

REPARACION DEL DOLOR: SOLUCION JURIDICA Y DE EQUIDAD

1. El fallo anotado	163
2. Derecho y moral	180
3. Laicización del Derecho	182
4. El enfoque jurídico de la responsabilidad civil	183
5. Compensación del daño moral	184
6. El quantum de la sanción	185
7. Las circunstancias del caso	186

REPARACION DEL DOLOR: SOLUCION JURIDICA Y DE EQUIDAD

SUMARIO: 1. El fallo anotado. 2. Derecho y moral. 3. Laicización del derecho. 4. El enfoque jurídico de la responsabilidad civil. 5. Compensación del daño moral. 6. El quantum de la sanción. 7. Las circunstancias del caso.

1. EL FALLO ANOTADO

C'NCiv., sala C, julio 25-978. Mil de Schneider, Bertha c. Baranowsky, Pedro.

2^a instancia. Buenos Aires, julio 25 de 1978.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

El doctor *Cifuentes* dijo:

1º) Tres agravios han motivado el recurso del demandado principal y la aseguradora citada en garantía, contra la sentencia de 1^a instancia. Se trata de un transeúnte atropellado por un automotor, que demandó la indemnización de los perjuicios ocasionados a su persona, y que concedió el fallo apelado después de establecer la responsabilidad consiguiente. Esos tres agravios no están referidos a dicha responsabilidad, que se reconoce en esta instancia, sino a los montos y el concepto de los perjuicios, así como a la actualización del daño emergente. El escrito que sustenta las

críticas fue presentado a fojas 189 y no fue contestado. Hubo apelación, asimismo, por los honorarios al perito.

La primera queja hace hincapié en el grado de incapacidad de la damnificada, pues no se considera admisible la determinación pericial que le estableció en el 33 % del valor total vida humana, dado que no habrían quedado secuelas en el miembro inferior, aparte de que, por la edad de la víctima, sexo y condiciones, se sostiene que es excesiva la suma del resarcimiento. La segunda contesta el concepto resarcitorio del daño moral, acogido en la sentencia, y por tal motivo impugna por elevado el monto conferido. La tercera sostiene que la indexación no debió ajustarse a índices oficiales, debiéndose reducir el incremento de reajuste.

2º) No acompaña los agravios. Ninguno, a mi parecer, está justificado.

a) La peritación médica, si bien llegó a la conclusión de que la fractura del peroné de la pierna derecha quedó consolidada sin secuelas, dice seguidamente que la fractura del hombro derecho presenta pérdida parcial de su capacidad funcional, lo que en la rodilla derecha se repite "por el hundimiento del platillo tibial externo". De ahí que el perito llegara al 33 % de incapacidad total. En las explicaciones médicas observó que esa rodilla conservaba dolores a la presión y una limitación en su movimiento de flexión, imposibilidad de adoptar la posición de cuclillas o de rodillas y apoyo firme doloroso sobre la pierna derecha.

Precisamente, al tener en cuenta la edad avanzada de la damnificada y su condición modesta, el juez redujo sensiblemente la indemnización que a un daño tal, según el cual quedó gravemente disminuido el miembro superior derecho y el inferior de igual lado, hubiera correspondido, de tratarse de persona joven de posición económica sobresaliente, con entradas dine-

rarias importantes. No me parece pues exagerada la estimación de \$ 600.000, con el valor de compra de la moneda de estos tiempos, pues por menores que fueran las ganancias de la damnificada y por pocas que fueran las posibilidades de su subsistencia, rápidamente se advierte la pérdida potencial que ha significado un demérito semejante, disminuyendo esas energías de manera notoria, desde que interesan a la movilidad del brazo y de la pierna, y acrecientan los efectos deteriorantes de la edad.

b) Sobre la condición resarcitoria del daño moral, bastan las fundamentaciones del pronunciamiento apelado, que no aparecen suficientemente contestadas en el agravio.

Esta sala viene sosteniendo esa doctrina desde antes de su composición actual. El resumen de las razones es bien claro:

1. El espíritu y la letra del artículo 1078, después de la reforma de 1968, decididamente no acompaña a la idea de la pena o sanción ejemplar. Habla la ley de la "obligación de resarcir...", y de la "reparación del agravio moral...", así como de la "indemnización del daño moral". Tal es la terminología empleada en cada uno de sus párrafos. Ninguna de estas palabras tiene algo que ver con el concepto de la *pena* o *sanción*. También, en el caso del daño moral por incumplimiento contractual, la ley se refiere a la "indemnización por responsabilidad" de ese tipo... y a la "reparación del agravio moral..." (artículo 522 del Código Civil).

2. Una verdadera pléyade de autores extranjeros y nacionales, mayoría hoy, sin duda, ha sostenido el carácter reparador del daño moral (conf.: Charles Baudent, *Les contracts et les legislations*, p. 733, nº 1156; Colin y Capitant, *Curso elemental de Derecho Civil*, vol. 3, p. 745, trad. de Demófilo de Buen; Planiol y

Ripert, *Traité élémentaire de Droit Civil*, vol. II, p. 100, nº 252; L., H. y H. Mazeaud, *Lecciones de Derecho Civil*, 2^a parte, vol. II, p. 72, nº 422, Buenos Aires Ed. Ejea; Louis Josserand, *Derecho Civil*, t. II, vol. 1, ps. 330 1, nos. 441 y 442, trad. Cunhillos Manterola; Ripert-Boulanger, *Derecho Civil. Obligaciones*, 2^a parte, t. V, ps. 94 y siguientes, especialmente nº 998, trad. García Daireaux, Ed. La Ley; Hans A. Fischer, *Los daños civiles y su reparación*, parág. 17, II, 2, p. 228, trad. Roces; Von Thur, *Tratado de las Obligaciones*, t. I, parág. 15, ps. 88/9, trad. T. Ravá A.; De Cupis, *La pubblicazione della sentenza de condanna...*, Rivista de diritto civile, 1935, p. 167; Barbero, *Derecho privado*, t. IV, ps. 740 y siguientes, trad. Sentís Melendo; Lafaille, *Tratado de las Obligaciones*, t. II, ps. 327 y siguientes, nº 1231 y t. I, ps. 210 y siguientes, nº 228 y siguientes; Salvat-Galli, *Obligaciones en general*, vol. 1, ps. 214/5, nº 187; Colmo, *Obligaciones*, ps. 124 y siguientes, nos. 154 y siguientes, 3^a ed.; Busso, *Código Civil anotado*, t. III, p. 414, nº 81 y siguientes, ed. 1958; Borda, *El daño moral*, Rev. *Aequitas*, año V, ps. 21 y siguientes, *La reforma del Código Civil. Responsabilidad contractual*, en *El Derecho*, t. 29, ps. 763/7, y *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, ps. 190 y siguientes, nº 179 y siguientes, 4^a edición; Acuña Anzorena, *La reparación del agrario moral en el Código Civil*, en *Revista La Ley*, t. 16, p. 532, nota al fallo 8292 y *Estudios sobre la responsabilidad civil*, ps. 55 y siguientes; Jorge Suárez Videla, *El daño moral y su reparación civil*, en *Jurisprudencia Argentina*, t. XXXV, ps. 1 y siguientes, sec. doe.; Orgaz, *El daño resarcible*, ps. 221 y siguientes; L. Colombo, *Culpa aquiliana*, t. II, ps. 295 y siguientes, 3^a edición y *En torno a la indemnización del daño moral*, *Revista La Ley*, t. 109, ps. 1173 y siguientes; Rezzónico, *Estudio de las obligaciones*, ps. 106 y si-

guientes, 6^a edición, 1953; Enrique V. Galli, *Agrario moral*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. I, ps. 604 y siguientes; Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, t. I, ps. 250 y siguientes; Roberto H. Brebbia, *El resarcimiento del daño moral después de la reforma del decreto-ley 17.711*, en *El Derecho*, t. 58, p. 239, nota al fallo nº 25.810 y *El daño moral*, nº 96, 2^a edición; J. Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, nº 509 y siguientes; Roberto César Suárez, *A propósito de un plenario. El daño moral y la problemática de la transmisión de su acción reparatoria*, en Revista *La Ley*, t. 1977-B, p. 793; Mosset Iturraspe, *Reparación del daño moral*, en *Jurisprudencia Argentina*, t. 20, p. 295, año 1973, entre otros).

No son pocos los fallos de jurisprudencia que siguen tal corriente (conf. CNCiv., sala C, en anterior composición, Revista *La Ley*, t. 137, p. 270, nº 64.800; sala F, *El Derecho*, t. 39, p. 487, Revista *La Ley*, t. 146, p. 659, fallo 28.651-S; sala B, Revista *La Ley*, t. 148, p. 121, voto del doctor Fliess; sala F, *El Derecho*, t. 45, p. 564; CNFed., sala I civil y comercial, *Jurisprudencia Argentina*, t. 20, p. 211, año 1973, con nota aprobatoria de Mosset Iturraspe; CNCiv., sala E, *El Derecho*, ps. 252 y 500; sala C en anterior composición, voto del doctor Belluscio, *Jurisprudencia Argentina*, t. 27, p. 334, con nota aprobatoria de A. M. Morello, año 1975; y en su actual integración, Revista *La Ley*, t. 1976-D, p. 335; t. 1977-B, p. 147; ver también mis sentencias de juez de 1^a instancia, *El Derecho*, t. 30, p. 640 y Revista *La Ley*, t. 144, p. 195; CNFed., sala I, voto del doctor Pérez Delgado, *El Derecho*, t. 70, p. 308).

3. El dolor humano es algo apreciable y que debe considerarse al margen de las razones religiosas o espirituales que subyacen en toda idea de fortalecimiento y grandeza del alma como preparación moral o hacia

el más allá. La tarea del juez es realizar la justicia humana, y con ello no hay enriquecimiento sin causa ni se pone en juego algún tipo de comercialización de los sentimientos, como se ha pretendido. No hay lucro con esta reparación aprovechándose de ese dolor, pues el concepto del lucro viene de sacar ganancias o provecho, y en este caso se trata de obtener compensaciones ante un daño consumado; es un beneficio contrapuesto al daño; el único posible, para que se procure una igualación en los efectos. El dinero es un medio de obtener contentamientos, goces y distracciones, para restablecer el equilibrio frente al desequilibrio producido por el ataque a los bienes inmateriales o extrapatrimoniales.

La idea del *lucro*, presupone la de la inexistencia del daño o agravio. Pues, es inaceptable sostener que el dañado viene a lucrar con el elemento que se le ofrece para compensar el menoscabo sufrido, dolor o perjuicio que provocó el ataque. La indemnización, pues, no es ni puede ser lucrativa, sino resarcitoria. A menos que se pretenda negar la posibilidad de daños extrapatrimoniales, lo que ni siquiera suponen los autores que siguen la teoría de la pena ejemplar.

Reparar no importa crear o producir utilidad y ganancia, sino corregir, enmendar, satisfacer y desgraviar. Nadie lucra pues con los sentimientos heridos, con los aspectos espirituales del sufrimiento, al conceder una indemnización como prevé la ley.

4. La teoría de la pena ejemplar no ha logrado explicar por qué la especie de multa o sanción pecuniaria que admite, según la ofensa o grado ofensivo del atacante, va a concederse en provecho del atacado. Es decir, si se estableciera tal pena, no tiene base racional, legal ni lógica sostener que la aprovecha la víctima; que pasa a su patrimonio.

Esta es, a mi parecer, una objeción que penetra en el corazón mismo de la teoría de la sanción ejemplar; que no se ha logrado levantar por sus expositores y que la hiere en el centro de su comprensión. Admitir, por lo tanto, penas que van en provecho del damnificado es retroceder muchos siglos, cuando todavía la *composición* y el *wergel* de los bárbaros germanos llegaban a igual resultado, antes de que el Estado viniera a ser el que receptara todos los aspectos sancionatorios represivos, desvinculando a los parientes del muerto, o al propio lesionado.

5. La imposibilidad de comparación de los elementos es otro argumento desacertado. Se ha pensado que son incommensurables los dolores morales, que es imposible tasarlos, valorarlos, estimarlos pecuniariamente, y por eso se llega a la idea contradictoria de la pena ejemplar en provecho de la víctima.

El dinero aquí no cumple una función valorativa exacta, sino de satisfacción frente al sufrimiento. Es pues un medio compensatorio, no un equivalente. Nadie pretende dar un equivalente, pues ya no es posible reparar en especie, es decir, reponer o lograr la reposición (arg. artículo 1083 del Código Civil). Dar medios de satisfacción frente al dolor no es lo mismo que tasarlo monetariamente. Decía Ihering que el dinero puede cumplir esa función de satisfacción, la cual no es igual que la equivalencia. Esto se hace en muchos órdenes de la vida y nadie se escandaliza: retribución por una labor intelectual, la del abogado, por ejemplo; la del médico, que salva la vida del paciente; la del artista que en la plástica, letras o música, lleva a cabo una obra con valores estéticos, y a quien se le viene a retribuir los derechos de autor. Es que en ninguno de estos casos es posible tasar o dar precio acumulativo y justo al intelecto, al talento, al arte o al espíritu, como

tampoco nadie pretende dar precio al dolor. Pero sí es posible compensar con el medio que se tiene como único y en la medida de las limitaciones humanas.

La dificultad de los ejemplos expuestos no impide las retribuciones del caso, lo mismo que la dificultad de calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado. Decía en Italia Minozzi, transcripto por Suárez Videla: "todos los días se evalúan y se cambian obras de arte, cuadros, estatuas, invenciones, servicios personales, y ninguna de tales evaluaciones es jamás determinada sobre la base del metro cuadrado del cuadro, el metro cúbico de la estatua o la unidad de tiempo empleado por el genio personal para enriquecer el arte o la ciencia con nuevas verdades. Existe una especie de criterio cualitativo de evaluación, que sustituye el ordinario método cuantitativo en aquellos casos en los cuales la regla, el compás, la tarifa o el mercurial no pueden aplicarse..." ¿Cómo determinar la medida del dolo en el delito penal para aplicar la pena? El juez debe establecerla entre el máximo y el mínimo legal, y ello ocurre a menudo también sobre una base cualitativa, difícil de definir materialmente hablando. Colmo explicó que el problema de la incommensurabilidad del daño moral, es inherente a toda materia que entraña apreciación; con ese criterio quedaría desvirtuado el derecho mismo, cuyos principios jamás pueden ser rígidos y sí amoldables a las contingencias.

Esta objeción no toca en la entraña del daño moral, sino que plantea sus dificultades. Pero difícilmente o no, cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que proceda, para resarcir en lo posible. Dificultad no es imposibilidad, y tampoco es propio de la tarea del magistrado moverse solamente dentro de lo fácil, dentro de lo plano y sencillo. Tales dificultades, como las expuestas y otras que se van planteando a diario, son

parte de su tarea y del bien que se espera de su labor para la sociedad. Por lo demás, apreciar monetariamente el dolor no está más erizado de problemas que medir monetariamente la negligencia o la intención. En ambos casos se entra en lo subjetivo. La teoría de la pena sale de una incommensurabilidad pero entra en otra.

6. Bien ha dicho el juez, que no se comprende, desde la óptica de la pena ejemplar, cómo es posible graduar en intensidad cualitativa una sanción debida a la malicia, intención y dolo del autor del hecho, pese a que el acto produjera un mínimo padecer a la víctima. Mientras que, inversamente, una negligencia común puede producir dolores extremos, por lo que se calcularía, sobre aquella base de la acción del atacante, una suma irrisoria. Contrasentido que tampoco puede levantar la doctrina que contesto.

7. El dinero con el que se realiza la reparación satisfactoria no es algo que pueda calificarse de impuro, espirio, moralmente rechazable. El dinero es de valor neutro. Ni bueno ni malo. Todo depende del empleo que se le dé.

De modo que la satisfacción que pueda producir lleve a tener la más cruda materialidad: el lucro, la usura, la especulación; como la más exelsa destinación: ayudar con él al prójimo, hacer decir misas por algún ser querido, obtener distracciones, hacer beneficios y caridades. Lo importante es que se le den las posibilidades al agraviado de satisfacer su espíritu con su empleo, contraponiendo esas satisfacciones a los padecimientos provocados por el daño.

8. En el derecho positivo puede observarse que se considera, en otros casos específicos, resarcitoria la indemnización del daño moral, desde que el nuevo artículo 1071 bis, sancionado por ley 21.173, al resguardar el derecho a la intimidad, ha establecido la posibilidad

de que el atacante a ese derecho personalísimo, generalmente inmaterial, debe pagar “una indemnización que fijará equitativamente el juez”.

Los agravios morales penetran en la esfera de los derechos personalísimos y su reparación es lo propio de tales derechos. La reparación por violación de la imagen (artículo 31 de la ley 11.723), de la intimidad (ley 21.173), del honor, o de la integridad física, está frecuentemente destinado a indemnizar el daño moral.

Como, por otra parte, expuso el doctor Alterini *in re*: “Soria, Lidia c. López, Dionisio”, L. nº 206.655, del 11 de junio de 1976 —Revista *La Ley*, t. 1977-B, p. 627, sección Jurisprudencia Agrupada, caso 2317—, la teoría del resarcimiento obedece a los alcances del sistema vigente, pues al haber extendido el ámbito del daño moral a los distintos *actos ilícitos* delitos y cuasidelitos, parece poco compatible con la idea de la *sanción ejemplar* que el orden jurídico reaccione de ese modo frente a actos donde solamente medió culpa de sus autores.

Ante los dolores soportados, actuales dolores subsistentes, padecimientos propios de las curaciones y tratamientos a los que debió ser sometida (internaciones, yeso, tornillo de fijación, etapa de rehabilitación, etc.), considero inclusive reducida la suma acordada por el *a quo*, de \$ 400.000. En este caso, pienso que debió ser mayor esa indemnización al daño actual, pasado y futuro.

9. Esta sala aplica los índices de precios al por mayor para atender a la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, realizando una verdadera indexación sobre la base de datos ciertos, notoriamente conocidos, y que tienen la virtud de producir seguridad y evitar arbitrios, por veces equivocados. Tanto es así, que se ha observado que, con el pretexto de la libre y pru-

dencial consideración, llegan al tribunal algunos fallos que sobrepasan los propios índices del INDEC. Toda esta materia dejada a la discreción padece de una quiebra conceptual en la base, pues no se trata de dar graciosos aditamentos, sino de evaluar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, encontrándose en plaza conocidos y oficiales coeficientes que la demuestran. Solamente sería del caso apartarse de esos datos serios y razonables, frente a la equidad permitida por normas expresas (artículos 1069, 907..., del Código Civil, verbigracia). Fuera de ellas, corre el peligro de que la equidad se confunda con la arbitrariedad (conf., Revisa *La Ley*, t. 1976-C, p. 94; t. 1976-D, p. 213; t. 1977-A, p. 511; *El Derecho*, t. 69, p. 231; t. 76, p. 510; t. 76, p. 509; t. 75, p. 518).

Pues bien, en mayo de 1974 el índice era de 2.374,5 y en diciembre de 1977, fecha del fallo, de 161.281,7, por lo que correspondía multiplicar la suma reconocida de \$ 4.650 por 67,92, con un resultado mucho mayor al obtenido por el juez. Pero esta solución está consentida por la actora, debiéndose rechazar, simplemente, el agravio del demandado.

3º) Conclusión: voto por la afirmativa y por lo tanto, que se confirme la sentencia apelada en todas sus partes, con costas de 2^a instancia a cargo de la demandada apelante (artículo 68 del Código Procesal). Los honorarios los tratará la sala en conjunto.

El doctor *Durañona y Vedia* dijo:

Ya he vertido opinión, antes de ahora, siguiendo las enseñanzas de parte de la doctrina y consecuente con reiterada jurisprudencia, en el sentido de que la reparación del agravio moral prevista en el artículo 1078 —texto actual— del Código Civil responde a un fin sancionatorio y no resarcitorio (conf. Llambías,

Tratado... Obligaciones, t. I, ps. 326 y siguientes; Cichero, *La reparación del daño moral y la reforma civil de 1968*, en *El Derecho*, t. 66, p. 157 y *El precio del dolor*, en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1964 - III, p. 358; Alterini, Atilio A., *Curso de Obligaciones*, vol. I, ps. 297 y siguientes; Legón, *Naturaleza de la reparación del daño moral*, en *Jurisprudencia Argentina*, t. 52, p. 794; ver Bibiloni, *Anteproyecto*, Ed. Kraft, 1939, t. II, p. 241, nota a los artículos 1390 y 1391; CNCiv., sala A, *El Derecho*, t. 30, p. 697; ídem, *El Derecho*, t. 36, p. 100; ídem, causa "De Salvo, Francisco c. Fernández, Dositeo", en *El Derecho* del 21-3-77; ídem, *El Derecho*, t. 46, p. 400; ídem, *El Derecho*, t. 57, p. 2251; ídem, *El Derecho*, t. 58, p. 282; ídem, *El Derecho*, t. 66, p. 181; ídem, *El Derecho*, t. 68, p. 215; ídem, *El Derecho*, t. 61, p. 292; ídem, *El Derecho*, t. 61, p. 296; sala B, *El Derecho*, t. 59, p. 129; sala C, *El Derecho*, t. 55, p. 549; ídem, *El Derecho*, t. 30, p. 696; ídem Revista *La Ley*, t. 155, p. 82; ídem, *El Derecho*, t. 68, p. 441; sala D, *El Derecho*, t. 30, p. 442; ídem, Revista *La Ley*, t. 153, p. 226; ídem, *El Derecho*, t. 58, p. 652; sala E, *El Derecho*, t. 51, p. 741; sala F, *El Derecho*, t. 56, p. 55; Revista *La Ley*, t. 1975-A, p. 876, sección Jurisprudencia Agrupada, caso 879; ídem, *El Derecho*, t. 69, p. 337; ídem, *El Derecho*, t. 58, p. 280).

Admito que el tema no es simple ni fácil la solución, tanto que en torno de la naturaleza de esta imposición se han escrito muchas páginas de tratados y artículos monográficos, siendo mayoritaria la doctrina que se inclina por la tesis del carácter indemnizatorio, como lo pone de relieve el doctor Cifuentes en el voto que antecede que prácticamente cubre la bibliografía sobre tan interesante problema jurídico, añadiendo argumentos con novedosa exposición que invitan a reflexionar y que por su aguda profundidad hay que reconocerles el mérito de reavivar el debate. Pero mientras la

reflexión acerca de esas razones y la relectura de los demás autores maestros en la materia no me lleven a inclinararme por la tesis del resarcimiento, me mantengo en el enfoque que he preferido, sostenido con no menos valía por prestigiosos civilistas, por las siguientes razones: a) me parece no contestado satisfactoriamente el argumento de que el dolor no puede ser restaurado, ni apropiadamente compuesto o compensado, ni con el dinero ni con el goce de otros bienes. Con ellos simplemente se puede obtener una distracción de la pena moral, del sentimiento lastimado. Se podrá con el dinero quizás superar una depresión psíquica, pero aquí se trataría de un daño material. Esa superación influirá sin duda como paliativo del mal real anexo, pero jamás se logrará desarraigarse la afección anímica en su verdadera identidad. No se recompondrá en su singular índole el bien moral afectado cuya equivalencia es imposible de concebir por razones que hacen a su misma esencia espiritual (ver Llambías, *op. cit.*, ps. 335 y 336; Cichero, *op. cit.*, cap. IV).

La función de satisfacción a que se refieren algunos expositores de la teoría que no comparto (ver Llambías, p. 333 y nota 5 citando la opinión de los Mazeaud; Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, p. 180) y a la que alude el distinguido vocal preopinante no puede, en verdad, ser desconocida. Muy acertado está el doctor Cifuentes en poner de relieve que el damnificado por el daño moral no tiene necesariamente que destinar el dinero que recibe en empleos meramente materiales que se traduzcan en un lucro de su propio dolor. Bien puede concretar una inversión satisfactoria que apunte al logro de goces nobles, sanas distracciones que mengüen su dolor y canalicen su resignación: práctica de la caridad, contribuciones con fines de carácter social, votos o plegarias, etc. Pero es

que ese rol de satisfacción, ya que no estrictamente de composición o indemnizatorio, que cabe reconocer al dinero, importa a mi juicio una verdadera pena civil, que es destinada por la norma positiva al peculio del perjudicado por razones de política legislativa basadas en la equidad. En ello no ha de verse ningún óbice que se pretenda basado en razones éticas, ya que si así se pensase cabría la misma objeción a todo tipo de multa represiva. Que quien aproveche el importe de la pena monetaria sea uno de los componentes de la sociedad —el particular agraviado— por reputarlo conveniente la ley, para consolar siquiera en parte el mal sufrido, no se traduce en diferencia esencial respecto de los otros casos en los que es la colectividad la que adquiere fondos o recursos con causa en infracciones o delitos. Por lo demás, existen otros casos de multas que son a beneficio de los damnificados o perjudicados, sin que respecto de las mismas se hayan levantado voces acusadoras (v. gr. artículos 37, 45, 374, 525 inciso a y 551 del Código Procesal y 666 bis del Código Civil; conf. Cicheiro, *op. cit.*, cap. X, nota 58). El arduo problema de la incommensurabilidad no es para mí decisivo, para optar por una u otra concepción doctrinaria, pues las dificultades prácticas de tarifar o calibrar el dolor, tienen como contrapartida los mismos embarazos al tiempo de medir en moneda la gravedad del acto ilícito. Pero no se diga que esta última dificultad puede inclinar el fiel de la balanza para la tesis resarcitoria, pues en materia punitiva en general, tanto en el derecho penal como en el administrativo, la propia ley impone las multas o penas pecuniarias en proporción al grado de intensidad de la conducta antisocial. En cuya valoración no resulta totalmente ajeno al resultado del hecho, lo que se advierte sin dificultad cuando se comparan las distintas penas previstas para los diferentes tipos delictivos de una

misma categoría de hechos (v. gr. en los delitos de lesiones de los artículos 89 y siguientes del Código Penal); b) El artículo 522 del Código Civil, al establecer la reparación del daño moral en el incumplimiento contractual, deja librado a la prudencia del juez la procedencia de esta condena “de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso; función que implica una valoración de la conducta del incumplidor, sobre todo en lo que atañe al primer extremo a computar por el juzgador, de donde se deduce que la imposición será la resultante de un reproche subjetivo del proceder antijurídico del causante del daño inferido (ver, Llambías, *op. cit.*, D, p. 353, párrafo 2º y Cichero, *op. cit.*, cap. XI).

Por lo anteriormente expuesto considero que el monto de dicha sanción debe graduarse valorando en primer lugar la gravedad de la falta cometida por el autor del hecho y sus condiciones personales, entre las que debe apreciarse su situación económica (conf. Llambías, *op. cit.*, p. 342; CNCiv., sala D, *El Derecho*, t. 40, p. 741; sala F, *El Derecho*, t. 56, p. 550; Revista *La Ley*, t. 1975-A, p. 876, sección Jurisprudencia Agrupada, caso 879; sala A, causa “De Salvo c. Fernández”, ya citada).

Pero la entidad de las lesiones, de los daños en las cosas y, desde luego, la intensidad del propio dolor o de las molestias, que cabe inferir de las circunstancias del caso aunque no sean commensurables monetariamente, no están desprovistas de significación para el establecimiento de la sanción. Es que, como hemos visto en general, las consecuencias del hecho influyen en materia punitiva como pautas concurrentes para formar criterio acerca de la gravedad de la culpabilidad del agente (conf. sala F *in re*: “Grossi, Pío c. Pazos, Carlos, de 13-10-76, en Revista *La Ley*, t. 1977-B, p. 231; ídem,

“Merlo, Alba c. Moreno, José”, del 31-5-77, en Revista *La Ley*, t. 1978-A, p. 626, sección Jurisprudencia Agrupada, caso 2537: ídem, “Tozzi, Mario c. Spece, Alfredo”, del 26-10-76, Revista *La Ley*, t. 1978-A, p. 639, sección Jurisprudencia Agrupada, caso 2673).

En el caso *sub judice* se trata de la imprudencia del conductor de un automóvil de alquiler que no mantuvo el debido dominio de su vehículo y atropelló a una señora que cruzaba la esquina, causándole serias lesiones en la cabeza, en la cara y en las extremidades, consistentes en politraumatismos, fracturas óseas y escoriaciones. Atendiendo a las modalidades del hecho, a las circunstancias de que los demandados no acreditaron que mediare culpa alguna de la víctima que los exonerara o disminuya su responsabilidad (artículo 1113 del Código Civil) y a las consecuencias tanto físicas como morales que se han verificado, y que cabe inferir en el caso, estimo que el monto de \$ 400.000 impuesto en orden al daño moral, debe ser mantenido en la alzada.

Coinciendo por lo demás con las restantes consideraciones del voto que antecede, con la salvedad expuesta, adhiero al mismo.

El doctor *Alterini* dijo:

Esta sala, desde el acuerdo del 11 de junio de 1976 en la causa “Sorio, Lidia c. López Suárez, Dionisio”, se ha decidido por encuadrar la reparación del daño moral dentro del marco de la función indemnizatoria. Al compartir el voto del doctor Cifuentes en esta causa, al igual que el doctor Belluscio, expresé: “mi adhesión a explicar la reparación del daño moral sobre la base de la teoría del resarcimiento, obedece a los alcances del sistema vigente, pues al haberse extendido el ámbito del daño a los distintos *actos ilícitos* (ver especialmente el artículo 1078 del Código Civil), o sea tanto a los *delitos* (ilícitos con dolo del artículo

1072), como a los *cuasidelitos* (ilícitos con culpa del artículo 1109), me parece poco compatible con la idea de *sanción ejemplar* que el orden jurídico reaccione de ese modo frente a actos donde solamente medió culpa de sus autores, más allá de las significativas motivaciones éticas que fundamentan esa tesitura”.

Al votar en primer término en el expediente “Bauer, Eugenio E. y otra c. Dessein, Marta E. s/escrituración”, formulé estas observaciones: “Según el artículo 522 del Código Civil, en los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso”.

“Quiere decir, que la ley faculta al juez a disponer la reparación del daño moral, con especial atención a la índole del hecho generador o sea en definitiva la subjetividad del agente del daño (conf. Jorge J. Llambías, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. I, Buenos Aires, 1973, p. 353, nº 270 bis; Néstor Cichero, *La reparación del daño moral y la Reforma civil de 1968*, en *El Derecho*, t. 66, ps. 157 y siguientes, en p. 173). Esa ponderación de la conducta del autor del daño a los fines de la reparación, entiendo que no debe computarse como un reflejo de la teoría de la sanción ejemplar (contra: Cichero, *op. cit.*, ps. 172-173) pues no es incompatible con la explicación de dicha reparación con fundamento en la teoría del resarcimiento. Como no creo que en la reparación de los daños materiales deba atenderse, en principio, más a la entidad del daño que a la culpa, tampoco admito que la valoración de tal subjetividad convenga el fundamento resarcitorio acogido por la sala en materia de agravio moral (contra: Cichero, ps. 167-169). Efectivamente, pienso que la base de la

atribución de consecuencias está dada en el Código Civil por la regla de la previsibilidad, clara huella del subjetivismo (conf. López Olaciregui, José María, en Raymundo M. Salvat, *Tratado de Derecho Civil argentino. Parte General*, t. II, Buenos Aires, 1964, p. 220, nº XIV; Alterini, Atilio A., *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1970, ps. 160, 224, 226), de donde la búsqueda de la culpa o dolo del autor del daño que propicio en la esfera del daño moral y que armoniza con el artículo 522, bien puede compatibilizarse con la concepción indemnizatoria del daño moral".

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia apelada de fojas 175/179 en todas sus partes. Costas de 2^a instancia a cargo de la demandada apelante (artículo 68 del Código Procesal). *Santos Cifuentes, Jorge H. Alterini, Agustín Durañona y Vedia* (Sec.: Ana M. Conde).

2. DERECHO Y MORAL

Varias cuestiones específicas de la *responsabilidad civil*, no son comprendidas por importantes sectores, más aun, son resistidas con vehemencia, en razón de la inmoralidad que se pretende ver en ellas. Se sostiene, por vía de ejemplo, que es inmoral la denominada responsabilidad por riesgo creado, en la medida en que obliga a reparar a quien por no haber cometido falta alguna no merece un reproche; que es inmoral que se ponga un precio al dolor, al sufrimiento, y que se compense en dinero la lesión de los sentimientos o afectos; que es inmoral que el autor involuntario, que obra sin discernimiento o sin intención o sin libertad, pueda ser condenado a reparar...

Esta corriente parte, en su razonamiento, de una premisa que compartimos en lo general. La moral, en

su sentido no formal sino material, constituye el hogar propio del derecho, el cual, bajo este aspecto, "aparece como una parte integrada en el todo del orden moral". El hombre, "no pudiendo escindirse antinómicamente en *hombre jurídico* y *hombre moral*, ha de adoptar una conducta moral", es decir conforme con la ley moral, "tanto en los casos de discrepancia entre la norma jurídica y la norma moral, como incluso cuando cumple y acata la norma jurídica que no está en desacuerdo con la norma moral" (¹).

Frente a las concepciones jurídicas individual-liberalistas y colectivo-socialistas que niegan la esencia moral del derecho y buscan su fundamentación exclusivamente en la voluntad popular (²), y para las cuales, como consecuencia, los puntos de vista del derecho y la moral no pueden coincidir ni disgregarse, sostenemos la esencia moral del derecho. Y, por ende, no puede haber verdadero derecho si contradice a la moral. Es interesante recordar las expresiones de Doménico Barbero; el profesor de Milán, luego de señalar las notas distintivas entre moral y derecho, desde el ángulo formal, agrega: "Pero distintos en el fin, derecho y moral no son inconexos y, menos todavía, contrarios en su contenido...; ha habido lucha y puede haberla todavía entre *ley del hombre* y *moral*, pero es antes una lucha entre la *ley* misma y el *derecho*, ya que no puede ser *derecho* lo que no esté en lo *justo*, y no podría ser *justo* lo que pusiese en conflicto el fin contingente con el fin supremo, o insinuase en ello mal humor" (³).

(¹) LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1953, p. 262.

(²) MESSNER, J., *Ética general y aplicada*, Ed. Rialp, Madrid, 1969, p. 209.

(³) BARBERO, D., *Sistema del derecho privado. Introducción: derecho y ley*, p. 12, Ed. Jurídicas Europa - América, t. 1, Buenos Aires, 1967.

3. LAICIZACION DEL DERECHO

Empero, discrepamos con la corriente recordada en cuanto parece sostener la inexistencia de ámbitos o zonas en las cuales las soluciones jurídicas no coinciden con las morales, sin llegar por esto a ser inmorales.

Es oportuno recordar lo que nos cuenta Villey acerca del acatamiento del derecho romano por los cristianos; nos dice el eminentes jusfilósofo que luego de una actitud de respeto a la norma jurídica se fue gestando una crítica que llegó a ser muy fuerte: el derecho romano era un producto del mundo pagano, una de las dimensiones de una civilización que no había conocido a Cristo, vinculado a una filosofía que no era la del Evangelio, la de los Padres de la Iglesia y la del cristianismo. Si se construía la sociedad sobre el derecho romano, adaptándolo como modelo, ¿no significaba apartarse de la ley divina, ir en busca de la justicia con olvido y a costa de la caridad?

Agrega Villey que fue Santo Tomás de Aquino quien iba, a principios del siglo XIII, a eliminar esta crítica. Su obra, mediante la renovación de la de Aristóteles y la demostración de que la filosofía precristiana, basada en la razón, se adaptaba en buena medida a la ley divina, trajo como consecuencia la *exculpación* del derecho romano. De allí que se considere a Santo Tomás como uno de los artífices de la laicización del derecho, cuya obra remonta el último obstáculo que impedía un renacimiento de los estudios de derecho romano (¹).

(¹) VILLEY, M., *Leçons d'histoires de la philosophie du droit*, 2^a ed., 1962, ps. 43 y siguientes y 203 y siguientes.

4. EL ENFOQUE JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Una de las zonas donde las soluciones jurídicas se apartan de las dictadas por la moral, es la de la responsabilidad civil. Si ésta tuviera como base o presupuesto la responsabilidad moral, sería necesario partir, indefectiblemente, de la voluntariedad, la conciencia, la intención; no habría responsabilidad civil sin imputación con base en un factor subjetivo, sin culpabilidad, que importe reproche, falta, error de conducta. La sanción reparadora, la obligación de indemnizar, tendría que sujetarse al "modelo apostólico dominado por la caridad"; y el dolor, lejos de motivar un pedido de compensación, debería ser asumido y soportado con resignación.

En su *Esquisse historique sur le mot responsable*, el mismo Villey nos dice que el sentido y alcance de *responsabilidad* era, en el derecho romano, específicamente jurídico; que la connotación moral del vocablo es *moderna*, hija de la escuela del derecho natural racionalista y de las concepciones de Kant (5).

De ahí que el derecho de los tiempos actuales acoja los dos sentidos y practica lo que denomina un *mélange fumeux*, una verdadera mezcla espirituosa. Apoyando esa doble interpretación agrega que si bien la moral no toma en cuenta sino la conducta del individuo, sus intenciones, al jurista le concierne dar al fenómeno un alcance más amplio, tendiente a captar las relaciones entre una pluralidad de sujetos: el autor del delito,

(5) VILLEY, M., *Esquisse historique sur le mot responsable*, trabajo publicado en *Archives de Philosophie du Droit*, nº 22, año 1977; este volumen está íntegramente dedicado al tema de la responsabilidad y proviene de exposiciones en el Seminario de Filosofía del Derecho, en la Universidad de París, durante el año universitario 1975 - 76.

la víctima y la sociedad. Por ello se vuelve, en alguna medida, al régimen romano de reparación de los daños, donde el *leit motiv* no es la falta, sino la defensa de un justo reparto de los bienes.

5. COMPENSACION DEL DAÑO MORAL

El daño, sea material o moral, crea un desorden en la relación entre las personas y la reacción de la justicia correctiva y reparadora es la indemnización. Dice con sumo acierto el juez Cifuentes: "es un beneficio contrapuesto al daño; el único posible, para que se procure una igualación en los efectos. El dinero es un medio de obtener contentamiento, goces y distracciones, para restablecer el equilibrio frente al desequilibrio producido por el ataque a los bienes inmateriales o extrapatrimoniales".

En sentido coincidente con esta postura reparadora nos hemos manifestado más de una vez. Repetimos, con Scognamiglio, que: "...el dinero es un instrumento de satisfacciones materiales y morales y en tal sentido puede servir como adecuada compensación de los sufrimientos psíquicos del lesionado" (6).

La sentencia en examen con erudición y poder de convicción va superando uno a uno los argumentos de la tesis partidaria de la sanción punitiva. Es así como rebate el manido argumento de la *incommensurabilidad* del daño moral y señala, con oportunidad, que también las obras del espíritu tienen un precio.

Muestra, asimismo, que los textos legales, en especial la letra de la ley —tan decisiva para algunos cori-

(6) SCOGNAMIGLIO, R., *El daño moral*, traducción y notas de F. Hines-trosa, publicado por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1962, p. 44.

feos de la tesis opuesta— no permite hesitar acerca del criterio reparador. Más aun, la idea de pena no se compadece con toda la estructura de la responsabilidad civil, que es reparadora; desentona con ella y es más propia del campo penal.

6. EL QUANTUM DE LA SANCION

El debate entre pena y reparación no es meramente conceptual; tiene, como se ha dicho y repetido, importancia fundamental en punto a la cuantía de la sanción en s^ez, por su represión social, por lo que significa como reproche formulado por el poder jurisdiccional contra el dañador.

Dice Scognamiglio: "...la diferencia fundamental que media entre daño y pena, consiste en que con la pena se procura esencialmente infligir un mal al reo y, por lo mismo, proyecta o refleja su personalidad; en tanto que el daño y su reparación se dirigen exclusivamente al lesionado, en la necesidad de aliviarlo del mal que lo aflige" (').

De donde puede calificarse como de verdadero sinccretismo la postura de quienes, pese a entender que la sanción pena al dañador, admiten se concrete en una suma de dinero de importancia, cuyo beneficiario o acreedor es el dañado. La diferencia conceptual se ha diluido en orden a las consecuencias. Bienvenida, en la medida en que hace justicia, en nuestra opinión; empero, lamentamos lo poco que contribuye a esclarecer los conceptos jurídicos.

Más razonable es la fijación, como pena, de una suma puramente simbólica; ella es suficiente para los

(') SCOGNAMIGLIO, *ob. cit.*, p. 42; CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, p. 52 y siguientes; THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, traducción italiana, Padova, 1951, ps. 58 y siguientes.

fines buscados; o bien, de una suma tarifada, siempre la misma, como ocurre con las multas, cuyo beneficiario es el Estado.

7. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

Para la apreciación del daño moral hay un criterio de base, que está dado por la intensidad del dolor sufrido por la víctima. Empero, el legislador ha querido que en la tarea de justipreciar el monto de la reparación entren otros elementos; es así tanto en materia de actos ilícitos culposos, en virtud de lo dispuesto por los artículos 1078 y 1069, 2^a parte, como frente al incumplimiento de la obligación nacida del contrato (artículo 522) (º).

La consideración de las circunstancias del caso no es una incongruencia ni una contradicción, dentro de la tesis reparadora. Significa, simplemente, dar pie a una decisión de equidad; a una sentencia que toma muy en cuenta, además de la situación del dañado, las circunstancias del dañador o agente y que no se desentienda de las características del hecho antijurídico, *hecho generador de la responsabilidad*.

Hacemos votos para que este criterio reparador del daño moral, con base jurídica y equitativa, sostenido con sumo acierto por los jueces Cifuentes y Alterini, de la sala C, llegue muy pronto a ser mayoritario.

(º) Nada permite afirmar, en cambio, que sólo se abre la posibilidad de reparar el daño moral contractual ante un incumplimiento malicioso. La sola proximidad de los artículos 521 y 522 no es argumento suficiente. El criterio del cual hay que partir, reiteramos, porque se funda en la *ratio* de la institución, es el de la intensidad del dolor padecido; apreciado en la medida de lo posible, subjetivamente, atendiendo a la sensibilidad de cada persona.