

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL¹



Alferillo, Pascual E.

I. Introducción

Al momento de iniciar la tarea para elaborar una definición actualizada del "daño moral" (valoración de este) se observa que este menoscabo tiene la característica esencial del derecho de daño que es la permanente mutación de su contenido en función de nuevas conceptualizaciones de este, emergente de la influencia de las transformaciones sociales, normativas y científicas que inducen a reflexionar sin dogmatismos sobre la denominación, su contenido y la ubicación que se le debe conferir dentro de la clasificación en la teoría general de los daños para dar una correcta respuesta de justicia al momento de cuantificar en dinero su compensación (1).

Esta particularidad fue observada por Brebbia quién comienza su razonamiento expresando con preocupación que "las imprecisiones en el lenguaje técnico no pueden menos de ocasionar repercusiones perniciosas en el terreno de la práctica; es lo que ha ocurrido, en materia de los llamados daños morales, cuya existencia jurídica ha sido impugnada por no haberse precisado lo suficiente los elementos que integran la noción jurídica de agravio. Si se hubiera dejado expresa constancia que los daños morales se configuran por la violación de algunos de los derechos subjetivos que tienen por objeto la protección de los bienes personales, seguramente no se hubiera atribuido a tal especie de agravios la calificación de metajurídicos, para aludir a su condición de extraños al Derecho" (2).

En sentido similar, Díez Picazo, con énfasis su inquietud, aseveraba que "uno tiene la impresión de que, en los últimos tiempos, se han ido produciendo —o se están produciendo— decisiones de los tribunales en que la figura del daño moral se ha aplicado —o se aplica— con escasa coherencia. No es lo más grave la trivialización que se produce de este enormemente difícil concepto, sin la deformación que es consecuencia de ello, de manera que si era comprensible que nunca hubiéramos tenido una idea especialmente clara de qué debe entenderse por "daño moral", esa idea es hoy menos clara que nunca" (3).

Esta particularidad histórica de la figura impone una tarea especial para llegar a la conclusión de cómo definir, actualmente, al daño moral y, a partir de ello, examinar el modo para cuantificar su compensación.

Al respecto, se percibe un enfrentamiento entre quienes no observan los cambios producidos en la sociedad y en la ciencia (en particular en la medicina, psiquiatría, antropología, neurobiología, etc.) que permiten pulir con mayor precisión los perfiles del daño moral, con aquellos que proponen una conceptualización actualizada, partiendo de analizar los cambios producidos y de reconocer que el sistema privado argentino sufrió una profunda modificación en sus conceptos ideológicos al poner al Ser Humano, al Hombre, como eje de las preocupaciones del derecho desplazando al patrimonialismo reglado, originalmente, en el Código Civil.

II. Valoración del daño moral.

II.1. Introducción.

¹ Publicado en: RCyS 2020-IV, 3, Cita: TR LALEY AR/DOC/643/2020

El Código Civil y Comercial impone el deber de revisar su contenido para determinar cuál es el método adoptado para llevar a cabo la cuantificación de los daños en general, con especial énfasis en los menoscabos producidos a la integridad psicofísica y social de la persona, de los cuales se focalizará el análisis en el denominado daño moral, partiendo de la base, que el Código Civil no tomó previsiones regulatorias (4), razón por la cual fue el arbitrio judicial el modo imperante durante más de un siglo, para precisar su contenido (valoración) y cuantificar en dinero su compensación.

Este detalle, suficientemente conocido en la doctrina autoral y judicial, fue tenido en cuenta a la hora de legislar en el código unificado, particularmente en referencia a la fijación de algunas pautas concretas para cuantificar los daños.

Estas aclaraciones previas permiten ingresar con un campo temático delimitado para desarrollar el análisis propuesto.

En ese sentido, la denominación de este rubro es el primero de los problemas que tiene, dado que recibió críticas, las cuales aparentemente fueron recepcionadas en el art. 1738 del Cód. Civ. y Com., pero un pormenorizado estudio de la misma marca que la norma tiene errores conceptuales básicos y graves que no pueden ser soslayado en un estudio pormenorizado.

La segunda complejidad a resolver es su conceptualización especialmente en su diferencia con el daño psíquico y la ubicación de este en la clasificación. Y, finalmente, completa la triada de problemas, el método a seguir para cuantificarlo.

II.2. El problema de la denominación.

II.2.a. Las referencias del daño moral en el Código Civil y Comercial.

La denominación tradicional de la figura como "daño moral" fue cuestionada por referenciar a la moral para describir un menoscabo estrictamente jurídico (5), razón por la cual se buscaron distintos apelativos para describir la figura (6), circunstancia que pone en alerta los sentidos para conocer fehacientemente cual es la verdadera denominación dada por el Código Civil y Comercial, ante la inadecuada redacción del art. 1738.

Al respecto se verifica que el "daño moral", en su denominación tradicional, es apenas mencionado, en el art. 744 Cod. Civ. y Com. cuando precisa los bienes excluidos de la garantía común: "Quedan excluidos de la garantía prevista en el art. 743: ...f) las indemnizaciones que corresponden al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica; ...".

Bajo la denominación "perjuicio moral" aparece la figura en el art. 71, Cod. Civ. y Com., en el cual se regulan las acciones de protección del nombre y se dice que puede ejercer acciones en defensa de su nombre: "[...] c) aquel cuyo nombre es usado para la designación de cosas o personajes de fantasía, si ello le causa perjuicio material o moral, para que cese el uso". Y, en el art. 151, Cód. Civ. y Com.: "Nombre. La persona jurídica debe tener un nombre que la identifique como tal, [...] La inclusión en el nombre de la persona jurídica del nombre de personas humanas requiere la conformidad de estas, que se presume si son miembros. Sus herederos pueden oponerse a la continuación del uso, si acreditan perjuicios materiales o morales".

También se ha empleado el término "consecuencias no patrimoniales", en el art. 464, Cod. Civ. y Com. cuando establece que "son bienes propios de cada uno de los cónyuges: ... n) las indemnizaciones por consecuencias no patrimoniales y por daño físico causado a la persona del cónyuge, excepto la del lucro cesante correspondiente a ingresos que habrían sido gananciales; ...".

Como se puede colegir, no existe un criterio uniforme para denominar al clásico daño moral, detalle que se profundiza cuando se analiza el contenido del art. 1738, Cód. Civ. y Com., donde supuestamente debía enumerarse este menoscabo, pero se omitió su incorporación marcando evidentes defectos de técnica legislativa.

II.3. ¿El Código Civil y Comercial denominó "afección espiritual legítima" al daño moral?

La notable omisión del art. 1738 del Cód. Civ. y Com., abre la alternativa de entender que fue excluido como rubro indemnizable, implícitamente fue regulado o incluido bajo otra denominación.

La primera opción debe ser desestimada, más allá de la grave omisión del legislador, dado que bajo la denominación redactada en plural (7) de "consecuencias extrapatrimoniales", el art. 1741 determina quienes son los legitimados para reclamar la consecuencia moral. Ello considerando la utilización indistinta de los términos.

El reflejo inicial en la investigación para sostener que ha sido receptado bajo otra denominación se focaliza en el segundo párrafo del art. 1738 donde se hace referencia que la indemnización "incluye especialmente las consecuencias de la violación de "sus afecciones espirituales legítimas" en razón que esta terminología es constantemente empleada en numerosos fallos cuando se juzga la procedencia del daño moral (8).

Para iniciar el examen corresponde el análisis gramatical de la palabra "afección" que en su cuarto significado hace referencia a enfermedad (9), razón por la cual correspondería interpretar en una primera impresión que el Cód. Civ. y Com., tutela una situación patológica del espíritu cuando, "en buen romance", lo que se debe proteger es el bienestar psíquico de la persona que cuando es vulnerado, se resarce con una suma dineraria.

Otro detalle que indica el incorrecto uso de esta terminología es que el daño moral no es una enfermedad, no es patológico, como el daño a la sique en sus distintas variantes.

Ahora bien, la utilización del término "espirituales" torna ineludible verificar su significado que está íntimamente relacionado con la palabra "espíritu" el cual tiene un sinnúmero de significados, de los cuales se eligen los que se relacionan con la persona y así se verifica que, en su primera acepción, hace referencia a un ser inmaterial y dotado de razón, en la segunda, al alma racional (10).

En la literalidad tendríamos, hasta este punto, que se autoriza el resarcimiento de las consecuencias derivadas de las enfermedades del alma racional o del espíritu que sean legítimas. En palabras acotadas de la norma las secuelas de las "afecciones espirituales".

Como se infiere, soslayando detalles se puede aceptar que se está refiriendo al daño moral focalizado en las consecuencias de las afecciones espirituales, dado que tradicionalmente Zavala de González y Pizarro aceptaban la idea de espíritu sin certeza científica de su existencia y de la diferencia o no, con la parte psíquica de la persona.

Sin duda, la dificultad mayor para el intérprete, como se colige, es dimensionar jurídicamente en que consiste el menoscabo al espíritu que le ocasiona una enfermedad, pues en el estado actual de la evolución de la ciencia, esta no se puede corroborar efectivamente que ello sea factible, más allá de que se conocen algunos estudios que indican que la memoria humana estaría situada en el espíritu y no en la parte psicofísica de la persona.

Sin perjuicio de estas acotaciones, el calificativo que produce el desequilibrio hermenéutico es cuando la regulación hace referencia que las secuelas de las afecciones espirituales deben ser "legítimas", que, conforme a la RAE, es "estar conforme con las leyes" (11).

La presencia de este adjetivo no tiene justificación alguna, por cuanto el "daño es injusto" dado que "la injusticia está referida al daño y no al hecho o a la conducta" (12), la cual será ilícita.

Ello permite aseverar que una afección espiritual que está dentro de la ley (legítima) no puede dar lugar al resarcimiento porque no se configura uno de los presupuestos básicos para la procedencia de la responsabilidad. Por ejemplo, cuando una persona tiene dolor, angustia, cuando le secuestran un vehículo para garantizar el pago de deudas impagas en el marco de un proceso judicial.

Evidentemente, exige un esfuerzo interpretativo significativo aceptar para aseverar que la denominación dada por el Cód. Civ. y Com., en el art. 1738, al daño moral es "afecciones espirituales legítimas".

La deficiencia de técnica legislativa del artículo pone en evidencia la crisis de identidad del "daño moral", que exige una energía especial para tratar de definir su contenido conforme al

actual estado de evolución de la ciencia jurídica y de la medicina y su rol dentro de la teoría general del daño (13).

Sin perjuicio del acierto o no de las denominaciones plasmadas en el Cód. Civ. y Com., el "daño moral" que sobrevive como categoría en el Cód. Civ. Com., es siempre una consecuencia que acaece cuando se menoscaba el bienestar psíquico (o si se prefiere espiritual) de una persona sin llegar a configurar una patología, generado por el perjuicio producido a los derechos e intereses legítimos de esta, sean psicofísicos-sociales o patrimoniales.

Finalmente, corrobora las observaciones críticas formuladas a la redacción del art. 1738, la propuesta de la Comisión de reformadora del Código Civil y Comercial integrada por Pizarro y Rivera (dec. PEN 182/2018) que incorpora al "daño moral" en la primera parte del artículo antes referenciado. Se observa que se añade el rubro junto al daño emergente, lucro cesante y pérdida de chance. Es decir, sin discriminar las consecuencias económicas del daño moral.

En otras palabras, se reconoce la omisión y que el término "afecciones espirituales legítimas", no hace referencia al daño moral, razón por la cual debe ser mencionado expresamente (14).

Sin perjuicio de las consideraciones vertidas se continuará el análisis de la figura denominándola "daño moral".

II.4. Concepto.

II.4.a. Introducción.

Al momento de iniciar la tarea de elaborar una definición actualizada del daño moral se observa que este menoscabo tiene la característica esencial del derecho de daño que es la permanente mutación de su contenido en función de nuevas conceptualizaciones de este.

Además, cada régimen legal nacional tiene particularidades propias de su evolución histórica, razón por la cual el jurista debe ser muy cuidadoso en adoptar figuras que han sido elucubradas para suplir deficiencias normativas en otro contexto, tal cual ocurrió con la prohibición de compensar el daño moral en la legislación italiana conforme el art. 2059 del Cód. Civ. italiano (15).

Esta particularidad generó un sinnúmero de conceptualizaciones que no observan los aportes de la ciencia, en particular de la medicina, psiquiatría, antropología, neurobiología, etc. que permiten pulir el perfil del daño moral.

En la actualidad no se puede desconocer que el sistema ius privado argentino ha sufrido una profunda modificación en su estructura al ubicar en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos, al Hombre, como eje del derecho desplazando al patrimonialismo decimonónico (16).

II.4.b. Evolución del concepto de daño moral.

A poco de iniciar la consulta sobre el pensamiento expuesto por los principales autores de doctrina respecto del concepto de daño moral, se verifica una diversidad de opiniones difícil de conciliar en un criterio más o menos uniforme. Como se ha sostenido precedentemente, esta peculiaridad marca, inexorablemente, la carencia de identidad del daño moral en su esencia ontológica.

El maestro Brebbia señalaba que "se entiende por daño la violación de uno o varios de los derechos subjetivos que integran la personalidad jurídica del sujeto producida por un hecho voluntario, que engendra a favor de la persona agraviada el derecho de obtener una reparación del sujeto al cual la norma imputa el referido hecho; y por daño moral, la especie, comprendido dentro del concepto genérico de daño expresado, caracterizada por la violación de uno o varios de los derechos inherentes a la personalidad de un sujeto de Derecho. [...], pues, a los daños morales tomando como criterio discriminador el rasgo que nos ha parecido más esencial en la definición

jurídica de daño: el de la naturaleza jurídica del derecho subjetivo menoscabado, calificada, a su vez, por la calidad patrimonial o personal (extrapatrimonial) del bien tutelado. Este criterio objetivo de determinación de los daños morales que, a nuestro juicio, constituye el único certero y eficaz para individualizarlos de una manera positiva, no parece compartido que sepamos, con excepción de Lalou, por ninguno de los numerosos tratadistas que han abordado el tema de los agravios extrapatrimoniales y han tratado de caracterizar su esencia" (17).

Años más tarde Bustamante Alsina, en sentido similar, explicó que "si el daño recae sobre un bien jurídico inmaterial atacando la vida, el cuerpo, la salud, el honor o la libertad de una persona y afecta al mismo tiempo un interés jurídico no patrimonial, el daño es moral directo. Si el mismo daño repercute en el patrimonio por la pérdida de un beneficio económico afectando así un interés jurídico patrimonial, el daño es patrimonial indirecto". En función de ello, "el daño moral es menoscabo cuya entidad se agota en el ataque o lesión a derechos extrapatrimoniales" (18).

Por su parte, Bueres en las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (San Juan, 1984) suscribió que "daño moral es el menoscabo o pérdida de un bien en sentido amplio que irroga una lesión a un interés amparado por el derecho, de naturaleza 'extrapatrimonial'. Dicho interés tiene un contenido puramente espiritual (sufrimiento, dolor, aflicción, angustia, desánimo, desesperación, pérdida de la satisfacción de vivir, etc.). El llamado 'daño moral objetivable' —o perjuicio que incide en la parte social del patrimonio— queda fuera del significado en análisis" (19) (20).

Como se colige, los autores citados han puesto énfasis para caracterizar el daño moral, en la clase de derecho o interés lesionado sobre el bien.

Con otra óptica, Stiglitz y Echevesti aseveran que "la noción general de daño implica la lesión o menoscabo a un interés patrimonial o extrapatrimonial, acaecido como consecuencia de una acción" (21). A partir de ello, daño material es el que se ocasiona al patrimonio de la víctima, como conjunto de valores económicos (art. 2312, Cód. Civil), siendo por tanto susceptible de apreciación pecuniaria (22) y "el daño moral o extrapatrimonial, es todo aquel que se manifiesta como alteración disvaliosa del bienestar psicofísico de una persona, por una acción atribuible a otra" (23).

A su vez, Mayo, con un criterio que puede ser calificado como amplísimo, entendía que el daño moral contiene al tradicional *pretium doloris* y todas las posibilidades no patrimoniales que tiene el sujeto para realizar en plenitud su proyecto de vida enumerando en esta categorización al daño a la vida de relación, el daño psíquico, el estético, al perjuicio juvenil y al menoscabo sexual (24).

Ante estas definiciones, la mayor preocupación de Pizarro cuando procuraba definir el concepto de daño moral fue, justamente, precisar su esencia, cuando aseguraba que debía ser calibrado por lo que es antes que por lo que no es (25).

Para concretar ese propósito, el autor citado, dijo que "el daño moral importa, pues, una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial" (26).

La base de este concepto fue acuñado en la ponencia presentada por Zavala de González, en las "Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil - 1982" y sostenida, como conclusión junto a otros juristas, cuando dijeron: "A) Daño moral es una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial" (27).

La diferencia entre uno y otro es que para Zavala de González es la consecuencia del hecho y para Pizarro es la consecuencia de la lesión a un interés no patrimonial.

Sin perjuicio de estos precedentes y detalles técnicos jurídicos, en las últimas décadas la evolución de la ciencia dedicada al estudio de la esencia del hombre, particularmente la médica y

dentro de ella, la rama de la psiquiatría, planteo un nuevo paradigma, una novedosa visión de la conceptualización del daño moral.

Al respecto, se transitó un largo camino para que la doctrina autoral apegada a dogmas que se transmitían a los pronunciamientos judiciales, para aceptar el desvínculo conceptual y resarcitorio del daño moral del menoscabo psíquico.

En ese sentido, se estimaba (Zavala de González, Pizarro, Bueres, etc.) que el daño psíquico no era autónomo de la moral (28). Posteriormente, en una primera flexibilización se consideró que el perjuicio psíquico tenía autonomía conceptual pero no resarcitoria (29). Y, finalmente, se defendió que el menoscabo psíquico es autónomo de la moral (30).

Este último es el criterio adoptado por el Código Civil y Comercial en el art. 1746, donde no solo desvincula el daño moral del psíquico, sino que se lo categoriza junto al daño al soma de la víctima, fijando una fórmula de la matemática financiera para cuantificar su compensación.

Va de suyo que esta norma pone punto final a la discusión dado que consagra el total desvínculo entre el daño moral y el psíquico.

En la historia de la definición del "daño moral" se verifica que este no tiene una identidad ontológica consolidada que sea aceptada por la mayoría de los autores y magistrados, sino por el contrario, se reiteran frases con distintos matices que aportan mayores dificultades para tener una conceptualización estable y medianamente uniforme del daño moral. Sin embargo, los cambios científicos acaecidos permiten un mejor conocimiento del interior psíquico del ser humano permitiendo un nuevo examen de la conceptualización del daño moral.

Este menoscabo, en la actualidad, es una categoría más dentro de los daños producidos a la psique de las personas que tiene la característica de ser una consecuencia derivada, de la pérdida del bienestar espiritual producido por la vulneración de bienes que componen la integridad psicofísica social o patrimonial de la víctima.

Para comprender la ubicación del "daño moral" en la secuencia causas-efectos que forman la unidad conceptual del daño con trascendencia jurídica, se debe observar: a) El hecho antijurídico (art. 1737) produce el menoscabo de los bienes que conforman la integridad psicofísica/social o patrimonial de la persona damnificada sobre los cuales la víctima tiene derechos e intereses tutelados que por cierto también son vulnerados. b. Ello, puede generar las secuelas económicas descritas en la primera parte del art. 1738. c) De igual modo, puede vulnerar el bienestar o equilibrio espiritual (31) (bien tutelado) de la persona lesionada produciendo como secuela dolor, desazón, angustia, etc., que no llega a ser patológico.

En otras palabras, el perjuicio moral debe ser calificado como "consecuencia" porque es siempre secuela que acaece sobre la integridad de la psique de la persona de modo no patológico derivado del menoscabo de un derecho o interés relacionado con la integridad psicosomática-social o patrimonial de la persona que vulnera su bienestar espiritual y la coloca en un estar disvalioso.

De conformidad a los conceptos expuestos precedentemente, tanto el daño moral como el psíquico son menoscabo que se producen en la psique de la víctima, pero se debe comprender que el menoscabo moral es el primer peldaño en la escala progresiva de los detrimentos que pueden padecer la psique que no alcanza a configurarlo porque le falta la connotación patológica. Es decir, el perjuicio psíquico es de mayor envergadura, más grave, más profundo por ser una patología que el daño moral.

Para cerrar este apartado se precisa que el daño moral es el menoscabo que sufre una persona en su bienestar psíquico (espiritual) sin que el estado negativo sobreviniente (tristeza, dolor, amargura, inseguridad, angustia, etc.) llegue a configurar una situación patológica.

Es decir, en última instancia, en la actualidad el "daño moral" es el clásico *pretium doloris* que modernamente debe ser entendido como un estar novedoso y disvalioso de la psique (espíritu) de la persona que no llega a ser patológico derivado de la vulneración de un derecho o interés legítimo generado por una acción jurídicamente reprochable.

III. Cuantificación del daño moral.

III.1. Introducción.

La vigencia del Código Civil y Comercial impone el deber académico de analizar su contenido para precisar jurídicamente cuál es el método previsto para cuantificar el resarcimiento del daño moral padecido por la víctima.

Vale recordar que el derogado Código Civil que no reguló expresamente una pauta genérica para cuantificar, ni una específica para compensar el daño moral, ello permitió inferir que implícitamente delegó al arbitrio judicial la cuantificación de los menoscabos. En cambio, el Código Civil y Comercial se preocupa en una medida importante por fijar directrices, las cuales deberán ser tenidas en consideración e interpretadas en su alcance por la jurisdicción al momento de llevar a cabo la cuantificación en dinero del menoscabo padecido (32).

En ese sentido, las principales pautas generales reguladas por el Código Civil y Comercial se focalizan en la transformación de la naturaleza del crédito resarcitorio (de valor a dinero) a partir de su cuantificación a valor real (art. 772) y que el resarcimiento debe ser pleno (art. 1740) (33).

El empleo del término "reparación integral" o "plena", se verifica en los fallos emitidos por la Corte Suprema de la Nación, no es de empleo exclusivo del derecho resarcitorio, sino se lo utiliza para medir la justicia de las indemnizaciones en las expropiaciones (34) y en el cumplimiento de las retribuciones en las contrataciones para realizar obras públicas (35), en la actualización monetaria (36), etc. (37).

La Corte Federal no ha sido muy elocuente en conceptualizar en sus fallos el carácter constitucional del derecho a la reparación integral sino lo utiliza como parámetro subjetivo cuando realiza, en concreto, el análisis de arbitrariedad de las sentencias.

Como excepción, el voto de Luís María Boffi Boguero aseveró que "el principio de la reparación integral que gobierna, entre otros, a la responsabilidad 'aquiliana', exige que se coloque a los damnificados en las mismas condiciones en que habrían estado de no haberse producido el hecho ilícito" (38). Esta opinión, sin duda, autorizaba a trasponer los límites resarcitorios impuestos en la reglamentación civil, pues se pasaba de la reparación legalmente autorizada a la posibilidad de resarcir otros rubros que la sociedad entendía debían ser reparables.

El código unificado, sin perjuicio de reconocer la larga historia del concepto de "reparación integral", pone en crisis su existencia dado que prefiere sustituirla y emplear la denominación "reparación plena" (39).

En síntesis, el principio de reparación plena es aplicable, sin lugar a hesitación, al resarcimiento del menoscabo del bienestar espiritual.

III.2. El arbitrio judicial determina el quantum indemnizatorio del daño moral.

El Código Civil y Comercial, teniendo en consideración las constantes observaciones de la doctrina relacionado con la disparidad de los montos indemnizatorios para resarcir situaciones similares derivado de la consagración del arbitrio judicial como procedimiento para cuantificar en el derogado Código Civil, introduce diversas pautas que individualizan el método para realizar la cuantificación del crédito indemnizatorio.

De ellas, interesa a esta investigación la indemnización de las consecuencias no patrimoniales, como es denominado por el código unificado siguiendo viejas pautas materialistas decimonónicas hoy superadas, que se regulan en la parte in fine del art. 1741, Cód. Civ. y Com. El contenido de esta norma será objeto de un especial estudio en los párrafos siguientes.

III.3. El método de la ponderación de las satisfacciones sustitutivas y compensatorias

La cuantificación del daño moral, sin lugar a hesitación, es el rubro que ha tenido y tiene mayores dificultades al momento de ser cuantificado por la particular naturaleza de este, su inmaterialidad, por la imposibilidad de objetivarlo en una entidad concreta.

Esta circunstancia es permanentemente expuesta en la doctrina de los fallos para justificar cuántas que no tienen ningún parámetro objetivo de referencia. Ello sin duda es el resultado ineludible del arbitrio judicial sin límites o pautas indicativas que como reacción promovió el dictado de sentencias condenatorias con montos muy disímiles para indemnizar menoscabos morales similares.

Este antecedente es fuente de inspiración para la búsqueda de distintos métodos que proponían acotar el margen de discrecionalidad o subjetivismo judicial, entre las cuales surgió la tesis de la indemnización satisfactiva.

En esta dirección, algunos autores acuerdan que el punto de inflexión en el desarrollo doctrinario de esta idea se encuentra en el contenido del fallo dictado en fecha 12 de abril de 2011, por la Corte de Justicia de la Nación en el caso "Baeza, Silvia O. c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios" (40).

En dicho pronunciamiento los magistrados integrantes del señero tribunal coinciden en expresar que "en lo concerniente a la fijación del daño moral, debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad, la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a este (CS, Fallos: 321:1117; 323:3614 y 325:1156, entre otros).

"El dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que de este ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado. En este orden de ideas, el dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales.

"La evaluación del perjuicio moral es tarea delicada, pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior, como en principio debe hacerse de acuerdo con el art. 1083 del Cód. Civil. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida" (41).

Galdós, quien se ocupó de comentar este fallo desarrollo la idea de entender al "daño moral como el precio del consuelo", sostiene que estas descripciones conceptuales ya habían sido anticipadas por la magistrada Highton de Nolasco cuando integraba la sala F de la Cámara Nacional Civil (42).

El autor destaca que "la problemática actual del daño moral se asienta en tres pilares: 'quién' (es el legitimado activo), 'cuándo' (se configura) y por 'cuánto' (se lo repara), abandonándose la tesis que lo equipara al precio del dolor para consolidarse la que lo concibe como el precio del consuelo". Digamos, de paso, que Díez Picazo expresa que aquella concepción se remonta al derecho antiguo que, además, del resarcimiento patrimonial reconocía "la indemnización del dolor o dinero del dolor" que se pagaba a quién siendo sospechoso el juez le aplicaba tortura sin indicios suficientes, en cuyo caso se estaba obligado a resarcirle por el desdoro, por los dolores.

El precio del consuelo como parámetro valorativo de la procedencia y cuantificación del daño moral fue introducido en el derecho argentino por Héctor P. Iribarne, quién afirma que el *pretium consolationis* procura "la mitigación del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, la desazón o las penurias". Con base en fundamentos filosóficos, sostiene que, en esencia, se trata "de proporcionarle a la víctima recursos aptos para menguar el detrimento causado", de permitirle "acceder a gratificaciones viables", confortando el padecimiento con bienes idóneos para consolarlo, o sea para proporcionarle alegría, gozo, alivio, descanso de la pena" (43).

Es decir, Galdós entendió que "en definitiva: el daño moral puede 'medirse' en la suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones, esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial. Por ejemplo, salir de vacaciones, practicar un deporte, concurrir a espectáculos o eventos artísticos, culturales o deportivos, escuchar música, acceder a la lectura, etc. El dinero actúa como vía instrumental para adquirir bienes que cumplan esa función: electrodomésticos, artefactos

electrónicos (un equipo de música, un televisor de plasma, un automóvil, una lancha, etc.), servicios informáticos y acceso a los bienes de las nuevas tecnologías (desde un celular de última generación a un libro digital). Siempre atendiendo a la 'mismidad' de la víctima y a la reparación íntegra del daño sufrido.

"Esta modalidad de reparación el daño moral, que es un parámetro valioso de interpretación y que puede integrarse y completarse con otros, es compatible con cualquiera de las tesis a la que se acuda para su caracterización: como lesión a un derecho, a los bienes jurídicos tutelados o a los intereses extrapatrimoniales afectados" (44).

Se puede cuestionar la extensión de la cita, pero la bonhomía del autor y la profundidad de su comentario impone su transcripción para comprender la dimensión del cambio que se pretende introducir al arbitrio judicial preexistente.

Este criterio ha tenido recepción en la doctrina de los tribunales, donde se vislumbran dos etapas perfectamente determinables: la primera son los pronunciamientos pioneros emitidos antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial y, la segunda, la recepción en los fallos de las nuevas directivas a posteriori de su entrada en vigor.

Entre los fallos anteriores a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial se entendió que "si bien la jurisprudencia mayoritaria no suele recurrir a los fines de cuantificar el daño moral al criterio de las satisfacciones sustitutivas y compensatorias, es la tesitura que adopta el Código Civil y Comercial, ya que así lo dispone en el último párrafo del art. 1741, referido a la indemnización de consecuencias no patrimoniales" (45).

También se pondero que "si dos familias son víctimas de un mismo corte de suministro eléctrico que se extiende por varios días o semanas, estimo valioso tener en cuenta para fijar el daño moral la cantidad de miembros que integran cada familia, sus edades, su mayor necesidad de suministro eléctrico en razón de alguna situación especial (p. ej., personas ancianas que no pueden bajar o subir escaleras), más no la situación socioeconómica de ambas familias. Inclusive la estrechez económica podría ser un elemento para incrementar la indemnización del daño moral, ya que la familia humilde no tiene —en el ejemplo dado— la posibilidad de alojarse en un hotel mientras dura el apagón, o de ir en auto a un supermercado para adquirir alimentos frescos" (46).

Con idéntico criterio, se juzgó que "el daño moral puede medirse en la suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima, esta es la idea que se desprende del art. 1741 in fine del Cód. Civ. y Com. que, si bien no está vigente, debe inspirar la interpretación de las normas del Código Civil que sí lo está" (47).

Ello es de este modo por cuanto "el art. 1741, in fine, del Cód. Civ. y Com., según el cual el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas, debe tenerse en cuenta para evaluar el daño moral, a la luz de las características del hecho generador, su repercusión espiritual en la víctima, y las demás circunstancias del caso, en la medida en que la nueva normativa recoge —por lo general— la interpretación doctrinal y jurisprudencial mayoritaria respecto de los diversos puntos del derecho civil" (48).

Como se colige, no era el criterio mayoritario adoptado por la doctrina judicial argentina sino por un grupo minoritario de jueces.

A posteriori de la entrada en vigencia del código unificado se puede aseverar que los tribunales que integran Galdós (49) y Picasso (50) son la vanguardia en la aplicación de esta pauta interpretativa del texto del Código Civil y Comercial.

Además de ellos, la Corte de Justicia de Catamarca recurrió a los cánones expuestos para sostener que no había razones para la procedencia del recurso casatorio (51). Por su parte, en otro fallo se hace referencia concreta a "las satisfacciones sustitutivas y compensatorias" para declarar procedente el recurso de apelación e incrementar el monto del resarcimiento (52).

De igual modo, en la ciudad de Necochea se estimó que "con este material fáctico cabe afirmar que, como vengo sosteniendo en casos análogos, el daño moral puede establecerse por la vía del análisis y comparación de precedentes similares, así como también por la valoración de los llamados 'placeres compensatorios' o como los llama el nuevo Cód. Civ. y Comercial en el art.

1741, 'satisfacciones substitutivas y compensatorias [...]'. En orden a las satisfacciones substitutivas o placeres compensatorios la suma discernida debe procurar un costo de reversión del sufrimiento padecido, teniendo aquí también presente el principio de reparación plena (arts. 5.1, CADH [PISJCR], art. 75, incs. 22 y 23, CN, arts. 1078, 901, 902, 906 del Cód. Civil)" (53).

Pero sin duda, es en la provincia de Mendoza donde sus tribunales receptan con vasta erudición la doctrina de la compensación substitutiva para cuantificar el resarcimiento del daño moral.

Sobre el tema se juzgó que evidentemente la determinación prudencial no ha sido la directriz con la que se ha gobernado el Código Civil y Comercial a los fines de establecer las pautas de ponderación a la que nos debemos ajustar los operadores jurídicos a partir de su sanción, por lo que no pude entonces abonarse en el día de hoy, con criterios de valoración si bien otrora aceptados, hoy por hoy, en crisis a la luz de la nueva normativa.

El Código Civil y Comercial de la Nación establece como criterio valorativo a la ponderación de las satisfacciones substitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas indemnizatorias a otorgar. Dicha forma de ponderación elegida por el Código de fondo no resulta una novedad, puesto que ha sido criterio ya utilizado por la Corte Nacional y algunos Tribunales Nacionales y Provinciales inferiores, a los fines de encontrar una regla o unidad de medida a dicha consecuencia extrapatrimonial.

Vale decir es tratar de encontrar una estandarización del daño moral recurriendo a bienes apreciables de la vida que procuren satisfacción en el sujeto y que sean utilizados para compensar el padecimiento sufrido en su esfera extrapatrimonial (54).

En otras palabras, "el dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para reestablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales.

"El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia.

"Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida" (55).

Por su parte, otro de los organismos jurisdiccionales sostuvo que "el monto indemnizatorio otorgado a la víctima de un accidente de tránsito en concepto de daño extrapatrimonial luce ajustado y debe ser confirmado, pues la suma otorgada le puede permitir acceder, a través de las funciones satisfactivas del dinero, a otros bienes que le mitiguen de alguna manera, el padecimiento sufrido, pudiendo serle útil para adquirir algún bien o servicio que le proporcione un bienestar substitutivo" (56).

Con la transcripción de la doctrina de los autores y de los tribunales que han receptado el criterio, sus principales aristas tipificantes quedan en evidencia y ello permite realizar algunas reflexiones para asumir posición frente al mandato normativo.

III.4. Reflexiones sobre la directiva regulada para cuantificar el daño moral.

III.4.a. Análisis sistémico de la regla.

La evolución normativa y doctrinaria del criterio de la satisfacción substitutiva para calcular el resarcimiento del menoscabo del bienestar espiritual, impone un examen pormenorizado de este para procurar precisar su alcance.

En ese sentido, ha menester precisar la terminología empleada por la norma, en su parte in fine cuando expresamente regula que "el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones substitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".

Para formular el análisis se adopta el método propuesto por Massini Correa quién siguiendo las enseñanzas de Wróblewski, señala que existen tres tipos de contextos que habrán de

ser tenidos en cuenta a los efectos de alcanzar el significado de los textos jurídicos, a los que denomina lingüístico, sistémico y funcional (57).

En función de estas pautas directrices que son concordantes con el temperamento regulado en los arts. 1º, 2º y 3º del Cód. Civ. y Com., se procurará desentrañar la ratio legis de la norma y, a partir de ello, su alcance.

Con relación al contexto normativo, en primer lugar, se debe precisar que la directiva se regula en el marco de las previsiones para ponderar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales (58). Ello significa que será el modo como cuantificar el clásicamente denominado "daño moral" que es la secuela ineludible de menoscabar el bienestar espiritual que se presenta jurídicamente como una "afección espiritual" (no patológica) (dolor, desasosiego, inseguridad, etc.) y como la única consecuencia no patrimonial.

Por cierto, la denominación "no patrimonial" pone en evidencia el obsoleto criterio economicista imperante en el siglo XIX que subyace en la norma y en sus defensores que aún persisten en una denominación donde se ponía énfasis en el patrimonialismo por sobre el Ser Humano. Criterio que ha sido totalmente superado a partir de la reforma constitucional del año 1994.

Además, se debe tener presente que este es aplicable a las consecuencias morales derivadas de la responsabilidad aquiliana, como de la contractual.

Por su parte, de la redacción de la norma, de su literalidad surge, a primera impresión, el carácter imperativo del mandato del Cód. Civ. y Com., dado que expresamente indica que "el monto de la indemnización debe fijarse ponderando...". El legislador no utilizó el término "pueden", "podrán" (59) sino "debe" que significa "estar obligado a algo por ley divina, natural o positiva" (60).

La intencionalidad es clara, pero esta, necesariamente, debe superar el test de constitucionalidad y sobrevivir a los principios aludidos en los arts. 1º, 2º y 3º del propio Cód. Civ. y Com.

En cuanto al significado de los términos empleados para por la fórmula prevista para llevar a cabo la cuantificación del daño moral, se verifica que "satisfacciones" sin lugar a duda proviene de "satisfacer" que en su primer significado indica: "1. tr. Pagar enteramente lo que se debe" (61) lo cual equipara la satisfacción con el principio de reparación plena. Si no hay reparación plena no hay satisfacción válida para la víctima.

En cuanto a "sustitutiva" (62), para la Real Academia de la Lengua Española, significa: "1. adj. Dicho de una cosa: que puede reemplazar a otra en el uso. U. t. c. s. m.". Y, respecto de la palabra "compensatoria" (63) significa "1. adj. Que compensa (// iguala)" y "compensar" (64) alude en su segunda significación a "2. tr. Dar algo o hacer un beneficio a alguien en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado".

Como se colige de la literalidad, más allá de ratificar que se debe resarcir el daño moral plenamente, los términos empleados por la norma no indican con claridad cómo se debe llevar a cabo la cuantificación del sufrimiento espiritual.

En la literalidad de las palabras utilizadas por la ley, la cuantía sustitutiva y compensatoria debe resarcir al perjuicio moral ocasionado en plenitud y como no es posible materialmente volver las cosas a su estado anterior al hecho dañoso (pago en especie art. 1740) debe ser resarcido en dinero.

En otras palabras, tomando en consideración la literalidad de la norma, la interpretación de los tribunales que aplican el criterio de calcular la indemnización en función de suponer cuales serían los bienes que le darían placer sustituto para recomponer su deterioro espiritual, no es más que una hermenéutica pretoriana que tiene la buena intención de procurar buscar algún parámetros para tener una referencia objetiva a los fines de realizar el cálculo más que una interpretación lógica jurídica de la letra de la norma y del sistema legal argentino que está presidido por los principios contenidos en los Tratados sobre los Derechos Humanos.

Sin duda, sus nobles propósitos difícilmente sean logrados por cuanto han incorporado mayor complejidad al clásico arbitrio judicial que como se verá, induce a incurrir, ineludiblemente, en nuevas arbitrariedades porque la decisión queda, en definitiva, en la exclusiva voluntad de los jueces, más allá de los aportes probatorios que puedan realizar las partes, cuando presumen o

inferan que tal o cual cosa, servicio o actividad satisface a la víctima en la recomposición de su bienestar espiritual perdido.

En síntesis, lo único cierto y obligatorio para la jurisdicción, reglado por la norma comentada es que la indemnización debe ser plena y en dinero, lo cual es una tautología frente a la existencia del art. 1740, Cód. Civ. y Com.

III.4.b. El origen doctrinario del criterio.

La verdadera e inicial motivación de quienes con sus ideas perfilaron la terminología de la "satisfacción sustitutiva" era para oponerse a los autores y magistrados para los cuales el daño moral no debía ser resarcido en dinero atendiendo la especial naturaleza subjetiva del malestar espiritual.

Uno de los principales críticos contra este criterio negativo y propulsor de la teoría de la función satisfactoria del dinero en la doctrina nacional, fue Brebbia cuando expresaba que "si la suma de dinero que se ordena entregar al damnificado no tiene el carácter de una pena impuesta al ofensor, es indudable que no puede tener otra finalidad que la de reparar el daño causado. ¿Puede una suma de dinero reparar el daño moral sufrido por una persona como consecuencia de un hecho ilícito? Todo depende de la extensión que se acuerde al concepto reparación. Si se entiende que reparar significa borrar por completo lo sucedido, hacer desaparecer el agravio sufrido, no cabe otra que concluir que el pago de una suma de dinero será importante para obtener esa finalidad en los supuestos de daños extrapatrimoniales y algunos de daño patrimonial. Pero, es que según ya se ha visto en otra oportunidad, no puede acordarse al término reparar tal valor absoluto; el hombre es impotente para descartar lo acaecido en el transcurso del tiempo y carecer de medios para hacer desaparecer por completo los efectos perniciosos de un hecho dañoso. Como bien lo explica Mazeaud; se puede reparar aun cuando no se borren los efectos del hecho dañoso; se repara el mal causado cuando se da a la víctima el medio de procurarse satisfacciones equivalentes a aquellas de las que fuera privada. En ese sentido, resulta perfectamente admisible hablar de reparación de un agravio moral cuando se entrega una indemnización a la víctima. Con el importe de esa suma de dinero que compone la indemnización, el damnificado se encuentra en situación de enriquecer su patrimonio moral, incorporando un nuevo valor de esta especie en reemplazo del desaparecido" (65).

Este autor se inspiró en el pensamiento de Mazeaud y Tunc, quienes se interrogaban si es verdad que, al admitir que reclame por daños y perjuicios la víctima de una lesión moral, se falsean en dos ocasiones los principios de la responsabilidad civil.

Con relación a ellos en primer término se preguntaban que si ¿la condena civil del autor del daño no puede "reparar" verdaderamente el perjuicio moral?, respondiendo que existen algunos casos en los que el dinero es perfectamente capaz de borrar, ya sea totalmente, ya sea en parte, un perjuicio, aunque ese perjuicio no posea un carácter pecuniario. La concesión de una suma importante permitirá, p. ej., al que soporta sufrimiento que no disminuya su capacidad de trabajo, dirigirse a un médico afamado que podrá aliviarlo. Permitirá aquella también, al que esté desfigurado, confiar su rostro a un cirujano lo bastante hábil como para restablecer la armonía de aquel. Algunas inserciones en los periódicos, ya sean dispuestas por la sentencia, ya sean realizada con la ayuda de la suma concedida por los daños y perjuicios, podrán atenuar las consecuencias de una difamación.

Pero, si el dinero es lo bastante poderoso para poder, a veces, "reparar", incluso en la esfera moral, ha de reconocerse que hay muchos casos en los que no podrá bastar para reponer las cosas en el estado en que estaban. ¿Es esa una razón para negarle a la víctima el abono de daños y perjuicios? En manera alguna; porque se trata precisamente de ponerse de acuerdo acerca del exacto sentido de la palabra "reparar". Ciertamente, si se afirma, con los partidarios de la teoría negativa, que "reparar" significa "reponer las cosas en el estado en que estaban", "hacer que desaparezca el perjuicio", "reemplazar lo que ha desaparecido", se está obligado desde luego a renunciar a admitir la posibilidad de una "reparación" de la mayoría de los daños morales. Pero eso es darle a la palabra "reparar" un sentido por demás restringido. En la esfera del perjuicio

material, suele resultar imposible reponer las cosas en el estado en que estaban y la "reparación" consistirá entonces en conceder aquello que, por una evaluación con frecuencia grosera, se considera como un equivalente. ¿Cómo "reparar" de otra manera la disminución de la capacidad de trabajo de la víctima, o incluso el perjuicio sufrido por un comerciante víctima de un acto de competencia desleal? "Reparar" un daño no es siempre rehacer lo que se ha destruido; casi siempre suele ser darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. El verdadero carácter del resarcimiento de los daños y perjuicios es un papel "satisfactorio". Aquello que lo niegan ¿Cómo pueden explicar los preceptos de nuestros códigos que autorizan a la víctima a pedir el abono de daños y perjuicios como reparación de un detrimento imborrable? (66)

Los autores citados continúan exponiendo que "admitido lo anterior, se advierte que, aun cuando el dinero sea en este supuesto un factor muy inadecuado de reparación, la reparación de la lesión moral por la concesión del abono de daños y perjuicios no es imposible, sin embargo, al menos en cierta medida. No es dudoso en algunos casos: por ejemplo, el sufrimiento físico soportado puede encontrar una compensación, a veces generosa, en un viaje o mediante distracciones que se procure la víctima con la ayuda de la suma que le abone el autor del daño. Ciertamente, no todos los sufrimientos morales son tan sencillos de compensar. Se vacila, p. ej., en declarar que el dinero esté en condiciones de procurar satisfacciones equivalentes al dolor moral de un padre que ha perdido a su hijo o al de un marido engañado; muchas son las que descubren en eso algo 'chocante' incluso 'repugnante'. Sin embargo, hay que reconocer que el dinero no solo facilita un enriquecimiento intelectual o artístico, sino que le da a quien lo recibe la posibilidad de aliviar por sí mismo muchos sufrimientos. Por lo tanto, no es chocante permitirle a un padre o a una madre que hayan perdido a su hijo encontrar al menos una atenuación a su pena en el consuelo que llevarán a niños desventurados. Concederles esa posibilidad es desde luego 'reparar' el daño, al menos en cierta medida. Incluso si hay que dejar constancia de que, de hecho, pocas víctimas utilizarán de esa suerte la suma que se les haya otorgado; hasta si ha de reconocerse, de hecho, que es la satisfacción más o menos consciente resultante de un enriquecimiento pecuniario la que aportará una compensación a su sufrimiento, no parece que los tribunales dispongan del derecho de tener en cuenta esa posible desviación de los sentimientos, o de la pequeñez de las satisfacciones menos abstractas que les producirán cierto consuelo (¿un aparato de radio?, ¿un automóvil?), para negarles las indemnizaciones a las que tienen derecho" (67).

En concreto, ejemplifican a partir de preguntarse: "¿Cuándo vale el dolor causado a un padre por la muerte de su hijo?", se está tentado de contestar: "Eso no se mide"; pero, entonces, se sigue cegado por el mismo error; cuando se contesta "Eso no se mide", se quiere decir sencillamente que el dinero no puede borrar tal pesar; ahora bien, ahí no está el nudo de la cuestión. Es cierto que los sufrimientos morales son más o menos graves. Desde ese instante, si se admite que una suma de dinero puede procurar algunas satisfacciones de orden moral susceptible, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido, es cierto que los jueces deberán conceder algunas sumas más o menos importantes según las circunstancias. La evaluación del perjuicio moral será, desde luego muy delicada siempre. Pero, a diario, los jueces se encuentran ante las mismas dificultades no solo cuando pronuncian una condena penal, sino cuando ordenan la reparación de un perjuicio material. El perjuicio material suele ser tan enojoso de estimar como el perjuicio moral; porque el juez no ha de tener solamente en cuenta el valor intrínseco que representa el bien desaparecido, sino el valor que representaba para la víctima; el daño se evalúa a través de la víctima (68).

Como se colige del pensamiento transcripto, la tesis de la función satisfactiva del dinero para compensar el daño moral ocasionado, tuvo relevancia para impugnar la tesis que aseveraba que el daño moral no debía ser resarcido por su naturaleza de menoscabo espiritual (intangibile) y, por ende, solo cabía la función punitiva. Es decir, en sentido contrario, fortaleció la misión resarcitoria de la indemnización en dinero.

Desde la exposición del pensamiento de Brebbia, Mazeaud, Tunc (1960), entre otros, transcurrió un tiempo considerable (2011) hasta la recepción de las ideas en la Corte de Justicia, tiempo en el cual se consolidó el criterio de que la indemnización del daño moral es a los fines de resarcir el malestar espiritual que se padece, con la particularidad de que se fue ampliando los

sujetos legitimados para reclamar su resarcimiento. En paralelo, la ciencia médica, en especial la psiquiatría, evolucionó notablemente al punto de permitir conocer con certeza su diferencia con el daño psíquico.

III.4.c. El cambio sustancial propuesto.

Sin perjuicio de considerar que la hermenéutica de la literalidad de la norma contenida en el Código Civil y Comercial no indica que se deba aplicar el método para cuantificar el daño moral sostenido por algún sector de la doctrina, fundamentalmente por Galdós y Picasso, el pormenorizado estudio de esas opiniones marca que proponen un cambio sustancial en el objeto compensado por la suma de dinero que se determine para resarcir el menoscabo que sufre la víctima en su bienestar espiritual.

En ese sentido, esta línea de pensamiento ya no plantea fijar una suma de dinero para resarcir el padecimiento espiritual sufrido por la víctima que se puede presentar de distintos modos, como dolor, angustia, tristeza, zozobra, inquietud, etc., sin llegar a ser patológico.

Para estos autores no corresponde resarcir la pérdida del bienestar espiritual propiamente dicho que es la consecuencia no económica o moral de la vulneración de la integridad patrimonial o psicofísica-social de la víctima sino que, en sustitución de ello, proponen que el juez pondere con los antecedentes del caso que bienes, servicios o actividades recreativas podrán traerle a la víctima placer para morigerar o neutralizar los efectos del daño moral padecido y, en función de ello, realizar el cálculo de la suma dineraria indemnizatoria.

El cambio sustancial que se observa en la interpretación de la norma del código unificado, realizada en los fallos que la receptan, es que ya no debe el juez, únicamente, fijar una suma dineraria con base en la gravedad del menoscabo espiritual padecido y otras circunstancias concomitantes de la vida de la víctima, la cual definirá personalmente que destino le da a la pecunia indemnizatoria, sino que sobre la base de los mismos antecedentes debe precisar públicamente qué bien, servicio o actividad le daría gozo o, dicho en otras palabras, paliaría el menoscabo espiritual padecido. Va de suyo que no se cuantifica el mismo objeto.

III.4.d. Observaciones a modo de conclusión.

En un ejemplo extraído de los fallos consultados, se puede aseverar que no es idéntico que el juez cuantifique una determinada suma de dinero a favor del padre por el fallecimiento de su hijo para que, una vez percibida, decida conforme a su deseo y libre voluntad, destinar para ampliar su vivienda o darle otra utilización. A que la jurisdicción cuantifique la suma resarcitoria en una cantidad de dinero porque estima que esta representa el valor de la modificación de la vivienda que presume le daría gozo compensatorio del daño moral padecido. El razonamiento judicial, evidentemente, no tiene la misma estructura, por cuanto introduce al debate litigioso situaciones subjetivas personalísimas del damnificado que siempre están en su esfera íntima que por cierto no serán respetada sino ventilada en el pleito.

Ello por cierto tiene aún mayor complejidad cuando se trata de resarcir el daño moral de origen contractual, dado que existen previsibilidades plasmadas en el acuerdo para tener en cuenta.

En función de ello, se observa que la interpretación examinada no condice con los mandatos humanistas de génesis constitucional y convencional. Sin lugar a duda, los mentores de este criterio, más allá de sus buenas intenciones, están imbuidos de las doctrinas decimonónicas en las cuales prima el criterio materialista razón por la cual tienen una necesidad ideológica de objetivar, de traducirlo a un bien tangible, un daño difícilmente ponderable por su naturaleza inmaterial ya que el estar disvalioso ocurre en la psique (o en la espiritualidad como indican otros autores). Es por ello que no encuentran mejor alternativa que imponer al juez que descubra como la víctima procuraría paliar su afección espiritual y, en base de ello, determinar una cuantía.

Por ello se estima que esta interpretación materialista del daño moral no logra superar el test constitucional razón por la cual es inaplicable porque existen normas superiores inspiradas en los Derechos Humanos que tienen preferente aplicación.

En algunos fallos dictado a posteriori de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, se advierte un sendero dialéctico eclético para cumplir sin cumplir con la manda de la parte in fine del art. 1741, quedando en evidencia la plena vigencia del arbitrio judicial cuando se define la suma dineraria compensatoria sin efectuar realmente el razonamiento comparativo que los autores que citan, proponen (69).

Esta interpretación no ve al hombre damnificado en su dolor, en su malestar espiritual, sino que se deja de lado a este y pone énfasis en analizar cómo procuraría paliar su estar divalioso mediante el consumismo. Si consume algún bien o hace una actividad que le de placer estará morigerando su dolor, su angustia. Y, es por ello que la suma resarcitoria a acordar debe permitir el acceso a satisfacciones sustitutivas.

Sin duda, con este criterio se hace una apología del consumismo propio de la ideología de la sociedad industrial [donde se] sostenía que "es de buen gusto consumir recursos en abundancia, y que brindar la oportunidad de lograr ese consumo a todos los pueblos del mundo es hacer justicia. Estos supuestos éticos y estéticos constituyen, en conjunto, el espíritu básico de la sociedad industrial" (70).

Como se asevera, la hermenéutica examinada no logra superar el arbitrio judicial sino, por el contrario, promueve nuevas arbitrariedades. En ese sentido, una de las mayores críticas que soporta la cuantificación del daño moral mediante el arbitrio judicial es la gran disparidad de criterios que llevaba ineludiblemente a cuantificar con sumas notablemente desiguales situaciones de menoscabo espiritual equivalentes. Con ello se entendía que se estaba frente a situaciones de gran injusticia.

Sin embargo, la nueva pauta, además de seguir ponderando la gravedad del daño moral padecido por el perjudicado en el contexto socio económico en el cual se desenvuelve, agrega una nueva dificultad al proceso racional de justipreciación de la cuantía resarcitoria, como es la determinación de cuál es el bien, servicio o actividad que le permitirá paliar el menoscabo espiritual padecido por la víctima. El juez debe justificar racionalmente (art. 3º, Cód. Civ. y Com.) y no simplemente elucubrar (71), conforme todos los antecedentes aportados al proceso cual sería el bien, servicio o la actividad de recreación que le permitirá a la víctima superar su menoscabo espiritual.

Evidentemente, la propuesta nacida de una inadecuada y economicista interpretación de la norma del Código vigente no brinda una solución a las cuantías distintas para casos parecidos, sino que agrega un elemento más a la pesada carga de los jueces de cuantificar un daño de una naturaleza de difícil aprehensión en un concepto objetivo.

En otras palabras, el Código Civil y Comercial implícitamente mantiene vigente, como método al arbitrio judicial, pero con mayor complejidad, dado que agrega criterios materialistas consumeriles para la cuantificación de la suma indemnizatoria.

Sin duda, se abren nuevas puertas a la arbitrariedad por cuanto el juez, en muchos casos sin tener certeza científica, deberá inferir de los antecedentes del caso, especialmente de las expresiones del damnificado reclamante, cuáles son los bienes, servicios o actividades recreativas que él entiende darían gozo espiritual a esta y le devolvería el bienestar perdido.

Este nunca acabar de las cuantías dispares para casos similares del régimen nacional en la función resarcitoria del menoscabo del bienestar espiritual, lejos está del concepto español plasmado en la ley 30/1995 (Baremo para accidentes de tránsito) donde, en el inc. 7º del punto primero del Anexo, se regula que "la cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas..." (72).

También es importante resaltar que el criterio reglado es discriminatorio y rompe con el principio de igualdad de tratamiento. En este sentido, los defensores de la postura hacen un esfuerzo especial por tratar de demostrar que este no tiene ese defecto ante la posibilidad de acordar una cuantía diferente para casos similares, pero el simple hecho de precisar el monto del resarcimiento en función de la individualización de qué bienes, servicios o actividades le darían a la víctima "satisfacciones sustitutivas y compensatorias" marca un tratamiento desigual. Ello es

así porque cada sujeto tiene un estilo muy personal de cómo morigerar el menoscabo espiritual que padece el cual en la mayoría de los casos está muy lejos de comportamientos consumeriles como se propone para medir.

Por ejemplo, es suficiente con prestar atención, con apoyo científico, a la pérdida del bienestar espiritual de los padres ante la pérdida de un hijo. Sin lugar a hesitación que el dolor espiritual de estos ante la frustración ilícita de la vida de su descendiente, cualquiera sea la capacidad cultural o económica de la familia, será similar, pero pueden ser muy disimiles las formas de superar el duelo.

Con mayor agudeza se puede destacar que el modo de paliar el daño moral padecido por los padres, con seguridad aplicando el nuevo criterio interpretativo será diferente en cada caso cuando el padecimiento espiritual es semejante. Ello ocurre porque algunos progenitores damnificados por el fallecimiento de su hijo buscarán regocijo en el silencio de la piedad religiosa (cualquiera sea) hasta superar el duelo. A ellos, con el criterio consumeril expuesto se les debería conceder una indemnización equivalente al valor de un par de elementos para profesar su culto (Rosario, Biblia, Corán, etc.) por cuanto es el bien o actividad que satisface su espiritualidad.

En cambio, frente a unos padres con alto grado de "frivolidad", situación económica importante, se debería calcular la compensación en función del costo de un viaje a Europa o de un automóvil de alta gama, etcétera.

Con el criterio materialista no se podría tildar a ninguna de las dos cuantías definidas como arbitrarias por cuanto estarían dentro de lo permitido por la hermenéutica economicista y consumeril dada a la normativa del Código Civil y Comercial.

En sentido contrario y, al solo efecto de reflejar el avance científico sobre el tema, resulta oportuno destacar, que el duelo humano por el fallecimiento de un familiar está perfectamente estudiado en sus tiempos.

Al respecto se asegura que el duelo tiene las siguientes etapas: 1ª etapa: Impacto y Negación. 2ª etapa: Conciencia de la pérdida. 3ª etapa: Conservación o Retraimiento. 4ª etapa: Cicatrización o reacomodo. 5ª etapa: Recuperación y sanación (73).

Las investigaciones han profundizado sus estudios hasta diferenciar entre el duelo normal y el patológico describiendo sus características (74).

Por ello, se deberá recurrir a la ciencia (psicólogos, psiquiatras o neurólogos) para definir la dimensión del quebranto del bienestar espiritual de la víctima no patológico, daño moral derivado del menoscabo de la integridad psicofísica-social o patrimonial. Para luego salir de esa esfera y pasar al examen de como superaría su disminución espiritual precisando que bienes o actividades, le darían satisfacciones sustitutivas que tiene otras complejidades.

Si se aprecia con detenimiento y rigor procesal, la pericial para individualizar cual es el bien o actividad que le dará satisfacción, es compleja porque se requerirá la concurrencia multidisciplinaria, entre otros de los mismos especialistas de la psique antes enumerados, sociólogos para que analice el contexto social del damnificado y también peritos que cuantifiquen el precio de la actividad o bien para individualizar la cuantía compensatoria.

Si la magistratura no tiene en cuenta las nuevas complicaciones y toma senderos abreviados carentes de fundamentación para llevar a cabo la cuantificación del daño moral, el contenido de la sentencia será una expresión del voluntarismo del juez y no una derivación razonada de los antecedentes de la causa.

En este sentido, ya se conocen expresiones jurisprudenciales donde advierten la importancia de acreditar no solo del menoscabo del bienestar espiritual sino de cuál sería el bien o la actividad que le daría satisfacción sustitutiva.

Al respecto se juzgó que "en materia de cuantificación de daño moral, no corresponde el aumento de la suma concedida en las sentencias de grado por ese concepto, si: a) la actora no ha efectuado ningún aporte que permita determinar específicamente qué bien o actividad resultaría gratificante, de manera de poder contar con pautas más específicas a la hora de cuantificar el presente rubro; b) la suma condenada en la sentencia recurrida resultaría suficiente para que la recurrente pudiera realizar un pequeño viaje reparador, comprar algún bien o realizar salidas de esparcimiento que le permitan compensar los padecimientos sufridos; y c) la suma concedida guarda relación con aquella otorgada en supuestos similares" (75).

En igual sentido, "en materia de resarcimiento de daños, conforme a lo previsto por el art. 1741, Cód. Civ. y Com. para la cuantificación del daño moral corresponde al damnificado aportar al expediente prueba suficiente que permita al juzgador encontrar una satisfacción sustitutiva que pueda acercarse con el mayor grado de certeza posible a una justa compensación que procure el resarcimiento de ese daño" (76).

Como se colige, esta idea jurisprudencial exige, primero que se acredite el daño causado al bienestar espiritual, cuál es su dimensión en gravedad y tiempo de duración que en algunos casos se los presume. Posteriormente, precisar y probar cual es el bien o la actividad que le dará placer compensatorio para paliar el daño moral. Por cierto, que esto exige marcar y acreditar las pautas económicas para su cuantificación en dinero.

Las palabras sobran para explicar que la interpretación dada a la parte in fine del art. 1741, Cód. Civ. y Com. no es la panacea, ni la medicina mágica que soluciona todos los problemas históricos de la jurisdicción que concedía resarcimientos disimiles para casos similares.

Finalmente, reflexionando que la jurisdicción no debe herir la sensibilidad de los justiciables con el contenido de sus fallos teniendo siempre presente las directivas de los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos, se estima que la interpretación observada críticamente puede incurrir en ese defecto dado que obliga a publicitar circunstancias que están en la esfera íntima del damnificado y, posteriormente, ver comparado su dolor con bienes o actividades.

Ello se potencia cual se comparan las sumas compensatorias con otros casos semejantes a los cuales se les concedió mayor cantidad.

Los ejemplos aportados por la doctrina judicial se expresan por si la posible perturbación de la sensibilidad de las víctimas cuando su padecer espiritual intimó es comprado con bienes materiales o actividades recreativas, para definir la cuantía resarcitoria del daño moral.

Sin perjuicio de los fallos antes citado, se puede transcribir que ante un fallecimiento se juzgó que "para cuantificar el daño moral la suma reconocida debe ser ponderada a la luz de las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que el dinero puede desempeñar en cada caso. En el entendimiento de que no hay dolor más grande que la pérdida de un hijo se estima adecuada la fijación de una suma para cada progenitor que permita acceder a un automóvil 0 km, con todas las salvedades que ese dolor de los padres debe significar" (77).

En esa idea en otro pronunciamiento se precisó que "las indemnizaciones sustitutivas, es decir aquellas fundadas en la teoría de los placeres compensatorios, también presentan puntos oscuros o dificultades al momento de ser aplicada, tal como ocurre frente a los supuestos de 'daños irreparables', como es el caso de la muerte del hijo, en el cual y a mi humilde entender resultaría difícil encontrar algún bien que pudiese sustituir o compensar el dolor que sufren los padres por tamaña pérdida, por lo que se torna harto dificultoso su determinación. Algunos Tribunales, en aplicación de dicha tesis, han tratado de compensar tal irreparable pérdida con la adquisición de una vivienda (en el caso de la muerte de un hijo, sus padres ocupaban hacinados con cinco hijos en dos habitaciones, en una casa sin terminar, por lo que, a fin de paliar el dolor de la pérdida, se condenó a la entrega de una suma necesaria para la adquisición de otro inmueble con las comodidades necesarias, vendiendo el que ya poseían)" (78).

En sentido similar: "La indemnización por daño moral otorgada a los hijos de un matrimonio que falleció en un accidente de tránsito debe elevarse, teniendo en cuenta una suma aproximadamente equivalente al valor promedio de un departamento de un ambiente en la ciudad de Buenos Aires, pues, si bien ninguna suma podrá reparar realmente el desmedro extrapatrimonial sufrido por los actores que perdieron a ambos padres, la solución se ajusta a los términos del art. 1741 del Cód. Civ. y Com." (79).

En cuanto a fallos relacionados con el daño moral en la incapacidad sobreviniente se sostuvo que "en el presente y a los fines de valorar una indemnización sustitutiva deben observarse las circunstancias que rodearon al caso, tales como que la srta. C. hoy no solo presenta una secuela incapacitante grave con alteración en su marcha, es decir no solo es de carácter funcional sino además que esta ha quedado con secuelas estéticas de carácter permanente que no solo la afectan en su forma de vida sino también su aspecto, bienpreciado par cualquier persona que no solo la afectará en sus sentimientos sino también seguramente en su psiquis.

Ello hace que el monto que debía fijarse debe cubrir el valor del "bien elegido al efecto del consuelo, el que debe resultar suficiente para permitirle a modo de ejemplo costear la adquisición de un inmueble como medio de satisfacción por la incapacidad aquejada y sin dudas paliará suficientemente el daño moral sufrido" (80).

De igual modo, se entendió que "en dicha inteligencia entiendo que el monto acordado al día de la referida sentencia no responde a las pautas anteriormente ponderadas, puesto que con ello ni siquiera puede alcanzarse a la adquisición de un vehículo usado fijado, conforme a la gravedad de las dolencias como pauta ponderativa a los fines de obtener una satisfacción de carácter sustitutivo.

"Así, p. ej., un VW Gol Trend 1.6 usado (2010) se encuentra en el orden de los \$155.000 o 160.000 (2012) o un Gol Power 5 puertas en \$162.000 (2013) (www.demotores.com.ar)" (81).

En esta idea también se dijo que "la indemnización por daño moral otorgada a la víctima de un accidente de tránsito debe elevarse, pues, teniendo en cuenta las lesiones sufridas, como así también, demás malestares y angustias que pudo sufrir como consecuencia del hecho, más sus condiciones personales, parece adecuado cuantificar el importe en el valor actual aproximado de un viaje a un balneario del Uruguay por 10 días con todo pago, ello en consonancia con el criterio establecido en el art. 1741, in fine del Cód. Civ. y Com." (82).

O que "la indemnización por daño moral otorgada a la víctima de un accidente de tránsito debe elevarse, pues, teniendo en cuenta las características del hecho, las lesiones sufridas por aquella y sus condiciones personales, parece adecuado cuantificar el importe en el valor actual aproximado de un automóvil de media a alta gama cero kilómetro, ello en consonancia con el criterio establecido en el art. 1741 in fine del Cód. Civ. y Com." (83).

Sin duda se abrió una nueva etapa en la cuantificación del daño moral producido por la pérdida del bienestar espiritual del damnificado, la cual está in fiere e in crescendo, razón por la cual resulta ineludible observar con cuidado sumo la hermenéutica que se formule del contenido normativo de la parte in fine del art. 1741 del Cód. Civ. y Com. para no contradecir los postulados superiores fijados en la Constitución Nacional y Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos.

(1) Ver el desarrollo del tema: ALFERILLO, Pascual E., "Reflexiones en torno al concepto de daño y su clasificación", RCyS 2019-4, 3, cita online: AR/DOC/492/2019.

(2) BREBBIA, Roberto H., "El daño moral - Doctrina - Legislación - Jurisprudencia", Ed. Orbir, 1967, 2ª ed., p. 41.

(3) DÍEZ-PICAZO, "El escándalo del daño moral", p. 13. El autor completa su idea resaltando que "nadie considerara impertinente que en este lugar comencemos haciendo referencia a alguna de esas decisiones, de las cuales parece resultar o bien un uso punitivo de la *figura* contra lo que es el carácter central de las indemnizaciones de daños en nuestro derecho son solo compensatorias; o bien algo semejante a lo que se puede llamar un concepto 'comodín', que, por decirlo con frase vulgar, sirve lo mismo para un roto que para un descosido. No puede desconocerse la acción que hacia estos 'comodines' tiene nuestra jurisprudencia, lo que se comprende porque le permiten reajustar las soluciones cuantas veces lo considere necesario". Esta preocupación fue, de igual modo expuesta por: CASADO, Andrés, "El concepto del daño moral. Estudios doctrinales", Revista de Derecho, UNED, 18, 2016, p. 399, disponible en: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2016-18-5070/Concepto_dano_moral.pdf.; MORENO, "Como niños jugando con plastilina: el problema del daño moral", disponible en: www.pj.gov.py/ebook/monografas/nacional/civil/Roberto-Moreno-Plastilina.pdf.; BARRIENTOS ZAMORANO, "Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*", Revista Chilena de Derecho, 1, vol. 35, 2008, p. 85, disponible en: www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000100004; entre otros.

(4) Ver: PIZARRO, Ramón D., "Valoración del daño moral", LA LEY 1986-E, 828-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 143; "Valoración y cuantificación del daño

moral", LLC 2006, 893 - RCyS 2006-XI, 121; VIRAMONTE, Carlos I. - PIZARRO, Ramón D., "Cuantificación de la indemnización por daño moral en la jurisprudencia actual de la sala civil y comercial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: el caso 'L. Q.'", LLC 2007 (junio), 465; ALFERILLO, Pascual E., "Conferencia dictada en el Primer Encuentro Académico Cuyano de Derecho - San Juan", mayo 2007 bajo el nombre "Baremo versus arbitrio judicial en la cuantificación de los daños personales" y publicada como "Cuantificación de daños personales", LA LEY del 11/07/2007, p. 1, LA LEY 2007-D, 965; "Daño a la vida. Valoración - Cuantificación. Acción resarcitoria", Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2009, p. 420.

(5) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Daño moral. Crítica a la denominación, Daño extrapatrimonial. Daño a la persona", Revista de Derecho de Daños, 6; "Daño moral - Doctrina - Jurisprudencia", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 7.

(6) PIZARRO, Ramón D., "Daño moral. Reparación, Punición, El Daño moral en las diversas ramas del derecho", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, 2ª ed., p. 58 enumera: perjuicio moral, daño no económico, daño extrapatrimonial, daño espiritual o daño a la integridad espiritual. Entiende que "quizás esta última expresión sea la que refleje más adecuadamente la esencia del menoscabo, que es siempre un daño jurídico. Su parte, MOISÁ, Benjamín - MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Daño extrapatrimonial (o moral) a las personas Jurídicas", Revista Jurídica del Perú, 87, mayo 2008, p. 303 y LexisNexis, Córdoba, 4-2008 (abril), p. 363 sostienen que "en la legislación, jurisprudencia y doctrina nacionales quizá la denominación más utilizada para designar a la especie de daño que nos ocupa sea la de 'daño moral'; no por ello es la más precisa, pues tiende a circunscribir la idea a algo no jurídico o a un daño estrictamente espiritual. También es común la expresión 'agravio moral' en la que, además de lo dicho, se advierte una connotación marcadamente punitiva. Por ello, preferimos el empleo de la locución 'daño extrapatrimonial' ...".

(7) El empleo del plural para decir: "Indemnización de las consecuencias no patrimoniales", ubica al código en la posición de sostener que existe más de una secuela con esas características que se contraponen con quienes sostienen que la única consecuencia no patrimonial es el menoscabo del bienestar espiritual no patológico que se traduce en daño moral.

(8) Ver: CNCiv., sala L, "C., O. c. América TV SA", 11/10/2011, RCyS 2012-III, 125, DJ del 18/04/2012, 77, DJ del 05/12/2012, 18, cita online: AR/JUR/71029/2011, "para repercutir en sus intereses espirituales y afecciones legítimas por avasallamiento de la personalidad"; CNCiv., sala H, "Bogdan, Pablo A. c. Reale, Alfredo E. s/ daños y perjuicios", 18/08/2011, cita online: AR/JUR/50951/2011, "agravio a las afecciones legítimas"; CNCiv., sala M, "Monzón, Leandro A. y otros c. Aguirre, Narciso y otros s/ daños y perjuicios", 01/07/2011, LLOnline, cita online: AR/JUR/36707/2011; "agravio a las afecciones legítimas"; TSJ CABA, "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. GCBA", 16/03/2011, LLCABA 2011 (junio), 317, cita online: AR/JUR/11351/2011, "agravios a las afecciones legítimas o padecimientos espirituales"; CNCiv., sala H, "Bassan, Aída A. c. Jurena, Carlos A. y otros", 07/12/2009, cita online: AR/JUR/63545/2009, "o agravio a las afecciones legítimas"; CNCiv., sala C, "T. J. V. c. G. B. M.", 02/07/2009, DFyP //2010 enero, 36, JA 2009-IV, 448, cita online: AR/JUR/41213/2009; "una lesión en sus afecciones legítimas tuteladas por la ley"; CNTrab., sala III, "Ortiz, Carlos A. c. Sipret SA", 10/06/2008, LLOnline, cita online: AR/JUR/6950/2008, "debe indemnizarse como daño moral toda lesión a los sentimientos, afecciones y expectativas legítimas de una persona"; entre otros.

(9) Diccionario de la Real Academia Española. afección. (Del lat. affectio, -onis). 1. f. afecto. 2. f. Afición, inclinación, apego. 3. f. En los beneficios eclesiásticos, reserva de su provisión, y comúnmente la correspondiente al Papa. 4. f. Med. enfermedad. Afección pulmonar, catarral, reumática. 5. f. p. us. Impresión que hace algo en otra cosa, causando en ella alteración o mudanza. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=afeccion>.

(10) Diccionario de la Real Academia Española. espíritu. (Del lat. spiritus). 1. m. Ser inmaterial y dotado de razón. 2. m. Alma racional. 3. m. Don sobrenatural y gracia particular que Dios suele dar a algunas criaturas. Espíritu de profecía. 4. m. Principio generador, carácter íntimo, esencia o sustancia de algo. El espíritu de una ley, de una corporación, de un siglo, de la literatura de una época. 5. m. Vigor natural y virtud que alienta y fortifica el cuerpo para obrar. Los espíritus vitales. 6. m. Ánimo, valor, aliento, brío, esfuerzo. 7. m. Vivacidad, ingenio. 8. m. diablo (ángel

rebelado). U. m. en pl. 9. m. Vapor sutilísimo que exhalan el vino y los licores. 10. m. Parte o porción más pura y sutil que se extrae de algunos cuerpos sólidos y fluidos por medio de operaciones químicas, etc. Disponible en: <http://lema.rae.es>.

(11) Diccionario de la Real Academia Española. legítimo, ma. (Del lat. legitimus). 1. adj. Conforme a las leyes. 2. adj. Lícito (justo). 3. adj. Cierto, genuino y verdadero en cualquier línea. 4. f. Der. Porción de la herencia de que el testador no puede disponer libremente, por asignarla la ley a determinados herederos. ~ estricta. 1. f. Der. Parte de la total que ha de dividirse con absoluta igualdad entre los herederos forzosos, sin diferencia, gravamen, condición o mejora.

(12) ALPA, Guido, "La responsabilidad Civil - Parte General", vol. 1, prólogo de Anderson Schreiber, traducción de César E. Moreno More, Legales Instituto - Legales Ediciones, Lima, 2016, p. 161. En el mismo sentido, AGLOGLIA, María Martha, "El daño jurídico. Enfoque actual", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 44. La autora sostiene que "la antijuridicidad se predica siempre de la conducta. De allí que las causales de justificación, excluyente de la antijuridicidad —estado de necesidad, obediencia debida, cumplimiento de un deber, etc.—, aludan siempre al comportamiento humano. El daño nunca es antijurídico, sino injusto, en tanto percute en intereses tutelados por el derecho".

(13) ALFERILLO, Pascual E., "Reflexiones en torno al concepto de daño y su clasificación", RCyS 2019-4, 3, cita online: AR/DOC/492/2019; ALFERILLO, Pascual E., comentario al art. 1738 en "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético", ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.) - ALFERILLO, Pascual - GÓMEZ LEO, Osvaldo - SANTARELLI, Fulvio (dirs. del tomo), Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2018, 3ª ed. actualizada y aumentada, t. VIII, ps. 245 y ss.

(14) ALFERILLO, Pascual E., "Reflexiones en torno al concepto de daño y su clasificación", RCyS 2019-4, 3, cita online: AR/DOC/492/2019. La importante opinión de los juristas integrantes de la comisión debe ser tenida en cuenta como una expresión doctrinaria, dado que el anteproyecto no tuvo tratamiento parlamentario.

(15) Art. 2059.- "Danni non patrimoniali. Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge" (Cod. Proc. Civ., 89; Cod. Pen., 185, 598).

(16) ALFERILLO, Pascual E., "La constitucionalización del derecho de daños", en ALERILLO, Pascual E. — GUARINO ARIAS, Aldo — SOMMER, Christian G. (coords.), Liber amicorum - en homenaje al profesor Dr. Luis Moisset de Espanés, Ed. Advocatus, Córdoba, 2010, p. 81; "El proceso de constitucionalización del Derecho Privado en la Argentina", Revista Iberoamericana de Derecho Privado, 7, mayo 2018 - Derecho Privado y Constitución, 23/05/2018, IJ-DXXXIV-709; "La Constitución Nacional y el Derecho de daño", RCyS, 4, año XIII, abril 2011, Ed. La Ley, p. 31, entre otros trabajos.

(17) BREBBIA, Roberto H., ob. cit., 2ª ed., p. 71. El profesor aclara que "la extrapatrimonialidad de los daños morales debe entenderse en el sentido de que son susceptible de incidir de una manera indirecta sobre el patrimonio de las personas, en cuanto los bienes personales menoscabados por el hecho ilícito poseen generalmente un determinado valor económico y como tal influyen en la capacidad productiva del sujeto pasivo del agravio. La distinción entre valor económico y valor pecuniario viene a constituir la clave de la clasificación de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales. Los primeros son aquellos agravios configurados por la lesión de un bien con valor pecuniario, es decir, de un bien patrimonial; en cambio, los segundos son aquellos conformados por el menoscabo de algunos de los bienes personales, que no poseen traducción adecuada en dinero y, por tanto, carecen de valor pecuniario, pero, en cambio, son susceptibles de tener un valor económico porque suelen incidir sobre la capacidad productiva del sujeto. Los agravios patrimoniales inciden de una manera directa sobre el patrimonio del sujeto, formado exclusivamente por bienes con valor pecuniario; los daños morales inciden indirectamente sobre el patrimonio por cuanto los bienes con valor pecuniario que forman el mismo solo se ven incluidos por la lesión a un bien personal en la medida de que este menoscabo redunde en desmedro de la capacidad del sujeto para producir o conservar esa clase de bienes". PADILLA, Rodrigo - VILLAGRA VÉLEZ, Macarena M., "Responsabilidad civil del abogado. El daño moral que puede generar un letrado imperito", LA LEY 15/08/2018,7, LA LEY 2018-D-336, precisan que "en cuanto a la definición de 'daño', se puede afirmar que se trata de una 'lesión

disvaliosa de un interés sobre un bien jurídicamente protegido", pues este bien puede o no ser patrimonial, aunque siempre, para ser resarcible, debe estar amparado por el derecho (o al menos "no prohibido"). Entonces, sencillamente el daño extrapatrimonial o moral se trata de una lesión a un interés no patrimonial y, como enseña Pizarro, "ambos componentes tiene que aparecer necesariamente amalgamados, a punto que la ausencia de cualquiera de ellos impide que se configure".

(18) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría General de la responsabilidad civil", 9ª ed. ampliada y actualizada (Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997), p. 239; CASIELLO, Juan, J., "Sobre el daño moral y otros pretendidos daños", LA LEY, 1997-A, 177; Responsabilidad civil - Doctrinas esenciales, t. III, 79, entre otros.

(19) En la doctrina judicial de Costa Rica se acepta la existencia del daño moral objetivo. Ver: ALFERILLO, Pascual E., "Daño moral. En la legislación argentina y costarricense", Ed. IJSA Investigaciones Jurídicas SA, San José, Costa Rica, 2017, ps. 98-99. En ese estudio se comentó que "en Costa Rica del agravio a un derecho de la persona se pueden derivar los dos tipos de daño moral, el objetivo y el subjetivo. Así cuando se vulnera el honor de la víctima con agravios o calumnias, ciertamente, se pueden derivar consecuencias económicas y morales. Las económicas, que en la terminología costarricense sería el "daño moral objetivo", pueden ser, p. ej., la pérdida de clientela por menoscabo a su prestigio profesional, verbigracia, de un médico que es acusado injustamente de mala praxis o de un abogado que es acusado de retención indebida de bienes de su cliente. Y, las consecuencias morales propiamente dicha, o expresado en la clasificación antes expuesta como "daño moral subjetivo" que se presentan porque la injuria o calumnia vulneró el bienestar espiritual de la víctima (bien protegido) e ingresó en un estar disvalioso como puede ser: angustia, impotencia, enojo, etc., ante el injusto desprestigio, sin que esta afección espiritual llegue a configurar una afección, una patología psíquica. Es por ello se entiende, en otros sistemas jurídicos, a diferencia de Costa Rica que no existe jurídicamente "el daño moral objetivo" sino que es simplemente la consecuencia patrimonial de la vulneración de un derecho o interés de la víctima, sea el mismo derivado de la integridad patrimonial o de la integridad psicofísica-social. La otra consecuencia posible es el menoscabo del bienestar espiritual".

(20) MEZA, Jorge A. - BORAGINA, Juan Carlos, "El daño extrapatrimonial en el Código Civil y Comercial", RCyS 2015-IV, 104, cita online AR/DOC/418/2015. Estos autores sostienen que "caracterizado ontológicamente el daño como lesión a un interés lícito y descartando el daño a la persona como un tertium genus, resulta necesario abandonar el estrecho marco que vincula al daño moral con el pretium doloris y reemplazarlo por un criterio amplio, abarcativo de toda lesión a un interés extrapatrimonial —directo o indirecto— generado por el ilícito".

(21) STIGLITZ, Gabriel - ECHEVESTI, Carlos A., "El daño resarcible", en BUERES, Alberto J. (dir.), Responsabilidad Civil 9, , Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993, 1ª reimp., p. 211.

(22) Ibidem, p. 229, indican que quedan comprendidos tanto los supuestos de pérdida, destrucción o deterioro de bienes, como la realización de gastos o erogaciones, las ganancias frustradas como consecuencia de la disminución de capacidad para el trabajo. Asimismo, toda hipótesis de menoscabo de facultades o aptitudes susceptibles de generar ventajas económicas (la vida, salud, integridad física y espiritual, etc.), e incluso, la afectación de ciertas relaciones o estados de hecho (clientelas, etc.), entre otros tantos ejemplos meramente enunciativos...

(23) Ibidem, p. 230.

(24) MAYO, Jorge A., "El daño moral. Los diversos supuestos característicos que lo integran", Revista de Derecho de Daño, 6 Daño Moral, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Buenos Aires, 1999, p. 179.

(25) PIZARRO, Daniel R., "Daño moral. Prevención. Reparación. Punición", Colección Responsabilidad Civil, 17, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, 2ª ed., p. 33.

(26) Ibidem, p. 43.

(27) Esta posición fue suscripta, además, por Jorge Mosset Iturraspe, Silvana Chiapero de Bas, Ramón D. Pizarro, Beatriz Junyent de Sandoval, Esteban Sandoval Luque y Gabriel Stiglitz.

(28) PIZARRO, Ramón D., "Daño moral. Reparación, Punición, El Daño moral en las diversas ramas del derecho", cit., 2ª ed., p. 71; BUERES, Alberto, "El daño moral y su conexión

con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general", Revista del Derecho Privado y Comunitario, I, 1992, p. 266; AGOGLIA, María M. - BORAGINA, Juan Carlos - MEZA, Jorge A., "La fractura del nexo causal. La lesión psíquica y el daño moral", LA LEY 1998-E, 7 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales t. II, 1111; etc. En la jurisprudencia: CC0102 LP 204845 RSD-5-90 S 01/02/1990, "Colman, Alberto H. y ot. c. Castiglio, Roberto y ot. s/ daños y perjuicios", JUBA Civil y Com. B150105. En el mismo sentido: Primera Cám. Civil - Primera Cir. Judicial Mendoza, 25/11/1999, expte. 32855 "Páez, Orlando D. S. c. Miguel Minas y ots. - daños y perjuicios", L. de S.156 - Fs.499; Cám. Apel. del Noreste del Chubut, sala B, 15/11/2006, "Olmedo, Nicolás Á. y otra c. Transur SA y/u otros", LLPatagonia 2007 (abril), 921, entre otros.

(29) GALDÓS, Jorge M., "Acerca de daño psicológico", JA 2005-I-1197 - SJA 03/03/2005. En jurisprudencia: CC0103 LP 211986 RSD - 103-92 S, 30/04/1992, "Giacomin, Pedro c. Gérez, Walter R. - daños y perjuicios", JUBA Civil y Com. B200359.

(30) ALFERILLO, Pascual E., "El desvínculo del menoscabo psíquico del daño moral", 2009-3, Daño a la persona, Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires Santa Fe, p. 29; "El daño psíquico. Autonomía conceptual y resarcitoria", LA LEY del 07/10/2013, 1, 1, cita online, AR/DOC/3611/2013. En igual sentido, RODRÍGUEZ, Lorena, "Daño moral y daño psicológico: Nuevamente en tensión", LLC2009 (mayo), 370; RCyS 2009-VI, 57. Jurisprudencia: CS, 30/09/2003, P. 105. XXXVII. "Parisi, Jorge O. y otros c. Obra Social del Papel Cartón y Químicos y otros", T. 326, P. 3961; SCBA, AC 79853 S 03/10/2001, "Junco, Julio c. Materia Hnos. SACIF s/ daños y perjuicios", JUBA Civil y Com. B25889; CC0102 LP 233858 RSD-76-1 S 03/07/2001, "De Blasis, Rubén c. Domenech, Carlos s/ daños y perjuicios", JUBA Civil y Com. B152488; CC0102 LP 217591 RSD-157-94 S 01/09/1994, "Domínguez, Zenón c. Higa, Juan Alberto s/ daños y perjuicios", CC0102 LP 226989 RSD-96-97 S 15/05/1997, "Cerfoglio, Patricia c. Cascallare, Ricardo s/ daños y perjuicios", JUBA Civil y Com. B151226. También se puede consultar: CC0102 MP 73774 RSD-389-89 S 07/11/1989, "Prato de Gil, María c. Darnes, Claudio y Nobleza Picardo s/ daños y perjuicios", JUBA Civil y Com. B1400023; Cám. Civ. Com. y Minería de San Juan, sala Primera, 26/11/2008, autos 19.569 "Urcullu, Jorge E. c. Giménez, Miguel B. y Tac Ltda. - daños y perjuicios - sumario", L. de S. t. 102, Fº 83/141, entre otros.

(31) Se emplea, sin perjuicio de las observaciones realizadas, el término "espiritual" para diferenciar el menoscabo moral con el daño a la psique propiamente dicho (neurológico, psiquiátrico, psicológico), más allá de reconocer que la minusvalía moral también es un fenómeno de la psique.

(32) El detalle suficientemente conocido en la doctrina autoral y judicial fue tenido en cuenta a la hora de elaborar el código unificado. Por ejemplo: a) En el art. 1746 donde se adopta, para ponderar la suma resarcitoria derivada de incapacidad sobreviniente sea físico o psíquico permanente, una fórmula de la matemática financiera. b) En el art. 1745 cuando fija los rubros indemnizables y quienes son los legitimados derivados del fallecimiento de una persona, marca particularmente que cuando muere un hijo se debe tener en cuenta la pérdida de chance de ayuda futura a sus padres o a quienes tengan la guarda de este. c) Y, en la cuantificación del daño moral, prevé el art. 1741, como método, que el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.

(33) ALFERILLO, Pascual E., comentario al art. 1740 en "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético", ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.) - ALFERILLO, Pascual - GÓMEZ LEO, Osvaldo - SANTARELLI, Fulvio (dirs. del tomo) - ALTERINI, Ignacio E. (coord.), cit., ps. 293 y ss.

(34) CS, "Nación c. Roca de Schröder, Agustina", 1976, T. 295, P. 157; "Provincia de Buenos Aires c. Saico SA", 1985, t. 307, p. 1306, entre otros. En las expropiaciones ocupa un lugar especial el tema de que si la imposición de las costas por su orden afecta la reparación integral. En un sentido, muy negativo y contrario a la constitucionalización del derecho codificado sustancial y procesal, se ha pronunciado LAPLACETTE, Carlos J., "La reparación integral. Problemas de un concepto innecesario y erróneo", LA LEY 2008-C, 961, quien llega a decir que "no es la Constitución Nacional el lugar donde deben buscarse respuestas a decisiones legislativas que

simplemente no son de nuestro agrado. De lo contrario, el derecho constitucional se trivializa y con él la autoridad de nuestra Carta Magna."

(35) CS, S. 26. XXII.; "SACOAR SAIC. c. Dirección Nacional de Vialidad s/ ordinario", 31/10/1989, t. 312, p. 2043; "Pensavalle SRL c. Nación", 1976, t. 296, p. 729; E. 136. XXXIV. "Echenique y Sánchez Galarce SA c. Instituto de Vivienda del Ejército s/ sumarísimo", 24/04/2001, t. 324, p. 1315; "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería SAICFI c. Dirección Nacional de Vialidad", 1984, t. 306, p. 1409; entre otros.

(36) CS, L. 33. XXII.; "Lo Iacono, Osvaldo J. c. Consejo Nacional de Educación Técnica CONET", 30/08/1988, t. 311, p. 1722; "Pillet, Jorge C. c. Nación", 1961, t. 249, p. 320; "Argos Compañía Argentina de Seguros Generales SA c. Provincia de Buenos Aires", 1975, t. 293, p. 710; C. 88. XXXI. "Carello, Juan Miguel y otro c. Camba Cua SAAGMS. y otro s/ lesión y/o muerte de pasajero transporte aéreo", 20/08/1996, t. 319, p. 1486; "Vieytes de Fernández, Juana Suc. c. Provincia de Buenos Aires", 1976, t. 295, p. 973; "Scordo, Humberto Francisco c. SA Lago Electric", 1977, t. 299, p. 125; "Pérez de Neglia, María del Carmen c. Facchini, Gino y otra", 1977, t. 297, p. 445; "SAFAC SA Cía. Fabril, Comercial y Financiera c. Celulosa Argentina SA", 1979, t. 301, p. 45; "Stabilito, Bartolomé y otros", 1980, t. 302, p. 1016; "Villariño Malleiro, Raquel c. Luis Paulino suc.", 1981, t. 303, p. 2010; "Asís de Álvarez, Julia E. c. Ferrocarriles Argentinos", 1981, t. 303, p. 1445; "Banco Nacional de Desarrollo c. José Antonio Silva", 1981, t. 303, p. 378, entre otros.

(37) CHIARAMONTE, José P., "El principio de la reparación integral en las obligaciones de dinero", LA LEY 1976-D, 239.

(38) CS, "Lucena, Rafael y otro c. Nación", 1961, t. 250, p. 135. En igual sentido: Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, 18/04/1950, "Heinz, Felipe c. La Continental (Cía. de Seguros)", LLOnline, cuando dijo que "la reparación del daño debe ser integral; es decir, debe restablecerse el estado de cosas que hubiera existido si la circunstancia que obliga a la indemnización no hubiese sobrevenido". Sobre el tema ver: CS, "Vieytes de Fernández, Juana Suc. c. Provincia de Buenos Aires", 1976, t. 295, p. 973; P 263 XXVIII; "Pérez, Fredy Fernando c. Empresa Ferrocarriles Argentinos s/ sumario", 24/08/1995, t. 318, p. 1598; A. 2652. XXXVIII.; "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA s/ accidentes ley 9688", 21/09/2004, t. 327, p. 3753; ED del 25/10/04, nro. 52.021; ED del 15/11/2004; LA LEY del 17/11/2004; JA del 24/11/2004; LA LEY del 01/12/2004, nro. 108.383; ED del 03/12/2004. En autos M. 687. XXXVIII; REX "Mesquida, Gregorio H. y otro c. Estado Nacional - Armada Argentina y otro s/ accidente en el ámbito militar y fuerzas de seguridad", 28/11/2006, t. 329, p. 5382, la disidencia parcial de los Dres. Juan Carlos Maqueda y Luis Roberto Rueda fijó el mismo criterio al reconocer "el derecho a una reparación integral en los términos del deber constitucional de no dañar a otro".

(39) Ver: MÁRQUEZ, José F. - SAPPÍA, María Candelaria, "La reparación integral del daño. Su consolidación en la Constitución, la doctrina, la jurisprudencia y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012", RCyS 2013-IX, 121, cita online: AR/DOC/3090/2013; ALTERINI, Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E., glosa al comentario del art. 1740 en "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético", ALTERINI, Jorge H. (dir. gral) - ALFERILLO, Pascual - GÓMEZ LEO, Osvaldo - SANTARELLI, Fulvio (dirs. de tomo)- ALTERINI, Ignacio E. (coord.), arts. 1708 a1881, cit., p. 260; ALTERINI, Jorge H., "El dolo en la indemnización de daños. Incrementos. Limitaciones. Atenuaciones. Compensaciones", Academia Nacional de Derecho, 2008 [octubre], p. 1; Obligaciones y Contratos. Doctrinas Esenciales, LA LEY, 2009-D, 1229, t. I, 599; entre otros.

(40) GALDÓS, Jorge Mario, comentario al art. 1741 en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.) — DE LORENZO, Miguel F. — LORENZETTI, Pablo (coords.), "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VIII-art. 1614^a 1881, p. 503.

(41) CS, B. 140. XXXVI. Originario, "Baeza, Silvia Ofelia c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", 12/04/2011. En este fallo votaron: Ricardo Luis Lorenzetti (en disidencia parcial), Elena I. Highton De Nolasco, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi (en disidencia parcial), Juan Carlos Maqueda, Carmen M. Argibay.

(42) GALDÓS, Jorge Mario, "El daño moral (como 'precio del consuelo') y la Corte Nacional", RCyS 2011-VIII, 176 - RCyS 2011-XI, 259. El autor refiere al fallo dictado por la CNCiv., sala F, 12/03/2004, "García, Ramón A. c. Campana, Aníbal s/ daños y perjuicios", voto Dra. Elena Highton de Nolasco, elDial AA1F9C.

(43) GALDÓS, Jorge M. - HESS, Esteban H., "'Cuánto' y 'quién' por daño moral" en Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927-1937-161-1969), Ed. Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, t. III, p. 1659; "Afección al Espíritu de la Persona. Legitimados para reclamar el daño moral" en Estudios de Derecho Privado Moderno. La Persona. Protección Patrimonial y Personal. Homenaje al Dr. Julio César Rivera, Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 145; "Los daños a las personas en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires", Revista de Derecho de Daños 2009-3-245; Díez-PICAZO, Luis, "El escándalo del daño moral", Ed. Civitas, Madrid, 2008, p. 60; IRIBARNE, Héctor P., "De los daños a la persona", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1993, ps. 143 153, 401, 599 y especialmente p. 401; "Ética, derecho y reparación del daño moral" en anotación a fallo en ED 112-280; "La cuantificación del daño moral", Revista de Derecho de Daños, 6, Daño Moral, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 197.

(44) GALDÓS, Jorge M., "El daño moral (como 'precio del consuelo') y la Corte Nacional", RCyS 2011-VIII, 176-RCyS 2011-XI, 259.

(45) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I, "Zampieri, Miguel Ángel c. Banco de Galicia sucursal Tandil s/ daños y perj. incump. contractual (exc. Estado)", 22/12/2014, LLBA 2015 (marzo), 211, RCyS 2015-VI, 117, LA LEY del 18/06/2015, 6, LA LEY 2015-C, 446, RCCyC 2015 (julio), 241, RCyS 2015-VIII, 34, cita online: AR/JUR/66386/2014.

(46) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I, "Zampieri, Miguel Á. c. Banco de Galicia sucursal Tandil s/ daños y perj. incump. contractual (exc. Estado)", 22/12/2014, LLBA 2015 (marzo), 211, RCyS 2015-VI, 117, LA LEY del 18/06/2015, 6, LA LEY 2015-C, 446, RCCyC 2015 (julio), 241, RCyS 2015-VIII, 34, cita online: AR/JUR/66386/2014.

(47) CNCiv., sala A, "S., K. E. y otros c. B., L. y otros s/ daños y perjuicios", 17/11/2014, RCyS 2015-VII, 142, RCCyC 2015 (julio), 167, RCyS 2015-VIII, 177, cita online: AR/JUR/89347/2014.

(48) CNCiv., sala A, "O., R. B. y otro c. América TV SA s/ daños y perjuicios", 04/11/2014, RCCyC 2015 (julio), 169, cita online: AR/JUR/88310/2014.

(49) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, "Díaz, Daniel D. c. Peralta, Ricardo O. y otros s/ daños y perjuicios", 15/12/2015, cita online: AR/JUR/87452/2015

(50) CNCiv., Sala A, "M., N. A. c. Empresa San José SA s/ cobro de sumas de dinero", 18/11/2016, cita online: AR/JUR/85055/2016; "R., L. A. c. Congregación Hijos de San Camilo s/ daños y perjuicios", 02/12/2016, cita online: AR/JUR/85052/2016.

(51) CS Catamarca, "Córdoba, Ramón E. y otros s/ vejaciones calificadas en grado de coautores - capital", 05/10/2015, cita online: AR/JUR/75179/2015.

(52) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, "Desiderio, Daniel D. c. Mapfre Argentina de Seguros SA s/ daños y perjuicios", 03/09/2015, cita online: AR/JUR/30114/2015.

(53) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea, "Ajargo, Claudio E. c. BBVA Banco Francés SA s/ daños y perjuicios", 09/06/2016; cita online: AR/JUR/51420/2016. El tribunal emplea en método de comparar con otros fallos anteriores cuando sostiene que "en el primer aspecto pueden evaluarse las indemnizaciones otorgadas por daño moral a entidades financieras por incorporación en bases de datos como el "Veraz" (\$30.000 por la CNCom., sala D, "Amato c. Banco de Galicia" el 29/08/2013 en SJA del 04/12/2013; \$6000 por la CNCiv., sala L en "Cuello c. Banco Patagonia" del 12/12/2006; \$20.000 por la CNCiv., sala K, "Canaveri, Ricardo A. c. Banco Columbia SA y otro" del 03/02/2015; \$45.000 por la CNCiv., sala K, "Moreyra, Marcela B. c. Compañía Financiera Argentina SA" del 22/08/2014) donde las variaciones bien pueden achacarse a las del tiempo en que fueron dictadas. Esta Cámara, por otra parte, ha fijado recientemente indemnizaciones por daño moral por lesiones físicas derivadas del disparo de un arma de fuego en una suma tres veces superior, en orden a la prueba reunida en el caso (expte. 103.535 "Charque c. Goñi" reg. int. 9 [S] del 03/03/2016. Fuente: base de datos del Poder Judicial

de la Nación, obrante en la página http://consultas.pjn.gov.ar/cuantificacion/civil/dmoral_ppal.php".

(54) Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas de Paz y Tributario de Mendoza, "Camargo, Gerardo M. c. Panasite, Antonio J. p/ d. y p.", 05/12/2016 (gentileza del tribunal). En igual sentido el tribunal expresó en autos 42.174/51.568, "San Martín, Liliana B. c. Funes, David y ot. p/ d. y p.", 19/08/2016; expte: 51.568, Fojas: 239; auto 92.327/51.257, "Martín Analía Gabriela c. Empresa Provincial Transporte p/ d. y p.", 02/08/2016; auto 51.499/115.915, "Gutiérrez, Víctor Manuel c. Municipalidad de Las Heras y ot. p/ d. y p.", 26/09/2016, expte: 51.499, Fojas: 363, entre otros.

(55) Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas de Paz y Tributario de Mendoza, "Camargo, Gerardo M. c. Panasite, Antonio J. p/ d. y p.", 05/12/2016 (gentileza del tribunal). En este pronunciamiento se especificó que "las indemnizaciones sustitutivas, es decir aquellas fundadas en la teoría de los placeres compensatorios, también presentan puntos oscuros o dificultades al momento de ser aplicada, tal como ocurre frente a los supuestos de 'daños irreparables', como es el caso de la muerte del hijo, en el cual y a mi humilde entender resultaría difícil encontrar algún bien que pudiese sustituir o compensar el dolor que sufren los padres por tamaña pérdida, por lo que se torna hartamente dificultoso su determinación. Algunos Tribunales, en aplicación de dicha tesis, han tratado de compensar tal irreparable pérdida con la adquisición de una vivienda (en el caso de la muerte de un hijo, sus padres ocupaban hacinados con cinco hijos en dos habitaciones, en una casa sin terminar, por lo que, a fin de paliar el dolor de la pérdida, se condenó a la entrega de una suma necesaria para la adquisición de otro inmueble con las comodidades necesarias, vendiendo el que ya poseían)".

(56) Segunda Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, "Miralles, Martín Gonzalo y ots. c. Basilotta Núñez, Ángel Custodio s/ d. y p.", 25/02/2016, LLOnline, cita online: AR/JUR/2777/2016.

(57) MASSINI CORREA, Carlos I, "Determinación del derecho y directivas de la interpretación jurídica", LA LEY, 2004-B-1340, cita a WRÓBLEWKI, J., "Semantic Basis of the Theory of Legal Interpretation" (SB), en *Logique et Analyse*, 21-24 (La théorie de l'argumentation), Louvain, París, 1963, p. 411.

(58) Ver nota 7.

(59) Disponible en: <http://dle.rae.es/?w=pueden> 1. tú. Tener expedita la facultad o potencia de hacer algo.

(60) Disponible en: <http://dle.rae.es/?w=deber>.

(61) Disponible en: <http://dle.rae.es/?w=satisfacer> Del lat. *satisfacere*.

(62) Disponible en: <http://dle.rae.es/?w=sustitutiva>. Del lat. *tardío substitutivus*.

(63) Disponible en: <http://dle.rae.es/?w=compensatoria>.

(64) Disponible en: <http://dle.rae.es/?w=compensar>.

(65) BREBBIA, Roberto H., ob. cit., 2ª ed., p. 227. El autor en la p. 229 completa su pensamiento expresando que "cuando se plantea el problema de una manera brutal —afirman los Mazeaud— cuando se pregunta, p. ej., "¿Cuánto vale el dolor causado a un padre por la muerte de su hijo?, se está tentado de responder: eso no tiene precio; pero entonces se incurre en el mismo error de siempre; cuando se responde eso no tiene precio, se quiere decir sencillamente que el dinero no puede borrar ese terrible dolor; pero la cuestión no es esa: es necesario buscar cuál es la suma necesaria para procurar satisfacciones de orden moral susceptible de reemplazar en el patrimonio moral el valor que ha desaparecido".

(66) MAZEAUD, Henri y León - TUNC, André, "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y contractual", prefacio de Henri Capitant, traducido de la quinta edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, t. primero, V. I, ps. 437-438.

(67) Ibidem, p. 439.

(68) Ibidem, p. 441. En síntesis, los autores franceses aseveran que "así, es inexacto pretender que la reparación del perjuicio moral se opone a los principios fundamentales que rigen la responsabilidad civil. En derecho, esa reparación se impone, por lo tanto. Se impone también ante la equidad, y es una consideración que resultaría vano querer despreciar. Parecería chocante,

en una civilización avanzada como la nuestra, que fuera posible, sin incurrir en responsabilidad civil, lesionar los sentimientos más elevados y más nobles de nuestros semejantes, mientras que el menor atentado contra su patrimonio origina reparación. Estas consideraciones conducen a la casi unanimidad de los autores a admitir la reparación del daño moral en materia delictual y cuasidelictual".

(69) Segunda Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, "Orona, Hugo O. c. Gobierno de la provincia de Mendoza p/ d. y p.", 5 de mayo 2016, fojas: 413. En este fallo se razonó del siguiente modo: "[T]eniendo claro que no hay dinero que supla la muerte de un hijo, hay que tratar de ponderar las funciones satisfactorias y sustitutivas de la indemnización del daño extrapatrimonial y los derechos en juego. La suma de \$242.469, fijados a la fecha de la presente sentencia, para cada uno de los padres, teniendo en cuenta las funciones satisfactorias y sustitutivas del dinero, puede compensar de algún modo el dolor y la angustia padecida" [...]. "De tal modo ponderando las funciones sustitutivas y satisfactorias del dinero, estimo que dicha suma a de \$145.479, fijados a la fecha de la presente sentencia, para cada una de las hermanas, teniendo en cuenta las funciones satisfactorias y sustitutivas del dinero, puede compensar de algún modo el dolor y la angustia padecida".

(70) SAKAIYA, Taichi, "Historia del futuro - La sociedad del conocimiento", Ed. Andrés Bello, Chile, 1ª ed., 1994, p. 49.

(71) Disponible en: <http://dle.rae.es/?w=elucubrar>. Elucubrar. Del Lat. Complicada y con apariencia de profundidad. 2. tr. Imaginar sin mucho fundamento. U.t.c., intr.3. tr. desus. Trabajar velando y con aplicación e intensidad en obras de ingenio.

(72) El inciso se completa: "[P]ara asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados se tienen en cuenta, además, las circunstancias económicas, incluidas las que afectan a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado. Son elementos correctores de disminución en todas las indemnizaciones, incluso en los gastos de asistencia médica y hospitalaria y de entierro y funeral, la concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de sus consecuencias y, además, en las indemnizaciones por lesiones permanentes, la subsistencia de incapacidades preexistentes o ajenas al accidente que hayan influido en el resultado lesivo final; y son elementos correctores de agravación en las indemnizaciones por lesiones permanentes la producción de invalideces concurrentes y, en su caso, la subsistencia de incapacidades preexistentes". Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-24262>.

(73) Disponible en: <https://gruporenacer.wordpress.com/2008/03/17/el-duelo-y-sus-etapas/>; <http://ocw.unican.es/ciencias-de-la-salud/ciencias-psicosociales-ii/materiales/tema-11.pdf>; ORTEGO, María del Carmen - LÓPEZ Santiago - ÁLVAREZ, María Lourdes - APARICIO, María del Mar, "Tema 11. El duelo", Universidad de Cantábrica, Ciencias Psicosociales II, disponible en: <http://ocw.unican.es/ciencias-de-la-salud/ciencias-psicosociales-ii/materiales/tema-11.pdf>. En este trabajo se especifica que "en el proceso de duelo se han establecido varias fases, pero no existe un acuerdo entre los autores a la hora de determinar su número. Así, nos encontramos con autores que afirman la existencia de tres etapas (Grollman, 1986; Rando, 1988; Bourgeois y Verdoux, 1994; Filgueira, 1995; Valdés y Blanco, 1997; Neimeyer, 2000 En: Ochoa de Alda, 2002), cuatro (Bowbly, 1983b; Fernández y Rodríguez, 2002) y hasta cinco fases (Kübler Ross, 1974; Parkes, 1975). Otra característica común en todos los autores consultados (Kübler Ross, 1974; Parkes, 1975; Bowbly, 1983b, Grollman, 1986; Rando, 1988; Bourgeois y Verdoux, 1994; Filgueira, 1995; Valdés y Blanco, 1997; Ochoa de Alda, 2002) es el hecho de considerar las etapas como no universales, es decir que no necesariamente las personas en duelo deben atravesar por todas ellas ni seguir una determinada secuencia.

(74) ECHEVERÚA, Enrique - DE CORRAL, Paz. Disponible en: <http://www.paliativossinfronteras.com/upload/publica/libros/Necesidades%20psicosociales%20en%20el%20terminalidad/EL-DUELO-NORMAL-Y-DUELO-PATOLOGICO-14%20Echeburua.pdf>.

(75) SC Mendoza, sala 1ª, expte.: 13-00764273-8/1 "Cruz, Adrián Maximiliano en J° 250979/52781 Miraval Mario Daniel c. Godoy Moretta, Ricardo Daniel p/ d. y p. (accidente de

tránsito) y su ac. 250538/52783 p/ rec. ext. de inconstit. - casación", 01/10/2018. La ambigüedad conceptual del punto b) resulta por demás alarmante dado que se debió precisar que se entiende por "pequeño viaje reparador" por cuanto ello debe ser traducido a dinero dado que no es lo mismo ir 10 días a Europa o a una cabaña dentro de la provincia de Mendoza. De igual modo sucede con la "compra de un bien": un auto, una casa, un caramelo, etc. O con la idea de "realizar salidas de esparcimiento": cuantas, a qué lugar, duración de estas, etc.

(76) SC Mendoza, sala 1ª, expte.: 13-00762753-4/1, "Marino Marín, Christopher E. en Jº 250.179/13-00762753-4 Marino Marín, Christopher E. c. González, Walter N. p/ d. y p. (acc. de tránsito) s/ rec. extr. provincial", 21/12/2018 - sentencia. Este tribunal se expresó en sentido contrario en expte.: 13-00233466-0/2, "Consorcio de Empresas Mendocinas para Potrerillos SA (Cemppsa) en Jº147337/51492 Cardinali, Gladys B. y ots. c. EMSE Residual s/ daños y perjuicios p/ recurso ext. de inconstitucionalidad", 04/04/2018, sentencia, LS547-117, cuando juzgó que "en materia de cuantificación del daño moral, es inadmisibles establecer el monto de la indemnización por este rubro según el diferente nivel de ingresos de cada una de las víctimas, pues el dolor no discrimina a nadie ni hace diferente a las personas por nivel remunerativo".

(77) Cuarta Cámara en lo Civil, Primera Circunscripción de Mendoza, expte.: 51995, "Montivero, Miguel Ángel c. Provincia de Mendoza p/ daños y perjuicios", 12/12/2016. Disponible en: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>.

(78) Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas de Paz y Tributario, Primera Circunscripción Judicial Mendoza, "Camargo, Gerardo M. c. Panasite, Antonio J. p/ d. y p.", 05/12/2016.

(79) CNCiv., sala A, "J., M. L. y otro c. S., R. D. y otros s/ daños y perjuicios", 13/10/2017, RCCyC 2018 (mayo), 188, AR/JUR/78381/2017. (Del voto en disidencia parcial del Dr. Picasso).

(80) Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas de Paz y Tributario, Primera Circunscripción Judicial Mendoza, "Camargo, Gerardo M. c. Panasite, Antonio J. p/ d. y p.", 05/12/2016.

(81) Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas de Paz y Tributario, Primera Circunscripción Judicial Mendoza, "Camargo, Gerardo M. c. Panasite, Antonio J. p/ d. y p.", 05/12/2016.

(82) CNCiv., sala A, "Hunko, Mariela N. y otro c. Vergara, Ricardo y otros s/ daños y perjuicios", 17/10/2017, RCCyC 2018 (mayo), 179, cita online: AR/JUR/78322/2017.

(83) CNCiv., sala A, "L., G. M. del C. c. F., Á. A. y otros s/ daños y perjuicios", 18/10/2017, RCCyC 2018 (junio), 157, cita online: AR/JUR/78102/2017 (del voto en disidencia parcial del Dr. Picasso).