

XIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL GARANTISTA

23 y 24 de octubre de 2014

AZUL – ARGENTINA

LA PRUEBA JUDICIAL EN UN PROCESO REPUBLICANO

APORTES DESDE EL GARANTISMO PROCESAL

Derivaciones probatorias al estadio de ejecución (El problema de cuantificación y determinación de daños).¹

Hugo Muñoz Basaez.²

La responsabilidad civil es uno de los tantos sistemas dentro del gran espectro de soluciones para asegurar al ser humano en la compleja sociedad actual la satisfacción de sus pretensiones.

Una de las particularidades de este modelo de distribución de riesgos es que su elemento central es el daño, viniendo a constituir éste su “origen y medida” En razón de lo anterior, la amplitud o restricción del concepto mismo de daño incide directamente en la cobertura de este modelo.³

Por ejemplo, si entendemos por daño sólo una disminución del patrimonio, cuando un sujeto provoque en otro un resultado dañoso que no disminuya sus bienes o su patrimonio y que además sean éstos evaluables en dinero, no se generará obligación alguna en el autor, pues no habrán buenas razones para traspasar los efectos dañosos de dicha acción u omisión desde la víctima al autor, debiendo el primero, como es la regla general, asumir sus propios riesgos.

Función de la responsabilidad civil: Aspectos temporales.

Si fijamos imaginariamente un punto en el presente, donde se sitúe un conflicto entre particulares que haya generado un daño indemnizable, el juez o cualquier observador podrá trazar una línea hacia el pasado y otra hacia el futuro. La

¹ Paper de ponencia presentado en el XIII Congreso de Derecho Procesal Garantista, Azul, Argentina, Octubre 2.014.

² Magister en Derecho por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina.

³ En el presente trabajo se aborda la problemática jurídica de la institución señalada desde una perspectiva de la dogmática internacional, sin pretender acotar ni agotar en tema y analizado algún estudio de campo de la jurisprudencia chilena.

primera dice relación con el concepto de justicia correctiva aristotélica⁴, cuya característica que la diferencia de enfoque, es mirar a las partes en un plano de igualdad, sin importar sus méritos, virtudes o torpezas, pues sólo se enfoca en el daño, y siendo la acción u omisión dañosa la que rompió dicho equilibrio, nace en el agente del daño la necesidad jurídica de restablecer dicha igualdad.

Si seguimos la segunda línea, aquella que va hacia el futuro, podemos encontrar, entre otros, dos caminos: El de la eficiencia, expuesto de manera ejemplar por POSNER⁵ y por los denominados en la actualidad “lawyers economists”; o el de la moralidad, con LON FULLER como uno de sus principales expositores.

Estos caminos, a pesar de sus diferencias, coinciden en que ambos tienden a la determinación de conductas humanas, ya sea porque puede ser más eficiente prevenir daños que repararlos, o porque el derecho debe propender a inculcar en los sujetos ciertos principios morales mínimos de convivencia.

La Visión o Perspectiva retrospectiva.

Dentro de la doctrina, encontramos la posición que propugna que la justicia conmutativa es la que debe llenar de sentido las normas al momento de ser aplicadas al caso concreto por los jueces.

La responsabilidad civil, en palabras de PANTALEÓN, no es un instrumento de ingeniería social como pretenden los lawyers economists, sino que se trata de una “institución elemental del derecho civil con la muy humilde finalidad de realizar la justicia conmutativa”,⁶ entre aquel que ha producido el daño, el ejecutor, aquella parte que lo ocasiona y por otro lado el perjudicado, ya sea dejando el daño a cargo del segundo (lo que es la regla general) o poniéndolo a cargo del primero mediante la obligación de indemnizar.

Dicha obligación de indemnizar tiene sentido sea útil o no. En palabras del mismo autor, “indemnizar no borra el daño del mundo, simplemente lo cambia del bolsillo”.⁷ Las buenas razones para sacar de un bolsillo a otro las consecuencias de un daño no pasan por un juicio de utilidad, sino que por uno de justicia.⁸

Contestes también a una mirada retrospectiva están autores como DE ÁNGEL⁹, quien en su libro en forma de Tratado expone fielmente las ideas de

⁴ Barros Bourie, Enrique, Justicia y Eficiencia como fines del derecho privado patrimonial, Presentación Universidad Austral, Apuntes de clases del curso de Responsabilidad Civil Extracontractual, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Primer semestre 2006, Además: Barros. Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Op. cit, p. 40 y s

⁵ Posner, Richard, El Análisis Económico del Derecho, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998

⁶ Pantaleón, Fernando, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También las administraciones públicas), En: La responsabilidad en el derecho, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N°4, 2000.

⁷ Ibídem, p. 190.

⁸ Ibídem, p. 174.

⁹ De Ángel Yagüez, Ricardo, Tratado de Responsabilidad Civil, Madrid, Editorial Civitas, 1993.

Pantaleón respecto a la materia. Lo mismo hace WEINRIB¹⁰, quien sigue la tesis de que la justicia correctiva explica al derecho privado desde dentro, evitando así convertir a esta institución en una rémora o un parásito de otras disciplinas como la Economía.¹¹

Dentro de la doctrina Chilena, uno de los principales exponentes de esta corriente es BARROS, quien señala que el fundamento de la responsabilidad extracontractual no es otro que la justicia correctiva, alejando esta institución de otras como la seguridad social y el derecho penal.¹²

Con todo, también nos encontramos frente a la corriente que señala que la responsabilidad civil tiene un fin distinto o adicional a la restitución de la igualdad entre particulares. Aquí podemos señalar como expositor paradigmático a FULLER¹³, quien a pesar de no referirse en concreto a la responsabilidad civil, sí lo hace respecto al derecho mismo, y propone que su fundamento es “generar en los humanos un impulso moral hacia el deber ser para una correcta vida en común”, debiendo la norma internarse necesariamente en la moralidad del individuo, motivar sus comportamientos y someterlos al imperio de las leyes.

Compartiendo la línea o visión de la “Prospectividad”, pero con un fundamento puramente económico, SALVADOR y CASTIÑEIRA¹⁴, no aceptan que la responsabilidad tenga sólo una función restitutoria. A partir del énfasis de la distinción entre castigar y prevenir, y de la convicción de que la responsabilidad civil no puede negarse a prestar una función motivadora de conductas diligentes a la sociedad, concluyen que no habría impedimento alguno para que el Derecho de Daños no pudiese contribuir a la disminución cuantitativa y cualitativa de los accidentes.

En otra línea de razonamiento pero en este mismo contexto, suele citarse en esta materia a LUHMANN¹⁵, autor que a pesar de referirse a la prevención al tratar la función del subsistema jurídico dentro del sistema social, pone acento en que dicha prevención de conductas es una prestación que hace el subsistema jurídico a otros, una utilidad marginal, pero nunca su función principal, por no poder el sistema jurídico aprender de su derrota en cuanto a solo ser remedio y no solución a la existencia de los daños.

Si la función del Derecho fuese la prevención, a diario y con cada comisión de delitos, el sistema sería derrotado, de modo que la función del Derecho se limita, frente a lo ignoto del futuro, a “reafirmar contra fácticamente la expectativa normativa”.¹⁶

¹⁰ Weinrib, Ernest J., *The Idea of Private Law*, Cambridge, Massachusetts, London, England, Harvard University Press, 1995, p. 19.

¹¹ Todos aquellos que desarrollan la idea del Utilitarismo en el Derecho, se chocan de frente con los científicos de la filosofía que señalan que el Derecho es el instrumento de pacificación por definición en la sociedad republicana.

¹² Barros, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Op. Cit, p. 40 y ss.

¹³ Fuller, Lon, *The morality of Law*, Yale University Press, London, New Haven, 1969

¹⁴ Salvador, Pablo y Castiñeira, María Teresa, *Prevenir y Castigar*, Madrid, Editorial Marcial Pons, España, Madrid, 1997, p. 113.

¹⁵ Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, México, Universidad Iberoamericana, 2002

¹⁶ *Ibidem*, p. 629, También en: Paulus, Nelson, “Observando riesgos, Una propuesta desde la teoría de los sistemas sociales”, En: *Observando Sistemas, Nuevas apropiaciones y usos de la teoría de Niklas*

En este mismo orden de ideas, el autor LARENZ¹⁷, comparte esta perspectiva de función secundaria de la prevención en el Derecho, pues aun cuando la prevención sea deseable, el principio rector del Derecho de Daños es que la víctima debe ser compensada, no que los eventuales agentes de daño sean prevenidos o hasta disuadidos de generar más daños a indemnizar.

Como conclusión, podemos aseverar que la seguridad jurídica posible en un sistema que entregue a la responsabilidad civil una función sancionatoria o preventiva, en donde la víctima recibe una indemnización acrecentada por factores distintos al daño propiamente tal, es insuficiente para un Estado Democrático de Derecho.

Si un individuo realiza un hecho que se encuentra tipificado en la ley penal, podrá como ciudadano prever sus consecuencias, ya que la ley se encarga de expresarlas ex ante para cada hipótesis. Esto no ocurre en el Derecho Privado que solo dispone la obligatoriedad de resarcir todo daño causado sin indicar de cómo cuantificar dicho perjuicio.

Pero si un individuo realiza una acción u omisión que, sin ser un delito penal, genera un daño, sólo podrá saber (y sólo ésa es su carga) que debe reparar ese daño en su integridad, tal como expresan las normas sobre responsabilidad del estatuto general. El individuo no estará en posición de anticipar qué debe indemnizar, viendo vulneradas de este modo sus garantías fundamentales, si el juicio de responsabilidad civil incluye variables como la reprochabilidad de la conducta, eficiencia de la indemnización o utilidad de la actividad generadora del daño.

¿Cuál es la finalidad de la indemnización?

Tradicionalmente se ha entendido como función de la indemnización el cese del daño y la restitución del estado de cosas preexistentes al momento del delito o cuasidelito, que éste destruyó¹⁸. Sin embargo, en muchas ocasiones la reparación no podrá ser en especie, por no poder restablecerse dicho estado anterior de manera satisfactoria, deviniendo así más bien en una compensación. Con todo, esta compensación tendrá como norte dejar a la víctima en el mismo estado en que se encontraba antes de serlo, es decir, buscar la equivalencia entre la compensación y el perjuicio sufrido.

El concepto de indemnización recién expuesto se condice directamente con la noción de daño patrimonial, un daño efectivo y certero en la generalidad de los casos, el cual se manifiesta en la diferencia entre el estado económico de la víctima después del accidente y la situación en que hipotéticamente habría estado si aquél no se hubiere producido.

Luhmann. Chile. Ril Editores, 2006, p. 304 y 305.

¹⁷ Larenz, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 1987, En: Salvador, Pablo y Castiñeira, María Teresa, Op. cit, p. 118 y ss.

¹⁸ Alessandri Rodríguez, Arturo, De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno, Tomo II. Santiago, Ediar Editores, 1983. p. 533.

El cálculo del monto de la indemnización en este caso es relativamente simple: Se compara la situación actual con la hipotética ¹⁹ (excluyendo la problemática que puede suscitar la determinación del lucro cesante o la “pérdida de oportunidad”) y se obtiene que la compensación del daño será la diferencia entre ambas.

El esquema anterior se difumina cuando los daños recaen sobre bienes no patrimoniales, que son aquellos no susceptibles de evaluación pecuniaria. A primera vista, notamos que el cálculo usado en los daños patrimoniales no puede ser aplicado para determinar el daño moral, ya que la rectificación de las situaciones no es posible y la compensación sobre la base de aquélla tampoco.

Se puede advertir que, aun estando de acuerdo en que el perjuicio por daño moral debe obtener una respuesta de parte de Derecho Privado, la problemática consiste precisamente en determinar el contenido de dicha respuesta.

A continuación, se hará una breve referencia a diferentes sistemas de determinación de monto indemnizatorio por daño moral usados en algunos países de distintas tradiciones jurídicas, con el objeto de contextualizar la discusión fuera de los límites de este trabajo.

1. Estados Unidos de América

Tal como en nuestra tradición jurídica, y casi en toda América Latina, en Estados Unidos se ha llegado al convencimiento que es necesario indemnizar a la víctima de un hecho ilícito, pero no sólo por los perjuicios económicos efectivamente causados, sino también por los daños morales. Todo aquello con un límite claro, que es dejar a la víctima en el lugar que se encontraría de no haberse producido el hecho dañoso, evitando así un enriquecimiento injusto.²⁰

Lamentablemente, los daños extrapatrimoniales no pueden ser compensados en un sentido literal, de restitución integral, y por ello los tribunales buscan una “fair and reasonable compensation”, en un contexto social, económico e industrial determinado.

Hasta aquí, el camino se aviene y conduce de forma similar en calidad bastante al nuestro, pero se escinden definitivamente en el momento en que se comienzan a definir soluciones, optándose en esta tradición por la institución de los daños punitivos.²¹

El concepto de “punitive damages” o daños punitivos, se basa en la idea de pena pecuniaria privada, que por disposición de la ley, se manda a pagar además de la reparación integral que corresponda por el daño ocasionado, a

¹⁹ Barros Bourie, Enrique, Curso de Responsabilidad Extracontractual, Santiago, Universidad de Chile, 2001. p. 94 a 95.

²⁰ Herrera L., María Carolina y García M., Laura, “El concepto de los daños punitivos o punitive damages” [en línea] Revista Estudios socio jurídico, Enero-Junio 2003, <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/733/73350106.pdf> [Consulta: 10 de agosto 2011]. 52 Barrientos, Op. cit. p. 422

²¹ Herrera L., María Carolina y García M., Laura, “El concepto de los daños punitivos o punitive damages”, [en línea] Revista Estudios socio jurídico, Enero-Junio 2003, <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/733/73350106.pdf>

quien “con malicia o grave indiferencia por los derechos ajenos ha provocado un perjuicio a la víctima de ciertos ilícitos, obteniendo con dicha conducta beneficios o ahorro de gastos”.²²

Bajo esta perspectiva, es el mismo ofendido por el hecho dañoso el beneficiado con una suma de dinero mayor al daño efectivamente producido. La finalidad de este modelo, por una parte, es castigar al ofensor y disuadirlo tanto a él como a otras personas, de no cometer hechos de la misma naturaleza. Por contrapartida, la víctima recibe un monto de dinero adicional que, formalmente, es mayor al daño efectivamente causado, exceso que se acepta y, de hecho, se busca.

Sin embargo, y como en todo esfuerzo doctrinario, existe discusión acerca de las circunstancias que deben presentarse para que la aplicación de esta institución proceda, pudiendo diferenciar tres teorías.²³

a. La concepción imperante en Estados Unidos es que para aplicar la indemnización como sanción, debe existir una particular intención y subjetividad en el autor del daño. Debe haber algo más que una conducta negligente, siendo necesarios conceptos tales como temeridad, malicia, mala fe, grave negligencia, entre otras de la misma índole.

b. Otra tesis, un tanto más flexible, postula que sólo se requiere la simple indiferencia consciente por parte del agente del daño, para permitir la aplicación de este tipo de pena.

c. Por último, están quienes proponen que la aplicación de una pena privada cabe en los casos que se ha cometido un abuso de alguna posición de poder o privilegio.

A las dificultades intrínsecas de una institución como los daños punitivos, se suma la eventual discrecionalidad en su aplicación, ya que es un Jurado de ciudadanos quien decide si corresponde o no utilizarlos en el caso concreto. Por lo anterior, se ha vuelto necesario que las autoridades judiciales entreguen criterios o directrices, para así morigerar la posible comisión de injusticias o excesos en la determinación del monto indemnizatorio. En el desarrollo de esta tarea, la Corte Suprema estadounidense ha establecido tres directrices a seguir para que los montos otorgados por daños punitivos no violen la garantía del debido proceso.

2. Argentina

En materia de indemnización por daños morales, el ordenamiento jurídico argentino no provee expresamente los criterios para fijar la indemnización,

²² Álvarez, Agustín, “El daño moral colectivo”, Comentario al Fallo Casa Millan, [en línea], Jurisletter N° 160, Poder judicial de Chubut, Academia Nacional de Ciencias Sociales de Córdoba, Abril 2010

²³ Herrera L, María Carolina, García M. Laura, Op. cit.

razón por la cual entregan su determinación enteramente a la apreciación y criterio judicial.

Una excepción a esta regla general podemos encontrarla en materia de derecho laboral, donde las indemnizaciones legales se encuentran establecidas como tarifas fijadas con anterioridad, de modo que resulta mucho más sencillo para los jueces determinar el monto indemnizatorio, siempre que se encuentren las partes dentro del supuesto legal.²⁴

Ante tal situación, se pueden identificar dentro de la doctrina alguna y cierta controversia al momento de fijar criterios para determinar la indemnización, y entre las distintas tendencias, podemos mencionar las siguientes:²⁵

a. La cuantificación del daño se encuentra íntimamente vinculada a los padecimientos sufridos por la víctima. En ese sentido, la reparación procura el restablecimiento de la situación anímica de la víctima mediante el equivalente del dinero que torna factible brindarle a ésta la posibilidad de compensar con satisfacciones placenteras las aflicciones pasadas. Es decir, “el dolor con placer se paga”.²⁶

b. Otra de las teorías es la de la sanción ejemplar, la cual critica a la anterior por caer en un materialismo sin sentido. Establece que hay una diferencia radical entre la naturaleza del daño patrimonial y el daño moral, diferencia que debe reflejarse en una distinta cuantificación del daño. Por tanto, resulta de toda obviedad vincular la personalidad del victimario, la condición de su patrimonio y a la gravedad de la falta cometida al momento de determinar la cuantía, que no es otra cosa que una pena civil mediante el cual el ordenamiento reprueba la falta del ofensor.

c. Una última tesis, que podría ser considerada como mixta, se acerca a la teoría resarcitoria, pero señala que al momento de justificar el quantum de la indemnización, los jueces deberían tener presente su efecto disuasivo, sin que ello implique necesariamente concebirla como una pena privada.

Dentro de la jurisprudencia, y alejándonos de los aspectos más estructurales de la discusión, podemos distinguir dos posturas extremas en la determinación del método utilizado para fijar el monto de los daños sufridos. La primera considera adecuada la aplicación de fórmulas para llegar a una indemnización justa; la segunda, en cambio, niega la idoneidad de dichas fórmulas como método válido.²⁷

²⁴ Las pautas para fijar las indemnizaciones por accidentes del trabajo en el derecho civil, [en línea], http://www.estudioschick.com.ar/p_33.pdf.

²⁵ Pedriel, María Raquel, et al, “Fundamentación de la Reparación del Daño Moral en la Jurisprudencia Argentina, con particular referencia a los Tribunales Superiores de la Provincia de Buenos Aires”, [En línea], Revista Jurídica, 2004, http://dspace.uces.edu.ar:8180/dspace/bitstream/123456789/381/1/Fundamentaci%C3%B3n_de_la_repaaci%C3%B3n.pdf.

²⁶ Menares, Nathaly, Algunas notas sobre la valoración de los daños corporales en el derecho chileno y comparado, Tesis, Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2007, p. 10.

²⁷ Aciarri, Alejandro y Testa, Matías, “Fórmulas Empleadas por la Jurisprudencia Argentina Para Cuantificar Indemnizaciones por Incapacidades y Muertes”, [En línea], Selected Work of Hugo Alejandro Aciarri, Enero 2009, http://works.bepress.com/hugo_alejandro_acciarri/36.

Sin embargo, y sin ánimo de relegar las diferencias de criterio, la Corte Suprema de Justicia ha optado, en general, por no considerar fórmulas rígidas a la hora de determinar el monto de la indemnización.

En un citado fallo, conocido como el fallo “Aróstegui”²⁸ se expone ejemplarmente esta última postura, estableciendo la Suprema Corte que no se deben aplicar fórmulas matemáticas ni tampoco utilizar criterios comparativos con las indemnizaciones tarifadas de materia laboral. En el caso concreto, la fórmula matemática de la cual surgía la indemnización, consistía en una operación que consideraba factores como la edad, el porcentaje de incapacidad, la remuneración que hubiera recibido el lesionado, y el interés puro que se habría devengado entre el periodo de la ocurrencia del hecho dañoso hasta la jubilación.

Se determinó por el tribunal que, aun cuando dichas fórmulas puedan tener un valor indicativo, la reparación no puede en caso alguno quedar limitada a la pérdida de ganancias de la víctima o a su vida laboral.

3. Brasil.

En el ordenamiento jurídico de brasileño, hay también controversia doctrinaria y jurisprudencial en torno a la fijación del quantum indemnizatorio para el resarcimiento de los daños morales pues no hay dispositivos legales específicos que sirvan para calcular objetivamente (con una base determinada) el valor pecuniario del bien dañado.

Encontramos también aquí la discusión relativa a si la indemnización debería tener un fin meramente resarcitorio o más bien punitivo. Para exponer la controversia, nos apoyaremos en el autor brasileiro DA SILVA²⁹ quien expone que debe hacerse una distinción en cuanto fijamos la indemnización con un criterio de resarcimiento o con un criterio de punición.

Si seguimos la hipótesis de la indemnización como resarcimiento, el juez debería realizar una verificación de los elementos objetivos del caso, estableciendo a priori el grado de culpa del ofensor, clasificación que debe, en la medida de lo posible, despegarse de todo criterio subjetivo, lo que le servirá de parámetro orientador para su decisión final.

De esta forma, si se clasifica la culpa como leve, tendrá que tenerse este antecedente presente para no permitir que el quantum indemnizatorio se determine en razón de este análisis. En cambio, si la culpa es clasificada como grave, el potencial ofensivo habrá repercutido con mayor intensidad en el ofendido, ocasionándole daños de mayor envergadura, y en consecuencia, se debe tener en cuenta este elemento.

²⁸ CSJN Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pametal [En línea], <http://defenpo3.mpd.gov.ar/defenpo3/def3/jurisprudencia/general/csjn/030afallos.htm>, [consulta 4 julio 2011]

²⁹ Da silva, Antônio Cassemiro, A fixação do quantum indenizatório nas ações por danos morais, [en línea] JusNavigandi, Teresina 5, n. 44, 1 agosto 2000, <http://jus.com.br/revista/texto/670>, [consulta: 21 julio 2011]

Además de esta clasificación de la culpa, se debe considerar la duración del sufrimiento a la cual estuvo expuesto el ofendido, valorando con una cantidad indemnizatoria menor si el tiempo de sufrimiento fue más bien reducido y, a contrario sensu, aumentar la cuantía si el periodo durante el cual estuvo expuesto al sufrimiento fue mayor.

Por otra parte, si entendemos que la indemnización debe ser asumida como una pena privada, las reglas cambian por completo, en tanto ya no se siguen los mismos criterios anteriores, pudiendo los valores de la indemnización incrementarse sin límites, pues de esta forma se desincentivarían las posibles ofensas, a través de una indemnización que necesariamente debe ser significativa en relación al patrimonio del ofensor.

4. España.

El sistema español considera de la misma forma y con la misma importancia los perjuicios que producen daños de tipo material y los que producen daños de tipo moral, sin importar si provienen de una obligación contractual o extracontractual.

Como criterio general, las indemnizaciones de perjuicios se conceden como un todo que abarca en un mismo monto los daños patrimoniales y los extrapatrimoniales, por lo cual es muy difícil saber cuál monto se refiere a la indemnización por daño patrimonial y cuál a la por daño moral.

No obstante, la particularidad de este sistema, único de este estilo en la Unión Europea que posee un esquema vinculante de responsabilidad civil. Esta incorporación se produjo a través de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, de 1995, la cual introdujo un Anexo llamado "Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación", que en realidad no es otra cosa que un "baremo" y a pesar de que ha sido objeto de variadas críticas y polémicas dentro de la doctrina, las sentencias del Tribunal Constitucional le han otorgado valor vinculante, manteniendo su constitucionalidad.³⁰

Este sistema de baremo establece un detallado régimen normativo de predeterminación y cuantificación legal de los daños a las personas o daños físicos ocasionados en los accidentes producidos por la circulación de vehículos a motor. Dicho método establece ciertos límites que operan acotando los razonamientos y cuantías para determinar las correspondientes indemnizaciones por tales daños, a través de la aplicación generalizada de los criterios y tablas que propone al efecto.

³⁰Martin Casals, Miguel, "Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales, Consideraciones generales sobre el Proyecto Busnelli-Lucas", Segundo Congreso Nacional de Responsabilidad Civil,[en línea], <http://civil.udg.es/cordoba/pon/martin.htm>,

El determinar así este tipo de daños particulares resulta muy relevante si se considera que es vinculante para los jueces, tanto en su apreciación como determinación, ya sea en procesos civiles o penales, siempre que se trate de las indemnizaciones de daños personales producidos por este tipo de accidentes. Sin embargo, si el baremo quiere ser utilizado en casos que exceden del ámbito de los accidentes producidos por circulación de vehículos a motor, la función es simplemente orientadora, pero en caso alguno vinculante.³¹

No existe en España la costumbre de publicar tablas con las indemnizaciones concedidas por los tribunales en los casos concretos, a pesar de que sí se utilizan tablas en el uso interno de los mismos jueces.

Por esta misma razón el uso de baremos y tablas que otorgan criterios estándar a la determinación de la indemnización es un tema que se encuentra constantemente en la contingencia española.³²

5. Francia.

Éste es uno de los países donde encontramos mayor desarrollo en torno a las complejidades que vienen aparejadas al concepto de daño moral, destacándose por la capacidad de innovar constantemente en los comentarios y conclusiones jurisprudenciales.

Como punto de partida, podemos señalar que los jueces tienen una gran discrecionalidad para determinar el monto de la indemnización. Sin embargo, en este país la doctrina se ha encargado de crear tablas con baremos no legales, que contemplan aspectos tales como edad, discapacidad, sexo, entre otros,³³ tablas que son consideradas por los tribunales, aunque no los vinculan.

También podemos constatar que en Francia el fenómeno de la fragmentación del daño moral se ha desarrollado ampliamente, dividiéndose doctrinalmente el daño moral en diversos tipos de daños más específicos.

Una de estas distinciones atiende al tipo de lesión, acogiendo dos categorías:

Lesiones temporales que no causan secuelas al ofendido y lesiones permanentes.

De esta división obtenemos los conceptos de “préjudice de souffrance” o precio del dolor y “préjudice d’agrément”, o perjuicio de agrado.

a. Lesiones temporales o precio del dolor

En el caso de las lesiones temporales, debemos hablar del concepto de “préjudice de souffrance”, el que se asimila a lo que entendemos por el precio del dolor, que es, literalmente, lo que se sufre por estar en una situación de dolor.

³¹ Barrientos Y., Marcelo, El Resarcimiento por Daño moral en España y Europa, Salamanca, 2007, p. 419

³² Casal, Martín, Op.cit.

³³ 70 Barrientos, Op. cit. p. 67.

Ahora bien, tal como mencionábamos anteriormente, para poder obtener una estimación del valor de los perjuicios producidos por el daño, se utilizan por los jueces diversos recursos legales y técnicos.

Primero, se comienza con una evaluación médica, donde se valora la intensidad y duración del dolor de acuerdo a una escala específica. Sin perjuicio de lo anterior, la apreciación del precio del dolor corresponde al juez, y es éste quien deberá juzgar cuál es aquél. Lo que queda a la evaluación de los expertos es sólo la entidad del dolor.

b. Lesiones permanentes o perjuicio de agrado

En estos casos, el factor considerado primordial es el perjuicio fisiológico o funcional, que ocurre cuando se reducen permanentemente las funciones físicas o psíquicas de la víctima.³⁴

Esto es lo que conocemos como el préjudice d'agrément, o perjuicio de agrado, que sería la pérdida de los goces ordinarios de la vida, cualquiera sea su naturaleza y origen, es decir, el conjunto de sentimientos, molestias y frustraciones resentidas en todos los aspectos de la existencia cotidiana en razón de la lesión y sus secuelas.

Para determinar cuál es la valoración de los perjuicios en este caso, se produce un proceso un tanto diverso al que mencionábamos anteriormente para las lesiones temporales.

La primera parte es similar y consiste en una valoración médica (baremo médico). Esta etapa se caracteriza por la intervención de peritos médicos que valoran y describen las lesiones sufridas por la víctima. Si la lesión es fácilmente identificable y cuantificable, puede ser que el perito proponga una cantidad indemnizatoria. En cambio, si la incapacidad carece de importancia en los ingresos de la víctima, por cualquier motivo, ya sea que no tenga ingresos o que sea difícil evaluar con precisión, se recurre a un método de valoración en abstracto.

Para poder cuantificar su valor, se utilizan escalas, y dentro de éstas la más utilizada y conocida es el baremo Rousseau. Este instrumento consiste en un documento en el que se enumeran las distintas secuelas, y se propone para cada una de ellas un porcentaje de valoración de la incapacidad. Por ejemplo: del 40% al 75% en el caso de tetraplejía; del 55% al 60%, por la amputación de una pierna; el 25% por la amputación del pulgar derecho. Aun cuando el baremo es tan solo indicativo, goza de gran autoridad entre el sector médico-forense y ha obtenido el reconocimiento tanto del Ministerio de Justicia como del Tribunal de Casación.

El segundo método, llamado "Calcul au point"³⁵, multiplica la tasa de incapacidad por un valor llamado "punto de incapacidad". El valor monetario del punto se obtiene por referencia a las indemnizaciones concedidas en casos

³⁴ 3 Le pretium doloris ou prix des souffrances endurées, Université de Reims Champagne-Ardenne, [en línea] http://www.univ-reims.fr/gallery_files/site/1/90/1129/1384/1536/1577/1590.pdf.

³⁵ Casals, Martin, Op. cit

parecidos⁷⁸, y se halla en función creciente del porcentaje de la lesión y en función decreciente de la edad de la víctima. Así, por ejemplo, con una gravedad correspondiente al 5% de cierto índice acordado, el punto puede valer 3.000 o 5.000 FF⁷⁹, según si la víctima tiene 70 años o tan solo 10.

Otras consideraciones para evaluar pecuniariamente estos perjuicios resultan necesarias cuando las consecuencias para la víctima no son susceptibles de evaluación médica. En estos casos, los expertos peritos deben limitarse a describir este tipo de perjuicio, y buscar todas las consecuencias que el accidente podría haber generado en la vida personal y profesional de la víctima.

Finalmente es el juez el que decidirá la valoración del perjuicio de agrado, y la evaluación del perito es sólo indicativa y la jurisprudencia francesa avala este rol del experto.

Un ejemplo de lo anteriormente expuesto es la jurisprudencia la “Cour d'Appel”, (Camara de Apelaciones), de Lyon del año 1975 que estableció lo siguiente: “Es a los jueces que corresponde a la vista de los elementos que les son otorgados buscar si un tal perjuicio de agrado existe”.³⁶

Además de estos dos conceptos, el “préjudice d'agrément” y el concepto de “préjudice de souffrance”, se consideran en la doctrina y jurisprudencia francesa otros tales como la “incapacite permanente”, el “préjudice esthetique”, y el “prejudice sexual”, entre otros. El perjuicio estético se refiere a aquellos perjuicios que van a resultar de los dolores físicos, de los sufrimientos psíquicos, las diversas perturbaciones y desagradados tales como malestares, insomnios, sentimiento de inferioridad, una disminución de los placeres de la vida causada especialmente por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades de agrado.³⁷

El perjuicio sexual, a su vez, se relaciona con la merma en la capacidad de la víctima para tener una vida sexual que tendría cualquier persona media en su situación de no haber mediado el daño.

CONCLUSIONES.

La primera conclusión que puede establecer estas ideas planteadas es que los Tribunales de Justicia, utilizan una amplia gama de explicaciones a la hora de determinar el quantum indemnizatorio por el daño moral derivado de daños corporales.

Argumentos tan variados, los cuales pueden ir desde el dolor que habría sufrido la víctima hasta el carácter de público o privado del lugar en que acaeció el accidente, o donde se produjo el hecho dañoso, dan muestras de que no puede darse por sentado que la jurisprudencia utilice sólo un criterio a la hora de fijar el monto de la indemnización.

³⁶ (Le pretium doloris ou prix des souffrances endurées, Université de Reims Champagne-Ardenne, [en línea] http://www.univ-reims.fr/gallery_files/site/1/90/1129/1384/1536/1577/1590.pdf, [consulta: 16 septiembre 2011]. Traducción)

³⁷ 1 Barrientos, Op. cit. p. 86.

Sin perjuicio de dicha variedad, a partir de los criterios de la doctrina que son tomados por la jurisprudencia se puede establecer ciertos lineamientos y correlaciones relevantes que permiten hacer una descripción del estado actual de tales criterios en torno a la materia de estudio.

El primer lugar, se puede indicarse y concluir que son los hijos de las víctimas directas los que reciben indemnizaciones por daño moral más altas. En aquellos casos en que se reclama falta de servicio de atención del Estado o de sus agentes, son mayores en monto y en frecuencia que en el resto de las conductas. La primera conclusión puede atribuirse más bien a una consideración de sentido común, mientras que la segunda responde más bien a una estimación del patrimonio de la parte llamada a indemnizar, que es el Estado.³⁸

En cuanto a una posible clasificación de los argumentos dados a la hora de fijar el quantum indemnizatorio, resulta indiscutido que el criterio del que más se valieron los jueces fue la “Actividad jurisdiccional”, y especialmente del enunciado “prudencia y/o equidad”, volviéndose ésta una frase típica, bastándose a sí misma en un importante número de sentencias.

El “Daño” como criterio indemnizatorio, y en contra de lo que podría esperarse considerando su importancia como elemento de la responsabilidad civil, no es el más usado por los Tribunales de Justicia llamados a la determinación del valor a indemnizar por el daño causado.

La primera, es que nuestros tribunales, en general, no asumen a la indemnización de perjuicios como una pena privada; la segunda, es que cuando consideraron la conducta del autor como una variable relevante, siempre lo hacen en compañía de otros criterios.

En este sentido puede hacerse un paralelo con el criterio “Actividad jurisdiccional”, ya que mientras éste fue el más aplicado como fórmula unitaria, la “Conducta” nunca sirvió por sí sola como argumento para la determinación del quantum.

Con todo, dentro de este pequeño porcentaje de la muestra fue posible establecer ciertos senderos jurisprudenciales. Uno de ellos lo encontramos atendiendo a la conducta del agente, donde sobresalen los casos de delitos como aquellos en que más se aplicó el criterio “Conducta”.

Lo anterior indica que, coincidentemente, en los casos en que el actuar del autor del daño es considerado como disvalor (y por ello se encuentra tipificado en la ley), dicho disvalor se manifiesta también en la parte civil de la sentencia, específicamente en la determinación del monto a otorgar como indemnización.

³⁸ Los datos estadísticos fueron tomados a partir de un trabajo, “Determinación del quantum indemnizatorio por daño moral en la jurisprudencia”, Memoria de Tesis para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, de los egresados Perez Doris y Castillo Claudia, de Julio 2.012, en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de dicha Universidad.

Siguiendo con el criterio “Conducta”, observando los montos indemnizatorios en los casos de muerte de sólo una víctima, aparece otra coincidencia jurisprudencial, pues aparece claramente que tanto el promedio como la mediana (sobre todo atendiendo a esta última) son superiores en los fallos que consideraron la conducta del agente en la sentencia y menores en los que no lo hicieron, lo que nos lleva a afirmar que existe una clara correlación entre la mención de este criterio y un aumento del quantum.

Pero incluso teniendo en cuenta este dato, la información resultaría mucho más certera si los jueces en sus sentencias se detuvieran a indicar, al menos someramente, la influencia de cada criterio en el monto final, ya que en el escenario actual sólo podemos establecer ciertas correlaciones entre la expresión o ausencia de un criterio y el aumento o disminución de la indemnización, pero no una incidencia o influencia clara de la variable “criterio” en la variable “monto” o “quantum”.

El análisis a propósito del criterio “Conducta”, nos permite concluir que en los casos en que la conducta del agente es más grave, como lo es cuando la conducta constituye un delito, y dicha gravedad es utilizada por los tribunales como una variable para determinar el quantum, la indemnización del daño moral es mayor.

La aseveración anterior tiene gran importancia, no precisamente por su influencia en el total de la muestra, sino que por su consecuencia, que es nada menos que la transgresión del principio “non bis in ídem” ya que se está reprochando doblemente la conducta, la primera debidamente en sede penal, y la segunda ilegítimamente es sede civil.

En análisis de los fallos en materia laboral, aparece que son las causas laborales las más prolíficas en cuanto a la utilización de los criterios “Daño”, “Conducta”, “Propuestas” y “Actividad jurisdiccional”, mientras que las causas civiles lo son respecto del criterio “Particularidades”.

En cambio, las causas penales se caracterizan por ser las que más carecen de criterios manifiestos al momento de fijar el monto de la indemnización

Como conclusión, podemos aseverar que no hay uniformidad de criterios en general en la jurisprudencia a la hora de determinar el monto de la indemnización por daño moral, pero sin duda existen ciertos caminos más recorridos que otros, coincidencias y correlaciones entre algunas variables relevantes y datos significativos que permiten realizar con cierta propiedad conjeturas en cuanto a la tarea de los jueces en la materia que nos convoca.

Con todo, detrás del análisis efectuado y a pesar de los distintos criterios que se puedan destinar a la justificación de la indemnización, en la mayoría de ellos se trasluce una consigna central y fundante, que es la que paradójicamente permite esta variedad.

Esta idea consiste en que la determinación del quantum de la indemnización referido al daño moral es un asunto imposible de reducir a cálculos matemáticos o fórmulas generales.

Este principio implícito en todos los fallos es del todo correcto. Sin embargo, no todas las consecuencias derivadas de una constatación correcta lo son por añadidura y, justamente, la conclusión a la que llega nuestra jurisprudencia es una falacia.

Dicha falacia consiste en asumir que de la imposibilidad de estimar a priori o mediante una fórmula general el monto a indemnizar por un daño moral, se siguen dos consecuencias necesarias; la primera es que la determinación del quantum es una cuestión de hecho, aun cuando su existencia no requiera prueba; la segunda es que esta determinación queda enteramente entregada al parecer de los jueces de fondo.

Queda claro nos parece en consecuencia que el camino seguido por la jurisprudencia de los Tribunales es precisamente la ausencia de un camino claro; de la falta de normas jurídicas expresas que den luces sobre los montos a otorgar, se asume que el asunto queda entregado a la sensibilidad de los jueces, a su juicio interno, el cual -y esto es lo más reprochable- no queda plasmado en la sentencia.

Que dicho ejercicio intelectual no sea exteriorizado en el fallo no es sólo un requerimiento de deferencia, sino que es del todo necesario para la interpretación del monto asignado, y por sobre todo para poder reclamar de él.

En definitiva, es la falta de una justificación expresa y de calidad la constatación más inequívoca a la que puede arribarse De todos los fallos analizados, ³⁹en casi un 23% los jueces no se detuvieron siquiera a transcribir la frase “prudencia y/o equidad”, mientras que en el resto de las sentencias se entendió por argumentación y justificación de una decisión a la mera mención de ciertas oraciones tipo.

En atención a la información obtenida, nos parece de la mayor preocupación que no se tenga aun una determinación legal o al menos criterior establecidos de forma más definida para los efectos de la determinación del “quantum doloris”.

Nos preocupa dejar al cuidado y prudencia del justiciable estas cuestiones, pues no desconfiamos de ellos, por el contrario, queremos que desarrollen su labor revestidos de las más altas y férreas líneas directrices. Lo que no queremos es mas justicieros que en función de la búsqueda de la verdad y la justicia, ahonden en el dolor y más grave aún, en sus propias convicciones, que lo desliguen de su propia labora, esto es, la resolución del conflicto que las partes llevaron a su conocimiento.

³⁹ El estudio aludido abarca sentencias de Cámaras de Apelación y Corte Suprema en numero superior a 600 y que abarco el periodo entre los años 2.005 y 2010.