

DAÑO MORAL Y SU RESARCIBILIDAD

SERGIO LEANDRO CLAPS¹

Introducción

Creo que por la importancia del tema corresponde en primer término, esbozar un concepto de “daño”, pues a su alrededor gravita la responsabilidad de índole civil.

El daño ha sido definido por el Código Civil en su artículo 519, en concordancia con los artículos 1068 y 1069 del mismo Código: “*Se llaman daños e intereses el valor de la pérdida que haya sufrido y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación por la inejecución*”. El art. 1.068, sostiene que “*habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades*”.

El daño, pues, según el art. 519 del Código Civil, ratificado por el art. 1069 del mismo Código, abarca dos aspectos: los daños propiamente dichos, o sea la pérdida, el menoscabo, el detrimento que hubiera experimentado el acreedor, que en doctrina se llama tradicionalmente daño emergente; y los intereses, o sea, la ganancia, la utilidad, la ventaja, el provecho dejado de percibir, denominado lucro cesante.

Caracterizando estas dos situaciones, expresa Hedemann de una manera muy ilustrativa, que el daño emergente es lo que hace más pobre al perjudicado; en tanto que el lucro cesante, es lo que le ha impedido hacerse más rico.

Mosset Iturraspe sostiene que puede sintetizarse la noción de daño, en cuanto presupuesto de responsabilidad civil como: *la lesión o menoscabo a un interés patrimonial o extrapatrimonial, acaecido como consecuencia de una acción*.²

¹ Profesor Adjunto de la Cátedra “B” de Derecho Civil, Segundo Curso en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas.U.N.N. E

² Mosset Iturraspe, Jorge- Responsabilidad Civil –Edit. Hammurabi 1997. Pag. 241.

Requisitos del daño

a) **El daño resarcible ha de ser cierto y no eventual.** Debe mediar certidumbre en cuanto a la existencia misma del daño (ya sea presente o futuro), sin perjuicio de la posible indeterminación de su magnitud. Es menester que el daño sea real y efectivo, y no puramente eventual o hipotético.

El daño eventual, hipotético o conjetural, puede o no ocurrir, y de ahí que no sea, en principio, resarcible. Pues si se indemnizara y luego el daño no se produjese, el damnificado meramente eventual se enriquecería sin causa a expensas del responsable.

La doctrina y la jurisprudencia, han considerado que en esta concurrencia de factores pasados y futuros, necesarios y contingentes, hay indiscutiblemente una consecuencia actual y cierta, y es que a raíz del acto imputable se ha perdido una **chance**, oportunidad o probabilidad, por la que debe reconocerse el derecho a exigir su reparación.

En sentido concordante se ha precisado que la Chance se encuentra a mitad de camino entre lo eventual o hipotético y el daño cierto.

Se trata de acontecimientos de los cuales no puede extraerse con absoluta certidumbre si han generado o no consecuencias dañosas al sujeto que alega el perjuicio. Ello en razón que no puede determinarse con exactitud, si de no mediar el comportamiento antijurídico atribuido al otro sujeto, el primero habría tenido o no ciertas ventajas (o evitando o no ciertas pérdidas).

Pero ese grado de incertidumbre no obsta a la resarcibilidad del daño, en función de un razonable balance de probabilidades objetivas en pro y en contra, sí del saldo de la misma surge que la oportunidad no implicaba una vaga posibilidad, una mera hipótesis o conjetura (daño eventual), sino una proporción basada en probabilidades suficientes de que la chance se perdió efectivamente con motivo de comportamientos atribuidos al agente, genera derecho a la reparación.

En la causa: **Denberg, Roberto c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de pesos**, la Corte Suprema resolvió que *“La pérdida de “chance” se presenta como una probabilidad suficiente que supera la condición de un daño eventual o hipotético para convertirse en un perjuicio cierto y por ello resarcible en los términos del Art. 1067 del Código Civil”*.

Lo indemnizable no es el beneficio mismo, sino la probabilidad de lograrlo, sin que sea posible conocer si este se habría concretado: nadie lo sabe, ni lo sabrá jamás, porque el hecho ha detenido en forma definitiva el curso de

los acontecimientos donde reposaba la esperanza del afectado. Así pues, en la “chance” concurre siempre una cuota de incertidumbre.

Respecto de esta cuestión me parece interesante e ilustrativo traer a colación un reciente fallo del Máximo Tribunal de la Provincia.

Hechos: Un profesional (abogado) del medio promueve una acción resarcitoria por daño moral y pérdida de la chance contra los conductores de un programa radial y su director, donde se emitieron opiniones ofensivas sobre la persona y su desempeño como profesional. El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes confirma, en lo sustancial, el fallo recurrido y sentencio que: “...*Pérdida de Chance: el representante de los demandados sostenía que en estos autos el actor no había producido ninguna prueba que justifique tal pérdida, habiendo incluso incrementado su patrimonio, por lo que no ha existido la pérdida de chance.*”

El tribunal juzgó probada la pérdida de chance en la suficiente probabilidad de una pérdida del trabajo profesional extendido a todos los ámbitos del desempeño del actor (en el ejercicio de la profesión de abogado, la actividad en tribunales y además en el ámbito académico universitario donde ha probado fehacientemente un destacado protagonismo) a consecuencia del impacto por la difusión pública de los datos agraviantes y ofensivos. Y aclaró el sentenciante que lo que se indemniza es la probabilidad, no la pérdida efectiva que significaría lucro cesante. Y esa probabilidad se halla acreditada con el alcance de certeza analítica ya explicado anteriormente, de perder ganancias en todo el ámbito expuesto donde actúa el profesional como consecuencia y causa adecuada del desmedro a su personalidad y su dignidad, lo que incide también en el número de representaciones legales, circunstancias debidamente verificadas en la causa. La certeza, agregó, no se refiere al beneficio frustrado sino a la oportunidad malograda de obtenerlo, la prueba presuncional es casi la única posible. Refirió el tribunal a la frustración de ganancia como daño resarcible solo cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico.

Y agregó, que el daño potencial es muy grande y si bien es cierto que el actor pudo incrementar su patrimonio luego del vilipendio sufrido, también puede considerarse que sus ingresos pudieron ser mayores de no haber acaecido el ataque tan fuerte que recibiera y que pretendía desacreditarlo como abogado.

Estimo que la valoración de las chances devino impecable. Ambos jueces las merituaron y estimaron probadas las posibilidades de pérdida de chance

en los distintos ámbitos en los que se desenvuelve M., M.S., causadas por el impacto de la difusión pública de los dichos ofensivos e injuriosos respecto del actor.

En efecto, la pérdida de chance no es más que la posibilidad frustrada de una ganancia (Cfr: Llambías, Tratado de derecho Civil, Obligaciones, T. I, pág. 293, nota 20); que se diferencia del lucro cesante que es la utilidad que se ha dejado de percibir. El rubro en cuestión difiere cualitativa y cuantitativamente del último, permaneciendo la chance siempre en grado de probabilidad, aunque objetivamente juzgada como sucedió en este caso, mientras que el lucro cesante es siempre efectivo beneficio frustrado.

De allí que la valoración efectuada resulte derivación razonada del derecho vigente, pudiendo válidamente presumirse la pérdida de chance del abogado a través de la prueba que acercó de los distintos ámbitos en los que se desenvuelve como abogado y académico. La sentencia deberá confirmarse también en este rubro que prospera...”³

b) El daño ha de ser personal de quien pretende la indemnización. Se trata de una aplicación simple del principio fundamental según el cual si no hay interés no hay acción.

Por lo demás, en el régimen general de la responsabilidad civil, sólo tiene derecho a la indemnización el acreedor perjudicado en su interés directo. Los damnificados indirectos son ajenos a ese régimen, salvo que el hecho perjudicial-incumplimiento de la obligación—degenere en un delito del derecho criminal (art. 1107 in fine del Código Civil): en tal hipótesis de excepción, el resarcimiento podría ser perseguido por un tercero que fuere damnificado indirecto.

c) Que resulte de la lesión de un derecho subjetivo, o de un bien protegido por la ley. Todo daño afecta a un *interés*, que tiende a la satisfacción de la *necesidad* humana. De ese fenómeno se ocupa la responsabilidad civil, como sistema de protección de la persona, garantizando la realización de la regla que impone el deber de no dañar.

Las necesidades humanas son los requerimientos atinentes al goce de bienes espirituales o económicos, aptos para el desarrollo de la persona en la vida individual y social. En cuanto a los intereses de las personas de existencia ideal, son los requerimientos atinentes al cumplimiento de su propósito social.

³ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, 23/03/2011, La Ley Online; AR/JUR/5166/2011.

El daño como presupuesto de la responsabilidad civil, es la lesión o menoscabo al interés.

Daño moral

El daño moral es *una lesión a las afecciones legítimas (los sentimientos), a la integridad personal y a los bienes de goce*, como claramente se desprende del art. 1078 del Código Civil –antes de la reforma–. También se sostiene que es *el sufrimiento o dolor que padece una persona no susceptible de apreciación pecuniaria*.

Mosset Iturraspe, lo define como *“toda alteración disvaliosa del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra –no susceptible con el dolor–”*.⁴

El Dr. Ramón Pizarro, da también una definición de daño moral que por su importancia es pertinente transcribirla: *“Minoración en la subjetividad, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y antímicamente perjudicial”*.⁵

Circunstancias de Valoración

La valoración del daño moral requiere que se computen todas las circunstancias, tanto las de naturaleza objetiva (la índole del hecho lesivo y de sus repercusiones), como las personales o subjetivas de la propia víctima.

Los factores objetivos

Relativos al hecho mismo: sufrimiento al momento del suceso –físico y psíquico–, dolor corporal, miedo a la muerte, pérdida del conocimiento, etc.

Período de curación y convalecencia: el dolor físico que suele conllevar la etapa terapéutica – curaciones, intervenciones quirúrgicas, las molestias

⁴ Mosset Iturraspe, Jorge– ob. cit., pág 242.

⁵ Pizarro, Ramon Daniel, “Daño Moral”, pag. 47.

inherentes al tratamientos (remedios, análisis, radiografías), padecimientos de la internación en el hospital.

Eventuales menoscabos subsistentes después del tratamiento: las secuelas no corregibles de las lesiones que poseen natural incidencia en la vida individual y de relación, la lesión estética, la imposibilidad de practicar deportes, la esterilidad o disminución de la potencia sexual, la utilización de prótesis, etc.

Los factores subjetivos

Incapacidad: toda disminución de las aptitudes de un sujeto supone alterar el equilibrio espiritual necesario para hacer frente a la vida. Asimismo, se deberá tener en cuenta la edad de la víctima, el sexo, la profesión, el estado civil, etc. Por ejemplo: no es igual el daño moral del incapacitado que tiene hijos a cargo, que el de aquél sin responsabilidades asistenciales, y resulta particularmente grave la incapacidad que se sufre en la plenitud de la vida.

Nuestros tribunales se han ocupado de apreciar todos los aspectos señalados:

–“Al fijarse al daño moral deben tenerse en cuenta las circunstancias del caso vinculadas con las características del accidente, la naturaleza de las lesiones, el lapso de la incapacidad y término que demandó la curación de ellas, los presuntos padecimientos y molestias que de todo esto se puede inferir. (Cnciv., sala C, 6/11/83, LL, 156-862)

–“Procede el daño moral si las lesiones sufridas determinaron la necesidad de practicar un yeso, tratamiento que se prolongó por dos meses, todo lo cual ha provocado sufrimiento físico, padecimientos e incomodidades de la víctima, tratándose ésta de una señora viuda, con hijos de corta edad y único sostén de familia”. (CNCiv., Sala D, 475/ 87, LL 1988-A-627).

–“La secuela irreversible de un brazo defectuoso debe ser tenida muy presente en la reclamación del daño moral”. (Cam. De Apel. Civ. Y com. Mar del Plata, Sala 2°, 23/11/83, LL 155-672) (Matilde Zabala de Gonzalez, Resarcimiento de Daños – Daños a la Persona, Ed. Hammurabi, pág 542-545).

Esto nos lleva a formularnos un interrogante cuya respuesta ha sido acertadamente proporcionada por Diez Picazo: ¿todo daño moral es resarcible?; es claro que existen situaciones que ocasionen estrés, molestias, sinsabores y que son derivadas del diario vivir, de la cotidianidad y estos no tienen el

“peso” suficiente como para lograr su resarcimiento. Por el contrario, la resarcibilidad del daño moral esta relacionada con hechos de alguna gravedad y que es una reacción especial frente a la gravedad. El notable jurista español enseña con claridad que el daño moral resarcible debe tener dos características: 1) afectar o lesionar un derecho a la personalidad y 2) afectar la esfera psicofísica. Agrega que el derecho no debe intervenir cuando el daño sea mínimo porque no son objetivamente imputables los daños que son frutos del riesgo general de la vida.⁶

En los últimos años hubo una gran revolución en el contenido del daño moral, motivado en gran parte por la presencia de derechos fundamentales.

Cuando hay una lesión física a la persona, se resarce el lucro cesante y cuando no trabaja, si no hay pérdida efectiva de ganancias no hay resarcimiento. Esta conclusión irritante para muchos produce una reacción lógica que comienza con la admisión del daño psíquico, del estético y de todos aquellos efectos negativos con incidencia sobre el bien primario de la salud, como derecho inviolable del hombre a la plenitud de la vida.

Se ha comenzado a comprender que la persona no solo tiene cuerpo, se admite así que el daño a la vida de relación, concebida como la inferioridad para desarrollar vinculo sociales, deportivos recreativos, artísticos, sexuales. La vida en relación con la familia, con los amigos, con la participación comunitaria, es lo que define al hombre, todo ello integra su “patrimonio” y resulta resarcible.

Se comienza a descubrir que el hombre también tiene proyectos y que ellos prolongan su vida, lo realizan más plenamente. Un hombre que como consecuencia de una minusvalía que le produjo el evento dañoso, no puede desarrollar sus proyectos, pierde esa alegría de vivir. Surge así ese daño denominado como pérdida de los placeres de vivir.⁷

Naturaleza jurídica: Resarcibilidad

Actualmente en nuestro país y ante los reiterados fallos de la jurisprudencia que reconocen el resarcimiento del daño moral resulta vano controvertir su

⁶ Diez-Picazo, Luis, “En torno al daño moral”.

⁷ Kemelmajer de Carlucci, Aida, “El daño a la Persona”, Revista de Derecho Privado y comunitario, Ed. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1992, N° 1, pag. 93; Bueres, Alberto, “El daño injusto y la ilicitud de la conducta”, en Derecho de daños, Ed. La Roca, Bs. As. 1989, pag. 142.

procedencia. Sin embargo en la Doctrina la cuestión no fue tan pacífica; autores muy relevantes negaron el resarcimiento; otros lo limitaron a supuestos específicos, y por último estuvieron quienes lo consideraron con total amplitud.

1) Tesis Negatoria Absoluta: la sostuvieron Baudry Lacantinerie, Barde y Tournier en Francia y Bibiloni en nuestro país, señala la total improcedencia de la reparación económica del daño moral.

Se fundó en argumentos muy precisos e impactantes, tales como: la inmoralidad que resulta pagar el dolor con dinero, la imposibilidad de una evaluación del perjuicio —como cuantificarlo— que muchas veces lleva a la arbitrariedad judicial, siendo su consecuencia un enriquecimiento injusto a favor de la víctima.

A los partidarios de ésta teoría se les ha respondido que de ninguna manera es inmoral resarcir este tipo de daños, lo inmoral en todo caso sería dejar de resarcir el Daño. Con el dinero se compensa la perturbación padecida, ya que a veces las penas o las aflicciones se mitigan con dinero.

Quizás el problema mayor reside en establecer las pautas para determinar el importe de la reparación. Pero la **Función Satisfactoria del dinero:** permite indemnizar el incumplimiento de una prestación no valorable económicamente, las indemnizaciones tienen siempre un cierto grado de discrecionalidad, lo cual no es óbice para no reparar.

2) Tesis Negatoria Relativa: Otros autores han señalado que el daño moral solamente era procedente en ciertos y determinados casos.

Así por ejemplo Aubry y Rau sostenían que la reparación era solamente procedente en la medida que se tratara de un hecho grave que diera lugar a una sentencia criminal. Esta posición siguió el Codificador argentino en el art. 1078.

Entre nuestro autores, Llambías mantuvo toda la vida el pensamiento de que el daño moral sólo debía repararse cuando el sujeto demandado hubiera obrado dolosamente, pues el “agravio moral”, tal como lo denomina la ley argentina, importaría una actitud de pretender el perjuicio a otro, que lo hace merecedor de una mayor sanción. Muchos pronunciamientos de la Cámara Nacional Civil de la Capital Federal siguieron esta tendencia.

3) Tesis Amplia: esta es la posición mayoritaria, ya que cree en la procedencia del resarcimiento en todos los supuestos donde exista y se puede probar el perjuicio, tanto en el ámbito contractual, como extracontractual. La Discusión pasa por saber si el fundamento de la procedencia reside en una “pena privada”, o bien en una “reparación”.

a) Pena Privada: esta posición se rebela ante la idea de que pueda quedar impune el hecho ilícito, por el cual se mortifica a la víctima, causándole una injusta aflicción en su ánimo. Sin duda, desde que por hipótesis no media menoscabo patrimonial, no podrá hablarse de “resarcimiento” de un daño patrimonial inexistente, pero habrá que arbitrar algún recurso para que se castigue al autor del hecho por su acción injusta. **Por ello, la reparación del daño moral encuentra su justificación no por el lado de la víctima de la lesión sino por el lado del ofensor: no constituye un “resarcimiento” sino una “pena civil”, mediante la cual se reprueba ejemplarmente la falta cometida por el ofensor. Además de Salas en nuestro derecho siguen esta postura Llambias y León y en la Doctrina extranjera Ripert y Demogue y otros.**

b) Reparación: Gran parte de la Doctrina entiende que el resarcimiento del Daño Moral, tiene un inminente carácter reparatorio o compensatorio y no constituye una pena civil. Ya dijimos que el dinero cumple variadas funciones en la vida jurídica, y una de ellas es la de satisfacer de necesidades espirituales o morales, por ello puede servir para compensar los sufrimientos psíquicos del damnificado. Esta corriente es mayoritaria en nuestro país (Borda, Trigo Represas, Cazeaux, Brebbia, Compagnucci de Caso).

Derecho comparado y Propio

Ha sido la evolución de la jurisprudencia de la francesa quien primero se pronuncio sobre la aceptación del llamado “Daño Moral”. Ni el *Code* ni ningún otro cuerpo legal contenían referencia alguna a esta clase de perjuicios y fueron una vez más los tribunales quienes esbozaron y dieron cuerpo delineando el concepto frente a una doctrina dividida al respecto.

La jurisprudencia penal ya había acogido el resarcimiento, pero en el ámbito de la justicia civil comenzó a reconocerse el daño moral en casos de los hechos ilícitos.

En España, el Código Civil no hace referencia alguna al daño moral, pero la doctrina y jurisprudencia extraen de la amplitud del art. 1902 (de gran similitud con nuestro 1109), la recepción del mismo.

Por su parte en Alemania el BGB, prohibía la indemnización del daño moral en los casos no previstos expresamente por la Ley, se refería a cuatro supuestos: a) lesión corporal; b) daño a la salud; c) privación de la libertad; d) ciertos actos contra la libertad sexual femenina. La jurisprudencia amplió luego el catálogo por vía de la analogía incluyendo el resarcimiento en casos de violación a los derechos a la personalidad, buen nombre, honor, imagen, etc.

En Italia impera el carácter negativo al resarcimiento de los daños no patrimoniales, el Código Civil establece que *“el daño no patrimonial debe ser resarcido solo en los casos determinados por ley”*, que se reducen a los supuestos de daños derivados de delitos del derecho penal.⁸

Régimen del Código Civil y la Reforma de 1968. Sistema del Código de Vélez: Discusión y Crítica

Vélez Sarsfield consagró en el art. 1078 la posibilidad de resarcir el daño moral dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual, cuando se cometa un delito que a su vez sea un delito del derecho criminal.

El artículo 1078 del Código Civil disponía: *“Si el hecho fuese un delito del derecho criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende la indemnización de pérdidas e intereses, sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas”*.

El texto legal recibió varias interpretaciones:

a) Teoría de la Reparación en los delitos criminales, sean delitos civiles o cuasidelitos. Fue la tesis más difundida y a la que se atuvo, en general, la jurisprudencia. En este sentido, las ex Cámaras Civiles 1° y 2° de Capital Federal, en el año 1.943, reunidas en tribunal plenario, decidieron que en las obligaciones derivadas de delitos y cuasidelitos civiles no procede la indemnización por daño moral, cuando no hay condena criminal (“Iribarren c/Sáenz Briones”, J.A., 1943-1-844, o I.L., 29-704). Se argumentaba diciendo que el daño moral es, por definición, insuceptible de apreciación pecuniaria, por lo cual queda al margen de los principios generales que gobiernan la responsabilidad extracontractual contenidos en los arts. 1067 a 1069 del Código Civil. Pero no obstante ello, una regla excepcional – la prevista en el art. 1078 del

⁸ Mendoza, Yoleida Vilma, “Una aproximación al estudio del daño moral extracontractual”.

Código Civil – introduce la reparación del agravio moral “si el hecho fuese un delito del derecho criminal...”, sin que sea necesario distinguir al respecto entre delitos civiles y cuasidelitos. Es decir que, cualquier hecho ilícito civil, si al mismo tiempo es un delito criminal, obliga al responsable a la reparación del agravio moral. Esta asimilación surge de lo dispuesto por el art. 1109, segunda parte, del Código Civil, en cuanto la obligación de reparar “es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos de derecho civil”⁹.

b) **Teoría del resarcimiento Amplio.** Según esta tesis, el daño moral es siempre indemnizable, aun en el campo contractual. Esta fue la posición de Lafaille, Busso y de pronunciamientos de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires.

La reforma del año 1968, cerró el debate ya que modificó el texto del artículo 1078 para la responsabilidad extracontractual, e introdujo una nueva redacción al art. 522 del Código Civil que ahora admite la posibilidad de su reclamo en el campo contractual.

Esta reforma ha ubicado a nuestro sistema jurídico entre los más modernos, a través de dos dispositivos que, aunque perfectibles, regulan de manera satisfactoria la delicada problemática del daño moral y su reparación.

Daño moral en los actos ilícitos

La reforma por la ley 17.711 del art. 1078 puso fin, como dijimos a la discusión de la doctrina sobre el tema: “*La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.*”

La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.

Por lo tanto, luego de la reforma, la indemnización del daño moral ya no se limita al ocasionado por los delitos del derecho criminal, sino también comprende el daño moral inferido a consecuencia de delitos civiles y cuasidelitos.

⁹ Compagnucci de Caso, Rubén H.; Obligaciones; Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma; Buenos Aires, Año 1997 Pág 155-159.

Daño moral en la inexecución contractual

El nuevo art. 522 del Código Civil dispone que ***“en los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso.*”**

En materia de daño moral contractual: en las primeras Interpretaciones que se hicieron, los autores dividieron sus opiniones entre aquellos que subrayaron que al decir la ley ***“los jueces podrán”*** estaba dando facultades al magistrado para otorgar o no la reparación según las circunstancias del caso (Llambias, Caseaux, Salas); otro sector de la doctrina, actualmente prevaleciente, considera que la redacción – no muy feliz– no impide la equiparación y los jueces deben, si ello es procedente, conceder la indemnización, no por cierto caprichosamente, sino de acuerdo a las particularidades que presenta cada situación concreta.

¿Y cuáles son las circunstancias a tener en vista? La responsabilidad civil se elabora a partir de la situación en que ha quedado la víctima y del perjuicio por ella padecido, en consecuencia, el juez debe observar el bienestar espiritual quebrado por la acción nociva, la medida en que fue afectada la sensibilidad, el carácter de la expectativa frustrada, etc.

En tal sentido la Jurisprudencia ha resuelto que: ***“Aunque por lo general los deterioros producidos por humedades que no producen secuelas personales, no tornarían admisible el resarcimiento del daño moral, cuando no se trata ya de meras perturbaciones, sino de molestias intensas que alteran la vida íntima y cotidiana de los habitantes de la propiedad afectada que se han proyectado en el tiempo sin encontrar la urgente solución que requerían, es necesario considerar la indemnización del daño acorde a las justas susceptibilidades de la víctima, más aún si las partes están contestes en que la reparación de este daño debería regirse por el art. 522 del Código Civil.*”** (Sumario N° 15974 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil – Boletín N° 11/2004).L.352107.

Es de importancia destacar que la norma juega con relación a todo incumplimiento obligacional, como por ejemplo, el nacido de la voluntad unilateral, de la gestión de negocios, etc.¹⁰

¹⁰ Mosset Iturraspe, Jorge, ob. cit. i, pág. 246-248.

Legitimación

¿Quiénes son las personas con derecho a reclamar el resarcimiento por el daño moral? En la doctrina y en la jurisprudencia fue muy discutida esta cuestión:

Con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 17.711 al art. 1078 del Código Civil, no existía precepto alguno que estableciera a quien correspondía la titularidad de la acción resarcitoria por daño moral. La restricción quedaba circunscripta a una cuestión objetiva – que el hecho fuese un delito del derecho criminal, sin tener en cuenta el problema subjetivo de los legitimados activos.

Luego de la reforma introducida por la Ley 17.711, al citado artículo este dispone: “...*La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos*”.

La norma comentada sólo legitima activamente por daño moral al damnificado directo y únicamente cuando a raíz del hecho, este hubiese fallecido, reconoce legitimación activa “*iure proprio*” a una serie restringida de damnificados como son los herederos forzosos.

*Hay sectores de la doctrina que adhieren a esta posición y se resisten a extender la legitimación del daño moral fuera del alcance previsto expresamente por el art. 1078 del Código Civil. Jorge Mayo, entiende que la limitación de dicha norma es razonable en cuanto impide la sucesión indefinida de damnificados indirectos. En el caso de los hermanos, si estos sufren daño moral por la muerte de uno de ellos, la situación no podría diferenciarse de amigos íntimos o novia o el tío, etc., lo mismo cabe decir respecto de la concubina, si se admitiera la legitimación de estos familiares cercanos, esto no es más que la antesala de una apertura mayor hacia todo aquel que por la muerte de la víctima entiende sufre un daño extramatrimonial.*¹¹

Recientemente la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala I, desestimo el resarcimiento por daño moral otorgado a los padres por el Juez de primera instancia, sobre la base de que el artículo 1078 del Código Civil no es inconstitucional.

Hechos. Un menor que viajaba solo en un radiotaxi fue abusado sexualmente por el chofer. El Juez de primera instancia condeno a la Empresa de

¹¹ Mayo Jorge, “Sobre la legitimación activa para reclamar el daño moral”, RCy S, 2005, pag. 356.

radiotaxi a abonar una indemnización en concepto de daño moral al menor y a los padres de este. La Cámara modificó el fallo apelado, dejando sin efecto la indemnización fijada a favor de los padres, sostuvo que: *“...La empresa de taxis demandada debe indemnizar por el daño moral ocasionado a un menor de edad que fue abusado sexualmente por un chofer, por cuanto que, los vehículos que integran la flota de aquella están identificados con su propia denominación pues, dicha circunstancia impide afirmar que el vínculo se agota en la mera provisión de un servicio de radio-llamadas, la demandada se presenta frente al usuario como una empresa proveedora del servicio de taxis, debiendo garantizar la integridad física de los pasajeros que transporta. Resulta improcedente otorgar una indemnización por daño moral a los padres de un menor que fue abusado sexualmente por un taxista mientras viajaba en el móvil conducido por este, pues el artículo 1078 del Código Civil elimina la legitimación para reclamar dicho rubro a los damnificados indirectos. Los arts. 1078 y 1079 del Código Civil en cuanto regulan en forma diferenciada la legitimación de los damnificados indirectos, según se trate del daño patrimonial o moral, no viola el principio de igualdad ante la ley, por cuanto que, la diferencia se asienta en la diferente naturaleza de los intereses afectados por cuya reparación se reclama y no hay entonces violación del principio de igualdad (art. 16 C.N.) cuando se trata diferente lo que de suyo es diferente...”*¹²

Lo cual no se compece con la teoría sentada por la propia Corte Suprema de Justicia, posición que compartimos, que establece que **la reparación del daño debe ser plena en todo sentido.**

Esta limitación en materia de legitimados activos, establecida por el artículo 1078 del Código Civil deja al margen del derecho a impetrar la reparación del agravio moral sufrido, a una serie de personas que participan del entorno íntimo de la víctima, como serían, entre otros la persona que ha convivido en aparente matrimonio con la víctima.

Esta norma podría ser considerada inconstitucional a la luz de otras normas que le conceden a los terceros damnificados indirectos (art. 1079 del Código Civil) amplias facultades para interponer acciones de resarcimiento. La Dra. Kemelmager de Carlucci, ha sostenido reiteradamente, que habiénd-

¹² Cam. Civ. y Com., Bahía Blanca, Sala I, 01/12/2009, Musotto, Jose y otra c/ Fernandez, Florencio y Otra”. RCyS, febrero 2010, pag. 205.

dose acreditado una circunstancia excepcional o una merma a la integridad psicofísica de los reclamantes, el reclamo de inconstitucionalidad del art. 1078 debe prosperar.

En tal sentido la Jurisprudencia resolvió reiteradamente que:

“Los hermanos menores de un niño que falleció en un accidente de tránsito no tienen legitimación para reclamar el daño moral en virtud de lo dispuesto por el art. 1078 del Código Civil, sobre todo cuando no se ha probado la existencia de un ataque a su integridad psicofísica tal como para declarar la inconstitucionalidad de la norma, ni tampoco existen circunstancias excepcionales que puedan llevar a una presunción del daño aludido” (ST de Mendoza, Dj 2007-I-214 –LLGran Cuyo 2007-47-2007-409, Blasco de Arias y otra c/ Corso Manuel y otros S/ Daños y perjuicios).

“...el rechazo de la indemnización del daño moral reclamada por el concubino de una persona fallecida, no es descalificable, por cuanto que tal indemnización es privativa de los herederos forzosos según el art. 1078 último párrafo del Código Civil, cuya constitucionalidad no fue atacada por el recurrente”. (CSJN, Folgan Roberto c/ Del Rivero, Edgardo y otro, La Ley 2004-C-430 – DJ 2004-I-984 – RCyS 2004, 771).

“Los padres de la víctima son solos damnificados indirectos a quienes la ley únicamente reconoce el derecho a esa indemnización en caso de muerte de la víctima (art. 1078 del Código Civil). No tratándose de ese daño sino del originado por las lesiones causadas a un hijo menor, la ley no les atribuye derecho a la reparación del agravio moral. Solución que puede criticarse, pero que no puede soslayarse frente al texto expreso de la norma, al menos sin una declaración de inconstitucionalidad que en el caso no ha sido pedida por el actor”. (Cam. 3ª, Civ. Com, 90-S– 13/10/88, Roldan c/ Municipalidad de Cordoba s/ ordinario)

Para comprender mejor lo injusto de la limitación, veamos por ejemplo si un niño como consecuencia de un hecho dañoso ilícito sufre una incapacidad grave que le impide realizar cualquier actividad, llegando incluso a un estado vegetativo. En éste supuesto según el texto legal sus padres no tendrían derecho a solicitar un agravio moral, cuando es indudable el hecho de que la incapacidad del hijo les producirá un serio trastorno espiritual, de gran sufrimiento por ver a su hijo postrado de por vida, o con una incapacidad tal que le impedirá realizar cualquier tipo de actividad en el futuro.

Quien podrá decir que ellos también no han sufrido un agravio moral?, que no sufren viendo a su hijo en el estado en que se encuentra?, o a la concu-

bina: observando a su lado a quien ama y respeta en un estado de incapacidad tal que le impide cualquier actividad?— Ella no sufre un daño espiritual? Nadie podrá argumentar que no, entonces si el principio de la “Reparación Plena” sustentada por la doctrina argentina y los fallos de los tribunales, debe tener incidencia total sobre lo que el legislador debe velar a través de las leyes, y en tal sentido se debe adecuar a los tiempos modernos que han cambiado las orientaciones que antes se tenía respecto de la reparación del daño, el cual a través de los nuevos fallos se le ha dado un impulso más acorde con la realidad, incorporando como tal, a otras figuras que también sufren la pérdida de un ser querido, y que en la actualidad carecen de capacidad para interponer un reclamo por el daño moral ocasionado.—

Debemos también mencionar que a través de pronunciamientos de la Corte Suprema se ha sentado el principio básico que la acción de indemnización por el daño moral posee un carácter de “iure proprio” y no de “iure hereditatis” con lo cual la línea sucesoria de uno desplazaría a los otros. Vale decir que como lo ha dicho el máximo tribunal: *“La abuela de un menor fallecido se encuentra legitimada para reclamar el resarcimiento del agravio moral, pues corresponde asignar una interpretación amplia a la mención “herederos forzosos” que hace el art. 1078 del Código Civil de modo que alcance a todos aquellos que son legitimarios potenciales aunque de hecho pudieran quedar desplazados de la sucesión por concurrencia de otros herederos de mejor grado, comprensión que por otra parte, se compadece con el carácter de “iure proprio” de esta pretensión resarcitoria, ya que a la vez satisface la necesidad de evitar soluciones disvaliosas, pauta a la que cabe recurrir para juzgar el acierto de la labor hermenéutica”* (Cfr. Fallo C.S.J. N.9-12-93 Gómez Orue de Gaete Frida A. y otra c/Prov. De Bs. As. Y otros s/Daños y Perjuicios”).

En cuanto al derecho comparado, debemos mencionar que la jurisprudencia y doctrina francesa, conceden la acción a toda persona, pariente o no, que pueda invocar un dolor real y profundo como consecuencia del daño ocasionado ilícitamente a la víctima inmediata.— En tal sentido ha dicho que el daño moral que causa la muerte de una persona depende más bien de un vínculo de afecto, y no de un vínculo de parentesco.— Aquí se tiene en cuenta el dolor real, o sea el daño sufrido que no conoce de parentesco, y deja a criterio de los jueces determinar efectivamente quien ha sufrido realmente un dolor, un daño moral, por la muerte de otra persona.

En las Jornadas de Responsabilidad Civil en caso de muerte o lesión de las personas (Rosario 1979) y en las Jornadas de Derecho Civil (San Juan 1984) se suscribió un despacho según el cual debía modificarse el art. 1078 del Código Civil proponiéndose la siguiente redacción: *“la acción por indemnización del daño moral corresponderá también, de acuerdo a lo establecido en el art. 1079 del Código Civil, a los parientes que acrediten haber sufrido una lesión en sus intereses legítimos, aunque del hecho ilícito no haya derivado la muerte de la víctima”* (Alberto Bueres, Ramón Daniel Pizarro, Matilde Zavala de González, Rubén Stiglits, entre otros)

Proyecto de Ley – reforma del artículo 1078 del Código Civil:

Artículo 1): *Sustitúyase el artículo 1078 del Código Civil, por el siguiente texto:*

“La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.

La acción por indemnización del daño moral competirá al damnificado directo, si del hecho acaecido hubiere resultado la muerte de la víctima, o bien le hubiere ocasionado una incapacidad permanente y grave, tendrán también acción los herederos forzosos, y quien haya convivido con la víctima en aparente matrimonio.-A falta de ellos, tendrán derecho a impetrar la acción los parientes consanguíneos colaterales hasta el segundo grado”.

Prueba

El daño moral debe ser probado, al igual que los restantes presupuestos de la responsabilidad civil, en tanto y cuanto la ley no consagre una presunción legal de daño.

Claro está que dicha prueba operará normalmente por vía de las presunciones judiciales – por inferencias de otros elementos – atento a la imposibilidad de mensurar el daño moral de la misma forma que el daño material.

Si bien el daño moral no puede ser medido en sí mismo por un procedimiento material (contar, pesar, etc.), si es posible hacerlo a través de un criterio racional por ejemplo: los padecimientos ajenos los comprendemos y mensuramos indagando lo que uno mismo sentiría en similar situación.

La demostración de los hechos siempre queda a cargo del actor. Esa es la regla.

La jurisprudencia ha sostenido que en materia de lesiones a la integridad psicofísica, dolores, angustias y otros padeceres sufridos por la víctima o incapacidades permanentes, o impedimentos para procrear, lesiones estéticas graves, o afecciones vinculadas con el parentesco cercano por ejemplo, la muerte del cónyuge o de un hijo, el perjuicio extramatrimonial se tiene por probado *in re ipsa*, es decir, por la misma fuerza de los acontecimientos.

No es necesaria la prueba del daño moral, si cabe presumirlo por la indole de las heridas sufridas, separación de su familia, por la internación en un hospital, padecimientos y molestias del proceso de curación e inquietud sobre el resultado definitivo de la lesión". (Cam 2ª, Civ. Y com. La Plata, DJBA, 57-2949).

En cuanto al daño moral contractual, los fallos de nuestros tribunales son, en general, reacios a su recepción y exigen su prueba concluyente, especialmente cuando lo que surge *prima facie* es un daño material.

En materia contractual podemos mencionar los siguientes supuestos: la postergación del casamiento que iba a contraer el comprador del departamento, ocasionada por el incumplimiento contractual del vendedor, constituye un daño moral indemnizable, ya que se trata de reparar la mortificación que se supone tener que deferir por culpa de un tercero, un acto de tanta importancia y significación afectiva como el matrimonio.

También se ha juzgado que configura agravio moral contractual el caso de los novios que contratan el servicio para el banquete de la fiesta de bodas. Llegado el momento, la empresa que debía prestarlo no lo realiza, con lo que los recién casados deben soportar la humillación de cancelar la fiesta de bodas.

El Daño moral en el Proyecto del 1998

Este proyecto utiliza el término "daño extramatrimonial", concepto que comprende, "al que interfiere en el proyecto de vida, perjudicando a la salud física o psíquica o impidiendo el pleno disfrute de la vida, así como al que causa molestias en la libertad, en la seguridad personal, en la dignidad personal o en cualquiera otras afecciones legítimas" (art. 1600, inc. b).

Pizarro, sostiene que la terminología no es idónea para reflejar la verdadera entidad de este perjuicio. Cree que **“daño moral”** o **“daño a la integridad espiritual”**, son denominaciones mas apropiadas, que reflejan con mayor precisión la verdadera entidad de la figura. La definición es por otra parte, poco precisa, pues pone acento en el ámbito de los derechos o bienes jurídicos lesionados y no en su repercusión en la espiritualidad del damnificado, como sería correcto.

El proyecto reconoce legitimación activa a la persona humana damnificada directa. En los casos de gran discapacidad o cuando del hecho dañoso resulte la muerte de la víctima, tiene legitimación a título personal, según corresponda conforme a las circunstancias, el cónyuge, los descendientes, los ascendientes y quienes convivían con ella recibiendo trato familiar ostensible. Se faculta al Juez **“para asignar legitimación a otros sujetos en casos especiales en los que el hecho tiene un grado de repercusión en el reclamante que excede del ordinario, habida cuenta de su vinculación con el damnificado y las demás circunstancias”** (art.1689). Es un criterio razonable que avanza sensiblemente sobre el criterio restringido de nuestro actual art. 1078.¹³

Consideraciones finales

El **“daño”** es el presupuesto mas importante de la responsabilidad civil. Tal es el protagonismo del daño como presupuesto de la responsabilidad civil, que desde el punto de vista metodológico, ha sido considerado como el primer requisito para que surja el deber de reparar. Ello en razón de que el problema de la responsabilidad del agente comienza a plantearse, cuando existe un daño causado. Recién en presencia de ese daño, el intérprete tiene que preguntarse si medió antijuridicidad, relación causal y un factor de atribución. A la inversa, si no hay daño alguno, resulta superfluo indagar la existencia o no de los otros presupuestos.

La opinión mayoritaria de nuestra doctrina – Bueres, Zabala de González, Lorenzetti, Lopez Meza, Casiello, etc.) Sostienen que en nuestro Código Civil solo se establecen dos grandes categorías de daño: **daño patrimonial** (daño emergente, lucro cesante, pérdida de la chance, etc.) y el **daño moral**. El pri-

¹³ Pizarro, Ramón D – Vallespinos, Carlos G– Instituciones de Derecho Privado– Obligaciones-TomoII– Edit. Hammurabi 1999, pág. 690.

mero está regulado por los arts. 519, 1068, 1069 y concs.; el daño moral en los arts. 522 y 1078 y concs. Las lesiones a la integridad psicofísica, a la estética y a la vida de relación constituyen formas de lesividad, que pueden generar – según la índole de los intereses afectados y de las proyecciones (patrimoniales o espirituales) de sus consecuencias– daño material o daño moral (o ambos).

El daño moral se determina en función de la entidad que asume la modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir y por la repercusión que tal minoración determina en el modo de estar de la víctima, que resulta siempre anímicamente perjudicial. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc. Son solo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido. *También, es claro que existen situaciones que ocasionan estrés, molestias, sinsabores y que son derivadas del diario vivir, de la cotidianidad y estos no tienen el “peso” suficiente como para lograr su resarcimiento. El resarcimiento del daño moral está relacionado con hechos de gravedad y es justamente una reacción frente a esa gravedad.*

Por todo ello, la reparación del daño moral debe ser valorada prudencialmente por el juez en el caso concreto, tomando en cuenta las circunstancias objetiva (la índole del hecho lesivo y sus repercusiones), como las personales o subjetivas de la propia víctima.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho reiteradamente que ***“no es necesario recurrir a criterios matemáticos, ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados en la ley de accidente de trabajo, aunque pueden ser útiles como pauta genérica de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que estas puedan tener en el ámbito de la vida laboral de la víctima y en su vida de relación...”***. El criterio de la Corte no es sino reiteración del sustento en otros precedentes que se citan en el mismo decisorio (CSJN – fallos, 315:2834, 321:1124, 322.1792, 320.1361).

–En cuanto a la legitimación activa del Daño moral, estimo que la actual redacción del artículo 1078 del Código Civil no participa del principio de la reparación integral cuando se trata de daño moral, la limitación que hoy surge de esta norma deviene inconstitucional al consagrar un tratamiento irrazonablemente distinto del que fluye nítidamente de las normas supranacionales, como ser los tratados sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional. La reparación del daño debe ser plena en todo sentido, como sostiene la Corte Suprema.

Considero que no se puede pretender limitar la legitimación activa, ergo, la reparación del daño moral, para impedir “supuestamente” una sucesión indefinida de damnificados indirectos, cuando lo que debe importar realmente es determinar la existencia o no del daño Moral. En tal sentido la Dra. Kemelmager de Carlucci, ha sostenido reiteradamente que: “...*habiéndose acreditado una circunstancia excepcional o una merma a la integridad psicofísica de los reclamantes, el reclamo de inconstitucionalidad del art. 1078 debe prosperar*”.

—**El daño moral debe ser probado**, al igual que los restantes presupuestos de la responsabilidad civil. Claro está que dicha prueba operará normalmente por vía de las presunciones judiciales —por inferencias de otros elementos— atento a la imposibilidad de mensurar el daño moral de la misma forma que el daño material. Salvo en el caso del daño moral contractual, donde los fallos de nuestros tribunales son, en general, reacios a su recepción y exigen pruebas más concluyentes.

Bibliografía

- AGOGLIA, MARÍA M. *El daño jurídico. Enfoque actual*. L. L. Buenos Aires. 1999.
- BREBBIA, ROBERTO. *El resarcimiento del daño moral después de la reforma del Decreto Ley 17.711*. E.D. 58-239.
- BUERES, ALBERTO J. *El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general*. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Rubinzal – Culzoni. N° 1.p. 237 y ss.
- ———, “El daño injusto y la ilicitud de la conducta”, en *Derecho de daños*, Ed. La Roca, Bs. As. 1989, pag. 142 Depalma, Buenos Aires, 1981.
- CAZEAUX, PEDRO N. *Daño actual. Daño futuro. Daño eventual e hipotético. Pérdida de la chance*. Temás de responsabilidad civil en honor al Dr. Augusto Morello. Platense. La Plata. 1981.
- CIFUENTES, SANTOS. *El daño moral*. Derecho de daños. Primera parte. Homenaje al profesor Jorge Mosset Iturraspe. Félix A. Trigo Represas.R.S. Stiglitz (Direc). La Rocca. Buenos Aires. 1989. p. 404 y ss.
- COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H.; *Obligaciones*; Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma; Buenos Aires, Año 1997
- DIEZ-PICAZO, LUIS, “En torno al daño moral”.

- GONZÁLEZ, JOSÉ. *El daño moral por incumplimiento contractual, en Daño Moral*. Alveroni, Córdoba 1994, p. 89.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA. “El daño a la Persona”, *Revista de Derecho Privado y comunitario*, Ed. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1992, N° 1, pag. 93.
- LEÓN, PEDRO. *El agravio moral*. Córdoba. 1926.
- LLAMBÍAS, JORGE. *El precio del dolor*. J.A. 1054 – III – 358.
- MAYO JORGE, “Sobre la legitimación activa para reclamar el daño moral”, *RCy S*, 2005, pag. 356.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE – *Responsabilidad Civil* – Edit. Hammurabi 1997.
- ————. *Diez reglas sobre cuantificación del daño moral*. *Rev.L.L.* 1994 – A – 728-731; 1994.
- ORGAZ, ALFREDO. *El daño resarcible*. 2º edición. Lerner. Córdoba. 1980.
- PEYRANO, JORGE W. *De la tarificación judicial “iuris tantum” del daño moral*. J.A. 1993 – I – 877.
- PIZARRO, RAMÓN D. *Daño moral*. Hammurabi. Buenos aires. 1996.
- PIZARRO, RAMÓN D – VALLESPINOS, CARLOS G. *Instituciones de Derecho Privado– Obligaciones-TomoII*– Edit. Hammurabi 1999, pág. 690.
- ZANNONI, EDUARDO A. *El daño en la responsabilidad civil*. 2^{da}. Edición Astrea. Buenos Aires. 1987.