



UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA

Santa María de los Buenos Aires

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho Civil Patrimonial

Trabajo Final Integrador:

**“EL DAÑO MORAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y
COMERCIAL DE LA NACIÓN”**

Directora: Dra. Elisa Romano

Maestranda: Abog. Ingrid Wilhelm

Año 2023

ÍNDICE:

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL CONCEPTO DE DAÑO.

I.1 Aspectos generales de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación.

I.2 Concepto de daño.

I.3 Distintas especies de daño.

I.3.1 Daño compensatorio y moratorio.

I.3.2 Daño común y propio.

I.3.3 Daño inmediato y mediato.

I.3.4 Daño previsto e imprevisto.

I.3.5 Daño actual, futuro y eventual.

I.3.6 Daño al interés positivo y daño al interés negativo.

I.4 Indemnización de daños y perjuicios.

I.5 Fundamento de la indemnización.

I.6 Finalidad de la indemnización.

I.7 Caracteres de la indemnización.

I.8 Requisitos del daño.

I.9 Existencia y prueba del daño.

CAPÍTULO II: EL DAÑO MORAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

II.1 Concepto de daño moral.

II.2 El daño moral en la legislación argentina. Antecedentes históricos.

II.2.1 Código de Vélez Sarsfield.

II.2.2 Reforma del año 1968 del Código de Vélez Sarsfield.

II.2.3 Anteproyecto del Código Civil del año 1998.

II.2.4 Anteproyecto de Código Unificado del año 2011.

II.2.5 Código Civil y Comercial de la Nación Ley N° 26.994.

II.3 Conclusiones.

CAPÍTULO III: EL DAÑO MORAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.

III.1 Definición del concepto de daño moral. Distinción terminológica.

III.2 Distinción entre el daño patrimonial y el daño moral y/o extrapatrimonial.

III.3 Daño moral y daño psicológico y/o psíquico.

III.4 Daño moral y daño estético.

III.5 Indemnización del daño moral.

III.5.1 Doctrinas negatorias.

III.5.2 Doctrinas a favor.

III.5.3 Indemnización punitiva vs. Indemnización resarcitoria.

III.6 Reparabilidad del daño moral.

III.6.1 Fundamento de la reparación del daño moral. Discusión doctrinaria. Consecuencias.

III.6.2 La reparación del daño moral en el ordenamiento legal argentino.

III.7 Prueba del daño moral.

III.8 Legitimación.

III.8.1 Daño moral y legitimación para reclamarlo.

III.8.2 El damnificado indirecto y el daño moral.

III.8.3 Interpretación del artículo 1741 CCyC.

CAPÍTULO IV: VALORACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL.

IV.1 La valoración del daño moral.

IV.2 La cuantificación del daño moral.

IV.3 Jurisprudencia.

IV.3.1 Criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

IV.3.2 Tribunales inferiores.

IV.4 Conclusiones.

CONCLUSIÓN FINAL

BIBLIOGRAFÍA

ANEXO: CUADRO DERECHO COMPARADO

INTRODUCCIÓN

En el presente Trabajo Final Integrador lo que se buscará es analizar el instituto del daño moral o extrapatrimonial en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación. Para ello, llevare a cabo el desarrollo de la recepción histórica del daño moral en el ya derogado Código Civil de Vélez Sarsfield, en la reforma de la Ley N° 17.711 y su recepción en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En el análisis se tendrá en cuenta especialmente las cuestiones de la valoración y cuantificación de este tipo de daño, con particular referencia a los diferentes criterios a la hora de cuantificar el daño moral, tal como surgen de la doctrina y la jurisprudencia.

Como es sabido, en nuestra doctrina nacional se encuentran diferentes opiniones en torno a este instituto, y si bien la mayoría coincide en la procedencia del resarcimiento del daño moral, también existe acuerdo en que el mencionado instituto reviste una gran dificultad en torno a su cuantificación por razones vinculadas con su naturaleza intrínseca: es imposible lograr una traducción económica exacta al dolor y a los padecimientos espirituales sufridos por una persona a raíz de un daño injustamente sufrido.

Es importante mencionar y destacar que el Código Civil de Vélez Sarsfield fue un pionero en la recepción del daño moral o extrapatrimonial como daño independiente del resto, y aunque si bien estaba contemplado en dos esferas de responsabilidad distintas, es decir, en la responsabilidad civil contractual y extracontractual, su tratamiento era idéntico en ambas y la doctrina nacional coincidió pacíficamente en ello, quedando finalmente plasmado en el Código Civil y Comercial de la Nación Ley N° 26.994, en adelante CCyC, que entró en vigencia el 1 de agosto del año 2015.

En nuestra legislación vigente, el daño moral o extrapatrimonial queda encuadrado de manera unificada en el artículo 1741 CCyC, titulado “Indemnización de las consecuencias no patrimoniales” y establece la legitimación para reclamar, ampliando los supuestos que ya obraban en el derogado Código Civil de Vélez, la posibilidad de suceder la acción indemnizatoria y la cuestión atinente a las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que se deberán tener en cuenta al momento de cuantificar el daño.

Con la nueva regulación se plantean algunos interrogantes importantes, que serán abordados en el presente trabajo y que se podrían resumir de la siguiente manera: ¿Qué es el daño moral?, es decir, cuál es su definición, y su diferencia con el daño psíquico, que según un sector de la doctrina, puede ocasionar inclusive daño moral; ¿Cuándo se configura?, esto es, cuál es su contenido y los supuestos fácticos que comprende; ¿Quiénes son los sujetos legitimados para reclamarlo?; ¿Es correcta la ampliación de la legitimación para reclamar el daño moral?; ¿Cómo y cuánto se calcula el monto indemnizatorio?; ¿Son claros y justos los criterios provistos por el Código para valorar y cuantificar el daño moral?; ¿Cómo ha sido la recepción de la nueva norma en la doctrina y la jurisprudencia?. Son estos interrogantes los que se abordarán en el presente trabajo.

Se analizarán también las diferencias que posee este tipo de daño con el daño patrimonial, el daño estético y el daño psicológico, así como también, las cuestiones relativas a su indemnización, reparación, prueba y legitimación para reclamarlo.

Además llevaré a cabo un estudio sobre su valoración y cuantificación, analizándolo a través de la doctrina y jurisprudencia, que obra en torno a la disimilitud de criterios a la hora de cuantificar al instituto del daño moral y/o extrapatrimonial.

Para finalizar, y como parte del presente trabajo, se ha incluido un anexo que presenta un cuadro de derecho comparado. En dicho cuadro, se efectúa una comparativa del tratamiento legal del instituto del daño moral y/o extrapatrimonial, en diversas legislaciones internacionales, entre las que se incluyen las de España, México, Nicaragua, Chile, Perú y otros países relevantes.

CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL CONCEPTO DE DAÑO

I.1 Aspectos generales de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Debemos partir de la base de que la persona humana siempre ha estado enfrentada a situaciones que le han provocado sufrimiento, pérdidas, menoscabo tanto en su persona como en sus bienes, lo que lo ha determinado a buscar distintas maneras de prevenir, evitar y, eventualmente, resarcir los perjuicios sufridos.

En la búsqueda de soluciones, se ha avanzado desde la justicia por mano propia hasta el establecimiento del Estado de Derecho que, a su vez, ha transitado diversas etapas tratando de encontrar soluciones adecuadas para las exigencias que las distintas sociedades han ido demandando, lo que ha permitido la depuración del sistema llegando al actual que, sin ser perfecto, da respuestas a prácticamente todas las situaciones que se plantean.

La visión histórica de la idea de responsabilidad civil nos remonta al origen del derecho, a las primeras manifestaciones de la actividad humana reguladas normativamente.

Por un lado, el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional, nos dice que *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*, consagrando así el principio *alterum non laedere*, es decir, no se debe dañar injustamente a otro.

Luego, en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, el instituto de la responsabilidad civil se encuentra regulado en el Libro Tercero, referente a los Derechos Personales, Título V denominado “Otras fuentes de las obligaciones”, Capítulo I.

Respecto del derogado Código Civil de Vélez Sarsfield, la responsabilidad civil estaba contemplada en dos variantes, por un lado la responsabilidad civil contractual y por el otro, la responsabilidad civil extracontractual. En la primera, el daño se torna resarcible por la violación producida a una obligación preexistente entre las partes, mientras que en la otra, es decir en la extracontractual, la responsabilidad civil deviene de la violación al deber genérico de no dañar. Esto significa que, en el ámbito contractual es menester la existencia previa de una relación obligacional entre las partes, la cual es violada por una de las mismas generando un daño y el consecuente derecho-deber de resarcir, mientras que en la esfera extracontractual no existe ningún vínculo generador de fuentes de obligaciones, salvo el daño injustamente causado violatorio del deber genérico de no dañar.

A pesar de encontrar la distinción de los dos regímenes plasmada en el Código Civil, la doctrina moderna admitió pacíficamente el carácter común de la responsabilidad civil, dejando de lado dicha distinción y tratándolos como una unidad conceptual. Luego, con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación - Ley 26.994, se supera esta cuestión, regulándose la responsabilidad civil por daños como un todo.

Es importante destacar que, en el Código Civil de Vélez no había una sección específica que regulara lo relativo al instituto de la responsabilidad civil y desde la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación esto cambió, dado que se puede encontrar todo un

conjunto de normas que se ocupan del instituto de la responsabilidad civil en los artículos que van desde el número 1708 al 1780.¹

Podemos decir que la responsabilidad civil es el deber de reparar el daño jurídicamente atribuible causado por el incumplimiento. Cuando hablamos de responsabilidad civil, se debe entender que se lo hace tomando en consideración aquello que afirmara Bustamante Alsina en cuanto a que significa ni más ni menos que la instrumentación de un particular y complejo sistema jurídico que permite en el caso concreto la determinación de un responsable, esto es, de aquel sobre quien recae el deber de dar una respuesta.²

A su vez, la responsabilidad puede ser entendida en distintos sentidos, desde una concepción amplia, se puede entender por responsable a todo aquel que debe cumplir, otro sentido es el de calificar como responsable al deudor que no ha cumplido y está sujeto a las acciones del acreedor. Al no haber acatado a la deuda, es decir, al comportamiento debido como prestación, el acreedor tiene derecho a ejecutarlo forzosamente, obtener la ejecución por otro a su costa, o reclamarle indemnización, y por último, en un sentido estricto, se dice responsable a quien, por no haber cumplido, se le reclama la indemnización.³

La responsabilidad tiene que ver con el deber de reparar frente a otro sujeto. Para Mazeaud, la noción de responsabilidad, se relaciona con la idea de reparación, que posee el sentido de que el perjuicio es padecido por alguien que es su autor, y no por la víctima misma. Lo cual no quita, que no todos los daños sean reparables, y que no siempre el autor sea solvente como para satisfacer efectivamente a la víctima. No por ello dejará de ser responsable.⁴

En cuanto a sus presupuestos, los mismos son: *a) antijuricidad o ilicitud objetiva*: Es el incumplimiento al ordenamiento jurídico. Es una transgresión normativa, una violación legal, una conducta contraria a derecho. Consiste en el incumplimiento del deber, ya sea de origen contractual o del deber general de no dañar. Cualquier acción u omisión que cause un daño a otro es antijurídica si no está justificada. Este presupuesto se encuentra regulado en los artículos 1716 y 1717 CCyC; *b) daño*: Según el artículo 1737 CCyC, hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona o el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva. A su vez, no hay indemnización sin daño. Es la lesión a un derecho subjetivo o interés de la víctima del incumplimiento jurídicamente atribuible; *c) relación de causalidad*: Esta relación debe ser entre el hecho y el daño, debe haber una relación de autoría. Es decir, que el hecho debe ser la causa del daño. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de responsabilidad con el hecho productor del daño, excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles. Este presupuesto encuentra su regulación en el artículo 1726 CCyC; y *d) factor de atribución*: En ausencia de normativa el factor de atribución es la culpa. Debe haber una violación atribuida a un sujeto. Es la razón para asignar el deber de reparar al sujeto sindicado como deudor. Puede ser objetivo (riesgo creado, riesgo provecho, deber de seguridad, obligación legal, equidad, etc.) o subjetivo (obrar con dolo o culpa). Los artículos 1721 y 1724 CCyC regulan este último presupuesto.

¹Fiorenza, Alejandro A., “La responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial”, en *El Derecho*, 2019, cita online: ED-CMXXIV-799, pág. 2

²Fiorenza, Alejandro A., “La responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial”, en *El Derecho*, 2019, cita online: ED-CMXXIV-799, pág. 2

³Alterini, Atilio A./Ameal, Oscar J./López Cabana, Roberto M., *Derecho de Obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, pág. 143-144.

⁴Alterini, Atilio A./Ameal, Oscar J./López Cabana, Roberto M., *Derecho de Obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, pág. 144-145.

Es dable sostener que en el imperio del nuevo Código Civil y Comercial, la responsabilidad civil se forma en aquel sector del Derecho Privado que se compone del conjunto de normas jurídicas que vienen a establecer una conexión entre el incumplimiento de los deberes generales de no dañar y de prevención del daño, con las obligaciones de resarcir y de prevenir que respectivamente le siguen a modo de sanción.⁵

La Dra. Zavala de González expresa que si bien a la responsabilidad civil se la regula en el nuevo Código Civil y Comercial como una de las diferentes fuentes de las obligaciones, debe ello ser interpretado en el sentido de que *“más que fuente u origen, dicha figura constituye un abanico de obligaciones, como efectos jurídicos de violar un deber genérico”*.⁶ Pero también adquiere significación lo dicho por Borda respecto a que *“la responsabilidad obra a modo de coacción, pero tiene carácter evidentemente secundario respecto del deber asumido”*.⁷

Queda en evidencia cómo el nuevo Código Civil y Comercial ha echado mano a una noción más bien amplia de la responsabilidad civil, acorde a la cual no puede quedar atada sólo a los deberes de no dañar y de prevención, o dicho de otra manera, a las obligaciones de resarcir y de prevenir un daño concreto, sino que, por el contrario, comprende tanto a los primeros como a las segundas, en conjunto.⁸

En cuanto a las funciones de la responsabilidad civil, las mismas son tres, a saber: *a) preventiva*: esta función tiene la finalidad de impedir el daño antes de que este suceda. En el caso de que el daño haya sucedido, su función es evitar que se agrave o disminuir su magnitud; *b) resarcitoria*: la violación del deber de no dañar a otro o el incumplimiento de una obligación da lugar a la reparación del daño causado; *c) punitiva*: esta función es similar al daño punitivo contenido en la Ley de Defensa del Consumidor, y cuya finalidad es la imposición de una pena disuasiva, ejemplificadora, a los fines de evitar que la conducta que provocó el daño sea repetida por su autor o por un tercero.

Hay que destacar dos grandes objetivos que están dispuestos por el sistema de responsabilidad, uno es la prevención del daño y el otro la reparación, establecidos en el artículo 1708 CCyC. “En el primero, subyace la idea de la existencia de un daño concreto y existente, el cual debe ser reparado, mientras que en el segundo un posible daño, futuro e incierto, el cual puede ser prevenido, o bien el ya producido, pero que puede agravarse.”⁹

El CCyC establece expresamente, en el artículo mencionado *ut supra*, cuáles son las funciones de la responsabilidad civil. En los últimos tiempos la doctrina y la jurisprudencia nacional se encuentran contestes en cuanto a que el objeto perseguido por el derecho de daños no se limita al resarcimiento del perjuicio ocasionado, sino que comprende otros fines, y en particular, la prevención del daño antes de que se produzca (faz preventiva), en cambio, es más debatido si ese sector del derecho tiene también una faz punitiva. El artículo culmina todo debate al respecto, ya que por un lado amplía el ámbito del derecho de daños también a la prevención de

⁵Fiorenza, Alejandro A., “La responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial”, en *El Derecho*, 2019, cita online: ED-CMXXIV-799, pág. 2-3

⁶Fiorenza, Alejandro A., “La responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial”, en *El Derecho*, 2019, cita online: ED-CMXXIV-799, pág. 4

⁷Fiorenza, Alejandro A., “La responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial”, en *El Derecho*, 2019, cita online: ED-CMXXIV-799, pág. 4

⁸Fiorenza, Alejandro A., “La responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial”, en *El Derecho*, 2019, cita online: ED-CMXXIV-799, pág. 4

⁹Fede, Claudio H./Lanzavechia, Gabriel E., “Aspectos generales de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial Argentino”, en *MJ-DOC-13609*, 2018, cita online: DACF180249, pág. 1

perjuicios futuros o en curso de producción, y por el otro descarta la supuesta función punitiva.¹⁰

Para el Dr. Alterini, “el Código consolida formalmente como idea guía que la responsabilidad civil no se agota en la clásica función de reparar el daño ocasionado, sino que también forma parte de ella la misión de prevenir la producción innecesaria de perjuicios.”¹¹

El artículo 1710 CCyC habla del deber de prevención del daño, diciendo que “*toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.*”

Existe acuerdo, como dice Caramelo, en que hay dos grandes dimensiones de la función preventiva: “En primer lugar, en el artículo [1710] se establece expresamente el deber general de no dañar y, correlativamente, un deber genérico de prevención del daño, que comprende no solo el perjuicio que aún no se ha causado como la disminución de la magnitud del que se está produciendo. En segundo término, a partir del artículo siguiente se trata acerca de la acción preventiva.”¹²

En cuanto a los alcances del deber de prevenir el daño, Caramelo entiende que “el inciso *a)* del artículo 1710 CCyC consagra expresamente el deber general de no dañar a otros, que según lo ha declarado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene rango constitucional. La transgresión de tal deber, además de habilitar la acción preventiva de los artículos 1711 a 1713 CCyC, funda la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil (art. 1717 CCyC). El inciso *b)* establece el deber genérico de evitar la producción de un daño, o de disminuir sus efectos, si este ya se produjo. Como tal, el deber consagrado en la norma puede hacerse valer erga omnes, es decir, no solo frente a quien causó el daño por medio de alguna acción suya, sino también contra todo aquel que pueda prevenir el perjuicio o evitar que se agrave, siempre que hacerlo se encuentre en su esfera de actuación.”¹³

Una cuestión debatida es qué alcance tiene la obligación de disminuir la magnitud del daño a la que hace referencia el artículo 1710 CCyC. En tal sentido, se ha dicho que “cuando la norma se refiere a disminuir la magnitud del daño, parte del aspecto cualitativo (entidad o medida del daño), y su extensión en el tiempo o prolongación. De esta manera, la tutela comprende todas las etapas y supuestos posibles en que se puede evitar el perjuicio, e incluye a los daños continuados.”¹⁴

Vale aclarar que la función preventiva encuentra su fundamento en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en donde se dispuso que las acciones que perjudiquen a terceros serán alcanzadas por la autoridad de los magistrados. Se desprende no sólo la obligación de reparar

¹⁰Caramelo, Gustavo/Picasso, Sebastián/Herrera, Marisa, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires, Infojus, 2015, Libro Tercero, t. IV, pág. 407

¹¹Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial: tratado exegético*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2018, t. VIII, 3° ed.

¹²Caramelo, Gustavo/Picasso, Sebastián/Herrera, Marisa, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires, Infojus, 2015, Libro Tercero, t. IV, pág. 411

¹³Caramelo, Gustavo/Picasso, Sebastián/Herrera, Marisa, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires, Infojus, 2015, Libro Tercero, t. IV, pág. 411.

¹⁴Caramelo, Gustavo/Picasso, Sebastián/Herrera, Marisa, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires, Infojus, 2015, Libro Tercero, t. IV, pág. 411.

el daño que se causa, sino, además, y con carácter prioritario y superior, el deber de evitar causar un daño.¹⁵

Este deber de prevención también significa que no se debe “agravar el daño producido”. Al respecto, para Caramelo se trata de “un supuesto distinto de los anteriormente relatados, pues el sujeto obligado no ha de esperar el reclamo indemnizatorio, ni el dictado de una sentencia para reparar el perjuicio, sino que, estando a su alcance hacerlo, debe evitar que el daño ya causado se agrave. Este último caso también comprende la situación de la propia víctima que, pudiendo hacerlo, no toma las medidas necesarias para disminuir el daño que ella misma sufrió, lo que puede conducir a que la futura indemnización únicamente comprenda el perjuicio originalmente ocasionado, mas no la agravación imputable al propio damnificado.”¹⁶

En los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, se reconoce que "tanto en el derecho comparado como en nuestro país existen discusiones doctrinales acerca de si la prevención y la punición integran o no la noción de responsabilidad; es necesario, pues, que la ley resuelva la controversia. Por ello, el primer artículo señala que las normas son aplicables a los tres supuestos, y los subsiguientes contemplan la prevención, la reparación y la sanción pecuniaria disuasiva"¹⁷

Es que “a partir de ello la Comisión consagra el deber de prevención para toda persona con los siguientes alcances: a) en cuanto dependa de ella, es decir, que la posibilidad de prevenir se encuentre en su esfera de control, ya que de lo contrario se puede convertir en una carga excesiva que afecta la libertad; b) se deben adoptar las diligencias conforme a lo que haría una persona que obrara de buena fe, disponiendo medidas razonables para evitar el daño o disminuir su magnitud o no agravarlo, si ya se ha producido; c) se reconoce el derecho al reembolso del valor de los gastos en que ha ocurrido siguiendo las reglas del enriquecimiento sin causa.”¹⁸

La omisión del deber de prevención da lugar a la acción judicial preventiva, regulada en el artículo 1711 CCyC, el cual establece que “*La acción preventiva procede cuando una acción y omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución*”.

El Código Civil y Comercial no se limita solo a consagrar el deber genérico de prevenir el daño, sino que además sienta las reglas básicas de la acción preventiva, en cuanto a los supuestos en que ella procede, los legitimados para promover la acción (art. 1712 CCyC), y las facultades con que cuenta el juez al momento del dictado de la sentencia en este tipo de acciones (art. 1713 CCyC).¹⁹

Los presupuestos de esta acción son: *a) autoría*: que en este caso puede consistir en un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño conforme con el artículo anterior; *b) antijuridicidad*: porque constituye una violación del mentado deber de prevención; *c) causalidad*: porque la amenaza de daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal que se define en artículos siguientes; *d) no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución*, que es lo que, además de la función, diferencia a esta acción de la

¹⁵Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 23

¹⁶Caramelo, Gustavo/Picasso, Sebastián/Herrera, Marisa, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires, Infojus, 2015, Libro Tercero, t. IV, pág. 411.

¹⁷Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial: tratado exegético*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2018, t. VIII, 3° ed.

¹⁸Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial: tratado exegético*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2018, t. VIII, 3° ed.

¹⁹Caramelo, Gustavo/Picasso, Sebastián/Herrera, Marisa, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires, Infojus, 2015, Libro Tercero, t. IV, pág. 413

obligación de resarcir.²⁰ A su vez, el artículo 1712 CCyC reconoce legitimación, estableciendo que la pueden reclamar quienes acrediten un interés razonable en la prevención del daño.

Mientras que el artículo 1713 CCyC hace referencia a la sentencia que admite la acción preventiva, la cual debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda en el caso en cuestión. Se debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

Caramelo sostiene que “la primera nota distintiva que, al respecto, trae el art. 1713 CCyC, es que el juez podrá actuar de oficio, es decir, podrá apartarse de las pretensiones esbozadas por las partes y adoptar la decisión que considere pertinente con el objeto de prevenir la producción del daño. De esta forma, el Código deja de lado, en lo que se refiere a la faz preventiva del derecho de daños, el principio de congruencia.”²¹

Además, agrega que “por otra parte, el art. 1713 CCyC establece un marco para la actuación del juez, quien, al dictar la sentencia preventiva, deberá ponderar los criterios de menor restricción posible, y de medio más idóneo para garantizar la obtención de la finalidad. Lo que se busca es que el magistrado cuente con amplias facultades para adoptar la decisión que mejor se adapte a la prevención del daño cuya producción se teme, de acuerdo a las circunstancias particulares del caso.”²²

Vale realizar una comparación, la cual se verifica en que “existe una cabal diferencia entre P. Prevención y P. Precaución. El precautorio es un principio más avanzado que el de prevención y ha tenido un avance pretoriano. Para que opere, tiene que existir un peligro de daño grave que pueda afectar la salud de la comunidad, esto es, que involucre el interés colectivo. La diferencia esencial entre aquellos principios es que la prevención opera sobre la certidumbre, mientras que la precaución carece de certidumbre. Esto permite agravar la protección en la aplicación del principio precautorio frente al de prevención”²³

Cafferatta, señala que “así como el principio de prevención tiende a evitar un daño futuro pero cierto y mensurable, el principio de precaución introduce una óptica distinta: apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos y por lo tanto imprevisibles. Opera en un ámbito signado por la incertidumbre”²⁴

Esta normativa del Código recibe la facultad de imponer medidas de prevención, que serán provisorias o definitivas. Para el caso de las provisorias, tendrán una duración limitada en el tiempo, no así las definitivas, en donde no se reconocerán límites temporales. Se suma la posibilidad de ser impuestas a pedido de parte y aún de oficio por los jueces.²⁵

Parte de la doctrina y jurisprudencia se pronunciaba en contra de la tutela preventiva de oficio, basándose en que se violaba el principio de congruencia. En cambio, para otro sector, el

²⁰Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial: tratado exegético*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2018, t. VIII, 3° ed.

²¹Caramelo, Gustavo/Picasso, Sebastián/Herrera, Marisa, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires, Infojus, 2015, Libro Tercero, t. IV, pág. 416.

²²Caramelo, Gustavo/Picasso, Sebastián/Herrera, Marisa, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires, Infojus, 2015, Libro Tercero, t. IV, pág. 416

²³Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial: tratado exegético*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2018, t. VIII, 3° ed.

²⁴Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial: tratado exegético*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2018, t. VIII, 3° ed.

²⁵Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 33

pronunciamiento era a favor, fundando la facultad judicial en los poderes o las facultades inherentes de los jueces, su rol social, el activismo judicial y los mandatos periféricos.²⁶

Respecto a la función clásica de la responsabilidad civil, la misma es la resarcitoria, que procura compensar los daños por medio de la restitución del damnificado a la situación anterior al hecho generador del menoscabo, sea el mismo por el pago en dinero o en especie.²⁷

Además, como es señalado en el Código comentado del Dr. Alterini “la finalidad indemnizatoria no es desconocida por ninguna de las teorías que procuran definir cuál o cuáles son las funciones actuales de la responsabilidad. Ello, permitió aseverar que “la reparación de la víctima es la finalidad indiscutible y fundamental de la responsabilidad civil”. O, en palabras de Geneviève Viney que dentro de la óptica actual, la indemnización de los daños es considerada como el objeto esencial de la responsabilidad civil”.²⁸

En lo que respecta a la diferencia entre el derecho de daños y la responsabilidad civil, es dable destacar que antes, solo se hablaba de responsabilidad civil, “no hay responsabilidad sin culpa”. El foco estaba puesto sobre el culpable, el deber de reparar estaba vinculado al reproche de conducta, el culpable era igual al responsable, deudor de la obligación. Se requería de la culpa para que haya responsabilidad, ya que sólo se preveía la responsabilidad subjetiva. Existía una desprotección hacia la víctima del daño, resultando difícil probar la culpa.

Luego, hubo un cambio de concepto y de denominación, ya que el derecho de daños es un concepto moderno, en donde el foco está puesto en el damnificado, en el daño injustamente causado. Por ello, se busca un medio de que a la víctima le sea indemnizado el daño. El objeto es la reparación del daño y su prevención. Es aplicable el principio “*in dubio pro débili*”, el más débil es probablemente el damnificado.

I.2 Concepto de daño

Partamos de la base de que el daño es el presupuesto central de la responsabilidad civil, la acción antijurídica no es punible si no se ocasiona un daño. En el Código Civil de Vélez, los artículos 506 y 511 precisaban que “el deudor es responsable al acreedor de los daños e intereses...”, y con mayor precisión, el artículo 1067 prescribía que “no habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar...”.

A su vez, el artículo 1068 también del Código de Vélez, brindaba una noción estableciendo 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”

Como se mencionó anteriormente, “el daño es el presupuesto esencial de la responsabilidad civil, puesto que su ausencia determina la inexistencia de una conducta o actividad antijurídica. El Código Civil y Comercial -a diferencia del Código Civil- incluye un concepto de daño jurídico, abarcativo del daño patrimonial y no patrimonial. El Código anterior definía sólo el daño patrimonial, identificándolo como un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria,

²⁶Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 33

²⁷Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial: tratado exegético*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2018, t. VIII, 3° ed.

²⁸Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial: tratado exegético*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2018, t. VIII, 3° ed.

fuera directo -en las cosas de su dominio o posesión- o indirecto -por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades-, en los términos del artículo 1068 Cód. Civ”.²⁹

Hoy el Código Civil y Comercial de la Nación define el concepto de daño en su artículo 1737, estableciendo que “*Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva*”, mientras que el artículo 1738, del mismo cuerpo normativo dispone que “*la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia de su proyecto de vida*”.

Se puede decir que en un sentido amplio es la lesión a un derecho subjetivo, mientras que en un sentido estricto, es la consecuencia de esa lesión. Por ejemplo, en el caso del daño moral, este es una lesión a los derechos subjetivos personalísimos, a los sentimientos, pero la consecuencia de esa lesión es el resarcimiento, que es siempre apreciable en dinero. Se busca algo que repare el daño pero en forma satisfactoria.

El daño en sentido estricto es la lesión que debe recaer sobre ciertos derechos subjetivos, patrimoniales o extrapatrimoniales, cuyo menoscabo genera una sanción patrimonial. “Determinar qué se entiende por daño constituye una cuestión de fundamental importancia, tanto para el damnificado como para el sindicado como responsable, en la medida en que los límites cualitativos y cuantitativos del derecho del primero y la obligación de resarcir del segundo pasan por la cuestión conceptual.”³⁰

Para Picasso queda claro que “lo primero que se advierte es que la definición del artículo 1737 engloba dos categorías heterogéneas, pues la lesión a un derecho puede a su vez afectar intereses de diversa naturaleza. Más allá de ello, es prístino que la clave de la definición está constituida por la lesión de un interés no reprobado por el ordenamiento, constituya o no el sustrato de un derecho subjetivo.”³¹

Agregando, además que “sin perjuicio de esa primera caracterización, a la hora de referirse a los daños resarcibles el CCyC deja bien en claro que lo que se repara son las consecuencias de aquella lesión, que se proyectan ora en el patrimonio ora en la esfera extrapatrimonial de la persona. Así, el artículo 1738 CCyC menciona como daños resarcibles al daño emergente y al lucro cesante, y señala expresamente que la indemnización comprende también ‘las consecuencias’ de la lesión de los derechos y bienes personalísimos de la víctima. Asimismo, el artículo 1741 CCyC se refiere *expressis verbis* a la indemnización de las consecuencias no patrimoniales”.³²

Es importante diferenciar y/o distinguir el hecho dañoso en sí, es decir el comportamiento, sea el incumplimiento de una obligación o la comisión de un acto ilícito, y su consecuencia, que es el daño. Ambos integran el supuesto de hecho necesario para que surja la responsabilidad civil. Pero el daño, además, puede ser considerado como efecto jurídico en cuanto consecuencia del hecho dañoso, o como causa de efectos jurídicos, es decir, como hecho jurídico que produce

²⁹Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 236

³⁰Fiorenza, Alejandro A., “El daño resarcible”, en *El Derecho*, 2019, cita online: ED-CMXXIV-946, pág. 1.

³¹Picasso, Sebastián, “Daño extrapatrimonial contractual”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2018, pág. 137.

³²Picasso, Sebastián, “Daño extrapatrimonial contractual”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2018, pág. 137.

la reacción del ordenamiento, determinando el nacimiento de la obligación de resarcir el daño o contra-daño.³³

Para la jurisprudencia el daño “en un sentido amplio significa la ofensa o lesión de un bien jurídico cualquiera y respecto de la responsabilidad civil, con un contenido más preciso, representa el menoscabo de valores económicos o patrimoniales, daño material, o bien la lesión al honor o a las afecciones legítimas, daño moral”.³⁴

Por ende, el concepto de daño brindado por el artículo 1737, y que se centra en la lesión de un interés no prohibido por el Derecho, se debe complementar, además, con la referencia a las consecuencias resarcibles que efectúan los artículos 1738 y 1741, advirtiéndose que el articulado del Código Civil y Comercial viene a combinar dos de los grandes conceptos de daño que se habían sostenido en la doctrina.³⁵

Es importante mencionar que se encuentran diferentes teorías respecto a lo que se entiende por “daño”: en un primer lugar corresponde hacer mención de aquél sector para el cual el daño se identifica con el bien jurídico afectado o menoscabado (cosas, derechos susceptibles de valor económico o bienes extrapatrimoniales como la vida, el honor, la intimidad). Esta postura sostiene que “[...] el daño es el menoscabo a un bien jurídico, entendiendo por tal a las cosas y a los bienes o derechos que no son cosas. Dentro de ellos cabe incluir también a los derechos personalísimos, como el honor o la intimidad, a los atributos de la persona, etc. [...]. Aquí, el daño se identifica con la lesión que recae de manera inmediata sobre un determinado bien jurídico”. A raíz de ello se entiende por qué tienen entendido sus seguidores que si el hecho vulnera un bien de significación económica el daño es patrimonial; en cambio, cuando se lesiona un bien que no reviste carácter patrimonial, el daño es moral.³⁶

Una segunda posición, la que se conoce como clásica, consideran que el daño constituye la afectación o mengua de un derecho subjetivo, es decir, de un derecho expresamente reconocido por el ordenamiento jurídico y sobre el cual el sujeto tiene acción para hacerlo valer; y según cuál sea la naturaleza de ese derecho, el daño será patrimonial o extrapatrimonial. Para sus seguidores el daño no puede ser concebido como la lesión a un interés cualquiera, sino que el mismo debe ser jurídico, es decir, que debe encontrarse expresamente regulado por la ley. Descartando así la posibilidad de reclamar si el interés no está plasmado en una norma jurídica.³⁷

La tercera corriente considera que el daño es la lesión de un interés jurídico entendido como la facultad de actuar del sujeto para obtener el bien jurídico objeto de satisfacción o la expectativa lícita de continuar obteniéndolo. Quienes la adoptan afirman que “[...] el daño consiste en la lesión a un interés jurídicamente tutelable, reconocido o no de manera explícita por el Derecho, pero no reprobado”; de modo que “[...] ya no se identifica con la lesión al bien, sino con la lesión al interés que se tutela respecto de ese bien”. Para esta tercera posición es de plena aplicación aquello de “[...] que lo que el Derecho tutela, el daño lo vulnera. Si el Derecho tutela un determinado interés humano, éste puede ser atacado por un daño, que será un daño en sentido jurídico (daño jurídico), en cuanto contra él apresta el Derecho la propia reacción. Es evidente, pues [...], que sólo tendrá relevancia el daño jurídico –aquel que posea un *quid iuris*–

³³Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 237

³⁴Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 237

³⁵Picasso, Sebastián, “Daño extrapatrimonial contractual”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2018, pág. 137.

³⁶Fiorenza, Alejandro A., “El daño resarcible”, en *El Derecho*, 2019, cita online: ED-CMXXIV-946., pág. 1-2.

³⁷Fiorenza, Alejandro A., “El daño resarcible”, en *El Derecho*, 2019, cita online: ED-CMXXIV-946, pág. 2.

por lo que podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que el objeto de un menoscabo jurídico no es más que un interés jurídicamente tutelado. Todo aquel interés que no encuentre tutela en nuestro Derecho y que sea lesionado, como también todo aquel daño simplemente naturalístico –que consista únicamente en un simple menoscabo a bienes– no provocará la reacción del sistema a fin de lograr una reparación del mismo. La simple lesión a un bien no es daño en sentido jurídico sino en sentido naturalístico; si el bien sobre el cual recae la lesión física no satisface un interés humano, no existe daño jurídico. Ello así, toda vez que el Derecho no tutela los bienes en sí mismos considerados, abstractamente, sino en la medida que satisfagan un interés humano”³⁸

Por último, cabe mencionar la teoría en virtud de la cual se sostiene que el daño atiende primordialmente al resultado, a los efectos o a las consecuencias de la lesión o detrimento; por lo que será patrimonial cuando repercuta en los bienes de valor económico, o bien será moral en el caso de que afecte la integridad extrapatrimonial o espiritual de la persona. Según explica Leiva, “[...] para esta posición [...] el daño no puede ser identificado con la sola lesión a un derecho de índole patrimonial o extrapatrimonial ni a un interés que es presupuesto de aquel, sino que es la consecuencia perjudicial, o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. Entre la lesión y el menoscabo existe una relación de causa-efecto. El daño resarcible es esto último”³⁹

I.3 Distintas especies de daño

Es dable destacar que existen diferentes especies de daño. En este punto analizaremos seguidamente las principales clasificaciones del instituto objeto del presente capítulo.

I.3.1 Daño compensatorio y moratorio

Estas especies de daño se originan exclusivamente en el incumplimiento de la obligación, deber jurídico específico.

El daño compensatorio abarca todo el menoscabo patrimonial provocado por un incumplimiento de la obligación que se estima definitivo. Mientras que, el daño moratorio, supone la final ejecución de la obligación y computa el detrimento patrimonial producido por la demora en satisfacer la prestación por parte del deudor.⁴⁰

Para el Dr. Mosset Iturraspe, el daño compensatorio es el producido por el incumplimiento: supone que la obligación principal haya quedado sin cumplir, definitivamente, o haya sido imperfecta o parcialmente ejecutada, a su vez persigue, con la indemnización compensatoria, que es su consecuencia, proporcionar al acreedor, de manera equivalente, el beneficio que pudo obtener del incumplimiento íntegro y efectivo de la misma. La indemnización compensatoria no se acumula con el cumplimiento íntegro y efectivo de la obligación primitiva y tiene, respecto de ella, carácter subsidiario.⁴¹

En cambio, “el daño moratorio supone la falta de satisfacción oportuna de la obligación, cuando el deudor deja pasar el plazo expreso y cierto o es interpelado al vencimiento del incierto o tácito o, en las obligaciones sin plazo, luego de la fijación judicial del plazo e interpelación y siempre que el retraso sea imputable al deudor. Esta forma de incumplimiento supone que la

³⁸Fiorenza, Alejandro A., “El daño resarcible”, en *El Derecho*, 2019, cita online: ED-CMXXIV-946, pág. 2.

³⁹Fiorenza, Alejandro A., “El daño resarcible”, en *El Derecho*, 2019, cita online: ED-CMXXIV-946, pág. 3.

⁴⁰Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1973, t. I, 2° ed., pág. 290.

⁴¹Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 1998, t. I, pág. 267.

obligación pueda ser llevada a cabo posteriormente, ya sea en forma voluntaria o forzada. El daño que el acreedor haya experimentado con la falta de cumplimiento oportuno es resarcido mediante la indemnización moratoria, destinada a sancionar el retardo en que haya incurrido el deudor y a proporcionar al acreedor el equivalente de la ventaja que debió obtener de no mediar esta forma de incumplimiento.”⁴²

La indemnización moratoria es acumulable a la obligación principal, ya sea ésta cumplida en naturaleza o por equivalente: indemnización compensatoria. Ello es así porque el acreedor experimenta dos tipos de daños, de suerte que sólo la indemnización en conjunto le compensa el beneficio que hubiere podido obtener del exacto cumplimiento de la obligación⁴³

El Dr. Jorge J. Llambías dice que la indemnización del daño compensatorio sustituye a la prestación originaria. El acreedor, frustrado en su expectativa concerniente al objeto de la obligación, obtiene la satisfacción de su derecho por medio de una indemnización pecuniaria que entra en su patrimonio en sustitución de la prestación originaria. En cambio, la indemnización del daño moratorio se acumula al objeto de la obligación. El deudor que incurre en mora debe satisfacer desde entonces, dos prestaciones: la de la obligación originaria, todavía susceptible de cumplimiento, ya que si así no fuera, no se plantearía la cuestión del resarcimiento del daño moratorio que supone la consiguiente ejecución de aquella obligación, y además la referente a la reparación del daño moratorio. Son dos deudas distintas, donde una emana de la fuente que ha constituido la obligación primitiva, y la otra se origina en la morosidad del deudor.⁴⁴

A su vez, la obligación de resarcir el daño moratorio es ciertamente accesorio de la obligación primitiva. En cambio, se duda acerca del carácter accesorio de la obligación de indemnizar el daño compensatorio. Algunas obligaciones no originan sino un daño moratorio, y queda excluido a su respecto, como principio general, el daño compensatorio: siendo estas las obligaciones de dar sumas de dinero.⁴⁵

Para los Dres. Trigo Represas y López Mesa el daño compensatorio “es el ocasionado por el incumplimiento; el mismo supone que la obligación principal ha quedado sin cumplir definitivamente o ha sido ejecutada en forma imperfecta o parcial. Cuando existe daño compensatorio no se está en presencia de una demora o retardo en el cumplimiento, sino de un incumplimiento total o de un cumplimiento defectuoso de la obligación, que deja verdaderamente insatisfecho el derecho al acreedor. Por ello, en este supuesto, la indemnización entra en sustitución de la prestación originaria objeto de la obligación”⁴⁶

En el caso del daño moratorio, este “implica la falta de satisfacción oportuna de la obligación. Pueden darse tres casos: a) cuando el deudor cumple tarde la obligación existiendo plazo expreso y cierto de vencimiento; b) cuando es interpelado, en una obligación de plazo incierto,

⁴²Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 1998, t. I, pág. 267-268.

⁴³Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 1998, t. I, pág. 268.

⁴⁴Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1973, t. I, 2° ed., pág. 290-291.

⁴⁵Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1973, t. I, 2° ed., pág. 291-292.

⁴⁶Trigo Represas, Félix A./López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, t. I, 1° ed., pág. 445.

y cumple tardíamente; y c) cuando cumple la prestación luego del vencimiento del plazo fijado judicialmente, en las obligaciones sin plazo.”⁴⁷

En el caso del daño moratorio su resarcimiento tiene dos objetivos: sancionar el retardo en el cumplimiento del deudor y proporcionar al acreedor el equivalente de la ventaja que debía obtener del cumplimiento temporáneo de la obligación, este resarcimiento se acumula al objeto de la prestación y constituye un accesorio de la obligación primitiva. Esta acumulación se explica porque el acreedor sufre dos clases de daño distintas, por lo que sólo la indemnización conjunta de ambos le compensa el beneficio que hubiera podido obtener del exacto cumplimiento de la obligación.⁴⁸

En definitiva, el daño moratorio deriva de la insatisfacción temporaria del acreedor, por el retardo que le es imputable al deudor. Más allá de que la obligación produzca su efecto normal, es decir que el acreedor obtiene finalmente la prestación en especie, sea está en forma espontánea por parte del deudor o mediante ejecución forzada, el estado de mora lo pone en la obligación de resarcir los daños ocasionados hasta el cumplimiento. Esta obligación resarcitoria es accesoria de la obligación primitiva, se la puede anexar al cumplimiento tardío de la prestación, a la ejecución específica o a la indemnización del daño compensatorio.⁴⁹

En cambio, el daño compensatorio corresponde a la inejecución definitiva. Abarca el valor que para el acreedor representaba la prestación incumplida. Se debe considerar que el incumplimiento provoca daño en el patrimonio del acreedor, por la prestación que falta en sí misma y por los perjuicios patrimoniales que son su consecuencia.⁵⁰

1.3.2 Daño común y propio

Los daños comunes son los que cualquier persona indistintamente habría experimentado como consecuencia del incumplimiento de la obligación. Por el contrario, son daños propios aquellos que sufre únicamente una persona determinada por las circunstancias que le atañen a ella⁵¹. O dicho de otra forma, “es el que perjudica al acreedor por sus condiciones especiales o por su situación singular.”⁵²

“Como dice Yzquierdo Tolsada, con cita de Von Tuhr, tratándose de daños puramente patrimoniales, no hay que tener en cuenta el valor especial que la cosa represente para su dueño por razones personales. Existen objetos que no tienen el menor valor en el mercado y que, sin embargo, pueden tenerlo muy grande para el propietario. El daño común, demostrado que sea, es siempre reparable; en cambio, el daño propio, aun probado, sólo sería resarcible si hubiera sido conocido por el deudor al contraer la obligación. Nuestros tribunales han considerado que para que el daño propio sea indemnizable, es requisito esencial que el deudor tenga conocimiento de la importancia que reviste para el acreedor el pago puntual de la obligación y

⁴⁷Trigo Represas, Félix A./López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, t. I, 1° ed., pág. 445.

⁴⁸Trigo Represas, Félix A./López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, t. I, 1° ed., pág. 445-446.

⁴⁹Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 242

⁵⁰Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 243

⁵¹Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1973, t. I, 2° ed.

⁵²Trigo Represas, Félix A./López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, t. I, 1° ed., pág. 446.

las consecuencias que su omisión traería aparejada, conocimiento que ha de ser contemporáneo a la constitución de la obligación y no puede ser suplido por información posterior.”⁵³

El daño común es el que experimenta cualquier acreedor por motivo del incumplimiento de la obligación, o cualquier víctima a raíz del hecho ilícito. En cambio, el daño propio es el sufrido por el acreedor en particular, es decir, con consideración a su exclusiva esfera de intereses.⁵⁴

1.3.3 Daño inmediato y mediato

Los daños inmediatos son los que resultan invariablemente del incumplimiento del deudor, según el curso natural y ordinario de las cosas. En cambio, los daños mediatos son los que resultan únicamente de la conexión del incumplimiento del deudor con un hecho distinto.⁵⁵

“Daño inmediato es el que se encuentra en primer grado de conexión causal con el incumplimiento contractual o con el hecho ilícito; deriva de ellos, sin que medie otro acontecimiento con el resultado dañoso. El daño mediato tiene una conexión causal de segundo grado, pues resulta del vínculo del hecho generador con un acontecimiento distinto”.⁵⁶

1.3.4 Daño previsto e imprevisto

Los daños previstos son los que de hecho ha tenido en cuenta el deudor al tiempo de contraer la obligación, e imprevistos los que se encuentran en la situación opuesta. Con una pequeña diferencia, se distinguen de esa manera, los daños en previsibles e imprevisibles. Los primeros son los susceptibles de previsión al tiempo de contraerse la obligación, mientras que en los segundos, no.⁵⁷

En nuestro ordenamiento jurídico está establecido que como regla, la previsibilidad, que es la aptitud para prever, respecto del resultado dañoso alcanza hasta el segundo grado de conexión causal. Excepto disposición legal en contrario, el artículo 1726 CCyC ordena reparar las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles, adoptando una apreciación en abstracto se toma en cuenta el patrón del hombre medio.⁵⁸

En el caso del ámbito contractual, se adopta la apreciación en concreto, en virtud de lo establecido en el artículo 1728 CCyC, “en los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración”. Para el supuesto de dolo del deudor, se incluyen además las consecuencias previsibles al tiempo de la mora “cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento”.⁵⁹

⁵³Trigo Represas, Félix A./López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, t. I, 1° ed., pág. 447.

⁵⁴Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 244

⁵⁵Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1973, t. I, 2° ed., pág. 292.

⁵⁶Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 243

⁵⁷Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1973, t. I, 2° ed., pág. 293.

⁵⁸Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 243

⁵⁹Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 243

1.3.5 Daño actual, futuro y eventual

Por daño actual debe entenderse el detrimento patrimonial ya acontecido y que aún subsiste sin reparar. En el caso del daño futuro, es el que habrá de sufrir necesariamente el damnificado en un tiempo posterior, tal daño es resarcible si puede, desde ya ser apreciado pecuniariamente. Mientras que, el daño eventual es el problemático o conjetural, que puede o no ocurrir, y de ahí que no sea en principio resarcible. Ya que, si se indemnizara y luego el daño no se ocasionase, el damnificado meramente eventual se enriquecería sin causa a costa del responsable. Sin embargo, si el daño eventual por el peligro que comporta provoca la desvalorización de la cosa sometida a ese riesgo, se presentará un daño actual que si será resarcible. El daño eventual se traducirá en un daño actual.⁶⁰

Según el Dr. Yzquierdo Tolsada, “desde el momento en que todo daño es efecto o consecuencia de una acción u omisión, cronológicamente es siempre posterior al suceso en que tal acción u omisión vino a consistir. Pero cuando hablamos de daño presente o actual y daño futuro, el momento de análisis es el de la resolución judicial que resuelve sobre los mismos.”⁶¹

Para el Dr. Mosset Iturraspe, daño actual “es el ya producido al momento que el juez toma en cuenta para fijar el resarcimiento: iniciación de demanda, producción de la prueba, sentencia, etcétera”⁶². Mientras que para los Dres. Trigo Represas y López Mesa “es el daño, menoscabo o perjuicio que emana de un hecho ya acontecido y que ha producido todas sus consecuencias, bien definidas y perfiladas, al momento de reclamarse la indemnización”⁶³

El derogado Código de Vélez se refería a este tipo de daño en su artículo 519 cuando mencionaba “el valor de la pérdida que haya sufrido” el acreedor por el incumplimiento de la prestación, y en el artículo 1069 diciendo “perjuicio efectivamente sufrido” por la víctima del acto ilícito.⁶⁴

En lo que respecta al daño futuro cabe hacer una distinción en dos grandes bloques: “a) *daño futuro propiamente dicho*: en este supuesto se trata de un hecho ocurrido pero cuyas consecuencias dañosas no han cerrado aún todo su ciclo, y se sabe que, de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos, en el futuro aumentarán sus repercusiones perjudiciales, en cuyo caso estas consecuencias futuras son indemnizables y le es permitido al juez extender las miradas a las posibilidades del porvenir; y b) *daño hipotético o eventual*: cuando al momento de reclamarse la indemnización, no se ha producido aún el hecho dañoso y lo que hay es solamente una posibilidad de que el mismo acontezca, en cuyo caso no se tiene derecho a reclamar indemnización alguna. Conforme ha decidido nuestra CSJN, para que el daño sea resarcible, ha de ser cierto y no eventual o hipotético, esto es, real y efectivo. Debe haber certidumbre en cuanto a su existencia, en el caso del daño actual, o suficiente probabilidad, de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos, de que el mismo

⁶⁰Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1973, t. I, 2° ed., pág. 295-296.

⁶¹Trigo Represas, Félix A./López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, t. I, 1° ed., pág. 451.

⁶²Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 1998, t. I, pág. 260.

⁶³Trigo Represas, Félix A./López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, t. I, 1° ed., pág. 451.

⁶⁴Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 1998, t. I, pág. 260.

llegue a producirse como previsible prolongación o agravación de un perjuicio en alguna medida ya existente, en el supuesto de daño futuro.”⁶⁵

El daño actual es incuestionablemente indemnizable. El daño futuro requiere de algunas precisiones, diferenciando las consecuencias dañosas futuras de un hecho ya acontecido, y el daño que es futuro porque ni siquiera ha ocurrido el evento dañoso al momento de la reclamación y sólo existe una perspectiva de que tal evento ocurra.⁶⁶

Además, “el principio general es que siempre se indemniza el daño actual, el daño para ser indemnizable tiene que tener actualidad, porque el daño futuro bien puede nunca acontecer. Por eso, la jurisprudencia ha distinguido entre un daño futuro necesario o inevitable, que resulta indemnizable, y un daño futuro eventual, que no se indemniza, por no existir certidumbre acerca de su producción. El daño futuro necesario si resulta indemnizable. En dicho caso, las consecuencias futuras de un hecho pasado son indemnizables, a condición de que exista certidumbre de que ocurrirán. Tales consecuencias pueden importar un daño emergente como un lucro cesante, o sea una pérdida, detrimento o, menoscabo a sufrir, o una ganancia que se dejará de percibir.”⁶⁷

Por otro lado, “el daño futuro es indemnizable cuando el hecho ha ocurrido pero las consecuencias dañosas no han cerrado aún todo su ciclo y, conforme el curso natural y ordinario de las cosas, se sabe que en el futuro aumentarán sus repercusiones perjudiciales. La CSJN ha juzgado que es procedente el reclamo indemnizatorio a título de daño futuro, si su acontecer se presenta con un grado de certeza objetiva, tornándose previsible el mantenimiento de las condiciones que motivaron el pedido de resarcimiento. Ello es así porque el requisito de certidumbre existe, con respecto al daño futuro, cuando se trata de consecuencias del acto ilícito que aparecen desde ya como la prolongación inevitable o previsible del daño actual ya sucedido.”⁶⁸

Entre el daño actual y el daño futuro, el punto de inflexión temporal es el momento de la sentencia. El daño va a ser actual si ya se ha producido a la fecha de la sentencia, en cambio, el daño futuro es el que todavía no ha sucedido, aunque su causa generadora ya existe. Dentro de este último tipo de daño, queda incluido el daño continuado o sucesivo, que es la prolongación de un daño actual.⁶⁹

1.3.6 Daño al interés positivo y daño al interés negativo

Para Llambías “la clave de la clasificación consiste en la virtualidad jurídica del título en que se apoya la pretensión resarcitoria del demandante. El daño al interés positivo engloba las perspectivas favorables que el acreedor podía legítimamente esperar como resultado del cumplimiento de la obligación. Por esto se lo denomina también “interés de cumplimiento”. El acreedor tenía en su crédito un título válido y eficaz, que constituía una causa legítima de las

⁶⁵Trigo Represas, Félix A./López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, t. I, 1° ed., pág. 451-452.

⁶⁶Trigo Represas, Félix A./López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, t. I, 1° ed., pág. 452.

⁶⁷Trigo Represas, Félix A./López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, t. I, 1° ed., pág. 452.

⁶⁸Trigo Represas, Félix A./López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, t. I, 1° ed., pág. 453.

⁶⁹Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 242

ventajas esperadas: si el deudor no cumple con la obligación, ha de responder por la frustración de los beneficios con que contaba el acreedor y que se fundaban en la virtualidad de su título.”⁷⁰

Mientras que, en lo que respecta al daño al interés negativo, decía que el mismo “supone la invalidez o ineficacia del acto jurídico que había originado la obligación, la cual queda consiguientemente sin causa y por ello carente de la virtualidad que le era propia. El interés negativo del acreedor consiste, en esta hipótesis, en el resarcimiento de los daños y perjuicios que no habría sufrido, si no se hubiera constituido la obligación. Si el acreedor no es culpable de la invalidez o ineficacia del acto originario de la obligación no es justo que sufra las derivaciones de esa contingencia. En la consideración del interés negativo del acreedor se mira hacia el pasado, tratando de restablecer el statu-quo patrimonial anterior a la constitución de la obligación que ha resultado desvanecida. Por el contrario, en la consideración del interés positivo se mira hacia el porvenir, computando como medio idóneo de incremento patrimonial el título del acreedor que lo habilitaba para exigir el cumplimiento de la obligación, y obtener con ello las ventajas esperadas.”⁷¹

Por otro lado, para los Dres. Trigo Represas y López Mesa “el interés positivo es el que se origina a raíz del incumplimiento de un contrato válidamente constituido, engloba las perspectivas favorables que el acreedor podía legítimamente esperar como resultado del cumplimiento de la obligación. El daño al interés negativo se configura siempre que el acto jurídico que origina la obligación se torna inválido o ineficaz, siendo procedente la reparación de los daños y perjuicios que aquél no habría sufrido si no se hubiera constituido la obligación.”⁷²

Agregando los mismos que “el daño al interés negativo o de confianza tiene por objeto reparar las consecuencias de la frustración de la expectativa contractual, ya sea porque no se perfeccionó, o se resolvió, o se anuló. Dicho resarcimiento tratará de dejar al acreedor en igual situación a la que estaba anteriormente, con lo cual reparará los gastos y erogaciones que hubiera hecho, teniendo en consideración el futuro contrato, como así también los beneficios no obtenidos por ello.”⁷³

Para el Dr. Bueres, el daño al interés negativo es “aquel que se compone por todos los daños sufridos por el acreedor a causa de haber confiado en la vigencia de un contrato que no se concretó o que se extinguió.”⁷⁴

Por último, el Dr. Mosset Iturraspe dice que “de daño al interés negativo y al interés positivo habló Ihering con motivo de su teoría de la culpa *in contraendo*, responsabilidad por la frustración del contrato. El interés negativo o interés de confianza consiste en el daño sufrido como consecuencia de haber creído en la conclusión del contrato, la pérdida sufrida por haber atendido una invitación a entrar en tratativas o una oferta. El resarcimiento tiende a restablecer el *statu quo* anterior a esos hechos. Frente a él, encontramos el interés positivo o interés de cumplimiento y consiste en la privación de los bienes que la parte tendría si el negocio se

⁷⁰Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1973, t. I, 2° ed., pág. 296-297.

⁷¹Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1973, t. I, 2° ed., pág. 297.

⁷²Trigo Represas, Félix A./López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, t. I, 1° ed., pág. 454-455.

⁷³Trigo Represas, Félix A./López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, t. I, 1° ed., pág. 455.

⁷⁴Trigo Represas, Félix A./López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, t. I, 1° ed., pág. 255

hubiera celebrado válidamente, englobando las perspectivas favorables que la víctima podía legítimamente esperar como resultado del contrato.”⁷⁵

I.4 Indemnización de daños y perjuicios

Otra cuestión importante en el ámbito de la responsabilidad civil se encuentra en la indemnización, esto es, la reparación que se le debe otorgar a la víctima por las consecuencias padecidas a raíz del hecho dañoso que tuvo que soportar y/o padecer.

La indemnización dineraria está basada principalmente en el valor económico de las cosas y en el papel del dinero, rol, función, como denominador común de los valores.

Consiste en la reparación del daño, tienen derecho a ella el acreedor de una obligación contractual, como efecto anormal que lo satisface por equivalente, como el acreedor de la obligación nacida de un daño injustamente causado. En virtud de lo que establece el artículo 1740 CCyC, consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en especie o en dinero.⁷⁶

Según el Dr. Jorge J. Llambías, la indemnización de daños y perjuicios es la valoración en dinero de la totalidad del daño resarcible, en donde el indicado como responsable debe satisfacer a favor del damnificado. Con esa indemnización queda reparado el desequilibrio de orden jurídico que es provocado por el incumplimiento de la obligación, y restablecido el acreedor a la situación patrimonial que debió tener de no haber mediado el hecho imputado al responsable.⁷⁷

El artículo 1738 CCyC establece que dicha indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante y la pérdida de chances. A su vez incluye las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

Para el Dr. Borda “quien no cumple con su obligación, o la cumple mal o a destiempo, debe indemnizar al acreedor todos los daños y perjuicios que le haya ocasionado la inejecución. La indemnización está integrada por dos elementos, a saber: *i) el daño emergente*: este es el daño efectivamente sufrido por el acreedor con motivo del incumplimiento, y *ii) el lucro cesante*: es decir, la ganancia o utilidad que ha dejado de percibir el acreedor con motivo del incumplimiento.”⁷⁸

A su vez, la integridad patrimonial de la persona puede ser vulnerada por el accionar reprochable del victimario y las cosas y bienes que conforman el patrimonio de la víctima pueden ser menoscabados, generando de esa manera consecuencias de la misma naturaleza.⁷⁹

En lo que respecta a la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, históricamente designada como el daño emergente, el Dr. Jorge A. Mayo decía que “el daño emergente

⁷⁵Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 1998, t. I, pág. 269-270.

⁷⁶Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 245

⁷⁷Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1973, t. I, 2° ed., pág. 300-301.

⁷⁸Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2008, t. I, 9ª ed., pág. 150-151.

⁷⁹Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial: tratado exegético*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2018, t. VIII, 3° ed.

consiste en el valor de la pérdida que se haya sufrido, lo que implica un empobrecimiento del patrimonio del acreedor, a raíz del hecho ilícito o del incumplimiento de la obligación. Este concepto genérico se trasunta en la órbita contractual, diciendo que el daño emergente está constituido por la prestación que falta, cuya indemnización se logra mediante el correspondiente equivalente pecuniario y los daños (emergentes) que sufre el acreedor independiente del valor de la prestación frustrada”⁸⁰

Queda claro que el daño emergente implica la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, es decir que importa la pérdida de un bien que incide en el patrimonio del individuo. La consecuencia del evento dañoso implica no tener ese bien, o incluso, que el bien tenga un valor económico menor. La consecuencia es evidente: importa un menor patrimonio de la víctima, esta pérdida o disminución puede ser actual, es decir que el bien dejó de tener valor o vale menos, o puede ser futura, para este caso se deberán sufragar gastos y costos que, desde ya, también impactan negativamente en el patrimonio de la víctima.⁸¹

Además, es importante destacar que “se ha intentado establecer la distinción entre el daño emergente y el lucro cesante sobre la base de esta premisa: 'Si el objeto del daño es un interés actual, o sea, el interés relativo a un bien que ya le corresponde a una persona en el instante en que el daño se ha ocasionado, se tiene un daño emergente; pero si, por el contrario, el objeto del daño es un interés futuro, es decir, el interés relativo a un bien que todavía no corresponde a una persona, se tiene por lucro cesante'”⁸²

Queda claro que la norma en cuestión, es decir el artículo 1738 CCyC, mantiene los principios de la indemnización integral y además, deja en claro que el resarcimiento debe comprender no sólo el daño emergente sino también la vulneración de derechos fundamentales de la persona, sean patrimoniales y espirituales, así como las que pudieran afectar su proyecto de vida.⁸³

Por otro lado, el lucro cesante se lo puede entender como el "beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención". El Dr. Compagnucci de Caso afirma que el denominado lucro cesante (*lucrum cessans*), se apoya en la frustración o pérdidas de ganancias que el acreedor o la víctima, dependiendo del tipo de responsabilidad, hayan dejado de percibir por el hecho dañoso.⁸⁴

Es importante tener en cuenta que el lucro cesante suele ser un daño futuro; lo que exige mayor atención en su caracterización y cuantificación. Básicamente, consiste en una estimación sobre lo que hubiera ocurrido de no llegar a existir el evento dañoso, que no es otra cosa que el principio de la normalidad: la pauta para juzgar si el lucro cesante es o no resarcible la da el curso normal y ordinario de los acontecimientos; si normalmente era probable que el lucro se obtuviera, el daño será resarcible, no siéndolo en cambio en caso contrario.⁸⁵

Importa la pérdida del lucro que cesa en su generación, es decir, el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención. Son futuras ganancias que no se van a poder percibir por la víctima, como consecuencia del hecho dañoso. En un sentido

⁸⁰Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial: tratado exegético*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2018, t. VIII, 3° ed.

⁸¹Molina Sandoval, Carlos A., “Daño resarcible”, en *RCyS*, 2019, cita online: AR/DOC/216/2019

⁸²Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial: tratado exegético*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2018, t. VIII, 3° ed.

⁸³CNCiv., Sala I, 02/03/2020, “*Larrosa Esteban c/ Autopistas Urbanas S.A. s/ Daños y Perjuicios*”, CIV 003934/2017/CA001

⁸⁴Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial: tratado exegético*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2018, t. VIII, 3° ed.

⁸⁵Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial: tratado exegético*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2018, t. VIII, 3° ed.

estricto, no es un menoscabo patrimonial actual, sino una imposibilidad de continuar con el desarrollo patrimonial de la forma esperada.⁸⁶

El lucro cesante contempla la ganancia frustrada, es decir, los daños que se producen por la falta de ingresos de determinados bienes o derechos al patrimonio de la persona, la cual se ve privada de ciertos beneficios que hubiera obtenido de no mediar el hecho dañoso.⁸⁷

Por último, la pérdida de chance, incluida expresamente en la norma entre los daños a la integridad patrimonial, es el hecho generador del daño que perjudica la integridad patrimonial de la víctima porque frustra la oportunidad o posibilidad de conseguir algo. Se configura en la pérdida del beneficio esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención. Hay que diferenciar que no es solo la pérdida de oportunidad la que configura la "chance" malograda, sino que es menester que ese menoscabo contenga una posibilidad razonable de obtener la ganancia o de evitar la desventaja.⁸⁸

Aunque sea sólo una posibilidad o una chance de obtener un beneficio patrimonial, también se debe resarcir. Pero no toda chance debe repararse, sino sólo aquella que sea razonable y tenga una adecuada relación de causalidad. Para Molina Sandoval "el concepto de 'chance perdida' no se relaciona con el beneficio en sí, sino con una posibilidad concreta y cierta de lograr dicho beneficio. No es la frustración de una ganancia (lucro cesante) sino la frustración de una posibilidad concreta y lógica de ganancia (pérdida de chance)".⁸⁹

Además, sólo se indemniza cuando el grado de probabilidad de obtener la ganancia o de evitar la pérdida es relativamente elevado, es decir, cuando la chance adquiere la dimensión y la entidad suficiente a ese efecto. Para el caso de que la posibilidad sea general o vaga, la pérdida no se indemniza como daño material porque se trataría de un perjuicio meramente conjetural, eventual o hipotético. La chance tiene que ser real, no una mera ilusión conjetura de la mente del damnificado.⁹⁰

I.5 Fundamento de la indemnización

El fundamento de la indemnización es el genérico del ordenamiento jurídico: la noción de justicia.⁹¹

Hay un imperativo de justicia, que sufriría agravio si el damnificado no quedara restituido al estado anterior a la lesión.⁹²

En el pensamiento de Ulpiano, es justo dar a cada uno lo suyo. Y uno de los contenidos del derecho, en el pensamiento romano, era *neminem ladere*, es decir, no dañar a los demás. Cuando el acreedor recibe la indemnización, recibe lo suyo, porque ha sufrido un menoscabo,

⁸⁶Molina Sandoval, Carlos A., "Daño resarcible", en *RCyS*, 2019, cita online: AR/DOC/216/2019

⁸⁷CNCiv., Sala M, 14/09/2020, "*Spiccia, Sandra Edith y otro c/Línea 213 SA de transportes y otros s/daños y perjuicios*", CIV 058975/2014/CA001.

⁸⁸Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial: tratado exegético*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2018, t. VIII, 3° ed.

⁸⁹Molina Sandoval, Carlos A., "Daño resarcible", en *RCyS*, 2019, cita online: AR/DOC/216/2019.

⁹⁰Molina Sandoval, Carlos A., "Daño resarcible", en *RCyS*, 2019, cita online: AR/DOC/216/2019.

⁹¹Alterini, Atilio A./Ameal, Oscar J./López Cabana, Roberto M., *Derecho de Obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, pág. 260.

⁹²Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1973, t. I, 2° ed., pág. 302.

que es restablecido mediante dicha indemnización. Este daño puede derivar del incumplimiento de una obligación contractual, o de la infracción al deber general de no dañar.⁹³

I.6 Finalidad de la indemnización

La finalidad de la indemnización es resarcitoria, es decir, de equilibrio entre el daño patrimonial causado y la prestación que se impone al responsable. Debe tenerse primordialmente en cuenta que esta prestación se impone en consideración a la cuantía del daño, que constituye su tope. Su finalidad concreta es, en consecuencia, la satisfacción de la víctima por el victimario, a través de una prestación patrimonial que se impone a este último a favor de aquella.⁹⁴

Para el Dr. Jorge J. Llambías, con la determinación de los daños y perjuicios se persigue el propósito de poner al acreedor en una situación patrimonial equivalente a la que tendría si la obligación se hubiera cumplido. Para así tratar de subsanar la inejecución del deudor y que la conducta indebida de éste no se traduzca en un detrimento de los bienes del acreedor.⁹⁵

Así las cosas, la indemnización desempeña una función de equilibrio o nivelación. El acreedor fundaba en la satisfacción de la prestación debida, la legítima expectativa de obtener un determinado estado patrimonial, y con el incumplimiento del deudor se ha frustrado esa perspectiva. Lógico es que el derecho la restablezca poniendo a cargo del deudor las compensaciones pecuniarias que sean suficientes para devolver al acreedor la situación patrimonial justamente esperada. Sin dejar de mencionar que la indemnización no puede ser un título de lucro para el damnificado. Si éste tiene derecho a no ser perjudicado por la inejecución del deudor, no lo tiene para especular con ese hecho para mejorar su situación, porque habría de esa manera un enriquecimiento sin causa, a expensas del deudor.⁹⁶

I.7 Caracteres de la indemnización

La indemnización es: *i) patrimonial*: recayendo en una obligación de dar dinero (pecuniaria), o en una obligación de dar otra cosa, o de hacer (reparación en especie); *ii) subsidiaria*: en el sentido de que el acreedor de una obligación contractual puede pretender, en primer término, ser satisfecho en especie. En la esfera extracontractual, en cambio, la obligación de indemnizar nace directamente del hecho ilícito; y *iii) resarcitoria*: es decir, no punitiva.⁹⁷

Respecto al carácter de patrimonial, claro está que es en referencia a que se concede en dinero. A saber, la reparación de un daño se puede efectuar en especie o en dinero. Cuando es en especie, la reparación se hace mediante la reposición del estado material de las cosas a la situación precedente a la realización del hecho dañoso. Mientras que en el supuesto de que sea en dinero, el damnificado recibe una suma pecuniaria equivalente al valor del daño que sufrió,

⁹³Alterini, Atilio A./Ameal, Oscar J./López Cabana, Roberto M., *Derecho de Obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, pág. 260.

⁹⁴Alterini, Atilio A./Ameal, Oscar J./López Cabana, Roberto M., *Derecho de Obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, pág. 260.

⁹⁵Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1973, t. I, 2° ed., pág. 302.

⁹⁶Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1973, t. I, 2° ed., pág. 302.

⁹⁷Alterini, Atilio A./Ameal, Oscar J./López Cabana, Roberto M., *Derecho de Obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, pág. 260.

es decir que, el hecho perjudicial origina una obligación de valor que se mide en una suma determinada de dinero.⁹⁸

En cuanto al carácter de subsidiaria, va en una especie de sustitución del cumplimiento específico de la obligación. La indemnización de daños y perjuicios es el medio final por el cual se satisface el derecho del acreedor, al que sólo cabe acudir cuando es no posible conseguir el cumplimiento específico de la obligación.⁹⁹

Es subsidiaria porque el acreedor de una obligación contractual puede pretender, ante todo, primero ser satisfecho en especie.¹⁰⁰ Este tipo de carácter no constituye el objeto de la obligación, sino el sucedáneo de ese objeto. Dado que el acreedor no ha conseguido aprovechar de la prestación debida, es que se le concede una indemnización que entra en reemplazo de esa prestación.¹⁰¹

Por último, y como se mencionó anteriormente, tiene carácter resarcitorio y no punitivo. Es decir, no se busca penar al responsable, sino de terminar con el menoscabo soportado por el damnificado. Si la finalidad de la indemnización es remediar el daño a través de una compensación, lógico es que esa finalidad esté presente en el medio que se utiliza para alcanzarla.¹⁰² Con este carácter quiere decir también que es ajena a la idea de punición, represión o retribución, propia de la responsabilidad penal, diferente incluso del concepto de pena privada o daño punitivo, en donde la finalidad es punir graves inconductas y prevenir hechos similares en el futuro, a través de la imposición de sumas de dinero que se añaden a la indemnización.¹⁰³

I.8 Requisitos del daño

En lo atinente a los requisitos de procedencia de la indemnización, el artículo 1739 CCyC estipula que debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente.

Los requisitos que menciona el artículo en cuestión no se encontraban regulados en el Código Civil de Vélez, no obstante ello, la doctrina y jurisprudencia fueron concordantes en establecer como condiciones objetivas a fin del resarcimiento la certeza, la subsistencia y el hecho de tratarse de un daño personal del damnificado. Algunos autores sumaron el encuadramiento del daño en una categoría resarcible y la relación causal relevante. El concepto es que no cualquier daño de hecho es indemnizable, se deben conjugar determinadas condiciones, ahora exigidas a nivel legal, por medio del artículo 1739.¹⁰⁴

En lo que respecta al daño cierto, este no debe ser un mero daño hipotético o eventual. Puede ser actual o futuro, es decir, no realizado aún al momento del hecho o aún al momento de la

⁹⁸Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1973, t. I, 2° ed., pág. 303.

⁹⁹Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1973, t. I, 2° ed., pág. 302-303.

¹⁰⁰Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 246

¹⁰¹Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1973, t. I, 2° ed., pág. 120.

¹⁰²Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1973, t. I, 2° ed., pág. 304-305.

¹⁰³Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 246

¹⁰⁴Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 249

sentencia, pero cierto, en cuanto a que previsiblemente se producirá, porque su causa generadora ya existe.¹⁰⁵

El perjuicio debe ser real, efectivo y constatable. Es el concepto opuesto a lo hipotético o puramente eventual (daño incierto). Si se indemnizara un daño incierto que en definitiva nunca se concretase, habría un enriquecimiento sin causa de quien recibió la indemnización. A su vez, el punto de inflexión entre el daño cierto actual o futuro, es el momento de la sentencia. Así las cosas, el daño va a ser actual si ya se ha producido a la fecha de la sentencia, por el contrario, daño futuro es el que todavía no se produjo, aunque su causa generadora ya existe. Este es el elemento que otorga certeza al daño futuro, quedando incluido en éste el daño continuado o sucesivo, que es la prolongación de un daño actual.¹⁰⁶

Para el caso del daño directo o indirecto esta distinción se vincula con la legitimación activa para el ejercicio de las acciones indemnizatorias. El criterio para diferenciar radica en el sujeto que padece el daño, va a ser directo el sufrido por la víctima del ilícito extracontractual o por el acreedor afectado por el incumplimiento contractual, será indirecto el que afecta intereses propios no ilegítimos de otras personas distintas de esos sujetos, que lo reciben de manera refleja. Pero en ambos casos, el daño es propio, personal del legitimado. En nuestro sistema no se admite la reparación del daño causado a terceros, únicamente quien experimenta un menoscabo a raíz de la lesión de un interés propio puede reclamar la pertinente reparación.¹⁰⁷

El Dr. Bustamante Alsina explica que existen "dos distintas acepciones en relación a esta clasificación. Por una parte, aquella que (...) trata del daño en relación a los sujetos legitimados para reclamar la indemnización: es directo si lo reclama la víctima del hecho; es indirecto si lo reclama otra persona distinta de la víctima que ha sufrido perjuicios en un interés propio y legítimo". Y, "por otra parte se considera el daño como directo o indirecto", según que la lesión recaiga en las "cosas de su dominio o posesión", es decir, directamente en el patrimonio de la víctima o indirectamente se refleja en el mismo, "por mal hecho a su persona, o a sus derechos o facultades"¹⁰⁸

A su vez, el Dr. Alterini dice que "con relación a la primera subclasificación, la que tiene en consideración el sujeto sobre el cual recae el daño, se verifica su empleo en el contenido del art. 1741 cuando concede legitimación para reclamar las consecuencias no patrimoniales al damnificado directo. Y, cuando ocurre la muerte de la víctima o su gran discapacidad, serán legitimados a título personal los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquel recibiendo trato familiar ostensible. Es decir, aquellos que no han recibido el menoscabo en su integridad psicofísica personal, sino que los daños que padecen y podrán reclamar *iure proprio* son la consecuencia indirecta derivada del menoscabo padecido por la víctima" y, "en cuanto a la otra subclasificación tenida en cuenta, parte del criterio decimonónico de tener por eje del Código Civil al patrimonio y es por ello que si recaía directamente sobre su integridad, era directo y, si se producía sobre la plenitud psicosomática de la persona y repercutía en el patrimonio, era indirecto, como pueden ser los gastos sanatoriales, de medicamento, etcétera"¹⁰⁹

¹⁰⁵Rossi, Jorge O., *Determinación y cuantificación del daño*, Buenos Aires, Ed. DyD, 2018, pág. 39.

¹⁰⁶Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 249

¹⁰⁷Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 249

¹⁰⁸Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial: tratado exegético*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2018, t. VIII, 3° ed.

¹⁰⁹Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial: tratado exegético*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2018, t. VIII, 3° ed.

Por otro lado, el daño actual o futuro tiene, a su vez, como presupuesto que el mismo sea cierto en cuanto a las posibilidades de haberse ya ocasionado o de producirse en el futuro.

Para los maestros platenses “daño actual es el que ha producido ya todas sus consecuencias bien definidas y perfiladas, al momento de reclamarse la indemnización. En cambio, con respecto al daño futuro se debe tener en cuenta y distinguir dos situaciones porque, según se configure una u otra, corresponderá o no la indemnización. La primera es cuando se trata de un hecho ocurrido, pero cuyas consecuencias dañosas no han cerrado aún todo su ciclo y se sabe de acuerdo con el curso natural y ordinario de los acontecimientos que en el futuro aumentarán sus repercusiones perjudiciales, estas consecuencias futuras de ese hecho ya acontecido son indemnizables y, en este caso, le es permitido al juez "extender las miradas a las posibilidades del porvenir. En cambio, cuando el daño es hipotético o eventual, el cual, al momento de reclamarse la indemnización, aún no ha ocurrido el hecho generador, y solo se prevé la posibilidad de padecerlo, no hay derecho para demandar indemnización alguna”¹¹⁰

Respecto a la característica de cierto y subsistente del perjuicio para que sea reparable por el responsable, no hay dudas de que el Código pretende que el mismo sea conocido como verdadero, seguro e indubitable para la jurisdicción al momento de valorar los antecedentes fácticos del caso que hayan sido debidamente acreditados con prueba suficiente.¹¹¹

Mientras que en el daño subsistente, el daño debe existir al momento en que debe ser resarcido. Si la víctima reparo el daño a su costa, el daño subsiste en el patrimonio de aquella y debe ser indemnizado. En el caso de que lo haya reparado un tercero, a su costa, este se subroga en los derechos del acreedor original.¹¹²

Mientras no haya sido resarcido por el responsable, el daño es subsistente. Por ello, más allá de haber sido reparado de hecho por la propia víctima o por un tercero, el daño es jurídicamente subsistente, ya que en ambos casos es procedente la acción contra el responsable, exigiendo la restitución.¹¹³

Para el Dr. Bustamante Alsina "la existencia del daño, ya sea actual o futuro, debe ser cierta, o sea debe ser constatada para poder condenarse al pago de la indemnización correspondiente. La noción de daño cierto se opone a la de daño hipotético o eventual, la mera posibilidad de que ocurra un perjuicio no autoriza a reclamar el resarcimiento. El perjuicio no deja de ser cierto por no ser actual ni ser líquido. Puede ser un daño futuro: es decir no realizado, aún al momento del hecho o aún al momento de la sentencia. El daño futuro es indemnizable si es cierto y su monto susceptible de ser determinado o apreciado judicialmente".¹¹⁴

Lo último que establece la norma, no por ello menos importante, es una pauta especial para comprobar si es indemnizable la pérdida de chance, considerando su origen en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador.¹¹⁵

La pérdida de una probabilidad o chance es un daño cierto, y por ende, el mismo es resarcible. En lo que respecta a su valuación, se debe tener en cuenta la probabilidad objetiva existente

¹¹⁰Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial: tratado exegético*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2018, t. VIII, 3° ed.

¹¹¹Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial: tratado exegético*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2018, t. VIII, 3° ed.

¹¹²Rossi, Jorge O., *Determinación y cuantificación del daño*, Buenos Aires, Ed. DyD, 2018, pág. 39.

¹¹³Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 250

¹¹⁴Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial: tratado exegético*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2018, t. VIII, 3° ed.

¹¹⁵Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial: tratado exegético*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2018, t. VIII, 3° ed.

para que la continuidad del proceso causal pudiese derivar en un beneficio económico o espiritual. Es decir que, si no hubiera ocurrido el incumplimiento o el hecho dañoso, el legitimado habría mantenido la esperanza de obtener dicho beneficio o evitar una pérdida futura.¹¹⁶

Está claro que “la indemnización deberá ser de la *chance* misma y no de la ganancia, por lo que aquélla deberá ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de posibilidad de convertirse en cierta; el valor de la frustración estará dado por el grado de probabilidad. La pérdida de una *chance* en el incumplimiento contractual malicioso o doloso es una consecuencia mediata previsible y por lo tanto resarcible solamente en ese caso”¹¹⁷

La certidumbre que se exige no tiene relación, en forma directa, con la mayor o menor proximidad que pudiese hipotéticamente haber mediado entre el ilícito que frustra la chance y el probable tiempo de ejercicio. El factor temporal, es sólo uno de los aspectos que pueden ser considerados en cuanto al momento de valorar la existencia de la chance y de medir su incidencia cuantitativa.¹¹⁸

I.9 Existencia y prueba del daño

El artículo 1744 CCyC establece que “*El daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos.*”

En dicho artículo, lo que se regula es la carga de la prueba del daño, estableciendo que el mismo sea acreditado por quien invoca su existencia como presupuesto del deber de resarcir. Sin embargo, flexibiliza el deber de acreditar cuando la ley impute o presuma el perjuicio o surja notorio el menoscabo de los propios hechos acaecidos.¹¹⁹

La regla general del artículo en cuestión es que el *onus probandi* recae en cabeza de quien afirma la existencia del daño, y deja a salvo dos supuestos en donde no rige, a saber: las imputaciones o presunciones legales de daño y cuando éste surge de manera notoria de los propios hechos. Coincide, de esta manera, con el texto del artículo 1618 del Proyecto de 1998.¹²⁰

Para el caso de que haya daño injusto acreditado, “se presume la antijuridicidad de la conducta que lo produjo, conforme al art. 1717. Luego de imputar *de iure* el deber de resarcir en el sujeto considerado responsable, el daño vuelve a adquirir protagonismo en la segunda etapa, que es donde este se valora y cuantifica. Por ello, primero se debe acreditar la existencia del daño y, para la segunda etapa del proceso, deberá probar su valoración entendido ello como la definición de qué es lo que se reclama en cada rubro y la cuantía que se reclama para compensar el mismo.”¹²¹

El daño es un presupuesto de la responsabilidad, es decir, sin daño no hay responsabilidad civil. Aquí es donde se plantea el problema de la prueba, dado que es irrelevante la existencia

¹¹⁶Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 251

¹¹⁷Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial: tratado exegético*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2018, t. VIII, 3° ed.

¹¹⁸Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 251

¹¹⁹Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial: tratado exegético*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2018, t. VIII, 3° ed.

¹²⁰Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 269

¹²¹Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial: tratado exegético*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2018, t. VIII, 3° ed.

material del daño, si este no es comprobado apropiadamente, un daño que no es probado no existe para el derecho.¹²²

La prueba del daño le concierne al damnificado que procura hacer valer la responsabilidad del deudor, por cuanto, este debe aportar la demostración “del hecho constitutivo del derecho cuyo reconocimiento pretende.”¹²³

Lo que comprende demostrar la prueba del daño es la existencia y cuantía del mismo. Pero la exigencia probatoria no es igual para ambos términos, dado que la existencia del daño es de prueba indispensable, no se puede otorgar indemnización alguna si falla esa comprobación. Mientras que la prueba de la cuantía del daño puede ser sustituida por la prudente estimación judicial.¹²⁴

En lo que respecta a la demostración del daño, todos los medios de prueba son admisibles. Dado que el daño es un simple hecho o conjunto de hechos, no le alcanzan las restricciones probatorias que rigen a los contratos. Es así que es dable acreditar, la existencia del daño y su cuantía por medio de presunciones, testigos, peritos, instrumentos públicos y privados, entre otras cosas.¹²⁵

¹²²Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1973, t. I, 2° ed., pág. 310.

¹²³Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1973, t. I, 2° ed., pág. 310.

¹²⁴Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1973, t. I, 2° ed., pág. 310.

¹²⁵Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1973, t. I, 2° ed., pág. 311.

CAPÍTULO II: EL DAÑO MORAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Sentado lo anterior, en este capítulo trataremos la evolución del daño moral a lo largo de los años en la legislación argentina.

II.1 Concepto de daño moral.

Debemos partir de la base de que el daño patrimonial es el que repercute sobre lo que el sujeto tiene, mientras que el daño moral es el que incurre de manera directa sobre lo que la persona es. Involucra un defecto existencial en relación con la situación de la víctima precedente al hecho.¹²⁶

Asimismo, es dable destacar que, en un principio se hablaba de daño moral para identificar el perjuicio que recaía sobre bienes o intereses que carecían de contenido y/o carácter patrimonial pero que se relacionaban con la esfera de la subjetividad del individuo lesionando su espiritualidad. Esta arista fue la que durante mucho tiempo impidió que se considerara la posibilidad de su reparación en tanto se entendía que no era posible cuantificar este tipo de daño, a la vez que, desde algunos sectores se predicaba la inmoralidad de pretender un resarcimiento del dolor. Es decir que, por un largo período se evadió la posibilidad de considerar la resarcibilidad del daño moral, lo que no implicó que buena parte de la doctrina considerara que ello constituía una verdadera injusticia.

Pasado el tiempo, ya en el año 1986, la Corte Suprema de Justicia de la Nación con el fallo “Santa Coloma, Luis F. y otros c. Ferrocarriles Argentinos” puso fin a esta discusión, considerando que la indemnización por daño moral tiene carácter resarcitorio y que la lesión a los bienes e intereses subjetivos encuentra fundamento jurídico en el principio *alterum non laedere*, que tiene raíz constitucional en el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional.

La Dra. Zavala de González dice que “los perjuicios existenciales significan descompensaciones que menoscaban injustamente la vida de las personas. Esos desmedros no representan una categoría paralela al daño moral, sino una visión ajustada a su contenido, descartando la equivocada limitación al sufrimiento o dolor. A partir del hecho lesivo, cambia para la víctima la manera de estar en sí y en el mundo, con motivo de una modificación disvaliosa de su integridad espiritual que empeora su existencia.”¹²⁷

A su vez, para el Dr. Joaquín J. Llambías el daño moral era definido como la lesión a los sentimientos o al espíritu de una persona, insusceptible de apreciación pecuniaria.¹²⁸ Sin embargo esta definición se contraponía con el concepto de daño en sentido estricto, ya que éste entiende que el daño es la consecuencia de dicha lesión y es siempre susceptible de apreciación pecuniaria. De conformidad con este criterio, es la consecuencia de la lesión a los sentimientos, al espíritu, es un desmedro en la vida de las personas susceptible de apreciación pecuniaria.

En su Tratado de Derecho Civil decía que “es daño moral todo sufrimiento o dolor que se padece independientemente de cualquier repercusión de orden patrimonial, y que no ha de

¹²⁶Zavala de González, Matilde, *Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, 1° ed., pág. 1

¹²⁷Zavala de González, Matilde, *Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, 1° ed., pág. 1

¹²⁸Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1973, t. I, 2° ed., pág. 299.

confundirse con el perjuicio patrimonial causado por un factor moral o derivado del mal hecho a la persona o a sus derechos o facultades.”¹²⁹

Vale decir que, no solo comprende el dolor y/o sufrimiento provocado por la muerte de un padre, de un hijo, la penuria de un tratamiento médico, sino también, como lo ha mencionado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el daño significa no poder gozar de ciertos disfrutes que la vida normal proporciona, todo lo cual importa una frustración al desenvolvimiento pleno de la vida.¹³⁰

El daño moral será todo daño extrapatrimonial, comprensivo de los daños estético, psíquico y biológico.

Para los Dres. Pizarro y Vallespinos, este tipo de daño es definido como “una minoración en la subjetividad de la persona, una modificación disvaliosa del espíritu y anímicamente perjudicial”. Destacan los autores que el daño moral atiende a las consecuencias que produce la acción ilícita, que se traduce en el detrimento en la subjetividad de la persona habida cuenta que la persona humana es una dualidad cuerpo y espíritu, cuya lesión no sólo afecta los sentimientos sino que tiene proyección social. De este modo, el sufrimiento no sería un requisito indispensable para la configuración del daño moral, pero sí constituye una de sus principales manifestaciones.¹³¹

Por su parte, el Dr. Alberto Bueres dice que el daño moral no queda limitado solamente al *pretium doloris*, es decir, al precio del dolor que comprende el sufrimiento, la desesperanza, el dolor, sino que, además, tiene en cuenta las lesiones a intereses jurídicos del espíritu que se manifiestan como alteraciones en el modo de sentir, querer y entender del sujeto, tratándose en la lesión a un interés jurídico espiritual que debe ser reparado de acuerdo a su contenido estrictamente subjetivo.¹³²

II.2 El daño moral en la legislación argentina. Antecedentes históricos.

II.2.1 Código de Vélez Sarsfield.

El 1° de enero del año 1871, comenzó a regir en la Argentina el Código Civil, también conocido como el "Código Vélez Sarsfield", documento que contribuyó a establecer y a mantener un régimen jurídico que estableció la organización de la paz interna del país y como ha definido Raimundo Salvat en su obra 'Tratado de Derecho Argentino', "es el conjunto de normas que rigen las relaciones jurídicas de los hombres entre sí y de éstos con el Estado, cuando tengan por objeto satisfacer necesidades de carácter humano".

El 20 de agosto del año 1852, el Presidente Justo José de Urquiza, en la ciudad de Paraná, Provincia de Entre Ríos, capital temporal de la Confederación Argentina, por ese entonces y sede del gobierno nacional, dictó la primera medida tendiente a designar una Comisión para que redactara un “Código Civil” con el fin de poner término a la confusa legislación española

¹²⁹Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1973, t. I, 2° ed., pág. 300

¹³⁰Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2008, t. I, 9° ed., pág. 196-197.

¹³¹Pizarro, Ramón D./Vallespinos, Carlos G., *Compendio de derecho de daños*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2014, 1° ed., pág. 88.

¹³²Bueres, Alberto J., *El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta*, Buenos Aires, Ed. La Rocca, 1991, pág. 237.

vigente hasta esa época, sin poder llegar a concretarse, debido a los diferentes problemas de carácter político. Luego, con la Constitución Nacional de 1853 se estableció en su artículo 24 que correspondía al Congreso “promover la reforma de la actual legislación en todos los ramos”. Además, en el artículo 67, inciso 11, se dispuso que fuera el Congreso quien redactara los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería.

Con la sanción de la Constitución Nacional en 1853, una Ley del Congreso, del 30 de noviembre del año 1854, dispuso que se creara una Comisión Codificadora, que se iba a encargar de redactar los proyectos de los Códigos Nacionales, pero nuevamente eventualidades políticas de la época, volvieron a impedir que se concrete. Pasaron nueve años para que el proyecto vuelva a ser tratado y se encare esta tarea mediante una labor efectiva. Durante la presidencia del Sr. Bartolomé Mitre, una Ley del 6 de junio del año 1863 facultó al Poder Ejecutivo a designar comisiones encargadas de redactar los proyectos de Códigos Civil, Penal, de Minería y las ordenanzas del ejército y un año después, en octubre de 1864, el Presidente Mitre no nombró a una Comisión, sino que nombró al Doctor Dalmacio Vélez Sarsfield para que redactara el proyecto de Código Civil.

Asumiendo la responsabilidad impuesta por el Sr. Presidente de ese entonces, el Doctor Vélez Sarsfield en agosto del año 1869, envió al Ministro de Instrucción Pública la última parte del proyecto y éste lo presentó a consideración del Congreso Nacional. Se presentaron cuatro tomos, siendo aprobados por la Asamblea a través de la Ley N° 340 que fue sancionada el 29 de septiembre del año 1869, y estableciendo su aplicación a partir del 1° de enero de 1871.

En lo que respecta al daño moral, el Código Civil de Vélez Sarsfield en su artículo 1078 originario decía que *“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 competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”*.

Es decir que, lo que se estipulaba era que el daño derivado de un delito comprendía el agravio moral. A su vez, el agravio moral era indemnizable cuando el hecho generador hubiera sido un delito del derecho criminal y sólo confería legitimación activa al damnificado directo o inmediato, y para el caso de muerte de la víctima solo habilitaba a los denominados “herederos forzosos”.

Se reconocía el daño moral a un campo particularmente circunscripto, donde solamente se admitía la procedencia del daño moral en los supuestos de delitos civiles que fueran, también, delitos del derecho criminal, mientras que los hechos ilícitos culposos y los incumplimientos de índole contractual, no daban lugar al resarcimiento del daño moral.

A su vez, el artículo 1099 del mismo cuerpo normativo, repetía la mención explícita del agravio moral para justificar la transmisión mortis causa del daño moral, estableciendo que *“Si se tratare de delitos que no hubiesen causado sino agravio moral, como las injurias o la difamación, la acción civil no pasa a los herederos y sucesores universales, sino cuando hubiese sido entablada por el difunto”*.

II.2.2 Reforma del año 1968 del Código de Vélez Sarsfield.

“Desde largos años atrás se venía propiciando la reforma del Código Civil, no obstante reconocer sus excelencias. Es que no en vano el tiempo pasa sobre las instituciones y las leyes; también ellas envejecen y se hace preciso actualizarlas. Esta tarea fue cumplida en lo que hace

a la legislación civil por la ley 17.711, dictada el 22 de abril de 1968. Su repercusión en todo el sistema del Código ha sido vastísima. Se trata de una verdadera reforma integral en cuanto ha tocado todo el derecho civil y modificado incluso la filosofía del Código.”¹³³

Es dable destacar una frase que el Dr. Borda dejó plasmada en el año 1970 cuando, explicando las razones que condujeron a desarrollar, por medio de la reforma, los cambios en el derecho privado, decía: “De cualquier modo, no cabe duda de que era necesario insuflarle al Código Civil un nuevo espíritu. Su filosofía era la del siglo XIX, liberal, individualista, positivista. La reforma cambia esa filosofía por la social y cristiana propia de nuestra época, la de la Populorum Progressio. El positivismo confundió ley con derecho, se interesó más por la seguridad que por la justicia. Hizo del respeto de la libre voluntad un dogma”¹³⁴

Por medio de la Ley N° 17.711, sancionada en el año 1968 y que entró en vigencia el 1 de julio de ese mismo año, se buscó reformar el Código Civil vigente hasta ese entonces y también se modificaron algunas de las normas legales complementarias de dicho cuerpo normativo que se habían ido dictando a lo largo de su vigencia.

Con la reforma de esta ley, se dejó de lado la idea de reemplazar el Código de Vélez, vigente por ese entonces, por otro nuevo que había prevalecido hasta ese momento. Por lo cual, se optó, por dejar en vigor todo lo bueno que tenía redactado por el Dr. Vélez Sarsfield, y se actualizó en lo que fue necesario, a la vez que se subsanó sus omisiones y defectos más notorios, incorporando institutos novedosos. En este sentido, se podría afirmar que la comisión redactora de la ley siguió la sabia enseñanza de Portalis: “[...] es útil conservar todo aquello que no es imprescindible destruir [...]”.¹³⁵

Se podría afirmar que, de todas las reformas que llegó a experimentar el Código redactado por Vélez desde su sanción y hasta su derogación, fue la Ley N° 17.711 la que más profundamente lo modificara. Siendo esto por la importancia y trascendencia de las innovaciones por ella incorporadas.¹³⁶ De hecho El Dr. Llambías sostuvo en su momento que, si bien se modificaron 200 artículos del Código, lo cual implica un 5% del mismo, dicha reforma ha sido fundamental y ha sido calificada, por el autor, de trascendente.¹³⁷

Se amplió de manera significativa las fronteras del daño moral, admitiendo su reparación en las dos órbitas de la responsabilidad, al consagrar esta expansión de la idea del daño moral, se adoptó también una serie de recaudos para organizar, con equilibrio y mesura, todo lo atinente a su resarcimiento.

Con la reforma de esta Ley, el daño moral pasó a estar regulado en el artículo 522 en el ámbito contractual y en el artículo 1078 en el ámbito extracontractual. El primero de ellos, establecía 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 circunstancias del caso”*, es decir, que el

¹³³Borda, Guillermo A., “Ley 17.711 de Reformas al Código Civil”, en *El Derecho*, 2008, cita online: ED-DCCLXX-173

¹³⁴Limodio, Gabriel F., “A cincuenta años de la ley 17.711. Su influencia en la enseñanza del derecho”, en *El Derecho*, 2018, cita online: ED-DCCLXXVII-524.

¹³⁵Budano Roig, Antonio R., “La ley N° 17.711 y la vigencia de los principios”, en *Prudentia Iuris*, 2018, N° 86, pág. 211-222

¹³⁶Budano Roig, Antonio R., “La ley N° 17.711 y la vigencia de los principios”, en *Prudentia Iuris*, 2018, N° 86, pág. 211-222

¹³⁷Limodio, Gabriel F., “Las enseñanzas de la reforma de 1968”, en *El Derecho*, 2008, cita online: ED-DCCLXX-202.

juez podía condenar al responsable a la reparación del agravio moral en caso de incumplimiento de acuerdo con la índole del hecho generador y las circunstancias del caso.

Mientras que, en el ámbito extracontractual, el artículo 1078 establecía que *“si el hecho fuese un delito del derecho criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende la indemnización de las pérdidas e intereses, sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándola en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas”*.

Con este artículo se estableció que la obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprendía, además de la indemnización de las pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima, eliminando de esta manera el requisito del delito criminal y dando lugar al daño moral frente a cualquier hecho ilícito, entendiendo por tal todo acto humano, voluntario y contrario al ordenamiento jurídico.

Se introdujeron reformas al Código Civil de Vélez produciendo un gran e importante cambio en el sistema argentino en cuanto a la reparación del daño moral. Este cambio importó el tránsito de un régimen restringido que consideraba la actitud del dañador, procediendo sólo en casos de delitos, a un sistema amplio, ya que en el artículo 522 se reconocieron los daños morales en los contratos.

II.2.3 Anteproyecto del Código Civil del año 1998.

En el año 1995 el Poder Ejecutivo designó una Comisión encargada de redactar un Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio. La tarea fue concluida en el año 1998 y se presentó un texto que contenía la regulación de las materias civiles y comerciales que trataban los respectivos códigos. Se señaló en la nota de elevación del Proyecto al Poder Ejecutivo que: *“Como se dijo al elevar el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987, las cuestiones a que se refiere este trabajo admiten, en muchos casos, más de un enfoque teórico y varias soluciones igualmente razonables de política jurídica. En consecuencia, él no refleja necesariamente las opiniones a las que aisladamente cada uno de los integrantes de la Comisión hubiera podido arribar. Los miembros de la Comisión provenimos de distintas escuelas doctrinarias, y hemos desarrollado especialidades en áreas diversas, en las cuales tenemos a nuestro cargo cátedras universitarias. El trabajo que presentamos es el resultado de coincidencias a las que llegamos luego de fructíferos debates, en los cuales se depuso siempre el preconcepto personal en aras de soluciones que procuramos adecuar a los criterios de racionalidad y de justicia. En el proyecto prevemos un catálogo de soluciones pero, naturalmente, no pretendemos haber cubierto el universo global de alternativas que ofrece la realidad móvil y multifacética. Jean Etienne Portalis, en el Discurso Preliminar del Código Civil francés, decía al respecto, con criterio compartible, que las leyes, una vez redactadas, permanecen siempre tal como fueron escritas, en tanto los hombres no reposan jamás; por el contrario, estos viven en constante actividad y ese movimiento nunca detenido, cuyos efectos son diversamente modificados por las circunstancias, produce a cada instante algún hecho nuevo, alguna original combinación, algún distinto resultado. Infinidad de cosas deben quedar, por consiguiente, necesariamente libradas al gobierno de los usos, a la discusión de los hombres instruidos, al arbitrio y decisión de los jueces.”*

Por medio del Poder Ejecutivo Nacional se designó por Decreto N° 685/95 a los juristas Héctor Alegría, Atilio A. Alterini, Jorge H. Alterini, Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano, Aída Kemelmajer de Carlucci, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman para realizar un proyecto de revisión o de renovación del Código Civil Argentino.

La Comisión elaboró en ese entonces el “*Proyecto de Código Civil de 1998 para la República Argentina*”, que era un nuevo Código Civil que incorporaba muchas de las materias del ya derogado Código de Comercio.

El Proyecto fue elevado al Poder Ejecutivo Nacional el día 28 de diciembre del año 1998 y constaba de Siete Libros, a saber: “Del derecho”, “De la parte general”, “De las relaciones de familia”, “De los derechos personales”, “De los derechos reales”, “De la transmisión de derechos por causa de muerte”, “De las disposiciones comunes a los derechos personales y reales” y con posterioridad se añadió el Libro Octavo nombrado “Del Derecho Internacional Privado”.

El mencionado Anteproyecto del Código Civil del año 1998 en el Libro Cuarto denominado “De los derechos personales”, Título IV “De otras fuentes de las obligaciones”, Capítulo 1 atinente a la Responsabilidad Civil, Sección Tercera referida al daño, en su artículo 1600 establecía los alcances del mismo, diciendo en su parte pertinente que el daño extrapatrimonial comprendía al que interfería en el proyecto de vida, perjudicando a la salud física o psíquica o impidiendo el pleno disfrute de la vida, así como al que causaba molestias en la libertad, en la seguridad personal, en la dignidad personal, o en cualesquiera otras afecciones legítimas.

Mientras que el artículo 1601 decía que eran reparables el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial, sea este directo o indirecto, así como el daño futuro cierto, y la pérdida de probabilidades en la medida en que su contingencia sea razonable.

En lo que respecta al modo de reparación del daño moral el artículo 1621 establecía en el inciso d) que se debía resarcir en orden a otorgar la satisfacción del valor del daño extrapatrimonial.

A su vez, el artículo 1640 relativo a la satisfacción de este tipo de daño, establecía que “*el acreedor tiene derecho a requerir que el daño extrapatrimonial sea satisfecho, total o parcialmente, mediante el pago de dinero, o de otro modo distinto. El tribunal, según las circunstancias, dispone lo que corresponde; en los casos de lesiones a la dignidad personal puede ordenar la publicación de la sentencia.*”.

Por último, el artículo 1689 hacía referencia a lo atinente al ejercicio de las acciones por daño extrapatrimonial. Teniendo legitimación directa el damnificado si éste había sufrido gran incapacidad o, si se hubiera producido su muerte legitimaba al cónyuge, descendientes, ascendientes y quienes convivían recibiendo trato familiar ostensible. Finalmente establecía la atribución de los tribunales para extender la legitimación a otros sujetos para lo que era menester considerar la repercusión que el daño había tenido en el reclamante.

En los fundamentos del Anteproyecto se manifestó que se apoyaba en algunos ejes fundamentales, tales como la unificación de los regímenes contractual y extracontractual, la prevención, la dilución del requisito de antijuridicidad, la expansión de la responsabilidad objetiva y la limitación cuantitativa de este tipo de responsabilidad.

El Proyecto de Código Civil de 1998, según el Decreto 685/95, propiciaba la derogación del Código Civil de Vélez y la adopción de uno nuevo, con la finalidad de proyectar la unificación del derecho privado y “su reforma y actualización de manera integral”.

II.2.4 Anteproyecto de Código Unificado del año 2011.

Por medio del Decreto Nacional N° 191/2011, el 23 de febrero del año 2011 se creó la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.

En el texto del Decreto mencionado se establece que el codificador previó la necesidad de incorporar reformas que los tiempos futuros demandaran y que durante muchos años, este proceso se realizó a través de numerosas leyes especiales que fueron actualizando diversos aspectos de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, hoy derogados.

A su vez, el sistema de derecho privado, en su totalidad, fue afectado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas. Debiendo destacar la reforma Constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos Tratados de Derechos Humanos, así como la interpretación que la jurisprudencia fue efectuando con relación a tan significativos cambios normativos.

Por lo cual, se consideró necesario proceder a actualizar y unificar la Legislación Nacional en materia de derecho privado, procurando elaborar una obra que, sin sustituir la legislación especial, contuviera una serie de principios generales ordenadores, creando para ello una Comisión que lleve a cabo con mayor eficacia y eficiencia el objetivo de actualizar y unificar la legislación nacional en materia de derecho privado.

Se había ido generalizando la idea de que resultaba necesaria la unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, a fin de generar un marco normativo adecuado al derecho privado comprensivo de ambas ramas del derecho.

La Comisión estuvo integrada por los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, actuando como Presidente, Elena Highton de Nolasco y la Profesora Aída Kemelmajer de Carlucci.

En lo que respecta al Anteproyecto, en los fundamentos del Libro Tercero denominado “De los derechos personales”, Título V “De otras fuentes de las obligaciones”, Capítulo 1 referido a la “Responsabilidad Civil”, se hace mención a que se presenta una sistematización innovadora e importantísima en la materia que consiste en dos tipos de articulaciones, por un lado, se regulan diferentes tipos de derechos: aquellos que recaen sobre la persona y el patrimonio, y por otro, se reconocen tres funciones: preventiva, punitiva y resarcitoria.

En materia de reparación, y siguiendo a los proyectos anteriores, se recepta la unificación de los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual. El artículo 1581 del Proyecto de 1998, disponía que “las disposiciones de este Título eran aplicables cualquiera que sea la fuente del deber jurídico de cumplir o de reparar el daño”.

El texto proyectado le confiere unicidad al régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual. Comparándolo con el Proyecto de 1998, se suprime la referencia al “deber de cumplir”, recogiendo las observaciones efectuadas acerca de que, esa mención, excede el ámbito de la responsabilidad civil y es materia de las obligaciones en general. Además, por la misma razón, se suprime el inciso a) del artículo 1584.

El Anteproyecto, en lo que respecta al daño, es claro al establecer que causa una lesión a un derecho o a un interés que no sea contrario al ordenamiento, y cuando ese derecho o interés es individual recae sobre la persona o el patrimonio, y esto significa que los derechos tienen un objeto.

La responsabilidad es uno de los instrumentos de protección de los mencionados derechos, siendo una de sus funciones la reposición al estado anterior al hecho generador o la indemnización. Es decir, que la indemnización es una consecuencia de la lesión.

En lo que respecta a la clasificación de diferentes supuestos del daño patrimonial y extrapatrimonial o moral, la Comisión del Anteproyecto considero que es una tarea que

corresponde a la doctrina y jurisprudencia, toda vez que una norma general no podría dar cuenta de la enorme variedad de casos que se presentan.

Es dable recordar que de los fundamentos del Anteproyecto, surge con claridad que su texto ha sido inspirado principalmente en el señalado Proyecto de 1998 y, que si bien hubo cambios muy significativos, lo cierto es que la labor de años no ha sido omitida por la Comisión ni por el Poder Ejecutivo, quien dejó en claro que la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 incorporó el principio *pro homine*, a favor de la persona humana al asignar jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos (art. 75, inc. 22).¹³⁸

II.2.5 Código Civil y Comercial de la Nación Ley N° 26.994.

El Código Civil y Comercial de la Nación entro en vigencia el 1 de agosto del año 2015, seis meses antes de lo que preveían los legisladores en un principio, y con sus 2.671 artículos reemplaza a los más de 4.000 artículos que tenía el Código Civil de Vélez Sarsfield y a los 1611 del Código Comercial sancionado en el año 1869.

Sus artículos implican modificaciones en temas relevantes como los derechos personalísimos, capacidad, reproducción humana asistida, adopción, defensa del consumidor, matrimonio, divorcio, unión convivencial y sucesiones, entre otros.

Desde hace varios años ya, la comunidad jurídica pugnaba por la unificación de la legislación civil y comercial y la modernización del sistema jurídico. El proyecto argentino de unificar los Códigos ha sido elogiado, también, desde hace muchos años en la doctrina española, sosteniéndose que: “de fraguarse la anunciada Reforma del Código Civil argentino, este pasaría a convertirse en el punto de la responsabilidad civil unificada, en el Código más moderno del mundo, al recoger, pese a tratarse de un país de derecho romano, lo que colectivamente viene aconsejando su doctrina (tan frecuentemente olvidada en Europa) en jornadas y congresos desde 1961. Colectivamente, y no solo de modo individual: una buena forma de sugerir al legislador la supresión de las diferencias, gravemente disfuncionales, entre dos órdenes de responsabilidad fenomenológicamente distintos, pero que merecen un mismo tratamiento jurídico.”¹³⁹

En el Código Civil de Vélez existía la distinción entre daño moral de origen contractual (artículo 522) y daño moral con origen en un hecho ilícito (artículo 1078). Distinción que fue criticada por parte de la doctrina nacional y con la derogación de ambos artículos y siguiendo el criterio según el cual lo importante es la existencia del daño y no el hecho que le dio origen, el daño moral queda contemplado de manera unificada en el artículo 1741 y será resarcido siempre y cuando sea presumido o, según el caso, probado.

El artículo 1741 establece que: *“Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”*

¹³⁸Alterini, Juan M., *La esperada reforma del Código Civil y su unificación con el Comercial*, Buenos Aires, en SAIJ, 2015, p. 6

¹³⁹Alterini, Juan M., *La esperada reforma del Código Civil y su unificación con el Comercial*, Buenos Aires, en SAIJ, 2015, p. 2

El nuevo artículo encargado de regular el tratamiento del daño moral en el Derecho Argentino, se aparta de las cuestiones conceptuales y se avoca directamente a la legitimación para reclamarlo.

La regla es que la legitimación activa para reclamar resarcimiento por daño moral pertenece al damnificado directo, previendo dos supuestos de excepción: *i*) la muerte del damnificado directo; y *ii*) la gran incapacidad del damnificado directo.

En estos casos, la legitimación activa se hace extensible al damnificado indirecto, el cual es víctima del daño por vía refleja, y en este caso, por el fallecimiento de la persona que fue víctima inmediata del hecho dañoso, o por la gran incapacidad sufrida por la misma, que en este caso, concurre conjuntamente la víctima y el damnificado indirecto por derecho propio y en representación del incapacitado. Los damnificados indirectos admitidos en el artículo mencionado *ut supra* son el cónyuge, los ascendientes, descendientes y convivientes que recibían un trato familiar ostensible.

Otra cuestión fundamental que se viene a incluir a la hora de regular el daño moral es la relativa al carácter del resarcimiento, ya que consolida al monto dinerario a entregar como rubro indemnizatorio de carácter sustitutivo y compensatorio frente a la minoración espiritual sufrida por el damnificado.

La norma citada se refiere al daño no patrimonial, el cual debe entenderse como equivalente al usualmente denominado daño extrapatrimonial o moral, por oposición al patrimonial. A su vez, en el artículo sólo se alude a la legitimación y no se menciona los aspectos conceptuales del daño moral, cuestión que queda librada al aporte doctrinario y jurisprudencial.

II.3 Conclusiones.

Del presente capítulo se puede concluir que el Código Civil y Comercial, hoy vigente en nuestra legislación, viene a llenar el vacío regulatorio que contenía el ya derogado Código Civil de Vélez Sarsfield en su artículo 1078. Además, es importante destacar que, si bien se viene a determinar la procedencia del daño moral en los casos de ilícitos extracontractuales, y la legitimación del mismo, nada dice de cómo llevar a cabo la cuantificación del mismo.

Otro aporte es la ampliación de la legitimación más restrictiva del Código anterior y se faculta, entre otros casos, el reclamo de otros legitimados.

También se puede observar la unificación del régimen de la legitimación en las esferas tanto contractual como extracontractual, sin diferenciar, cómo lo hacían los anteriores artículos 522 y 1078 del Código Civil de Vélez.

Además, se mantiene el criterio de distinguir entre el damnificado directo e indirecto, confiando por regla legitimación al directo o inmediato y al indirecto en caso de fallecimiento o muerte de la víctima directa. También se amplían los damnificados indirectos en caso de fallecimiento o gran discapacidad de la víctima (ascendientes, descendientes, cónyuge y quién convivía con trato familiar ostensible), receptándose la noción de daño moral como daño compensatorio y satisfactorio de las afectaciones extramatrimoniales, siendo esto como consuelo.

En conclusión, con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, se ha producido un progreso de calidad en cuanto al tratamiento del instituto del daño moral. Se procedió a equiparar el concepto de daño moral con los de “daño no patrimonial” o “daño extrapatrimonial”, se unificó el régimen del daño moral de origen contractual con el de origen

extracontractual, otorgándoles el mismo tratamiento. Por otro lado, se recepta la legitimación indirecta en el caso de grave incapacidad padecida por el damnificado directo, y se amplían los supuestos de legitimados activos indirectos a los ascendientes, descendientes, cónyuge y convivientes que manifestaren trato familiar ostensible. Ya en el siguiente capítulo se desarrollara en particular el daño moral en el Código Civil y Comercial de la Nación, su distinción con el daño patrimonial, el daño psicológico y el daño estético, su naturaleza jurídica, la indemnización de este tipo de daño, su reparación, prueba y legitimación.

CAPÍTULO III: EL DAÑO MORAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.

En base a todo lo expuesto en los capítulos anteriores, ahora nos adentraremos específicamente en el daño moral y su regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación, hoy vigente en nuestro Derecho.

III.1 Definición del concepto de daño moral. Distinción terminológica.

El estudio del concepto de daño moral tiene importantes efectos prácticos, más allá de su cuestión metodológica, es dable destacar que incide en aspectos fundamentales como la determinación de las personas damnificadas, la categorización de los bienes afectados y sobre todo el fundamento de la indemnización de este tipo de daño.

A su vez, permite comprender su evolución doctrinal, así como también los cambios y dificultades que han afrontados las víctimas, para compensar el detrimento que padecen en sus bienes más importantes, tales como la vida, la salud, la integridad física, el honor, la imagen, la intimidad, y sus sentimientos, donde todos merecen ser protegidos por el ordenamiento jurídico.

Se puede partir de la base de que el daño moral es la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida de la persona; ejemplos de estos bienes son la paz, la libertad, tranquilidad y honor, siendo su objeto la indemnización del daño que supone la privación, disminución o afección de estos bienes. Es la consecuencia de la lesión a los sentimientos y/o al espíritu, es un desmedro en la vida de las personas, susceptible de apreciación pecuniaria.

Además, el daño moral, como instituto reconocido normativamente, implica que el perjuicio ocasionado a la víctima, representa una indemnización porque vulnera la dignidad y reputación de la persona. A su vez, los perjuicios suelen no recaer solamente sobre la víctima directa, sino que afectan a otros que puedan estar relacionados con aquél, y que en mayor o menor medida, deben ser reconocidos como damnificados igualmente.

En el Código Civil y Comercial de la Nación es el artículo 1741 el que hace referencia al daño no patrimonial, el que debe entenderse como equivalente al denominado daño extrapatrimonial o moral, por oposición al patrimonial. Este artículo solo alude a la legitimación, sin hacer mención a los aspectos conceptuales de este tipo de daño, cuestión que queda totalmente librada al análisis doctrinario y jurisprudencial.

Para el Dr. Pizarro este tipo de daño es “una minoración en la subjetividad de la persona humana, derivada de la lesión a un interés no patrimonial, individual o colectivo. 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, individual o colectivo, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial.”¹⁴⁰

De la definición propuesta por el Dr. Pizarro, se pone acento en varios aspectos, que son de fundamental importancia para que se configure al daño moral, a saber:

¹⁴⁰Pizarro, Ramón D., “El concepto normativo de daño en el Código Civil y Comercial”, en RCyS, 2020, cita online: AR/DOC/2378/2020

a) Atiende a las consecuencias perjudiciales que produce la acción antijurídica, esto es al daño considerado en sí mismo; b) No pierde de vista, sin embargo, que el detrimento en la subjetividad de la persona debe necesariamente provenir de una lesión a intereses no patrimoniales, individuales o colectivos, Sin lesión a un interés no patrimonial la consecuencia disvaliosa que pueda generarse no importa daño moral resarcible, inversamente, sin consecuencia espiritual, la minoración de un interés no patrimonial tampoco genera daño moral; c) Se pondera al daño extrapatrimonial o moral por lo que es, asignándole un contenido propio y específico, y no por mera contraposición con el daño material; d) El detrimento se traduce en una modificación disvaliosa del espíritu, expresión que, al decir de Mosset Iturraspe "destaca que la persona humana es cuerpo y espíritu", lo que es comprensivo de múltiples aspectos de su personalidad que son dignos de protección; e) La modificación disvaliosa del espíritu proyecta sus efectos con amplitud hacia ámbitos específicos de la subjetividad del damnificado, como su capacidad de entender, querer o sentir; f) La mera ausencia de sensibilidad o de comprensión del dolor no excluye la posibilidad de existencia de daño extrapatrimonial o moral, ni "el carácter axiológicamente negativo de esa minoración". Aun cuando no exista consciencia del agravio, el disvalor subjetivo puede configurarse. El sufrimiento no es, de tal modo, un requisito indispensable para que haya daño extrapatrimonial o moral, aunque sí una de sus posibles manifestaciones más frecuentes; g) Insistimos que el dolor, la angustia, la tristeza, la pérdida del deseo de vivir, etc., no son sino posibles manifestaciones del daño moral o la forma en que, generalmente, este suele exteriorizarse. Y que cabe la posibilidad de que, aún "sin lágrimas" o sin percepción sensitiva del menoscabo padecido, exista daño moral. Aunque la víctima ya no tenga aptitud para sentirlo; aunque se encuentre en estado de vida vegetativa, sin posibilidad (quizás) de sentir, de sufrir, de entristecerse por su destino. Lo expresado lleva a una conclusión: las personas jurídicas, por carecer de subjetividad, no pueden ser sujetos pasivos de daño moral; h) El daño moral puede albergar sin dificultades la noción de daño moral colectivo, ya que nada impone que deba tratarse de un interés puramente individual, pudiendo también quedar atrapados en su seno los intereses difusos, de carácter indivisibles, que son de todos y al mismo tiempo no son de nadie en particular; por último, i) Para la existencia del daño moral basta con que el hecho generador haya lesionado intereses extrapatrimoniales del damnificado y tenido cierta repercusión disvaliosa en su espiritualidad.¹⁴¹

Ahora bien, si el daño recae sobre un bien jurídico inmaterial que ataca la vida, el cuerpo, la salud, el honor o la libertad de una persona y a su vez afecta un interés jurídico no patrimonial, el daño es moral directo. En cambio, si el mismo daño repercute en el patrimonio por la pérdida de un beneficio económico, afectando un interés jurídico patrimonial, el daño es patrimonial indirecto. Por ende, el daño moral es menoscabo cuya entidad se agota en el ataque o lesión a derechos extrapatrimoniales.¹⁴²

El Dr. González Freire sostiene que el daño moral "es el menoscabo o pérdida de un bien —en sentido amplio— que irroga una lesión a un interés amparado por el derecho, de naturaleza extrapatrimonial. Dicho interés tiene un contenido puramente espiritual (sufrimiento, dolor, aflicción, angustia, desánimo, desesperación, pérdida de la satisfacción de vivir, etc.); se vincula con el interés del ofendido que resulta ajeno o indistinto con las cuestiones

¹⁴¹Pizarro, Ramón D., "El concepto normativo de daño en el Código Civil y Comercial", en *RCyS*, 2020, cita online: AR/DOC/2378/2020

¹⁴²González Freire, Juan F., "El daño y su carácter indemnizatorio (patrimonial y extrapatrimonial) en función del nuevo Código", en *El Derecho*, 2017, cita online: ED-DCCLXXVI-788, pág. 4

patrimoniales. Se trata de todo menoscabo a los atributos a presupuestos de la personalidad jurídica, con independencia de su repercusión en la esfera económica”¹⁴³

En conclusión, se puede definir al daño moral, como toda aquella lesión a un derecho no patrimonial, por lo que se puede precisar que la afección en este caso remite a derechos asociados a la moral, como el honor, la dignidad, la reputación e imagen del sujeto, por mencionar algunos. De esta manera, el daño moral afecta a las esferas íntimas del sujeto y a la integridad del mismo, porque influye en otros derechos inherentes a su personalidad jurídica.

III.2 Distinción entre el daño patrimonial y el daño moral y/o extrapatrimonial.

En el artículo 1738 CCyC se hace referencia al daño emergente y al lucro cesante, es decir, las consecuencias resarcibles desde el punto de vista patrimonial, como así también a las consecuencias de la lesión de los derechos personalísimos de la víctima, pudiendo ser tanto patrimoniales como extrapatrimoniales. A su vez, como ya hemos mencionado anteriormente, el artículo 1741 CCyC habla de la indemnización de las consecuencias no patrimoniales.

De lo dicho *ut supra*, se desprende que el Código hoy vigente, clasifica al daño en patrimonial y moral y/o extrapatrimonial.

Señala González Freire que, “así como el daño patrimonial entraña un defecto del patrimonio, tomando como modelo la composición anterior al suceso o el aumento que entonces podía esperarse, el daño moral implica un defecto existencial en relación con la situación subjetiva de la víctima precedente al hecho”¹⁴⁴

El daño patrimonial es el que sufre la víctima en la esfera de su patrimonio, entendido como conjunto de bienes y derechos de índole patrimonial. Son daños que se valúan económicamente, por referencia al valor que el bien dañado tiene en el mercado cuando el daño se ha causado. Con el término de daño patrimonial, se vincula la noción de menoscabo, lesión o agravio al concepto de patrimonio, provocando una disminución de utilidad que es compensable con dinero o con bienes que son intercambiables por dinero.¹⁴⁵

Para que este tipo de daño sea indemnizable, se requiere que haya un sujeto que sea titular de un patrimonio, que sea factible traducir el daño en dinero y que exista un nexo causal.

Para una parte de la doctrina, el criterio para distinguir el daño moral del patrimonial radica en la índole de los derechos afectados. Es decir, si lo que se lesiona son los bienes que integran un patrimonio entonces el daño es patrimonial. En cambio, si lo afectado son bienes no materiales, como la integridad corporal o los sentimientos, el daño es moral y/o extrapatrimonial.

Mientras que, para otro sector de la doctrina, basa la distinción en las consecuencias de la acción antijurídica. Por lo tanto, si por ella se produce un perjuicio en el patrimonio, el daño es patrimonial. En cambio si los lesionados son los sentimientos o afecciones legítimas de una persona, el daño es moral. No interesa para esta doctrina si el derecho atacado es de carácter patrimonial o no.

¹⁴³González Freire, Juan F., “El daño y su carácter indemnizatorio (patrimonial y extrapatrimonial) en función del nuevo Código”, en *El Derecho*, 2017, cita online: ED-DCCLXXVI-788, pág. 4

¹⁴⁴González Freire, Juan F., “El daño y su carácter indemnizatorio (patrimonial y extrapatrimonial) en función del nuevo Código”, en *El Derecho*, 2017, cita online: ED-DCCLXXVI-788, pág. 4

¹⁴⁵Trigo Represas, Félix A./López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, t. I, 1° ed., pág. 456.

El Dr. Federico A. Ossola señala que “en nuestro ordenamiento existen sólo dos categorías de daño resarcible: el patrimonial y el extrapatrimonial (o moral). Y su contenido es de una amplitud tal, que abarca todas y cada una de las consecuencias en concreto de la lesión al derecho o al interés, sin dejar fuera del derecho indemnizatorio a ninguna que efectivamente acontezca, en tanto estén comprendidas en el abanico de las consecuencias indemnizables”¹⁴⁶

De esta misma manera, el Dr. López Herrera dice que “una de las polémicas más intensas del viejo Código fue si el daño se podía dividir en patrimonial y extrapatrimonial o moral, o si había terceros géneros, como el daño biológico, el daño al proyecto de vida, el daño psíquico, etc.”, debiendo concluir que “luego de una lectura de la forma en que está redactado el artículo 1738, pareciera que los dos primeros casos son de daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y luego lo que queda es daño extrapatrimonial o moral”, posición que además se refuerza teniendo en cuenta el artículo 1741, que habla de la indemnización de las consecuencias no patrimoniales.¹⁴⁷

Por su parte, el Dr. Pizarro sostiene que el “daño patrimonial (o económico) es el menoscabo que experimenta el patrimonio, en sus elementos actuales, o en sus posibilidades normales, futuras y previsibles, a raíz de la lesión de un interés individual o colectivo de esa naturaleza. Importa, necesariamente, un detrimento del patrimonio. El daño patrimonial produce una merma en el patrimonio del damnificado. Va de suyo que su indemnización, en términos de razonable equivalencia, luce orientada a recomponerlo. Lo relevante para calibrar el daño económico es ponderar integralmente la situación patrimonial del damnificado, antes y después del hecho dañoso. Esto ha dado lugar a la llamada "teoría de la diferencia", según la cual el daño "se concreta en la diferencia entre la situación, valorada económicamente, del patrimonio del dañado que este tendría si el hecho dañoso no se hubiera producido y aquella que tiene efectivamente tras el hecho dañoso". Esa diferencia puede operar por disminución efectiva del activo o bien por la frustración de ganancias o de oportunidades económicas. Su medida marca la entidad cualitativa y cuantitativa del daño. Una buena manera de explicar este fenómeno es tomando tres "fotografías" imaginarias del patrimonio del damnificado. La primera se realiza en el instante inmediato anterior al de producción del menoscabo; la segunda, una vez consumado este y determinados en el caso concreto todos sus efectos, tanto los perjudiciales como algunos que eventualmente puedan resultar favorables a raíz del mismo hecho dañoso (*compensatio lucricum damno*). La minoración del patrimonio que se advierte al comparar la primera "fotografía" con la segunda constituye el daño. La tercera "fotografía" se toma inmediatamente después de operada su reparación económica. En un sistema de reparación plena o integral del daño injustamente causado, ella debe coincidir de la manera más exacta posible con la primera. No puede haber ni más, ni menos. La acción resarcitoria es, de tal modo, un instrumento de recomposición patrimonial. El daño patrimonial puede manifestarse como daño emergente, lucro cesante y pérdida de chances económicas (art. 1738, 1ª parte)”¹⁴⁸

Para Ossola, el daño patrimonial se constituye como “una modificación disvaliosa del patrimonio de una persona, producto (consecuencia) de la lesión a un interés patrimonial que reposa sobre un derecho de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, y que se traduce en un modo de estar distinto de patrimonio producto de ese hecho lesivo, y económicamente perjudicial”. A su vez, el daño moral se lo puede definir como la lesión a un interés no patrimonial de la víctima que produce consecuencias de la misma índole. Esa consecuencia resarcible puede consistir en una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento

¹⁴⁶Fiorenza, Alejandro A., “El daño resarcible”, en *El Derecho*, 2019, cita online: ED-CMXXIV-946, pág. 7

¹⁴⁷Fiorenza, Alejandro A., “El daño resarcible”, en *El Derecho*, 2019, cita online: ED-CMXXIV-946, pág. 8.

¹⁴⁸Pizarro, Ramón D., “El concepto normativo de daño en el Código Civil y Comercial”, en *RCyS*, 2020, cita online: AR/DOC/2378/2020

de la capacidad para entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial.¹⁴⁹

Señala González Freire que “la producción del menoscabo en el patrimonio (perdida o disminución) genera en el damnificado un perjuicio susceptible de reparar, que puede verse reflejado en forma inmediata como interés actual (daño emergente), o también como interés futuro (lucro cesante). Respecto al primero, se traduce en un empobrecimiento del contenido económico actual del sujeto y que puede generarse tanto por la destrucción, deterioro, privación del uso y goce, etc., de bienes existentes en el patrimonio al momento del evento dañoso, por los gastos que, en razón de ese evento, la víctima ha debido realizar. Respecto al segundo, consiste en la frustración de una ganancia o de la utilidad que haya dejado de percibir, sea la víctima del acto ilícito o el acreedor de la obligación por la falta de oportuno incumplimiento. La diferencia entre ambos radica en que si el objeto del daño es un interés actual, o sea, un interés relativo a un bien que ya corresponde a una persona en el instante en que el daño se ha ocasionado, se tiene un daño emergente, pero si por el contrario, el objeto del daño es un interés futuro, es decir, un interés relativo a un bien que todavía no corresponde a una persona, se tiene por lucro cesante.”¹⁵⁰

Agrega, además que “la lesión, en cambio, cuando recae sobre aquello que no produce ni representa un menoscabo directo sobre el patrimonio, pero que afecta el interés de la víctima en alcanzar los objetivos por medio de su normal desenvolvimiento, genera también un perjuicio susceptible de reparar, teniendo en cuenta que el hombre es eje y centro de todo sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respeto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”.¹⁵¹

III.3 Daño moral y daño psicológico y/o psíquico¹⁵²

Una de las cuestiones que más han sido debatidas en los últimos años tiene que ver con la autonomía del daño moral con el daño psicológico y/o psíquico, vale aclarar que este último es aquel que tiene perdurabilidad, tiene relevancia lo que diga el perito, y en todo caso cual es el porcentaje del daño. En cambio, el daño moral es un daño temporal, pasajero en las afecciones de una persona.

En lo que respecta a la protección de la salud, esta estuvo implícitamente consagrada en la Constitución Nacional del año 1853, y con la modificación del año 1994, explícitamente en el artículo 42 de nuestra Carta Magna, a través de la incorporación de los tratados internacionales. Tal protección resulta, entre otros, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 25.1, donde dice que “*todo ser humano tiene el derecho a un nivel de vida que le permita a él mismo y a su familia gozar de salud y bienestar; tiene derecho a la seguridad en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia*”. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 12.1 establece que “*los Estados se comprometen al reconocimiento de derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*”. En

¹⁴⁹Fiorenza, Alejandro A., “El daño resarcible”, en *El Derecho*, 2019, cita online: ED-CMXXIV-946, pág. 8.

¹⁵⁰González Freire, Juan F., “El daño y su carácter indemnizatorio (patrimonial y extrapatrimonial) en función del nuevo Código”, en *El Derecho*, 2017, cita online: ED-DCCLXXVI-788, pág. 2

¹⁵¹González Freire, Juan F., “El daño y su carácter indemnizatorio (patrimonial y extrapatrimonial) en función del nuevo Código”, en *El Derecho*, 2017, cita online: ED-DCCLXXVI-788, pág. 2

¹⁵²Es dable destacar que, en el presente trabajo, los términos “psicológico” y “psíquico” son tratados como equivalentes.

la Convención Americana de Derechos Humanos el artículo 5.1 dice que *“toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”*, y por último en el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el artículo 18 nos dice que *“toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad”*.

Está claro que la salud aparece como un bien jurídico de gran jerarquía en cuanto a la hora de su tutela jurídica. Si se ubica a la persona como centro y eje del ordenamiento jurídico, el contenido y la consideración del daño experimentado ha de tener especial significación.

Para la Dra. Lidia Hernández el daño psíquico "supone una perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente. Comprende tanto las enfermedades mentales como los desequilibrios pasajeros, pero ya sea como situación estable, o accidental o transitoria, implica en todo caso una faceta morbosa, que perturba la normalidad del sujeto y trasciende en su vida individual y de relación. No debe por demás ser restringido al que proviene de una lesión anatómica, toda vez que hay importantes perturbaciones de la personalidad que tienen su etiología en la pura repercusión anímica del agente traumático, aunque el desequilibrio acarree eventuales manifestaciones somáticas".¹⁵³

Agrega además, que en cuanto a la prueba, el daño psíquico exige demostración de su existencia y extensión. Es decir, si el daño psíquico no tiene elementos concretos demostrativos de haberse padecido y de la entidad del padecimiento, puede ser descartado por el juez por falta de comprobación, mientras que en el caso del daño moral, este se acredita por el solo hecho o acto dañoso, permitiéndole al juez establecer su cuantía sin pruebas extras y mediante presunciones.¹⁵⁴

En lo que respecta a la expresión “daño psíquico”, esta comienza a ser utilizada en el ámbito de la medicina forense y se traslada al lenguaje jurídico por medio de la prueba pericial y, por ende, a demandas y sentencias. Así las cosas, se define como un “síndrome psiquiátrico coherente (enfermedad psíquica), novedoso en la biografía, relacionado causal o concausalmente con el evento de autos (accidente, enfermedad, delito), que ha ocasionado una disminución en las aptitudes psíquicas previas (incapacidad), que tiene carácter irreversible (cronicidad) o al menos jurídicamente consolidado (dos años)”¹⁵⁵

Esta definición otorgada por la Dra. Pérez Matilde, que proviene de la ciencia médica forense, “permite delimitar el ámbito, caracteres y autonomía etiológica de este tipo de daño: 1. Patología de carácter continuado: en el daño psíquico existe una patología psíquica, no conformada por hechos aislados sino que es continuada. El daño psíquico supone una perturbación patológica de la personalidad de la víctima que altera su equilibrio de base o agrava algún desequilibrio precedente. 2. Nuevo en la biografía del damnificado, es decir, que no existía en forma previa o de la manera en que se agrava con el hecho disruptivo. 3. Debe haber una relación de causalidad o concausalidad adecuada y suficiente entre el hecho generador del daño y el estado psicopatológico de la persona, que se puede presentar de manera

¹⁵³Gherssi, Carlos A., “Derecho a la identidad, daño moral y daño psicológico, como categorías autónomas”, en *DFyP*, 2013, cita online: AR/DOC/3861/2013, pág. 227

¹⁵⁴Gherssi, Carlos A., “Derecho a la identidad, daño moral y daño psicológico, como categorías autónomas”, en *DFyP*, 2013, cita online: AR/DOC/3861/2013, pág. 227

¹⁵⁵Pérez, Matilde., “Daño psíquico en el CCCN. ¿Autonomía conceptual o autonomía jurídica?”, en *El Derecho*, 2021, cita online: ED-MCLXXXII-104

directa o indirecta. En el primer caso, es un daño nuevo, inédito; en el segundo, cuando se agrava una predisposición preexistente o una complicación sobreviniente. En ambos, hay una causa exógena de la que surge el deber de reparar el daño y que permite tomar en cuenta si generó, agravó, aceleró o evidenció una patología previa. 4. Carácter permanente desde el punto de vista jurídico. Ello significa que el daño debe ser crónico y consolidado con una línea temporal comprendido entre el hecho y la realización de la pericial correspondiente que servirá de guía para el dictado de la sentencia. Agrega además que el daño psicológico es un concepto autónomo que analiza la existencia de un daño a su salud psicofísica. Su reconocimiento jurídico viene dado por la posibilidad de establecer un nexo de causal entre el hecho dañoso y esa alteración que perturbe su integridad personal en todas sus facetas.”¹⁵⁶

El Dr. Ghersi dice que para determinar metodológicamente si una categoría es autónoma, mínimamente debe tener, al menos, tres elementos diferenciales, siendo estos los siguientes:

“a) un lugar, donde radica o se ubica el espacio de la integridad protegida: en el caso del moral, en los sentimientos; en el caso del psíquico, en la lógica de razonar; b) un fundamento, con la finalidad de proteger aquella integridad, el daño moral, es el desequilibrio de los sentimientos, como pérdida de la integridad en los sentimientos y en el caso del daño psicológico, el desequilibrio de la lógica del razonamiento, como pérdida de la integridad del raciocinio; c) en cuanto a la prueba, ya que en el daño moral la mayoría de las veces es notorio y en algunas se puede probar con testigos; prueba pericial; indicios y presunciones, etc. y en el caso del daño psicológico, solo mediante prueba pericial o al menos preponderantemente (historia clínica del paciente internado después de un accidente, etc.). Estos elementos, mínimamente, se verifican por lo cual el daño moral y el psicológico, son dos categorías autónomas.”¹⁵⁷

Es dable destacar también los dos aspectos del daño psicológico, que según la Dra. Hernández, son la reparación del daño pasado y existente y la terapéutica de recuperación, es decir, hacia el futuro.

En el caso del daño psicológico como proceso pasado, señala que se trata de reparar el daño desde el día del hecho hasta el dictado de la sentencia, siendo un daño acaecido, por lo cual se fija una suma dineraria. Mientras que en el tratamiento terapéutico psicológico, explica que por el solo hecho de que se reconozca la indemnización por daño psíquico, no obsta la del tratamiento psicológico, ya que lo que se busca es indemnizar diferentes aspectos. En el tratamiento psicológico se busca evitar que la dolencia psíquica se agrave, o en todo caso, a mejorar sus síntomas.¹⁵⁸

Para la Dra. Pérez la distinción del daño moral con el daño psíquico, vista desde una perspectiva causal, es que ambos daños difieren entre sí, ya que en el daño moral hay una afectación que se refleja en sentimientos, temores, aflicciones, inseguridades que se presentan al momento del hecho o se prolongan en el tiempo, mientras que el daño psíquico, desde el vamos se encuentra dentro de la esfera de la salud psicofísica, siendo la psiquis un bien jurídico objeto de tutela. Se presenta un quebrantamiento patológico de la persona afectada que se enferma a raíz del

¹⁵⁶Pérez, Matilde., “Daño psíquico en el CCCN. ¿Autonomía conceptual o autonomía jurídica?”, en *El Derecho*, 2021, cita online: ED-MCLXXXII-104

¹⁵⁷Ghersi, Carlos A., “Derecho a la identidad, daño moral y daño psicológico, como categorías autónomas”, en *DFyP*, 2013, cita online: AR/DOC/3861/2013, pág. 227

¹⁵⁸Ghersi, Carlos A., “Derecho a la identidad, daño moral y daño psicológico, como categorías autónomas”, en *DFyP*, 2013, cita online: AR/DOC/3861/2013, pág. 227

suceso que hace nacer la obligación de resarcir. Se genera una merma de posibilidades patrimoniales de manera permanente, no transitoria ni temporal.¹⁵⁹

En el año 2001, la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, en los autos “Lastra Lidia c/Heredia Fernán Santiago y otro s/Daños y perjuicios” dictó una sentencia en la cual se analizó y estableció un criterio que permite distinguir el daño moral del daño psicológico. Uno de los puntos centrales del fallo consistió en considerar como resarcible el daño psicológico independientemente de la indemnización que corresponda en concepto de daño moral.

En cuanto a la integridad personal, tanto física como psíquica, de la persona humana, nuestro más Alto Tribunal señaló que “Cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que se desempeñe o no una actividad productiva, pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida, y a fin de no evaluar el resarcimiento no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados por la Ley de accidentes de trabajo, aunque puedan resultar útiles para pautas 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 su vida laboral”.¹⁶⁰

Es dable destacar que para la jurisprudencia española, el daño moral implica un concepto bastante más amplio que el de daño psíquico, ya que en él tiene cabida el impacto que en el individuo puedan producir determinadas conductas o actividades, tanto si comportan una agresión directa o inmediata a bienes materiales como si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad, al haber espiritual de la persona, o a los bienes materiales de la salud, al honor, la libertad, la intimidad u otros similares, bienes éstos o aspectos de la personalidad que deben ser indemnizados como compensación de los sufrimientos, preocupaciones, disgustos, contrariedades, intranquilidad e incluso molestias e incomodidades que padezca el sujeto pasivo de las mismas.¹⁶¹

En el caso de nuestra jurisprudencia, el déficit en el ámbito psíquico debe ser diferenciado del daño moral, ya que si bien ambos afectan el equilibrio espiritual de la víctima, aquél reviste connotaciones de índole patológica. Además, el daño psicológico debe diferenciarse del daño moral, debiendo indemnizarse por separado y con independencia de que se conceda una reparación por este último concepto, ya que el daño moral sucede en la esfera del sentimiento, mientras que el menoscabo psíquico afecta el razonamiento de modo preponderante.¹⁶²

En lo que respecta al daño psíquico, “se lesiona primordialmente el razonamiento, sin perjuicio de otros efectos complejos y convergentes. Se debe contar, sin duda, con los elementos fácticos y compulsas científicas para aceptar la existencia de un daño psíquico, sobre todo al tener en cuenta que acontece en la esfera mental, plena de complejidades y de comprobaciones multiplicables. El daño de la psique entraña, entonces, la imposibilidad de poner en

¹⁵⁹Pérez, Matilde., “Daño psíquico en el CCCN. ¿Autonomía conceptual o autonomía jurídica?”, en *El Derecho*, 2021, cita online: ED-MCLXXXII-104

¹⁶⁰González Freire, Juan F., “El daño y su carácter indemnizatorio (patrimonial y extrapatrimonial) en función del nuevo Código”, en *El Derecho*, 2017, cita online: ED-DCCLXXVI-788, pág. 3

¹⁶¹Trigo Represas, Félix A./López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, t. I, 1° ed., pág. 502.

¹⁶²Trigo Represas, Félix A./López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, t. I, 1° ed., pág. 502.

funcionamiento el proceso de inteligencia o proceso de manufacturación inteligente, o de razonabilidad, con los tres soportes descriptos, por la cual se inutiliza el proceso, como concepto de desarrollo evolutivo. El daño a la psiquis entraña una situación estático-neurológica, a diferencia del daño psicológico cuyo proceso resulta de un aspecto dinámico.”¹⁶³

El daño psíquico supone una perturbación patológica de la personalidad de la víctima, patología que debe ser descripta por el perito. Además, existe interdependencia conceptual y resarcitoria del perjuicio psíquico respecto del daño moral, toda vez que los perjuicios indemnizables por daño psíquico tienen sustanciales diferencias respecto del daño moral, desde su origen, en un caso de tipo patológico y en el otro no, hasta la entidad del mal sufrido, uno es material y el otro inmaterial. Se presenta también una proyección de efectos dentro del ámbito jurídico procesal en materia de prueba, ya que el daño psíquico requiere de pruebas extrínsecas, mientras que en el caso del daño moral, el mismo se prueba, en principio, *in re ipsa*.¹⁶⁴

Es dable diferenciar el resarcimiento por daño psicológico o psíquico del tratamiento que este pueda ocasionar. La Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, en el fallo “Herrador, Ramón Daniel c/ Paz, Lautaro Andrés y otro s/ daños y perjuicios”, de fecha 29 de diciembre del año 2022, sostuvo que no debe haber superposición entre el resarcimiento de la incapacidad psicológica y el tratamiento, ya que el primero busca reparar la merma en la capacidad que se determine pericialmente, mientras que la suma destinada al tratamiento psicológico busca evitar que se agrave el cuadro psíquico. Agrega que de igual modo sucede con los cuestionamientos vinculados a que el daño psicológico quede subsumido dentro del moral, toda vez que una característica de este último es que el desequilibrio emocional que provoca es limitado en el tiempo, no llega a ser patológico y el propio sujeto tiene conciencia de dicho malestar espiritual; en cambio, el daño psíquico es una afección que provoca una alteración en las funciones psíquicas del sujeto, este no alcanza a tener conciencia de la lesión y se le genera una incapacidad.

Por último, en el fallo “S., Á. M. y otros c. Compañía de Transportes Río de la Plata S.A. y otros s/ordinario”, del 2 de febrero del año 2022, se consideró que el artículo 1738 CCyC “... ha brindado autonomía resarcitoria al daño psíquico respecto del daño moral”, así como también que “... Dado que el Código Civil vigente a la época del siniestro y luego de la demanda receptaba solamente dos tipos de daños resarcibles, el material y el moral, el daño psíquico no debía ser resarcido autónomamente”, por lo que podría decirse “que el Código Civil y Comercial marcaría una divisoria de aguas en la clasificación de los daños, en un aparente abandono del sistema de *numerus clausus* de daño patrimonial y moral, por un criterio de nuevos daños resarcibles contestes con la idea de la reparación plena a la que se aspira en el art. 1740... No hay duda, en lo jurídico, de que la persona es una unidad indisoluble, en que la integridad y normalidad psíquica constituye una dimensión reconocible y valiosa, que debe ser objeto de protección jurídica.”¹⁶⁵

III.4 Daño moral y daño estético.

El daño estético es el relativo a las circunstancias estéticas de la víctima, siendo el mismo indemnizable. Un sector de la doctrina, no consideran a este tipo de daño como autónomo, sino

¹⁶³González Freire, Juan F., “El daño y su carácter indemnizatorio (patrimonial y extrapatrimonial) en función del nuevo Código”, en *El Derecho*, 2017, cita online: ED-DCCLXXVI-788, pág. 3

¹⁶⁴C7aCCom. de Córdoba, 09/02/2015, “Videla, Rodolfo Marcelo y otro c/ Municipalidad de Jesús María s/ Daños y Perjuicios”, Expte. N° 2713179/36.

¹⁶⁵Pérez, Matilde., “Daño psíquico en el CCCN. ¿Autonomía conceptual o autonomía jurídica?”, en *El Derecho*, 2021, cita online: ED-MCLXXXII-104

que integra el perjuicio material o moral, mientras que para otro sector si considera que tiene autonomía resarcitoria.

En el fallo “M., M. C. c/ Marpama SA y otros s/ Daños y Perjuicios – Resp. Prof. Médicos y Aux.”, de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, se deja en claro que en numerosos precedentes, como en las Jornadas sobre Responsabilidad por Daños en homenaje al Doctor Jorge Bustamante Alsina (Buenos Aires, 1990), se definió al daño estético como “toda alteración disvaliosa para la víctima en su armonía, expresión y esquemas corporales”, asimismo, se entendió que comprende a las anormalidades anatómicas y funcionales, permanentes o transitorias, que se manifiestan exteriormente. Agregando que, “es por ello que se ha afirmado que tales condiciones estéticas, más allá del daño patrimonial cierto que pueda provocar, constituyen en sí mismas un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, ya que la indemnización que al respecto le es debida a la víctima no debe apoyarse, para su valoración, únicamente en lo que haya quedado afectada su capacidad laborativa, sino también en todo aquello que pueda proyectarse sobre su personalidad plena, es decir tanto en el plano individual como social.”

Además se cita en el fallo que, “el daño estético cambia el sentido de la normalidad superficial del ser humano y debe tener condigna reparación sin perjuicio de otros aspectos que pueden afectarla, tales como el daño a la espiritualidad o moral.”

Se menciona también que “toda persona de existencia visible tiene derecho a la integridad de su aspecto normal o habitual por el que se la conoce e identifica, de tal manera que la presencia no sólo existe, sino que trasciende y significa. Cuando en las condiciones analizadas, se lesiona esa integridad del aspecto, el derecho otorga soluciones justas. Solo se requiere que exista una alteración en el aspecto habitual que tenía la persona con anterioridad al hecho generador, sin que la ausencia de implicancias económicas de la deformación, que por otro lado sí pueden ser tenidas en cuenta para la estimación del quantum de la indemnización, sean definitivas para rechazar el reclamo”

Agregando que “en definitiva, toda afectación con su consecuente menoscabo a un bien jurídico integrante del patrimonio de la persona (material o moral) dará origen a un daño patrimonial, sea este directo o indirecto (v. gr. daño estético) con autonomía propia, ello sin perjuicio de la procedencia de la reparación por daño moral (conf. Brebbia, Roberto H. “La lesión del patrimonio moral” en “Derecho de daños”, ps. 239/40), debiendo tomarse en cuenta a los fines de su evaluación los tratamientos médicos posibles y las circunstancias de la víctima: sexo, edad, aspecto anterior, tamaño y ubicación de la lesión, situación familiar y, en general, toda otra circunstancia trascendente de acuerdo con la persona y medio donde actúa.”

Para la Sala J de la Cámara Nacional Civil de la Capital Federal, el daño estético carece de autonomía para ser indemnizado en forma independiente, consideran que debe ser contemplado dentro del ítem de incapacidad sobreviniente, y dentro del rubro daño moral, por el sufrimiento espiritual que pudiera llegar a provocar, es decir que el daño estético no es autónomo respecto del daño material o moral, por el contrario, integra uno u otro, o ambos, según sea el caso.¹⁶⁶

En la misma línea, la Sala I de la Cámara Civil y Comercial de Paraná, Entre Ríos, considera que el daño estético no está receptado en el Código Civil y Comercial vigente, como un daño diferente y autónomo del daño patrimonial o por consecuencias no patrimoniales, por lo cual

¹⁶⁶CNCiv., Sala J, 07/04/2015, “B., A. A. c/ R. Z., E. y otro s/ Daños y Perjuicios”, CIV 055367/2010/CA001.

debe considerarse a los fines de la determinación de la lesión y cuantificarse como daño patrimonial o extrapatrimonial, según corresponda.¹⁶⁷

Por otro lado, en el fallo “Bravo, Rubén Alberto c/ Empresa de Transportes Pedro León Gallo y/u otros S/ Daños y Perjuicios”, con sentencia de fecha 12 de junio de 2003, se dejó de manifiesto que el daño moral debe diferenciarse del daño estético, ya que este último constituye un daño material derivado de la desfiguración permanente e incide sobre las futuras posibilidades económicas de la víctima y sobre su vida de relación, mientras que el daño moral consiste en el resarcimiento de la lesión a afecciones íntimas del damnificado, encontrándose circunscripto al plano espiritual.

En el citado fallo se define al daño estético como aquel que comprende todo menoscabo, disminución o pérdida de la belleza física de una persona. Es una alteración que se traduce en una mengua o deterioro de esa armonía corporal, propiedad de los cuerpos que los hace agradable a los ojos.

En las Jornadas sobre Responsabilidad por Daños del año 1990 lo definieron como "toda alteración disvaliosa para la víctima en su armonía, expresión y esquema corporales", comprende "las anomalías anatómicas y funcionales", permanentes o transitorias, que se manifiestan exteriormente. En todo caso el tratamiento que debe realizar tendrá índole patrimonial. El daño psicológico que genera será extrapatrimonial.

El Dr. Francisco Soto Nieto, ex magistrado del Tribunal Supremo de España, dice que “el daño o perjuicio estético se traduce en una alteración o detrimento experimentado por la persona en su armonía física, afectante a su fisonomía o configuración, atentatorio a su belleza o grata presencia. Con frecuencia viene constituido por cicatrices o alteraciones morfológicas agudizadas, consecuencia de pérdida de miembros o de elementos fisiológicos asiento y exteriorización de los sentidos (ojos, pabellón auditivo, nariz, etc.). La irregularidad física permanente, imprimiendo una fealdad configurativa, no necesariamente al rostro, al conjunto de la persona, supone la “deformidad” con que se señala ordinariamente al perjuicio estético. La nota de visibilidad ha de entenderse como facilidad de apreciación a simple vista, sin perjuicio de su posible ocultación o disimulo merced al cubrimiento con prenda de vestir u objetos o adminículos de adorno.”¹⁶⁸

Ese daño estético configura un daño moral, por la inseguridad a que expone su portador, en su vida social, pero la lesión estética configura un daño patrimonial sólo cuando fuere factible la supresión por vía quirúrgica o mitigación de la deformidad, ya que en este caso el costo de la operación indicaría un daño cierto, por lo que en su defecto, cuando son reclamados estos padecimientos, se los engloba en la partida correspondiente al daño moral.¹⁶⁹

Considero que el daño estético es un tipo de daño diferente, es decir que tiene una indemnización que es independiente del daño moral y del daño patrimonial.

III.5 Indemnización del daño moral.

¹⁶⁷CCCom. de Paraná, Sala I, 30/12/2016, “De Kimpe, Saúl Oscar c/ Rodríguez, Nelson Carlos María y otra s/ Ordinario”, Expte N° 8-9886.

¹⁶⁸Trigo Represas, Félix A./López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, t. I, 1° ed., pág. 503

¹⁶⁹Trigo Represas, Félix A./López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, t. I, 1° ed., pág. 503.

La cuestión relativa a la discusión de si el daño moral es susceptible de ser resarcido encuentra amplio consenso tanto en la doctrina nacional como internacional.

III.5.1 Doctrinas negatorias.

Para lograr un consenso en torno al resarcimiento de dicho instituto, se debieron superar diferentes doctrinas negatorias del mismo. Una primera tesis, llamada “negativa clásica”, aseveraba que el daño moral no es susceptible de ser resarcido por cuanto vulneraría principios jurídicos y éticos al indemnizar un perjuicio, para ellos, inexistente, y siguiendo parámetros absolutamente arbitrarios. Todo esto generaría un enriquecimiento indebido por parte de la víctima, sumándole a esto la incapacidad sostenida para cuantificar el monto de la indemnización de manera certera, dando paso a la arbitrariedad judicial al momento de establecerla. Otro punto importante que establece esta doctrina es la polémica en torno a tener que ponerle un valor económico al sufrimiento que afecta a la víctima; esto es, ponerle un precio al sufrimiento. Esta doctrina acusa de querer subsanar con dinero el daño en los sentimientos humanos, convirtiendo el sufrimiento en una cuestión netamente materialista.

Savigny se pronunciaba por la no indemnización del daño moral ya que entendía que no se debe negociar con bienes que se encuentran fuera del comercio como lo son el honor y los afectos.

La segunda tesis que niega el carácter indemnizatorio del daño moral, conocida como “negativa moderna”, propia de las sociedades comunistas, tiene su eje en el rechazo a un instituto que consideran de índole burgués por su supuesta identificación de la afección interna de la persona con el dinero.

III.5.2 Doctrinas a favor.

En contrapartida con las dos corrientes comentadas, se encuentran las que están a favor del resarcimiento del daño moral. La primera de ellas conocida como “doctrina de la pena o sanción ejemplar”, apoyada por un sector minoritario de la doctrina, establece que el resarcimiento indemnizatorio del daño moral no está aplicado en miras del bienestar de la víctima, sino en ser una suerte de “pena civil” apuntada contra el sindicado como responsable, convirtiéndose así en una pena privada de carácter netamente sancionatorio.

Esta doctrina que entonces contaba con una participación activa de la mayoría de la doctrina nacional, quedó superada a raíz de un importante fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: El fallo de “Santa Coloma”, de fecha 5 de agosto del año 1986, en donde un matrimonio conformado por Luis Federico de Santa Coloma y Jacqueline Colette Alice Dedoyard entabla una demanda por daños y perjuicios por daños materiales y morales en contra de Ferrocarriles Argentinos por la muerte de tres de sus hijas, y por las lesiones sufridas por su hijo Martín Ambrosio de Santa Coloma en el accidente ferroviario acaecido el día 8 de marzo de 1981 en las cercanías de Brandsen, Provincia de Buenos Aires. En primera instancia el reclamo es admitido parcialmente, estableciendo una indemnización que ascendía a la suma de \$a 2.786.510. Sin embargo, luego del recurso de apelación interpuesto tanto por la parte actora como por la demandada, el monto establecido por el rubro “daño material” fue revocado, en tanto que el de “daño moral” es sustancialmente reducido, estableciendo así la indemnización en una suma de \$557.400. La Cámara de Apelaciones fundó su decisión en base a la pudiente situación económica del matrimonio Santa Coloma y en la imposibilidad de reparar el daño sufrido por los padres mediante una entrega económica, la cual debería ser netamente de carácter sancionatorio o punitivo.

Se cita en el fallo de la CSJN que “...*el dolor de los padres, no es susceptible de ser aplicado, ni siquiera en grado mínimo, por la recepción de dinero, cualquiera sea la cantidad, pues a tal dolor, nada agregará ni quitará la cifra que reciben los agraviados, lo que demostraría que la reparación que otorga la ley no puede tener tal finalidad*”.

Finalmente, mediante un recurso de queja, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declara procedente el recurso extraordinario interpuesto por la parte actora y rechazada por la Cámara de Apelaciones, dejando sin efecto lo resuelto en segunda instancia y devolviendo las actuaciones al tribunal de origen para que procedan a dictar un nuevo fallo concordante a lo resuelto. La Corte Suprema de Justicia de la Nación establece que la sentencia apelada lesiona el principio *alterum non laedere*, enmarcado en nuestra Constitución Nacional en el artículo 19, diciendo que “*la sentencia apelada lesiona el principio alterum non laedere que tiene raíz constitucional (art. 19 de la Ley Fundamental) y ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el Tribunal dentro del marco de sus atribuciones y es consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta Magna*”, agregando que “*no figura entre las potestades de un estado constitucional imponer a los habitantes cargas que superen a las requeridas por la solidaridad social*”

El fallo analizado da lugar a la presentación de la segunda corriente doctrinaria a favor de la indemnización del daño moral, la llamada “doctrina del resarcimiento del daño moral”. Es la corriente que cuenta hoy en día con más participación de la doctrina nacional. Acertadamente, pasa el foco del ánimo punitivo del sindicado como responsable a la víctima y al resarcimiento del daño sufrido.

Esta corriente viene a distinguir la función del dinero a la hora de resarcir los daños patrimoniales y morales; siendo en el primer caso la finalidad devolver el estado patrimonial menoscabado a su estado anterior, mientras que en el segundo tiene una función meramente satisfactoria para la víctima. También manifiesta que en el supuesto en que la indemnización deba ser de carácter punitivo, no se entiende por qué debería ser entregado a la víctima, así como también la subsistencia del reclamo en caso de la muerte del ofensor. En igual sentido rechaza categóricamente la dificultad a la hora de establecer el monto de la indemnización por daño moral sea motivo determinante para negar el resarcimiento.

La tercera corriente es la llamada “funcional o del doble carácter (resarcitorio y sancionatorio) de la indemnización”. De difusión sobre todo en los últimos años, esta corriente es una suerte de “moderadora” entre las dos anteriores. Entiende que la indemnización no tiene por qué tener un único carácter, sino que es viable que su concepto se amolde a uno doble.

III.5.3 Indemnización punitiva vs. Indemnización resarcitoria.

La importancia de mencionar las corrientes que identifican a la indemnización del daño moral con la tesis punitiva o con la resarcitoria radica en las distintas consecuencias que pueden surgir de la aplicación de las mismas.

En lo que respecta a los hechos generadores de responsabilidad civil por daño moral, en la indemnización punitiva sólo las conductas antijurídicas son susceptibles de generar responsabilidad civil de indemnizar el daño moral. Dentro de esta corriente están los que sostienen que es necesario que dicha conducta antijurídica sea imputable a título de dolo, mientras que otros sostienen que basta la mera antijuricidad de la conducta. La indemnización resarcitoria se centra en la víctima, poco importa la entidad de la conducta llevada a cabo por el responsable, sino que ésta pueda tener virtualidad para generar el detrimento moral y dar origen a su correspondiente resarcimiento indemnizatorio.

Para la valoración el daño moral en la indemnización punitiva, el mismo se debe justipreciar teniendo en cuenta la gravedad de la conducta manifestada por el autor del daño. En la indemnización resarcitoria se valora según la entidad y magnitud del daño sufrido por la víctima.

La legitimación activa para reclamar la indemnización por daño moral, en el caso de la indemnización punitiva la puede reclamar todo legitimado activo, siempre y cuando el ofensor no haya sido sancionado con anterioridad por la misma causa, siguiendo el principio *non bis in idem*. En la indemnización resarcitoria puede reclamar daño moral todo el que lo haya sufrido y posea legitimación activa para hacerlo.

Respecto de la subsistencia de la acción indemnizatoria después de la muerte del ofensor, en la indemnización punitiva la pena es personal, por lo que se extingue con la muerte del ofensor y no es posible la transmisión a sus herederos. En la indemnización resarcitoria se contempla la transmisión de responsabilidad del ofensor a sus herederos, subsistiendo la acción ante la muerte del mismo.

Señala la Dra. Zavala de González que “así como en la reparación de daños patrimoniales se procura equilibrar pérdidas económicas con los beneficios económicos igualadores al que tienden las sumas indemnizatorias, en los daños morales se intenta compensar males intangibles para la existencia con bienes o servicios que la víctima puede adquirir o disfrutar mediante el empleo de aquellas sumas. Por ende, insistimos en que la indemnización por daño moral desempeña una función resarcitoria; de allí que, según se ha visto, su alcance no varía acorde con la gravedad de la culpa del dañador, sino con la del perjuicio mismo (al margen de que, en ocasiones, la reprochabilidad de la conducta repercute en la subjetividad de la víctima y acrecienta su mal). En su virtud, a paridad de perjuicios corresponden parejas soluciones indemnizatorias: si varias personas en igual condición y a raíz de idéntico hecho sufren un mismo daño moral, los respectivos montos deben ser coincidentes o siquiera aproximados. Coherentemente, deben variar las cuantías si algunos perjuicios son más graves, aunque hayan sido desencadenados por un solo hecho y versen sobre igual lesión”, agregando además que “en efecto y dado que la extensión indemnizatoria debe adecuarse al grado de nocividad, sería arbitraria una condena que fijase un monto igual para cada actor, ignorando datos que diferencian en más o en menos sus menoscabos morales. Un ejemplo típico radica en la muerte del progenitor, susceptible de generar disímiles desmedros para los hijos, según cuáles hubiesen sido los vínculos de dependencia espiritual y de cercanía afectiva, y hasta la falta de autonomía alimentaria como fuente de un descalabro existencial a partir del fallecimiento de quien la suplía. En la postura resarcitoria, cada víctima invoca el propio daño, y la reparación en favor de una no influye en la pretensión indemnizatoria de las restantes.”¹⁷⁰

La función resarcitoria de la responsabilidad civil atiende, entonces, a la idea de reparar el daño causado. Desde luego, que importará sobre todo el daño que pueda causarse a la persona, que tiene una jerarquía superior a los derechos sobre los bienes (buena prueba de ello es que los derechos personalísimos son en principio irrenunciables, mientras que los derechos sobre los bienes, lo son), pero también éstos están protegidos, y si se les causa un daño, nacerá el derecho a reclamar el correspondiente resarcimiento. La finalidad que persigue la función resarcitoria es la de la reparación plena; esto es, la de restituir la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie (art. 1740). Está claro que esa restitución al estado anterior no siempre se logra, pues hay numerosos casos en los que ello

¹⁷⁰Zavala de González, Matilde, *Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, 1° ed., pág. 326

resulta imposible, tal como sucede con la muerte de un hijo o la amputación de un miembro del cuerpo. Por ello, el resarcimiento permite mitigar la pérdida pero no borra lo destruido.¹⁷¹

Desde ya que un propósito punitivo exigiría averiguar el patrimonio del responsable, dado que al rico sólo lo castigaría una suma elevada de dinero, y el pobre sería suficientemente reprimido con una suma reducida. De esta manera, las indemnizaciones podrían ser aleatoriamente descomunales o ridículas, confrontándolas con la entidad del perjuicio.¹⁷²

Por último, y “a diferencia de lo que se cree habitualmente, la adopción de una postura resarcitoria no conduce *per se* a montos más elevados que la punitiva. Es que un severo afán represivo puede aumentar la indemnización y un modesto objetivo de reparación conllevar una suma reducida. Esa discrepante correlación cuantitativa queda registrada en el siguiente fallo: *‘La reparación del daño moral debe ser tratada, no desde el punto de vista de la víctima, sino del lado del autor del hecho, cuyo castigo es de transcendencia para la sociedad, que tiene indudable interés en evitar repeticiones de hechos de esa naturaleza (doctrina de la mayoría). El rubro daño moral no importa una sanción para el victimario; tiene carácter de resarcitorio y procura compensar las pérdidas no económicas del damnificado. Sin embargo, no puede convertirse en un seguro para actividades futuras, ni en fuente de enriquecimiento’* (C1aCivCom Córdoba, 23/3/98, “Revista de Responsabilidad Civil y Seguros”, 1999-649, del voto en disidencia, donde se propició reducir a la mitad las indemnizaciones fijadas por los otros registrados). Por consiguiente, la tesitura represiva y la compensadora únicamente aproximan a cómo definir la indemnización: valorando la gravedad de la culpa o la del daño. Pero, una vez esclarecido dicho interrogante, se abre el que constituye eje de esta obra: con cuánto dinero sancionar o bien (según es propio) reparar.”¹⁷³

III.6 Reparabilidad del daño moral.

Es dable destacar que la reparación del daño moral ha sido susceptible de modificaciones legislativas, ya desde la sanción del Código de Vélez hasta la actualidad con la modificación y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación.¹⁷⁴

Lo que se busca con la reparación del daño moral es procurar, “hasta donde el dinero pueda hacerlo, reconstruir la personalidad espiritual del perjudicado, quien al pasar al estado de soledad, verá suscitarse los miedos y angustias que conlleva”¹⁷⁵

Es decir, la reparación del daño moral tiene por objeto indemnizar el menoscabo ocasionado, que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor imposible de valorar, como ser la libertad, la integridad física, el honor.

La reparación integral, en el daño moral, significa que debe indemnizarse todos los detrimentos de esa índole que el hecho haya causado adecuadamente. Referirse a la plenitud resarcitoria sería ver cuáles consecuencias son resarcibles, en tanto desatadas por el hecho y por ende imputables a alguien. No obstante ello, aquí jamás se podría aspirar a reponer la situación previa al menoscabo ocasionado, ni tampoco remediar el equilibrio personal afectado.

¹⁷¹Borda, Alejandro, *Derecho Civil y Comercial. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2017, 1° ed.

¹⁷²Zavala de González, Matilde, *Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, 1° ed., pág. 327

¹⁷³Zavala de González, Matilde, *Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, 1° ed., pág. 327-328

¹⁷⁴Civerra, Felipe M., “El daño moral: sus alcances en el Código Civil y Comercial, legitimación, alcances de la reparación”, en Protocolo A00404311030 de Utsupra.

¹⁷⁵Zavala de González, Matilde, *Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, 1° ed., pág. 310

“Reponer” al estado anterior, sólo es factible, y no siempre, cuando se trata de “cosas”, nunca cuando se ha menoscabado de algún modo el “ser” de la persona, del individuo, caso en el cual resulta imposible y sólo resta el arbitrio imperfecto de una indemnización en dinero.¹⁷⁶

Así las cosas, la indemnización será plena, pero no integral, en tanto y en cuanto se contemplen aquellos aspectos que el sistema jurídico considera relevantes, para lo cual no se tiene en cuenta las repercusiones reales que tuvo el evento dañoso en la víctima, sino sólo las jurídicamente relevantes. Se deja de manifiesto y en evidencia, la existencia de limitaciones difíciles de superar, especialmente en materia de daño moral, pero se destaca la necesidad de lograr su satisfacción en la mayor medida posible.¹⁷⁷

De esta manera, la plenitud e integridad en la reparación del daño moral difícilmente pueda ser alcanzada en términos reales, debido a que los individuos pueden sufrir de manera diferente ante el mismo hecho lesivo. La plenitud que intenta lograr el derecho consiste en la reparación de todos los aspectos del daño que el sistema jurídico considera indemnizable.¹⁷⁸

Por ende, el dinero nada devuelve o retrotrae, sólo “satisface insatisfactoriamente”, agregando además, que nunca será factible aseverar que determinado monto de dinero se ajuste al daño moral ocasionado.¹⁷⁹

Como dice Zavala de González, “hablar sin matices o condicionamientos de estricta plenitud resarcitoria es un mito o ilusión: respecto del daño mismo, porque ningún esfuerzo logrará restituir una situación precedente a la lesión espiritual; y atendiendo a la indemnización, tampoco ningún monto puede representar ni traducir un perjuicio inconmensurable en dinero. Afirmar que la reparación (del daño moral) debe ser integral, es decir congruente con la magnitud real del perjuicio, es un puro y simple sinsentido (...) cualquiera que sea el fundamento que se adopte, es tan ilógico como ilusorio tratar de asegurar una adecuación entre la indemnización y el daño”¹⁸⁰

Es cierto que, literalmente, “el dolor no tiene precio”, ahora bien, la víctima que ha sufrido una minoración en su subjetividad, tiene derecho a una reparación por las consecuencias que el daño genera en su vida cotidiana, toda vez que la persona ya no es la misma después del menoscabo experimentado. Y es en materia de daño moral, donde más ardua se torna la tarea de volver las cosas al estado anterior. Está claro que no es perfecta la reparación del daño moral mediante una suma de dinero, pero es la única medida con la que cuenta el ordenamiento jurídico para reparar a la víctima.¹⁸¹

Es dable destacar que la tesis negativa clásica, postura que ya ha sido superada en nuestro sistema jurídico, se basaba en la inviabilidad de la reparación del daño moral, argumentando

¹⁷⁶Zavala de González, Matilde, *Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, 1° ed., pág. 309

¹⁷⁷Otaola, María A., “La reparación plena e integral y el daño moral, ¿Una utopía?”, en Revista de la Facultad, Universidad Nacional de Córdoba, 2012.

¹⁷⁸Otaola, María A., “La reparación plena e integral y el daño moral, ¿Una utopía?”, en Revista de la Facultad, Universidad Nacional de Córdoba, 2012.

¹⁷⁹Zavala de González, Matilde, *Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, 1° ed., pág. 309

¹⁸⁰Zavala de González, Matilde, *Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, 1° ed., pág. 310

¹⁸¹Otaola, María A., “La reparación plena e integral y el daño moral, ¿Una utopía?”, en Revista de la Facultad, Universidad Nacional de Córdoba, 2012.

que era inconmensurable, es decir que no puede medirse, tampoco puede ser eliminado, ni compensado, ya que su equivalente sería otro dolor, y sería inmoral ponerle precio al dolor.¹⁸²

Esta tesis postulaba que no había que reparar, estableciendo los siguientes argumentos, a saber: *i)* El daño moral sería inconmensurable, ¿cuál es la medida del dolor de una madre por la pérdida de un hijo?, la crítica a este argumento sería que es muy difícil evaluar los daños materiales en algunos casos y no por ello se deja de responder; *ii)* Se estaría poniendo precio al dolor, situación evidentemente inmoral. Resarcir el daño moral sería considerarlo como fuente de ingresos, este argumento tiene un fundamento ético y religioso. La crítica es que la religión no puede influir en el derecho, hay que distinguir los campos; y por último, *iii)* No podría ser compensado, pues el equivalente del dolor es otro dolor. A veces el monto reclamado no es equiparable al daño sufrido. Sin embargo, la reparación en algunos casos tiene una función satisfactoria.

La Constitución Nacional, con la reforma del año 1994, fortaleció el concepto de persona al otorgarle jerarquía constitucional a tratados y convenciones de Derechos Humanos, por medio del artículo 75 inc. 22, en donde se reconoce expresamente el derecho de todo ser humano a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona, tanto física, como psíquica y moral, así como también la protección de su honra, dignidad y privacidad. “Predicar actualmente que el Derecho limita su esfera de protección exclusivamente a los intereses patrimoniales de la persona, implica un desconocimiento de nuestro ordenamiento, al margen de una violación al principio de no regresividad”. Para el daño extrapatrimonial o moral, la función del dinero es brindar una satisfacción o compensación jurídica, claro que imperfecta, ya que no borra las consecuencias, pero es la solución posible. La indemnización no tiene como finalidad aquí alcanzar una equivalencia que sea la exacta de la naturaleza patrimonial.¹⁸³

III.6.1 Fundamento de la reparación del daño moral. Discusión doctrinaria. Consecuencias.

Es dable destacar que respecto a la reparación del daño extrapatrimonial o moral, hay dos tesis, de diferentes líneas de pensamiento en lo que respecta a su fundamento, siendo una denominada, *teoría del resarcimiento*, y la otra, *teoría de la sanción ejemplar*.

En la primera teoría mencionada, se establece que el daño moral es resarcible, porque es un daño como cualquier otro, que afecta intereses extrapatrimoniales. Se busca resarcir a la víctima, para que esta se procure satisfacciones similares por el sufrimiento recibido.

Se puede decir que “la tendencia dominante en el derecho moderno sostiene que la indemnización tiene una función satisfactoria para el damnificado. El dinero se da para que la víctima se procure satisfacciones semejantes en intensidad al sufrimiento recibido.”¹⁸⁴

Esta línea era seguida por los artículos 522 y 1078 del Código Civil de Vélez Sarsfield, hoy derogado.

¹⁸²Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 255.

¹⁸³Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 255.

¹⁸⁴Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 255.

Con la reparación del daño moral se busca indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor, los cuales son imposibles de tasar como ser la libertad, la integridad física, el honor, entre otros.¹⁸⁵

Por otro lado, en la segunda teoría, denominada de la sanción ejemplar, no se trata de resarcir a la víctima del daño moral, sino de sancionar a quien lo causó.

Se centra en el autor del hecho y no en la víctima del daño moral, no se busca resarcir al damnificado, sino sancionar a quien lo haya causado. Es por ello, que se independiza de la cuantía del daño y no guarda equivalencia con el mismo. “La indemnización configura una pena civil, que asumiría además una finalidad preventiva abstracta, dirigida a la comunidad y al responsable, para que en el futuro se abstenga de incurrir en conductas similares a las que generaron el daño”¹⁸⁶. Esta postura ha sido descalificada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo denominado “Santa Coloma”, mencionado anteriormente.

Ahora bien, la adopción de uno u otro de los criterios expuestos se traduce en importantes diferencias en su aplicación práctica, a saber: *a) Hechos generadores*: para la tesis del resarcimiento cualquier acto ilícito (independientemente del factor de atribución) tiene virtualidad para generar responsabilidad por el menoscabo moral. La doctrina de la sanción ejemplar entiende que solo las conductas antijurídicas dolosas o cometidas con culpa grave provocan la aplicación de la sanción; *b) Cuantificación de la reparación*: la tesis del resarcimiento pondera la magnitud de las consecuencias sufridas por el damnificado y las circunstancias del caso. En cambio, la de la sanción ejemplar determina que debe mensurarse la gravedad de la falta; *c) Titular de la reparación*: para el criterio del resarcimiento, es toda persona que haya sufrido un detrimento no patrimonial, en el caso de la sanción ejemplar, el primer damnificado que haya obtenido la aplicación de la sanción excluye la posibilidad de que otros demanden la misma pretensión, ya que por el principio *non bis in ídem*, no corresponde aplicar dos sanciones por el mismo hecho; y, por último, *d) Transmisibilidad de la acción y de la legitimación pasiva*: en la teoría del resarcimiento se sostiene la transmisión de la legitimación activa y pasiva a los herederos de la víctima y del responsable, respectivamente. En cambio, para la doctrina de la sanción, la transmisión de la acción sólo es factible si la víctima había interpuesto la pertinente demanda, en la faceta pasiva, como la pena es personal, es imposible transmitir la responsabilidad a los herederos del autor del hecho.¹⁸⁷

III.6.2 La reparación del daño moral en el ordenamiento legal argentino.

La reparación del daño moral fue recorriendo un largo camino desde su reconocimiento en la legislación del Código de Vélez Sarsfield, hasta la actualidad. El Código de Vélez fue una legislación de avanzada, ya que reconoció la obligación de indemnizar cuando el hecho generador de responsabilidad era un delito de derecho criminal que, según artículo 1078 en su redacción original, “hubiese hecho sufrir a la persona, molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes o hiriendo sus afecciones legítimas”. La interpretación amplió la obligación a supuestos de delitos y cuasidelitos civiles, no tipificados criminalmente.¹⁸⁸

¹⁸⁵Lacebron, Patricio, “Daños y perjuicios - daño material y daño moral”, en Revista Jurídica del Banco de la Nación Argentina, Buenos Aires, id SAIJ: DACA880427.

¹⁸⁶Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 256

¹⁸⁷Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 256-257

¹⁸⁸Márquez, José F., “La reparación del daño extrapatrimonial a través de placeres compensatorios o sustitutos. Una vía para encontrar patrones comunes”, en RCyS, 2016, cita online: AR/DOC/1443/2016.

Luego, con la creciente valoración social respecto de los intereses extrapatrimoniales y la necesidad de su protección y reparación ante su lesión, se condujo a la modificación de aquellas posturas, y con la reforma de los artículos 522 y 1078 del Código de Vélez, se sentaron las reglas de que el daño moral era reparable, cualquiera fuera el ámbito, contractual o extracontractual, en el que se hubiera producido el daño. De todas maneras, los detractores de la reparación del daño moral, sostenían que el “podrá” del artículo 522, era un verbo permisivo, afirmando que en ámbitos contractuales la reparación era restrictiva, y el mentor de la reforma también considero que el rubro debía tener sus restricciones, al limitar la legitimación activa sólo al damnificado, y en caso de muerte, a sus herederos forzosos. Por ende, nuevamente los intérpretes trabajaron para que la reparación del daño moral tuviera un amplio acogimiento en todos los ámbitos contractuales y que respecto a los legitimados activos se amplié a damnificados distintos de la víctima y de los herederos forzosos. Así las cosas, luego en el año 2015 se sanciona el Código Civil y Comercial de la Nación, con una posición consolidada de la amplia reparación del daño moral, cualquiera sea la situación en la que se sufrió el perjuicio, y una firme postura a ampliar los damnificados que pudieran reclamarlo.¹⁸⁹

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado en diferentes fallos que la reparación debe ser plena, es decir, que las indemnizaciones no sean ínfimas ni simbólicas. Además, la decisión que cuantifica debe ser fundada, es decir, que las pautas consideradas para fijar el monto sean explicitados y tengan una relación razonable con el resultado de la misma.

El principio de la reparación plena es congruente con la finalidad propia de la indemnización, en donde la misma está orientada a poner a la víctima, en la mayor medida posible, es una situación próxima a la anterior al hecho dañoso. Se encuentra vinculado con la determinación del contenido y medida del hecho dañoso. Desde ya que la indemnización del daño nunca es integral, dado que no coincide el daño fáctico con el jurídico. Se puede entender por reparación plena la que condice con lo que cada ordenamiento jurídico atribuye al causante del daño.¹⁹⁰

La reparación por medio de placeres sustitutivos o compensatorios del perjuicio ocasionado, puede resultar una herramienta que otorgue previsibilidad al sistema, al objetivar los montos en bienes transables en los mercados, ya que esto permitirá, además, mantener las indemnizaciones a valores constantes, en una economía inflacionaria endémica, como la argentina. Esto implica que el demandante explicita cuáles son los bienes que persigue adquirir con el monto reclamado y porqué pueden recomponer el disvalor espiritual ocasionado, y probar su valor.¹⁹¹

Asimismo, se encuentra la opción por parte del acreedor, del pago en dinero o el reintegro específico, en el caso de esta última, también conocida como reparación en especie o *in natura*, consta de volver las cosas al estado anterior en que se encontraban antes del daño producido, hace referencia a una situación material, por lo que la obligación de indemnizar se traduce en una prestación de hacer. En cambio, en la opción del pago por una determinada suma de dinero, la misma conlleva una satisfacción por equivalente, ya que ingresa al patrimonio de la víctima un valor similar al menoscabado.¹⁹²

¹⁸⁹Márquez, José F., “La reparación del daño extrapatrimonial a través de placeres compensatorios o sustitutivos. Una vía para encontrar patrones comunes”, en RCyS, 2016, cita online: AR/DOC/1443/2016.

¹⁹⁰Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 252

¹⁹¹Márquez, José F., “La reparación del daño extrapatrimonial a través de placeres compensatorios o sustitutivos. Una vía para encontrar patrones comunes”, en RCyS, 2016, cita online: AR/DOC/1443/2016.

¹⁹²Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 252-253

III.7 Prueba del daño moral.

Con anterioridad a la sanción del Código Civil hoy vigente, la prueba en materia de daños se regía por lo establecido en los Códigos procesales, y luego con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación es que se introduce una regla específica para tratarla, establecida en el artículo 1744 CCyC, diciendo que “*el daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos*”. El artículo sigue los principios aplicados con anterioridad de su entrada en vigencia, es decir, que se recepto lo aplicado según las leyes procesales.

La regla es clara, quien invoca el daño debe probarlo, previendo dos casos de excepción: uno de ellos, es que la ley lo impute o presuma, y el otro es que surja notorio de los propios hechos, en el caso del daño moral, prácticamente surge notorio en la mayoría de los casos, directamente de los hechos mismos. Es decir, carece de sentido producir prueba del daño sufrido por un padre o madre ante la pérdida de la vida de su único hijo en un homicidio. Sin perjuicio de ello, al momento de la valoración de determinados daños, si será necesario la producción de prueba a los fines de acreditar el mismo.

Por lo cual, cuando el daño moral es notorio no es necesaria su prueba, y quien lo niegue tendrá sobre sí el *onus probandi*¹⁹³. Sin embargo, también se encuentra en cabeza de los demandantes acreditar la existencia y magnitud, aunque en atención a las características de esta especial clase de perjuicios, resulta difícil producir prueba directa en ese sentido, lo cual otorga un gran valor a las presunciones.¹⁹⁴

El daño moral, en principio, se presume por la misma naturaleza de la lesión, la excepción será la producción de prueba a la hora de constatarlo.

En lo que respecta a “la prueba del daño, hecho constitutivo de la pretensión y condicionante de su viabilidad, corre por cuenta del legitimado activo, la entidad e importancia del daño resarcible es carga probatoria de quien lo invoca”¹⁹⁵

El daño notorio se encuentra vinculado, por un lado, con las presunciones judiciales, es decir, como parte del razonamiento del juez al momento de construir la sentencia, y por el otro, con aquellos casos en que el perjuicio se demuestra por los propios hechos. Así las cosas, en relación con el daño extrapatrimonial, la jurisprudencia sostiene que en general no se requiere prueba directa de la existencia y la extensión del daño, y que los jueces gozan de un amplio arbitrio para su determinación, tomando en cuenta, entre otras cosas, los padecimientos sufridos. No deja de implicar que no exista prueba alguna en la causa sobre la producción del hecho, sino que, por medio de los indicios probados, y aplicando a éstos las reglas de la experiencia, el magistrado concluye que es altamente probable que el daño haya tenido efectivamente lugar.¹⁹⁶

El daño moral, por regla, se infiere a partir de situaciones objetivas que dan pie y autorización a presumirlo. Los Dres. Pizarro y Vallespinos han dicho que “a partir de la acreditación del evento lesivo y del carácter de legitimado del actor, puede operar la prueba de indicios o la prueba presuncional, e inferirse la existencia del daño moral. La prueba indirecta del daño

¹⁹³CNCiv., Sala D, 23/04/2018, “*Vázquez, Mónica V. y otro c/ Club de Campo San Diego SA*”.

¹⁹⁴CNCiv., Sala A, 13/10/2017, “*J., M. L. y otro c/ S., R. D y otros*”

¹⁹⁵Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 269

¹⁹⁶Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 270

moral encuentra en los indicios y en las presunciones ‘*hominis*’, su modo natural de realización”. Así las cosas, salvo determinadas excepciones, no son menester la acreditación directa sobre el quebranto espiritual o el desmejoramiento de la personalidad de la víctima. Claro está que las precisiones probatorias que los litigantes suministren, van a permitir calibrar una mayor o menor gravedad con influencia en la cuantía indemnizatoria.¹⁹⁷

La Dra. Zavala de González deja en claro que “debe tenerse presente que los indicios o presunciones constituyen un medio de prueba. Y que, por lo tanto, cuando se acude a ellos para demostrar, por vías indirectas, la existencia del perjuicio, se está realizando una actividad típicamente probatoria. De allí nuestra convicción de que el daño moral siempre debe ser probado por quien pretende el resarcimiento”. Aunque agrega también que dichas aseveraciones son controvertidas, ya que según una orientación, las presunciones no constituyen un medio probatorio, sino un camino lógico seguido por el juzgador.¹⁹⁸

De esta manera, la parte actora sólo puede aportar precisiones sobre su legitimación, el hecho lesivo, la atribución causal de éste a la parte demandada y nada más. De ser así, se encuentran falencias probatorias sobre el daño moral mismo que, sin embargo, no gravitarán contra el pretensor cuando la ley lo beneficia con una presunción legal haberlo sufrido, o por las propias características del hecho lo hacen evidente *per se*. Debido a esto, no es exacta la afirmación de que el daño moral ‘siempre’ deba ser probado, ya que no es necesario, en el caso por ejemplo, cuando es invocado por quien reviste calidad de heredero forzoso de la víctima inmediata de homicidio.¹⁹⁹

En algunos casos, suele surgir de los propios hechos. La Suprema Corte de la ciudad de Buenos Aires ha dicho, dados ciertos supuestos, que el daño moral se tiene por acreditado por la sola comisión del acto antijurídico, esto sería una prueba *in re ipsa*, ya que surge inmediatamente de los hechos mismos. Surge con claridad, en base a esta presunción, en los casos en que la reparación es reclamada por los herederos forzosos cuando del hecho resultó la muerte de la víctima, también en los delitos contra la honestidad, el honor, y en el caso de resultar incapacidad del menoscabo a la integridad física o psíquica.²⁰⁰

Es importante destacar que “la carga probatoria abarca el aporte al proceso de los elementos que permitan al juez verificar los requisitos del daño resarcible: su certeza (real y efectivo, ya sea actual o futuro), que sea subsistente, propio del reclamante y afecte un interés legítimo del damnificado, así como la relación causal relevante con el hecho del legitimado pasivo, y en la medida de lo posible, los elementos para realizar la cuantificación en dinero de los daños probados. En defecto de prueba en este último aspecto, el juez podrá determinar el monto del resarcimiento aunque no estuviera justificado su importe (artículo 165 CPCCN).”²⁰¹

III.8 Legitimación.

III.8.1 Daño moral y legitimación para reclamarlo.

¹⁹⁷Zavala de González, Matilde, *Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, 1° ed., pág. 192

¹⁹⁸Zavala de González, Matilde, *Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, 1° ed., pág. 192

¹⁹⁹Zavala de González, Matilde, *Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, 1° ed., pág. 193

²⁰⁰Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 270-271

²⁰¹Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 271

En el artículo 1741 CCyC se incorporaron nuevas reglas relativas a la legitimación activa para reclamar el resarcimiento por daño moral, en una única norma que abarca tanto la responsabilidad por incumplimiento obligacional como así también la extraobligacional.

Con este nuevo artículo se modifica lo establecido en el artículo 1078 del Código Civil de Vélez, ubicado en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Se fue ampliando los supuestos en que procede la indemnización por daño moral, y también respecto de quienes se encuentran habilitados por ley para solicitar su resarcimiento, cuestión esta última en la que siempre ha imperado un criterio restrictivo, particularmente si se lo compara con lo que acontece en el ámbito del daño patrimonial.²⁰²

Vale recordar que el antiguo artículo 1078, segundo párrafo, del Código Civil velezano, disponía que se encontraban legitimados para pedir la indemnización por daño moral, al damnificado directo, es decir la víctima, y en el caso en que del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán la acción los herederos forzosos, siendo estos los descendientes, ascendientes y cónyuge, actuando por derecho propio y no *iure hereditatis*. Además, es dable aclarar que damnificado directo, es la víctima del hecho ilícito, el daño que sufre la víctima inmediata del acto ilícito, sea en sus cosas, sea en su persona, derechos o facultades, por el contrario, son damnificados indirectos todos aquellos que hubieren sufrido un daño propio pero como consecuencia del vínculo que con el primero los hubiere unido.²⁰³

Para el Dr. Ossola, “desde los comienzos la posibilidad de admitir reparación del daño moral fue mirada con cierto disfavor, cuando no recelo, e incluso rechazo absoluto, tanto por las diversas legislaciones como por la doctrina y la jurisprudencia. Se ha avanzado, pero aún esta situación se mantiene, no sólo en nuestro ordenamiento, sino también en algunos en los cuales solemos abreviar en búsqueda de inspiración y soluciones. Son varias las causas de esta mirada del problema, *refractaria* hacia el daño moral, casi como una actitud refleja en sentido negativo, y en franca contraposición con lo que sucede con el daño patrimonial. Se trata de argumentos que, analizados en la época que nos toca transitar, pueden ser calificados como preconceptos, que reposan o bien sobre bases equivocadas, o sobre criterios superados. Pero que *perviven* en la mente de algunos operadores del Derecho, y que deben ser desterrados. Ello se proyecta no sólo en un criterio a veces limitativo en orden a la procedencia del rubro, en lo sustancial y en su cuantía. También, en nuestra opinión, se plasma respecto a la problemática de la legitimación activa para reclamar la reparación del daño moral, tanto en soluciones legales restrictivas, como asimismo en criterios hermenéuticos de la misma naturaleza; particularmente en relación a los damnificados indirectos”²⁰⁴

Por otro lado, es importante decir que la legitimación “determina quiénes deben o pueden demandar o ser demandados, es decir precisa quiénes están autorizados para obtener una decisión de fondo sobre las pretensiones formuladas en la demanda, en cada caso concreto. La legitimación activa significa una autorización o habilitación para ejercer determinada acción en el proceso; de tal modo, que hablar de legitimación implica referirse a un sujeto procesal que tiene derecho a ejercitar un determinado reclamo. Por el contrario, la carencia procesal se

²⁰²Ossola, Federico A., “Legitimados para accionar por el resarcimiento de daño moral”, en Revista de Derechos de Daños, Ed. Rubinzal Culzoni, 2018, 1° ed., pag.49

²⁰³CNCiv., Sala J, 07/03/2023, “*T F W D c/ Transporte Vesprini SA s/ Daños y Perjuicios*”, CIV 040366/CA002

²⁰⁴Ossola, Federico A., “Legitimados para accionar por el resarcimiento de daño moral”, en Revista de Derechos de Daños, Ed. Rubinzal Culzoni, 2018, 1° ed., pag.49-50

configura cuando una de las partes no es titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión”²⁰⁵

Los conceptos de daño-lesión y daño-consecuencia permiten distinguir entre damnificado directos e indirectos. El damnificado directo es quien sufre una lesión en un bien jurídico propio, sea de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, la que a su vez, impacta o lesiona un interés, jurídico o de hecho, del que también es titular, que reposa sobre aquel bien (que puede ser patrimonial o extrapatrimonial, y con independencia de la naturaleza del bien jurídico lesionado), y que se proyecta en una concreta consecuencia disvaliosa de idéntica naturaleza al interés jurídico lesionado. Por el contrario, el damnificado indirecto es quien sufre una lesión a un interés que le es propio, sea jurídico o de hecho, derivada a su vez de la lesión de un bien jurídico ajeno, y el impacto en el interés propio se proyecta en una concreta consecuencia disvaliosa de idéntica naturaleza al interés jurídico lesionado.²⁰⁶

Ambas calidades permiten satisfacer uno de los requisitos del daño resarcible: la personalidad. Asimismo habilita a desterrar aquella idea que postulaba, en el terreno del daño moral, que quien lo padecía era siempre un damnificado directo, por ser la persona que experimentaba el detrimento espiritual, de manera individual. No debe confundirse el requisito de la personalidad del daño (siempre ha de ser propio, es decir, padecido por quien solicita su reparación) con la cuestión que se analiza. El daño moral no deja de ser personal por el hecho de que el bien jurídico lesionado sea de titularidad de un tercero. Lo que debe ser personal es el interés afectado por dicha lesión. Para el caso del daño moral causado al damnificado directo, se trata de una consecuencia inmediata, como ya se ha señalado, el artículo 1741 CCyC no distingue entre el daño derivado del incumplimiento obligacional o contractual, y el que se produce por la violación del deber genérico de no dañar a otro. “Por ende, y debidamente acreditado, no es adecuado postular un criterio restrictivo en orden a su procedencia en este caso, pues la ley nada dispone para tal supuesto, de manera específica, y una interpretación de tal tenor importará lesionar el derecho a la reparación plena del que es titular el damnificado”²⁰⁷

De todas maneras, no existe limitación alguna en orden a la situación de la persona afectada. Es decir, cualquier persona, sea cual sea su condición psicofísica, queda legitimada. Vale aclarar que, la entidad de la lesión o sus secuelas no son relevantes, mientras existan, el daño moral será resarcible, en su justa medida. Se puede decir que “si se acredita la existencia del daño a la luz de lo establecido en el artículo 1744 del Código Civil y Comercial, el damnificado directo se encuentra legitimado sin más para solicitar su resarcimiento. Como bien se ha dicho, en este caso ‘rige plenamente el principio de atipicidad del daño moral resarcible’. La primera parte del artículo 1741 es clara y contundente, y no admite otra interpretación. Se trata, sin dudar, de una consecuencia inmediata, resarcible en todos los casos, a la luz de lo establecido en el artículo 1726 del Código Civil y Comercial. En efecto, sea que estemos en presencia de un incumplimiento obligacional, o de la causación de un daño sin mediar previa relación de obligación, según ‘el curso natural y ordinario de las cosas’ (art. 1727 del Cód. Civ. y Com.), el detrimento espiritual del damnificado no puede sino ser calificado como tal (consecuencia inmediata).”²⁰⁸

²⁰⁵CNCiv., Sala L, 15/11/2022, “A. P. D c/ TBA SA Línea Sarmiento y otro s/ Daños y Perjuicios”, CIV 003119/2014/CA005.

²⁰⁶Ossola, Federico A., “Legitimados para accionar por el resarcimiento de daño moral”, en Revista de Derechos de Daños, Ed. Rubinzal Culzoni, 2018, 1° ed., pag.60-61

²⁰⁷Ossola, Federico A., “Legitimados para accionar por el resarcimiento de daño moral”, en Revista de Derechos de Daños, Ed. Rubinzal Culzoni, 2018, 1° ed., pag.61

²⁰⁸Ossola, Federico A., “Legitimados para accionar por el resarcimiento de daño moral”, en Revista de Derechos de Daños, Ed. Rubinzal Culzoni, 2018, 1° ed., pag.62

III.8.2 El damnificado indirecto y el daño moral.

La regla sigue siendo que los damnificados indirectos no tienen legitimación, salvo las excepciones indicadas en el artículo 1741 CCyC.

Dicha solución fue considerada inconstitucional durante la vigencia del Código de Vélez, ya que en las XI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín, 2007) se concluyó que dicha norma “en tanto legitima únicamente a los herederos forzosos para reclamar el daño moral derivado de la muerte de la víctima directa, es inconstitucional (arts. 26, 27, 19, 28 de la Constitución, y artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos)”. A su vez, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires reconoció la legitimación de la concubina (que no es heredera forzosa) para pretender la reparación del daño moral sufrido por la muerte del conviviente, aplicando el artículo 1079 del Código Civil de Vélez, que concedía acción a los damnificados indirectos, y eludió aplicar el artículo 1078 del mismo cuerpo normativo (20/6/2007, “L., E. L. y otros c. Provincia de Buenos Aires”).²⁰⁹

Para el caso de “evaluar si la limitación a los legitimados activos del artículo 1741 CCCN supera el estándar de constitucionalidad, debemos confrontarlo con los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 63) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de daños a la persona, presume *iuris tantum* el daño moral de los sucesores de la víctima y es flexible respecto de la legitimación de personas que sin revestir el carácter de sucesores han sufrido un daño patrimonial o extrapatrimonial grave por la muerte de otra.”²¹⁰

En un fallo del año 2022, la Sala A de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de General Pico, hizo lugar a un planteo de inconstitucionalidad del artículo 1741 CCyC, en el caso en cuestión, la demandante solicitó una determinada suma de dinero en concepto de daño moral, por la pérdida irreparable de su hermana. En la pericia psicológica se dijo que la mujer mantenía una relación fraternal muy significativa y al “verse privada de la función de sostén que antes su hermana cumplía, queda en un estado de vulnerabilidad solapada”.²¹¹

Así las cosas, los jueces definieron el concepto de damnificado indirecto, apoyándose para ello en la doctrina, y expresando que “el damnificado indirecto es el sujeto de derecho que sufre un perjuicio jurídico susceptible de apreciación pecuniaria, en las cosas de su dominio o posesión o en su persona, derechos y facultades (art. 1068, Código Civil), como consecuencia de un hecho ilícito cometido contra otra persona; es decir, es quien sufre un daño de rebote, conforme la terminología elaborada por la doctrina francesa, ‘dommage par ricochet’. Según Zavala de González, resultan damnificados indirectos los sujetos que, sin ser víctimas inmediatas del hecho, sufren igualmente un daño propio por lesión a sus personales intereses, con motivo de la conexión entre éstos y la situación de la víctima...”. Concluyendo de esta forma, que la demandante es una damnificada indirecta por la muerte de su hermana. La actora, si bien no

²⁰⁹Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 258

²¹⁰Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 258

²¹¹Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de Gral. Pico, Prov. de La Pampa, 20/10/2022, “Pérez Daniela Vanesa y otros c/ Sol Alipio Omar y otros s/ Daños y Perjuicios”, Expte. N° 7105/21.

convivía con su hermana, si mantenía fuertes lazos afectivos, lo cual quedó demostrado con la pericia psicológica.²¹²

El Tribunal deja en claro que “es una cuestión trascendental, habida cuenta que la exclusión de la legitimación activa en el caso de daño moral se da porque la ley presume que los damnificados indirectos, que la ley no contempla, no poseen un daño de carácter resarcible, aclara que daño puede sufrir, pero niega que el mismo tenga por objeto una indemnización. Por lo dicho en esta sede judicial y en el marco de la interpretación de la ley cabe merituar las circunstancias y no realizar un corte genérico sin atender a cada caso particular, habida cuenta que el sufrimiento experimentado es personal.”. Agrega además que la “convivencia ostensible” a veces no denota una afección espiritual, como la de un lazo familiar, que como en este caso no convivía con la persona fallecida.”²¹³

En el caso del daño moral, en teoría el bien jurídico ajeno lesionado puede ser, tanto de naturaleza patrimonial como extrapatrimonial, en tanto que el interés propio lesionado debe ser siempre de naturaleza extrapatrimonial, y por último, pero no por ello menos importante, la consecuencia disvaliosa ha de ser de la misma calidad que el interés, es decir, extrapatrimonial. Supongamos que, de manera efectiva una persona sufre daño moral, es decir, experimenta un detrimento espiritual por la lesión a un bien jurídico ajeno extrapatrimonial, como ser lesiones físicas o psíquicas, o la misma muerte del damnificado directo, o puede ser también de índole patrimonial, como la destrucción de una cosa por la cual el damnificado indirecto tenía un fuerte valor de afección.²¹⁴

En tal caso, hay daño moral, ya que se produce la modificación disvaliosa del espíritu, total y anímicamente perjudicial. A partir de esto, la cuestión es responder si este daño es o no resarcible. “De manera insoslayable, el punto de arranque en el análisis es determinar ante qué tipo de consecuencia nos encontramos, siempre bajo las reglas de la causalidad adecuada. Es lo primero que debe establecerse, lo cual muchas veces es pasado por alto por quienes se abocan a analizar el problema, y ello luego distorsiona las situaciones, provocando la existencia de conclusiones equivocadas. Cabe aquí descartar de plano la presencia de una consecuencia inmediata. Es que en una situación dañosa necesariamente nos encontramos ante una cadena causal que afirmar, sin hesitación, que al hecho dañoso (el que produjo la lesión en el bien jurídico ajeno) se le adiciona otro hecho distinto, constituido por el valor de afección del tercero en relación a ese bien jurídico, que constituye el interés extrapatrimonial lesionado que se proyecta en la causación del daño moral.”²¹⁵

Es decir que se está en presencia de una consecuencia mediata o de una consecuencia causal (artículo 1727 CCyC). En este marco, si era objetivamente previsible la causación del daño moral, bajo las reglas de la causalidad adecuada, tal daño deberá ser considerado como una consecuencia mediata, en cambio, si no lo era, se tratará de una consecuencia casual. Para el caso de que el autor del hecho dañoso haya tenido en miras ocasionar el daño moral al tercero no titular del bien jurídico lesionado, deberá considerarse al daño moral como una

²¹²Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de Gral. Pico, Prov. de La Pampa, 20/10/2022, “Pérez Daniela Vanesa y otros c/ Sol Alipio Omar y otros s/ Daños y Perjuicios”, Expte. N° 7105/21.

²¹³Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de Gral. Pico, Prov. de La Pampa, 20/10/2022, “Pérez Daniela Vanesa y otros c/ Sol Alipio Omar y otros s/ Daños y Perjuicios”, Expte. N° 7105/21.

²¹⁴Ossola, Federico A., “Legitimados para accionar por el resarcimiento de daño moral”, en Revista de Derechos de Daños, Ed. Rubinzal Culzoni, 2018, 1° ed., pag.61

²¹⁵Ossola, Federico A., “Legitimados para accionar por el resarcimiento de daño moral”, en Revista de Derechos de Daños, Ed. Rubinzal Culzoni, 2018, 1° ed., pag.63

consecuencia inmediata. Por el contrario, si el daño moral ocasionado al damnificado indirecto era objetivamente previsible, estamos frente a una consecuencia mediata. Por ello, y como regla general, debería ser resarcido, en todos los casos, ya que no es sino una concreta derivación del principio de reparación plena, que emerge de la lectura conjunta de los artículos 1740 y 1726 del Código Civil y Comercial de la Nación.²¹⁶

Los supuestos de damnificados indirectos, que reconoce el artículo 1741 CCyC, también padecen, como resultado reflejo del ilícito, lesión en sus propios intereses extrapatrimoniales, esta situación a su vez, resulta susceptible de ser reparada en función de la índole jurídica de los intereses afectados. Es decir, la condición de damnificado indirecto no implica que carezcan de un interés espiritual lícito en la integridad psicofísica de la víctima. De aquí, que la normativa les confiere un derecho subjetivo para hacerlo, reconociéndoles un verdadero interés legítimo.²¹⁷

Deja en claro el Dr. Ossola que “aquí es donde surge el nudo del problema que estamos analizando. El artículo 1741 establece una doble limitación que afecta la legitimación de los damnificados indirectos cuyo daño constituye una consecuencia mediata: 1) la primera, constituida por el tenor de la lesión padecida por el damnificado directo (sólo procede ser indemnizado en caso de su muerte o gran discapacidad del damnificado directo); 2) la segunda, que atañe al tipo de vinculación con el damnificado directo, y en algunos casos a la cohabitación. Nos encontramos, pues, ante una clara limitación al principio de reparación plena que, por ser tal, no es *per se* inconstitucional, debiendo indagarse en ello.”²¹⁸

III.8.3 Interpretación del artículo 1741 CCyC.

En los distintos proyectos de modificación de nuestra legislación civil puede observarse muchos matices diferenciales, casi todos orientados a ampliar la legitimación para accionar por daño moral.

En el caso del Proyecto de 1987, el artículo 1078 del Código Civil no fue modificado. Para el Proyecto de 1993, se propuso el siguiente texto del artículo 1078: “La obligación de resarcir los perjuicios causados por los actos ilícitos comprende el daño moral. La acción por indemnización del daño moral competirá al damnificado directo, y en vida de éste a sus padres, hijos y cónyuge. Si del hecho sobreviene la muerte de la víctima, tendrán acción sus ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos”.

Luego, en el Proyecto de 1998, se propuso en el artículo 1689 que “la persona humana damnificada directa tiene legitimación para accionar por la satisfacción de su daño extrapatrimonial. Si sufre gran discapacidad, o del hecho dañoso resulta su muerte, también tienen 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. Los tribunales tienen atribuciones para asignar legitimación a otros sujetos, en los 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”.

²¹⁶Ossola, Federico A., “Legitimados para accionar por el resarcimiento de daño moral”, en Revista de Derechos de Daños, Ed. Rubinzal Culzoni, 2018, 1º ed., pag.64

²¹⁷Boragina, Juan C., “Los damnificados indirectos en el daño moral en el Código Civil y Comercial”, en El Derecho, 2016, cita online: ED-DCCLXXVI-244.

²¹⁸Ossola, Federico A., “Legitimados para accionar por el resarcimiento de daño moral”, en Revista de Derechos de Daños, Ed. Rubinzal Culzoni, 2018, 1º ed., pag.61

Por último, en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, los Doctores Ricardo Lorenzetti, Aida Kemelmajer de Carlucci y Elena Highton de Nolasco fundamentaron que “El proyecto amplía la legitimación para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales que acogen la visión constitucional del acceso a la reparación y la protección de la familia. Por esta razón, si del hecho resulta la muerte o una gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con él recibiendo trato familiar ostensible”.

Actualmente, en el artículo 1741 CCyC, se indica que el daño que no represente perjuicio al patrimonio de la persona se consigna como daño extrapatrimonial o moral, estipulando que la legitimación activa va a recaer en el damnificado directo, y que sólo en términos de su propia muerte o de consecuencias graves en sus capacidades, dicha legitimación puede ampliarse a los ascendientes, descendientes, cónyuge o convivientes.

Puede observarse con claridad, que se ha tenido en miras esencialmente la “protección de la familia” para ampliar la legitimación de los damnificados indirectos, y con las limitaciones que surgen de la misma norma para determinados familiares muy cercanos que se encuentran excluidos del elenco de los damnificados indirectos legitimados para accionar. Si bien el antecedente inmediato es el Proyecto de 1998, es notorio la eliminación del último párrafo propuesto en el citado anteriormente artículo 1689.²¹⁹

Respecto del concepto de “gran discapacidad” al que hace referencia el artículo 1741 CCyC, el mismo no está definido por la ley ni en sus fundamentos, más allá de que la remisión que estos últimos hacen “a los precedentes jurisprudenciales que acogen la visión constitucional del acceso a la reparación y la protección de la familia”, da a entender que ello sucederá “cuando la víctima sufra secuelas o disminución física o psíquica permanentes a raíz del ilícito, de gran intensidad, con un significativo aminoramiento de sus aptitudes personales, psíquicas o físicas comprometiendo las áreas individual, laboral o de capacidad productiva, familiar y social, frustrando definitivamente el proyecto de vida para el desarrollo de su personalidad integral.”²²⁰

Además, como dice el Dr. Boragina, respecto de los nuevos legitimados indirectos incorporados por la norma “para reclamar daño moral (quienes convivían con la víctima recibiendo trato familiar ostensible), va de suyo que la reforma, siguiendo los precedentes jurisprudenciales, buscó incluir al concubino, especialmente por encontrarse situado en iguales condiciones de convivencia estable y de formación de una progenie que el cónyuge, circunstancia que hace presumir que sufre con igual intensidad lesión en sus intereses espirituales de resultados del fallecimiento o de la gran discapacidad del conviviente.”. Agregando que, la redacción habilitaría, la posibilidad, incluso de que también gozara de legitimación cualquier otro conviviente que recibiera trato familiar (por caso, los hijos propios de la pareja).²²¹

Es dable destacar que “la eliminación de la equívoca frase *herederos forzosos* del artículo 1078 del Código Civil y la nueva locución ‘a título personal’ cierran definitivamente la discusión

²¹⁹Ossola, Federico A., “Legitimados para accionar por el resarcimiento de daño moral”, en Revista de Derechos de Daños, Ed. Rubinzal Culzoni, 2018, 1º ed., pag.66

²²⁰Boragina, Juan C., “Los damnificados indirectos en el daño moral en el Código Civil y Comercial”, en El Derecho, 2016, cita online: ED-DCCLXXVI-244.

²²¹Boragina, Juan C., “Los damnificados indirectos en el daño moral en el Código Civil y Comercial”, en El Derecho, 2016, cita online: ED-DCCLXXVI-244.

que se había planteado en el marco de aquel cuerpo legal, respecto a los alcances que cabía asignarle, y que luego quedara superada, concluyéndose que la vocación hereditaria podía ser actual o potencial, ya que la norma regulaba una cuestión de legitimación, y no sucesoria. Se trata aquí –reiteramos– de la lesión a bienes jurídicos ajenos que repercuten en los propios intereses jurídicos de un tercero, quien, en calidad de damnificado indirecto, cuenta con legitimación para solicitar la reparación del daño moral ocasionado. Estamos en presencia, pues, de un derecho resarcitorio *iure proprio*.”²²²

Por otro lado, el Código Civil y Comercial no define el concepto de gran discapacidad. A su vez, el artículo 2448 CCyC establece que se considera persona con discapacidad a quien padece una alteración funcional grave, permanente o prolongada, física o mental, que en relación con su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educativa o laboral. “La exigencia de *gran discapacidad* del artículo 1741 implica algo más que lo expuesto en el artículo 2448. En opinión de Pizarro, es la persona que padece discapacidad en los términos del artículo 2448 y que requiere, además, de asistencia permanente para su cuidado y para la atención de sus necesidad más básicas, como desplazarse, comer, higienizarse, vestirse (personas en estado vegetativo, privadas de su salud mental, cuadripléjicos, con parálisis cerebral, ceguera, etc.)”²²³

²²²Ossola, Federico A., “Legitimados para accionar por el resarcimiento de daño moral”, en Revista de Derechos de Daños, Ed. Rubinzal Culzoni, 2018, 1° ed., pag.67

²²³Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 257

CAPÍTULO IV: VALORACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL.

Concluido el capítulo III, es necesario adentrarse en la problemática que acarrea la valoración y cuantificación del mismo, diferenciando ambos conceptos, para luego arribar a la suma indemnizatoria.

IV.1 La valoración del daño moral.

Debemos partir de la base de que en la valoración es el juez quien analiza el caso concreto, es decir que, va a evaluar la existencia o no de daño moral, teniendo en cuenta todos las cuestiones que son relevantes en el caso, y una vez que se encuentra determinada la existencia del hecho dañoso, se va a centrar en los factores que puedan agravar o atenuar el padecimiento del daño, para luego proceder a la cuantificación del mismo.

Una vez corroborada la repercusión efectiva de un detrimento en la faz espiritual del damnificado, se sigue la necesidad de realizar una tarea que consiste, primero en la valoración, y luego en la cuantificación. Por más que guarden estrecha relación y/o conexión entre sí, la cuantificación indemnizatoria debe ser distinguida, de una manera muy cuidadosa, de la valuación cualitativa del daño mismo a indemnizar, ya que esta última constituye su antecedente y presupuesto.²²⁴

En el daño patrimonial la valuación está dada por medio de la averiguación a través de un vínculo de equivalencia con la indemnización, la cual ingresa ‘en lugar’ del perjuicio ocasionado, en cambio, en el daño moral, la indemnización se decide sin ningún elemento que dé lugar a traducir la entidad de aquél en la magnitud de ésta, que se coloca ‘a su lado’.²²⁵

Desde ya que no debe confundirse la valoración con la valuación, al menos dentro del Derecho de Daños, toda vez que la “valoración” sería el género, mientras que la “valuación” una especie. En la primera se estiman valores en sentido amplio, comprensivo de los espirituales, en cambio, en el caso de la valuación, solo merita valores económicos. Además, la valoración es en esencia negativa, ya que hace referencia a un daño injusto, que es incompatible por hipótesis con toda apreciación favorable.²²⁶

El Dr. Marcellino sostiene que “valorar el daño es determinar su entidad cualitativa, o, lo que es igual, establecer su contenido intrínseco o composición material y las posibles oscilaciones de agravación o de disminución, pasadas o futuras, y supone, en el caso del daño moral, indagar sobre la índole del interés espiritual lesionado y sobre las proyecciones disvaliosas en la subjetividad del damnificado que derivan de dicha minoración.”²²⁷

Para la valoración del daño moral se deben computar todas las circunstancias del caso, tanto las de naturaleza objetiva como las personales o subjetivas de la propia víctima. No se busca poner un “precio” al dolor o a los sentimientos, ya que nada de esto puede tener una equivalencia en dinero, pero si suministrar una compensación a quien ha sido herido en sus

²²⁴Marcellino, Leonardo, “Valoración y cuantificación de la indemnización del daño extrapatrimonial”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2018, pág. 436

²²⁵Zavala de González, Matilde, *Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, 1° ed., pág. 63

²²⁶Zavala de González, Matilde, *Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, 1° ed., pág. 67

²²⁷Marcellino, Leonardo, “Valoración y cuantificación de la indemnización del daño extrapatrimonial”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2018, pág. 436

sentimientos. Está claro que el dinero no sustituye al dolor, pero es el medio que tiene el Derecho para dar una respuesta a una circunstancia antijurídica ya acontecida.²²⁸

Como dice la Dra. Zavala de González, “valorar el daño moral, significa esclarecer su sustancia y dimensión: dónde recae el menoscabo, en qué consiste y cual intensidad reviste. Partiendo del hecho lesivo, se examinan sus disvaliosas repercusiones espirituales para la víctima: el grado de desmérito del daño a resarcir”. La estimación puede ser factible desde dos ópticas, las cuales son complementarias, una de ellas denominada ‘común’ (entidad intrínseca del menoscabo para personas en similar situación), y la otra ‘particular’ (circunstancias propias del damnificado). Además, puede hablarse de perjuicios morales “objetivables”, ya que la situación lesiva suministra datos accesibles y conducentes, que a su vez permiten inferir su certeza y magnitud.²²⁹

En la valoración del daño moral también se advierte las posibles agravaciones o disminuciones, sean pasadas o futuras (como el caso de una incapacidad parcial que de modo progresivo aumentó o se redujo, o que previsiblemente lo hará más adelante), y la prolongación temporal del perjuicio, que lo acentúa en función de su continuidad. Estimar el daño tiene que ver con el supuesto de hecho, es decir ‘que’ resarcir, mientras que con la cuantificación se traslada a la consecuencia jurídica, sería ‘como’ hacerlo económicamente.²³⁰

Hay un deber legal impuesto a los jueces de resolver ‘mediante una decisión razonablemente fundada’, según lo establecido en el artículo 3 CCyC, imponiendo que éstos expresen en sus sentencias las circunstancias relevantes que han tenido en cuenta del caso, para así medir la intensidad del menoscabo espiritual sufrido por el damnificado. Estas circunstancias y su valoración por el juez van a constituir el antecedente necesario que justifica a su vez la posterior cuantificación.²³¹

Demás decir que, el daño moral existe cuando se lesionan derechos de las personas que son extraños a los valores económicos, es decir, cuando el agravio incide en las afecciones legítimas, sean estas la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad física, los afectos familiares, entre otros, en donde su reparación tiene un carácter resarcitorio y no sancionatorio, ya que se procura establecer una compensación que, de alguna manera, morigere los efectos del daño moral causado.²³²

La valoración del daño, por demás importante, es el antecedente a la cuantificación, y es trascendente en la tesitura resarcitoria, diluyéndose en la sancionadora, que atiende prioritariamente a la gravedad de la lesión. Los daños injustamente causados deben ser resarcidos, ante la presencia de uno de determinada significación, la importancia del resarcimiento debe ser adecuada y congruente. De esta manera, a perjuicios graves corresponden montos indemnizatorios superiores que en otros más leves.²³³

²²⁸CNCiv., Sala D, 31/08/2020, “Espíndola, Claudio Uriel c/ Tolone, Pablo Héctor y otro s/ Daños y Perjuicios”, CIV 002960/2012/CA001.

²²⁹Zavala de González, Matilde, *Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, 1° ed., pág. 67

²³⁰Zavala de González, Matilde, *Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, 1° ed., pág. 68

²³¹Marcellino, Leonardo, “Valoración y cuantificación de la indemnización del daño extrapatrimonial”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2018, pág. 437

²³²CNFed.CC., Sala I, 21/05/2019, “P., M. y otro c/ Estado Nacional, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Gendarmería Nacional”, RC J 2802/21

²³³Zavala de González, Matilde, *Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, 1° ed., pág. 193

Además, en los daños de carácter patrimonial, existe un paso intermedio y con utilidad decisiva, hay que *valuar el perjuicio ocasionado*, es decir, se debe apreciar en su repercusión económica, cuanto ha disminuido o cuanto ha dejado de aumentar el patrimonio de la víctima. Por el contrario, los daños morales no pueden ser valuados en términos pecuniarios, ya que hay una insalvable imposibilidad natural en el comienzo, toda vez que no es factible comparación ni equivalencia alguna entre un menoscabo espiritual y una indemnización dineraria. De aquí que la liquidación del monto suponga técnicas adicionales a la sola estimación del daño, y por fuera prescindentes de la valuación sobre un desmedro económico. Por último, la valuación se centra en la indemnización y los números atañen de manera exclusiva a ésta.²³⁴

Por último, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, del 11 de abril del año 2011, ha dicho que “aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado [...] El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para reestablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida”²³⁵

IV.2 La cuantificación del daño moral.

Adentrándonos específicamente en el tema de la cuantificación es dable decir que, una vez producida la valoración del daño extrapatrimonial o moral, se debe proceder a la conversión monetaria para de esta manera llegar al monto de la compensación económica, que a su vez debe cumplir con el principio de reparación plena, reparando el daño de manera justa y equilibrada. En el caso de la cuantificación del daño patrimonial, en general, la operación no suele generar mayores dificultades, ya que debería ser la suma indemnizatoria equivalente al detrimento económico sufrido o a sufrir por el damnificado.

En cambio, cuando hablamos de daño extrapatrimonial o moral, no hay un factor común monetario que permita identificar el daño sufrido con la indemnización a otorgar, y el dolor sufrido por la víctima no tiene una exacta traducción económica, por lo cual, queda el resarcimiento en manos de la intuición, percepción, conocimiento y visión del juez como única guía, sin ningún marco que permita un correcto análisis de la suma asignada en el caso concreto. Además, esto puede llevar a que, a la hora de realizar un análisis de cómo se cuantifica el daño moral, se encuentren criterios que son dispares y regulaciones disímiles, no solo entre los distintos tribunales, sino incluso entre resoluciones de un mismo tribunal, afectando de esta manera, a la seguridad jurídica que debe tener la sociedad en estas instituciones. Desde ya que el ejercicio racional que se debe hacer para establecer el resarcimiento por daño moral, se hace en el paso de un índice a otro, pero que sin embargo no poseen la misma entidad, como lo son la afección espiritual de una persona y el dinero como unidad económica.

No hay dudas de que es un problema, visto desde la óptica de la justicia, de los abogados y jueces, la falta de criterios homogéneos para valorar y cuantificar el daño moral, generando

²³⁴Zavala de González, Matilde, *Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, 1° ed., pág. 193

²³⁵Picasso, Sebastián, “Daño extrapatrimonial contractual”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2018, pág. 165

esto una degradación del valor de seguridad. A lo largo de los años se han aplicado diversos parámetros, primero se lo vinculo en términos de porcentuales con el monto correspondiente al daño patrimonial, careciendo esto de toda lógica; luego se lo libro al criterio puramente subjetivo y discrecional del juzgador, generando un detrimento en la seguridad y equidad; más adelante se mensuro en función de la gravedad del reproche que se podía formular al responsable, corriéndose de esta manera el eje de la víctima al victimario; después se determinó sobre la base de la entidad del menoscabo causado, en consideración con las circunstancias del caso; también fue una opción seguir los precedentes de casos relativamente similares o parecidos; y por último, fijar una suma necesaria para adquirir sensaciones placenteras u otros bienes morales a título de contrapeso de las sensaciones negativas generadas, el denominado “precio del consuelo”²³⁶

Así las cosas, “esta última pauta es la tomada por el Código Civil y Comercial en el último párrafo del artículo 1741. La Cámara 8^a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba estableció como regla: ‘Para cuantificar el presente rubro ya hemos señalado nuestra posición en el sentido de que, habiendo entrado en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, corresponde tomar en cuenta el nuevo parámetro para su cuantificación fijado en el artículo 1741 *in fine* de dicho ordenamiento el cual expresa: “El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”. Dicha norma resulta de aplicación a los presentes autos debido a que la cuantificación del daño debe efectuarse según la ley vigente al momento en que la sentencia determina su medida o extensión. “Por lo que a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código para la cuantificación del daño se deben acudir a las pautas del nuevo Código. Así para el daño moral corresponde aplicar el artículo 1741 última parte”. Este nuevo criterio para la cuantificación del daño moral, ha sido utilizado del siguiente modo por la jurisprudencia: [atendiendo a la naturaleza del daño moral, que relativiza la función reparadora del dinero, única jurídicamente posible, necesariamente debemos ponderar la aptitud adquisitiva de un monto determinado, como medio de acceso a bienes o servicios, materiales o espirituales (tesis de los placeres compensatorios), que conduce a otorgar una suma que según el prudente criterio del juzgador, resulte suficiente para causar a la víctima una satisfacción que opere como una suerte de contrapeso por el menoscabo espiritual padecido. Así lo entiende la Dra. Zavala de González, quien sostiene que en tanto no es factible establecer una ecuación entre dolor e indemnización, debe introducirse un tercer término: el valor de los bienes elegidos al efecto del consuelo (...) que conduce a la indagación de los bienes o servicios sustitutos del daño moral, con cuyo ingreso se procura causar una satisfacción que opere como una suerte de contrapeso por el menoscabo espiritual padecido]”²³⁷

Por otro lado, los autores Pizarro y Vallespinos dicen que la doctrina dominante en nuestra legislación admite, con alcances distintos, la plena vigencia del principio de la reparación plena o integral. A nivel jurisprudencial hay fallos, tanto nacionales como provinciales, que a la hora de cuantificar atienden a la naturaleza de las lesiones, edad del damnificado, estado civil y condiciones personales, la influencia negativa en sus posibilidades de vida futura y la específica disminución de sus aptitudes laborales; también se tiene en cuenta muchas veces el nivel de recuperación, necesidad de tratamientos tanto físicos como psicológicos, medio social, sexo y

²³⁶Ameal Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 261

²³⁷Ameal, Oscar J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2022, t. 6, 1° ed., pág. 261

toda otra circunstancia que pudiere el Juzgador tener en cuenta en miras de fijar un monto que responda al criterio de reparación plena o integral.²³⁸

No hay dudas que el daño extrapatrimonial podría ser reparado en especie, por medio de mecanismos tales como el pedido de disculpas a la víctima, la publicación de la sentencia o el mero ejercicio del derecho de réplica, pero esto solo se trata de casos excepcionales, y en los cuales, por lo general, no se resarce la totalidad del perjuicio, sino sólo una fracción de él, con lo cual aún cabría el resarcimiento en dinero de la porción restante, y por regla general, la indemnización procede en dinero, y es aquí es donde se plantea la difícil pregunta de qué mecanismo emplear para lograr la reparación integral de este tipo de daño, lo que lleva a que la persona damnificada obtenga una suma de dinero que sea equivalente a la medida exacta del perjuicio que sufrió, siempre que esté en relación adecuada con el hecho generador, sin recibir ni más ni menos.²³⁹

Es conocida la falta de previsibilidad e inseguridad jurídica en materia de cuantificación de daños, las sentencias jurídicas no son coherentes a la hora de cuantificar los daños morales en situaciones similares. Por ello, se debe producir criterios de cuantificación del daño moral a los fines de que la discrecionalidad judicial o el denominado *prudente arbitrio judicial* no devengan arbitrarios, resultando así la discrecionalidad judicial autolimitada por los criterios de cuantificación que se van aplicando con el devenir de la solución de casos.²⁴⁰

Sin dudas que el tema de la cuantificación presenta dificultades (tanto para la doctrina como para la jurisprudencia) al momento de su determinación, y esto ha llevado a elaborar distintas teorías para establecer sobre qué bases y fundamentos se debe fijar el monto indemnizatorio otorgado por daño moral.

Entre los factores relevantes utilizados por los jueces a la hora de emitir sus fallos se pueden mencionar:

- *Valuación del daño en función de la gravedad de la culpa del sindicado como responsable:* este criterio fue el utilizado por quienes sostenían que el daño moral tenía una naturaleza punitiva, y no resarcitoria. Hace referencia a una pena civil, a través de la cual se reprueba ejemplarmente la falta que fue cometida por el ofensor. Por lo cual, para graduar el monto a pagar por daño moral se tiene que ver la gravedad del hecho que causa el perjuicio, y no la entidad objetiva de éste, es decir que un hecho doloso que tiene una repercusión mínima en la esfera extrapatrimonial del damnificado debería ser sancionado mediante un importe mayor que uno que sea meramente culposo, por más que este último produzca consecuencias extrapatrimoniales de importancia. Esta postura ya ha sido prácticamente abandonada por nuestra legislación, ya que para la gran mayoría la suma que se paga por daño moral tiene naturaleza resarcitoria y no punitiva.²⁴¹

- *Cuantificación del daño moral en base a un porcentaje del monto otorgado en concepto de daño patrimonial:* esta corriente sostiene que la cuantía del daño moral debe determinarse en base del monto del daño patrimonial, de manera tal que guarde una cierta relación porcentual

²³⁸Tanzi, Silvia Y., “Cuantificación de los daños a las personas. Su tratamiento en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en EIDial, cita online: DC2F28

²³⁹Picasso, Sebastián, “El método de las satisfacciones compensatorias para cuantificar el daño moral”, en *Revista de Derecho de Daños*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2021, cita online: RC D 403/2021.

²⁴⁰Leonhardt, Gabriel M., “Metodología para la cuantificación del daño moral”, en *Revista de Derechos de Daños*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2017, pág. 300

²⁴¹Picasso, Sebastián, “El método de las satisfacciones compensatorias para cuantificar el daño moral”, en *Revista de Derecho de Daños*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2021, cita online: RC D 403/2021.

con este último. Es una doctrina que resulta inadmisibles, ya que no existe ninguna relación forzosa entre ambos tipos de daño que lleve a justificar cuantificar uno de ellos en función de la indemnización otorgada respecto del otro. Aceptar este criterio lleva como consecuencia que el monto del resarcimiento por daño moral otorgado al damnificado sea exiguo, mientras que en otros resultaría mayor al que correspondería.²⁴²

Es dable destacar que si los daños han sido valuados en exceso, el único perjudicado será el demandado, pero si se pecó por defecto, es decir, si se adoptó una decisión mezquina en las sumas que se asignaron, será revictimizada la persona que sufrió el daño, y además, es posible que quede por demás insatisfecha, más allá de que se declare la responsabilidad a la persona sindicada como responsable del hecho dañoso. El tema es que los repertorios de jurisprudencia exhiben “criterios judiciales en extremo disímiles, impregnados de marcado subjetivismo, que muchas veces sale del ámbito de la discrecionalidad para incursionar, peligrosamente, en el de la arbitrariedad”. En la mayoría de los casos, el origen de la situación expuesta se encuentra en la falta, o en la ausencia, de pautas objetivas que permitan, en el marco del procedimiento de valuación, alcanzar importes debidamente fundados.²⁴³

- *Cuantificación del daño moral con sustento en el criterio discrecional del juzgador*: aquí la valuación del daño moral debe quedar sometida al criterio subjetivo y discrecional del juez, correspondiendo a éste computar las circunstancias del caso concreto, para así determinar si existe o no daño moral, y en su caso, cual es el monto a indemnizar. Desde ya un método que resulta inadecuado, dado que los jueces deben actuar dentro del marco referencial que les brinda la ley y sin perder de vista las realidades objetivas que el caso les presenta. Además, este criterio conduce a entronizar la eventual arbitrariedad de los jueces, y resulta inconciliable con el requisito por medio del cual las decisiones judiciales deben ser razonablemente fundadas.²⁴⁴

- *Cuantificación del daño moral en función de la entidad objetiva del daño*: esta corriente sostiene que la cuantificación del daño moral debe efectuarse partiendo de la entidad objetiva del perjuicio ocasionado. El juez, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, deberá evaluar la entidad de la repercusión que el hecho ilícito tuvo en la esfera extrapatrimonial de la víctima. Es por ello que es por demás importante y trascendental que el demandante acredite las circunstancias del caso y además como incidió el hecho ilícito sobre su persona, ya que estas pautas son las que tendrán gran importancia a la hora de determinar en forma objetiva la cuantificación del daño.²⁴⁵

No hay dudas que, tanto la valoración como la cuantificación de las indemnizaciones, constituyen motivos que son de auténtica preocupación para jueces, abogados y la sociedad en general. Desde ya que en la práctica, influye determinadamente en el resultado del proceso, y el éxito o el fracaso del juicio se vincula directamente con los alcances de la cuantificación.²⁴⁶

²⁴² Picasso, Sebastián, “El método de las satisfacciones compensatorias para cuantificar el daño moral”, en *Revista de Derecho de Daños*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2021, cita online: RC D 403/2021.

²⁴³ Werlen, Cristian O., “La cuantificación de los daños en los supuestos de lesiones, incapacidad física o psíquica y muerte”, en *Revista de Derecho de Daños*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2017, pág. 263-264

²⁴⁴ Picasso, Sebastián, “El método de las satisfacciones compensatorias para cuantificar el daño moral”, en *Revista de Derecho de Daños*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2021, cita online: RC D 403/2021.

²⁴⁵ Picasso, Sebastián, “El método de las satisfacciones compensatorias para cuantificar el daño moral”, en *Revista de Derecho de Daños*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2021, cita online: RC D 403/2021.

²⁴⁶ Werlen, Cristian O., “La cuantificación de los daños en los supuestos de lesiones, incapacidad física o psíquica y muerte”, en *Revista de Derecho de Daños*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2017, pág. 263

- *Cuantificación del daño moral en función de las satisfacciones compensatorias que la indemnización puede procurar a la víctima*: esta teoría lo que busca es cuantificar el daño moral en función de los ‘placeres compensatorios’ que las sumas concedidas pueden otorgar a la víctima, también es denominada ‘del precio del consuelo’. Para esta corriente, cuando se busca la indemnización por daño moral, no trata de hacer ingresar al patrimonio de la víctima una cantidad que sea equivalente al valor del daño sufrido, sino que procura otros goces que sustituyen lo perdido. La suma de dinero que se entrega en concepto de resarcimiento debe ser suficiente para lograr esos goces. Este criterio es el que ha adoptado la Corte Suprema de Justicia de la Nación y es el que, desde el año 2015, adopto expresamente nuestro Código Civil y Comercial de la Nación.²⁴⁷

Como afirmara la Dra. Zavala de González, “El daño moral es inconmensurable. Por lo tanto, se plantea una contradicción *prima facie* insoluble: ¿Cómo mensurar lo inconmensurable? ¿Cómo mensurar lo extrapatrimonial? ¿Cómo fijar dinerariamente lo que no tiene traducción pecuniaria? Aquellas primeras preguntas no tienen respuestas, no pueden tenerlas y nunca la tendrán. Pero sí puede contestarse el último interrogante: dado que *debe* fijarse una indemnización dineraria, hay que buscar *cómo* hacerlo, reflexionando siempre *para qué* se indemniza: brindar una satisfacción, aunque imperfecta y sin comparación posible con el desmedro”.²⁴⁸

Se dijo en su momento que la cuantificación era la operación a realizarse una vez concluida la constatación sobre la existencia del menoscabo espiritual y de haberse efectuado su correspondiente graduación de entidad valorativa, lo que lleva a definir que se da en un determinado importe dinerario o *quantum* a favor del damnificado la indemnización que le corresponde como rubro indemnizatorio por este concepto.²⁴⁹

En relación a las propuestas que se han formulado para brindar una respuesta teórica al problema de la cuantificación del daño moral, y que las mismas hayan tenido aceptación por parte de la jurisprudencia en nuestra legislación se pueden mencionar: *i) la libre discrecionalidad del juez;* y *ii) la tarifación judicial indicativa*. Respecto de la primera, se determina que cada tribunal en cada caso que es sometido a su decisión se encuentra facultado legalmente para establecer discrecionalmente con libre arbitrio el importe resarcitorio del menoscabo extrapatrimonial que considere adecuado, mientras que la teoría de la tarifación judicial indicativa plantea la necesidad de atender a estos fines a los precedentes jurisprudenciales de cuantificación de daño moral que para casos similares fueron emitidos por tribunales de una determinada jurisdicción.²⁵⁰

Con la teoría de la libre discrecionalidad la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba han dicho en determinados fallos que la necesidad de fundar la sentencia lógica y legalmente excluye la posibilidad de dejar librado al libre arbitrio judicial el monto que se condene pagar, por el contrario al deber de brindar los elementos que sean necesarios para poder deducir las razones que lleven a la fijación de las sumas indemnizables. Por el contrario, en la tarifación judicial se busca comparar el caso a decidir con otros casos que sean similares dentro de un determinado

²⁴⁷Picasso, Sebastián, “El método de las satisfacciones compensatorias para cuantificar el daño moral”, en *Revista de Derecho de Daños*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2021, cita online: RC D 403/2021.

²⁴⁸Zavala de González, Matilde, *Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, 1° ed., pág. 71

²⁴⁹Marcellino, Leonardo, “Valoración y cuantificación de la indemnización del daño extrapatrimonial”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2018, pág. 441

²⁵⁰Marcellino, Leonardo, “Valoración y cuantificación de la indemnización del daño extrapatrimonial”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2018, pág. 442-443

territorio, teniendo como finalidad primordial impedir el otorgamiento de indemnizaciones que sean diferentes para casos de daños espirituales semejantes, salvo que existan razones suficientemente fundadas para ello. Este último método mencionado fue propuesto como un modelo superador al basado en la “libre discrecionalidad del juez”, sin embargo, no deja de encontrarse exento de distintos problemas en cuanto a su correcta aplicación, ya que existe una dificultad práctica que presupone la posibilidad del operador jurídico de poder acceder a tablas de valores de cuantificaciones judiciales promedio en una determinada jurisdicción con el auxilio de la informática jurídica.²⁵¹

Una vez que es valorizado el perjuicio, que es identificado y que se precisa su contenido cualitativo, lo que sigue es cuantificar los daños personales o no patrimoniales ocasionados, tarea por demás difícil, que adquiere extrema complejidad, ya que en el daño patrimonial la valuación se investiga por medio de un vínculo de equivalencia con la indemnización, pero en el daño moral o extrapatrimonial, el resarcimiento se decide sin ningún elemento que permita traducir la entidad de aquél en la magnitud de ésta. No media un nexo que sea demostrable entre la entidad del daño y la importancia de la condena, porque no puede haberlo entre un mal espiritual y un bien dinerario, dando como resultado que la indemnización resulta de una creación artificial, permaneciendo en el misterio de la intuición del juez.²⁵²

El tema es poder mensurar lo inconmensurable y la singularidad de los daños personales, pero es imprescindible y de fundamental importancia, buscar bases para fundar la cuantificación.²⁵³

También existe otra propuesta de cuantificación que plantea la necesidad de construir normativamente distintas categorías de consecuencias no patrimoniales en abstracto o baremos que pueden afectar a un damnificado y atarlo a un determinado monto indemnizatorio, siendo un indicativo para los tribunales o que establezca, respecto de cada categoría montos máximos y mínimos de indemnización, dentro de los cuales el juez determinará la cuantificación final. Estas categorías de daño espiritual pueden ayudar a resolver o facilitar la tarea de la justificación de las cuantificaciones de los menoscabos que se encuentran comprendidos, y en caso de que no estén, sirven como guías, otorgando criterio sólido de argumentación que sirva a los tribunales, y a su vez, los aleje de la discrecionalidad y los acerque a una mejor fundamentación en sus decisiones.²⁵⁴

La Dra. Zavala de González propuso en su momento la elaboración legislativa de una nómina de casos típicos de lesiones morales, partiendo de casos frecuentes y tangibles como el menoscabo de la integridad psicofísica y la pérdida de la vida humana, para después asignar a cada uno valores económicos, por medio de montos o unidades de medidas o porcentuales comparativos o combinaciones entre ellos, a través de decisiones convencionales que involucren principalmente a los precedentes jurisprudenciales y que se complementen con encuestas sobre opiniones de magistrados y de abogados sobre casos típicos. Además, se

²⁵¹Marcellino, Leonardo, “Valoración y cuantificación de la indemnización del daño extrapatrimonial”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2018, pág. 443-444

²⁵²Werlen, Cristian O., “La cuantificación de los daños en los supuestos de lesiones, incapacidad física o psíquica y muerte”, en *Revista de Derecho de Daños*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2017, pág. 264-265

²⁵³Werlen, Cristian O., “La cuantificación de los daños en los supuestos de lesiones, incapacidad física o psíquica y muerte”, en *Revista de Derecho de Daños*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2017, pág. 265

²⁵⁴Marcellino, Leonardo, “Valoración y cuantificación de la indemnización del daño extrapatrimonial”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2018, pág. 446-447

proponía agregar elementos cualitativos o factores de corrección que permitan cuantificar en más o en menos atendiendo a diversas circunstancias particulares.²⁵⁵

El artículo 1741, última parte, dispone que “el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que puedan procurar las sumas reconocidas”, es decir que el legislador ha establecido una directiva para los jueces que está lejos de ser una recomendación o simple sugerencia, importando un mandato claro y preciso respecto de la cuantificación del monto indemnizatorio. Vale aclarar que las satisfacciones sustitutivas y compensatorias son compensaciones económicas con aptitud para brindar a la víctima del daño gozo, satisfacciones, esparcimiento u otro tipo de beneficios espirituales que mitiguen el padecimiento sufrido a raíz del hecho.²⁵⁶

La norma citada deja en evidencia que tanto el abogado, cuando elabora la demanda, como el juez, cuando dicta sentencia, deben cuantificar, cada uno respectivamente, de manera fundada la pretensión y el monto de condena indemnizatoria, prestando especial atención a las satisfacciones sustitutivas y compensatorias. Una sentencia que no cumpla con esta exigencia normativa carece de motivación legal suficiente. Tampoco se consagran fórmulas matemáticas ni tarifas rígidas o que sean indicativas.²⁵⁷

La indemnización por daño moral o extrapatrimonial no es una pena, sino que se debe “comprender que significa un resarcimiento: se entrega a la víctima un bien por su mal, cualquiera sea el destino que confiera a la indemnización [...] Se ha precisado que, como no es factible establecer una ecuación entre dolor e indemnización, debe introducirse un tercer término: el valor de los bienes elegidos al efecto del consuelo. Esa tesis sobre los ‘placeres compensatorios’ conduce a la indagación de los ‘bienes o servicios sustitutos’ del daño moral, que podrían adquirirse o gozarse con la indemnización. La indagación del poder adquisitivo del monto indemnizatorio tiene sustento real: aunque no lo sepa ni lo quiera, todo magistrado se pregunta por la equivalencia aproximada entre la indemnización por daño moral y otros bienes de mercado: qué puede obtener o adquirir la víctima con el monto acordado. Al fijar la indemnización, un juez tiene en mente (y debe tener) cuánto vale una casa, un auto o un viaje...”²⁵⁸

La satisfacción muchas veces puede ser imperfecta, ya que el quebrantamiento espiritual en la gran mayoría de los casos es insusceptible de ser enervado en el plano existencial. Es simplemente una compensación jurídica, con todo lo bueno que ella procura y también con todas las limitaciones que le son inevitables, es decir que “se trata, ante lo que se ha padecido, y siendo que es imposible volver el tiempo atrás, de que con el dinero que se otorgue como indemnización el afectado pueda realizar algo que le guste, que lo haga ‘sentir bien’, y que – en cierta manera– le permita tener algún sentimiento que lo reconforte, lo aliente a seguir adelante, casi como un emoliente para el dolor, una suerte de ‘caricia al alma’ que en parte mitigue el padecimiento, y sea de la manera que sea”.²⁵⁹

²⁵⁵ Marcellino, Leonardo, “Valoración y cuantificación de la indemnización del daño extrapatrimonial”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2018, pág.448

²⁵⁶Pizarro, Ramón D., “Tres cuestiones vinculadas con el daño moral y su indemnización”, en *El Derecho*, 2021, cita online: ED-MLVIII-310.

²⁵⁷Pizarro, Ramón D., “Tres cuestiones vinculadas con el daño moral y su indemnización”, en *El Derecho*, 2021, cita online: ED-MLVIII-310.

²⁵⁸Werlen, Cristian O., “La cuantificación de los daños en los supuestos de lesiones, incapacidad física o psíquica y muerte”, en *Revista de Derecho de Daños*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2017, pág. 265-266

²⁵⁹Pizarro, Ramón D., “Tres cuestiones vinculadas con el daño moral y su indemnización”, en *El Derecho*, 2021, cita online: ED-MLVIII-310.

El Dr. Iribarne afirma, con razón, que “es imposible sostener la demasía o la insuficiencia de una indemnización sin cotejarla con los valores de los bienes corrientes que permite adquirir, o sin evaluar su virtualidad como fuente generadora de rentas”. Además, el daño moral no se reduce solo al dolor sino que abarca todo desmedro existencial, el resarcimiento también debe cubrir una amplia función satisfactoria o compensatoria, no circunscripta a placeres en sentido hedonista o a satisfacciones sensuales. Desde ya que existen muchos bienes y servicios que sirven para asistir y satisfacer intereses de índole espiritual, tales como la salud, educación y recreación, que tienen valor de mercado y a su vez, no procuran lujos sino que cubren necesidad.²⁶⁰

Siguiendo la postura de esta doctrina, se cuestiona el rol del Derecho, afirmando que el juez debe mirar al damnificado para procurarle consuelo, antes que mirar sólo al ofensor y fijar la indemnización según la conducta de éste. La conducta por parte del juez debe ser justamente la inversa, se debe consolar al ofendido, se debe mitigar su dolor, y a partir de los argumentos es que se sostiene la necesidad de preguntar, antes que por el precio del dolor, más bien por el precio del consuelo. Por eso esta doctrina entiende que centrar el debate en el consuelo, y luego en el precio de los bienes que permiten procurarlo es el mejor, sino el único, camino para establecer mecanismos de fijación de las indemnizaciones que permitan cuantificar con la racionalidad posible. Siguiendo este camino, se puede especular con una larga lista de placeres que actúan como remedios de la tristeza y el dolor, como ejemplos se puede mencionar el descanso, las distracciones, las diversiones, escuchar música, el incremento de las comodidades del hogar, trabajo, transporte, entre tantas otras.²⁶¹

Por otro lado, el Dr. Mosset Iturraspe redactó diez reglas a tener en cuenta, sirviendo las mismas como pautas o lineamientos a la hora de cuantificar el daño moral o extrapatrimonial, las mismas son: *i)* no a la indemnización simbólica; *ii)* no al enriquecimiento injusto; *iii)* no a la tarifación con “piso” o “techo”; *iv)* no a un porcentaje del daño patrimonial; *v)* no a la determinación sobre la base de la mera prudencia; *vi)* sí a la diferenciación según la gravedad del daño; *vii)* sí a la atención a las peculiaridades del caso: de la víctima y del victimario; *viii)* sí a la armonización de las reparaciones en casos semejantes; *ix)* sí a los placeres compensatorios; y, *x)* sí a las sumas que puedan pagarse, dentro del contexto económico del país y el general “standard” de vida.²⁶²

Agrega, además que, no pueden darse reglas rígidas o que puedan aplicarse a todos los casos o que tengan el sentido de una conversión exacta, y en base a las propuestas mencionadas dice que respecto a la primera se traduce la visión del derecho de daños a partir de la situación de la víctima, es decir, le interesa recibir una suma dineraria que tenga alguna entidad, jerarquía o importancia. No se busca castigar al autor, lo que se sugiere, en última instancia, la necesidad de un límite mínimo, no debe ser irrisoria. Para la segunda, es claro en afirmar que la reparación del daño moral no debe significar un “cambio de vida” para la víctima o su familia, una fuente de enriquecimiento. En la tercera, tarifar en una suma con tope, sea de mínimo o de máximo, es odiosa, caprichosa y violadora de principios propios del derecho de daños, se materializa en extremo la cuestión y deshumaniza un tema tan considerado y tan relacionado con los sentimientos, con lo más íntimo de la persona humana. Con la regla cuarta dice que es un criterio absurdo, simplista, que no tiene base lógica ni jurídica, y esta apartado de toda

²⁶⁰Werlen, Cristian O., “La cuantificación de los daños en los supuestos de lesiones, incapacidad física o psíquica y muerte”, en *Revista de Derecho de Daños*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2017, pág. 266

²⁶¹Werlen, Cristian O., “La cuantificación de los daños en los supuestos de lesiones, incapacidad física o psíquica y muerte”, en *Revista de Derecho de Daños*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2017, pág. 267

²⁶²Mosset Iturraspe, Jorge, “Diez reglas sobre cuantificación del daño moral”, en *La Ley*, 1994, cita online: TR LALEY AR/DOC/19501/2001

razonabilidad. El quinto presupuesto se basa en que la prudencia es una virtud excelsa, de ahí que la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya considerado tachar de arbitrariedad las decisiones que, con fundamento en la sola invocación de la prudencia, prescinden de parámetros tales como la edad de la víctima, su ocupación, etc.²⁶³

Para el presupuesto número seis, establece que un primer paso para el esclarecimiento del tema analizado se puede dar por la confección de un catálogo o listado de los daños que se pueden ubicar como morales, y otro paso consistiría en proceder, luego de la tipificación, de las distintas especies, a su clasificación y jerarquización, según las consecuencias. Respecto de la séptima dice que el Derecho positivo está compuesto por normas, tanto genéricas como abstractas, que los jueces deben concretas y particularizas, a partir de las especificaciones del caso, aquí es donde puede afirmarse que cada caso es diferente y distinto. En la octava es fundamental terminar con el “escándalo” que importan las sentencias que, para casos que son análogos, pero no iguales, condenan a pagar indemnizaciones de cuantías harto diferentes, sin dar razón del porqué de estas actitudes. En el caso del presupuesto nueve se cree que los placeres compensatorios, es decir la posibilidad de lograr con el dinero la satisfacción de necesidades, es un criterio válido. No tiene que ver con borrar el dolor con el placer, ni compensar sufrimientos con gozos, pero la víctima o sus familiares, con el importe recibido, pueden, de manera razonable, superar una escasez o una falta de bienes o servicios, contribuyendo de esta manera, a dar una buena calidad de vida. Por último, la regla número diez, hace referencia a que sumas que sean generosas, pero que quedan impagas ante la insolvencia del deudor, no conducen a nada. Por eso, mejor una determinación a tono con las posibilidades de ser satisfecha.²⁶⁴

IV.3 Jurisprudencia.

IV.3.1 Criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En los fallos que se mencionarán a continuación, que van desde el año 1997 hasta el 2021, veremos cómo la Corte Suprema de Justicia de la Nación deja en claro que no es necesario que se recurra a fórmulas matemáticas, como así tampoco a porcentajes fijados por leyes especiales. Deja en claro como pauta, a los efectos de evaluar el resarcimiento, que deberán tenerse en cuenta las circunstancias personales de la víctima, la gravedad de las secuelas y los efectos de estas en su vida en relación y laboral.

Además, las causas mencionadas, tienen algo muy importante y es que se logra armonizar los elementos a tener en cuenta a la hora de valorar un daño de tales características, pero también se sostiene lo que la doctrina venía reclamando, para que a posteriori sea incorporado de manera expresa en el artículo 1741 *in fine* de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, las denominadas *satisfacciones sustitutivas y compensatorias*.

- **“RECURSO DE HECHO DEDUCIDO POR LA PARTE ACTORA EN LA CAUSA GRIPPO, GUILLERMO OSCAR; CLAUDIA P. ACUÑA Y OTROS C/ CAMPOS, ENRIQUE OSCAR Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (ACC. TRÁN. C/ LES. O MUERTE)” (02/09/2021)**

El presente fallo conto con los votos de los Dres. Maqueda, Rosatti, Rosenkrantz y Lorenzetti. Los hechos se basan en que en el año 2006, el Sr. Grippo Guillermo Oscar conducía un

²⁶³Mosset Iturraspe, Jorge, “Diez reglas sobre cuantificación del daño moral”, en La Ley, 1994, cita online: TR LALEY AR/DOC/19501/2001.

²⁶⁴Mosset Iturraspe, Jorge, “Diez reglas sobre cuantificación del daño moral”, en La Ley, 1994, cita online: TR LALEY AR/DOC/19501/2001.

automóvil en el que viajaba junto a su esposa Claudia P. Acuña y sus dos hijas, una de once años y otra de un año de edad, siendo embestidos por una camioneta, que era conducida por el Sr. Campos Enrique Oscar, que a su vez era propiedad de R. Servicios SA, esta última se desplazaba a gran velocidad y en sentido de circulación contraria a la que iban los actores, perdiendo el control y así invadiendo la mano contraria por la que el grupo familiar avanzaba, embistiéndolos de manera frontal. A raíz del impacto, la hija menor de un año, que viajaba en brazos de su madre, perdió la vida, sufriendo el resto de los ocupantes importantes lesiones.

En primera instancia, la jueza hizo lugar al reclamo, condenando al Sr. Oscar Enrique Campos, a la propietaria del vehículo y a la asegurada citada en garantía. Contra esta decisión los vencidos apelan la sentencia y la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil modifica la sentencia de primera instancia, reduciendo los montos resarcitorios, así las cosas, los actores dedujeron recurso extraordinario, el cual fue denegado, por lo que presentaron recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El fallo emitido por la Corte dice que la cámara valoró diversos factores para determinar la extensión de la indemnización que correspondía por el daño moral de los padres y el de la hermana superviviente, poniendo de ejemplo la gravedad de la culpa del autor del hecho, la cuantía de los perjuicios materiales, las condiciones personales del victimario y de las víctimas y la forma en que sucedió el accidente. También ponderó tanto los padecimientos vinculados con las graves lesiones y secuelas físicas sufridas como también se ponderó los padecimientos vinculados con las graves lesiones y secuelas físicas sufridas y el dolor espiritual ocasionado por la muerte de la niña de un año de edad. No obstante ello, la Cámara también hizo eco de la conducta imprudente de sus progenitores, quienes permitieron que con un año de edad viajara sentada en las faldas de su madre y sobre esta premisa redujo significativamente el monto de la indemnización en concepto de daño moral por la muerte de la hija y hermana de los actores. Por ende, la sentencia de cámara fundó la reducción del monto por daño moral concedido por la sentencia de primera instancia a la hermana superviviente, en un reproche a la conducta imprudente de los padres, entre otras razones. La Corte manifiesta que ello no puede constituir una derivación razonada del derecho aplicable con arreglo a las circunstancias concretas del caso, ya que la negligencia de los padres no tuvo incidencia con-causal en la producción del daño, no se advierten ni se han ofrecido argumentos que permitan hacer responsable a la hermana menor por dicha falta de diligencia de los padres.

Se agrega en el fallo que también es descalificable, por parte de la Corte, la sentencia en cuanto ponderó la conducta negligente de los padres para reducir la indemnización de su propio daño moral. La explicación posible, por parte de la cámara, para reducir este rubro tendría sustento en la actitud imprudente, en donde los padres merecerían un resarcimiento menor por dicha actitud, más allá que no tuviera relación causal con el resultado, o bien que el dolor espiritual de los padres, el cual se intenta reparar por medio de la indemnización de este rubro, fuera menor por la conducta que tuvieron en ocasión del accidente y por ello el monto de la reparación también debería ser menor.

La Corte establece que esta forma de cuantificar el daño moral, basada en un reproche moral a los progenitores por su actitud imprudente y por no haber cuidado suficientemente a su hija, o en la inferencia de una menor aflicción espiritual a partir de la forma en que llevaban a la niña, además de no tener sustento en evidencia alguna, es totalmente contraria al curso natural y ordinario de las relaciones humanas y personales, lo que debió ponderarse, a falta de otros elementos del juicio, como derivación propia de las reglas de la sana crítica. La pérdida de un hijo, más allá de las circunstancias en que se produzca el hecho, tiene una indiscutible repercusión en los sentimientos de los padres y es, probablemente, una de las mayores causas

de aflicción espiritual que se pueden experimentar en el transcurso de vida de cualquier persona.

Sintetizando, el fallo de cámara, al determinar el monto del daño moral se desentendió de las circunstancias concretas del caso y de la intensidad de la lesión en las afecciones legítimas por las secuelas del accidente, en particular, por la muerte de una hija, estableciendo la reparación con una suma que, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “virtualmente convierte en inoperante la indemnización prevista por el derecho civil, y desnaturaliza su finalidad resarcitoria”.

Por último, la Corte deja de manifiesto que respecto a la indemnización en este tipo de daños, debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad, la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, y que el dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana, no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido.

- **“BERGEROT, ANA MARIA C/ SALTA, PROVINCIA DE Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (12/12/2019)**

Con votos por mayoría de los Dres. Highton de Nolasco, Maqueda y Rossatti, y en disidencia parcial el Dr. Rosenkrantz, los hechos del fallo sucedieron en el año 2003, en donde la Sra. Ana María Bergerot, de profesión docente, y al momento del hecho de 59 años de edad, cae por una escalera metálica, la cual no contaba con barandas, por la que se accedía a un camión ubicado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el fin de hacer publicidad turística a la Provincia de Salta. La caída es producida desde una altura de 1,5 metros de altura aproximadamente, produciendo golpes en la cabeza, hombros y costillas.

En el fallo la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresa que es procedente el reclamo por daño moral, manifestado que es un “detrimento de índole espiritual que debe tenerse por configurado por la sola producción del episodio dañoso, ya que se presume -por la índole de las heridas producidas- la inevitable lesión de los sentimientos de la demandante”.

Agrega que “aun cuando el dolor no pueda medirse o tasarse, ello no impide justipreciar la satisfacción que procede para resarcir -dentro de lo humanamente posible- las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida por la actora”.

Por último, respecto de la fijación de la cantidad, se debe tener en cuenta el carácter resarcitorio de este tipo de concepto, la índole del hecho generador de la responsabilidad, la entidad del sufrimiento causado, por más que sea de dificultosísima cuantificación, además de atender a las lesiones comprobadas, la edad de la víctima y a las vivencias dolorosas experimentadas por la víctima, a raíz del hecho dañoso.

- **“RECURSO DE HECHO DEDUDICO POR LA ACTORA EN LA CAUSA ONTIVEROS, STELLA MARIS C/ PREVENCIÓN ART S.A. Y OTROS S/ ACCIDENTE – INC. Y CAS.” (10/08/2017).**

El fallo en cuestión consta con la firma mayoritaria de los Dres. Maqueda, Rosatti y Lorenzetti, y con voto del Dr. Rosenkrantz en disidencia parcial, por su parte la Dra. Elena Highton de

Nolasco consideró inadmisibile el recurso. Aquí la Corte revocó un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, en donde este último había reducido la indemnización por los graves daños provocados por un accidente de trabajo que sufrió la Sra. Stella Maris Ontiveros en el año 2001, mientras se desempeñaba como magistrada de primera instancia en la justicia local.

En el juicio quedó de manifiesto que cuando la Sra. Stella Maris Ontiveros sufrió el accidente, el cual le provocó severas lesiones físicas y psíquicas, tenía solo 48 años de edad, y además de desempeñarse como jueza, desarrollaba una amplia actividad social y deportiva, de la cual se vio disminuida luego del accidente.

Frente a la reducción de la indemnización por daño moral por parte de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, la Corte expuso en el fallo que en diversos pronunciamientos, en lo concerniente a la fijación de este rubro, lo que debe tenerse en cuenta es el carácter resarcitorio, la índole del hecho generador de la responsabilidad, la entidad del sufrimiento causado, el cual no tiene que guardar relación necesariamente con el daño material, y agrega que “el dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido”.

Además, menciona que en la evaluación del perjuicio moral, “la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida”.

Por último, el Dr. Rosenkrantz en su voto dijo que respecto del daño moral, la sentencia recurrida es arbitraria, ya que la Corte de Justicia de Mendoza se limitó a hacer una comparación con otro caso supuestamente análogo, ignorando las circunstancias específicas de la víctima, no obstante que el mencionado tribunal sostuvo que la indemnización por daño moral “debería ser idónea o adecuada a suministrar a la víctima aquellos bienes de consuelo naturalmente en relación con la índole del bien frustrado”, por ende, la sentencia debe descalificarse, ya que al fijar la cuantía de la indemnización por daño moral, se adoptó un criterio injustificadamente genérico, que llevo a establecer un resarcimiento insuficiente.

- **“BAEZA, SILVIA OFELIA C/ BUENOS AIRES, PROVINCIA DE Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (12/04/2011)**

En este fallo los votos por mayoría fueron de los Dres. Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Argibay, los Dres. Lorenzetti y Petracchi votaron en disidencia y el Sr. Zaffaroni se abstuvo. En cuanto a los hechos, la accionante, Sra. Silvia Ofelia Baeza, fue víctima de un impacto de bala en su pierna derecha, ocasionado por la detonación del arma reglamentaria portada por un sargento de la policía de la Provincia de Buenos Aires, justo en el momento en que se disponía a abandonar el andén de la estación de subterráneos de la empresa Metrotranvías S.A, lo que determinó que entre los rubros de daño reclamado, peticionara la reparación del daño moral experimentado.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación manifestó que “para evaluar el resarcimiento no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados por la ley de accidentes de trabajo, aunque puedan resultar útiles para pautas de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las

secuelas, los efectos que éstas puedan tener en su vida laboral y de relación (...) que en lo concerniente a la fijación del daño moral, debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad, la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste”

En el fallo, la Corte expresa que “el dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado. En este orden de ideas, el dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales.”

- **“CAMARGO, MARTINA Y OTROS C/ SAN LUIS, PROVINCIA DE Y OTRA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (21/05/2002)**

Este fallo cuenta con los votos de los Dres. Boggiano, Vázquez, Moliné O’Connor, López y Nazareno, en disidencia parcial votaron los Dres. Fayt, Bossert, Petracchi y Belluscio. En cuanto a los hechos, la pareja compuesta por Martina Camargo y Carlos Leonardo Ronda, iban circulando en una moto, que era conducida por este último, y al llegar a una intersección el conductor gira hacia su izquierda, advirtiendo dos vehículos que se dirijan en posición contraria, por lo cual se posicionan sobre la banquina a la espera de poderse introducirse en la calzada sin riesgos, mientras que un microbús se dispone a girar y un auto Ford falcón que venía en sentido opuesto a gran velocidad y con imprudencia, intento esquivar al microbús y con esta descontrolada maniobra se dirigió hacia la banquina, colisionando de esta manera con los pasajeros de la moto que se encontraban allí detenidos, produciendo la muerte del Sr. Carlos L. Ronda y lesiones a la Sra. Martina Camargo. Por lo que esta última y sus dos hijos, Fabián S. y Miguel A. Ronda, inician demanda por los daños y perjuicios ocasionados por la muerte de su esposo y padre de los mencionados, contra el conductor del falcón y contra el Gobierno de la Provincia de San Luis, que figuraba como titular registral del vehículo mencionado, pero que lo había enajenado en subasta hacía unos años.

La Corte señala, respecto del daño moral, que es un detrimento que por su índole espiritual debe tenérselo por configurado, por la sola producción del evento dañoso, ya que se presume en este tipo de casos (por el grado de parentesco) la lesión inevitable de los sentimientos de los demandantes. Para la fijación del quantum, agrega, debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, ya que no se trata de un accesorio de éste.

No hay dudas que respecto a la actora Camargo, la muerte de su cónyuge, en las circunstancias mencionadas anteriormente, produjo una innegable lesión en sus afecciones, agregando además los sufrimientos derivados de sus propias lesiones físicas. Mientras que respecto de los hijos, el fallecimiento de su padre los privo de su presencia y asistencia afectiva.

- **“REYES, PASCUAL ANGEL C/ ESTADO NACIONAL Y/U OTROS S/ JUICIO DE CONOCIMIENTO” (15/07/1997)**

En el fallo en cuestión, votaron por mayoría los Dres. Fayt, Boggiano, Belluscio, Vázquez, Moliné O’Connor, López, Nazareno y Bossert, el Dr. Petracchi voto en disidencia parcial.

Respecto a los hechos el Sr. Reyes Pascual Ángel, de profesión plomero, con 20 años de edad al momento del hecho dañoso, fue detenido ilegítimamente, por orden del Poder Ejecutivo Nacional de turno, y estuvo privado de su libertad desde el 28 de diciembre de 1975 hasta el 25 de octubre de 1983. El actor, aparte de haber sido víctima de una conducta ilícita contra su libertad individual, también sufrió ofensas psíquicas y físicas, dejándole secuelas de incapacidad transitoria y permanente. En primera instancia se sostuvo que el Estado Nacional era civilmente responsable, e hizo lugar, de manera parcial, al reclamo indemnizatorio del demandante. Sentencia que fue impugnada por ambas partes, ya en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, se modificó parcialmente la decisión de la instancia anterior, incrementando la cuantía de la indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el actor y contra este pronunciamiento, la parte demandada interpuso el recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el cual fue concedido.

La Corte manifiesto que con motivo de evaluar la cuantía a resarcir, no es necesario recurrir a criterios matemáticos, debiendo si tener en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en el ámbito de la vida laboral de la víctima y en su vida de relación.

Para la reparación del daño moral, ciertamente las circunstancias personales que sufrió la víctima, justifican el reconocimiento de un resarcimiento que sea considerable. Más allá de que la Corte admite en el fallo en cuestión de que no existe un standard preciso para evaluar en dinero el daño por la angustia y el sufrimiento espiritual.

Además, se agrega que el daño moral es un rubro en el que son relevantes los padecimientos espirituales sufridos por la víctima y con el fin de determinar la cuantía del mismo, se debe tener en cuenta la índole del hecho generador de la responsabilidad, la edad de la víctima, su situación familiar, la entidad del sufrimiento causado, destacando además que, el quantum indemnizatorio en concepto de daño moral no tiene que guardar relación, necesariamente, con el daño material, ya que aquél no es un accesorio de éste.

Por último, la Corte dice que es claro que el dolor, el sufrimiento y la angustia no pueden ser traducidos a una precisa cantidad de dinero, y tampoco puede acuñarse un standard inequívoco a cuya luz este daño pueda ser valuado, pero que también es evidente que el actor del caso fue privado de su libertad durante más de siete años, por una decisión ilegítima del Poder Ejecutivo Nacional, con solo 20 años de edad. Es notorio que el Sr. Reyes sufrió durante su detención numerosos padecimientos espirituales, ocasionándole depresión reactiva, hipoacusia, atrofia central y cortical difusa y dilatación ventricular.

IV.3.2 Tribunales inferiores.

En este apartado se mencionan los últimos fallos dictados en el último año, periodo 2022-2023, por las distintas Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dejando de manifiesto el criterio sostenido por cada Sala respecto a la cuantificación del rubro por daño moral.

- **SALA A – “BIANCHI, CARLOS ANDRÉS Y OTRO C/ ORBIS COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS S.A. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (CIV 006493/2019/CA001 – 24/05/2023)**

Sostiene la Sala que si bien el rubro pertenece al sagrado mundo subjetivo de los damnificados, para su reparación económica debe traducirse en una suma de dinero, cuestión que no resulta

sencilla para determinar su quantum, debiendo tenerse en cuenta las circunstancias del hecho, la persona de la víctima y el daño sufrido en los valores mencionados.

Además, para la Sala, la suma reclamada por daño moral en la demanda constituye un tope que debe ser respetado, so pena de violar el principio de congruencia, pero este rigorismo formal debe ceder si la estimación del daño se efectuó bajo las circunstancias económicas y se supeditó el reclamo a “lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse”, por lo que, al acreditarse con las probanzas rendidas un perjuicio mayor al estimado en un principio, corresponde adecuar los montos indemnizatorios a su justa medida para arribar a una decisión que sea equitativa.

No se debe pasar por alto que, la evaluación del perjuicio moral constituye una tarea delicada, ya que no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior. No obstante, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir, dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, dolor físico, los padecimientos propios de las curaciones y actuales malestares subsistentes.

Es una tarea ardua cuantificar este tipo de daño, la valoración de los sentimientos presuntamente afectados debe ser hecha por el Juez en abstracto y considerando objetivamente cuál pudo ser el estado de ánimo de una persona común colocada en las mismas condiciones concretas en la que se halló la víctima del acto lesivo.

- **SALA B – “CORONEL, LILIANA CARINA c/ DORINKA SRK (CONTINUADORA DE WALLMART ARGENTINA S.R.L.) Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (CIV 044321/2015/CA002 – 05/12/2022)**

En lo concerniente a la fijación del monto del daño moral, para esta Sala, debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad, la entidad del sufrimiento causado, que no tiene que guardar necesariamente relación con el daño material, ya que no se trata de un daño accesorio a este, y además el dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana, no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Más allá de que el dinero pueda considerarse un factor muy inadecuado de reparación, se puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido.

- **SALA C – “LIPPAY, HUGO NICOLÁS y OTROS c/ PARQUE DE LA COSTA SA s/ DAÑOS Y PERJUICIOS (SUMARÍSIMO)” (CIV 030660/2017/CA001 – 06/06/2023)**

La Sala C en lo que respecta a la cuantía del rubro daño moral, sostiene que la primera operación que corresponde realizar es la determinación de la entidad cualitativa del perjuicio, es decir, la valoración del daño. Con dicho propósito, se debe tener en cuenta también otras circunstancias, tales como la gravedad de la culpa o la configuración de dolo, las condiciones personales del autor del hecho y las de la víctima, así como también la extensión de los daños materiales, si existieren, factores todos que quedan librados a la prudente apreciación judicial.

Además, se debe tener en cuenta que el monto estimado por la persona damnificada al interponer el reclamo judicial no marca necesariamente el límite de la pretensión y que conceder más de lo pedido no importa en sí mismo incongruencia por ultra petita, ya que la utilización de la formula “con lo que en más o en menos suja de la prueba” habilita al

magistrado a estimar el valor indemnizatorio en atención a la índole de la afección sufrida, no encontrándose obligado por la suma requerida tanto para el caso de que la expresada por el demandante resulte ser mayor o menor a la reconocida. En lo que respecta al ámbito de las injurias espirituales, tampoco media incongruencia si la condena prospera por una suma que es superior a la peticionada en el escrito de demanda, cuando el importe ha sido cuantificado de buena fe, de manera provisional y condicionada, si la evolución de la economía revela luego la escasez de la suma inicial.

El damnificado no sólo debe valorar el daño al tiempo de demandar, ya que también en tal ocasión debería explicitar que satisfacciones sustitutivas y compensatorias son pretendidas. Dicha satisfacción, más allá que puede ser imperfecta, constituye una compensación jurídica, con todo lo bueno que ella procura y con todas las limitaciones que son inevitables.

Se busca mensurar cuantitativamente el bienestar que puede generar la indemnización, es decir, el precio del placer que el dinero proporciona. La suma en dinero que se reconoce a la víctima debe tener razonable aptitud para contribuir a la adquisición de sensaciones placenteras o de otros bienes morales con capacidad para anular o contrarrestar las consecuencias dolorosas que el acto ilícito ha ocasionado. Por lo cual la determinación del daño moral no se halla sujeta a parámetros exactos, pues las aflicciones se producen en el ámbito espiritual de la víctima, por lo que su valoración debe efectuarse según la cautelosa discrecionalidad del juzgador ceñido a considerar la situación personal del interesado.

- **SALA D – “RIVERA, YANINA ELIZABETH Y OTRO C/ LOPEZ MERCADO, GENARO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (CIV 024359/2016/CA001 – 23/11/2022)**

Para esta Sala el resarcimiento que corresponde por daño moral está destinado a reparar en la persona cuando se lesionan sentimientos o afecciones legítimas como individuo, cuando se le ocasionan perjuicios que se traducen en padecimientos físicos, o cuando de una manera y otra se ha perturbado su tranquilidad y el ritmo normal de su estilo de vida. Además es una tarea delicada la cuantificación de este concepto, ya que no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior, como en principio debería hacerse.

La Sala sostiene que el dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacciones, que no es igual a la equivalencia. La dificultad en calcular dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, dolor físico, padecimientos propios de las curaciones y malestares subsistentes.

- **SALA E – “ALBARRACIN, NELIDA ESTELA Y OTRO C/ PEUGEOT CITROEN ARGENTINA S.A Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (CIV 026989/2017/CA002 – 16/05/2023)**

Para esta Sala, el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 1741, respecto a la cuantificación del daño moral, adopta el criterio que ya había hecho suyo la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así, la Corte ha dicho que “aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado (...). El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para reestablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede

medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida”.

- **SALA F – “POMARES, RAMIRO JAVIER C/ OTEGUI, OMAR S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (CIV 045538/2020/CA001 – 02/06/2023)**

La Sala F sostiene que para indemnizar el daño moral, el mismo se debe fijar ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas, delimitando la actividad jurisdiccional y acentuando sus funciones reparatorias. Es decir que, el monto del resarcimiento debe permitir procurar un placer que compense o sustituya el displacer sufrido.

Respecto a su valuación, remarcan lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que el dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana, no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurar satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido.

- **SALA G – “BURGOS, MARCELA FABIANA c/ PONTACQ, SERGIO MARCELO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (CIV 077782/2016/CA001 – 29/05/2023)**

Esta Sala sostiene que la reparación del daño moral está dirigida a compensar los padecimientos, molestias e inseguridades, solamente desde el plano espiritual, cobrando una especial importancia la índole de las lesiones y el grado de menoscabo que dejaren, para de esta forma mostrar en qué medida ha quedado afectada la personalidad y el sentimiento de autovaloración. Además, cuando el dolor no puede ser medido o tasado, no impide justipreciar la satisfacción que procede para resarcir, dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios del hecho dañoso vivido.

- **SALA H – “DÍAZ CASTELLANO, AXEL RODRIGO C/ SOLDANO, GABRIELA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (CIV 038338/2018/CA001 – 09/06/2023)**

La Sala H respecto a la cuantificación del daño moral sostiene que se debe atender a la gravedad objetiva del daño causado, que va a determinarse 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 del damnificado, que resulta siempre anímicamente perjudicada.

El dolor, la pena, la angustia, son sólo algunos elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido, pero esto debe ser valorado prudencialmente por el juez, teniendo en cuenta las circunstancias objetivas del caso concreto. Se ha sostenido que toda ineptitud transitoria o mera lesión física o psíquica sin secuelas permanente, no puede ser objeto de resarcimiento en sí misma considerada, sino en sus efectos, los cuales pueden recaer en la esfera afectiva de la víctima, de esta manera, incidirán en la cuantía del daño moral, o bien en la órbita patrimonial.

- **SALA I – “MACALOPU QUEVEDO, JUAN ALBERTO C/ GORIAN, JOSÉ FRANCISCO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (CIV 080670/2016/CA001 – 30/11/2022)**

Para esta Sala, en virtud de lo establecido en el artículo 1741 CCyC respecto de las satisfacciones sustitutivas y compensatorias, implica una clara opción legislativa por la recepción de la teoría *in solatium*, explicada por el Dr. Pizarro. Conforme esta teoría, la suma de dinero que se reconozca en concepto de indemnización por daño moral debe tener por finalidad proporcionar satisfacciones sustitutivas y compensatorias, idóneas para enervar el quebrantamiento espiritual padecido. No deja de ser un impedimento para que en la ponderación del daño convivan elementos provenientes de otras maneras de pensar la cuestión, como es la teoría de la superación que busca otorgar una ayuda económica para superar el menoscabo, o la función de desagravio del damnificado, especialmente en caso de daño al honor.

La Sala no comparte la idea de que los jueces deban señalar cuáles son los bienes o servicios, que a su juicio, procurarían satisfacción a la víctima, ya que la particularidad de la experiencia de la vida humana, impide, a criterio de la Sala, tal avasallamiento. A los fines de cuantificar el daño ponderan las circunstancias objetivas del evento, las subjetivas del damnificado que surgen del expediente, teniendo en cuenta que la suma indemnizatoria en dinero resulte suficiente para la obtención de satisfacciones sustitutivas.

- **SALA J – “A., M. A. Y OTROS C/ V. R., J. L. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (CIV 072082/2016 – 06/06/2023)**

Para la Sala J, la procedencia y determinación del daño moral pertenece al sagrado mundo subjetivo de los damnificados, para su reparación económica se debe traducir en una suma dineraria, no resultando de manera sencilla determinar su cuantía. Para ello, deben tenerse en cuenta las circunstancias del hecho, la persona de la víctima y el daño sufrido en los valores que se mencionen.

Tal rubro no puede medirse en razón de las secuelas que denuncian las víctimas, ya que debe tenerse en cuenta en qué medida los padecimientos ocasionados pudieron haber significado un grado de afectación y quebrantamiento espiritual.

- **SALA K – “C. G., N. S. Y OTROS C/ ROMERO ORTEGA, MARCELO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (CIV 030851/2014/CA001 – 31/05/2023)**

El criterio sostenido por la Sala K es que la indemnización por daño moral persigue la satisfacción de la víctima por el victimario, a través de una prestación de índole patrimonial que se le impone a este último a favor de aquélla, por más que no siempre el rol de tal reparación es estrictamente resarcitorio, sino que puede ser satisfactorio, como es el caso del daño moral.

La valoración debe efectuarse teniendo en cuenta la entidad del daño moral, en función de la gravedad del menoscabo, en esta dirección se orienta la opinión prevaleciente en doctrina al propiciar la reparación integral, para algunos plena, de todo perjuicio ocasionado.

- **SALA L – “V, C M C/ Y, A L S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (CIV 075961/2017/CA001 – 02/12/2022)**

La Sala L, en lo relativo a la cuantificación del daño moral, recurre a lo que ha resuelto el Máximo Tribunal, que dice que puede acudir al dinero y a otros bienes materiales como medio para obtener satisfacciones que mitiguen el perjuicio moral sufrido. Se busca compensar, en la medida posible, un daño consumado a través de dinero, que funciona como un medio de obtener goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales.

Más allá de que el dinero no cumpla una función valorativa exacta, ya que el dolor no puede medirse ni tasarse, se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. La dificultad para calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que la Sala sostiene que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida.

Además, la Sala coincide con la postura que admite que los magistrados pueden emplear, además de las satisfacciones sustitutivas o compensatorias, otros criterios que sean complementarios a la hora de la fijación de la cuantía del daño moral, atendiendo a las particularidades del caso en concreto. Por ejemplo, cuando el daño moral es consecuencia de una situación irreversible para el damnificado, tal como ocurre en aquellos supuestos en los cuales la víctima queda imposibilitada de procurarse placeres compensatorios o sustitutivos, como el caso de quien queda en estado vegetativo sin posibilidad de poder experimentar satisfacción o placer alguno.

- **SALA M – “B., A. E. C/ V., C. N. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (CIV 037606/2016/CA001 – 24/02/2023)**

El criterio de esta Sala sostiene que el perjuicio que deriva del daño moral se traduce en vivencias personales de los afectados y en factores subjetivos que tornan dificultosa la ponderación judicial del sufrimiento padecido. No se trata de cuantificar el dolor humano en base a tales subjetividades, ni tampoco atendiendo a la situación económica de la víctima o a la importancia del daño material inferido, sino de elaborar y generar pautas medianamente objetivas que conduzcan a un resultado equitativo, en orden a los padecimientos morales sufridos por la víctima.

Para la Sala el artículo 1741 CCyC determina con un evidente sentido normativo el estándar de cuantificación de la indemnización, en donde se pretende, a través de su reparación, que la víctima del daño pueda procurarse placeres compensatorios. Sin embargo, también consideran que los magistrados pueden emplear otros criterios complementarios a la hora de fijar su cuantía, atendiendo a las particularidades del caso en concreto. Se debe tener en cuenta el carácter resarcitorio del daño moral, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado.

IV.4 Conclusiones.

En el presente capítulo, lo primero que se realizó fue distinguir la valoración de la cuantificación, dejando en claro que la valoración es considerada un antecedente a la cuantificación y sirve para esclarecer su sustancia y dimensión, así como para ver en qué consiste y cuál es la intensidad del daño causado, para a posteriori llevar a cabo el tema de la cuantificación, es decir, la conversión económica para llegar al monto indemnizatorio que cumpla con el principio de reparación plena e integral, contemplando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias, y de esta manera reparar el daño moral de una manera que sea justa y equilibrada.

Está claro que la problemática que gira en torno a la cuantificación en este tipo de daños es que no se encuentra un factor común económico que permita identificar el daño sufrido con una suma en dinero que sirva para otorgar a modo de resarcimiento, además de que no se puede encontrar una exacta traducción de carácter pecuniario por el dolor sufrido por la víctima del hecho dañoso, quedando de esta manera el monto indemnizatorio en manos de los jueces como única guía.

A la problemática mencionada *ut supra*, se le debe agregar la cuestión en torno a la disparidad y falta de criterios que sean homogéneos a la hora de cuantificar el daño moral, generando esto distintas consecuencias, tales como la degradación del valor de seguridad, inestabilidad en las compensaciones otorgadas para casos análogos, entre otros.

Considero que si bien, el monto indemnizatorio queda en manos de los magistrados, es de suma importancia que a la hora de emitir sus fallos, los mismos no queden al libre arbitrio judicial, sin ningún tipo de parámetro al momento de la cuantificación, basándose en la sana crítica y convicción. Por el contrario, deben fundamentar y explicar el porqué del quantum indemnizatorio, ponderando diversos factores, tales como la índole del hecho generador de la responsabilidad, circunstancias del caso, la entidad del sufrimiento causado, lesiones comprobadas, edad y vivencias dolorosas experimentadas por la víctima, entre otras.

Desde ya que el monto otorgado en concepto por el resarcimiento económico sufrido por daño moral, es muy difícil que pueda ser traducido de manera exacta, ni siquiera justa, al daño sufrido, ya que un daño que afecta de manera disvaliosa el espíritu y un monto dinerario son de por sí de naturaleza intrínsecamente distintas, pero lo que se busca es procurar, en la medida de lo posible, satisfacción, goces, distracciones, restablecimiento del equilibrio en los bienes considerados de carácter extrapatrimonial.

CONCLUSIÓN FINAL

A los fines de la realización del presente Trabajo Final Integrador se han formulado distintos interrogantes, planteados en la introducción del presente trabajo, a saber: ¿Qué es el daño moral?, es decir, cuál es su definición, y su diferencia con el daño psíquico, que según un sector de la doctrina, puede ocasionar inclusive daño moral; ¿Cuándo se configura?, esto es, cuál es su contenido y los supuestos fácticos que comprende; ¿Quiénes son los sujetos legitimados para reclamarlo?; ¿Es correcta la ampliación de la legitimación para reclamar el daño moral?; ¿Cómo y cuánto se calcula el monto indemnizatorio?; ¿Son claros y justos los criterios provistos por el Código para valorar y cuantificar el daño moral?; ¿Cómo ha sido la recepción de la nueva norma en la doctrina y la jurisprudencia?.

Para lograr dar una respuesta a estas preguntas, se planteó como objetivo general analizar el instituto del daño moral en la legislación argentina, tomando como punto de partida del presente trabajo indagar los aspectos generales del daño, para luego investigar el instituto del daño moral en la legislación argentina y en particular su análisis en el Código Civil y Comercial de la Nación, más precisamente en el artículo 1741 de dicho cuerpo normativo, y por último estudiar la valoración y cuantificación de este tipo de daño.

Partiendo de la base de que está claro que para que exista responsabilidad civil, ciertamente, es menester que concurren cuatro requisitos como son el daño, la antijuricidad, el nexo de causalidad y el factor de atribución. De estos requisitos el que aquí interesa, a los fines de la realización del presente trabajo que se ha llevado a cabo, es el daño, que se encuentra definido en el artículo 1737 CCyC, y que de acuerdo a lo establecido en nuestro cuerpo normativo, se lo puede considerar como la lesión a un derecho subjetivo o a un interés legítimo, que a los fines de ser resarcible debe, inevitablemente, generar consecuencias disvaliosas, ya sea en el ámbito patrimonial o extrapatrimonial.

Asimismo, si bien el Código Civil y Comercial de la Nación sólo hace referencia a lo patrimonial y extrapatrimonial, este último es identificado también como daño moral, siendo de hecho, la denominación más usada y que ha prevalecido a lo largo de los años en nuestro ordenamiento jurídico.

En primer lugar, debemos entender por daño moral la minoración o la afectación a la espiritualidad de la persona, identificándolo con una consecuencia perjudicial que recae sobre la subjetividad del individuo, afectando así el honor, la dignidad, la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, la integridad física, entre otros derechos. Este tipo de daño lo que afecta son las esferas íntimas de la persona, perturbando incluso su integridad y produciendo modificaciones disvaliosas del espíritu. Es una afección a los sentimientos de una persona, marcando dolor o sufrimiento, molestia e inquietud espiritual.

Por cierto, es considerado un daño temporal, transitorio en las afecciones de la persona, siendo acreditado por el solo hecho o acto dañoso. Por el contrario, no debe confundírsele con el daño psicológico o psíquico, primero porque no queda subsumido en el daño moral, ya que ambos tienen distinta naturaleza, seguidamente, este es un daño que, a diferencia del moral o extrapatrimonial, tiene perdurabilidad, ocasiona una disminución en las aptitudes psíquicas, generando una alteración del cuerpo en lo anímico y psíquico, representando en la persona un quebranto espiritual y un menoscabo a la salud, debiendo demostrarse su existencia y extensión con los elementos concretos de haberse padecido.

Por otro lado, el daño moral queda configurado por medio de una lesión a los sentimientos, emociones o afecciones legítimas del individuo, ocasionándole un concreto perjuicio que se

produce por el solo hecho o evento dañoso, el cual perturba la tranquilidad, la paz, el ritmo normal de vida de la víctima, tanto en su ámbito privado como en el desempeño de sus actividades. Para que surja el daño moral o extrapatrimonial es trascendental que haya un eventual deterioro o menoscabo económico y también una repercusión en los intereses existenciales del individuo.

En cuanto a la legitimación vale decir que por medio de ella, se estipulan quienes son las personas autorizadas para conseguir un fallo o dictamen sobre las pretensiones que fueron formuladas oportunamente en la demanda. Asimismo, con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, en el artículo 1741 se amplía la legitimación activa para reclamar el resarcimiento por daño moral. Es necesario destacar la importancia de esto, ya que con el viejo artículo 1078 del Código de Vélez se tenía un carácter más restrictivo, en donde la indemnización por este tipo de daño solo podía ser reclamada por la víctima, y en el caso de que del hecho hubiere resultado la muerte, únicamente tenían la acción los herederos forzosos, limitándose a los descendientes, ascendientes y cónyuge, actuando por derecho propio, esta es la cuestión que fue reconsiderada con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial.

Con esta nueva normativa se amplió el espectro de quienes pueden considerarse como damnificados indirectos de un daño moral o extrapatrimonial. En cuanto a las mejoras introducidas por el artículo mencionado *ut supra*, es inevitable enfatizar en la finalización que giraba en torno al concepto de “heredero forzoso”, ahora con la norma vigente se da la posibilidad a los familiares con carácter de convivientes a recibir la reparación por este daño, en caso de muerte o discapacidad a título de familiares de la víctima directa.

Además, considero totalmente acertado y positivo que también se dé un marco de reconocimiento para el caso de los concubinos y otros convivientes que recibieran trato familiar ostensible, teniendo en cuenta que antes sus posibilidades estaban por demás limitadas y restringidas para percibir un resarcimiento por daño moral. Si bien es cierto que la normativa no determina cuales son los parámetros a considerar o a tener en cuenta para determinar los requisitos necesarios para la convivencia, esto puede llegar en la práctica a ocasionar ambigüedades.

Por último, respecto de la valoración y cuantificación en torno al daño moral, considero un buen punto de partida destacar que entre los distintos puntos de vista y/o maneras de abordar el resarcimiento ocasionado por este tipo de daño, el artículo 1741 de nuestro cuerpo normativo vigente marca una regla clara, la cual establece que “...el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”, marcando la finalidad del mismo, estableciendo que no es una pena, por el contrario, es una reparación para la persona sindicada como damnificada del daño. Además se propone el marco para tener en cuenta a la hora de la cuantificación, esto es, examinar la cuantía que tendrá el monto indemnizatorio para la víctima del daño, como le va a repercutir y trascender en su vida diaria y cuáles son los goces y placeres a los que podría acceder con el uso de ese monto dinerario.

Como dijo la Dra. Matilde Zavala de González, “en la tarea de decidir el alcance del resarcimiento, siempre es oportuno atender al objetivo: brindar alguna satisfacción, aunque sin comparación estricta con el desmedro que no elimina, a través de un enlace cultural, no revelado desde fuera, sino producido por quienes trabajan en las respuestas jurídicas”.²⁶⁵

²⁶⁵Zavala de González, Matilde, *Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, 1° ed., pág. VIII.

Vale aclarar, como se ha dicho a lo largo del presente trabajo, que una cifra económica, cualquiera sea su monto, no podrá, de ninguna manera, reponer a la víctima del daño al estado anterior en que se encontraba antes de que acontezca el hecho dañoso, pero si, es posible y factible, atenuar ese sufrimiento, angustia, intranquilidad, dolor y/o padecimiento, y nuestro Código Civil y Comercial de la Nación es claro en ello, por lo que hay que hacer una valoración de la situación de la víctima, y al monto indemnizatorio que se le otorgue en carácter de resarcimiento económico, se le debe dar una función que sea, por un lado, satisfactiva de necesidades y por el otro, compensatoria por el sufrimiento soportado, todo esto debe procurar a la víctima del hecho dañoso, una cierta tranquilidad económica y la chance de hacer uso de su indemnización de una forma que le resulte relevante y notable en su vida, acorde a sus intereses y propio bienestar.

Está claro que, a la hora de cuantificar el daño moral o extrapatrimonial, no es suficiente el libre arbitrio del Juez, ya que dependiendo de la percepción del juzgador, podrían las mismas considerarse apropiadas o por el contrario, absurdas. Desde ya que debe haber algo más que sea de ayuda para dar un marco a la decisión fundada, en concordancia con el resto de los fallos análogos, y en esto es claro el Código Civil y Comercial de la Nación, colocando a la víctima del daño en una esfera de total importancia en la compensación económica, y teniéndola en cuenta al momento del análisis de la cuantificación

Citando nuevamente a la Dra. Zavala de González, “cualquiera que sea la postura que se siga, el resarcimiento del daño moral deviene fruto de una creación, pues de por sí el detrimento no sugiere, no puede sugerir, ninguna suma dineraria para repararlo. El nudo radica en la armonía y persuasión de los resultados, coherentes con directivas tales como la aptitud del monto indemnizatorio para adquirir bienes compensadores, en congruencia con la realidad económica, sin significar una carga infundada para el obligado, ni desatar el fracaso del sistema del seguro”²⁶⁶

Finalizando la presente conclusión, considero que el daño moral es aquél que produce una alteración disvaliosa en el bienestar psicofísico de una persona, afectando de esta manera la libertad, el honor, la dignidad, el prestigio, los afectos íntimos, entre otros, por lo cual creo que el dolor humano es apreciable, es decir, no se trata de una especulación, de carácter ilícita con los sentimientos, por el contrario, se busca darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones, algo que la doctrina y jurisprudencia venían reclamando y fue incorporado en el artículo 1741 *in fine*, intentando lograr que estas satisfacciones sean equivalentes a lo que la víctima ha perdido. Se debe tratar de compensar el daño sufrido.

²⁶⁶Zavala de González, Matilde, *Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, 1° ed., pág. IX

BIBLIOGRAFIA:

- ALFERILLO, Pascual E., “Cuantificación del daño moral en el Código Civil y Comercial”, en RCyS, Buenos Aires, N° IV, 2020, p. 3, cita online: AR/DOC/643/2020.
- ALTERINI, Atilio A./ AMEAL, Oscar J./LÓPEZ CABANA, Roberto M., “Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales”, 2° edición, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2001.
- ALTERINI, Jorge H., “Código Civil y Comercial Comentado: Tratado Exegético”, 3° edición, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2019, t. VIII.
- ALTERINI, Juan M., “La esperada reforma del Código Civil y su unificación con el Comercial”, en SAIJ, Buenos Aires, 2015, cita online: NV10425.
- AMEAL, Oscar J., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial”, 1° edición, Buenos Aires, Ed. Estudio, 2021, t. 6.
- BERGER, Sabrina M., “El daño no patrimonial en el Código Civil y Comercial”, en RCCyC, Buenos Aires, 2015, p. 209, cita online: AR/DOC/2490/2015
- BERGER, Sabrina M., “La clasificación de los daños en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en RCyS, Buenos Aires, 2015, cita online: AR/DOC/2467/2015.
- BORAGINA, Juan C., “Los damnificados indirectos en el daño moral en el Código Civil y Comercial”, en El Derecho, Buenos Aires, 2016, cita online: ED-DCCLXXVI-244.
- BORDA, Alejandro, “Derecho Civil y Comercial. Obligaciones”, 1° edición, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2017.
- BORDA, Guillermo A., “Ley 17.711 de Reformas al Código Civil”, en El Derecho, Buenos Aires, 2008, Tomo 228, p. 684, cita online: ED-DCCLXX-173
- BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, 9° edición, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2008.
- BUDANO ROIG, Antonio R., “La ley N° 17.711 y la vigencia de los principios”, en Prudenta Iuris, Buenos Aires, 2018, N° 86, pág. 211-222
- BUERES, Alberto J., “El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta”, Buenos Aires, Ed. La Rocca, 1991.
- CALVO COSTA, Carlos A., “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado con jurisprudencia”, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2018, t. III.
- CALVO COSTA, Carlos A., “Doctrina y estrategia del Código Civil y Comercial”, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2016, t. V.
- CAMELO, Gustavo/PICASSO, Sebastián/HERRERA, Marisa, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, 1° edición, Buenos Aires, Ed. Infojus, 2015, t. IV.
- CASTRO SAMMARTINO, Mario E., “Del daño moral a las afecciones espirituales legítimas. La indemnización de las consecuencias no patrimoniales por incumplimiento en las relaciones contractuales, prueba y cuantificación”, en La Ley, Buenos Aires, N° 4, 2020, cita online: AR/DOC/3851/2019.
- CIVERRA, Felipe M., “El daño moral: sus alcances en el Código Civil y Comercial, legitimación, alcances de la reparación”, en Protocolo A00404311030 de Utsupra.
- COSSARI, Maximiliano, “Daño moral contractual. Consideraciones a la luz del nuevo Código Civil y Comercial”, en RDCO, Buenos Aires, N° 299, 2019, p. 1710, cita online: AR/DOC/3440/2019.
- CURÁ, José M., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, 2° edición, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2016, t. V.

- FEDE, Claudio H./LANZAVECHIA, Gabriel E., “Aspectos generales de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial Argentino”, en MJ-DOC-13609, Buenos Aires, 2018, cita online: DACF180249.
- FIORENZA, Alejandro A., “El daño resarcible”, en El Derecho, Buenos Aires, 2019, cita online: ED-CMXXIV-946.
- FIORENZA, Alejandro A., “La responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial”, en El Derecho, Buenos Aires, 2019, cita online: ED-CMXXIV-799.
- FIORENZA, Alejandro A., “Las funciones de la responsabilidad civil”, en El Derecho, Buenos Aires, 2019, cita online: ED-CMXXIV-803.
- GALDÓS, Jorge M., “Hacia una nueva noción conceptual del daño moral. El aporte de las neurociencias”, en La Ley, Buenos Aires, N° 1, 2020, cita online: AR/DOC/2903/2020.
- GHERSI, Carlos A., “Derecho a la identidad, daño moral y daño psicológico, como categorías autónomas”, en DFyP, Buenos Aires, 2013, cita online: AR/DOC/3861/2013.
- GONZALEZ FREIRE, Juan F., “El análisis objetivo y subjetivo de la responsabilidad civil”, en El Derecho, Buenos Aires, 2021, cita online: ED-MV-147.
- GONZALEZ FREIRE, Juan F., “El daño y su carácter indemnizatorio (patrimonial y extrapatrimonial) en función del nuevo Código”, en El Derecho, Buenos Aires, 2017, cita online: ED-DCCLXXVI-788.
- GONZALEZ FREIRE, Juan F., “La relevancia de un adecuado análisis hacia la responsabilidad civil”, en El Dial, Buenos Aires, 2021, cita online: DC2D4A.
- KIPER, Claudio M., “Proceso de daños”, 1° edición, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2008, t. II.
- LACEBRON, Patricio, “Daños y perjuicios – daño material y daño moral”, en Revista Jurídica del Banco de la Nación Argentina, Buenos Aires, ID SAIJ: DACA880427.
- LEONHARDT, Gabriel M., “Metodología para la cuantificación del daño moral”, en Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, 1° ed.
- LIMODIO, Gabriel F., “A cincuenta años de la ley 17.711. Su influencia en la enseñanza del derecho”, en El Derecho, Buenos Aires, 2018, cita online: ED-DCCLXXVII-524.
- LIMODIO, Gabriel F., “Las enseñanzas de la reforma de 1968”, en El Derecho, Buenos Aires, 2008, Tomo 228, p. 726, cita online: ED-DCCLXX-202.
- LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1973, t. I.
- LÓPEZ MESA, Marcelo J./TRIGO REPRESAS, Félix A., “Tratado de la responsabilidad civil. Cuantificación del daño”, 1° edición, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2006.
- LÓPEZ MESA, Marcelo J./TRIGO REPRESAS, Félix A., “Tratado de la responsabilidad civil”, 1° edición, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, t. I.
- LORENZETTI, Ricardo L., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, 1° edición, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2015, t. VIII.
- MARCELLINO, Leonardo, “Valoración y cuantificación de la indemnización del daño extrapatrimonial”, en Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, 1° edición.
- MÁRQUEZ CHADA, Luis F., “El resarcimiento del daño como deuda de valor”, en RCCyC, Buenos Aires, 2021, p. 5, cita online: AR/DOC/2305/2021.
- MÁRQUEZ, José F., “La reparación del daño extrapatrimonial a través de placeres compensatorios o sustitutivos. Una vía para encontrar patrones comunes”, en RCyS, Buenos Aires, N° VI, 2016, cita online: AR/DOC/1443/2016.

- MÁRQUEZ, José F., “Reparación del daño moral a través de satisfacciones sustitutivas o compensatorias”, en RCyS, Buenos Aires, N° III, 2020, P. 40, cita online: AR/DOC/336/2020.
- MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Daño resarcible”, en RCyS, Buenos Aires, 2019, p. 22, cita online: AR/DOC/216/2019.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Diez reglas sobre cuantificación del daño moral”, Buenos Aires, Ed. La Ley, 1994, cita online: TR LALEY AR/DOC/19501/2001
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad por daños. El daño moral”, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 1999, t. V.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad por daños. Parte General”, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 1998, t. I.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Revista de Derechos de Daños 2018-3: Responsabilidad por daño no patrimonial”, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 2018, 1° ed.
- OSSOLA, Federico A., “Legitimados para accionar por el resarcimiento de daño moral”, en Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2018.
- OTAOLA, María A., “La reparación plena e integral y el daño moral: ¿Una utopía?”, en Revista de la Facultad de Derecho, Ed. Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 2012.
- PEREZ, Matilde, “Daño psíquico en el CCCN. ¿Autonomía conceptual o autonomía jurídica?”, en El Derecho, Buenos Aires, 2021, cita online: ED-MCLXXXII-104.
- PICASSO, Sebastián, “Daño extrapatrimonial contractual”, en Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, 1° ed.
- PICASSO, Sebastián, “El método de las satisfacciones compensatorias para cuantificar el daño moral”, en Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2021, 1° ed.
- PIZARRO, Ramón D., “Cuantificación judicial de la indemnización del daño moral. Las satisfacciones sustitutivas y compensatorias”, en La Ley, Buenos Aires, 2020, cita online: AR/DOC/2371/2020.
- PIZARRO, Ramón D., “El concepto normativo de daño en el Código Civil y Comercial”, en RCyS, Buenos Aires, 2020, p. 3, cita online: AR/DOC/2378/2020.
- PIZARRO, Ramón D., “Tres cuestiones vinculadas con el daño moral y su indemnización”, en El Derecho, Buenos Aires, 2021, tomo 290, cita online: ED-MLVIII-310.
- PIZARRO, Ramón D./VALLESPINOS, Carlos G., “Compendio de derecho de daños”, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2014.
- ROSSI, Jorge O., “Determinación y cuantificación del daño”, Buenos Aires, Ed. DyD, 2018.
- TANZI, Silvia Y., “Cuantificación de los daños a las personas. Su tratamiento en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en ElDial, Buenos Aires, cita online: DC2F28.
- UBIRÍA, Fernando A., “Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación”, 1° edición, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2015.
- WERLEN, Cristian O., “La cuantificación de los daños en los supuestos de lesiones, incapacidad física o psíquica y muerte”, en Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, 1° ed.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral”, 1° edición, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009.

ANEXO: CUADRO DERECHO COMPARADO

Es importante destacar que el derecho comparado desempeña un papel muy importante en la comprensión y evolución del sistema jurídico, sirviendo para comprender y abordar distintas cuestiones legales.

En el presente anexo se muestra un cuadro para poder visualizar de manera concisa y organizada la información relevante sobre cómo se encuentra regulado en otras legislaciones el daño extrapatrimonial.

<u>PAIS</u>	<u>CODIGO CIVIL Y ARTICULOS</u>
ESPAÑA	<p><u>Código Civil Español</u></p> <p>Libro IV “De las obligaciones y los contratos”, Título XVI: De las obligaciones que se contraen sin convenio, Capítulo II: De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia.</p> <p>ARTÍCULO 1902.- <i>El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.</i></p>
MEXICO	<p><u>Código Civil Federal</u></p> <p>Libro Cuarto “De las obligaciones”, Primera Parte: De las obligaciones en general; Título Primero: Fuentes de las obligaciones; Cap. V: De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos.</p> <p>ARTÍCULO 1910.- <i>El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.</i></p> <p>ARTÍCULO 1915.- <i>La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.</i></p> <p><i>Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo.</i></p> <p><i>Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en</i></p>

la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima.

ARTÍCULO 1916.- *Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.*

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme a los artículos 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al

extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.

Estarán sujetos a la reparación del daño moral de acuerdo a lo establecido por este ordenamiento y, por lo tanto, las conductas descritas se considerarán como hechos ilícitos:

- I. El que comunique a una o más personas la imputación que se hace a otra persona física o moral, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonra, descrédito, perjuicio, o exponerlo al desprecio de alguien;*
- II. El que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por la ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa;*
- III. El que presente denuncias o querellas calumniosas, entendiéndose por tales aquellas en que su autor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que ésta es inocente o que aquél no se ha cometido, y*
- IV. Al que ofenda el honor, ataque la vida privada o la imagen propia de una persona.*

La reparación del daño moral con relación al párrafo e incisos anteriores deberá contener la obligación de la rectificación o respuesta de la información difundida en el mismo medio donde fue publicada y con el mismo espacio y la misma circulación o audiencia a que fue dirigida la información original, esto sin menoscabo de lo establecido en el párrafo quinto del presente artículo.

La reproducción fiel de información no da lugar al daño moral, aun en los casos en que la información reproducida no sea correcta y pueda dañar el honor de alguna persona, pues no constituye una responsabilidad para el que difunde dicha información, siempre y cuando se cite la fuente de donde se obtuvo.

ARTÍCULO 1916 BIS.- *No estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e*

	<p><i>información, en los términos y con las limitaciones de los artículos 6o. y 7o. de la Constitución General de la República.</i></p> <p><i>En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta.</i></p> <p><i>En ningún caso se considerarán ofensas al honor las opiniones desfavorables de la crítica literaria, artística, histórica, científica o profesional. Tampoco se considerarán ofensivas las opiniones desfavorables realizadas en cumplimiento de un deber o ejerciendo un derecho cuando el modo de proceder o la falta de reserva no tenga un propósito ofensivo.</i></p>
<p>BOLIVIA</p>	<p><u>Código Civil Boliviano</u></p> <p>Libro Tercero “De las obligaciones”, Parte Segunda: De las fuentes de las obligaciones; Título VII: De los hechos ilícitos.</p> <p>ARTÍCULO 984 - (RESARCIMIENTO POR HECHO ILÍCITO).- <i>Quien con un hecho doloso o culposo, ocasiona a alguien un daño injusto, queda obligado al resarcimiento.</i></p> <p>ARTÍCULO 985 - (LEGITIMA DEFENSA).- <i>Quien en defensa de un derecho propio o ajeno, al rechazar por medios proporcionados una agresión injusta y actual, ocasiona a otro un daño, no está obligado al resarcimiento.</i></p> <p>ARTÍCULO 986 - (ESTADO DE NECESIDAD).- <i>I. Quien por salvar un derecho propio o ajeno de un peligro actual no provocado por él y no evitable de otra manera, ocasiona a otro un daño para impedir otro mayor, sólo debe indemnizar al perjudicado en proporción al beneficio que personalmente ha obtenido.</i></p> <p><i>II. La misma obligación debe el tercero en favor de quien ha precavido el mal.</i></p> <p>ARTÍCULO 987 - (CAUSANTE DEL ESTADO DE NECESIDAD).- <i>El perjudicado puede pedir el resarcimiento del daño</i></p>

	<p><i>contra quien ocasionó culposa o dolosamente el estado de necesidad, pero en este caso ya no tiene derecho a reclamar la indemnización prevista en el artículo anterior.</i></p> <p>ARTÍCULO 994 - (RESARCIMIENTO).- <i>I. El perjudicado puede pedir, cuando sea posible, el resarcimiento del daño en especie. En caso diverso el resarcimiento debe valorarse apreciando tanto la pérdida sufrida por la víctima como la falta de ganancia en cuanto sean consecuencia directa del hecho dañoso.</i></p> <p><i>II. El daño moral debe ser resarcido sólo en los casos previstos por la ley.</i></p> <p><i>III. El juez puede disminuir equitativamente la cuantía del resarcimiento al fijarlo, considerando la situación patrimonial del responsable que no haya obrado con dolo.</i></p>
<p>URUGUAY</p>	<p><u>Código Civil de Uruguay</u></p> <p>Libro Cuarto “De las obligaciones”, Primera Parte: De las obligaciones en general; Título II: De las diversas especies de obligaciones, Cap. I: De las obligaciones con relación a su objeto, Sección III: De los daños y perjuicios.</p> <p>ARTÍCULO 1341.- <i>Los daños y perjuicios solo se deben cuando el deudor ha caído en mora de cumplir su obligación o cuando la cosa que se había comprometido a dar o hacer no podía ser dada o hecha, sino en el tiempo determinado que ha dejado transcurrir. La demanda de perjuicio supone la resolución del contrato. El que pide su cumplimiento no puede exigir otros perjuicios que los de la mora.</i></p> <p>ARTÍCULO 1345. <i>Los daños y perjuicios debidos al acreedor, a no ser de los fijados por la ley o convenidos por los contratantes, son en general, de la pérdida que ha sufrido y del lucro de que se le ha privado, con las modificaciones de los artículos siguientes.</i></p> <p>ARTÍCULO 1346.- <i>El deudor no responde sino de los daños y perjuicios que se han previsto o podido prever al tiempo del contrato, cuando no ha provenido de dolo suyo la falta de cumplimiento de la</i></p>

	<p><i>obligación. Aun en el caso de que la falta de cumplimiento provenga de dolo del deudor, los daños y perjuicios que no están fijados por la ley o convenidos por los contratantes, no deben comprender, respecto de la pérdida sufrida por el acreedor y el lucro de que se le ha privado, sino lo que ha sido consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento.</i></p>
<p>CHILE</p>	<p><u>Código Civil de Chile</u></p> <p>Libro Cuarto “De las obligaciones en general y de los contratos”, Título XXXV: De los delitos y cuasidelitos.</p> <p>ARTÍCULO 2314.- <i>El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.</i></p> <p>ARTÍCULO 2316.- <i>Es obligado a la indemnización el que hizo el daño, y sus herederos. El que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice en él, sólo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho.</i></p> <p>ARTÍCULO 2325.- <i>Las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las que de ellas depende, tendrán derecho para ser indemnizadas sobre los bienes de éstas, si los hubiere, y si el que perpetró el daño lo hizo sin orden de la persona a quien debía obediencia, y era capaz de delito o cuasidelito.</i></p> <p>ARTÍCULO 2330.- <i>La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.</i></p> <p>ARTÍCULO 2331.- <i>Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación.</i></p>

<p>PERU</p>	<p><u>Código Civil de Perú</u></p> <p>Libro VII “Fuente de las obligaciones”, Sección Sexta: Responsabilidad extracontractual.</p> <p>ARTÍCULO 1969 - (INDEMNIZACION POR DAÑO MOROSO Y CULPOSO).- <i>Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.</i></p> <p>ARTÍCULO 1984 – (DAÑO MORAL).- <i>El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.</i></p> <p>ARTICULO 1985 – (CONTENIDO DE LA INDEMNIZACIÓN).- <i>La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.</i></p>
<p>PARAGUAY</p>	<p><u>Código Civil de Paraguay</u></p> <p>Libro Tercero “De los contratos y de otras fuentes de las obligaciones”, Título VIII: De la responsabilidad civil, Cap. I: De la responsabilidad por hecho propio.</p> <p>ARTÍCULO 1833.- <i>El que comete un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño. Si no mediare culpa, se debe igualmente indemnización en los casos previstos por la ley, directa o indirectamente.</i></p> <p>ARTÍCULO 1835.- <i>Existirá daño, siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión. La obligación de reparar se extiende a toda lesión material o moral causada por el acto ilícito. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado</i></p>

	<p><i>directo. Si del hecho hubiere resultado su muerte, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.</i></p>
VENEZUELA	<p><u>Código Civil de Venezuela</u></p> <p>Libro Tercero “De las maneras de adquirir y transmitir la propiedad y demás derechos”, Título III: De las obligaciones, Cap. I: De las fuentes de las obligaciones, Sección V: De los hechos ilícitos.</p> <p>ARTÍCULO 1185.- <i>El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho.</i></p> <p>ARTÍCULO 1196.- <i>La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito. El Juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o a los de su familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada. El Juez puede igualmente conceder una indemnización a los parientes, afines, o cónyuge, como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima.</i></p>
NICARAGUA	<p><u>Código Civil de la República de Nicaragua</u></p> <p>Libro Tercero “De las obligaciones y contratos”, Título VIII: Delitos y cuasidelitos, Cap. Único.</p> <p>ARTÍCULO 2509.- <i>Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia o por un hecho malicioso causa a otro un daño material o moral, está obligado a repararlo junto con los perjuicios.</i></p> <p>ARTÍCULO 2510.- <i>La obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados con un delito o cuasidelito, pesa solidariamente sobre todos los que han participado en el delito o cuasidelito, sea como autores o cómplices y sobre sus herederos.</i></p>

ECUADOR**Código Civil de Ecuador**

Libro IV “De las obligaciones en general y los contratos”, Título XXXIII: De los delitos y cuasidelitos.

ARTÍCULO 2214.- *El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.*

ARTÍCULO 2215.- *Puede pedir esta indemnización, no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa que ha sufrido el daño, o su heredero, sino el usufructuario, el habitador o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo o de habitación o uso. Puede también pedirla, en otros casos, el que tiene la cosa con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño.*

ARTÍCULO 2216.- *Están obligados a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos. El que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice en él, sólo está obligado hasta lo que valga el provecho.*

ARTÍCULO 2230.- *La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.*

ARTÍCULO 2231.- *Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral.*

ARTÍCULO 2232.- *En cualquier cosa no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.*

Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor,

provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.

ARTÍCULO 2233.- *La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Mas, en caso de imposibilidad física de aquella, podrán ejercitarla su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. De haber producido el hecho ilícito la muerte de la víctima, podrán intentarla sus derecho habientes, conforme a las normas de este Código.*

Cuando el daño moral afecte a las instituciones o personas jurídicas, la citada acción corresponderá a sus representantes.

ARTÍCULO 2234.- *Las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que, en los casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulan otras leyes.*