

## DAÑO: CONCEPTOS, CLASIFICACIONES Y AUTONOMÍAS. EL PUNTO UNÁNIMEMENTE COINCIDENTE. RESARCIMIENTO.<sup>1</sup>

Martín A. Frúgoli\*

---

*El objeto de la escritura jurídica, se encuentra -o debiera encontrarse- en la cooperación desinteresada de una sociedad más justa, de una convivencia pacífica en busca del equilibrio. Si a pesar de los esfuerzos o buenas intenciones de los juristas ello no se logra, pues entonces sus trabajos quedarán sólo marginados a la calidad de un mero ensayo intelectual, quizás bien intencionado y con algún extracto de utilidad (como todas las cosas), pero sin grandes bondades para el sistema, y, más ampliamente, para el cosmos.*

### **Sumario:**

1. Introducción. 2. Desarrollo. 2.1. Conceptos del daño. 2.2. Clasificaciones y autonomías. 2.3. Nuestra opinión. 2.3.1. Evolución (ápice de historia). 2.3.2. Posteriores creaciones y coincidencia en sustrato. 2.3.3. Consecuencia y proceder. 2.3.4. Principio de reparación integral del daño injustamente sufrido. Derecho Constitucional. 2.3.5. La utilidad de cada aporte. 2.3.6. Derecho Comparado. 2.3.7. Filosofía del Derecho. 2.3.8. Reparación integral y búsqueda del menester equilibrio. 3. Conclusiones.

---

<sup>1</sup> Con especial enfoque en el Derecho Argentino, ciertamente expansible a otros derechos.

\* Abogado por la Universidad Nacional de Rosario (U.N.R.). Cursante del Posgrado en Mediación de la U.N.R.. Miembro del Instituto de Derecho de Daños del Colegio de Abogados de Rosario. Cursante de Adscripción en Derecho Civil II (Obligaciones) en la U.N.R. Autor de artículos en diferentes revistas jurídicas y periodísticas. Titular del Estudio Jurídico “Darrichón, Frúgoli & Asoc.”. Integrante de grupo de estudios sobre “Derecho de Daños”.

Referencia: [osvaldo@burgos-abogados.com.ar](mailto:osvaldo@burgos-abogados.com.ar)

## **1. Introducción:**

En el presente trabajo, esbozaremos una breve reflexión sobre el debate actual que gira en torno al Daño, su concepto, clasificaciones y autonomías. En donde, pese a los arduos debates que se arrastran desde hace unos años, y que continúan en la actualidad, observamos un punto unánimemente coincidente que termina siendo la esencia práctica de la jugosa divergencia en la materia.

## **2. Desarrollo:**

A pesar de nuestro título, no es objeto de este trabajo ahondar en los conceptos, clasificaciones y autonomías del daño, que serían objeto de un trabajo mucho más amplio que el presente, pero sí observar ligeramente algunas cuestiones en ellos, para apuntar lo que nos interesa, que es precisamente la coincidencia que encontramos en el sustrato de la discusión.

### **2.1. Conceptos del daño:**

Ya partiendo desde los conceptos y definiciones del daño, encontramos las divisiones y diferencias que se generan en las aguas de éste presupuesto de la Responsabilidad Civil. Y ello es normal en una ciencia como la nuestra que no es una ciencia exacta. Pero ocurre, que además de la particularidad de las ciencias que no son exactas, se le suman otros problemas, es decir, se le suma el problema de la significación de los vocablos<sup>2</sup>, la lingüística, la semántica, la hermenéutica, la teoría, la práctica, la interpretación, la lucha de intereses, la metodología, la epistemología, la necesaria focalización de los autores en uno o varios temas<sup>3</sup>, y un largo etcétera.

En consecuencia, pensado esto último, fácil resulta colegir que ni siquiera desde un comienzo podemos arribar a un total acuerdo de

---

<sup>2</sup> Obsérvese por ejemplo cómo la significación de daño moral lleva a la discusión de la doctrina, cuando una afirma que la expresión daño moral es errónea (vgr. FERNÁNDEZ SESSAREGO-MOSSETITURRASPE), mientras que otra afirma que en realidad el significado no está mal utilizado, citando una de las acepciones del diccionario Hispano Universal (PIZARRO, posturas reflejadas en la obra de éste último autor: "Daño Moral", Ed. Hammurabi, 2da. edición, Bs. As. 2004, p. 59-60 y notas.).

<sup>3</sup> Por ejemplo, el estudio que uno puede focalizar durante años en toda la Responsabilidad Civil, otro lo puede hacer con mayor profundidad en uno u otro presupuesto de la misma, o bien ampliando el espectro al estudiar el Derecho Privado, o el Derecho en general, e incluso otras ciencias o ramas de ciencias. De manera tal, que esta focalización hace que se descuide el estudio de otras y a la inversa, por una sencilla razón de la relatividad del conocimiento y la imposibilidad de ocuparlo todo. Demostrando ello, entre otras causas, la razón de ser de la divergencia que impera.

conceptos, definiciones, o *nomen juris* en “el daño” como presupuesto de la Responsabilidad Civil.

He aquí el nacimiento de las teorías del daño, y el primer problema que se nos presenta -desde el vamos- con su definición y concepto<sup>4</sup>. En donde encontramos, en líneas generales; quienes hablan de la afectación del interés por el hecho ilícito, quienes definen al daño de acuerdo al derecho o bien jurídico menoscabado, y quienes hablan del daño como un resultado de la violación del derecho o interés vinculado al bien jurídicamente protegido.

Dicho lo precedente, resta precisar entonces, previo a continuar con las clasificaciones y autonomías del daño, para una mayor comprensión del presente trabajo, que; en nuestro concepto, el daño es un concepto unitario que abarca la lesión o lesiones y la resarcibilidad de la proyección o (como generalmente ocurre) proyecciones del menoscabo en la persona, producida/s por el hecho causa fuente de la obligación.

## 2.2. Clasificaciones y Autonomías:

En este mismo orden de ideas, vemos que reina en el Derecho de Daños<sup>5</sup> una múltiple clasificación de los mismos. En donde también se discute la autonomía de los daños y su indemnización.<sup>6</sup>

No vamos a detenernos en la agrupación de numerosas teorías referentes a la clasificación y autonomía de los daños. Ello ya lo han hecho prestigiosas mentes cuya reconocida trayectoria los ampara, como se puede observar en cualquier obra nueva de Responsabilidad Civil. Sí nos interesa aquí, como veremos, mencionar algunas de ellas ejemplificativamente, para llegar al punto que finalmente esbozaremos.

Actualmente, se observa día a día, escuchar hablar de supuestos “*nuevos daños*”. Así, se habla del daño a la persona, del daño psicológico, del daño al proyecto de vida, del daño estético, del daño a la vida de relación, del daño psicofísico, del daño por incapacidad, del daño biológico, del daño por pérdida de chance, del daño a la intimidad, del daño a los derechos de la personalidad, del daño a la salud, del daño sexual, del daño

---

<sup>4</sup> Cosa no muy distinta ocurre en Francia, Inglaterra y Alemania, según narra MONATERI, P.G., “La responsabilità civile”, en “Trattato di diritto civile”, diretto da R. Sacco, Torino, 1998, 274, nt. 1.

<sup>5</sup> Sin desconocer las diferencias terminológicas y significativas que marcan algunos autores sobre la “Responsabilidad Civil” y “El Derecho de Daños”, entre otros nombres que se le dan a esta materia. Adelantamos que a los fines de éste trabajo, serán tomadas como conceptos similares, más allá de que en definitiva todos conocen de lo que se está hablando con estas acepciones.

<sup>6</sup> Discusión que observamos, en mayor o menor medida, en casi todo el Derecho Comparado. Véase, verbigracia, la discusión acerca de si el *loss of enjoyment of life* es un daño autónomo o si es parte del denominado *pain and suffering*. Algo parecido a la ampliación o restricción que se le puede dar en nuestro país a él daño, o los daños, “extrapatrimoniales”. (VETRI, Dominick-LEVINE, Lawrence C., -FINLEY, Lucinda M., -VOGEL, Joan E., en “Tort Law and Practice”, second edition, 2003, Lexis Nexis, p. 589 y ss.).

al dolor, del daño a la lactancia, del daño a la calidad de vida, del daño existencial, del daño genético, del daño al honor, del daño emocional, daño energético, etcétera.

Quizás, agudizando la imaginación, podemos crear otros daños a medida que avancen los descubrimientos científicos, como ser alguna parte especial del cerebro que capte determinada proyección social antes totalmente ignorada por la ciencia. Entonces, se entablará una nueva discusión acerca de si esta lesión a esta parte anteriormente desconocida por la ciencia, será un daño moral en sentido amplio, o será un daño psicológico o un daño a la psiquis, o será un daño particular dentro del daño psicológico o neurológico. O bien, se podrá comenzar a hablar de un daño no ya psicológico sino mental, que en realidad será mucho más amplio que el psicológico, y así nuestra imaginación podría seguir proyectándose hasta el infinito.

Trataremos de ver qué utilidad tendrá ello, qué coincidencia hay en todo esto, y la insistencia en lograr un equilibrio adecuado que creemos pasará por construir y no destruir. En otras palabras, en escucharnos con respeto y celebrando la diversidad de buena fe.

Pudiendo clasificar ahora, muy sucintamente y con cierto grado de arbitrariedad como inherencia propia a toda clasificación<sup>7</sup>, a tres amplias teorías que clasifican el daño.

- a) Aquellos que propician una única clasificación válida en nuestro derecho positivo, en dos daños, el daño moral y el daño patrimonial<sup>8</sup>.
- b) Aquellos que incluyen terceras categorías (o *tertium genus*) fuera de lo que sería el daño moral y el daño patrimonial.<sup>9</sup>
- c) Y finalmente, quienes propician una nueva clasificación en base a otros parámetros que creen de mayor amplitud y consistencia significativa humanística. Hablan del daño a la

---

<sup>7</sup> Ya Borges había criticado la cuestión de las clasificaciones, cuando manifestó que no hay clasificación del universo que no sea arbitraria y coyuntural, porque no sabemos qué cosa es el “universo”. (BORGES, Jorge L., “El idioma analítico de John Wilkins, en Otras inquisiciones, Alianza, Barcelona, 1988, p. 159, cit. por DODDI, Cristina D., “Cláusulas de restricción de responsabilidad contractual”, Ed. LexisNexis, Bs. As. 2005, p. 81 nota 4).

<sup>8</sup> Mayoría, entre quienes podemos mencionar a: BUERES, BUSTAMANTE ALSINA, CASIELLO, IRIBARNE, KEMELMAJER DE CARLUCCI, PIZARRO, TRIGO REPRESAS, VAZQUEZ FERREYRA, ZAVALA DE GONZÁLEZ. (Ver: PIZARRO, Ramón D., “Daño Moral”, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2004, p. 81, VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “Cuantificación de los daños por mala praxis médica”, L.L. T. 2002-F, Sec. Doctrina, p. 1398 y 1399, TRIGO REPRESAS-LÓPEZ MESA, “Tratado de la responsabilidad civil”. Ed. La Ley, Bs. As. 2005, T. I, p. 503).

<sup>9</sup> Entre otros, IÑIGUEZ, Marcelo D. “El daño a la salud como tercer género. Su autonomía.”, misma revista y tomo citada en esta nota, Revista de Derecho de Daños, RubinzalCulzoni, 2009-3, p. 151 y ss..

persona y de sub-clasificaciones que se desprenden del mismo.<sup>10</sup>

### 2.3. Nuestra opinión:

En primer lugar corresponde referirnos a los supuestos “**nuevos daños**”. Creemos que no existen, en rigor de verdad, “nuevos daños”, ya que más allá de cómo se los denomine, lo cierto es que los daños no son novedosos y siempre existieron. Ahora bien, lo que ocurre es que hay nuevas causas de daños<sup>11</sup>, por las nuevas conductas generadoras de menoscabos. Es decir la novedad no está en el daño, sino en su germen y, sobre todo, en su reconocimiento jurídico como tal<sup>12</sup>.

Y aquí sí hay una innegable novedad que siempre evoluciona de acuerdo a los cambios que se van presentando en la sociedad.

#### 2.3.1. Evolución (ápice de historia):

---

<sup>10</sup> Entre ellos: BURGOS-FERNÁNDEZ SESSAREGO-MESSINA de ESTRELLA GÜTIERREZ-MOSSET ITURRASPE. Ver: MESSINA de ESTRELLA GÜTIERREZ, Graciela, Libro de ponencias de las “XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, Lomas de Zamora septiembre de 2007, T. 1, p. 187. MOSSET ITURRASPE, “El daño a la persona (como culminación de una larga evolución)”, Revista de Derecho de Daños cit. en nota anterior, p. 7 y ss., BURGOS, Osvaldo, “Los daños a la persona desde la perspectiva bioética. Apuntes para pensar la teoría del daño en la complejidad.”, Revista de Derecho de Daños cit. p. 177 y ss. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, “El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano.”, Ed. Cultural Cuzco S.A., Lima (Perú) 1986, p. 251 y ss..

<sup>11</sup> Para mayor precisión, si la causa fuente es el hecho ilícito, lo nuevo son los hechos jurídicos que antes no se imaginaban cómo es que ahora se originan. Lo que se denota de sólo pensar en los riesgosos avances científicos y tecnológicos.

<sup>12</sup> Argumento que compartimos plenamente con el jurista BURGOS, Osvaldo R., ob. cit. p. 178 nota 2. Magistralmente señala BURGOS; “el daño, en cuanto tal, resulta ser un dato más o menos objetivo de la plataforma fáctica, no susceptible de novedad (...) las consecuencias dañosas padecidas por el sujeto víctima de un hecho, se presentan en la realidad con anterioridad e independencia de su apreciación doctrinaria o de una particular decisión, de política, sobre su resarcimiento. Si a lo largo de la historia, se han multiplicado las fuentes aptas para la producción de daños y (...) se sigue ampliando la base de resarcimiento reconocido por el orden jurídico positivo; ello no implica, en modo alguno, la generación espontánea de daños inéditos sino, simplemente, su multiplicidad o diferencia de apreciación. (“El daño extrapatrimonial de los llamados damnificados indirectos ante supuestos de irreversibilidad de las consecuencias dañosas. Daño al proyecto de vida. Daño existencial. Daño moral o el hombre como límite del Derecho”, ponencia presentada al VIII Congreso Internacional de Daños, Buenos Aires 2005, y “El daño extrapatrimonial de los llamados damnificados indirectos ante supuestos de irreversibilidad de las consecuencias dañosas”, DJ, 2005-2-398, cit. por Zavala de González, ob. cit., p. 28 y 29).

Si nos remontamos en el tiempo, en líneas generales, encontramos una **evolución** tendiente al reconocimiento de la indemnización de rubros que antes no se tomaban en cuenta<sup>13</sup>.

Así como los reclamos por daños han ido en aumento<sup>14</sup>, los reconocimientos a indemnizarlos también se han ido incrementando. Pensemos por ejemplo en el daño patrimonial que primero en un tiempo no muy lejano, se veía como privación de una ganancia pasada o futura que debía probarse<sup>15</sup>. Luego se fue ampliando.

---

<sup>13</sup> Hay quienes encuentran explicaciones filosóficas, económicas y políticas. (GHERSI, Carlos A. "Daño moral y psicológico", Ed. Astrea, Bs. As. 2006, p. 26 y ss.)

<sup>14</sup> "En el presente siglo la materia de los actos ilícitos ha cobrado una gran importancia, a diferencia de lo que ocurría a fines del siglo XIX. Por entonces, ese asunto ocupaba un lugar secundario en las lecciones destinadas a los estudiantes de derecho (No podemos dejar de transcribir esta cita efectuada a JOSSERAND por LLAMBÍAS, en donde dijo en 1932: "En mis tiempos de estudiante, mi profesor de derecho civil trataba de la responsabilidad en una sola y única lección, como de un objeto sin duda secundario, y los repertorios de jurisprudencia eran entonces muy pobres en decisiones referentes a los delitos o cuasidelitos civiles. Actualmente, diez o doce clases apenas si bastan al profesor para dar a sus alumnos una idea del mismo tema, y, en cuanto a los repertorios de jurisprudencia, rebasan, en todos los países, de decisiones y sentencias pronunciadas a consecuencia de procesos por responsabilidad, y hasta existen numerosas revistas que se han especializado en la materia" (JOSSERAND, L., "**Evoluciones y actualidades. Conferencias de derecho civil**", París, 1936, p. 29).) . En cambio, hoy, los actos ilícitos integran una parte señaladamente importante del derecho de las obligaciones, que es de aplicación frecuentísima, como lo muestran las publicaciones forenses que suelen transcribir inúmeros pronunciamientos judiciales referentes a hechos de esa índole. Esa evolución jurídica reconoce varias causas. En primer término, la proliferación de los instrumentos mecánicos ha ampliado grandemente las probabilidades de daños a terceros en medios sociales densamente poblados (SALVAT, ACUÑA ANZORENA, BORDA, MAZEAUD Y TUNC, SOURDAT, CAPITANT, cit. por Llambías). p.277 Fuera de ello, se ha señalado como el principal motivo de esa "hipertrofia" de la responsabilidad civil (SAVATIER, ver cit. Llambías) , "la tendencia actual del individuo a reclamar una reparación pecuniaria para todo perjuicio por él sufrido, de cualquier naturaleza que sea, pues en una sociedad en la que la persecución de ganancia llega a ser cada vez más el fin esencial de la actividad humana, todo atentado a los intereses materiales o morales de una persona, es la ocasión de una demanda de daños y perjuicios" (CAPITANT, PEIRANO FACIO, ver cit. Llambías) . Finalmente, se ha observado que ha influido en esa multiplicación de juicios de este tipo, la difusión del seguro pues con frecuencia quien se ha cubierto contra la producción de un daño no pone el máximo de su diligencia para evitarlo, a tal punto que se ha sugerido que el autor del daño deba soportar una fracción de la indemnización, pese a estar asegurado (MAZEAUD Y TUNC, ver cit. Llambías) , para que la liberación total del responsable no actúe como un factor de multiplicación del mal ajeno. Todo ello ha llevado al jurista de nuestro tiempo a concentrar su atención en este sector del derecho, influido por dos preocupaciones: una, procurar que toda lesión que pueda sufrir una víctima inocente sea de algún modo indemnizada; otra, impedir el abuso de quienes intenten convertir una indemnización en fuente de enriquecimiento, lucrando a expensas del responsable del daño (ACUÑA ANZORENA, ver cit. Llambías). (Ver citas ordenadamente detalladas en: LLAMBÍAS, Jorge J. "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", T. III, Ed. Lexis Nexis, Raffo Benegas, Patricio J. actualizador, 2006, p. 276 n° 2137.

Citas estas que también nos llevarían a repasar la evolución referente al factor de atribución, en su manifestación subjetiva y objetiva, pero ello no es objeto del presente trabajo.

<sup>15</sup> En este sentido, ZAVALA DE GONZÁLEZ enseña; "Hasta ahora, el contenido predominante del daño patrimonial ha girado en torno a lo directa y palpablemente pecuniario..." ("Resarcimiento de daños. Daños a las personas." T. 2a, Ed. Hammurabi, Bs. As. 1996, p. 51).

Otro tanto ocurrió con el daño moral<sup>16</sup>, que aparecía primero como algo excepcional y vinculado al daño patrimonial, hasta que hoy la existencia del daño moral independiente del daño material es prácticamente indiscutida, incluso en el derecho contractual.

Más, así como el daño patrimonial se fue ampliando, el daño moral también cumplió su cometido<sup>17</sup>.

### 2.3.2. Posteriores creaciones y coincidencia en sustrato:

Creemos que es precisamente en esta evolución donde se comienza a hablar, o bien de un daño patrimonial y moral en sentido amplio, y/o de terceros géneros, o bien de una nueva clasificación o nuevo paradigma de daño a la persona y sus derivaciones<sup>18</sup>.

Es decir, en esencia, y aquí viene el **punto unánimemente coincidente** que creemos encontrar, todas las concepciones apuntan a lo mismo, por lo que no vemos la razón práctica por la cual se discute tanto al respecto. Al menos, creemos que la divergencia carece, dada la general coincidencia que encontramos, de relevante utilidad práctica que haga tan ardua la discusión en la mayoría de los casos.

Si la reparación está bien realizada en base al análisis que se haya propugnado, entonces, ¿qué sentido tiene discutir tan arduamente la clasificación, concepto y autonomía del daño?<sup>19</sup>(ver esta nota N° 18). A nuestro humilde modo de ver, el punto debe encontrarse en analizar pormenorizadamente las repercusiones del daño en la persona, así como las pruebas de la causa, sea cual fuere la clasificación o nombre que se le otorgue.

Ergo, si bien se mira la cuestión, quienes se encuentran en la corriente a, y critican a la b y c (ver punto 2.2. a, b y c de este trabajo), en

---

<sup>16</sup> BREBBIA, Roberto H., "El daño moral", Ed. Orbir, Rosario 1967, p. 85 y ss. DÍEZ-PICAZO, Luis, "Derecho de Daños", Ed. Civitas, Madrid (España) 1999, p. 324 y ss. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "Nuevas reflexiones sobre el daño psíquico", RCyS Año II-N° 4 –Julio-Agosto de 2000, sección doctrina esencial, p. 2.

<sup>17</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, ob. cit. p. 65 a 67.

<sup>18</sup> Sin perjuicio, a la vez, de las corrientes que tanto en el Derecho Argentino como en el Derecho Comparado, buscan limitar la responsabilidad civil de los victimarios, ya sea restringiendo la indemnización, ya sea creando eximentes autónomas de responsabilidad, o bien mediante interpretaciones netamente económicas que nada cooperan con un Derecho más justo.

<sup>19</sup> **Ello sin desconocer cuestiones tan importantes como la legitimación activa en materia de daño moral en la República Argentina, o las cuestiones probatorias, pero que no cambian nuestro parecer. Pues, verbigracia, la restricción normativa que fija el art. 1078 del Código Civil argentino goza de múltiples interpretaciones, en general, tendientes a quitar la injusticia contemplada en dicha restricción. En el presente trabajo, nos referimos al tema de la repercusión de las clasificaciones, conceptos y autonomías del daño y su influencia en la reparación. Por lo que nos limitamos específicamente a ese concreto análisis.**

verdad luego afirman que ello es innecesario si se toma al daño moral y patrimonial en un sentido amplio y no restringido, pues estaría comprendido de una u otra manera. Pero, expresan que no tiene sentido la postura c y d porque se corre el riesgo de indemnizar dos veces por el mismo rubro. Y que además, afirman, es innecesario e incompatible –de *lege data*– con la clasificación que según dicha postura admite nuestro Código Civil.

Y, por su parte, quienes se encuentran en la postura c y d critican a la a, porque además de creer que la concepción clásica es restringida y no se puede denominarla igual pretendiendo interpretarla latamente<sup>20</sup>, quieren significar no sólo una creación más humanística del derecho, sino también una creación mucho más abierta y creativa de los daños.

Esforzándose además, estos últimos, en marcar las diferencias existentes entre las clasificaciones y autonomías de daños que propugnan, contra la que podríamos decir “clásica” concepción del daño en moral y material.

En rigor de verdad, sea que hablemos solamente de daño moral y de daño material (en sentido amplio), o bien de daño a la persona<sup>21</sup> en sus diversas acepciones, clasificaciones o categorías, lo cierto es que, debemos reconocerlo, desde ninguna de estas perspectivas nos encontramos ante un daño estrictamente tipificado. Pues los daños son atípicos cualquiera sea la clasificación que se efectúe. Y ello es lo que surge de una interpretación sistemática de los Tratados Internacionales, la Constitución Nacional y el Código Civil (especialmente arts.: 19, 75 inc. 22 CN, 15 y 16 C.C.)<sup>22</sup>.

Además, así como las definiciones son impropias de un código de leyes<sup>23</sup>, la misma aseveración cabría respecto de las clasificaciones.

En esta misma línea, por ejemplo, ¿qué daño de los mencionados por quienes lo clasifican como “daño a la persona” y hablan de “nuevos daños”, de “otras categorías”, de “autonomías”, o bien de un “nuevo paradigma”, no pueden encajar sea ya en el daño patrimonial en sentido amplio, o bien sea ya en el daño moral en sentido amplio?.

Una vez más, es éste el punto en donde encontramos UNANIMIDAD coincidente en la doctrina. En efecto, **bien aplicada las**

---

<sup>20</sup> Veamos por ejemplo el caso de Fernández Sessarego, que estando en la postura c, habla de un daño moral como antes lo entendía una postura clásica, verbigracia limitado al dolor o sufrimiento. (FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Nuevas reflexiones...” ob. cit. p. 18 8vo. párrafo).

<sup>21</sup> El daño a la persona, según reconoce FERNÁNDEZ SESSAREGO, es similar al denominado por la jurisprudencia italiana “daño biológico”. Ver de este autor, ob. cit. p. 3. Y nota cit. n° 7: “...”Giurisprudenza italiana”, 1975, I, 2, c. 54 y siguientes”.

<sup>22</sup> Por supuesto, diferencia nítida con el Derecho penal que requiere una conducta típica, antijurídica y culpable, en cambio ello no ocurre en el Derecho Civil que requiere sólo una conducta antijurídica, un factor de atribución, el daño y la relación de causalidad.

<sup>23</sup> Nota al artículo 495 de nuestro Código Civil. VÉLEZ SANSFIELD indica en dicha nota citando a FREITAS; “...las definiciones son impropias de un código de leyes...”.

**teorías, tienen consecuencias prácticas similares al coincidir en los rubros a indemnizar, independientemente de la clasificación que se efectúe.** Lo que es plenamente fructífero, ya que el daño resarcible debe estudiarse y profundizarse día a día, estudiando al hombre, estudiando al Derecho Comparado, imaginando y sintiéndonos en la carne de los damnificados, todo para ver cómo reparar mejor un daño.

Por supuesto, como veremos, sin dejar de atender también el planteo de los victimarios, ya que, parafraseando BIBILONI, la Justicia no debe mirar sólo a una de las partes sino a las dos. El equilibrio es la búsqueda constante que debemos perseguir.

Todo esto es más que útil. Pero siempre y cuando no sean arbitrarias las creaciones, se prueben los presupuestos del deber de reparar y no se excluyan los rubros por particulares clasificaciones o cuestiones teóricas carentes de equidad y justicia en los casos concretos. Ese es el **quid** de la cuestión.

Por consiguiente, lo que en esencia nadie discute, compartiendo así un mismo sustrato en busca de la Justicia, es que todos los análisis deben contemplarse a la hora de valorar los daños para indemnizarlos equitativamente.

Es decir, como dijimos, si bien se observa, podemos ver que quienes niegan la autonomía de ciertas categorías de daños, hablan de que sería *-de lege ferenda-* deseable su incorporación al Cód. Civil. O bien, tienen en cuenta esos análisis para hablar de un daño material o moral en sentido amplio.

Por lo que (además de lo dicho hasta ahora) se “capta” el sustrato de la discusión en un punto unánimemente coincidente: ***No se deben dejar daños sin indemnizar, independientemente de la clasificación que se efectúe, y no se debe indemnizar los mismos más de una vez.***

Es un deber insoslayable, en consecuencia, que el juzgador se detenga a analizar por separado, fundadamente, las diferentes facetas y repercusiones de la acción lesiva<sup>24</sup>. Para lo cual deberá analizarse pormenorizada y separadamente las afecciones de la víctima, y la proyección de las mismas en su esfera personal (sin perjuicio de la familiar).

*“De ésta manera los jueces no deberían fijar indemnizaciones globales –como muchas veces se hace- sino que en aras de dar una mayor garantía a los litigantes, es conveniente que tanto el daño moral como el patrimonial se descompongan en todos los ítems....tenidos en cuenta.”<sup>25</sup>*

---

<sup>24</sup> Conf. PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., “Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones”, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2004, T. 4, p. 297.

<sup>25</sup> VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “Daños y perjuicios: lesión estética”, L.L. 1992-B-251.

En suma, se encuentra *JUSTICIA* en no dejar rubros sin indemnizar, y no indemnizar los mismos más de una vez.

### 2.3.3. Consecuencia y proceder:

En consecuencia, como sabemos, al encontrarse el punto discordante en la clasificación del daño y sus conceptos, más allá de la prueba del mismo que en cierto punto tiene implicancia diversa si se habla de un daño autónomo o de una u otra clasificación, además de la legitimación (según algunos), es en cierto punto irrefutable la siguiente aseveración.

Lo verdaderamente relevante, es el **DEBER DE VALORAR DEL MAGISTRADO DE LOS PUNTOS INVOLUCRADOS POR LAS PARTES, y justificar el fundamento de por qué acepta o rechaza cada planteo de parte, para finalmente RESARCIR.** Y hablamos de “resarcir” y no sólo de “cuantificar”, porque creemos que la indemnización o reparación no se limita a una cuantificación. Hablamos consecuentemente de una “reparación mixta u holística”, que es la que propiciamos en un futuro.

Por su lado, no hay que olvidar que la persona es una unidad irrepetible en el mundo y que **el daño** para ella producido **es uno sólo**<sup>26</sup>. Pues, una reparación moral insuficiente puede ocasionar un daño patrimonial y a la inversa. Atiéndase que un daño directo en los bienes puede generar un daño indirecto en la psiquis y a la inversa. Por otro lado, si hay algún daño sin indemnizar es porque no existe reparación integral del único daño a la persona.

Siguiendo en este sentido las ideas del jurista Fernández Sessarego, ello es por la interdependencia existente dentro del ser humano y sus componentes. Por ello ha dicho en sentido que compartimos; “...el daño es un todo unitario”.<sup>27</sup>

La reparación o indemnización en definitiva es una porque el daño de la víctima también lo es, la persona es un todo y no se puede separar completamente su físico de su mente, ni de sus bienes, etc. Asimismo el concepto de daño es uno sólo, más allá de todas las dimensiones, clasificaciones y proyecciones del daño que los hombres del Derecho realizan, precisamente para aprehender su verdadera dimensión en las personas, lo que es sumamente útil como veremos.

Creemos que el daño es uno sólo considerado como la lesión a la persona y como concepto unitario que, siguiendo a Zavala de González, se hablaría de daño o lesión y de daño resarcible.

---

<sup>26</sup> Conf. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Nuevas reflexiones...”, ob. cit. p. 10, asimismo; FRÚGOLI, Martín A., “La nueva ley de mayoría de edad y la responsabilidad civil de los padres o representantes legales”, L.L., Año XXVI, N° 17, 28/4/2010, Sección “Doctrina judicial”, p. 1146.

<sup>27</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Nuevas reflexiones sobre el daño psíquico”, RCyS, Año II N° IV, julio-agosto 2000, p. 10.

La persona recibe el daño en su vida. En efecto, imaginemos en el plano de la realidad social, si un abogado pregunta al cliente, verbigracia, ¿qué es el daño moral?, muchos lo desconocen, ni hablar si se le pregunta qué es el daño biológico, que por otro lado ni siquiera los juristas lo pueden delimitar con total acuerdo y precisión.

Al recurrir el damnificado a un abogado, observamos que generalmente indica; “Dr. Quiero que me paguen todo “el daño” que me han causado”. Luego, con la habilidad propia del abogado al indagar profundamente al cliente acerca de las repercusiones del mismo, observamos que recién allí comienza a desmembrarse, clasificarse y valorarse las proyecciones en todos los ámbitos de la vida del damnificado. Entonces nacen las creaciones de los juristas y sus clasificaciones que parecen no tener límites.

Lo que nos lleva a decir siguiendo la línea de ideas, que el Derecho debe ser expresión de la realidad, el Derecho no puede ser una creación teórica sin sentido, el Derecho nace de la vida y a la vida tiene que servir, no a la inversa.

Dicho lo precedente, resta ensayar una cooperación que podría señalar un prudente proceder en el tema.

Así, hay que tener en cuenta lo siguiente. Si bien dijimos que la clasificación puede variar y siempre resultan útiles, debe ajustarse el rigor de apreciación prudencial. Ya que hay que tener mucho cuidado en la clasificación, valoración e indemnización que finalmente se solicite. Ergo ello puede generar mala fe de los solicitantes con el único fin de aumentar la indemnización, lo que no es justo.

Por consiguiente, no podrá hacerse un análisis sumamente amplio del daño moral, del daño material o de la incapacidad, y luego pedirse un daño al proyecto de vida que en realidad –encubiertamente- se solicitó al pedir un daño moral, material y a la incapacidad que ya lo explicaban e incluían. Ya que cuando se resarce de esa manera, ahí sí, se está resarcido en verdad dos veces por un mismo rubro.

Por ello, la clasificación que haga el solicitante, cualquiera sea, debe ser:

- 1- Argumentada y explicada las razones de su clasificación, procedimiento y final solicitud de indemnización.
- 2- Explicar la diferencia entre las mismas cuando se dividen.
- 3- Verificar y demostrar los demás presupuestos de la Responsabilidad civil en cada punto que se solicita indemnizar. Explicando en su caso las presunciones y el porqué se cree que se cumplen en el caso concreto.

#### 2.3.4. Principio de reparación integral del daño injustamente sufrido. Derecho Constitucional:

Antes que nada, se impone manifestar que no existe ninguna indemnización ilimitada, pues todas son limitadas, sea por el análisis de los mismos presupuestos de la Responsabilidad Civil, sea ya por la forma de resarcir. La reparación integral no es reparación ilimitada.

La llamada reparación integral busca humanizar la indemnización y amparar mayormente a los injustamente damnificados.

Preferimos proponer una “indemnización holística”, ya que reparar un daño implicará buscar todos los medios posibles, no sólo económicos o en equivalente, sino también en especie, (sin desconocer el reinado de la reparación en equivalente por ser el dinero la unidad de valor con la cual se pueden adquirir numerosas cosas), para intentar volver las cosas al estado anterior al daño<sup>28</sup>. Para lograr individualizar un resarcimiento acorde a Derecho y Justicia, podremos trabajar entonces en un horizonte indemnizatorio tendiente a una reparación holística<sup>29</sup>.

Siguiendo ahora con la reparación integral, es menester destacar que es principio en nuestro derecho positivo la reparación integral del daño.

Ello ha sido **claramente puesto de manifiesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiterados pronunciamientos** (Santa Coloma, CSJN, 5/8/66, CSJN-Fallos, 308:1160; JA, 1986-IV-625, “Gunther”, CSJN, 5/8/86, CSJN-Fallos, 308:1118; JA, 1987-IV-653, “Luján”, CSJN-Fallos, 308:1109, “P.,F.F.c. Ferrocarriles Argentinos”, LL, 1995-E-17, “Peón”, CSJN, 17/3/98, JA, 2000-IV-17, 21 de septiembre de 2004 leading case “Aquino, Isacio v. Cargo Servicios Industriales S.A. s/recurso de hecho deducido por la demandada, RDLSS 2004-19-1362).

Lo que lleva a sostener que la reparación integral requiere que la indemnización nunca sea menor al perjuicio sufrido, y que la misma debe efectuarse mediante la apreciación rigurosa del caso concreto. Ello se opone –al menos como regla- a una indemnización en abstracto, injustamente limitada o tarifada.

Afirmación esta dominante como principio en nuestro derecho (ORGAZ, MOSSET ITURRASPE, TRIGO REPRESAS, BUERES, BUSTAMANTE ALSINA, GOLDENBERG, citados por PIZARRO-VALLESPINOS: ob. cit., T. 3, p. 192. Asimismo “Conclusiones de las XXI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL, Lomas de Zamora 2007; “De Lege Lata; 3) Rige en nuestro sistema el principio de reparación plena o

---

<sup>28</sup> Art. 1083 Cód. Civil. Obviamente imposible en innumerables menoscabos.

<sup>29</sup> Será motivo de otro trabajo referirnos con precisión al inmensurable tema de la reparación del daño, y todo lo que implicará hablar de una reparación “holística”, aunque adelantamos que, como lo indica la palabra, se trata de una indemnización más amplia en consideración y no necesariamente en cuantificación. Y, seguramente mentes mucho más brillantes iluminarán las posibilidades de mejorar día a día la reparación del daño, pensando en los múltiples aportes que entre todos podemos realizar si proyectamos en una reparación holística que abarque, de acuerdo al caso concreto, resarcimientos en equivalente dinerario y/o en especie según sea el caso. Entendemos que hay puntos que en el análisis histórico-jurídico de la reparación del daño, aún no se han tomado en cuenta.

*integral del daño injustamente causado. No corresponde apartarse del mismo, salvo previsión normativa en contrario que en todos los casos deberá superar el test de constitucionalidad en su aplicación al caso concreto.”).*

Por último en lo que a éste punto respecta, no podemos soslayar en referencia –ahora sí- a la cuantificación, que, como enseña prestigiosa doctrina;

***“La llamada “reparación integral” no es una mera formulación de palabras vacía de contenido. Es necesario para hacerla realidad un equivalente indemnizatorio ajustado al daño producido en la víctima. pues; “de nada sirve tener la sentencia mejor fundada, si ello no se refleja en una razonable cuantificación” (agregamos: “reparación”). es que la mejor valoración cualitativa del daño puede quedar desvirtuada, con inevitable secuela de injusticia, si no hay razonable correspondencia con su parámetro cuantitativo.”*<sup>30</sup>**

#### 2.3.5. La utilidad de cada aporte:

Creemos sumamente útil cada aporte de cualquiera de las teorías o creaciones prácticas o jurisprudenciales que respeten el derecho vigente, como en general lo hacen, pues todas contribuyen a pensar en la repercusión de la lesión a una persona, o bien en el mejor resarcimiento del daño a la persona.

De ahí la plausible utilidad de cada acotación seria en el Derecho de Daños.

Dicho ello, e insistiendo en la utilidad de cada planteo lo más serio y objetivo posible, por ejemplo, no podemos dejar de apreciar la importancia de la visión referente a la teoría de “el daño a la persona”, ya sea por hacer incapié en la persona como eje central<sup>31</sup>, ya sea por estudiar con mayor detenimiento al ser humano.

En este sentido, se destaca la mirada profunda y la “sensibilidad mayor” hacia la esencia de la persona humana y su dignidad<sup>32</sup>, en donde cuanto más conozcamos al hombre mejor podremos indemnizar. Creemos en la muy interesante validez de esta nueva visión. Ya que el juzgador al momento de indemnizar, por ejemplo el daño moral, deberá ponerse en lugar de la persona imaginariamente para poder sentir la repercusión de las

---

<sup>30</sup> PIZARRO- VALLESPINOS, Ob. cit., T. 4 p. 315 (negrilla y subrayado nuestro).

<sup>31</sup> “El eje es la persona”, MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Daño moral. Noción. Crítica a la denominación. Daño extrapatrimonial. Daño a la persona.”, Revista de Derecho de Daños, N° 6, Daño moral, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 18.

<sup>32</sup> Nota 7 p. 10 en MOSSET ITURRASPE, Revista de Derecho de Daños, Rubinzal-Culzoni, 2009-3.

lesiones en la víctima y su padecimiento del daño. Para ello, creemos muy útil, el conocimiento y contacto directo con la persona<sup>33</sup>.

En otras palabras, una fría utilización del lado racional escasea, hoy no alcanza, y por ello ya es necesario que comencemos a utilizar partes de nuestro cerebro, que antes la ciencia ni siquiera conocía, pero que hoy incluso enseña las múltiples maneras de llevarlas a cabo<sup>34</sup>. Siempre, todo ello, ajustado a nuestra ciencia y el orden de prelación normativa<sup>35</sup>.

En similar sentido se ha dicho; “Los científicos están capacitados para describir dentro de ciertos límites, las funciones orgánicas, aun las neurocerebrales, en términos de procesos bioquímicos, bioeléctricos, y fisiológicos. Pero, como anota GALUPPI, entre éstos y el nivel funcional de los procesos psíquicos existe un salto cualitativo que es imposible explicar mediante los sistemas experimentales de la ciencia moderna. De ahí que el universo psíquico, las emociones, las sensaciones y los pensamientos, son materia de la experiencia de cada ser humano.”<sup>36</sup>. Y, agregamos nosotros, es precisamente compatible ello con el examen de nuestra teoría de la causalidad adecuada en la relación de causalidad, al acudir a las reglas de la “experiencia” (artículo 901 de nuestro Código Civil).

#### 2.3.6. Derecho Comparado:

No menos útil es la mirada de esta rica fuente de investigación que es el Derecho Comparado.

Somos de la idea que el Derecho Comparado presta suma utilidad para ampliar la mirada y observar qué es lo que a nuestro Derecho puede aportar el Derecho de otros países, y a la inversa. No obstante, para ello hay que tener en cuenta dos cuestiones. En primer lugar, que nos encontramos frente a otras culturas diferentes y debemos tratar de conocer éstas al

---

<sup>33</sup> DÍAZ, Eduardo A., “Expresiones usuales pero estériles de los escritos forenses”, *ElDial*, 16-5-2010, año XIII, nota 2; “Hace no mucho tiempo, la *relatora* de una Cámara de Apelaciones, nos comentó, palabra más palabra menos, lo siguiente:” “Siempre proyectaba las resoluciones sin ningún inconveniente de tipo emocional, pues sólo tenía a la vista el escrito y el expediente; leía, interpretaba, y aplicaba la ley, como una mera tarea científica, con cierta “frialdad”. Un día, uno de los magistrados me pidió que estuviera presente en una audiencia de una causa que yo llevaba. Tuve, así, ocasión de ver a las personas involucradas en los problemas que yo resolvía a diario. Nunca más pude volver a despachar como lo hacía antes”.

<sup>34</sup> Como ser las Emociones. Ver: GOLEMAN, Daniel, “Emotional intelligence”, Ed. Bantam Books, New York 1995. ROSE, Colin, “Accelerated learning”, Ed. Dell, New York 1987. GOLEMAN, en la obra citada en esta nota, relata la importancia de la educación emocional y cita ejemplos de escuelas en los E.E.U.U. que tienen como materia obligatoria a la “Inteligencia emocional”, lo cual sería muy útil comenzar a extrapolarlo en los niveles educativos de cada país.

<sup>35</sup> FRÚGOLI, Martín A., op. cit. p. 1142 y nota 4.

<sup>36</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Nuevas...”, ob. cit., p. 10.

máximo para poder comprender la interrelación del Derecho en tal o cual sociedad, cuestión de por sí sumamente compleja<sup>37</sup>.

Y, en segundo lugar, lo referente a los idiomas y las traducciones que muchas veces terminan en errores interpretativos de importancia práctica<sup>38</sup>.

Dicho ello, destacamos su utilidad como búsqueda de un beneficio jurídico-social, o apoyo de ideas, pero jamás puede utilizarse con fines de falsa erudición, en donde se mencionen palabras extranjeras o citas que nada tienen que ver, o mejor aún que no cooperan para una mejoría continua en el derecho<sup>39</sup>, sea por moda o ánimo de falsa erudición.

Por ende, siguiendo el mismo orden de ideas, dentro de "el Daño", son útiles las observancias a ellos referentes en otros países, precisamente porque podemos captar así las dimensiones de la persona y las repercusiones que ella recibe en su unidad existencial. Pues, el ser humano existe en el mundo y no sólo en un país, y también existen, como hemos dicho en otro trabajo, principios generales del Derecho Universal<sup>40</sup>. Observamos que cuantiosos debates jurídicos se presentan, muchas veces de manera similar, en toda la comunidad jurídica universal.

Véase este arduo debate sobre el tema referente al daño y su magnitud. Por ejemplo, observa nuestro prestigioso jurista amigo, Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oregon, Dr. Dominick VETRI, mediante cita en obra colectiva, que; *el problema crucial en materia de daños personales, hoy no es el de la responsabilidad, sino el de los daños. Temas sobre la responsabilidad gozan de fascinantes trabajos doctrinarios. Temas acerca de los daños –y particularmente de su magnitud- no proporcionan sencillos discursos*<sup>41</sup>.

En consecuencia, podemos analizar la tratativa que se le da, verbigracia, en el Derecho Francés; el *préjudice d'agrément*, (privación de

---

<sup>37</sup> Descartando, por supuesto, el conocimiento de nuestra cultura para poder ver luego las demás.

<sup>38</sup> STAPLETON, Jane, "Benefits of Comparative Tort Reasoning: Lost in Translation", en "Journal of Tort Law", Volume 1, Issue 3, article 6, abstract.

<sup>39</sup> Creemos aplicable a todo accionar humano la "mejora continua", conocida como el método KAIZEN. Ver: MAURER, Robert, "El camino del KAIZEN", Ed. Workman, Bs. As. 2006.

<sup>40</sup> FRÚGOLI, Martín A. "Daño Ambiental y los Principios Generales del Derecho de Precaución y Prevención. Reparación", Revista Derecho y Cambio Social, Lima (Perú), Nº 19 - año VI - 2009-2010, [www.derechocambiosocial.com](http://www.derechocambiosocial.com), Zeus, Revista Nº 13, Tº 111, p. 673 y ss..

<sup>41</sup> "...the crucial controversy in personal injury torts today is not in the area of liability but of damages. Questions of liability have great doctrinal fascination. Questions of damage –and particularly their magnitude- do not lend themselves easily to discourse."; JAFFE, Louis L., "Damages for Personal Injury: The impact of Insurance", 18 Law & Contemp. Probs., 219, 221-222 (1953), cit. por VETRI, Dominick-LEVINE, Lawrence C., -FINLEY, Lucinda M., -VOGEL, Joan E., en "Tort Law and Practice", second edition, 2003, Lexis Nexis, p. 589. La traducción nos pertenece.

satisfacciones y alegrías que la víctima podía esperar), o el perjuicio fisiológico (*préjudice physiologique*).

En el Derecho Anglosajón las diferentes categorías de daños (*damages*) como ser; *emotional distress* (comúnmente utilizado para casos de daños físicos en donde el daño mental es el mayor de los daños<sup>42</sup>), *loss of enjoyment of life damages* (a nuestro modo de ver este daño tiene alguna similitud con el *préjudice d'agrément* del Derecho Francés. Este daño es ampliamente analizado en el caso "Shephard" del Derecho Anglosajón<sup>43</sup>), *pain and suffering* (similar al daño moral restringido como *pretium doloris*). En este Derecho, similarmente, se generan discusiones acerca de si el *loss of enjoyment of life damages* es una categoría de daño autónomo y separada, o si se puede incluir como un daño considerado en el *pain and suffering*. La mayoría de los Tribunales anglosajones toman ésta última postura<sup>44</sup>.

Captamos también en el Derecho Italiano, otro ejemplo, en donde se observa claramente una numerosa clasificación creativa de los daños (mayormente justificada aún la creación de nuevos géneros de daños, ya que el artículo 2059 del Código Civil italiano, limita la indemnización del daño moral para los casos expresamente determinados por la ley.) Así nacen relevantes creaciones, como el daño biológico, el daño existencial, etcétera.

Todo ello más nos nutre cuanto más avanzamos.

### 2.3.7. Filosofía del derecho:

Siendo la Filosofía "madre de todas las ciencias", la profundidad a ella inherente denota su trasvasar en el resto de las ciencias. La inherencia de la Filosofía en el Derecho no es ajena al Derecho de Daños.

Al estudiar Filosofía del Derecho fuimos conscientes del Pensamiento Antiguo y la influencia de los Presocráticos, de Sócrates, Platón y Aristóteles, las Corrientes Postaristotélicas, luego la Filosofía Helenístico-Romana y el vínculo con el Pensamiento Cristiano, San Pablo Tarso, San Agustín, Santo Tomás de Aquino y la Escolástica, la decadencia del Tomismo, Duns Escoto y Occam. Fuimos conscientes también, del Derecho Natural Moderno, las teorías de los contractualistas, vimos la

---

<sup>42</sup> VETRI, Dominick-LEVINE, Lawrence C., -FINLEY, Lucinda M., -VOGEL, Joan E., en "Tort Law and Practice", second edition, 2003, Lexis Nexis, p. 603.

<sup>43</sup> H. West & Son Ltd. and Another Appellants; v. Shephard Respondent. Decisión tomada en marzo del año 1963. W.L.R. 1359, 1963 March 18, 19, 20, 21; May 27. Westlaw, 1964 A.C 326. Hay que aclarar, que en este caso la damnificada no quedó en estado vegetativo como erróneamente se ha citado, sino que la mujer damnificada por un accidente de tránsito, gozaba de ciertas sensibilidades y según las pericias médicas comprendía el alcance del daño que le habían ocasionado. A tal punto ello es así, que en el caso Shephard se reflexiona acerca de si era más grave o no que otro caso en donde sí la víctima carecía de conciencia alguna (caso Wyse v. Kaye).

<sup>44</sup> VETRI-LEVINE-FINLEY-VOGEL, ob. cit. p. 609.

Filosofía jurídica del siglo XIX, la Escuela de la Exégesis, el Historicismo y Savigny, el Positivismo, la Escuela de la Libre Investigación Científica, vimos a la “Teoría pura del derecho”, el Realismo, el Tridimensionalismo, el Existencialismo, el Estructuralismo, el Humanismo, etcétera.<sup>45</sup>

Pareciera así estudiarse hoy cada vez más el Derecho junto a otras ramas o ciencias y a la inversa, hablamos de la Interdisciplina, de la Multidisciplina y de la Transdisciplina<sup>46</sup>, vemos ello también específicamente en el Derecho de Daños.

Pues, en efecto, atiéndase que el estudio del daño como presupuesto de la Responsabilidad Civil, nos lleva al estudio de otras ciencias, en muchos casos cada vez más profundo.

Filosóficamente no podemos dejar de recordar y plantear una inquietud que mencionamos ahora en voz alta. Y es la incógnita de que quizás todo esto nos lleve a un estudio cada vez más detenido del resto de las ciencias, y luego entonces podrá llegarse a un “nuevo” Kelsen que quiera purificar todo y consagrar a la norma desprendida del “resto”. ¿Podrá ello ocurrir?.

Nosotros creemos que la respuesta negativa se impone, hoy el normativismo puro es historia, pero para no ir de extremos a extremos y no correr ese riesgo, habrá que buscar entre todos cuál es el equilibrio de todo esto.

#### 2.3.8. Reparación integral y búsqueda del menester equilibrio:

Lo tratado en el presente trabajo tiene especial influencia en referencia a la indemnización integral del daño, y a la puja entre la disminución y el aumento de la misma.

Previo a seguir con éste breve punto, conviene resumir en otras palabras lo hasta aquí esbozado;

Queremos decir en nuestra humilde opinión, que no encontramos un verdadero sentido práctico en esencia, si profundamente se mira la cuestión, de los fuertes confrontamientos que en doctrina acontecen, sobre la autonomía y clasificación, pues ella puede ser libre siempre y cuando se ajuste a una prueba eficaz en el caso concreto para demostrar el daño -(y los demás presupuestos de la Responsabilidad Civil)- que sufre la persona que en realidad es uno más allá de las útiles clasificaciones que se hagan. No obstante a pesar de las múltiples dificultades de valuar y reparar un daño, siempre habrá que buscar el camino más claro y sencillo dentro de la complejidad.

---

<sup>45</sup> La mención dista de ser ordenada y exhaustiva, pero, como aprecia el lector, la protege la finalidad que se quiere esbozar.

<sup>46</sup> BURGOS, Osvaldo, ob. cit. p. 182, nota 11. Nosotros incluso afirmamos que el Derecho Ambiental es una rama que necesita de la Transdisciplina al no alcanzar ya la Interdisciplina: FRÚGOLI, ob. cit. Zeus p. 687.

Las consecuencias prácticas -que se dice- difieren en las clasificaciones, en realidad no son tales si se ve el punto unánimemente coincidente que narramos y que se pueden asimilar, valga la redundancia, en consecuencias prácticas.

Como dijimos, la persona no sabe ni siquiera a veces que existen clasificaciones de daños, pero los sufre en carne propia y de un modo únicamente particular. Siendo esta entonces la focalización que los hombres del derecho debemos afrontar, para lograr un justo equilibrio, una justa indemnización que solucione el caso concreto y que además escuche a todos los intervinientes en el conflicto intersubjetivo de intereses de la realidad social.

Esto es lo que se tiene que valorar y por ende creemos en la utilidad de cada aporte, e incluso tendríamos no sólo que acercarnos aún más a los damnificados, sino también estudiar las demás ciencias, como ser antropología, psicología, neurología, estadística, economía, entre otras.

Debemos pensar en la mejor indemnización, y no sólo en la mejor cuantificación del daño, a pesar de que esto es lo que lógicamente predomina, sea por opción o sea por costumbre de sencillez.

Siguiendo entonces con este punto, nos preguntamos seguidamente; ¿hacia dónde vamos? Vemos teorías que comienzan a engrosar cada vez más los daños, aunque por otro lado vemos teorías que luchan por disminuirlos, ambas, en extremo, son subjetivas y pasionales.

Se escuchan extremos de un lado y del otro, en donde se va de la “responsabilidad civil a la reparación del daño”, “de la reparación a la prevención”, y seguramente alguno ha pensado en; “de la reparación y prevención a la punición”, y así sin cesar. No podemos ir a los extremos, encontremos el equilibrio.

El sector empresario y algunos juristas que esbozan sus posturas influidos por inconscientes intereses, y a veces conscientes, propugnan una limitación cuantitativa, otros con mayor cordura, por ejemplo del sector asegurador, han manifestado<sup>47</sup> que el problema no es el monto que se fije en una sentencia sobre un daño particular, sino que el problema pasa por poder magnificar y analizar con anticipación los riesgos que deben conocerse por las aseguradoras.

En consecuencia, así como hay que conocer cada vez mejor al daño hecho a la persona, también hay que conocer mejor a la contraparte, vgr. siendo una compañía de seguros, hay que conocer su funcionamiento para comprender cómo operan y cómo se llega a un equilibrio. Siendo ello así, disminuirían las pasiones tan marcadas y aumentarían los conocimientos compartidos y la negociación o acuerdos (en el ámbito que sea: extrajudicial o judicial).

---

<sup>47</sup> “IV Coloquio sobre Justicia y Seguros”, Bolsa de Comercio de Rosario, 6 y 7 de mayo de 2010.

Cuestión esta que coincide con la necesidad unánime de cuantificaciones no tan disímiles. Por lo que no podemos dejar de buscar una salida a montos previamente determinados como una medida estándar, pero que a la vez pueda modificarse por discreción justificada y prudente del juez.

Por ejemplo, que un punto de incapacidad pudiera valer tanto dinero, pero que ese punto en esa persona en ese caso concreto valga más, o menos. No creemos inútil la creación de tablas **MERAMENTE referenciales**. Ello puede ser el punto en equilibrio que a todos podrá beneficiar, tanto a las víctimas que tendrán una aproximación acerca de la indemnización que pueden llegar a recibir, como a los abogados, jueces y victimarios, estos últimos que podrán calcular con mayor precisión para tener más estabilidad económica y fortaleza generadora de trabajo y de una sociedad estable, a la vez que una mayor celeridad en las causas.

Como ya se ha dicho, ello se puede realizar por medio de un sistema legislativo o judicial.

Esta es una reflexión que no tiene una respuesta, sino que trata de observar cuál es o será el camino que desconoce, pero que busca proponer por ello ese punto de equilibrio, que se puede traducir en un principio general de las buenas negociaciones: “en una buena negociación todos ganan, de ahí la buena negociación que satisface (muy probablemente, no enteramente a las partes, pero sí enteramente “bien” si existe una satisfacción de acuerdo a la realidad de los acontecimientos).

Entonces, el punto está en buscar el balance, y así como en un “DEBIDO PROCESO” es necesaria la bilateralidad (sin perjuicio de las útiles excepciones, en especial para casos de urgencia), en todos los ámbitos jurídicos de solución de daños es necesario el diálogo y el conocimiento de ambas partes, con conocimientos trasndisciplinarios amplios.<sup>48</sup>

Queremos buscar un equilibrio que no sea una especie de “lucha de doctrinas” o “lucha de clases”, sino una lucha por el elemento que sostiene la diosa de la **Justicia, esto es; la balanza que busca el equilibrio pacífico en la convivencia, superando los extremos que van de un lado al otro pero que nunca logran la JUSTICIA en que creemos.**

Por último, como adelantamos, también podemos pensar juntos en una reparación holística o mixta que proteja totalmente a la víctima pero que a la vez pueda amoldarse a la realidad social que nos toca y a las posibilidades de buena fe del victimario.

Esperamos que cada aporte nos lleve a un Derecho día a día más justo, a un Derecho de Daños equilibrado en la buena fe que, aunque suene utópico, a todos beneficia.

---

<sup>48</sup> No dejando de lado que nuestra ciencia es predominantemente normativa, aunque su fuente material es la vida de relaciones (art. 896 CC).

### **3. Conclusiones:**

- I. El daño a la persona es uno sólo, pero la clasificación puede diferenciarse, debiendo en consecuencia analizarse en el caso concreto cada rubro para conceder una justa reparación integral.
- II. Jamás se pueden desconocer las particularidades del daño, ello es irrenunciable cualquiera sea el criterio que se adopte. Pues “un mismo daño provoca en algunas personas tan sólo una reacción subjetiva transitoria, mientras que en otras puede degenerar en una consecuencia persistente, en una enfermedad, en una estable disfunción.”<sup>49</sup>  
  
No obstante, la creación de tablas **meramente referenciales**, demuestran utilidad.
- III. Debe primar la prudencia y el equilibrio, tanto de los jueces que deben escuchar a las dos partes, como de todos los operadores del Derecho en su conjunto.
- IV. Todas las teorías encajan en un punto coincidente si en definitiva contemplan todos los menoscabos sufridos.
- V. La clasificación que haga el solicitante, cualquiera sea, debe ser: a) Argumentada y explicada las razones de su clasificación, procedimiento y final solicitud de indemnización. b) Explicar la diferencia entre las mismas cuando se dividen. c) Verificar y demostrar los demás presupuestos de la Responsabilidad civil en cada punto que se solicita indemnizar. Explicando en su caso las presunciones y el porqué se cree que se cumplen en el caso concreto.
- VI. Los juzgadores no pueden rechazar un rubro con el único argumento de que no encaja en su clasificación o en la clasificación que ellos realizan conforme a opinión o interpretación de derecho positivo vigente. Deben analizarlos, valorarlos y luego fundamentar porqué creen que se debe indemnizar y porqué creen que no.
- VII. La clasificación del daño no debe ser el eje central de la discusión, lo central es lograr una indemnización integral, equilibrada y equitativa de la persona que lo sufrió. Los caminos para ello, así como la clasificación, son medios y no fines en sí mismos, de ahí la importancia del fin que resaltamos, que no es otro que indemnizar equitativamente el daño global y concreto a la persona.

---

<sup>49</sup> GARAVAGLIA, Gianfranco, “Danno psicologico e danno morale”, Ed. Giuffrè, 1990, Milano, p. 29.