

LOS DAÑOS MORALES COLECTIVOS

MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ

I. NOCIÓN SOBRE DAÑOS SUFRIDOS COLECTIVAMENTE

En sentido amplio, daño colectivo (sufrido colectivamente) es "aquel que afecta a varias personas, simultánea o sucesivamente"¹.

Dentro de esa noción cabe la suma de daños individuales; es decir, los sufridos por víctimas plurales a raíz de un mismo hecho lesivo, cada una de las cuales ha sido lesionada en un interés subjetivamente diferenciable, aunque sea de índole objetiva más o menos similar. Por ejemplo, los múltiples lesionados en un accidente aéreo, las afecciones a la salud de consumidores por ingerir un producto defectuoso, la mutilación por el Estado de derechos previsionales ya adquiridos... Esta problemática se rige por los principios tradicionales del derecho de daños, aunque con innovaciones tendientes a la acumulación de las acciones y a la propagación de la cosa juzgada hacia todos los interesados.

En otro sentido, técnicamente relevante y todavía poco explorado, *daño colectivo es el experimentado por un conjunto de personas a raíz de la lesión a un interés grupal*. Esta característica social del interés implica una diferencia cualitativa, y permite distinguir los daños colectivos estricto sensu de los daños individuales plurales².

¹ Colombo, Leonardo, *Calpo Aquilano (Cuestión)*, Tea, Buenos Aires, 1947, pág. 344.

² Algunas de las ideas desarrolladas en el presente, ya las expusimos en "El daño colectivo", en *Diálogo de Daños*, La Rocca, Buenos Aires, 1989, págs. 437 y sigs.

En sentido coincidente con la noción administrada en el texto: Agaglia, María Marta - Berogina, Juan Carlos - Maza, Jorge A., "La lesión a los intereses difusos. Categoría de dato jurídicamente protegido", *J.A.*, 1983-III-883 y sigs.

El perjuicio colectivo es único, aunque expandido entre los sujetos, a los cuales llega indivisiblemente, por la inserción en el conjunto, a raíz de una calidad común y significativa en el contexto lesivo: por padecer sida, por habitar en un cierto lugar, por pertenecer a una determinada raza o nacionalidad, por ejercer una específica función o actividad profesional... Por ejemplo, cuando se vierten imputaciones agraviantes contra jueces o periodistas, generalizada e indiferenciadamente; o si la autoridad gubernamental dispone injustificadamente el cierre de una escuela o la suspensión de actividades, con repercusión nociva en todos los educandos y en el personal.

Puede causarse un daño colectivo sin concurrencia de daños individuales: lesión al equilibrio ecológico, que no menoscaba la salud ni el patrimonio de nadie, en cuya hipótesis el interés afectado pertenece a todos los que conviven en el lugar³; expresiones de menosprecio ofensivo, vertidas indeterminadamente contra quienes sustentan una cierta creencia religiosa o política.

También es factible que un mismo suceso genere daños colectivos y daños individuales, como si la conducta arbitrariamente discriminatoria lesiona el interés particular de alguna persona (despido, impedimento para el acceso a locales de diversión...) y, por sus características generalizadas y graves, repercute nocivamente en los que ostentan la misma calidad del afectado. En los actos de profanación de tumbas judías, sufren los familiares de los fallecidos, pero también es reconocible un perjuicio grupal en todos los judíos, además de la repercusión generalizada de la afrenta en la comunidad.

La distinción entre esos perjuicios posee trascendencia práctica: el resarcimiento por daños colectivos procede con autonomía del que puede corresponder por perjuicios particulares; no margina el de estos últimos; las acciones son eventualmente acumulables en el mismo proceso si el suceso lesivo es único; y las situaciones perjudiciales deben ser evaluadas de manera diferente al acordar los respectivos montos indemnizatorios.

II. TITULARIDAD COLECTIVA DEL INTERÉS, AUNQUE EL BIEN NO SEA COLECTIVO

Para que exista un daño colectivo, no es menester que sea colectivo el bien sobre el que ha recaído la lesión, en el sentido de su titularidad

³ Conf. Gianfelici, María, "Responsabilidad civil por contaminación ambiental", L.L., 1983-D-1029; Sciglit, Gabriel A., "Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente", L.L., 1983-A-783; Carnet, Manuel, "Responsabilidad civil por la actividad industrial", Anuario de Derecho Civil, T. II, Alvarado, Córdoba, 1996, pag. 42.

dominial. Aquél surge de la *lesión a un interés de afectación grupal*; es decir, con motivo de la pertenencia social del interés espiritual que satisface el bien. Este último puede ser o no patrimonial; lo importante es que su menoscabo acarrea un *deshmedro existencial a una colectividad de personas*.

En definitiva, no debe confundirse la titularidad del bien con la titularidad del interés, que puede ser moral a pesar de que el primero sea patrimonial; además, es factible que se produzca un daño moral colectivo por la lesión a intereses conectados con bienes de propiedad individual (pública o de particulares), como en el caso de obras de arte que son patrimonio cultural de una nación o de la humanidad, con abstracción de su titularidad dominial. El daño moral colectivo no requiere lesión a "bienes" colectivos, sino a "intereses" de esta índole.

Se suele distinguir entre intereses *colectivos stricto sensu*, referibles a un grupo más o menos organizado y que cuenta con un ente representativo (ligas de consumidores, Comunidad Homosexual Argentina...) e intereses *difusos*, cuando no existe esa vinculación formal, de manera que los miembros y sus canales de actuación son más imprecisos (quienes viven en una zona donde habita una especie animal en vías de extinción).

Sin embargo, no hay diferencia de esencia entre ambos casos (por la cual tampoco la habrá en los daños resultantes) sino sólo en la mediación o no de algún nivel institucional que cohesione y defina el goce del interés, evitando la dispersión en la titularidad. En efecto, tanto los intereses colectivos como los llamados difusos tratan una *realidad grupal*, y estos últimos pueden convertirse en aquéllas si se concreta un lazo asociativo. Además, también en los primeros el goce del interés es difuso, en el sentido que se propaga entre los miembros del conjunto.

III. LA PERSONALIDAD DE LOS DAÑOS COLECTIVOS

En anteriores concepciones, ofuscadas por el individualismo, pareciera que ciertos bienes, por ser de todos o de muchos, no son de nadie. Por eso, quedaban sin protección cabal, pese a que gran cantidad de personas o toda la comunidad estaban interesadas en su preservación. Los árboles no dejaban ver el bosque: se tutelaba cada "árbol" (sujeto), pero no el sistema como tal (el "bosque", conjunto aglutinado de sujetas).

En la actualidad, la masificación y propagación de los peligros, así como su carácter diluido e imbricado, exigen un cambio de enfoque, en cuya virtud el derecho de daños se ocupe no sólo de lo "mío exclusivo", sino también de lo "mío y de otros": "lo nuestro".

Como los intereses compartidos son también propios, un daño personal no equivale siempre a daño exclusivo o individual. Los daños morales "colectivos" son "personales" ... aunque colectivos.

Los perjuicios colectivos no tienen como víctima a algún ente diferenciado de quienes componen el grupo; son éstos los damnificados, aunque el menoscabo no apunta a las personas de modo lineal y diferenciado, sino que se propaga complejamente entre ellas, como miembros de alguna específica realidad comunitaria.

IV. LA CERTEZA DE LOS INTERESES LLAMADOS DIFUSOS

Se ha opinado que un interés "difuso" es un interés "simple", sin entidad de derecho subjetivo ni de interés legítimo y que, por ende, no confiere legitimación para ejercer acción personal alguna, sino sólo para petitionar a las autoridades la adopción de las medidas pertinentes de tutela⁴.

Reside allí una confusión conceptual, derivada de la denominación de los intereses como "difusos". Pues los intereses colectivos a tutelar son y deben ser "concretos, ciertos y determinables"; sólo es difusa su titularidad. Por eso, existe un verdadero "derecho subjetivo" a reclamar, a título personal, la protección de intereses de la colectividad, porque dicho interés es también "propio"⁵. De tal modo se ha reconocido en el artículo 43 de la Constitución Nacional, al conferir legitimación inclusive al "afectado" para la promoción de la acción de amparo en salvaguarda de "derechos con incidencia colectiva".

Dicho en otros términos: que los intereses colectivos de goce diluido entre los miembros del conjunto, no significa que resulten abstractos, insabibles o no perceptibles, antes bien, son muy concretos⁶.

En verdad, cuando los intereses son intrínsecamente difusos (y no sólo su titularidad) se trata de "males sociales" que, aunque innegables y vividos con impotencia y dolor comunitarios, no generan un daño moral en sentido técnico, por defecto de certeza del interés lesionado, de la personalidad del daño o de la inexistencia de relación causal con la acción de responsables identificables. Por ejemplo, los males sociales que acrean la corrupción indeterminada de funcionarios públicos, la inserción de mafias dentro del poder, la falta de esclarecimiento de atentados terroristas o de agresiones contra periodistas o contra fiscales que investigan delitos, los excesos burocráticos, la inseguridad ciudadana generalizada.

⁴ Marienhoff, Miguel S. "Nuevamente acerca de la acción popular. Prerrogativas jurídicas. El interés 'difuso'", E.D., 106-122 y sigs.

⁵ Conf. Rodríguez Juárez, Manuel, "La legitimación activa en los llamados intereses difusos", *Semanario Jurídico*, nro. 336, 30-VI-1993.

⁶ Caso, Guillermo J. "Un hito en la historia ambiental argentina", L.L., 1983-D-588.

V. LA NATURALEZA DEL DAÑO MORAL

Se afirma que, al menos en nuestro sistema legal, el daño moral "es, por naturaleza, individual, esto es, ligado a la subjetividad (espiritualidad) de cada damnificado"⁷.

No obstante, aun entendiendo al daño moral como perjuicio espiritual, éste puede afectar no sólo valores aisladamente subjetivos, sino también los que se comparten con otros sujetos, ya que la sociabilidad es una dimensión de la espiritualidad de la persona humana; por eso se reconoce un "matiz social" en el daño moral. Ello es así tanto en perjuicios individuales (como cuando se perturba la vida de relación o el equilibrio social de una persona) como en perjuicios grupales *stricto sensu*.

La repercusión negativa en la subjetividad de los afectados no significa un necesario impacto psíquico sino, más ampliamente, un defecto existencial en comparación con la situación precedente al hecho, sea en la existencia aislada de las personas, sea en su vida comunitaria⁸.

Por consiguiente, el daño moral no se reduce a la alteración disvaliosa del bienestar psicofísico de una persona sino que se proyecta, además, a la del bienestar espiritual y social de un grupo de personas; es decir, a un defecto existencial colectivo. Se distingue así el daño moral individual por perturbación de la sociabilidad de una o más personas, del daño moral colectivo por lesión de intereses valiosos gozados indivisiblemente por los miembros de un grupo humano.

Sin perjuicio de lo expuesto, el daño moral colectivo puede tener ribetes psíquicos, como se aprecia en expresiones aceptadas y usuales: la afectación del "sentir comunitario", de la "sensibilidad social"... Ahora bien, no se trata entonces de una "minoración anímica y espiritual de la comunidad"⁹, sino de la que experimentan sus integrantes en la vida comunitaria. Como todo daño moral, el de naturaleza colectiva se vincula con la "subjetividad" y "espiritualidad" de los damnificados, aunque no separadamente, sino en conjunto y sin límites difusos entre unos y otros.

Por ejemplo, en las explosiones de proyectiles provenientes de una fábrica militar en la ciudad de Río Tercero (Córdoba) no sólo existieron daños individuales (por muerte, lesiones personales, terror, destrucción de viviendas), sino que también se produjo y subsistió un daño psíquico colectivo, por el solo hecho de ser "habitante" de esa ciudad, con el consiguiente temor a la repetición del siniestro (que en los hechos, se reiteró una vez más).

⁷ Pizarro, Ramón D. *Daño Moral*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, pág. 283.

⁸ Zavala de González, Matilde. *Reconocimiento de Daños. Daños a las Personas*, T. 2-C. "Integridad espiritual y social", Hammurabi, Buenos Aires, 1993, pág. 64.

⁹ Según en cambio lo expresa Pizarro, *Daños...* cit., pág. 283 (la bastardilla es nuestra).

En definitiva, ninguna de las concepciones vigentes sobre el daño es obstativa al reconocimiento de una moral colectiva, ya que aun la tesis que identifica el perjuicio como un resultado disvalioso, permite percibirlo en los miembros de un grupo, de manera colectiva o difusa.

VI. LA INJUSTICIA DEL DAÑO NO PRESUPONE TUTELA NORMATIVA

Se ha opinado que un bien puede reputarse como colectivo y su lesión como fuente de daños colectivos, si tiene "un reconocimiento normativo para que sea calificado de jurídico y susceptible de protección". Dicho "status normativo" colocaría "un límite a la invocación de múltiples bienes colectivos"¹⁰.

Dicha postura entronca con la distinción, ya superada, entre daños "jurídicos" (resarcibles) y "de hecho" (no resarcibles): los primeros son los que provienen de la lesión a un derecho subjetivo o a un interés con reconocimiento legal.

Las ideas de De Lorenzo aportan esclarecimiento definitivo a ese problema: el principio que veda dañar a otro (*alterum non laedere*) opera sin más para decidir la reparación del perjuicio injusto, a cuyo efecto es jurídicamente relevante la lesión a todo interés digno por naturaleza y que merezca cualquier tipo de protección¹¹.

Al margen de que la mayoría de los intereses colectivos relevantes tienen raigambre constitucional, el imperativo jurídico actual reside en "acordar adecuada protección a toda situación (individual y grupal) digna de tutela, en función de la calidad intrínseca de los bienes y valores a defender"¹²; es decir, con prescindencia de algún específico reconocimiento normativo.

VII. LAS RESPUESTAS JURÍDICAS ANTE LOS DAÑOS MORALES COLECTIVOS

Ante daños sufridos colectivamente o la amenaza de que se produzcan, no se discute ya la procedencia de acciones preventivas y de recomposición en especie.

¹⁰ Lorenzetti, Ricardo, "Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos", *L.L.*, 1996-D-1038 y sigs.

¹¹ De Lorenzo, Miguel F., *El Dato Injusto en la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, una de las mejores obras sobre la materia.

¹² Conf. Stigliitz, Gabriel A., "Mecanismos jurídicos de protección al medio ambiente", *Juris*, t. 90, págs. 321 y sigs.

En ocasiones, se ha aducido en contra de la existencia misma de aquéllos, la imposibilidad de resarcirlos en dinero, con olvido de que las técnicas para impedirlos y para restablecer la situación anterior implican, como necesario presupuesto, que existan "derechos de incidencia colectiva" (art. 43, Const. Nac.), cuyo menoscabo debe generar consecuencias jurídicas.

En los daños ambientales, se privilegian las técnicas de restitución a la situación anterior, que suelen traducirse en limpieza y restauración. Este objetivo puede lograrse mediante una condena dineraria (abonar el costo para reponer o reinstalar los componentes naturales afectadas) o que imponga adoptar toda medida razonable que mitigue el daño. Inclusive y en caso de imposibilidad, se propician los llamados "intercambios de naturaleza", como medios sustitutivos (aunque no equivalentes) a los recursos ambientales menoscabados, por ejemplo, la creación de un parque natural en una zona próxima al perjudicado.

La prioridad y la trascendencia de los objetivos preventivos y de restablecimiento del estado fáctico anterior, no aparece una subestimación del rol compensatorio de la indemnización dineraria por daños colectivos, tanto para las lesiones no subsanables materialmente, como para los perjuicios comunitarios ya sufridos en el intervalo hasta que se concreta la reparación en especie (la cual siempre actúa para el futuro).

Así pues, en algunas oportunidades, la indemnización dineraria operará como resorte complementario (no último, ni subsidiario) de los remedios restitutorios; en otras y ante perjuicios irreversibles, será el único recurso.

VIII. REFUTACIÓN DE LOS ARGUMENTOS ADVERSOS AL RESARCIMIENTO DINERARIO

a) Imposibilidad de resarcir con dinero perjuicios que no pueden subsanarse

Varios argumentos esgrimidos como adversos a la reparación del daño moral "individual", hoy son resucitados como obstáculos al resarcimiento dinerario de un daño moral "colectivo".

De tal modo y con referencia a los daños ambientales, De Cupis señala que, cuando no es factible una reintegración específica y al margen del resarcimiento pecuniario por los eventuales daños patrimoniales (por ejemplo, por el costo de reintegro o por la pérdida de valor económico de bienes que hacen parte del patrimonio estatal), no cabe indemnización dineraria alguna sino, en su caso, la aplicación de penas: "si no puede remediarse el daño reparándolo, ¿cómo puede hablarse de resarcimiento? Se olvida que el resarcimiento se identifica con la reparación: si no es

posible reparar con dinero el daño, es absurdo emplear la expresión "resarcimiento"¹².

Pero ningún daño moral es "naturalmente" remediable: el dinero no borra las lágrimas derramadas, ni devuelve el brazo mutilado...

La limitación jurídica se agiganta ante algunos daños morales colectivos, como en catástrofes irreversibles, cuyas secuelas perdurarán por un tiempo ilimitado, afectando la calidad de vida inclusive de personas todavía inexistentes (por ejemplo, residuos radioactivos); situaciones de tal magnitud parecen ajenas a toda percepción humana y a respuesta alguna por el derecho. ¿Cómo traducir en dinero esos perjuicios? Cualquier técnica parece imposible y arbitraria. Sin embargo, salvando las diferencias de lesiones, un problema jurídico análogo se presenta ante el dolor incommensurable por la muerte de un hijo querido: desaparición definitiva e irremediable de un ser humano único e irrepetible.

Es cierto que la reparación "natural" (más todavía, "integral") del daño moral constituye un mito o ilusión; tanto desde la perspectiva del perjuicio mismo, que no desaparece, como desde el alcance de la indemnización ya que, por su radical diversidad con los intereses espirituales, el monto que se fija no puede representar la entidad del daño moral. No obstante, más vale "alguna" reacción jurídica, aunque no elimine el problema, que "ninguna".

El resarcimiento no es "jurídicamente" imposible, aunque sí deficiente o imperfecto: el dinero cumple una función de satisfacción, como medio de acceso a bienes o servicios, materiales o espirituales. Así pues, a diferencia del daño patrimonial, en que la indemnización ingresa en lugar del perjuicio, lográndose una equivalencia económica, en el daño moral la indemnización se coloca a su lado, procurando compensar de algún modo a la víctima. Esta óptica resarcitoria es básicamente similar ante una comunidad afectada.

b) El carácter difuso de la legitimación activa

Se aduce la dificultad para admitir una pretensión resarcitoria ejercida por quien o por quienes, eventualmente, pueden no haber sufrido algún daño individual¹³. Igualmente, que la necesaria pluralidad de legitimados activos, su eventual inorganicidad o el real desconocimiento de la cantidad de afectados, torna sumamente riesgoso ponderar la cuantificación y prueba del daño moral¹⁴.

¹² De Capió, Adriana, "La reparación del daño al ambiente: resarcimiento o pena?", *Revista de Derecho Civil*, no. 4, julio-agosto de 1988, págs. 401 y sigs.

¹³ Carrasco Peñero, Ángel, *El Derecho Civil: Sentas, Injusticias y Paradojas*, Temis, Madrid, 1988, pág. 79.

¹⁴ Saus, Eduardo L., "Acceso a la tutela de los derechos de incidencia colectiva"

Al respecto, enfatiza Bidart Campos sobre la "miopía procesal" que implica negar la legitimación para tutelar intereses difusos "so pretexto de que, por pertenecer a muchos o a todos, no singularizan en cada uno un interés personal que sea diferente al común interés de los demás"¹⁶ (nosotros diríamos que "singularizan en cada uno un interés personal, aunque compartido con los demás").

Por otra parte, la objeción sólo cobra relevancia frente a acciones populares (un miembro cualquiera del conjunto, que invoca la lesión al interés de todos sus miembros), pero no cuando el grupo se encuentra organizado y la acción es ejercida por su ente representativo.

Esta última hipótesis debe ser distinguida del discutido daño moral a la personas jurídicas el cual, aun para quienes lo admiten, se traduce siempre en perjuicios individuales (es decir, de las personas jurídicas afectadas en su buen nombre, reputación, etc.); mientras que aquí estudiamos un perjuicio colectivo, con lesión subjetivamente plural y donde, por ende, la existencia de un canal representativo interesa como recurso práctico para actuar en nombre de todos los miembros del grupo, y no de la eventual persona jurídica que los aglutina.

Por eso, cuando una asociación acciona por daño moral colectivo, no invoca un perjuicio de ella misma, sino de los asociados, con la particularidad de que el interés menoscabado es grupal e indivisible¹⁷.

De allí que no compartimos en su integridad las siguientes afirmaciones: "puede haber un interés que no sea de un individuo, sino de un grupo como tal. El interés grupal importa a la corporación, no a las individuos que la componen. Por ello el titular es el grupo y puede accionar como tal"¹⁸. De manera diversa, estimamos que, en los daños colectivos, son damnificados los integrantes de la corporación, y no esta

dentro del nuevo texto constitucional", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nos. 7, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, págs. 125 y sigs.

¹⁶ Bidart Campos, Germán J., "Intereses difusos, derecho a la preservación del ambiente y derecho a la salud y a la vida", E.D., 154-719.

¹⁷ De tal manera, en el ejemplo que Zannoni, Eduardo A., *El Dato en la Responsabilidad Civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 448, suministra con la intención de demostrar la posibilidad de que personas jurídicas sufran un daño moral difamación contra una asociación civil de protección o cuidado, que a pesar de los fines de asistencia y ayuda que persigue. A nuestro juicio, y como lo hemos señalado en *Responsabilidad de Daños. Datos e las Personas. Integridad Espiritual y Social*, T. 2-C, Hammurabi, Buenos Aires, pág. 79: "en tal hipótesis, los verdaderos perjudicados son los asociados o quienes actúan el fin perseguido por la persona jurídica... Los fines extrapatrimoniales que pueden perseguir las personas jurídicas, sirven a sus miembros o a terceros en cuanto se trata de fines extrapatrimoniales; en el ejemplo anterior, la asistencia a los discapacitados lo reciben dichas personas físicas".

¹⁸ Lorenzetti, R., "Responsabilidad...", cit., págs. 1058 y sigs. (la destacilla es nuestra).

mismo pues, si así fuera, se trataría de un daño moral individual de una persona jurídica. Distinto es admitir, como técnica pragmática, que el ente representativo de la corporación accione en nombre de quienes la integran, para perseguir un fin resarcitorio de otro modo dificultoso y para procurar un destino social que los satisfaga.

Cuando el interés colectivo afecta a toda la comunidad, reviste naturaleza pública, y entonces la acción puede promoverse por el Estado, "como corolario de su obligación de propender al bienestar de la comunidad"¹⁸.

c) La restricción a la legitimación actus en el Código Civil

En nuestro sistema legal, y salvo el supuesto de muerte de la víctima: "La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo" (art. 1078, Cód. Civ.), lo que ha sido entendido como un obstáculo al resarcimiento del daño moral sufrido grupalmente¹⁹.

Sin embargo, así como la expresión "damnificado directo" (en singular) no impide la indemnización en favor de una pluralidad de damnificados directos individuales, tampoco puede impedirlo por la sola circunstancia de que el interés lesionado pertenezca, sin fragmentación posible, a los miembros de un grupo. Estos pueden ser damnificados directos, por su perjuicio global (expresiones discriminatorias contra discapacitados, homosexuales, etc.), en cuyo caso no existe ningún dique legal al ejercicio de la acción.

Se ha dicho que no existe un vínculo directo entre las personas y los intereses difusos o colectivos, ni relación de inmediatez en el disfrute²⁰. No obstante, la "difusión" en el goce (compartido sin divisiones) no es incompatible con su "inmediatez"; así pues, los habitantes de una ciudad pueden disfrutar "directamente" de las obras que componen su patrimonio histórico y cultural, aunque lo hagan "indiferenciadamente".

El problema de la legitimación se suscita cuando los integrantes del grupo vienen a ser damnificados indirectos; por ejemplo, si sufren por el acto discriminatorio que apunta concretamente hacia uno de ellos, y que tiene virtualidad expansiva mediata sobre la colectividad. Entonces si existe un escollo legal a la invocación de un daño colectivo (art. 1078, Cód. Civ.) va que los perjudicados grupales lo son indirectamente. Es preocupación de casi toda nuestra doctrina eliminar, en general, esa restricción a la legitimación activa por daño moral.

¹⁸ Aguilín, M. M. - Boragina, J. C. - Mesa, J. A., "El sistema jurídico vigente para la protección del daño originado por degradación ambiental", J.A., 1983-IV-808.

¹⁹ Fizarro, Bardas., cit., pág. 384.

²¹ En contra: Lorenzetti, R., "Responsabilidad...", cit., págs. 1058 y sigs.

d) El temor a la "catarata" de damnificados

Este argumento ha sido esgrimido, sea para introducir algún condicionamiento normativo en el reconocimiento del interés, sea para demostrar la imposibilidad práctica de resarcirlos, ante el tremendo peso económico que significaría la indemnización.

Esa inquietud se relativiza si se comprende que el daño es único (aunque repartido) y porque la exigencia de su certeza excluye de por sí las pretensiones inapropiadas, exageradas o delirantes: "el requisito de la certeza del daño pondrá un límite importante a esa nefasta consecuencia. En efecto, el daño no sólo debe ser *personal del accionante*, sino también cierto. Es evidente que un sujeto que vive en Jujuy no sufre ningún daño cierto por la contaminación de la ciudad de Comodoro Rivadavia"²².

Además, la preocupación ante la cantidad de damnificados no puede frenar la reacción jurídica ante daños injustos.

e) Función de la condena: ¿pena o resarcimiento?

Se ha sostenido que, en los daños morales colectivos, la condena indemnizatoria constituiría una pena, no un resarcimiento; hablar "de una reparación colectiva de perjuicio espiritual, abstracto y grupal, importa tergiversar la esencia misma del daño moral y presentar, bajo el ropaje de un aparente resarcimiento, a lo que en realidad constituye una *penalidad impuesta por el derecho privado*, un castigo a quien con su actitud desaprensiva agravó intereses colectivos dignos de tutela"²³.

Igualmente, Saux opina que, de ordenarse "un reciclaje de los fondos hacia objetivos vinculados a la protección de los intereses que determinaron la litis", no habría propiamente un resarcimiento del daño moral, y que entonces "quizá sería interesante echar los ojos en la mecánica de los daños punitivos"²⁴.

Sin embargo, no se discute que poseen naturaleza resarcitoria los mecanismos de reparación en especie (art. 1083, 1ra. parte, Cod. Civ.) que eliminan o que disminuyen hacia el futuro el daño colectivo. Por ejemplo: la recomposición del hábitat alterado, los anuncios rectificadores de publicidad inexacta, la publicación compulsiva de sentencias condenatorias o de la réplica ejercitada contra actos discriminatorios, etcétera.

²² Kemelemer de Carlacci, Aida, "La responsabilidad civil por el daño ambiental", en *Libro del Circulatorio de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 1981, págs. 160 y sigs.

²³ Pizarro, R. D., *Daño...*, cit., pág. 204.

²⁴ Saux, E. I., "Acceso...", cit., págs. 135 y sigs.

La socialización de las consecuencias de la tutela, consiente también el arbitrio de indemnizaciones dinerarias globales, calculadas en bloque y con destino grupal.

En sentido adverso, se afirma que la aplicación de técnicas de esa índole "desnaturaliza totalmente el rol resarcitorio que el daño moral lleva en su esencia, y se aproxima nitidamente a la vieja idea de la sanción al dañado"²⁵. Esta concepción es congruente dentro de una perspectiva individualista, que únicamente concibe la función resarcitoria cuando las indemnizaciones se destinan a fines particulares de las personas, con olvido de la posibilidad de una satisfacción social.

La idea según la cual "mal de muchos, consuelo para nadie", debe despertar franca resistencia, a la luz del sentido común de justicia.

El objetivo resarcitorio no se satisface a través de indemnizaciones punitivas, pues éstas presuponen la obtención de lueros injustos a través de una actividad dañosa y gravemente antijurídica (los cuales se procura eliminar, sancionando simultáneamente al dañado); mientras que la indemnización de los daños morales colectivos apunta a una compensación grupal, es independiente de las características del hecho lesivo y procede con abstracción de la situación económica ulterior del responsable.

IX. VALIACIÓN DEL DAÑO Y CUANTIFICACIÓN DEL RESARCIMIENTO

La mayoría de los daños colectivos son morales; por eso, debe agudizarse el ingenio para procurar soluciones indemnizatorias congruentes con su naturaleza y susceptibles de cumplir con un fin resarcitorio.

Las dificultades en la materia no pueden empañar la precdencia misma de la indemnización dineraria porque, como lo expresamos reiteradamente, "una incógnita de técnica jurídica no puede revertir en contra de una directiva axiológica: la imperatividad y la justicia de la reparación de todo daño inmerecido"²⁶.

Aun dentro de los tremendos obstáculos en el resarcimiento dinerario de perjuicios espirituales, nuestra mente está más preparada para evaluar los montos por perjuicios individuales, así sean plurales, pues la atención se focaliza caso por caso, víctima por víctima, y después se procede a la suma de los montos antes calculados singularmente.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de Daños Causados a las Personas*, T. 2-A, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, pág. 503.

En cambio, el perjuicio colectivo es por esencia complejo (simultáneamente único y fragmentado), consistente en un "daño global al grupo o clase"³⁷. Pues bien, congruentemente, la técnica tiene que variar: no hay posibilidad de adicionar montos, sino de evaluar una indemnización también única, que atienda su daño grupal indivisible³⁸.

En los daños particulares, el principio de "individualización" exige atender a las condiciones de la víctima, que singularizan su perjuicio concreto. En el daño colectivo, también deben valorarse las circunstancias del caso, con la diferencia de que se juzgan desde una perspectiva comunitaria (especialmente, en cuanto a la importancia del interés lesionado y al número posible de afectados). Utilizando la expresión de Ortega y Gasset, la evaluación del daño moral individual parte de "yo y mi circunstancia" (de la víctima), y la del daño moral colectivo de "nosotros y nuestra circunstancia" (de las víctimas que forman el grupo).

Sin embargo, existe aquí la dificultad de una mayor abstracción: se desconoce con precisión la cantidad de lesionados, cuáles son sus identidades personales y la magnitud del perjuicio sufrido por cada uno (esto es imposible, precisamente por no ser delimitable la porción respectiva del goce). Hay anonimato en los interesados, derivado de la masificación de su perjuicio; el juez no puede "visualizarlos", sino sólo en la característica grupal que los aúna.

No obstante, la mayor o menor cantidad de posibles lesionados por un daño colectivo, así sea a nivel aproximativo o genérico, será un parámetro esencial para mensurar el daño indemnizatorio. Así como el resarcimiento se magnifica si son múltiples los damnificados individualmente, no advertimos por qué no deba ser una guía en el resarcimiento de daños colectivos.

Al momento de fijar la cuantía indemnizatoria por daño moral, suelen naufragar las más sólidas y prolijas construcciones: por eso, aunque parezca secundario, reviste significación el examen de las soluciones concretas.

Y bien, la dimensión social del interés conculcado agrava de por sí el daño moral, ya que lo multiplica o propaga a través de los numerosos afectados difusamente, siquiera por ese factor cuantitativo. Una misma

³⁷ Conf. Venini, Juan C. - Venini, Guillermo, "El dato sociológico (especial referencia a los intereses difusos)", J.A., 1969-IV-852 y sigs.

³⁸ Coincidentemente, observan Agglio, M. M. - Boragna, J. C. - Mesa, J. A., "El sistema...", cit., pág. 908, que, más allá del fraccionamiento (indivisible) "entre quienes particularmente lo han sufrido, el daño se produce globalmente y entonces esa debe ser la dimensión de la condena resarcitoria", aunque pueda dividirse el monto de la condena. "Pero la división se hace por segmentos y no en unidades de medida, y por ello el dato es único o global y no una mera acumulación de perjuicios diferentes y singulares".

lesión espiritual es más seria cuando se sufre por los integrantes de una colectividad, y no únicamente por una o varias personas determinadas.

Igualmente agrava el daño moral la mayor o menor jerarquía que pueda revestir dicho interés social. Por ejemplo, no es igual el menoscabo de una obra del patrimonio cultural comunitario, si se halla emplazada en el centro de una ciudad y se conecta con sus vivencias históricas y cotidianas, que el de otra más o menos ignota y escondida en un museo con acceso a limitados visitantes.

Se advierte así que el principio de evaluación en concreto del daño, funciona no sólo en perjuicios espirituales individuales sino también en los daños morales colectivos.

X. EL DESTINO DE LA INDEMNIZACIÓN

¿Cual debe ser el destino de la indemnización, para que satisfaga colectivamente?

Bajo la premisa de la fragmentación del monto indemnizatorio entre múltiples damnificados, se plantea el interrogante sobre la manera de distribuirlo²⁹. Al respecto, Saux critica la posibilidad de calcular la asignación individual por cada agravio moral y de dividir la suma total obtenida entre los afectados; observa el autor que dicha solución, además de impracticable, parece más propia de un "grupo de dañados"³⁰ (es decir, de múltiples afectados, pero en intereses individuales).

Sin embargo, el reparto de la indemnización entre los damnificados colectivamente es sólo una de las técnicas posibles (y discutibles) para que aquella cumpla un destino social compensador.

Por eso, se opina que, si el monto resarcitorio se destina al patrimonio individual, "no será una compensación dineraria de la pérdida del bien colectivo, sino de la lesión que el individuo sufre como consecuencia de aquélla", por lo que se propone su envío a "patrimonios públicos de afectación específica"³¹. La solución es razonable, por guardar congruencia con la naturaleza colectiva del daño, en cuya virtud la compensación debe operar también a través de una afectación colectiva del objeto de la condena.

²⁹ Carrasco Ferrer, A., *El Derecho...*, cit.

³⁰ Saux, E. J., "Acceso...", cit.

³¹ Lorenzetti, R., "Responsabilidad...", cit.

Para satisfacer el fin resarcitorio, es suficiente esa idoneidad en el destino de la indemnización. Esto también basta en el resarcimiento de daños morales individuales, donde el juez no indaga ni controla la aplicación concreta que hace la víctima del monto indemnizatorio (sin perjuicio de los controles públicos o asociativos, en la indemnización de daños morales colectivos).

Aunque pueda ser conveniente reglamentar el destino social de los fondos indemnizatorios del daño colectivo, no es imprescindible. El objetivo resarcitorio, en especie o en dinero, ya está instituido en el artículo 1083, Código Civil; por tanto, si existe alguna técnica compensatoria apta (dentro de los límites de la indemnización de todo año moral), no existe impedimento legal para instrumentarla.

Destaca Stiglitz la necesidad de prever un "resarcimiento fluído", destinado a alimentar un fondo de garantía, que "permite una política de retorno o reciclaje de los importes de la compensación, en favor de la colectividad interesada, y con miras al cumplimiento de finalidades conexas al interés difuso tutelado en juicio"; especialmente, evitar nuevos daños análogos a los producidos y resarcidos²².

Si el monto indemnizatorio se destina a una finalidad comunitaria, queda satisfecha la función compensatoria del resarcimiento y marginada la interpretación de la condena como sanción ejemplar.

²² Stiglitz, G. A., "Mecanismos...", cit., págs. 321 y sigs. Recuerda el estar la ley brasileña 7347, de 1985, que disciplina la "acción civil pública de responsabilidad por daños causados al medio ambiente, al consumidor, a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico, así como a cualquier otro interés difuso o colectivo", en la cual se dispone que las indemnizaciones dinerarias se giran a un fondo, con participación del Ministerio público y representantes de la comunidad, y cuyos recursos se destinan a la reconstrucción de los bienes lesionados.