

Inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios de origen legal respecto de los daños injustos (violatorios de la Constitución nacional y de los tratados internacionales)

Jorge MOSSET ITURRASPE

SUMARIO: I. *El artículo 19 de la Constitución nacional. Las acciones privadas que perjudican a un tercero.* II. *La “indemnización justa” del artículo 21 de la Convención sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica.* III. *El reconocimiento del “daño ambiental” en el artículo 41 de la Constitución nacional.* IV. *El derecho a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos del artículo 42 de la Constitución nacional.* V. *La cuantificación del daño por el legislador y la cuantificación por el juez natural.* VI. *Una indemnización que no cubre todo el daño, que no es plena o integral, no es una indemnización justa.* VII. *La limitación cuantitativa “en algunos casos de responsabilidad objetiva” (artículo 1634, Proyecto de Reforma al Código Civil de 1998).* VIII. *¿Puede calificarse como justa una indemnización con base en una expropiación con tope legal?* IX. *El principio de igualdad para el tratamiento de las víctimas de daños injustos, y la discriminación del artículo 1634 del Proyecto de 1998.* X. *¿Qué se busca con la limitación cuantitativa por obra del legislador?*

I. El artículo 19 de la Constitución nacional. Las acciones privadas que perjudican a un tercero

Para jerarquizar el derecho de daños¹ y avanzar con paso firme hacia la consagración de la “indemnización justa”² ha sido necesario, en el derecho argentino, que se relacionara la causación de un perjuicio con la norma constitucional que garantiza el *neminem lædere* (artículo 19); luego, que se receptaran en la misma Constitución supuestos concretos, como los del artículo 42, relativos a daños sufridos por consumidores y usuarios, y, finalmente, que se diera igual jerarquía —validez constitucional— a tratados internacionales, a los que se ha adherido nuestro país, como en el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica y en vigor desde 1978, que en su artículo 21, luego de señalar que “ninguna persona puede ser privada de sus bienes”, dispone que en caso de serlo tiene derecho a una “indemnización justa”.³

¹ Se lo jerarquiza cuando se mira a la víctima y se la considera en su integralidad como persona humana.

² La indemnización es justa cuando es “plena o integral”, lo cual equivale a decir que abarca todos los perjuicios en relación de causalidad adecuada, patrimoniales y extrapatrimoniales, invocados y demostrados.

³ No es justa cuando se la limita con base en topes, tarifas o baremos; cuando en vez de ser el juez quien cuantifica, con base en criterios de racionalidad o razonabilidad, es el legislador quien, arbitrariamente, fija montos indemnizatorios, al margen del caso y su realidad. Un precedente importante de la “constitucionalización del derecho de daños” lo constituye la causa “Santa Coloma”, fallada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1986 (E. D. 120-648). Otro, extranjero, de la inconstitucionalidad de los topes o baremos lo brinda la reciente sentencia del Tribunal Supremo de España. No debemos olvidar que la Corte de Casación italiana, en la causa “Coccia c/Turkish Airlines” resuelta el 20 de enero de 1979, dispuso que la limitación de la responsabilidad del transportador aéreo, con base en topes indemnizatorios, sancionada por el Convenio de Varsovia de 1929 y su Protocolo de La Haya de 1955, es contraria a los artículos 2o. y 3o. de la Constitución italiana. Sobre el particular, en la doctrina interna, Simone, O. B., *La reforma al artículo 1113 del Código Civil en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de la nación*, en L. L., 1987-D-1027, donde puede leerse una dura y justificada crítica al artículo 1113 del proyecto de 1987, luego reiterado en el artículo 1643 del proyecto de 1998. También E. A. Zannoni (*El daño en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Astrea, 1987, pp. 251 y ss.) se muestra contrario a incorporar al Código Civil límites cuantitativos, como los del Código Aero-náutico y los que rigen para el transportador marítimo, según la Convención de Bruse-

II. La “indemnización justa” del artículo 21 de la Convención sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica

Así como no se concibe que en causas de expropiación se disponga por ley un máximo indemnizatorio, cualquiera sea el valor del inmueble, tampoco cabe admitir que frente a otros supuestos de privación de la propiedad⁴ se repare con una suma que el legislador ha determinado de manera genérica y abstracta.⁵

La indemnización reparadora trata, indudablemente, de volver a la situación anterior al detrimento o menoscabo, de “recomponer económicamente” a la víctima, dejándola indemne de las pérdidas patrimoniales o extrapatrimoniales padecidas. Y un “tope o máximo”, sea en el terreno de las expropiaciones o sea en el de los daños, implica man-

las de 1924, que “no son admitidos pacíficamente como justos” y que se han impuesto sólo “por consideraciones de orden político y económico”.

⁴ El dañador “expropia” al dañado, le quita lo que es suyo, afectando bienes patrimoniales o extrapatrimoniales. Avanza indebidamente sobre la “propiedad” ajena y allí radica la injusticia del daño.

⁵ No es función de la ley fijar indemnizaciones, por su propia índole de generalidad y abstracción; sólo el juez, que conoce las particularidades del caso sometido a juzgamiento, puede hacerlo con justicia y equidad. Incluso en la Unión Europea, antiguas limitaciones, como la establecida por el Pacto de Varsovia para el transporte aéreo, son hoy abandonadas. M. Zavala de González (*Limitación del resarcimiento en tragedias aéreas*, en L. L., 1999-F-1075) se ocupa de la limitación de la responsabilidad aeronáutica y la compara con la incorporada al Proyecto de Reforma y Unificación de 1998 (artículo 1634) y concluye: “El argumento sobre la supuesta ventaja de abaratar costos y tarifas con indemnizaciones limitadas, cimentaría absolutas irresponsabilidades... En cambio, los resarcimientos integrales constriñen a extremar los controles, porque eliminan la ‘conveniencia’ del ahorro en medidas de prevención... Tampoco es invocable el riesgo de la ruina empresaria: si el resarcimiento puede arruinar patrimonialmente al responsable, el Código Civil permite atenuar equitativamente la indemnización (artículo 1069); claro está, sin soslayar la situación económica de los damnificados... Igualmente, el Código Aeronáutico es deshumanizante al ignorar las diferentes clases de perjuicios y omitir prioridades: no es análoga la situación de hijos huérfanos desamparados económicamente que la de un empleador solvente que debe pagar salarios durante la licencia por razones de salud del trabajador lesionado en el accidente. El fomento de actividades como la aeronáutica o la marítima no requiere alentar su dañosidad, ni autoriza a despreteger a las víctimas de daños injustos con indemnizaciones mutiladas...”. Y concluye: “La ética comprometida en la salvaguarda de las personas no puede ser enterrada, junto con ellas, bajo las reglas del mercado”.

tener “un margen” de perjuicio en cabeza del damnificado, reparar sólo en parte o limitadamente.⁶

La cuantificación del daño con un tope o límite máximo produce una especie de “discriminación a la inversa” al indemnizar, cuando juega o se aplica el tope, situaciones diferentes como si fueran iguales. Por vía de ejemplo, un daño de cuatrocientos mil pesos y otro de dos millones serían resarcidos con la misma suma, por aplicación del artículo 1634 del proyecto de reforma de 1998, de trescientos mil pesos.

⁶ Es lo que Ivonne Lambert-Faivre denomina la “socialización del daño”, en su trabajo titulado “La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, año 1987-I, pp. 1 y ss. Se trata, en rigor, de un reparto de la indemnización; la víctima deberá soportar una quita o disminución; el Estado pagará otro porcentaje; el seguro responderá en alguna medida y, finalmente, el agente o dañador cargará con la cuota restante de indemnización, significativamente disminuida. Semejante “socialización” cuenta con el beneplácito de los grandes dañadores del mundo actual que son, sin lugar a dudas, las empresas. La trilogía, que se venía abriendo camino en la doctrina, tanto nacional como extranjera, era: a) responsabilidad objetiva; b) seguro obligatorio, y c) limitación cuantitativa. Y el argumento para poner un tope era, precisamente, la exigencia de los cálculos actuariales, a los fines de ese seguro obligatorio. Valga como antecedente la “recomendación” de las Jornadas Australes de Derecho, celebradas en Comodoro Rivadavia en 1980, Comisión I, tema A, *Extensión del resarcimiento en la responsabilidad objetiva*: “I. Responsabilidad extracontractual. *De lege lata*: 1. Los efectos de la responsabilidad objetiva y la extensión de la reparación en este supuesto se rigen por las mismas disposiciones legales de los hechos ilícitos que no son delitos. 2. Son indemnizables las consecuencias inmediatas y mediatas derivadas de la responsabilidad objetiva. No son reparables las consecuencias casuales... *De lege ferenda*: 1. Se recomienda la sanción de una ley nacional que consagre el seguro obligatorio de responsabilidad derivada del uso de automotores cuyos pilares fundamentales serán: a) implantación de un régimen específico de responsabilidad que prescinda de la imputabilidad subjetiva del agente... b) tarificación de la indemnización, sin perjuicio de que la víctima pueda pretender la diferencia hasta lograr una reparación plena por la acción común que pudiese corresponder. Firman esta recomendación: Bustamante Alsina, Trigo Represas, Compagnucci de Caso, Stiglitz, A. A. Alterini y Moisset de Espanés. 2. Se recomienda la sanción de una ley que establezca el seguro obligatorio de responsabilidad civil que cubra los daños derivados del uso de automotores (Salas, Mosset Iturraspe, Borda, Ramella, Goldenberg, Garrido). II. Responsabilidad contractual. *De lege lata*. 1. La extensión de la reparación en la responsabilidad objetiva debe abarcar el resarcimiento de todos los daños en relación de causalidad adecuada... *De lege ferenda*. 1. Deben unificarse los regímenes de responsabilidad civil contractual y extracontractual en lo relativo a la extensión del resarcimiento, disponiendo, en ambos casos, que se responda de las consecuencias inmediatas y mediatas (Brebba, Mosset Iturraspe, Salas, Goldenberg, Trigo Represas, Ramella, Compagnucci de Caso, Stiglitz)”.

La discriminación, que está expresamente condenada en nuestro derecho, se produce, obviamente, cuando en una sociedad democrática se trata a los iguales, que lo somos todos, como si fueran diferentes; o bien, en situaciones que marcan diferencias, como acontece con los perjuicios padecidos, se prescinde de ellas para resolverlas con un criterio igualitario. De donde también el “lecho de Procasto”, que era el mismo —como el tope de trescientos mil pesos— y “servía” para altos y bajos, era discriminatorio.⁷

III. El reconocimiento del “daño ambiental” en el artículo 41 de la Constitución nacional

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene declarado, en pluralidad de decisiones, que las víctimas tienen derecho “a una reparación integral”. Lo ha reiterado en un fallo reciente, en la causa “Peón” fallada en 1998.⁸

Y en nuestra opinión no es verdad que “el derecho de la persona lesionado injustamente siempre es reparado de manera necesariamente incompleta y forzosamente distorsionada”, en la medida en que esa reparación atiende lógicamente a lo invocado y demostrado por la parte y se desprende de la aplicación del criterio de la causalidad adecuada (artículo 906 del Código Civil). Y si bien es verdad que el derecho no es una “ciencia dura” que aplica criterios matemáticos o rigurosos, el saber jurídico logra a través de la concretización o particularización de la norma, para atender a las necesidades del caso, hacer justicia humana.

⁷ Ha dicho con razón Zavala de González, refiriéndose a la cuantificación legal con base en un tope de los daños morales, que: “Ninguna aspiración a la seguridad jurídica (implicada en el logro de alguna coherencia decisoria ante casos similares) puede prescindir de una valoración diferenciada de las circunstancias de la víctima, previas y posteriores al daño. Pues no se trata de un ser abstracto, sino de una persona concreta, entramada en la vida... el idealismo de la uniformidad de todos los seres humanos, choca con la real diversidad existencial entre un hombre cualquiera y los demás” (Zavala de González, M., *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. IV, p. 348). La jurista cordobesa ha defendido la elaboración de una “regulación cuantitativa, sólo indicativa y de origen legal”. Reiteramos que se trata de pautas sin “poder vinculante para las decisiones judiciales”.

⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 17 de marzo de 1998, “Peón, Juan D. y otra c/Centro Médico del Sud S. A.”, L. L. del 9 de agosto de 2000, p. 8, con nota aprobatoria de Morello, A. M., *Otra vez sobre el valor de la vida humana*.

La afirmación que desdeñamos, acerca del carácter fatalmente incompleto y distorsionado de la cuantía de la indemnización, lleva a considerar que es exactamente igual colocar topes o baremos rígidos que prescindir de ellos, poner la cuantificación en manos del juez que hacerlo en manos del legislador, lo cual conduce a un absurdo.

Pocos ejemplos tienen la elocuencia del daño ambiental,⁹ respecto del cual la aplicación del tope de trescientos mil pesos¹⁰ y la intrascendencia de las situaciones de excepción —demostración de la culpabilidad u omisión del seguro—¹¹ conducen a resultados inicuos, de enorme gravedad, y francamente violatorios del derecho constitucional

⁹ Mosset Iturraspe, Jorge *et al.*, *Daño ambiental*, Santa Fe, editorial Rubinzal-Culzoni, 1999.

¹⁰ Compartimos las expresiones del senador José María García Arecha, quien en un artículo publicado en el diario *La Nación*, de fecha 8 de octubre de 1999, titulado “Permiso para contaminar”, expresa que “el Proyecto de Unificación Civil y Comercial, de 1998, en algunos aspectos, hace retroceder décadas el derecho privado en la Argentina. En efecto —agrega—, mientras la tendencia en todo el mundo es incorporar a la legislación de fondo nuevos derechos civiles colectivos, como el derecho al medio ambiente y a su reparación integral, el Proyecto limita arbitrariamente la responsabilidad de los contaminadores”. El legislador insiste, y compartimos su óptica, en que la norma constitucional consagra una reparación frente al daño ambiental, plena o integral, que no admite techos o limitaciones de ningún tipo.

¹¹ El seguro de responsabilidad por daño ambiental no está implementado en el país, hasta la fecha —fines de 2000—. En cuanto a la culpabilidad y al debate sobre su demostración, la doctrina casi universal lo rechaza, por entender que debe regularse como un supuesto de responsabilidad sin culpa, con base en la actividad riesgosa o peligrosa, y, por lo demás, que la prueba de negligencias o imprudencias, en la materia, es harto dificultosa. Toda la doctrina encuentra que hay una verdadera contradicción entre la consagración de una regla de limitación para la responsabilidad sin culpabilidad (artículo 1634, 1a. parte del Proyecto), y, a renglón seguido, la admisión de una excepción con base en la existencia de culpa. Ocurre que por esta vía de la excepción se vuelve al debate sobre la culpa que antes, en la regla, se había excluido. Dice Zanoni (*op. cit.*, nota 3, p. 256): “la norma proyectada es, además, inconsecuente con el presupuesto de la responsabilidad que se funda en el riesgo o vicio de la cosa —se refiere al proyecto de 1987, similar en la solución al de 1998— que causa el daño o de la actividad riesgosa. Si estamos de acuerdo que el factor de atribución es, en esos casos, objetivo —riesgo, garantía, provecho, etcétera— no se advierte por qué razón la prueba de la ‘no culpa’ —que implica adopción de todas las medidas técnicas idóneas para evitar el daño y, en su caso, el deber de contratar seguros, si los hay— es la que condiciona la adopción de tope indemnizatorio”.

a un “ambiente sano” y, en su caso, al reconocimiento de la obligación de “recomponerlo”.¹²

A la doctrina autoral, francamente mayoritaria, tanto nacional como extranjera, no le parece razonable que el daño ambiental tenga un tope o techo dinerario, al menos como regla.¹³ De ahí que la responsabilidad objetiva por residuos peligrosos, contemplada en la ley 24.051, “no contenga previsión alguna con relación a la extensión del deber de reparar... se deberá responder, entonces, de las consecuencias inmediatas y mediatas previstas o previsibles, a tenor de lo dispuesto en los artículos 901, 903 y 904 del Código Civil”.¹⁴

IV. El derecho a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos del artículo 42 de la Constitución nacional

La protección de la salud, para ejemplificar con el bien más valioso, garantizada en el artículo 42 de la Constitución nacional no es tal, aparece negada o desmentida, si se le coloca al costo dinerario de esa tutela un tope o techo. Deja de ser protección plena, integral, completa, para volverse una tutela o remedio limitado... se la protege hasta tantos pesos y no más allá, cualquiera sea el resultado final.¹⁵

¹² “Recomponer” el ambiente es volverlo al estado anterior, lo cual puede lograrse con una inversión dineraria, a título de indemnización, suficiente a esos fines. Un tope, como el de \$300,000, que margina la “recomposición” y limita la responsabilidad, con o sin vuelta al estado anterior, es, innegablemente, contrario a la norma y al espíritu de la Constitución.

¹³ Mosset Iturraspe *et al.*, *op. cit.*, nota 9; Bustamante Alsina, J., *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pp. 159 y ss.; Pasqualotto, A., “Responsabilidade civil por dano ambiental: considerações de ordem material e processual”, en A. H. V. Benjamin (coord.), *Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão*, São Paulo, Biblioteca de Direito Ambiental, 1993, pp. 444 y ss.; Perlingieri, P. *et al.*, *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, Nápoles, Scientifche Italiane, 1991.

¹⁴ López Cabana, R. (coord.), *Responsabilidad civil objetiva*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 102; es excepcional la situación de los “daños nucleares”, contemplada por la Ley 17.048, que ratifica la Convención de Viena de 1963, para los cuales, en relación con “el estado de la instalación”, se establece un tope “que no podrá ser inferior, en su conjunto, a la suma de cinco millones de dólares estadounidenses” (p. 83).

¹⁵ La salud “no está en el mercado”; no puede desprotegerse por atender a la ecuación “costes-beneficios”; no es un bien sobre el cual se pueda transar o bien renunciar. Se protege o se abandona; la parcialidad es ausencia de cuidado o desprotección.

En este sentido nos parece que la objeción, que es básica o fundamental, no se salva con la aclaración del penúltimo párrafo del artículo 1634 del Código Civil proyectado: “Si el damnificado directo sufre una gran discapacidad el tribunal puede aumentar el máximo indemnizatorio hasta el triple”.¹⁶

V. La cuantificación del daño por el legislador y la cuantificación por el juez natural

No nos parece feliz ni oportuno el debate acerca del sentido y alcance de ciertos vocablos relacionados con la cuantificación dineraria del daño. La discusión acerca de cuándo estamos ante una reparación:

- Plena o integral.¹⁷
- Limitada.¹⁸
- Que cubra todo el daño o sólo una parte del mismo, etcétera.¹⁹

¹⁶ Lo grave, como señala un sector de la doctrina, es la falta de atención a las muy variadas situaciones que pueden darse: tanto respecto de la cuantía de los servicios de salud como del patrimonio de las víctimas y de los victimarios. Los toques juegan para un costo de un millón de pesos, que debe afrontar una persona insolvente, como para el de setecientos mil al que debe atender una persona económicamente pudiente. No se mira ni al dañador ni, en general, al dañado.

¹⁷ El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1961) recomendó, bajo el núm. 16: “1. La reparación ha de sancionarse según fórmula integral y unificada, aplicable tanto a la responsabilidad contractual, cualquiera sea la naturaleza de la prestación, como a la extracontractual, sea que los hechos configuren o no delitos del derecho criminal... 3. La medida del resarcimiento se extiende a todo daño que guarde conexión causal adecuada con el hecho generador de la responsabilidad civil” (Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1962, t. II, pp. 778 y ss.).

¹⁸ Dijimos en *Responsabilidad por daños. Parte general*, t. I, pp. 338 y ss.: “La regla de la ‘reparación integral’ de los daños en relación causal adecuada, se expresa con motivo de los actos ilícitos, de manera uniforme por la doctrina y jurisprudencia, fundada en los artículos 1068, 1069, 1077, 1109 y concordantes, tiende a restablecer por equivalencia el equilibrio destruido tan exactamente como sea posible...”.

¹⁹ Afirma A. Orgaz (*El daño resarcible*, Córdoba, Lerner, 1980): “El principio general que rige en esta materia es que el responsable debe resarcir todo el daño que ha causado con su acto ilícito... Este principio, llamado de la reparación integral o plena, se halla implícitamente acogido por nuestra ley civil... El principio de la reparación integral significa, por tanto, no lo que literalmente podría entenderse, sino, de un modo más estricto y preciso, que la responsabilidad se extiende a todo el daño que se halla en relación causal adecuada con el acto ilícito, pero no más allá” (pp. 137 y ss.).

Sí nos parece constructivo debatir acerca de si es verdad que:

- a) “Todo el daño jamás es indemnizable”, o bien,
- b) “El derecho de la persona lesionada injustamente siempre es reparado de manera necesariamente incompleta y forzosamente distorsionada”.²⁰

Empero, este análisis “requiere jugar limpio, no hacer trampas ni caer en sofismas”.²¹ Partiendo de la idea de que todas estas expresiones encierran un “valor sobreentendido”, un significado que no es el común y corriente, sino el jurídico, impuesto por la tradición, por un uso más que centenario y sostenido por el “logos de lo razonable”.

En la tarea de “cuantificar” el daño, en el quehacer de traducir en una indemnización dineraria el perjuicio padecido, concurren el legislador y el juez del modo siguiente:

- El legislador, sobre la base de criterios de política legislativa, indica cuáles son los daños que deben ser reparados.
- El juez, en consideración a las circunstancias del caso, decide qué cantidad de dinero debe pagarse como indemnización por esos daños.

El legislador aplica, en cumplimiento de su tarea, los criterios de la causalidad jurídica, desechando los de la mera causalidad material o física (artículos 901, 902 y ss., Código Civil).²²

²⁰ Alterini, A. A., *La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 104. Se lee allí: “A mi juicio y en síntesis, los límites cuantitativos no afectan en su esencia ni el derecho de propiedad, ni el derecho de la persona, ni la igualdad, ni menoscaban el derecho a la jurisdicción... El derecho de propiedad del damnificado es, en definitiva, el que le asigna la ley, la cual provee una multiplicidad de soluciones diversas...”.

²¹ Sostiene con razón Zavala de González (*Limitación del resarcimiento en tragedias aéreas, cit.*, nota 5, p. 1074): “Ninguna responsabilidad es materialmente ilimitada, pues se subordina a requisitos cualitativos, como la causalidad adecuada: se resarce todo y sólo el daño previsible acorde con el curso natural y ordinario de las cosas, o sea, las reglas comunes de la experiencia (artículo 901, Código Civil). Entonces la reparación es jurídicamente plena o integral... En el sentido aquí examinado, limitar el resarcimiento significa colocar un techo cuantitativo a las indemnizaciones debidas por el responsable...”.

²² Lo señala enfáticamente Orgaz en la obra recordada. Podemos encontrar aquí la base del argumento acerca de que “todo el daño jamás es indemnizable”; no se reparan

Se decide por recoger el criterio de la “causalidad adecuada” (artículo 906, Código Civil) propugnado por un fuerte sector de la doctrina, nacional y comparada, y, por ese camino, dejar afuera de manera absoluta las “consecuencias remotas” y, al menos como regla, las “consecuencias casuales” (artículo 905).

Selecciona como paradigma inspirador de la labor del juez, en la tarea de concretar en la sentencia los daños reparables, el de la previsibilidad predominantemente objetiva. Y a partir de allí distingue las “consecuencias inmediatas”, que son las que acostumbran a suceder y que por esa razón deben indemnizarse, de las mediatas, “que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto”, y que sólo deben repararse si fueren previsibles (artículo 901).²³

Hasta allí, básicamente, la labor del legislador, salvo soluciones especiales para casos o situaciones muy concretas que tienen su “autonomía” y donde por alguna razón, que no suele ser jurídica sino económica, siente el legislador la necesidad de avanzar en el rol delegado al juez, cuantificando en dinero.²⁴

Lo demás, que hemos designado como “qué cantidad de dinero debe pagarse por cada daño”, queda librado a la prudencia judicial, a las circunstancias de cada caso obviamente, a los elementos probatorios arimados por las partes.

consecuencias casuales o remotas, que pueden ser una parte de los daños sufridos. Y en cuanto a la “distorsión” que la reparación puede encerrar, es obvia y basta pensar en la traducción en dinero de los perjuicios extrapatrimoniales. Empero, todas estas “limitaciones”, para comprenderlas y abarcarlas con una denominación, son ajenas a la cuestión del tope o techo dinerario que el juez no puede superar, cualquiera que sea el monto real del perjuicio y su traducción dineraria.

²³ Debemos recordar, asimismo, que en la responsabilidad por incumplimiento de la obligación, a diferencia de lo que acontece en la fundada en actos ilícitos, sólo se reparan las consecuencias mediatas “si la inejecución de la obligación fuese maliciosa” (artículo 521, Código Civil).

²⁴ Accidentes aeronáuticos, marítimos, atómicos, etcétera. Respecto de los dos primeros, el movimiento doctrinario en favor de la derogación de los topes, en la doctrina nacional y comparada, es avasallador. Las limitaciones cuantitativas han perdido toda razón de ser; fueron tal vez razonables en la década de los años veinte o treinta, pero no en la actualidad. Sólo permanecen como consecuencia de la presión empresarial, de los intereses económicos en juego, con desprecio de las vidas humanas; el riesgo empresarial deben soportarlo las empresas y no los consumidores del servicio, cualquiera sea éste.

Por excepción, el legislador interfiere o se entromete en la cuantificación judicial, orientada a “la reparación del perjuicio” (artículos 1109 y concordantes), indicando al juez, como solución de equidad, la posibilidad de moderar o atenuar la indemnización, condenar a reparar sólo parcialmente o en parte el perjuicio causado (artículo 1069, Código Civil).

Pero, reiteramos, una es la actuación del legislador, aun en este terreno específico de la cuantificación, insinuando, autorizando, marcando pautas o “dando consejos”, y otra es la determinación imperativa de sumas dinerarias por tales o cuales perjuicios, o la fijación de topes máximos o techos reparatorios.

VI. Una indemnización que no cubre todo el daño, que no es plena o integral, no es una indemnización justa

No estamos de acuerdo en que el legislador del Código Civil pueda a su arbitrio limitar el “derecho de propiedad” del damnificado. Que pueda decir, por vía de ejemplo, que la indemnidad o la salud de la que la víctima fue privada —y que el derecho de daños debe recomponer— vale tanto o cuanto, marginando o dejando de lado las circunstancias concretas del caso, el valor real de la reparación de esa indemnidad o de la salud deteriorada.

Nos parece que por encima del legislador del Código está la Constitución nacional, también y muy especialmente en esta materia de la cuantificación del daño. Y que la Constitución dispone para los daños una indemnización plena o integral, que equivale a decir una “indemnización justa”. Y, a la vez, la Constitución nacional rechaza toda estimación caprichosa o arbitraria, sin bases o fundamentos serios, como es el caso de un tope dinerario o techo fijado en trescientos mil pesos, cualquiera sea el perjuicio real.

Bidart Campos sintetiza esta idea en los términos siguientes:

La norma constitucional sobre inviolabilidad de la propiedad coordinada con la que exige indemnización en caso de expropiación, proyecta un principio general de nuestro derecho constitucional, según el cual cuando un derecho patrimonial cede por razón de interés público frente al Estado, o sufre daño por actividad del Estado o de los particula-

res, el daño debe ser indemnizado, tanto si la actividad que lo produce es ilícita o ilegítima cuanto si es lícita o legítima.²⁵

Recordamos ya la vigencia, con jerarquía constitucional, del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

Cuando se alude a “indemnización” se sobreentiende que para ser tal debe cubrir todo el daño resarcible; de lo contrario no es una indemnización sino un paliativo dinerario, una ayuda, una contribución en orden a la recomposición. Y lo mismo ocurre con el vocablo “indemnización justa”: no es tal si sólo cubre parcialmente el perjuicio causado. De cualquier manera queda siempre excluida como indemnización la suma determinada caprichosa o arbitrariamente.

VII. La limitación cuantitativa “en algunos casos de responsabilidad objetiva” (artículo 1634, Proyecto de Reforma al Código Civil de 1998)

El intérprete de la norma legal, en el caso de la norma proyectada (artículo 1634, Proyecto de Código Unificado de 1998), tiene razones para preguntarse:

²⁵ Bidart Campos, G., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, t. I, p. 333. En el derecho comparado campea el principio de la reparación integral: así en Francia, frente al texto del artículo 1149 del *Code*, considerado expresión de la idea según la cual el resarcimiento debe ser integral y restablecer la situación en la cual el damnificado se encontraba antes del incumplimiento o del hecho ilícito. Viney, “La responsabilité: effets”, en Ghestin (dir.), *Traité de Droit Civil*, pp. 80 y ss.; en el Código Civil alemán, BGB, el principio en examen está expresado en el artículo 249, que dispone textualmente que “quien está obligado a resarcir el daño debe restablecer la situación que existiría si no hubiese ocurrido el hecho que obliga al resarcimiento”; en Italia, la norma fundamental en la materia es el artículo 1223 del Código Civil, del que se desprende una clara directiva, en el sentido de que la reintegración del patrimonio que ha sido lesionado por el incumplimiento o por el hecho ilícito debe ser integral; de ahí se deduce, en aquel derecho, el carácter de crédito de valor (no meramente monetario) del derecho al resarcimiento. Se piensa, en cambio, que el principio de la reparación integral no tiene lugar con respecto al resarcimiento del daño no patrimonial, donde la regla dominante es el recurso a la apreciación equitativa. Visintini, G., *Tratado de la responsabilidad civil*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, pp. 203 y ss.

- a) ¿Por qué se pretende consagrar la limitación cuantitativa para casos de “responsabilidad objetiva”?
- b) ¿Por qué para “algunos casos” de esa responsabilidad sin culpabilidad?

Está muy claro que la solución proyectada, que consideramos mala o inconveniente, sería aún peor si se extendiera a todos los supuestos de responsabilidad por daños, imputables objetiva y subjetivamente. O bien a la totalidad de casos de responsabilidad objetiva y no sólo a “algunos casos”.

Pero este acotamiento de una solución errada no nos impide, muy por el contrario, formular su crítica.

Hemos sostenido, en más de una ocasión, que en el capítulo de la “responsabilidad civil” del Proyecto de 1998, y en especial en los temas de la imputación objetiva, “late el espíritu de Llambías”, enemigo declarado de este tipo de responsabilidad:

- ¿“Qué ha de pensarse de semejante tesis —la de la responsabilidad por riesgo creado— que viene a conmovier los cimientos mismos de la responsabilidad civil”?, se pregunta Llambías.²⁶
- “...La ley 17.711 adopta un principio general de responsabilidad por riesgo, que es lo que convierte a este tópico en la más desafortunada de las reformas recientes”, agrega.
- “...La teoría del riesgo creado, al disociar la responsabilidad de la censura que merece la conducta humana sancionada, es gravemente funesta...”.
- “Propugna, sin que ello haya sido advertido por sus corifeos de la tesis, una organización social vaciada en sus cimientos de sustancia moral...”.

²⁶ Llambías, J. J., *Estudio de la reforma del Código Civil. Ley 17.711*, Jurisprudencia Argentina, 1969, pp. 273 y ss.; A. A. Alterini (*Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, p. 106) afirma, en idéntico sentido: “La adopción de dicha teoría (la del riesgo) pone en quiebra el sistema jurídico de responsabilidad, que se sustenta en la idea de culpabilidad, en cuanto ésta deriva de la voluntariedad del acto”. Se trata de la tesis de Alterini, aprobada por un tribunal que integraba el profesor Llambías.

- “Es una concepción regresiva de la responsabilidad que arrasa con toda valoración de la conducta del agente y arruina el cimiento moral del orden jurídico”.²⁷
- “Ella estimula, insensiblemente, una comprensión del derecho que lo convierte en una física de las acciones humanas y favorece una involución de siglos, una vuelta a la convivencia primitiva, a un atender a la cruda materialidad del obrar sin advertir que los actos humanos son tales por el sentido intencional que los anima y carga de significación inteligente...”, etcétera.²⁸

La adhesión del Proyecto de 1998 a un derecho de daños —que con toda intención se traduce como “responsabilidad civil”— que gira alrededor de la culpabilidad, que hace de ella el eje o centro de la imputabilidad —“a falta de norma legal, o de estipulación de partes, el factor de atribución es la culpa” (artículo 1602, 2a. parte)—, es manifiesta y no se oculta.

La responsabilidad objetiva aparece “relegada a zonas marginales”; sólo aparece si “conforme a la ley o a la estipulación de partes, la conducta diligente del sindicado como responsable no es suficiente para excluirla” (artículo 1606).²⁹

²⁷ Llamás, *Estudio de la reforma del Código Civil...*, cit., nota anterior; el autor repite y amplía las críticas en su *Tratado*, al ocuparse de los actos ilícitos. Alterini, a su turno, continúa diciendo: “Este precepto [el artículo 1113] ha agrietado el sistema mediante la intromisión de un elemento que conmueve sus principios” (*Responsabilidad civil*, cit., nota anterior, p. 117).

²⁸ Llamás, *Estudio de la reforma del Código Civil...*, cit., nota 26, p. 279. Más adelante continúa su “catilinaria”: “Es imposible servir a dos señores, como también lo es buscar la conciliación sistemática de dos principios generales contrapuestos, que tienen ambos una vigencia expansiva e indefinida...” (p. 283).

²⁹ Hemos objetado esta definición, que parcializa o castra la idea, al prescindir de los factores objetivos de atribución, de la creación de un riesgo, con las cosas o los comportamientos peligrosos. Y olvida señalar que quien crea riesgos debe asumirlos y no pretender trasladarlos, con el pretexto de la “socialización” de la indemnización. El IV Congreso Nacional de Derecho Civil rechazó una declaración, propuesta por Llamás, destinada a condenar la aceptación de la responsabilidad por riesgos y los límites dados a la misma. En las Jornadas de Mar del Plata, en 1989, se recomendó: “...6. El denominado principio de la reparación integral del daño injustamente sufrido mantiene plena vigencia en nuestro tiempo”.

Desaparecen las “cosas riesgosas por su naturaleza”, y en su lugar se ubica la riesgosa “por sus propias calidades o por las circunstancias en que es utilizada”.³⁰

Se limita la potestad judicial para calificar a determinadas cosas como riesgosas, al señalarse explícitamente que “se considera cosa riesgosa a la que tiene en sí misma aptitud para causar daños frecuentes o graves...”; vale decir que el juzgador deberá, previamente a la calificación, verificar semejante aptitud (artículo 1662). Y lo mismo ocurre con la “actividad especialmente peligrosa”, respecto de la cual, pese a acordarse el reformador de lo atingente “a la naturaleza”, insiste en los requisitos de la frecuencia o gravedad.

De allí que no pueda extrañarnos que como culminación de una regulación “de mala voluntad” o disfavor se proyecte la limitación cuantitativa para la responsabilidad objetiva (artículo 1634).³¹

Desde nuestra óptica no hay razón alguna para consagrar un tratamiento diferenciado respecto de la responsabilidad subjetiva: la diferencia de factores de atribución no es razón suficiente o bastante; ni siquiera da pie a un trato desigual. Vale reiterar que el moderno derecho de daños mira a las víctimas y no a los victimarios, y que para quien sufre un perjuicio da lo mismo que se lo hayan causado con culpa o que se origine en la creación de un riesgo que deviene dañoso.

Empero, si nos detenemos a analizar cuáles son las hipótesis más frecuentes de responsabilidad objetiva, caemos en la cuenta del por-

³⁰ Con lo cual, de aprobarse el proyecto de 1998, se abrirá el debate acerca de si un automotor en movimiento, incorporado a la circulación, es o no es “cosa riesgosa”; puesto que la norma sólo alude a “sus calidades” o “circunstancias en que es utilizada” dicha cosa y no a “su naturaleza”; el automotor es riesgoso por esta razón y no por ser de tal tipo o avanzar a tal velocidad.

³¹ Contradice el afán de “codificar” la última frase del artículo: “Las disposiciones de este artículo dejan a salvo lo establecido por la legislación especial”. Cabría preguntarse si la Ley 24.240 se considera “legislación especial”, y, en caso afirmativo, qué significa el mantenimiento de la reparación integral del artículo 40 respecto de riesgos de cosas o servicios, cuestionar seriamente los alcances de la norma proyectada. El temor fundado es en el sentido de que, aprobado el Proyecto de 1998, se considere derogada la Ley de Tutela al Consumidor 24.240, puesto que los “consumidores somos todos” y fuera de ellos sólo queda la relación interempresaria e interconsumidores. Siebeneicher de Andrade, F., *Da codificação. Crônica de um conceito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.

qué de la “cuantificación” en este ámbito; encontramos la respuesta al interrogante que nos formulamos al principio: accidentes de tránsito; productos elaborados; daño ambiental; instalaciones y residuos industriales, etcétera.³²

VIII. ¿Puede calificarse como justa una indemnización con base en una expropiación con tope legal?

El fin del resarcimiento, de acuerdo con lo expuesto, no puede ser otro que el de compensar (*Ausgleich*) a la víctima, ni más ni menos que todos los daños por ella realmente experimentados —denominada teoría de la compensación—, a fin de ser colocada de nuevo en el estado en que se encontraba antes de verificarse el evento dañoso.³³

Lo expresado no significa desconocer una tendencia, tanto en la doctrina nacional como en la comparada, favorable a lo que se denomina “alternativa para racionalizar la valoración de los daños”;³⁴ empero, semejante criterio doctrinario amerita algunas precisiones:

³² Al no estar expresamente mencionadas, como supuestos de responsabilidad objetiva, la del patrón, por el hecho del dependiente; o la de la persona jurídica, pública o privada, por el hecho de sus agentes; la de quien avanza en la intimidad o privacidad; la de quien abusa de sus derechos o prerrogativas, la aprobación del Proyecto abrirá estos debates sobre temas que considerábamos superados, como los de la *culpa in eligendo* o de la *culpa in vigilando*. El artículo 1634 encuentra un precedente en el artículo 1113, última parte del Proyecto de 1987, luego ley vetada, con una redacción que no contiene los agregados de los incisos c y d, la posibilidad de aumento frente a la “gran discapacidad” y la exclusión de lo establecido por la “legislación especial”. El proyecto de 1993, decreto 468/92, suprime del artículo 1590 toda referencia a la “cuantificación” con tope.

³³ Rivero Sánchez, J. M., *Responsabilidad civil*, San José de Costa Rica, Areté, 1999, p. 106; Cavalieri Filho, S., *Programa de responsabilidade civil*, São Paulo, Malheiros, 1999. Podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que es el sistema de responsabilidad por daños latinoamericano, consagrado en los códigos, las Constituciones, en pluralidad de casos, y en la doctrina mayoritaria. El derecho de nuestros países rechaza las tarifaciones o topes indemnizatorios, al estilo de la ley danesa, que se exhiben como caprichosos y arbitrarios (Ley 228 de 1984, modificada por la Ley 599 de septiembre de 1986).

³⁴ Puede consultarse: Vicente Domingo, Elena, *Los daños corporales: tipología y valoración*, Barcelona, Bosch, 1994, pp. 265 y ss.; Ángel Yagüez, R. de, “La reparación de daños personales en el derecho español”, *RES*, núm. 57, p. 76.

- a) Se pregona para la valoración de “los daños corporales” y no de perjuicios que puedan padecerse en los bienes que integran el patrimonio.³⁵
- b) No se distingue según los factores de atribución.³⁶
- c) Se recurre a los baremos o tablas predeterminadas y no meramente a colocar topes indemnizatorios, genéricos o indiscriminados.³⁷
- d) Se juzga, por sus sostenedores, que por esta vía se escapa a las “resoluciones no detalladas”; a aquellas que no están sujetas a ningún criterio normativo en la cuantificación; que constituyen, según se afirma, una verdadera “lotería judicial”,³⁸ y que, por tanto, importan una violación “a la tutela judicial efectiva”;³⁹ agravada en la medida en que se considera una “cuestión de hecho”.⁴⁰
- e) No obstante ello, parte de esa misma corriente doctrinaria reconoce que los principios rectores de la valoración o cuantificación de los daños son:

³⁵ Pantaleón Prieto, J., *La indemnización por causa de lesiones o de muerte*, en A. D. C., 1989.

³⁶ En las “notas explicativas” del Proyecto de 1987 (antecedente de la norma recogida en el artículo 1634 del Proyecto de 1998) se lee: “Se quiere de este modo procurar a la víctima la efectiva reparación del daño a cargo de quien debió preverlo y tomar las coberturas apropiadas de su eventual responsabilidad. Puede preverse que, por aplicación de estas reglas, la reparación será plena y efectivamente percibida por la víctima en una cantidad de casos significativamente mayor de accidentes de trabajo, tránsito, y de un tipo en que la frecuencia estadística de la siniestralidad indique la necesidad de tomar un seguro como medida de solidaridad social, y también de autoprotección”. No compartimos semejante explicación, que juzgamos artificiosa y con base en un puro sofisma.

³⁷ Lo cual no significa que aprobemos los “baremos” que también, en buena medida, en cuanto reducen la indemnización a la que se tiene derecho, se muestran como arbitrarios e injustos.

³⁸ También se alude, irónicamente, en Francia, a una “cuestión de fe”, porque se piensa, frente a decisiones infundadas, que “hay que creer profunda y ciegamente, para pensar que lo que se cuantifica corresponde con el daño sufrido”.

³⁹ La tutela judicial efectiva rechaza todo tipo de arbitrariedades: tanto la decisión que fija en cien una indemnización, sin “dar razón de sus dichos”, como la que fija en mil, por imperativo legal, la reparación cuya cuantía demostrada es de dos mil.

⁴⁰ En España y en otros países se ha discutido largamente si la cuantificación de los daños es mera cuestión de hecho, que obsta al recurso de casación, o cuestión de derecho, que lo posibilita. Con base en el posible error de apreciación de la prueba, material o jurídico, se abre la vía recursiva.

- La *restitutio in integrum*, y
 - La apreciación discrecional por el juez, sin perjuicio de insistir en que la función reparadora es la que debe orientar todos los esfuerzos, porque “el daño, sólo el daño y nada más que el daño” es lo que debe presidir la valoración.⁴¹
- f) Equivale a sostener que aun para esa doctrina, el método superior, ajustado a los principios de justicia y equidad, es el denominado *in concreto*, que atiende a las particularidades del caso, y que si se buscan otras soluciones o caminos alternativos es como remedio a una discrecionalidad judicial que, en muchas ocasiones, se vuelve pura arbitrariedad, y cuantifica caprichosamente, sin dar razón o explicación de su proceder.⁴²

De ahí que no deba extrañarnos que un jurista del prestigio del profesor Jorge Gamarra, luego de recordar que la traducción monetaria del daño se denomina “liquidación equitativa” en Italia, sometimiento al “poder soberano” en Francia, al discrecional del juez en Alemania, o “*general damages*” en Inglaterra, afirme:

La regulación del sistema general de las compensaciones está entregada a la competencia de los magistrados; la decisión del juez en este plano corresponde al aspecto valorativo, de política judicial; allí deberán calibrar cuidadosamente el volumen de las cantidades que es posible acordar, en un momento dado de la vida del país, sin que la responsabilidad civil pueda verse afectada por factores que la pongan en crisis, como sucede cuando media disparidad chocante entre las condenas emitidas en casos similares (*forensic lottery*) o indemnizaciones excesivamente elevadas o insuficientes, que se apartan demasiado de los máximos y mínimos habitualmente establecidos por el conjunto de las decisiones (el llamado “caso marginal”) o inadecuadas a la realidad económica.⁴³

⁴¹ Famosa frase de Toulemon Moore, *Le préjudice corporal et moral en Droit commun*, 3a. ed., París, 1968, p. 115. Sobre la responsabilidad objetiva y la calificación de los “beneficios obtenidos” como un “riesgo para la colectividad”, la obra de Bisbal Méndez, “La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso”, *RDM*, 1983, pp. 120 y ss.

⁴² Vicente Domingo, *op. cit.*, nota 34, p. 265 y bibliografía allí citada.

⁴³ Gamarra, J., *Tratado de derecho civil uruguayo*, Montevideo, Fundación de Cultura Uruguaya, 1994, t. XXV, pp. 349 y ss.

El tope legal aparece entonces como extraño a la tradición jurídica del “derecho continental” y del sistema latinoamericano. Mucho más cuando pretende generalizarse y extender su aplicación no ya a supuestos fácticos muy concretos, sino a hipótesis de atribución objetiva aplicables a los más variados perjuicios, en la persona y en los bienes, patrimoniales y extrapatrimoniales.

La injusticia de semejante solución es evidente o palmaria.

IX. El principio de igualdad para el tratamiento de las víctimas de daños injustos, y la discriminación del artículo 1634 del Proyecto de 1998

La doctrina en el Perú,⁴⁴ en seguimiento del artículo 1985: “*Contenido de la indemnización*. La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido...”, recuerda que: “el principio general que rige casi unánimemente en esta materia consiste en que la víctima debe ser resarcida por todo el daño que se le ha causado. Este principio es el que se conoce como reparación plena o integral”, y agrega: “Como señala Tunc, la Corte de Casación francesa lo ha declarado mil veces”. Y en Inglaterra se cita la afirmación de Earl Jowitt, en un célebre caso de daños corporales: “El gran principio general que debe regir la materia de la determinación de la indemnización... es que el juez debe otorgar a la víctima la suma necesaria para colocarla en la misma situación en que se habría encontrado si no hubiera sido herida”.

La situación es la misma en el derecho boliviano (artículo 994, Código Civil) y en el paraguay (artículos 1857 y ss., Código Civil). Y, asimismo, en el Código Civil de Chile (artículo 1556).

Lo expuesto, que exhibe el panorama del sistema jurídico latinoamericano, favorable a una indemnización “plena o integral”, nos lleva a rechazar la afirmación, expresada en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Santa Fe, en septiembre de 1999, acer-

⁴⁴ Trazegnies, F. de, *La responsabilidad extracontractual*, Lima, Universidad Católica del Perú, 1988, t. II, p. 16.

ca de que: “en el debate sobre la responsabilidad civil se suele utilizar un doble discurso: la mera declamación de buenos propósitos frente a las soluciones aplicables en el marco de la realidad” —punto 1 del despacho de la Comisión núm. 2 sobre limitación cuantitativa de la indemnización—. ⁴⁵

Con la misma intencionalidad “limitativa” se dijo en el punto 3 del despacho que: “El llamado principio de la ‘reparación integral’ es una expresión dogmática que pretende dar a entender que todo daño debe ser reparado. Sin embargo, sólo son reparables los daños con la plenitud que cada ordenamiento permite”.

Vimos ya que la expresión reparación “plena o integral” tiene, pese a lo que ahora se dice, amplio consenso, y abarca los perjuicios en relación de causalidad adecuada. El rechazo, insistimos una vez más, es a los “topes”, a las cuantificaciones por vía legal, a los baremos, a la cuantificación, en una palabra, generalizada y sin atender a las circunstancias del caso.

Rescatamos, empero, la conclusión núm. 2: “Toda indemnización debe ser justa. Están en compromiso, según los casos: la inviolabilidad de la persona humana, la igualdad de las víctimas y el derecho de propiedad”. Esta “recomendación”, a nuestro juicio, contradice a las restantes, favorables a la presencia en el Código de topes indemnizatorios, que involucran, según hemos señalado ya, un ataque al derecho de propiedad, en la medida en que priva a la víctima de lo que era suyo, la integralidad de los bienes o la indemnidad personal; un menoscabo a la dignidad de la persona humana, tarifada como si se tratara de una mercancía, y una ruptura del principio de igualdad al establecer sumas iguales, siempre un tope de trescientos mil pesos, para situaciones de menoscabo personal o patrimonial que pueden ser muy distintas. ⁴⁶

⁴⁵ En la XIII Conferencia Nacional de Abogados, celebrada en Jujuy en marzo de 2000, denunciarnos las “irregularidades” habidas en el funcionamiento de la Comisión aludida en el texto. Ignoramos a qué “realidad” refiere el despacho y creemos que se trata, más bien, de una expresión de deseos o de una realidad que se “desea construir”, para “proteger a los dañadores”.

⁴⁶ Pueden consultarse con mucho provecho los trabajos de Carlos Gherzi sobre “cuantificación de los daños”, donde se rebaten los argumentos acerca del beneficio que se sigue de semejante tesitura. También su exposición en las II Jornadas Rosarinas

X. ¿Qué se busca con la limitación cuantitativa por obra del legislador?

La respuesta al interrogante acerca de qué se busca con la limitación cuantitativa por obra del legislador puede comprender distintos aspectos:

- Traduce, en primer lugar, desconfianza hacia los jueces; se considera insuficiente la facultad moderadora que ya tienen acordada y que el Proyecto de 1998 reitera bajo el rótulo “atenuación de la responsabilidad” (artículo 1641).
- Se teme a la arbitrariedad y a la generosidad judicial y de allí que se prefiera una cuantificación en abstracto a otra particularizada, lo genérico a lo concreto.
- Empero, se busca también evitar el alto costo que la dañosidad, con base en el riesgo empresario, significa para los proveedores de bienes y servicios; salvar, en otras palabras, la ecuación “coste-beneficio”.
- Se opta, en consecuencia, por transitar caminos de “interpretación económica” en desmedro de los tradicionales de la interpretación jurídica inspirados en la justicia y la equidad.
- Tal vez se tiene la mirada puesta en daños sufridos por “personas físicas” y desde esa óptica se piensa incluso en la generosidad de la suma de trescientos mil pesos, con posibilidad de triplicarla, frente a la “gran discapacidad”.
- Y no se ha reparado en la mezquindad del tope indemnizatorio frente a otros daños, como son los ambientales.⁴⁷
- La norma comentada (artículo 1634 del Proyecto de 1998) evidencia, asimismo, el desfavor con que sus autores observan la

de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de Rosario en agosto de 2000, donde una comisión se ocupó específicamente de la “cuantificación del daño”.

⁴⁷ Una de las “recomendaciones” de las XVII Jornadas Nacionales alude a “prever un tope especial en función de la totalidad del siniestro para la reparación de daños al medio ambiente”. El “seguro obligatorio”, argumento fuerte para la limitación, está ausente y en su lugar se “recomienda” un sistema que estimule su contratación voluntaria.

- “responsabilidad objetiva”, única a la que alcanza el límite previsto.
- De donde, en virtud de ese disfavor, la reparación plena o integral, que tiene como base un principio de justicia, se vuelve injusta; es como si los riesgos creados —que se califican de “frecuentes o graves”— o las actividades “especialmente peligrosas” no fueran reproche suficiente para una sanción integral.
 - Se haya querido o no, la norma proyectada patentiza una reacción o retroceso hacia un derecho de daños que deja de mirar a las víctimas —cuya indemnización queda limitada— para volver, como en tiempos pasados, a mirar al agente o victimario.