

# Dalmacio Vélez Sarsfield, el gran precursor de la reparación del daño moral

por RAMÓN DANIEL PIZARRO\*

**Sumario:** I. EL HOMBRE QUE SE ANTICIPÓ CIENTO AÑOS A LO QUE VENDRÍA. – II. LA INVOLUCIÓN DEL ART. 1078 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ SARSFIELD. DE UNA NORMA DE AVANZADA A UN OBSTÁCULO PARA ALCANZAR SOLUCIONES JUSTAS. – III. LA POLÉMICA INTERPRETATIVA EN TORNO AL TEXTO DEL VIEJO ART. 1078 DEL CÓDIGO CIVIL DEROGADO. – IV. EL DAÑO MORAL Y EL PENSAMIENTO DE VÉLEZ SARSFIELD EN LOS PROYECTOS DE REFORMAS ANTERIORES A LA LEY 17.711 Y EN EL “III CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL”. A) EL ANTEPROYECTO DE BIBILONI. B) EL PROYECTO DE REFORMAS DE 1936. C) EL ANTEPROYECTO DE 1954. D) EL “III CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL”. E) LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 17.711 AL CÓDIGO CIVIL DEROGADO EN MATERIA DE DAÑO MORAL. F) LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LOS PROYECTOS DE UNIFICACIÓN AL DERECHO PRIVADO POSTERIORES A LA LEY 17.711 Y ANTERIORES A LA SANCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. – V. LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y EN EL ANTEPROYECTO DE 2018. LA INFLUENCIA DEL PENSAMIENTO DE VÉLEZ SARSFIELD. A) EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. B) LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL ANTEPROYECTO DE 2018. – VI. CONCLUSIONES.

## I. El hombre que se anticipó cien años a lo que vendría

El Código Civil argentino fue el primero de su tiempo que reguló en forma expresa la reparación del daño moral. Ello pone en evidencia la genialidad y la sensibilidad jurídica de nuestro ilustre codificador que, en este tema, como en tantos otros, se anticipó a lo que vendría cien años más tarde y estuvo varios pasos delante de la mayor parte de las legislaciones europeas de la época.

Los precursores –dice Moisset de Espanés– suelen correr riesgos de gravedad. “Cuando Vélez Sarsfield, adelantándose a su época, en la cual no se admitía el resarcimiento del daño moral, incluye una norma expresa que contempla el problema, pone un límite, y lo acepta sólo en el campo de los delitos del derecho criminal”<sup>(1)</sup>:

“Si el hecho fuese un delito del derecho criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende la indemnización por 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” (art. 1078, Cód. Civil, texto originario, derogado por ley 17.711).

La norma se inspiraba en dos fuentes distintas, una consignada expresamente en su nota –ley 8, Tít. 15, Part.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Acerca de la procedencia del resarcimiento del daño moral contractual*, por MAXIMILIANO N. G. COSSARI, ED, 229-1009; *Apuntes sobre la cuantificación del daño moral*, por JOSÉ MENDELEWICZ, ED, 240-1046; *Daños indemnizables en los incumplimientos contractuales*, por CARLOS SCHWARZBERG, ED, 242-1113; *La relación causal y la culpa por omisión*, por MARIANO GAGUARDO, ED, 245-608; *El principio de congruencia y la reparación integral del daño*, por AMALIA FERNÁNDEZ BALBIS, ED, 246-613; *La prevención del daño: una evolución en el Proyecto de Código Civil argentino*, por EMILIANO LAMANNA GUIÑAZÚ, ED, 249-802; *Responsabilidad civil por incumplimiento de contrato: observaciones y propuestas de modificaciones al Proyecto de Código*, por CAMILO TALE, ED, 250-803; *Consideraciones de la influencia de los principios generales del derecho privado en la indemnización del daño moral indirecto*, por ERNESTO NAHUEL PARRILLI, ED, 252-806; *La regla de la previsibilidad contractual en el nuevo Código Civil y Comercial*, por EDUARDO C. MÉNDEZ SIERRA, ED, 264-849; *La nueva dimensión de la responsabilidad precontractual. Aparición, apogeo y crepúsculo de la teoría de von Ihering*, por MIGUEL EDUARDO RUBÍN, ED, 266-919; *La Prevención en el derecho de daños*, por VALERIA MORENO, ED, 272-447; *Apuntes en torno a las medidas mitigadoras en el Código Civil y Comercial argentino, con especial atención a la responsabilidad civil por incumplimiento contractual*, por DANIEL UGARTE MOSTAJO, ED, 275. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

(\*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Profesor Titular por Concurso de Derecho Privado II (Obligaciones) y VII (Daños) (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba). Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Premio Konex 2016.

(1) Moisset de Espanés, Luis, “El daño moral en los proyectos de reforma del Código Civil”, Academia Nacional de Derecho y Córdoba, 1993.

7<sup>a</sup>– y otra omitida en toda mención: la obra de Aubry y Rau<sup>(2)</sup>.

Vélez Sarsfield tuvo muy en claro que el concepto de daño no podía circunscribirse al menoscabo patrimonial, con epicentro en aquello que la persona tiene o produce (concepción absolutamente dominante en aquella época), sino que debía proyectarse también al daño a la integridad espiritual, al agravio moral, que pondera el detrimento a lo que la persona es, en toda su dimensión espiritual.

En letra y espíritu el artículo 1078 originario del Código Civil era saludable y transgresoramente favorable a la reparación de dicho menoscabo. Lo era de manera comprometida: lo llamaba por su nombre –agravio moral– y le dedicaba una regulación específica, ciertamente perfectible (algo que se comprobó con el correr de las décadas y el afianzamiento de la figura), lo cual pone en evidencia que el codificador no quería ambigüedades, ni medias tintas en este tema. Dejó en claro que su Código protegía la integridad espiritual de la persona y lo plasmó en una norma específica, algo que, lo reitero, ningún Código de la época había hecho.

## II. La involución del art. 1078 del Código de Vélez Sarsfield. De una norma de avanzada a un obstáculo para alcanzar soluciones justas

A veces el tiempo suele provocar curiosas mutaciones en la valoración de ciertas normas jurídicas. Algo de ello ocurrió con el art. 1078 del Código Civil derogado en su redacción originaria (modificado en 1968 por la ley 17.711), que representó, en la época de su sanción, un dispositivo de avanzada, progresista, idóneo para tutelar la dignidad de la persona, dentro de un contexto signado por una evidente *patrimonialización* del daño que campeaba en casi todos los Códigos de entonces. Conviene remarcar que, al momento de sancionarse nuestro Código Civil derogado, la reparación del daño moral era *drásticamente rechazada* por la mayor parte de los juristas extranjeros, particularmente los franceses, que limitaban el sentido y alcance de las normas del Código de Napoleón entonces vigentes al daño patrimonial. El daño moral estaba –de tal modo– en los confines del derecho, adonde habría de permanecer hasta las primeras dos décadas del siglo XX. La incorporación de un texto que, aunque de manera circunscripta a los delitos del derecho criminal, admitía la reparación del daño moral, importaba un avance notable en función de la realidad jurídica que entonces se vivía.

Los tiempos cambiaron, varió la cosmovisión de la figura y la reparación del daño moral comenzó a evidenciarse como una realidad impostergable, generando una reacción netamente favorable a su reconocimiento en casi todos los países occidentales. La realidad terminó llevándose por delante las posturas negativas a su reparación, conclusión que vale tanto para aquellas vigentes al momento de la sanción del Código de Vélez como para las más modernas, plagadas de prejuicios economicistas y de *desconcepciones*, que se han desarrollado durante la segunda mitad del siglo XX y en lo que va del XXI.

Lo curioso es que aquellos Códigos, como el francés o el español, que no disponían de una normativa general específica en materia de daño moral que consagrare o rechazare su reparación (pero que eran en espíritu contrarios a esa reparación) pudieron, merced a interpretaciones flexibles del concepto daño y de los principios generales de la reparación, abrir las puertas a dicho resarcimiento

(2) Aubry y Rau, C., *Cours de droit civil français*, 4<sup>a</sup> ed., t. I, ps. 307 y 308. La referencia a esta fuente es realizada por Segovia, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina. Su explicación y crítica bajo la forma de notas*, t. I, art. 1079, p. 307; Moisset de Espanés, Luis, “El daño moral en los proyectos de reforma del Código Civil”, cit. en Boffi Boggero, Luis M., *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Astrea, 1986, t. 2, § 523, texto y nota 145, p. 290. El texto de Aubry y Rau expresa: “El daño comprende siempre la pérdida y la falta de ganancia que el delito ha ocasionado a una persona (*damnum emergens et lucrum cessans*). Comprende, además, por lo menos cuando se trata de un delito del derecho criminal, el agravio moral que el delito ha hecho experimentar a la persona lesionada, sea perturbándola en su seguridad personal, o en el goce de su patrimonio, sea hiriendo la en sus afecciones legítimas” (la cursiva nos pertenece).

con total flexibilidad. En cambio, nuestro Código Civil derogado, que fue precursor en la materia y que evidenció *de manera explícita* un espíritu netamente favorable a la reparación del daño moral, quedó rígidamente atado al corsé del texto originario del art. 1078 y al criterio restrictivo allí consagrado con relación a los hechos idóneos para abrir las puertas a dicho resarcimiento.

### III. La polémica interpretativa en torno al texto del viejo art. 1078 del Código Civil derogado

Pocas cuestiones fueron tan debatidas en nuestro derecho como la referida a la reparación del daño moral, antes de la reforma introducida por la ley 17.711 al Código Civil derogado. La temática solo tiene valor histórico, pero resulta fundamental para quien pretenda seriamente estudiar la institución que nos ocupa y, sobre todo, en lo que ahora nos interesa, para calibrar una vez más la dimensión superlativa que tuvo la obra de Vélez Sarsfield.

Según la doctrina y jurisprudencia dominantes antes de 1968, que se atenían estrictamente a la letra del art. 1078 del Código Civil derogado, el daño moral solo procedía cuando hubiese sido generado por un hecho ilícito que, además, fuese un “delito del derecho criminal”<sup>(3)</sup>. Para la mayoría de los adherentes a esta interpretación, “era indiferente que el hecho hubiese sido cometido con dolo o simplemente con culpa”, pues en “ambos supuestos se trataba de un delito reprimido por la ley penal”<sup>(4)</sup>; otros autores, sin embargo, partidarios de la tesis de la pena o sanción ejemplar, llegaban más lejos y exigían la presencia de dolo en la conducta del dañador, descartando la procedencia del daño moral en los supuestos de delitos criminales meramente culposos. Debía, por lo tanto, tratarse de delitos civiles que eran, al mismo tiempo, delitos del derecho penal<sup>(5)</sup>.

Conforme otra perspectiva, la reparación del daño moral procedía en cualquier supuesto de hechos ilícitos civiles, aunque estos no degenerasen en delitos del derecho criminal. En apoyo de estas ideas se invocaban los arts. 1068, 1075 y 1083 del Código Civil, que autorizaban con amplitud el resarcimiento de todo daño (patrimonial o moral) derivado de cualquier hecho ilícito (delito o cuasidelito)<sup>(6)</sup>.

Estaban, finalmente, quienes postulaban criterios todavía más flexibles y admitían también la reparación del daño moral en materia de incumplimiento contractual –obligacional–<sup>(7)</sup>.

Después de la reforma de 1968, este debate perdió relevancia y solo mantuvo cierto interés como antecedente histórico de la reforma de 1968 a los arts. 522 y 1078 del Código Civil y del régimen normativo que en la actualidad consagra el art. 1741 del Código Civil y Comercial<sup>(8)</sup>.

La mentada pérdida de actualidad del debate no debe eclipsar, sin embargo, lo que aquí nos interesa: *cuál fue el papel relevante que tuvo Vélez Sarsfield para el desarrollo y consolidación de la figura*. Para calibrar su enorme mérito de haber sido el primero en consagrar normativamente la regulación de daño moral como menoscabo resarcible, su posible “demérito” de haber sentado un criterio restrictivo para los supuestos que habilitaban su reparación y algo que, a la luz de todo lo que vino después, se presenta como otra virtud del codificador que lamentablemente fue soslayada por la reforma del año 1968 (arts. 522 y 1078) y también por el nuevo Código Civil y Comercial (art. 1941): *la no limitación normativa del elenco de damnificados indirectos legitimados para reclamar activamente la reparación del daño moral*.

(3) En este sentido se pronunció expresamente un plenario de la CCiv. Cap., 15/3/43, “Iribarren c. Sáenz Briñones”, JA, 1943-I-844. Era una tesis que se apoyaba en la letra del art. 1078 y que estaba apoyada por buena parte de la escuela cordobesa de derecho civil, particularmente por Henoch Aguiar, Pedro León y Alfredo Orgaz.

(4) Orgaz, Alfredo, *El daño resarcible*, Córdoba, Lerner, 1980, n.º 85, p. 226; Aguiar, Henoch, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, Buenos Aires, Tea, 1950, t. II, n.º 130.

(5) Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, 1976, t. I, n.º 276, d), p. 361 y ss.

(6) Colombo, Leonardo, *La culpa aquiliana*, 3.º ed., Buenos Aires, La Ley, 1965, n.º 224, p. 317. Véase el relato de Roberto Brebbia en el “Tercer Congreso de Derecho Civil”, t. II, p. 48, n.º 67.

(7) En este sentido: Brebbia, Roberto, *El daño moral*, Orbir, Rosario, 1967, n.º 99, p. 199 y ss.

(8) Para un muy completo estudio de la evolución del daño moral y su reparación en el derecho argentino anterior al Código Civil y Comercial, véase Galdós, Jorge, “‘Cuánto’ y ‘quién’ por daño moral”, publicado en Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, Advocatus, 2009, t. III, p. 1659.

### IV. El daño moral y el pensamiento de Vélez Sarsfield en los Proyectos de Reformas anteriores a la ley 17.711 y en el “III Congreso Nacional de Derecho Civil”<sup>(9)</sup>

#### a) El Anteproyecto de Bibiloni<sup>(10)</sup>

El Anteproyecto de Bibiloni fue netamente reactivo a la reparación del daño moral. Su autor –recuerda Llambías– era “contrario decidido del resarcimiento de los daños morales y así lo hizo constar en términos patéticos al proyectar, en su *Anteproyecto*, el régimen de los hechos ilícitos”<sup>(11)</sup>. Bibiloni solo admitía, en principio, la reparación del daño patrimonial. El daño moral, en cambio, como regla no era resarcible, salvo en los casos “que la ley lo disponga o cuando la obligación no cumplida proviniere de actos a título oneroso” (art. 1058).

Era una solución insatisfactoria, absolutamente regresiva, que fue justificadamente criticada por la doctrina nacional.

#### b) El Proyecto de Reformas de 1936

El Proyecto de 1936 se apartó de la doctrina negativa propiciada por Bibiloni, admitiendo la reparación amplia del daño moral, tanto en materia obligacional (contractual) como aquiliana.

En el primer ámbito, el art. 596 disponía: “Cuando la obligación no cumplida proviene de actos a título oneroso, y en todos los demás casos que la ley autorice, habrá lugar a resarcimiento, aunque el perjuicio no fuera patrimonial, debiendo el juez estimar su importe con arreglo a las circunstancias”.

En materia de actos ilícitos, el art. 866 determinaba: “Existirá daño, siempre que se causare a otro un perjuicio en su persona, en las cosas de su dominio o posesión, o en sus derechos o facultades. El deber de reparar se extiende a toda lesión material o moral causada por el acto ilícito”.

Era una regulación valiosa, que mantenía la idea esencial de Vélez Sarsfield de reparar el daño moral, pero superadora de la regulación que contenía el art. 1078 del Código Civil vigente en aquel momento, particularmente en lo referido a la no limitación de la reparación del daño moral cuando no se tratase de delitos del derecho criminal.

#### c) El Anteproyecto de 1954

El Anteproyecto de 1954, realizado bajo la dirección de Llambías, consagró un sistema restrictivo en materia de indemnización del daño moral, tributario de las ideas de la doctrina de la pena o sanción ejemplar. En materia de incumplimiento obligacional, el art. 884 disponía: “Cuando el perjuicio no sea de carácter patrimonial, sólo tendrá lugar a indemnizaciones en los casos en que la ley expresamente lo disponga”. Se seguía, de tal modo, un criterio restrictivo, similar al del Código alemán. En materia de actos ilícitos, la norma aplicable era el art. 1075, que prescribía: “El daño moral será indemnizable cuando el agente hubiera actuado con dolo”.

Como se advierte, nada se avanzaba en materia de reparación del daño moral con relación al texto entonces vigente<sup>(12)</sup>.

#### d) El “III Congreso Nacional de Derecho Civil”

Dentro de los antecedentes no puede omitirse, por su importancia, el “III Congreso Nacional de Derecho Civil”, celebrado en la ciudad de Córdoba, en 1961, que sentó las bases en gran medida de la reforma que siete años después introduciría la ley 17.711 al Código Civil derogado.

La recomendación número 17, aprobada por unanimidad, propuso: “Que en todos los casos de indemnización por responsabilidad contractual o extracontractual, el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del

(9) Véase, además del trabajo de Galdós, citado en la nota anterior: Moisset de Espanés, Luis, “El daño moral...”.

(10) Bibiloni, Juan A., *Anteproyecto de reformas al Código Civil*, Buenos Aires, 1929, p. 510 y ss.

(11) Llambías, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. I, n.º 280, p. 365, nota 64.

(12) Más aún: había una clara regresión, pues Vélez Sarsfield admitía la indemnización del daño o agravio moral con sentido resarcitorio, en tanto que en el Anteproyecto de 1954 aquella asumía sentido netamente punitivo.

hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso”<sup>(13)</sup>.

Lamentablemente, la recomendación no fue seguida por la ley 17.711, al menos en toda la amplitud que ella propiciaba.

*e) La reforma introducida por la ley 17.711 al Código Civil derogado en materia de daño moral*

La ley 17.711 introdujo modificaciones de enorme importancia al Código Civil derogado en materia de reparación del daño moral, admitiéndola *con significativa amplitud*, tanto en la órbita *contractual u obligacional* (art. 522) como *extracontractual o aquiliana* (art. 1078).

La reforma de 1968 ubicó a nuestro sistema jurídico entre los más modernos del planeta, a través de dos dispositivos que, aunque perfectibles, regulaban de manera bastante satisfactoria la delicada problemática del daño moral y su reparación. La reforma de 1968 adecuó la letra del viejo artículo 1078 a lo que era indudablemente el espíritu del codificador respecto de la figura: amplio, generoso y humanista. No debe extrañar, en consecuencia, que el régimen que actualmente consagra el Código Civil y Comercial esté fuertemente inspirado en ella. Tanto en sus aciertos como en sus errores, aunque estos últimos bastante mitigados.

La solución normativa fue recibida con beneplácito por la mayoría de la doctrina argentina, que ponderó su amplitud de criterio y razonabilidad y, sobre todo, insistimos en ello, que seguía la línea trazada por el codificador respecto de conceptuar normativamente al daño moral como un perjuicio resarcible específico. Se advierte una notable expansión conceptual y funcional del daño moral, que repercutió en forma favorable a la hora de su aplicación concreta.

La ley 17.711 descartó –con excelente criterio– el rígido sistema de tipificación del daño que después de Vélez Sarsfield consagraron, entre otros, los Códigos de Alemania (§ 253) e Italia (art. 2059), conforme al cual el daño moral solo debería ser resarcido en los casos expresamente previstos por el legislador<sup>(14)</sup>. En ese orden de ideas, determinó que el daño moral debía ser reparable cualquiera sea su fuente generadora (contractual o extracontractual) o el factor de atribución aplicable (subjetivo u objetivo), resultando suficiente con que se configuren los requisitos de resarcibilidad. Esto representó un gran avance si se compara el texto sancionado por la ley 17.711 con el artículo 1078 del Código de Vélez Sarsfield.

Pero hubo también un retroceso: la fuerte restricción en la legitimación activa por daño moral de los damnificados indirectos. Un criterio restrictivo objetable, que no estaba en el Código de Vélez Sarsfield ni en la fórmula recomendada por el III Congreso Nacional de Derecho Civil.

*f) La reparación del daño moral en los Proyectos de Unificación al Derecho Privado posteriores a la ley 17.711 y anteriores a la sanción del Código Civil y Comercial*

El proceso evolutivo en materia de reparación del daño moral se acentuó en los últimos treinta años, a través de las reformas propuestas por otros importantes Proyectos de Unificación del Derecho Privado argentino<sup>(15)</sup>: el Proyecto de Código Único de 1987<sup>(16)</sup>, el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1993<sup>(17)</sup>, elaborado por la Comisión de Legislación General de la Honorable Cámara de Diputados, el Proyecto de Reformas al Código Civil elaborado por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo Nacional por decreto 468/92<sup>(18)</sup>,

(13) Suscribieron la recomendación, entre otros, juristas de la talla de Borda, Llambías, Brebbia, Orgaz, Moisset de Espanés, Pedro León, Barcia López y Banchio.

(14) Lorenzetti, Ricardo L., *Las normas fundamentales de derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 388 y ss.

(15) Un completo estudio del tema puede verse en Galdós, Jorge, “‘Cuánto’ y ‘quién’ por daño moral”, publicado en Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, Advocatus, 2009, t. III, p. 1659.

(16) Sancionado por ley 23.042 y lamentablemente vetado por el Poder Ejecutivo Nacional, con argumentos inadmisibles, mediante el decreto 2719/91.

(17) Véase la obra *Unificación de la legislación civil y comercial. Proyecto de 1993*, editada por Zavalía (1994). La Comisión estuvo integrada por los doctores Alegría, J. H. Alterini, Araya, Artieda de Dure, Azpeitia, Banchio, Bueres, Camisar, Córdoba, Manóvil, Moisset de Espanés, Moisset Iturraspe, Palmero, Piaggi, Richard, Solari, Trigo Represas y Wayar.

(18) Cfr. la obra *Reformas al Código Civil. Proyecto de la Comisión designada por decreto 468/92*, editada por Astrea (1993). La Comisión estuvo integrada por los doctores Belluscio, Bergel, Kemelmajer de Carlucci, Le Pera, Rivera, Videla Escalada y Zannoni.

el Proyecto de Código Único de 1998<sup>(19)</sup> y el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012, elaborado por una Comisión integrada por los doctores Aída Kemelmajer de Carlucci, Ricardo L. Lorenzetti y Elena Highton, que con ligeras variantes sería sancionado como Código Civil y Comercial en 2015, por ley 26.944. Los proyectos mencionados recogieron la experiencia de varios lustros de aplicación de la ley 17.711 y los aportes trascendentes efectuados por la doctrina y jurisprudencia nacional.

Advertimos en todos ellos importantes avances en las soluciones propuestas, aunque en casi todos los casos con algunas inconvenientes regresiones con relación al pensamiento de Vélez Sarsfield, sobre todo en materia de legitimación activa de los damnificados indirectos.

1. En primer lugar, como consecuencia directa de la unificación del régimen de responsabilidad civil que todos ellos propician, se propone una regulación unitaria del daño moral, cualquiera sea la génesis del menoscabo. Con ello se borra toda pretendida diferencia entre el denominado daño moral contractual y extracontractual. Esta orientación es receptada claramente por el Código Civil y Comercial vigente que consagra una unificación relativa de los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual (art. 1716).

2. Una mayor flexibilidad en materia de legitimación activa por daño moral, que se traduce en la ampliación del elenco de posibles damnificados indirectos. Este fenómeno se refleja, aunque de manera insuficiente, en el texto del art. 1741 que elonga el elenco de legitimados activos, comparado con el régimen que estatúa el art. 1078 del Código Civil derogado (t.o. ley 17.711), aunque de manera insuficiente. Nosotros seguimos prefiriendo el sistema de Vélez Sarsfield en este punto: amplia legitimación activa de todo damnificado indirecto por daño moral y ponderación de la procedencia o improcedencia de su reclamo atendiendo a las reglas de causalidad adecuada.

3. La fijación de pautas concretas para la determinación del daño moral sobre la base de las circunstancias del caso, con total independencia del daño material que eventualmente pudiese haberse ocasionado.

4. La determinación de reglas precisas, aunque a nuestro modo de ver perfectibles, en materia de transmisibilidad de la acción resarcitoria del daño moral, tanto por acto entre vivos como *mortis causa*.

## V. La reparación del daño moral en el Código Civil y Comercial y en el Anteproyecto de 2018. La influencia del pensamiento de Vélez Sarsfield

### *a) El Código Civil y Comercial*

El Código Civil y Comercial regula la prevención y la reparación del daño moral (consecuencias no patrimoniales) con notable amplitud, lo cual, además de ser digno de elogio, lo emplaza como uno de los cuerpos normativos contemporáneos más favorable a su tutela jurídica. Es una solución absolutamente coherente con un sistema edificado en derredor de la dignidad de la persona humana y de su inviolabilidad (arts. 1º, 2º, 51 y siguientes del Código Civil y Comercial) que hunde sus raíces en el pensamiento de Vélez Sarsfield, plasmado en el texto del art. 1078 del Código Civil y también en la reforma de 1968 a los artículos 522 y 1078.

Los lineamientos generales del sistema de prevención y reparación del daño moral son estos:

1) Amplia recepción normativa de las vías de tutela preventiva (arts. 1710 y siguientes) y resarcitoria (arts. 1737 a 1740 y concordantes del Código Civil y Comercial), tanto en materia contractual como extracontractual.

2) Inconveniente ambigüedad en la denominación de la figura.

3) Carácter netamente resarcitorio de la indemnización de las consecuencias no patrimoniales (argum. arts. 1740, 1741, último párrafo y concordantes del Código Civil y Comercial).

4) Se reconoce amplia legitimación activa de los damnificados directos.

5) Se elonga, aunque de modo insuficiente, la legitimación activa de los damnificados indirectos, reconociéndola en caso de muerte o de gran discapacidad de la víctima, a sus ascendientes, descendientes, el cónyuge y a quienes convivían con aquella recibiendo trato familiar ostensi-

(19) Elaborado por la Comisión designada por decreto 685/95, e integrada por los Dres. Alegría, A. A. Alterini, J. H. Alterini, Méndez Costa, Rivera y Roitman.

ble (art. 1741, segundo párrafo). Nosotros seguimos prefiriendo el criterio de Vélez Sarsfield en este punto, que no establecía limitaciones en el elenco de damnificados indirectos activamente legitimados para reclamar la reparación del daño moral.

6) La acción solo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por este (art. 1741, tercer párrafo).

7) El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.

8) La indemnización por daño moral es considerada bien propio de cada cónyuge (art. 464, inc. n).

9) La indemnización que corresponda al deudor por daño moral derivado de lesiones a su integridad psicofísica está excluida de la garantía común que todo deudor tiene con relación a sus acreedores (arts. 743, 744, inc. f).

*b) La reparación del daño moral en el Anteproyecto de 2018*

El Anteproyecto de 2018, elaborado por una Comisión designada por el Poder Ejecutivo Nacional, integrada por Julio César Rivera, Diego Botana y el autor de este trabajo, propuso introducir algunas modificaciones en el Código Civil y Comercial en el tema que nos ocupa.

Específicamente, propició modificar el art. 1741 por el siguiente:

“Art. 1741. Indemnización del daño moral. El damnificado directo está legitimado para reclamar la indemnización del daño moral. Si del hecho resulta su muerte o una grave discapacidad, también tienen legitimación, a título personal, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible.

La acción sólo se transmite a los sucesores universales si es interpuesta por éste.

El monto de la indemnización debe fijarse ponderando, entre otros aspectos, las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que puedan procurar las sumas reconocidas”.

Básicamente, se propone:

1) Suprimir la locución “indemnización de las consecuencias no patrimoniales” que se presta a confusiones y

equivocos, y reemplazarla por daño moral, que es la que mejor se adecua a nuestra tradición.

2) Reemplazar la locución “gran discapacidad” por “grave discapacidad”, poniendo énfasis en aspectos cualitativos y dejando amplio margen de apreciación al juez en función de las circunstancias del caso. Esto importa una elongación de los damnificados indirectos por daño moral, fruto del consenso que es necesario en toda obra colectiva, que nos sigue pareciendo inconveniente. Deberíamos haber seguido el criterio de Vélez Sarsfield en este punto.

3) Dejar en claro que la adecuación del monto indemnizatorio a las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que puedan proporcionar las sumas reconocidas es uno de los parámetros a computar, *pero en modo alguno el único*, y a veces ni siquiera el más importante. No hay satisfacción sustitutiva o compensatoria posible para quien está, por ejemplo, en estado de vida vegetativa a raíz del hecho generador del daño cuya reparación se pretende.

## VI. Conclusiones

La capacidad de anticipar lo que otros aún no veían fue un atributo invaluable de nuestro codificador, que ha sido reconocido y valorado tanto en nuestro país como en el derecho comparado. Schopenhauer decía que la mayoría de los hombres pasan por la vida sin ver nada y que aquellos que son capaces de mirar más allá de la superficie son los que realmente comprenden la esencia de la existencia. Vélez perteneció a esta última estirpe. Fue un visionario, no solo en el tema que aquí trato sino en muchos otros, que logró prever el futuro y desafiar los paradigmas de su época. Y nos dejó una gran enseñanza: invitarnos a expandir nuestros horizontes y a cuestionar nuestras propias percepciones, porque, tal vez, en palabras de Borges, “la realidad es una de las muchas formas de la ficción”, y es en esta intersección entre lo real y lo imaginado donde florecen las ideas que, en su momento, pueden parecer imposibles.

**VOCES: DAÑO MORAL - RESPONSABILIDAD CIVIL - CONTRATOS - CÓDIGO CIVIL - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - DERECHO CIVIL - OBLIGACIONES - CULPA - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - PRUEBA - DAÑOS Y PERJUICIOS - PERSONAS FÍSICAS - INTERPRETACIÓN DE NORMAS**