sa personne. En cas de décès de la victime, l'offre est faite à ses héritiers et, s'il y a lieu, à son conjoint. Une offre doit aussi être faite aux autres victimes dans un délai de huit mois à compter de leur demande d'indemnisation. L'offre comprend tous les éléments indemnissables du préjudice, y compris les éléments relatifs aux dommages aux biens lorsqu'ils n'ont pas fait l'objet d'un règlement préalable. Elle peut avoir un caractère provisionnel lorsque l'assureur n'a pas, dans les trois mois de l'accident, été informé de la consolidation de l'état de la victime. L'offre définitive d'indemnisation doit alors être faite dans un délai de cinq mois suivant la date à laquelle l'assureur a été informé de cette consolidation. En cas de pluralité de véhicules, et s'il y a plusieurs assureurs, l'offre est faite par l'assureur mandaté par les autres. Les dispositions qui précèdent ne sont pas applicables aux victimes à qui l'accident n'a occasionné que des dommages aux biens.

Article 17 – Si le juge qui fixe l'indemnité estime que l'offre proposée par l'assureur était manifestement insuffisante, il condamne d'office l'assureur à verser au fonds de garantie prévu par l'article L. 421-1 du code des assurances une somme au plus égale à 15 % de l'indemnité allouée, sans préjudice des dommages et intérêts dus de ce fait à la victime.

Esta ley introduce un procedimiento especial para la indemnización de las víctimas de accidentes de tránsito, no aplicable cuando no hayan sufrido más que daños patrimoniales, sin sufrir daño a las personas. El legislador francés ha intentado hacer coincidir el ámbito de la ley de circulación con el del seguro obligatorio, al hacer referencia en ambas a nociones idénticas: la de los accidentes de circulación y la de la necesidad de que esté implicado un vehículo terrestre a motor, habiéndose inclusive así ampliado el campo de aplicación originario del seguro obligatorio de automotores. El seguro obligatorio surgió en Francia a partir de la ley del 27 de febrero de 1958, por la que toda persona, física o jurídica, debe estar cubierta por un seguro que garantice la responsabilidad involucrada en razón de daños causados a terceros por vehículos terrestres a motor que esta persona haga circular. La ley del 31 de diciembre de 1951 instituyó un fondo de garantía de daños corporales

sufridos por víctimas de accidentes de la circulación para los supuestos en que el autor del daño no pudiera ser identificado o no estuviera asegurado, siendo que la indicada ley de la circulación aumenta las cargas de este fondo, aunque se mantiene su carácter de subsidiario pues la víctima debe justificar que el accidente no puede dar lugar a indemnización integral por otro título.

De especial importancia e interés es la normativa que obliga a la empresa aseguradora que garantiza la responsabilidad civil, a hacer una oferta de indemnización a la víctima que ha sufrido un atentado a su persona, dentro de un plazo máximo de ocho meses a contar desde el accidente. En caso de muerte de la víctima, la oferta debe hacerse a sus herederos y, si hubiera lugar, a su cónyuge. A ello se agrega la necesidad de hacer una oferta similar a otras víctimas, dentro de los ocho meses contados de su demanda de indemnización. La oferta puede tener un carácter provisional cuando el asegurador no haya sido informado dentro de los tres meses del accidente de la consolidación del estado de la víctima. La oferta definitiva de indemnización debe, en tal caso, hacerse dentro del plazo de los cinco meses siguientes a la fecha en la cual el asegurador haya sido informado de esta consolidación.

En tanto la ley obliga a la aseguradora a hacer su oferta de indemnización a la víctima, era necesario evitar que esta obligación no se convirtiera en una simple formalidad, que no tuviera por resultado, en definitiva, retardar la acción de la víctima ante la justicia. A estos fines, la oferta de indemnización debe comprender todos los elementos indemnizables que sean consecuencia del daño causado y debe ser suficiente, pues no constituye solución que la aseguradora tenga la posibilidad de hacer una propuesta que desde su origen se asevere como insuficiente o incompleta.

Se considera tardía a la oferta posterior a la fecha límite prevista por la norma legal. También se considera tal a la omisión total de oferta. Cuando la propuesta no se hace dentro de los plazos impuestos por la ley, el monto de la indemnización ofrecida por el asegurador o concedido por el juez a la víctima producirá un interés, de pleno derecho, a una tasa computada al doble del interés legal, a contar desde la expiración del término y hasta el día de la oferta o en que la sentencia se convierta en definitiva. Esta penalidad puede ser reducida por el juez en razón de

circunstancias no imputables al asegurador. El asiento o base para el cálculo del interés será distinto en cada caso, pues si se hace la oferta, correrá sobre ésta y en caso contrario, sobre el monto de la indemnización adjudicada por el juez.

Si el juez, al fijar en definitiva la indemnización, estimara que la oferta propuesta por el asegurador era manifiestamente insuficiente, condenará de oficio al asegurador a entregar al fondo de garantía una suma a lo sumo igual al 15% de la indemnización concedida, sin perjuicio de los daños e intereses que en el caso se hayan infligido a la víctima. Éste es un medio de llegar a acelerar la indemnización de las víctimas, pues favorece el recurso de la transacción. La fijación por vía judicial de la indemnización retarda la percepción de ésta, por lo que era menester prever sanciones para incitar a las aseguradoras a hacer ofrecimientos que pudieran constituir una base objetiva para el acuerdo. Esta sanción presupone que la víctima ha debido llevar el asunto a los tribunales por estar –y con razón– insatisfecha de la oferta que le fuera efectuada. El juez que decide el litigio puede pronunciar en este supuesto dos clases de condenaciones a cargo del asegurador.

a) *Una penalidad a favor del fondo de garantía*

Esta sanción es acordada de oficio, a favor del fondo de garantía, que no necesita demandar a estos fines. Sin embargo, en tanto el tribunal no la puede acordar más que a condición de haber constatado que la oferta era manifiestamente insuficiente, para tomar esta decisión el juez precisa, al menos sumariamente y de manera inequívoca, declarar que la oferta es tal. El monto de la pena es apreciado soberanamente por los jueces, pues la ley se conforma con fijar la tasa máxima.

b) *Los daños e intereses debidos a la víctima del hecho*

Esta sanción se refiere a posibles perjuicios debidos a la inseguridad, preocupación e incomodidad que provoca a la víctima la oferta insuficiente. Esta suma no se acuerda de oficio sino a petición de parte, quien debe aportar los elementos para obtener su reconocimiento.

Y, ¿cuándo es insuficiente una oferta?

En su caso, para determinar si la oferta es manifiestamente insufi-

ciente, el juez deberá hacer referencia a las indemnizaciones concedidas en condiciones comparables, consultando las publicaciones periódicas previstas en la propia ley. La publicación de los montos de las indemnizaciones permite una detección simple y rápida de las ofertas manifiestamente insuficientes. En este contexto, el asegurador, a fin de limitar los riesgos de penalización, hará una oferta por lo menos igual a la más baja indemnización concedida judicialmente, en supuestos de perjuicios comparables. Ello por cuanto parece difícil de admitir que un juez pueda declarar manifiestamente insuficiente una indemnización calculada por otro juez o por el mismo juez en otras circunstancias.

Esta publicación regular, bajo el control de la autoridad pública, rinde cuenta de las indemnizaciones fijadas, sea por decisión de la justicia, sea por transacción. Así, la víctima (o su abogado), al consultar estas publicaciones, podrá verificar si la oferta que se le ha hecho, corresponde a sumas abonadas en situaciones comparables y tomar una decisión fundada. Es decir, que para limitar los riesgos de penalización, la aseguradora deberá justificar su posición, fundándola en decisiones judiciales que, en circunstancias análogas, hayan establecido lo que la aseguradora preconiza.

Pieza fundamental del sistema y de especial interés para este trabajo es esta publicación periódica que rendirá cuenta de las indemnizaciones fijadas, sea por las decisiones judiciales, sea en las transacciones.

Uno de los objetivos de la ley es el de acelerar la indemnización de las víctimas por el recurso sistemático a la transacción.

Hasta el dictado de la normativa, un gran número de víctimas prefería recurrir a la justicia por las razones siguientes:

- A perjuicios comparables, las indemnizaciones concedidas por los jueces eran variables según las jurisdicciones, y a veces, en la misma jurisdicción, según los jueces o la naturaleza de los asuntos. En razón de esta disparidad, la víctima jamás podía saber si la indemnización propuesta por la aseguradora correspondía efectivamente a aquella que le acordaría el juez. En la duda prefería correr el riesgo menor y llegar a la decisión del tribunal.
- Era muy difícil formarse una opinión sobre los valores indemnizatorios, si la mayoría de las decisiones no se publicaba. Si bien

algunas sentencias eran objeto de publicación en revistas especializadas, su número restringido no permitía decir que eran el reflejo detallado de lo concedido efectivamente por los tribunales. Inclusive las publicaciones en revistas especializadas, más que a los montos, apuntaban a las doctrinas sentadas por el tribunal. Si bien las aseguradoras tenían y tienen ficheros con la información referida a transacciones y decisiones judiciales, clasificadas según los porcentuales de incapacidad y edad de la víctima, éstas no eran ni son conocidas por los terceros ni pueden éstos confiar en ellas, pues son recogidas bajo la sola responsabilidad de las aseguradoras.

Esta innovación de la ley, referida a la publicidad de los montos producto de sentencias y transacciones, permite detectar cuáles son las ofertas manifiestamente insuficientes. La publicación, con el tiempo, ayuda a los jueces a obtener una mayor armonización entre las indemnizaciones concedidas, lo que no puede dejar de incitar a la transacción.

Además,

- permite a la víctima hacerse una idea más exacta de la validez de la oferta presentada por la aseguradora, y
- en general, limita los recursos ante la justicia a las solas acciones en que se descuenta que se triunfará.

La publicación no concierne solamente a las cifras, que de por sí solas nada significan, sino que incluye todas las nociones o datos para el conocimiento del monto de las indemnizaciones mismas según sus presupuestos, de modo tal que pueda seguirse –en la forma más concreta posible– la evolución de las transacciones y de la jurisprudencia. Esto llevó a un mejor manejo de los precedentes, no ya en sus aspectos lógicos sino también en el desarrollo cuantitativo, aunque los precedentes se clasificaban en listas sin sistematizarlos. Un primer intento de sistematización fue realizado en Japón por Ohta⁹⁶ (1982) con fines académicos. En una línea similar y como ayuda a la decisión

⁹⁶ OHTA, Tomoyuki, *The present situation of legal informatics in Japan*, en CIAMPI, C. (ed.), 1 *Artificial Intelligence and Legal Information Systems*, 1982, ps. 77/83.

judicial, en nuestro país Álvarez⁹⁷ (1990) trata la recuperación sistemática de precedentes y la inferencia estadística a partir de ellos.

7.2. Incidencia de y en los procesos de integración regional

De la misma forma en que una dispersión alta en los montos indemnizatorios otorgados en casos similares se traduce en inseguridad jurídica, cabe preguntarse cuáles son los riesgos de que existan diferencias significativas entre regiones o provincias dentro de un mismo país o entre países que se encuentran en un proceso de integración. De alguna forma, es cierto que los ingresos medios por habitante o el costo de vida varían dentro de un mismo país y, si las indemnizaciones se basan en gastos realizados, en el lucro cesante o en los ingresos perdidos evaluados en función de los datos de la víctima, es razonable esperar diferencias en las indemnizaciones aun para perfiles personales muy similares. Pero también cabe especular sobre la posible migración hacia otras zonas dentro de un mismo país que podría hacer la víctima o que efectivamente harán los reclamantes en el futuro.

Por otra parte, cuando se analizan las diferencias que existen entre montos indemnizatorios adjudicados en los tribunales de dos o más países que se encuentran en proceso de integración, aparecen dificultades para el cálculo de las primas de los seguros si se pretende la ampliación de las coberturas para transformarlas en regionales. Sin embargo, este tipo de mayor integración no surge como actualmente factible, ya que las diferencias son reales y más bien son una consecuencia de que el proceso de integración sea sólo parcial. En este estadio sería algo artificioso pretender homogeneizar las indemnizaciones por procedimientos regulatorios, dado que estas diferencias no constituyen más que un mero efecto de las disparidades existentes y no es de esperar que su unificación favorezca el proceso de integración en términos globales.

⁹⁷ ÁLVAREZ, G. S., *El enfoque empírico: un sistema de ayuda a la decisión judicial*, en GUIBOURG, R. (ed.), *Informática jurídica decisoria*, Astrea, Buenos Aires, 1993, 191/210.

7.3. *Fuentes del Derecho de Daños y de la cuantificación de los daños*

La dificultad para encontrar reglas generales suficientes que permitan resolver todos los casos posibles en forma eficiente lleva a repasar la búsqueda de las fuentes del Derecho. En el siglo pasado, las diferencias entre las dos tradiciones legales más difundidas, *viz.* el Derecho Continental Romano-Germánico y el *common law*, eran muy marcadas, hoy ya no es posible afirmar que la fuente exclusiva del Derecho consuetudinario sean los precedentes y, por su parte, los sistemas basados en el Derecho continental han encontrado la necesidad de sistematizar normas creadas en decisiones judiciales. Desde sus orígenes ambos sistemas desarrollaron estrategias para alcanzar objetivos coincidentes: predictibilidad y flexibilidad. En el *common law* la predictibilidad y continuidad se lograba con la política del *stare decisis* que reforzaba la autoridad de una decisión, mientras que la flexibilidad y el crecimiento del sistema se lograba mediante las reglas de equidad y las técnicas para limitar y distinguir precedentes. En el Derecho continental, la predictibilidad y estabilidad del sistema se garantizaban con el proceso de codificación, mientras que se permitía cierta flexibilidad y crecimiento mediante el uso de la interpretación⁹⁸.

En cierta medida, la mayoría de los conceptos (rubros, hechos relevantes, presunciones, etc.) que modelan la cuantificación de un daño en una decisión judicial son creaciones jurisprudenciales, existen alrededor de ellas elaboraciones doctrinales basadas en decisiones particulares⁹⁹. Este proceso de construcción del Derecho debería estar contrapesado por un mecanismo de control que tienda a asegurar la homogeneidad de las decisiones (y por tanto la seguridad jurídica). Por ejemplo en “M. Balestra de Janczur c/D. Torres”¹⁰⁰, luego de aplicar cálculos actuariales, se dice:

...Considero que han de elevarse a dichos importes las indemnizaciones por valor vida, los que son equivalentes, aproximadamente

⁹⁸ GLENDON, Mary Ann, *The sources of law in a changing legal order*, en *Creighton Law Review*, 17, 1984, ps. 663-698.

⁹⁹ HIGHTON, *Accidentes de tránsito...* cit., ps. 7/71.

¹⁰⁰ Cám. Nac. Civ., sala J, sent. del 8-5-90.

al promedio de los valores fijados por la sala IV ex Cámara Especial Civil y Comercial, expediente 75.941 del 28-9-88; sala VI, expediente 31.744 del 1-11-87; sala G, Cámara Civil, expediente 43.151 del 3-7-89, todos casos análogos y practicadas las correctas actualizaciones...

En el *common law* se ha recorrido un camino inverso. Por ejemplo, en los casos “Higgins *versus* Butcher”¹⁰¹ y “Smith *versus* Sykes”¹⁰² se sostuvo que no puede haber una indemnización civil por la muerte de una persona como consecuencia de un delito (*felony*), ya que la ofensa lo es contra la Corona. Ningún caso consideró indemnizaciones cuando la muerte fuera causada por hechos que no estuvieran caracterizados como delitos. En 1808 la decisión en el caso “Baker *versus* Bolton”¹⁰³ fue el principal precedente utilizado para negar en el *common law* la indemnización por daños derivados de la muerte de una persona. Las cortes americanas rechazaron esta doctrina y otorgaron indemnizaciones, pero en 1848 el caso “Carey *versus* Berkshire R. R.”¹⁰⁴ fue el primero de una serie de supuestos tendientes a negar la posibilidad de una acción por daños derivados de la muerte de una persona. Pero en 1850 ya había un suficiente cambio social que requería una transformación (fundamentalmente la revolución industrial y el desarrollo del ferrocarril, con los consiguientes accidentes de trabajo, descarrilamientos, etc.). En 1846 el Parlamento Británico aprobó la Fatal Accident Act permitiendo la indemnización. Esta ley o sus equivalentes americanas fueron sucesivamente reformadas ampliando el conjunto de personas que podían ejercer la acción (inicialmente estaban excluidos niños o padres adoptivos, concubinos, novios, ex esposos, o corporaciones). Los tribunales sucesivamente negaban los reclamos aduciendo varias razones, pero sosteniendo que las normas que habilitaban la acción lo hacían en “derogación” del *common law* (o sea “Baker *versus* Bolton”), y por lo tanto se requería una alusión explícita en el texto legislativo.

En suma, de acuerdo al *common law*, no hay un principio ni norma general de corte indemnizatorio, sino todo lo contrario: se entiende

¹⁰¹ 80 Eng. Rep. 61 (1606)

¹⁰² 89 Eng. Rep. 160 (1677)

¹⁰³ 170 Eng. Rep. 1033 (1808).

¹⁰⁴ 55 Mass. 475

que el sistema es denegatorio de resarcimiento, salvo que una ley expresamente admita la indemnización.

Sin embargo, las diferencias entre el *common law* y el Derecho continental no son ni tajantes ni permanentes¹⁰⁵. No sólo existen ámbitos territoriales donde prevalece el Derecho continental dentro de los países en los que predomina la tradición del *common law* —como Puerto Rico y Louisiana en los EE. UU. y Quebec en Canadá—, también es posible especular sobre ámbitos temáticos en los que la fuente predominante del Derecho son los precedentes: uno de ellos podría ser la cuantificación de los daños. Dentro de la tradición continental las decisiones judiciales que se toman para indemnizar daños surgen significativamente de los precedentes, y en particular la contribución de la legislación para la determinación de la responsabilidad y la cuantificación del daño es mínima. Por un lado es casi imposible para un legislador recibir en una norma de carácter general todas las situaciones que se presentan en los casos de daños. Se afirma que el uso de los precedentes como fuente del Derecho produce resultados económicamente más eficientes¹⁰⁶. Si bien los litigantes intentan ganar el caso y no incrementar

¹⁰⁵ En 1947, Felix Frankfurter escribió: “*as late as 1875 more than 40% of the controversies before the (Supreme) Court were common-law litigation, fifty years later only 5%, while today cases not resting on statutes are reduced almost to zero*”. En 1982 decía Guido Calabresi confirmando esta tendencia: “*The last fifty to eighty years have seen a fundamental change in American law. In this time we have gone from a legal system dominated by the common law, divined by courts, to one in which statutes enacted by legislatures, have become the primary source of law*”. La tendencia actual se caracteriza por un incremento —en número y variedad— de la legislación, la declinación de los precedentes, el surgimiento del Derecho Administrativo y la expansión de las funciones del Estado.

¹⁰⁶ Existe una amplia discusión sobre la eficiencia de los principales sistemas de creación de normas; el *common law* o *decisionary law* (Derecho consuetudinario) y el Derecho continental (*civil law* o *statutory law*). Richard Posner (en *Economic analysis of law*, 1972) sugiere que estos sistemas están guiados por objetivos distintos, mientras que el *common law* intenta maximizar la riqueza, el *statutory law* responde a la redistribución en función de intereses específicos. Pero en la práctica —como se ha señalado en la nota 105— ambos sistemas coexisten y se complementan, y si el proceso legislativo previo estuviera motivado en una identificación amplia de necesidades y hubiera logrado consenso antes de la sanción de una norma, se habría encaminado también hacia la eficiencia. R. Paetzold y S. Willborn afirman (en *The efficiency of the common law reconsidered*, 14, *George Mason University Law Review*,

la eficiencia del sistema, las normas ineficientes son cuestionadas en mayor medida que las eficientes. De esta forma, los precedentes logran “evolucionar” hacia equilibrios más estables, y lo hacen en forma más suave, no con la dilación y las reacciones que acompañan la introducción de una norma por vía legislativa, en particular cuando ésta tiende a privilegiar intereses particulares.

La autoridad de los precedentes incluye la posibilidad de que éstos sean el fundamento de los recursos de apelación. En este sentido, en “Pascual R. Alem c/Carlos A. Quevedo y otro” se responde así a este tipo de fundamentación de los agravios¹⁰⁷:

En cuanto a los casos invocados por la actora como semejantes, todos con sexo y edades similares a las del actor: (1) En autos “Fernández c/Fundición de Hierro Azara”¹⁰⁸ la limitación se presentaba en el dedo pulgar de la mano derecha, cuya rigidez en la extensión así como una cicatriz en el mismo dedo dificultaba la presión, impidiendo al actor realizar maniobras habituales en las tareas de operario que hasta entonces llevaba a cabo; (2) en autos “Abellan c/Fi-

1991, ps. 157-176) que aun cuando los jueces estarían en mejores condiciones para crear normas –que los legisladores parlamentarios– son necesarias ciertas condiciones: que exista recurrencia (cierta frecuencia de litigiosidad); que quienes pagan el costo de la ineficiencia tengan suficiente capacidad legal, representatividad (que los costos y beneficios de un litigante coincidan con los costos y beneficios de la sociedad) y estabilidad (el proceso de evolución hacia la eficiencia requiere tiempo, es necesario por tanto que las condiciones anteriores se mantengan estables para que el proceso llegue a su fin). Los autores no ven claro que estas condiciones se den en todas las áreas del Derecho y afirman que tal eficiencia no es plausible. Paul Rubin (en *Why is the common law efficient?*, en *Journal of Legal Studies*, 6, 1977, ps. 51-63) afirma la eficiencia basándose en una analogía con la evolución natural, afirmando que es mayor la probabilidad de que decisiones y reglas ineficientes sean recurridas que aquellas consideradas eficientes, y entonces gravitaría más la presión de los litigantes que la calidad de los jueces; dice que las reglas eficientes producen acuerdos entre las partes; las ineficientes, litigación. Gerge Priest (en *The common law process and the selection of efficient rules*, en *Journal of Legal Studies*, 6, 1977, ps. 65-82) dice no poder demostrar que el *common law* es o será en algún modo eficiente, sugiere que son necesarias: cierta frecuencia en cuestionar las reglas ineficientes, capacidad de cambio en la sociedad en los aspectos bajo disputa, y adaptabilidad en los precedentes a nuevas formas de conflicto, por eso observa mayor eficiencia en algunas áreas del Derecho y en otras no.

¹⁰⁷ Cám. Nac. Civ., sala F, 15-2-99.

¹⁰⁸ Cám. Nac. Civ., sala F, 5-2-98.

nocchietti”¹⁰⁹, este tribunal no fijó la cifra pues declaró desierto el recurso¹¹⁰, y (3) en autos “Lamberti c/Crotto”¹¹¹, se trataba de lesiones en el brazo izquierdo, habiéndose tomado en cuenta la actividad artística y el trabajo artesanal que llevaba a cabo, que requería la habilidad plena de ambas manos y brazos. En consecuencia, no encuentro que los casos sean equivalentes ni la lesión en el pie que debe sobrellevar (la víctima) sea equiparable a la de estos precedentes.

De esta forma se establecen las reglas de “equivalencia” y de “autoridad” necesarias.

7.4. *Homogeneidad y volatilidad del “quantum” indemnizatorio*

Cuando se analiza el funcionamiento del sistema de administración de justicia, uno de los aspectos más relevantes es la homogeneidad con que los tribunales evalúan los daños. En cierta medida las reglas procesales, y en particular las de la prueba, intentan eliminar las múltiples causas de incertidumbre dentro de las que un juez debe estimar la cuantía de los daños. Aun cuando no es de esperar que todos los jueces resuelvan en forma idéntica casos similares (en realidad no es posible hablar de casos estrictamente iguales), sí es necesario que las decisiones judiciales guarden una distribución o tendencia razonable y una dispersión mínima. Se trata de un requisito básico para garantizar la seguridad jurídica, dar predictibilidad y eficiencia a las operaciones de seguros y garantizar la igualdad de todas las personas ante la justicia. Contrariamente, cuando

¹⁰⁹ Cám. Nac. Civ., sala F, 10-6-97.

¹¹⁰ Lo afirmado da una pauta en el sentido de que las decisiones de primera instancia no constituyen precedentes, por lo menos del valor de las de un tribunal que puede decidir con carácter definitivo. En “Dolores Howard *versus* Wal-Mart Stores Inc.” (1998) el juez Posner afirma: “Wal-Mart has appealed out of fear (its lawyer explained to us at argument) of the precedential effect in future slip-and-fall cases of the judge’s refusal to grant judgment for Wal-Mart as a matter of law. We don’t tell people whether to exercise their rights of appeal, but we feel impelled to remind Wal-Mart and its lawyer that a district court’s decision does not have precedential authority, e. g., ‘Old Republic Ins. Co. *versus* Chukah & Tecson, P. C.’, 84 F.3d 998, 1003-04 (7th Cir. 1996); ‘Anderson *versus* Romero’, 72 F.3d 518, 525 (7th Cir. 1995) [...] We conclude, therefore, that the jury verdict must stand. And, Wal-Mart, this decision, a reported appellate decision, unlike the decision of the district court, will have precedential authority!”

¹¹¹ Cám. Nac. Civ., sala M, 20-2-96.

en una jurisdicción la situación es de gran volatilidad aparece la inseguridad jurídica dada por la impredecibilidad y las fluctuaciones –temporales o espaciales– de los montos resarcitorios. La inseguridad jurídica debilita la confianza en el sistema legal y, por su parte, la volatilidad es costosa, reduce el crecimiento económico y la inversión, y debilita el sistema financiero.

Cuando la compensación de los daños se torna ineficiente es posible distinguir algunas situaciones:

- (1) Decisiones judiciales totalmente reguladas o tasadas, y por lo tanto, cierta incapacidad del sistema para resolver casos particulares;
- (2) libre valoración de la prueba con aceptables valores medios de la distribución de los montos; aun cuando existe una razonable tendencia de los promedios, y los jueces no logren en su conjunto indemnizaciones parecidas para casos similares y la dispersión es alta;
- (3) volatilidad e inseguridad jurídica dada por la impredecibilidad y las fluctuaciones –temporales o espaciales– de los montos indemnizatorios.

Las causas de la volatilidad se deben –casi siempre– a decisiones erráticas debidas a la falta de políticas en materia judicial sobre cómo orientar las decisiones, aunque también es posible atribuirla a defectos legislativos. La estabilidad del mercado del seguro no depende significativamente de las normas sobre responsabilidad y reparación contenidas en la legislación, ni del nivel en el que el sistema judicial ubica los montos indemnizatorios. En definitiva, montos indemnizatorios altos se traducen en seguros más caros (aun cuando otros factores podrían incidir mucho más en el precio del seguro, *e. g.* volatilidad, plazo de prescripción).

Se pueden utilizar varios mecanismos para disminuir esta volatilidad (baremos, sistemas de información, topes)¹¹², pero la elección que finalmente se legisle o incentive debe basarse en aquel sistema que se traduzca, o aproxime, en un equilibrio óptimo entre todos los derechos e intereses en juego.

¹¹² ÁLVAREZ, GREGORIO y HIGHTON, *ob. cit.*

7.5. *Publicidad y saturación de los precedentes*

La ley francesa del 5 de julio de 1985 establece una solución que conduce al sistema a un mayor grado de seguridad jurídica. Las necesidades y los principios que prevalecieron en el desarrollo de esta ley fueron diversos. Por una parte se tendió a resolver los problemas del congestionamiento que se había generado en los tribunales por las causas derivadas de los accidentes de tránsito. En segundo lugar, prevaleció el principio de la reparación integral (fijación *equitativa* por parte del juez, atendiendo a todas las circunstancias del caso).

De alguna forma, la utilización de baremos de los cuales apartarse es la excepción, constituye un fuerte mecanismo de consolidación de las tendencias predominantes. Al estar rígidamente establecidos los hechos (o las variables) a considerar como relevantes en la valoración de la prueba, según cuál sea la cultura judicial, es de suponer cierto riesgo de cristalización de los criterios de resarcimiento. Contrariamente, el régimen francés se ubica en el otro extremo, donde la aparición de nuevas tendencias (ya sea sobre los hechos a considerar, las categorías a distinguir, los aspectos a indemnizar y la cuantía de la indemnización) se reciben por el sistema en forma dinámica. Probablemente un baremo introduce más certeza al mercado asegurador pues su rigidez tiende a disminuir la volatilidad que tenga como fuente las razones, *vel non*, diferencias entre los jueces. Pese a ello, la publicidad de los precedentes parece rescatar el principio de reparación integral –y por ende prioriza la situación de las víctimas, de alguna forma protege los derechos con tutela más débil– y también favorece la independencia judicial. El conocimiento del precedente no sólo favorece el respeto del principio de la igualdad de los ciudadanos ante la justicia sino también permite presumir que, con más información, los jueces puedan tomar decisiones que se ajusten a la de sus pares en casos similares y si fuera necesario se alejen –consciente y razonadamente– cuando encuentren hechos relevantes que así lo justifiquen.

En la ley francesa, la publicidad de los precedentes se complementó con un sistema de incentivos para la conciliación durante la etapa inicial del proceso judicial. Esta experiencia señala que la publicidad de las sentencias, en una forma que las haga accesibles para su recuperación

por medio de variables cuantitativas y cualitativas asignables al caso, producirá la auto-regulación de los montos de las indemnizaciones, dejando indemnes principios constitucionales, el efecto disuasivo y preventivo de la indemnización de acuerdo a parámetros de legitimidad del perjuicio y la posibilidad de una real compensación del daño causado a la medida de cada caso. También es necesario destacar que la sistematización de la información que más directamente afecta al sector asegurador –la de los montos indemnizatorios judicialmente determinados– facilitaría la optimización de las operaciones de seguros.

La ley francesa de julio de 1985 también tiende al mejoramiento de la situación de las víctimas de accidentes en la circulación y a la aceleración de los procedimientos de indemnización, al introducir una manera de actuar especial para el cobro del resarcimiento por parte de las víctimas de accidentes de tránsito, independientemente de que la responsabilidad que los origina sea contractual o extracontractual. Además, intenta hacer coincidir el ámbito de la ley de circulación con el del seguro obligatorio. Como hemos dicho, la normativa de la ley de circulación obliga a la empresa aseguradora que garantiza la responsabilidad civil debida al hecho de un vehículo terrestre a motor, a hacer una oferta de indemnización a la víctima o a sus sucesores. Se agrega la necesidad de efectuar una propuesta similar a otras víctimas. La oferta debe comprender todos los elementos indemnizables del perjuicio y daños a los bienes que no sean objeto de una reglamentación especial.

La ley obliga a la aseguradora a hacer la oferta dentro de un plazo predeterminado. Se prevé que la oferta de compensación debe ser suficiente. Con el objeto de completar el juego de la oferta y asegurar su seriedad, se contempla una serie de penalidades, a cargo de la aseguradora, para disuadirla de hacer a la víctima un ofrecimiento manifiestamente insuficiente. A fin de limitar los riesgos de penalización, la aseguradora hará un ofrecimiento equivalente a indemnizaciones concedidas en supuestos de perjuicios comparables. Es suficiente que la propuesta constituya una base de discusión que permita iniciar la transacción, pudiendo la víctima, a su albedrío, aceptarla, rechazarla o renunciar a reclamarla.

Esta ley cambia el sentido del precedente jurisprudencial. La costumbre de nuestras revistas de jurisprudencia es incorporar un decisorio para

su difusión en la medida en que éste introduce una solución nueva, ya sea porque las circunstancias de ese caso nunca se habían presentado con anterioridad o porque se ha elaborado una solución distinta. Ésta es la estructura que utilizan nuestras revistas de jurisprudencia para seleccionar los casos que publican. Por otra parte, hoy muchos tribunales han entendido que la publicación en soporte informático o el acceso vía internet a los textos completos de todas las sentencias refuerza el principio de transparencia de la justicia y de igualdad ante la ley. Una de las consecuencias de este proceder es la destrucción de un cuerpo coherente de precedentes por la inundación o saturación provocada por precedentes redundantes¹¹³. Si bien a primera vista puede parecer que un precedente redundante no agrega nada a los casos publicados, ello es relativo, porque la jurisprudencia que justamente tiene mayor valor como fuente del Derecho se forma con la reiteración y constancia de los criterios; para más, cuando se trata de analizar los montos indemnizatorios contenidos en el precedente, cada caso participa en la creación de los criterios objetivos, independientemente de su redundancia lógica y aun cuantitativa. Pero aceptar sistemas que admitan y valoricen los precedentes redundantes requiere manejar un concepto distinto en relación con la consulta de la jurisprudencia. Éste es precisamente el resultado de la experiencia realizada durante diez años con la *Base de Montos Indemnizatorios por Daños Personales*; este sistema de información no es otra cosa que una base de jurisprudencia que permite recuperar precedentes pertinentes, ahora sí en relación con las variables relevantes para la determinación del resarcimiento. El sistema no queda saturado sino enriquecido por la coexistencia de precedentes redundantes, aporta información jurisprudencial sobre cómo se han indemnizado casos análogos, permite apreciar la variabilidad entre casos o decisiones. Cuando un juez, un abogado o las mismas partes obtienen información sobre montos indemnizatorios acordados en casos análogos están haciendo la misma operación lógica que cuando se utiliza un baremo. La diferencia radica en que éste es un “baremo dinámico”, acorde al estado actual de la tecnología que recoge toda la casuística hasta ahora decidida, se actualiza permanentemente en la medida en que se ingresen

¹¹³ BRENNER, Susan W., *Precedent inflation*, Transaction Publishers, 1992.

nuevas decisiones, y si bien es sólo orientativo tiene la fuerza derivada de su origen: las decisiones judiciales.

8. Conclusiones

Reiteramos que uno de los retos más delicados con que a diario se enfrenta el juez es el de cuantificar los daños. Y de lo expuesto se desprende que en lo tocante a la cuantificación de daños el valor de los precedentes es incalculable, tanto en el *common law* como en el Derecho continental, pero que si ambos sistemas partieron de polos opuestos y se acercaron, ahora se van oponiendo en sentido diverso en materia de cifras.

Es que en el Derecho continental la función de los jueces se ejerce en forma deductiva ya que su tarea consiste en limitar la generalidad de la norma jurídica, y en el *common law* los magistrados trabajan de manera inductiva pues deben encontrar o extraer una generalidad de uno o varios casos concretos particulares. En su sistema, no existía norma general alguna para restañar perjuicios cuando se trataba de homicidio, a tal punto que fue necesaria la legislación escrita para llegar a este resultado. Además, los precedentes se refieren al Derecho, no a los hechos, y cuando de jurados se trata, los hechos los determina el jurado que para ello no se guía por precedentes. De ahí que, especialmente en lo referente a montos, los veredictos pueden ser muy volátiles.

Nuestros jueces de raigambre romanista o continental desde antaño siguieron una norma legal general que reconocía los daños personales. No están obligados por los precedentes, mas en materia de cifras, con una base de datos donde se ingresen todas las sentencias en este aspecto fáctico, están en condiciones de extraer el caso similar y cuantificar el perjuicio de modo de ofrecer justicia, igualdad y seguridad jurídica, y es lo que, cada vez con mayor asiduidad, están haciendo los jueces de la Justicia Nacional en lo Civil, muchas veces constreñidos por los litigantes que invocan tales precedentes que los favorecen. Esta base de datos podría asimilarse a un baremo móvil o flexible, el cual lleva ínsita su constante actualización y adaptación a la realidad, ajena a la fría aplicación de cálculos matemáticos que rechaza casi unánimemente la jurisprudencia de nuestro país.

Es decir, los sistemas continentales dependieron de sus leyes y sus códigos para construir su Derecho, a tal punto que inclusive (por tratarse la decisión del juez de una “mera” interpretación y aplicación de la ley) se pone en duda si la jurisprudencia constituye o no una fuente autónoma de Derecho. Pero en un sistema continental, para cuantificar los daños, lo valioso es el precedente con variables similares, pues (salvo limitación legal) la cifra no puede encontrarse en la generalidad de la ley. Y en el *common law* es el Derecho o la norma jurídica lo que se encuentra en los precedentes, pero no se jerarquizan de ellos las variables “no relevantes”, que son las concretas del caso, de las cuales se puede llegar a una cuantificación por analogía en relación a casos similares que tramitan por ante otros tribunales. Por cierto que la seguridad jurídica se atormenta enormemente por la desproporción de las cifras provenientes de las sentencias de diversos tribunales.

Con el objeto de peticionar y resolver con un cierto grado de certeza y dar homogeneidad a las cifras en los casos de daños corporales, el abogado requiere del conocimiento de otras ciencias que ofrecen herramientas cuantitativas que permiten fundar la cantidad de reclamo y de condena en criterios objetivos. En el futuro, y de ser posible, ansiamos que también en estas áreas se lleve a cabo una integración de nuestro país en un contexto regional.

Por último, no podemos dejar de subrayar que la publicación de los aspectos concretos y cuantitativos de los precedentes a través de su recolección en una base de datos no sólo sirve para reconstituir la jurisprudencia como relevante fuente de Derecho, a los fines de lograr la deseada uniformidad. La publicidad de las decisiones, en un conjunto razonable y ecuánime, es la mejor forma de lograr claridad y evitar suspicacias. Es, a la vez, un modo de modernizar, perfeccionar y corregir errores. El sistema democrático exige la publicidad de los actos de sus poderes, y el Poder Judicial es uno de los tres poderes del Estado que debe recuperar un bien merecido prestigio.