

# SIGNIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL

Por Mariano Gagliardo

## I

### INTRODUCCIÓN

1. El Derecho elaborado por los hombres tiene forma normativa, bajo el estímulo de determinadas necesidades provenientes de su vigencia social de acuerdo con unos específicos valores (justicia, dignidad de la persona humana, autonomía y libertad individual, igualdad, bienestar social, seguridad, etc.).

El tema y núcleo de esta exposición –daño u agravio moral- reconoce orígenes antiquísimos, aun cuando su formulación pareciera propia de estos tiempos.

En épocas primitivas, el instituto de la venganza privada protegía cualquier atentado contra la personalidad, incluso aquellas agresiones que se referían a aspectos imponderables de ésta y aquellos que atacaban el honor, no obstante no obtenían un beneficio pecuniario.

El derecho romano, que suele mencionarse como típico exponente de la tendencia negativa a reparar el daño moral en virtud de las prescripciones de la ley Aquilina conoció, en muchos aspectos el daño moral como un perjuicio relevante a los efectos de su reparación.

Los romanistas veían que el hombre representaba un valor en sí; pero no todos los hombres, sino solamente aquellos que tenían la condición privilegiada de ciudadanos romanos. Consiguientemente, venía a ser una prerrogativa más de éstos, demostrativa de que en Roma, como en las demás sociedades antiguas, la igualdad se basaba en la desigualdad.

Del Derecho antiguo se conocen disposiciones que castigaban las ofensas físicas y morales a la persona. En el Derecho griego, la llamada “dike kakegorías”. En el Derecho romano, la actio iniuriarum. Los romanistas modernos entienden que ésta era originada por el “desprecio de la personalidad ajena”.

Sin entrar en mayores controversias, existen textos en los que se encuentra la regulación de derechos sobre la vida y el cuerpo, sobre el honor, sobre la libertad y hasta respecto al no sufrir injustificadamente dolor.

En lo que al honor se refiere, contra los escritos difamatorios, desde las XII Tablas, se imponía la máxima pena. Por caso, Cicerón, De la República,

4.10 cita el ejemplo de la ofensa hecha por un comerciante, al proferir palabras ofensivas contra alguna persona; también cita Cicerón el caso de una persona que injuria a la otra pues le impide el acceso a su casa.

La Escuela del Derecho Natural contribuye poderosamente a la reconstrucción del tema, y en sus diversas manifestaciones, desde su primitiva formulación hasta el moderno renacimiento de sus ideas, ejerce una gran influencia en la materia. Pone al hombre en el vértice del sistema, considerando persona a todo hombre -no sólo a los ciudadanos libres-, dotándole del atributo indispensable de la libertad y atribuyéndole dos clases de bienes que son suyos, que le son esenciales y que constituyen el mínimo indispensable que le distinguen de los animales: unos, internos, entre los que se menciona la vida e integridad física, el honor y la fama, e incluso, a veces la tranquilidad y el sosiego; otros, externos, que son los comúnmente conocidos como bienes temporales. La lesión que se cause a cualquiera de ellos origina la obligación de reparar el daño.

La escuela española de Derecho natural, parte de la suma Teológica de Santo Tomás, donde resalta la vida, el honor y la fama es clara al difundir la idea básica de la concepción cristiana de que todos los hombres -no sólo los libres- son personas y, en segundo lugar, destacando los bienes personales y la naturaleza de las facultades que sobre cada uno de ellos tiene cada hombre. Esto se hace al señalar que, parte de los bienes externos -bona exteriora- hay unos bienes que están en la persona, en su mismo cuerpo, entre los que se enumeran los siguientes: la integridad corporal, la tranquilidad y sosiego del ánimo y la libertad; junto a ellos, pero distinguiéndolos como de distinta naturaleza, se mencionan también al honor y a la fama. Unos y otros pueden ser lesionados y originan, en tal caso, la obligación de reparar.

Desde este momento crucial de la historia del pensamiento europeo en que la Summa de Santo Tomás desplaza al Libro de las Sentencias de Pedro Lombardo, en las grandes diversidades del Renacimiento (Pars, Pavía, Salamanca, Coimbra), se empiezan a comentar las frases de la Summa sobre la vida, la integridad corporal, la tranquilidad espiritual, el honor y la fama. Las lecciones de Vitoria, llenas de vida y de sentido humano, despiertan el general interés.

Mazeaud y Tunc<sup>1</sup>argumentan acerca del agravio moral que “la cuestión no es nueva”, que se ha planteado “desde siempre” y resulta un tema tan antiguo, que ciertamente no declina su interés y actualidad.

De allí que existan ciertas dificultades para esquematizar y ordenar sistemáticamente las opiniones.

En la corriente española que se expone, están las ideas del Rvdo. Soto que sigue en las cuestiones generales de Derecho y Moral a Grocio, a Pufendorf y a varios tratadistas alemanes sobre Moral y de importancia secundaria.

La base técnica, para la especificación de la esfera de la personalidad procede de la filosofía escolástica.

Estas ideas, claras pero dispersas, no fueron eficaces hasta ser sistematizadas por los teólogos que formaran la referida escuela española de Derecho Natural.

Soto en su obra, parece decisivo. Dice que el hombre tiene tres géneros de bienes: 1. La vida; 2. El honor y la fama; 3. Los bienes temporales. Sobre la vida, el hombre no tiene dominio porque si bien puede exponerla no le está permitido suicidarse; es solo custodio de su vida. Por el contrario, el hombre tiene el dominio de su honor y de su fama, pero no puede usarlos como el dinero, porque su valor es superior. Honor y fama a los que colocará no en el orden de la vida, sino en el de los bienes externos.

La evolución del tiempo y del Derecho, nos muestran como textos internacionales y declaraciones constitucionales denotan una mayor protección de la persona.

Cuando el Corpus Iuris Civilis es superado por nuevas doctrinas científicas, se amplía el catálogo de derechos de contenido netamente civil dando paso a los denominados derechos de la personalidad.

La rampa de lanzamiento de esta clase de derechos se encuentra en las Declaraciones de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de los revolucionarios franceses y en la difusión del pensamiento liberal que se plasma en sucesivos textos constitucionales. Más adelante los instrumentos internacionales proclaman la universalidad d los derechos civiles y políticos y la obligatoriedad de su promoción y respecto por todos los Estados del planeta.

---

<sup>1</sup> Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual, Buenos Aires, 1961, Ejea, 5° ed. t. I, vol. I, p. 429.

En su día, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles, Políticos, Económicos y Sociales, constituyen los textos básicos que sustentan las corrientes que alumbran los derechos de la personalidad.

La mayor parte de los bienes o derechos de la personalidad tienen un valor homogéneo y son compartidos o sentidos por la generalidad de las personas de una manera semejante: así la vida, la integridad corporal o psíquica, la libertad, etc. Por el contrario, el honor, la intimidad, tienen un particular componente. Se dice, hoy, que existe una socialización del honor que en otras épocas era un “privilegio de castas” y también se entiende que la necesaria actualización del concepto del honor responde a una configuración que resulta patrimonio de todos.

La intimidad y el honor son, además, el producto del más puro subjetivismo de la persona lo que dificulta la concreción de un concepto general o generalizable que pueda tener una cierta validez universal.

Se puede afirmar que la intimidad y el honor son conceptos deambulantes que se adaptan a la realidad social y a los perfiles psicológicos de las personas, estando determinados de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento de la sociedad y por el propio concepto que cada persona, según sus propios actos, mantenga al respecto.

2. Es que los derechos de la personalidad se afirman a medida que se consolida con el progreso de la civilización, la consideración a la personalidad humana y a sus atributos esenciales y se dice que la marcha progresiva de la humanidad, el sentido respeto hacia la personalidad individual es hoy más vivo que en otras épocas o, cuando menos, alcanza un área más general de aplicación.

Concretando estos considerandos con relación a este país, nuestra constitución en su preámbulo, nos refiere a “afianzar la justicia” y “promover el bienestar general”, destacándose que todo acto que afecte el “bienestar general”, sea por culpa o dolo, tales como el agravio contra la libertad, el honor, el espíritu, generan la obligación de repararlo, con el fin de afianzar la justicia.

El agravio moral puede afectar el derecho de trabajar y de ejercer toda industria lícita y también el de usar y disponer de la propiedad (art. 14 C.N.).

Siendo inviolable la propiedad (art. 17 C.N.), también es inviolable la propiedad moral que tienen los habitantes en resguardo de su integridad total.

El incumplimiento de la obligación de tener un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano (art. 41 C.N.) puede generar daño moral, aparte del patrimonial y de la obligación de recomponer.

El art. 42 CN que se refiere a la protección de los consumidores y usuarios de bienes y servicios contiene presupuestos de los cuales puede surgir, en caso de incumplimiento, responsabilidad que incluye el agravio moral. Y en este sentido, todo acto que afecte la salud, la seguridad y los intereses económicos, como también cuando se viole la veraz y adecuada información sobre bienes y servicios, puede generar responsabilidad moral.

En materia de codificación, el primer Código Civil que consagró expresa y especialmente el daño moral fue el Código Civil argentino. En disposiciones anteriores, sólo en ciertos casos particulares, delitos contra el honor, libertad, honestidad, parece tenerse en cuenta ese daño pero dentro del daño económico<sup>2</sup>, y no como formando por sí mismo, en razón de su efecto puramente moral, un objeto digno de un resarcimiento especial consagrado por el Derecho.

Como fuere el texto del art. 1078, fue tomado de Aubry et Rau que recibe la influencia de Sourdat, autor no conocido por Vélez.

3. Hemos desarrollado el introito al tema, sin citas de opiniones contrarias a fin de mantener la coherencia en la exposición, en los orígenes de la figura y mantener la claridad expositiva. Sin embargo, la moderna doctrina autorial, tiene otra perspectiva y consideraciones relativas al tema, cuya síntesis esencial habremos de exponer. Sobre el particular, Mosset Iturraspe<sup>3</sup> dice que el agravio moral, daño moral, como especie, dejó de lado “el daño a la persona” o mal a ella efectuado para poner el acento en un menoscabo de índole “moral”...es una larga historia que transita en parte por perjuicios y en parte por ignorancias acerca del ser humano, de su realidad profunda. Expone el autor, sus razones, y argumenta que la expresión daño moral es impropia o inadecuada, y además, equívoca. Y la tesis daño moral = dolor deja fuera una seria importante de perjuicios que la persona puede padecer.

Para el autor, la expresión daño moral limita la visión de la persona humana, desde una óptica poco feliz, la del dolor, a partir de la calificación del daño extrapatrimonial resarcible como “moral”.

---

<sup>2</sup> Aguiar Henoch, Hechos y actos jurídicos, Tea, Buenos Aires, 1951, IV, p. 271.

<sup>3</sup> Daño moral. Noción. Crítica a la denominación. Daño extrapatrimonial. Daño a la persona, Revista de Derecho de daños, Rubinzal Culzoni, N° 6 p. 7 y ss..

Opina que el daño moral no debe desaparecer y achicar su campo de comprensión y de ser un género, pasar a ser una especie, identificándose con el daño dolor, sufrimiento, tristeza, angustia o desolación y posibilitar la aparición de un concepto mayor, el de daño a la persona.

Otorga –con algunos autores- autonomía a otras especies de daños a la persona; la autonomía de los “nuevos daños” significa la inaplicabilidad a ellos -estético, psíquico, vida de relación, biológico, etc.- de consecuencias específicas de la caracterización del daño moral como dolor o sufrimiento.

Concluye que los planteos históricos se justificaban en un tiempo en que sólo se pensaba en un daño extrapatrimonial nacido del dolor o del sufrimiento, con todas las “sospechas” o “perjuicios” que el tema suscitaba, más ello es hoy historia o pasado y no se acomoda a los tiempos nuevos y a las necesidades sentidas como diferentes.

## II

### DAÑO MORAL COMO MENOSCABO A DERECHOS DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Los llamados derechos de la personalidad, a partir de su denominación resultan controvertidos. La doctrina en general prefirió, a veces, emplear al nombre de atributos o bienes, dando con ello a entender que no reúnen los recaudos indispensables para ser encuadrados en el sistema genérico de los derechos subjetivos. Otras veces se emplea el nombre de derechos personales, lo que se presta a confusión en virtud de lo arraigado de esta denominación para designar los derechos de crédito en su diferencia con los reales o de cosas. Dentro del mundo de los patrimoniales, como indicativa de aquellas titularidades consistentes en poder exigir un determinado comportamiento de dar, hacer o no hacer algo que, en el orden normal de las cosas, nadie debe a nadie. Podría recordarse el clásico intento de llamarlos derechos de la propia persona, igualmente consistente porque de la propia persona son realmente todos los derechos subjetivos de que se es titular, es decir, respecto de los que no se es un extraño; y si lo que se quiere indicar es que son derechos que afectan, en cuanto a la finalidad, a la persona misma independientemente de sus acciones externas con respecto de bienes u objetos que no son la propia persona, no cabe duda de que es mucho más gráfico, que tiene el aval de la tradición y del uso por la doctrina dominante, el término derechos de la personalidad.

Lo que en definitiva se quiere significar es que se trata de unas titularidades jurídicas cuyo punto de partida y de referencia es la personalidad misma, de la que vienen a ser como emanación o atributo íntimo y entrañable, relativos no a bienes exteriores en los que aquélla se proyecte al actuar, sino personales en cuanto forman parte de nosotros mismos, teniendo consiguientemente un contenido ideal, inmaterializado. Lo cual no supone un concepto vago e impreciso, antes al contrario indica con precisión su alcance y contenido; ni puede sostenerse que conduzca a resultados absurdos por el hecho de la especialidad de su objeto, en cuanto se trata de bienes –tales como la vida, el honor, la intimidad, la integridad física, etc.- que indudablemente no pueden estar a merced de los demás; y aquella alegada dificultad de su configuración jurídica nunca puede ser un obstáculo y mucho menos un pretexto para privarles de protección.

La construcción jurídica de los derechos de la personalidad no es un tema pacífico, pues no se ha admitido de manera pacífica su catalogación como derechos subjetivos, a raíz de la dificultad de adaptar los moldes y principios básicos de éstos a las especialidades que aquéllos presentan.

Siendo derechos cuyo objeto no es externo al individuo que ostenta su titularidad, sino interno e inmaterial, parece difícil la separación del objeto respecto del sujeto, que vendrían, en cierto modo, a confundirse. Al igual que esa falta de materialidad sería un reparo para el desarrollo del señorío, poder o facultad que generalmente integra el contenido de los derechos, lo que incide en el mecanismo de tutela.

La confusión estructural entre sus dos elementos básicos –sujeto, objeto- existe cuando se sostiene que el objeto sería la propia persona, en cuanto que todos los derechos de la personalidad se identificarían con ésta de manera inseparable y unitaria, por lo que se trataría de un solo derecho sobre sí mismo.

De acuerdo con ello, el hombre tendría potestad sobre sí, no sólo sobre su vida –excepto para privarse de ella- y sus miembros, sino también sobre su honor y fama y hasta su propia alma y bienes espirituales; tal podrá ser denominado “facultas”, porque repugnaba considerarle como “*iure dominium*”, aunque el resultado venga a ser el mismo, al margen de la denominación. A parte de la imposibilidad lógica de que la persona sea al propio tiempo sujeto y objeto de una relación y habida cuenta de que se trata de derechos absolutos, de obligado respeto por toda la colectividad, resultaría

que el mismo sujeto-objeto sería al propio tiempo uno, entre todos los sujetos pasivos indeterminados, a quien incumbiría el deber de abstención y respeto de su derecho sobre sí mismo.

En los derechos de la personalidad se tienen en cuenta unos bienes inmateriales, ideales, carentes de valoración económica, que, forzoso, es señalar que son tan estimables como los materiales. Sin que haya razón para considerar que no pueden incluirse tampoco dentro de aquellos –a los fines jurídicos- por el hecho de que carezcan de existencia objetiva distinta de la persona, por las circunstancias de que afectan al ser y no al tenor de la misma. Si el concepto de bien debe ponerse en relación con la utilidad que algo representa para el sujeto, en cuanto sirve para satisfacer el deseo o estímulo de una necesidad, no se comprende que pueda haber bienes más deseados que los conectados con la propia persona, como la vida, la integridad física o moral, la intimidad, el honor, la libertad. Hasta el punto que son esenciales a la personalidad misma. Pero, cual sucede en todo derecho subjetivo, el bien sí mismo no es protegible; lo es sólo en cuanto representa un interés. El ordenamiento no puede proteger la vida cuando el sujeto se suicida; en la integridad física, después de haberse producido la automutilación; ni el honor, fama, intimidad, respecto de quienes se han despreocupado de ellos.

La protección está, pues, dependiendo de la existencia de un interés, exactamente en la misma medida que para las restantes titularidades.

De todas las características de estos derechos, la esencialidad, con lo que se quiere destacar que sin ellos quedaría insatisfecha la personalidad como concepto unitario, privada de valor real, inactuada en su plenitud.

Es decir, configuran la esencia de la misma; no son simples atributos, notas o cualidades que adornan la personalidad, sino que son necesarios a ella; aquello que no puede faltar sin que la personalidad deje de ser lo que es<sup>4</sup>.

Esenciales a la personalidad, que es un concepto jurídico pero que el ordenamiento no atribuye, sino que se limita a reconocer por el mero hecho del reconocimiento.

No se opone a la esencialidad de estos derechos el hecho de que no exista un elenco fijo de aquéllos porque los atributos o bienes que son de esencia a la personalidad resultan siempre los mismos: vida, integridad física y moral, libertad, identificación personal. Lo que puede aumentar o cambiar, en

---

<sup>4</sup> Zubiri, Sobre la esencia, Madrid, 1963, 2ª ed. p. 15.



su presentación, son las manifestaciones concretas de ellas, según lo que se estime o cómo se estime su vigencia legal.

Es rasgo de los derechos de la personalidad, la inherencia a la persona, puesto que, como tantas veces se ha dicho, son personales en el más estricto del término, en lo que significa conexión o vinculación a la misma. Por eso precisamente fueron llamados personalísimos en contraposición a los reales, dentro del ámbito de los patrimoniales porque el objeto de ellos, es decir, la prestación no es algo de orden material, sino el comportamiento voluntario. Lo que revela y pone de manifiesto, ciertamente, una específica actitud personal; pero que, sin duda, es menos personal que aquello que afecta no a los actos que lleva a cabo la persona, sino a la persona en sí misma apreciada, con independencia de las exteriorizaciones que efectúe.

Sin embargo, en una obra colectiva<sup>5</sup>, Cifuentes en su proposición final sostiene que los daños a los derechos personalísimos se bifurcan por toda la gama de posibilidades y situaciones, y que su reparación también puede ser integradora con vocación a lo más acabado posible, aunque nunca total y completa.

En esta síntesis, no trata todas las particularidades de los derechos personalísimos, más aclara que el daño a los mismos abarca a todas las fronteras de la responsabilidad en general. Alude al daño moral como un daño a un bien objeto del derecho subjetivo, no patrimonial, no utilitario, que debe afrontarse con un pago patrimonial y utilitario. El Alto Tribunal tiene dicho que para la valoración del daño moral debe tenerse en cuenta el estado de incertidumbre y preocupación que produjo el hecho, la lesión en los sentimientos afectivos, la entidad del sufrimiento, su carácter resarcitorio, la índole del hecho generador de la responsabilidad, y que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio<sup>6</sup>. Seguidamente, a raíz de esta nominación se refiere al daño moral “*categoría de daños, hoy cuestionada, cuestionamiento que podría tener justificación si se encerrara el concepto y el término, en los sufrimientos del dolor y en los padecimientos del espíritu de la persona*”.

Pero quizás, dice, sea injustificada la proposición supresora, si se estimara que metafóricamente, ese nombre moral, tiene fronteras mucho más amplias y que son las propias que todo mal que extra patrimonialmente puede

<sup>5</sup> La responsabilidad, Homenaje al Prot. Isidoro H. Goldenberg, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 113.

<sup>6</sup> Savarro de Caldava, Elsa I. c. Empresa de Ferrocarriles Argentinos, JA mayo-9-2018, fascículo 6.

soportarse, desde aquellos padecimientos atormentados del cuerpo, hasta las angustias, las congojas, desazones y sentimientos, hasta el desvío del itinerario de la vida, en su proyección, hábitos y ocupaciones, hasta en fin los enojos justos, las alteraciones del vivir, las pérdidas en expectativas espirituales, estéticas y creativas. Así, comenta, por ejemplo el sordo que ya no puede escuchar la música de su preferencia –proyección estética entorpecida-, además de perder la completa comunicación con los otros, de impedirle acaso componer, puede llegar a sentir el martirio de algún malestar orgánico y necesitar el uso de aparatos antiestéticos. Para concluir este apartado, cabe destacar que la intimidad y el honor, productos del subjetivismo resultan difícil de concretar en una noción general.

Ello no obsta a que se pueda afirmar que son conceptos deambulantes que se adaptan a la realidad social y a los perfiles psicológicos de las personas, estando determinados por las ideas prevalecientes en cada momento de la sociedad y por el propio concepto que cada persona, según sus propios comportamientos mantenga sobre el particular.

### III

#### CONCEPCIÓN DEL DAÑO MORAL

4. Los valores del hombre como persona, reciben distintas nominaciones y diferentes conceptos técnicos. La lesión o afección a alguno de ellos, ocasiona un detrimento y generará una reparación del agravio moral.

Hoy, es infrecuente encontrar en nuestra literatura jurídica un estudio, libro o monografía que de manera específica no trate, según su perspectiva, la disciplina del agravio moral.

Laurent<sup>7</sup> basaba resarcibilidad del daño moral en que la ley quiere proteger todos los bienes del hombre; nuestro honor, nuestra consideración ¿No son acaso, lo máspreciado entre los hombres sus bienes?

Aguiar en una de sus obras prologadas por Buteler Cáceres dice vulnerado por el acto ilícito alguno de lospreciados bienes que hacen parte del llamado patrimonio moral, tutelado efectivamente por el Derecho Civil, se nos mostrará, en su genuina manifestación, el agravio moral, por cuanto el ofendido ya no disfrutará del sosiego y de la paz espiritual de que antes disfrutaba.

---

<sup>7</sup> Principes de Droit, français, Bruxelles, Paris, 1887, 4ª ed., p. 415.

La reparación del agravio moral es un tema arduo y complejo, lleno de interrogantes o bien de respuestas que no son convincentes. Demás está decir que las sistematizaciones que al respecto se formulan denotan que son insatisfactorias o suscitan cavilaciones.

La personalidad moral, que parece así separada y contrapuesta a la personalidad física ¿Cómo establecer la frontera entre una y otra personalidad? ¿Cómo separar la esfera corporal o vital, de la moral en la persona?

Filósofos, médicos y psicólogos nos afirman, cada vez con mayor seguridad, que el hombre es, sustantivamente, alma y cuerpo. Es importante precisar, si en los casos de pérdida de la alegría del vivir, el sufrimiento causado; es decir, lo que se refiere al pretium doloris y también al daño moral.

Ante estos interrogantes, cabría responder que con el daño moral se repara “el precio del dolor” de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, la desazón o las penurias; se trata de proporcionarse a la víctima recursos aptos para menguar el detrimento causado, de posibilitarle acceder a gratificaciones vitales, confortando el padecimiento con bienes idóneos para consolarlo, o sea para proporcionarle alegría, gozo, alivio, descanso de la pena<sup>8</sup>.

El Derecho civil tutela determinados bienes fundamentales de la persona y de su patrimonio, y al asignarles la calificación de bienes jurídicos crea un sistema legal conferido al individuo para su eficaz defensa. Lo que resulta el aspecto positivo del orden jurídico.

La convivencia humana, sin embargo, determina, a veces, la lesión de estos bienes personales o patrimoniales, motivando una reacción negativa que se traduce en una sanción que puede resultar en una pena o bien en una reparación de daños e intereses, transformando el contenido de la obligación, en una prestación de carácter económico.

Es que el mundo del pensamiento jurídico no es un mundo irreal, fuera del tiempo o incluso puramente imaginario; por el contrario, el orden jurídico es algo vivo, pues lo real no son sólo las cosas de la vida espacial y temporal sino también las sensaciones anímicas, sustancias eficaces del espíritu objetivo, reconocidas en las relaciones de convivencia<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Iribarne Héctor P., La cuantificación del daño moral, Revista de Derecho de Daños, n° 6, p. 197.

<sup>9</sup> Larenz, Karl, Derecho de las Obligaciones, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 37.

La vasta materia que conforma el daño moral está inserta en el derecho de daños, cada día más explicitado y no muy profundizado, ya que la esencia del tema, precisamente, radica en lograr a través de su aplicación una tutela real y efectiva de la persona humana en su total naturalidad y dignidad.

Es también, daño moral el causado en derechos de la personalidad, valores de afección, más que en la realidad material: es irrogado en bienes no económicos de una persona humana, o bien en ciertas circunstancias, la repercusión de índole afectiva suscitada en daños materiales.

Al estar el ser humano dotado de espíritu, y ser éste el sujeto donde impacta el agravio moral, destacamos que el avance de las ciencias y la necesidad imperiosa de adecuadas soluciones, indican aplicar psicología al Derecho<sup>10</sup>.

Y así mientras se alude en doctrina al “daño moral”<sup>11</sup> distinguida doctrina le asigna el calificativo de “agravio moral”; “daño moral o extrapatrimonial”, cuando no “precio del dolor”<sup>12</sup>; “pretensión al dinero del dolor”<sup>13</sup>; “perjuicio moral”<sup>14</sup>; “daño no patrimonial”<sup>15</sup>; “patrimonio inmaterial de un individuo”<sup>16</sup>.

De manera que, sin perjuicio de la terminología que se utiliza y los adjetivos aplicados de una manera indistinta, debe retenerse que “prima facie”, daño material es el que se aprecia por los sentidos; jurídicamente, el daño corpóreo o corporal. Mientras que el daño moral, afecta la esfera inmaterial, el daño incorpóreo: perjuicio patrimonial es daño material y perjuicio moral es lesión extrapatrimonial.

Ello si bien no es absoluto o excluyente, pues la lesión de un derecho no patrimonial puede significar el que se produzcan daños patrimoniales: lesión a la salud o integridad física que obsten a la víctima que efectúe sus tareas habituales, o en la difamación a una persona que pierda su empleo; o bien, la lesión de un derecho patrimonial, puede significar una situación diferente de aquella a la que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y, además, sentirse anímicamente perjudicado. En una exacta ponderación del tema que tenga en cuenta lo dicho sobre la persona individual y la afección de la misma, el daño moral lato sensu es el daño extrapatrimonial, o que

10 Lersch, Philipp, El hombre en la actualidad, Gredos, Madrid, 1982, 2ª ed.

11 Borda Guillermo A., La Reforma del código Civil, Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 227.

12 Llamabias J.J., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Perrot, Buenos Aires, 1973, t. I, p. 356, ap. 273 a) y JA 1954-III-358.

13 Larenz, ob. cit. p. 639.

14 Mazeaud Tunc, Lecciones de Derecho Civil, Ejea, Buenos Aires, 1960, 2ª parte, vol. II, p. 67, ap. 617.

15 Salas A.E., La reparación del daño moral, JA 1942-III-46.

16 Colombo Leonardo A., Acerca del resarcimiento del daño moral en las obligaciones contractuales, L.L. 87-397.

afectando bienes objetivos, irroge o no, una lesión material en los mismos causando una perturbación anímica en su titular, cualquiera que sea el derecho que sobre ellos se ostente.

Cabe señalar que en la hipótesis de sufrimiento producido por la muerte de un familiar, o por una campaña de difamación, es veraz que al considerar el daño moral como dolor o sufrimiento, viene a configurar una secuela de estos daños y puede también presentarse la existencia independiente del daño moral, sin necesidad de que se hayan realizado otros daños: tal lo que ocurría con el sufrimiento causado a una persona al comunicarle maliciosamente la mala noticia de la muerte en accidente de un hijo suyo.

Por otra parte, no es necesario para que exista daño moral que se produzcan sufrimientos físicos o morales del hombre, pues pueden causarse daños morales a las personas jurídicas, las cuales, al carecer de un cuerpo físico, no pueden experimentar sufrimientos, y en este sentido, es también daño moral la disminución o pérdida del prestigio de una persona jurídica a raíz de una campaña de difamación realizada contra ella.

La división del daño no patrimonial en daño moral (dolores y sufrimientos de ánimo) y daño personal (lesión de los derechos de la personalidad) ha sido observada, destacándose que también el dolor o padecimiento producido, por caso, por la muerte de un allegado, es también lesión de un bien de la personalidad, ya que entre estos bienes está la tranquilidad de ánimo.

Acorde la clasificación de los bienes en materiales e inmateriales, o sea en económicos y morales, no resulta complejo fijar el contenido del daño moral en la medida que irroga un perjuicio de esa misma especie sobre calidades morales de la personalidad.

Vulnerar alguno de los derechos referidos en alguno de esos bienes, es susceptible de producir aquel daño. La realidad cotidiana y las tristes experiencias en la producción de acontecimientos no queridos, son una radiografía de que un mismo hecho implica, irroga o significa un daño económico y otro moral: imputación calumniosa obsta al crédito comercial con el consiguiente daño al sujeto involucrado.

5. Muchas son las definiciones que se han esbozado sobre el daño moral: algunas adoptan un criterio negativo (Mazeaud, Polacco) hasta el punto de que puede decirse que existe acuerdo en la doctrinas en definir por

exclusión el daño moral, contraponiéndolo al daño patrimonial. Noción ésta que no se satisface a la mayoría autoral.

Otros, opinan que no es posible englobar en una categoría única los daños no patrimoniales, por lo que, en vez de distinguir entre daños patrimoniales y no patrimoniales, hay que hacer una clasificación tripartita de los daños, contraponiendo frente al daño patrimonial de un lado, el daño personal (lesiones a la integridad física o moral, al honor, etc.), y de otro, el daño moral propiamente dicho (dolores, padecimientos de ánimo, etc.); o bien distinguiendo entre daños que afectan al patrimonio, daños que afectan a la víctima en su persona física y daño moral<sup>17</sup>.

Están muy extendidas en la doctrina las definiciones del daño moral que lo identifican con el dolor, sufrimientos o padecimientos físicos o psíquicos injustamente ocasionados.

6. Así, De Ruggiero<sup>18</sup> luego de estas consideraciones, cabría definir al daño moral como la privación o la disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre que son la paz, la libertad, dignidad, tranquilidad, integridad física, honor y los afectos.

Explicitando esta noción, en línea de principios, se trata de una afección extrapatrimonial que por un lado incide negativamente en el ambiente de una persona y en otro aspecto, vulnera su psicología, destacándose que la persona tiene derecho a un ambiente integral, que abarca matices tales como daños por privación de placeres o privación de alegrías.

7. Pizarro, autor que ha tratado in extenso el tema central, dice<sup>19</sup> que el daño moral en la persona física es una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar. El perjuicio final es el determinante de la existencia del daño, lo que requiere una fina apreciación de los sucesos pues no todo agravio moral es susceptible de reparación, como tampoco toda lesión económica configura en esencia un daño moral.

#### IV

#### IMPLICANCIAS DEL DAÑO MORAL

<sup>17</sup> Colin y Capitant, Derecho Civil, Madrid, 1924, p. 743 y s.s.

<sup>18</sup> Instituciones de Derecho Civil, Madrid, 1931, II, p. 271.

<sup>19</sup> Daño moral, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, 2ª ed., p. 32 y s.s.

8. Nadie lucra con los sentimientos heridos, con los aspectos espirituales del sufrimiento, al conceder una indemnización como prevé la ley<sup>20</sup>.

El patrimonio moral de la persona física se integra y desarrolla en el reducido escenario de su cuerpo y le acompaña en todas las facetas de su vida. Es que el mundo de relaciones que el ser humano entreteje a lo largo de sus actividades le hace partícipe de la pequeña o grande historia que contempla pasivamente y protagoniza activamente. Porque el ser humano es único e irrepetible, y la compulsión que puede sufrir por los distintos avatares de la vida afectan su personalidad y su conducta incidiendo en sus actitudes<sup>21</sup>.

Ello es el daño moral que afecta a un bien de la personalidad o de la vida (libertad, salud, honor, honestidad, paz, tranquilidad de espíritu, integridad física, bienestar corporal, privacidad, serenidad, etc.); es decir, el que implica quebranto, privación o vulneración de esa categoría de bienes incorporales cuya tutela cobijamos bajo la categoría jurídica de los denominados derechos de la personalidad.

Porque la base de toda convivencia civilizada es el respeto mutuo y consideración a los semejantes: la aflicción -entre otros pesares- es el resultado del comportamiento de otro sujeto y genera un sufrimiento o padecimiento que conlleva un deber pecuniario de reparar.

Ellos es así, pues el mundo del pensamiento jurídico no es un mundo irreal, fuera del tiempo o incluso puramente imaginario; por el contrario, el orden jurídico es algo vivo; pues lo real no son sólo las cosas de la vida espacial y temporal, sino también las sensaciones anímicas, sustancias eficaces del espíritu objetivo, reconocidas en las relaciones de convivencia<sup>22</sup>.

La vasta materia que conforma el daño moral está inserta en el derecho de daños, cada día más explicitado y profundizado, ya que la esencia del tema, precisamente, radica en lograr a través de su aplicación una tutela real y efectiva de la persona humana en su total naturalidad, plenitud y dignidad.

Al estar el ser humano dotado de espíritu, y ser éste el sujeto donde impacta el agravio moral, destacamos que el avance de las ciencias y la necesidad imperiosa de adecuadas soluciones nos reconducen a aplicar una determinada psicología del Derecho<sup>23</sup>.

---

20 Acuña Anzorena, Arturo, La reparación del agravio moral, Estudios sobre responsabilidad vicil, Platense, La Plata, 1963, p. 53 y s.s.

21 Rogers, Carl R., Terapia, personalidad y relaciones interpersonales, Buenos Aires, 1998, p. 49.

22 Larenz Karl, Derecho de las obligaciones, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 37.

23 Lersch, Philipp, El hombre en la actualidad, Gredos, Madrid, 1982, 2ª ed.

En la esfera del daño corporal hay aspectos técnicos de acierto indudable como es el de la distinción del daño psicofísico, fisiológico, orgánico o biológico –aspecto somático de la lesión- frente al daño moral – sufrimiento o privación de posibilidades de bienestar, satisfacción o placer- sin perjuicio de ponderar el distingo entre daño fisiológico y daño moral con sus secuelas en el mundo de las lesiones permanentes.

9. A esta altura de nuestra exposición es útil relacionar las vinculaciones entre la Ciencia Jurídica y Psicología para una mayor explicitación de los temas en análisis.

El Derecho no es cosa metafísica sino asunto eminentemente humano, de sentimientos e intereses antes que de fórmulas; menos de materia que de espíritu, y en permanente evolución, bien por encima de las categorías que pretenden cristalizarlo, y como parte integrante de la relatividad y la visa que le dan sentido y a las cuales deben responder.

Por lo demás –y mayor exposición- las relaciones entre Derecho y Psicología pueden adoptar dos formas características.

El Derecho delimita los contenidos a los que se puede llamar jurídicos.

En todos los casos, dicho contenido es una actividad humana que se prescribe a una persona o a clases de personas (por caso, a quienes la norma está dirigida).

La Psicología, por su parte, investiga las condiciones que permiten la concurrencia en omisión de una conducta particular, indicando, además, los efectos empíricos que pueden seguirse de las consecuencias previstas por el orden jurídico, para el caso en donde concurra una forma de comportamiento considerada como hecho ilícito, permitiendo, de esta manera confrontar la consistencia empírica de los objetivos jurídicos y de las técnicas empleadas para su construcción. Desde el punto de vista imperativo, la norma equivale a un estímulo verbal compenetrada de fuertes connotaciones y en este sentido, como cualquier otro estímulo entra de lleno en el dominio de la psicología, cuya incidencia, será aquí esencialmente cualitativa. Esto es la forma como se expresa y traduce el mandato verbal, influyendo sobre la respuesta – comportamiento- que se espera del mismo. A estas circunstancias, se les denomina cualidad pragmática del lenguaje jurídico relacionada con muchos problemas de psicología del derecho<sup>24</sup>.

---

24 Cfr. Kalinowski, G., Introducción a la lógica jurídica, Eudeba, Buenos Aires, 1973, p. 54.



Téngase, también en cuenta que la norma jurídica –y ello es relevante destacar- que aquella tiene componentes necesarios que afectan a su propia esencia normativa y otros contingentes que afecten a su función o dinámica.

Una reconducción de esos aspectos, permitirá deducir que la lingüística, la sociología, la psicología, a veces la economía, están presentes en todo precepto jurídico.

A raíz de lo dicho, la razón, experiencia e insobornable realidad, sembraron dudas ante los dogmas tradicionales y por ello prevalecieron tendencias objetables, no por irreales, sino por la ausencia de aplicaciones interdisciplinarias.

Los llamados “descriptores jurídicos” se constituyeron en un lenguaje jurídico de cierta frecuencia<sup>25</sup> y utilización forense, más allá de sus connotaciones científicas. Entre ellos, por mera referencia citamos: lesión de la parte afectiva, repercusión psíquica del ilícito, ansiedades, angustias, desvelos causados, padecimientos, sufrimientos, alteraciones emocionales, afrenta, aflicción física o moral, perturbación anímica, disgusto, desánimo, desesperación, pérdida de la satisfacción de vivir, etc.

Cabe, asimismo, agregar la fama, honra, prestigio, dignidad, decoro y todas aquellas formas de excelsitud, que no están en el espacio sino en el espíritu; que no se inscriben en el tiempo sino en la eternidad de cada individuo. Ello, teniendo en cuenta que los grandes de la historia no son siempre los mejores. La historicidad no es necesariamente sinónimo de ejemplaridad.

Por esto y otras cuestiones más, el hombre forja su propio ideario, mas no por ello puede ser avasallado en su vida social de manera gratuita y desmedida.

La vida armoniosa no puede mancillarse ni afectarse con un estruendo personal y lesivo, impropio, apelando a mendacidades u obrando de manera desaprensiva mediando relaciones jurídicas.

La comunidad civilizada y las vinculaciones sociales que llevan al ser humano a comportarse de determinada manera no admiten las referidas contravenciones.

10. El avance de la ciencia en general, las investigaciones en el ser humano, su conducta y su psiquis, demuestran o permiten apreciar que existe

---

25 Muñoz Sabaté, Luis, Psicología del daño contractual, Revista Jurídica de Cataluña, Nº I, Barcelona, 1978, p. 317.

un daño psíquico o psicológico autónomo o como integrante del daño moral, sin perjuicio de que ambos se configuran en la psiquis.

No existe un criterio definitivo sobre estos daños, más no se niega su existencia: se dice que el daño psíquico afecta el razonamiento mientras que el daño moral acontece en el sentimiento (disposición afectiva o cauce afectivo); ej.: dolor, aflicción, pena, lesión al equilibrio espiritual de singular envergadura. Alegría, equilibrio, tranquilidad, confianza, etc.

Daño psíquico no es autónomo del moral y quienes postulan la autonomía, parten de una errada concepción del daño.

Con relación al daño psíquico se lo describe como una perturbación de la personalidad de quien lo sufre, de carácter transitorio o continuo, que altera su equilibrio espiritual al tiempo de producirse el hecho causante o agravando el desequilibrio espiritual ya entonces existente, con la particularidad de tener carácter patológico. Supone un estado de enfermedad de naturaleza psicológica. La existencia de ese estado patológico requiere de un tratamiento de un especialista.

El Derecho es pues una ordenación al servicio del individuo y no viceversa, y por tanto tiene toda su vigencia el principio de legalidad por el que nadie puede dañar a otro y aquella otra proposición que reclama no dejar al daño solo frente al daño.

Porque el derecho versa sobre la conducta humana, es ordenación de actitudes, concierne al comportamiento del hombre y la lesión influye en que los dolores, angustias, aflicciones, humillaciones y padecimientos con que habitualmente suele identificarse el daño moral, no son sino estados del espíritu que obran como consecuencia del daño. Bien se ha destacado que en el ánimo de desentrañar la verdadera esencia del daño moral, cobra especial importancia su espiritualidad, sus aspectos psicológicos<sup>26</sup> y distintos matices a través de los cuales aquél se presenta.

Sobre el particular, no es novedoso sino de significativa utilidad justipreciar las implicancias que tiene la psicología para el Derecho. Tratando este tópico, Muñoz Sabaté<sup>27</sup> aclara que psicología jurídica es la aplicada al mejor ejercicio del Derecho, lo que no impedirá, sin embargo, el proporcionar datos que colateralmente pueden ser interpretados por los juristas como una muestra de ciertos objetivos. Y agrega el profesor barcelonés<sup>28</sup> que el campo

<sup>26</sup> Ordoqui Castilla, Gustavo, Pautas y criterios para la evaluación del daño moral a la persona, Anuales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1994, N° 32 ps. 312 y s.s.

<sup>27</sup> Introducción a la psicología jurídica, Trillas, México, 1980, p. 20.

<sup>28</sup> Ob. cit. p. 19.

específico de una psicología para el Derecho, susceptible de incorporación metodológica dentro de una psicología jurídica, sólo se denota en el área de interpretación del hecho jurídico concreto en la medida en que aquélla pueda aplicar sus técnicas a la prueba de los hechos.

Claro que es posible que el jurista tienda a valorar mucho más el padecimiento derivado de la fractura de un hueso que el de una frustración, siendo incontrovertible que no hay dolor que pueda producir mayor sufrimiento que aquel que daña a los sentidos éticos, prescindiendo inclusive de su somatización<sup>29</sup>.

De acuerdo con nuestras consideraciones y lo que sostiene destacada doctrina, el agravio moral a los derechos personalísimos, con sus singularidades inevitables, abarca una variedad de situaciones<sup>30</sup> y su reparación integradora debe ser completa<sup>31</sup>.

La precedente afirmación no soslaya la heterogeneidad y multiplicidad de supuestos o hipótesis que abarca el daño moral, los que por otro lado tienen la característica de renovarse constantemente de manera jurisprudencial y dogmática.

De allí pues que debe aprehenderse la noción de daño moral relacionándolo con una variedad de contenido y, tal como lo indica desde antiguo Giorgi<sup>32</sup>.

Ponderando el agravio moral, existe un aspecto social que nace de las relaciones de la persona agravada, en función de su medio ambiente donde convive y se desempeña, relevante para la estima y apreciación de terceros que contribuyen a buen nombre o fama cuya lesión incide en la propia dignidad.

El daño moral, asimismo, debe atenderse según su permanencia, intensidad y prolongación en el tiempo respecto del ofendido, distinción que refleja las consecuencias afines de la determinación de la cuantía de la indemnización<sup>33</sup>, lo que puede exteriorizarse bajo distintos síntomas.

Alguna de las exteriorizaciones del daño moral pueden así enumerarse: ataques contra el honor, la excelencia, la reputación, el prestigio, la trayectoria, la fama, el crédito; pero además hay otra parte afectiva, que se halla configurada por los trastornos íntimos, todo lo que gira en derredor de la

<sup>29</sup> Buy tendjik, Teoría del dolor, Troquel, Barcelona, 1965, p. 161.

<sup>30</sup> Casiello, Juan José, Sobre el daño moral y otros pretendidos daños, La Ley 1997-A-1979.

<sup>31</sup> Cifuentes, Santos, en la Responsabilidad Homenaje a I. Goldenberg, Abeledo Perrot, 1995, p. 113.

<sup>32</sup> Teoría de las obligaciones en el derecho moderno, Reus, Madrid, 1929, 2ª ed., Vol. V, p. 255.

<sup>33</sup> Fischer, R., Los daños civiles, Madrid, 19278, p. 251.

faz psicológica de una persona<sup>34</sup>. Esfera ésta que es un ámbito inmensamente vasto y complejo, y que a raíz de factores externos se demuestra en una variedad de estados de ánimo básicos y vitales (tristeza, melancolía, angustia, pesadumbre), no precisamente alegres (eufóricos o joviales), o bien configurándose bajo distintas formas emocionales (irritación, susto, temor, histeria, angustia, aflicción, fastidio).

11. Hoy, dado el avance de la ciencia, los estados del espíritu resultan más fáciles de diagnosticar o cuanto menos posibilitan su percepción. Más, como fuere, son padecimientos del ser humano cuya causa eficiente no es de difícil comprobación.

Son lesiones inmateriales que tienen su raíz en lo cotidiano.

Y como la vida de relación social es de la esencia misma de la persona humana, la realidad vivenciada de la vida psíquica nos demuestra cómo los distintos acontecimientos comentados influyen en la personalidad.

Aludimos, asimismo, a la angustia que incide en el sentimiento de la vitalidad, manifestándose en la intranquilidad, evidenciable en lo corporal y en el ánimo; aflicción, en cuanto afecta a la propia existencia del ser humano con una vivencia de dolor, una de cuyas manifestaciones virtuales es un encerrarse en sí y apartarse de sus semejantes; temor, configurado por la sensación permanente e insuperable de que algo externo parece poner en peligro la propia conservación del individuo, todo lo que es al reverso de la esperanza; algo similar a estar sumido en un sinfín de dilemas de solida imposible o sensación de que la vida se convierte en una penumbra, desesperación, donde no existe en el ser humano reflexión ni decisión que puedan liberarlo y el horizonte del futuro aparece como un muro tras el cual el hombre con desesperanza, encerrado y obstruido psíquicamente, sin el sabor de la vida, se siente aprisionado y lucha vanamente con denuedo; pesadumbre, donde se siente en un mundo vacío de sentido con una profunda tristeza que gravita pesadamente y empuja a quien la padece hacia la profundidad de la nada y la depresión, que consiste en una vivencia de última oscuridad, abatimiento, desaliento y desazón, una de cuyas manifestaciones está en la expresión corporal, como si la carga del propio se diese a conocer en todos sus movimientos, y la pesadez aludida arrastrase al individuo por la tierra.

---

<sup>34</sup> Busso Eduardo B., Código Civil anotado, Ediar, Buenos Aires, 1949, t. III, p. 13, ap. 75.

Estas dolencias, en cualquiera de sus versiones, requieren de quien las padece una cuota ilimitada de resignación, toda vez que la entidad de las mortificaciones se proyecta en el tiempo. Estas no son fugaces ni efímeras.

Aclárese que la intensidad del agravio moral –en esta consideración psíquica con variedad de síntomas y padecimientos- no guarda una exacta proporción con su fuente productora.

Nazca de un acto ilícito o de fuente contractual en nada variará: un hecho de menor gravedad suele ocasionar un dolor más profundo que otro cuya gravedad puede ser mayor.

Los ejemplos abundan y sería aquí baladí citarlos. Más nadie medianamente sensato puede dudar del estado de malestar, inconveniente y perturbador que puede irrogar un agravio moral, cualquiera fuera su contenido.

Es importante señalar que pueden suscitarse ciertas lagunas en la indemnidad del daño moral al concurrir daños atípicos o no previstos –ciertas afecciones psíquicas ocasionadas por el deceso o la incapacidad de un familiar próximo, perjuicio sexual de la cónyuge- o situaciones en etapa de sanidad en medio de dolores o sufrimientos.

12. Casi inmersos en nuestra cuestión central, vale una sistematización de la noción de daño como una lesión a un interés privado que la ley informa directa tutela y protege, derivando de ello la diversidad del daño: patrimonial y moral o extra patrimonial<sup>35</sup>.

Bajo estas consideraciones, cabe la noción de daño moral, como la especie, comprendida dentro del concepto genérico de daño expresado, caracterizada por la violación de una o varios de los derechos inherentes a la personalidad de un sujeto de Derecho<sup>36</sup>.

En otra perspectiva, Llambías<sup>37</sup> sostiene que el daño moral es una lesión en los sentimientos por el sufrimiento o dolor que padece la persona que no es susceptible de apreciación pecuniaria.

En numerosos casos, es factible que el incumplimiento del contrato genere daños morales más graves que los económicos, e inclusive sólo perjuicios de la primera clase: paciente lesionado en su integridad psicofísica tiene cubierto la totalidad de sus gastos de recuperación. O sea la

<sup>35</sup> Por todos: Pizarro D.R., El daño moral, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, p. 36 y s.s.

<sup>36</sup> Cfr. M.L. C. de Chamorro, La reparación pecuniaria del daño moral, Estudios sobre daño moral, Instituto de Derecho Civil, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1998, N° 5, p. 35.

<sup>37</sup> Tratado de Derecho civil, Obligaciones, Perrot, Buenos aires, 1973, vol. I, p. 300, n° 244 y s.s.

patrimonialidad de la prestación no excluye la extrapatrimonialidad del interés del acreedor pues una cosa es el contenido de la prestación y otra distinta son los intereses o bienes que resultan afectados por el incumplimiento de la obligación<sup>38</sup>.

Es que cuando el daño moral no ha significado daño económico, no cabe contemplar reparación alguna. Luego, la indemnización del agravio moral que el derecho atiende, en la medida que no significa una reparación económica, responde a otros motivos y finalidades que los que determinan usualmente la obligación de resarcir.

13. A esta altura de lo expuesto, cabe considerar la esencia e implicancias del daño moral aludiendo sólo a la opinión de ciertos autores.

Para Llambías<sup>39</sup> la reparación del daño moral encuentra en justificación no por el lado de la víctima de la lesión sino por el lado del ofensor: no constituye un “resarcimiento” o “indemnización” sino una “pena civil”, mediante la cual se reprueba ejemplarmente la falta cometida por el ofensor: tiene calidad punitiva y se le conoce como teoría de la sanción ejemplar o represiva. Y el autor discrepa con Brebbia<sup>40</sup> quien sostiene que si es inmoral la entrega de dinero para compensar el daño moral al damnificado, no se borra esa inmoralidad por la finalidad de la sanción ejemplar o carácter de pena privada que tenga esa entrega.

Considera Llambías que esta es la concepción adecuada del instituto y en su parecer se revela ante la idea de que pueda quedar impune el hecho ilícito por el cual se mortifica a la víctima causándole una injusta aflicción en su ánimo; por hipótesis entiende no media menoscabo patrimonial y no podrá hablarse de resarcimiento de un daño moral inexistente pero habrá que arbitrar algún recurso para que en odio al delito se castigue al delincuente por su acción injusta.

De lo expuesto surge la amplitud de la noción de daño moral y cabe aquí considerar -excepto el ataque a la vida y la integridad corporal- el honor y diversidad de enfrentar, reputación, fama, injerencia en la vida íntima, lesión al nombre, etc.

Sintetiza sus argumentos en estas ideas:

---

<sup>38</sup> Bueres-Highton, Código Civil, Hammurabi, 2 A, Buenos Aires, 1998, p. 230.

<sup>39</sup> Ob. cit. p. 338.

<sup>40</sup> El daño moral, p. 226, ap. b.

a) por tratarse de una pena privada, el derecho a su imposición queda extinguido con la muerte del agraviado y a diferencia de lo que acontece con los daños patrimoniales, la acción no puede ejercitarse contra los sucesores del responsable.

b) de mediar comisión del daño por un dependiente, puede ser perseguido por su principal.

c) de mediar conflicto entre la solución derivada de la índole represiva de la sanción y la referida al reconocimiento de la obligación de reparar del empleador por su trabajador, debe darse prioridad a esta última.

14. Luego de la reforma de la ley 17.711, la redacción del art. 1078 del Código Civil no cabe encuadrarlo en la posición de la pena o sanción ejemplar a propósito del daño moral. La ley habla de la “obligación de resarcir” y de la “reparación del agravio moral”, así como de la “indemnización del daño moral” y en la hipótesis de incumplimiento contractual, la ley se refiere a la “indemnización por responsabilidad” y a la “reparación del agravio moral”, tal lo sostenido por el académico Cifuentes en una sentencia registrada en La Ley 1978-D-647.

El daño moral, como todo daño producido por la violación de un derecho, requiere una reparación acorde de la naturaleza del derecho conculcado.

Reparar no significa crear o producir utilidad y ganancia sino corregir, satisfacer o bien desagraviar. La solución del problema de la reparación del agravio moral se complica, en razón de la incompatibilidad de naturaleza entre el agravio moral, contemplado en sí mismo, y el dinero: el primero, es el sentimiento herido, es el dolor, el sufrimiento mirado en su sola expresión ideal, como fenómeno anímico que gravita en el recinto de la propia conciencia y abale el ánimo del agraviado; el segundo es el único medio con que podrá hacerse efectiva la reparación<sup>41</sup>.

El dolor tiene un significado particular en la vida del hombre y la consideración de aquél y su incidencia en la vida del hombre no es un sustento legal adecuado para soslayar al daño moral de su función resarcitoria<sup>42</sup>.

El daño sea material o moral, genera un desorden en la vida de relación de las personas y la solución consecuente de tal proceder es la reparación

---

41 Respecto del agravio a raíz del homicidio de otra persona, y siendo varios los herederos forzosos, véase Llabrás J.J., La vida humana como valor económico, JA Doctrina, 1974-636.

42 Voto del doctor Jorge Horacio Alterini, La Ley 1978-D-653.

mediante la indemnización. Puede acontecer una lesión material, corporal, o bien daño a la vida o integridad física que puede consistir en un daño directo o inmediato que padece la víctima: por caso, lesión estética con incidencias corporales en una o varias partes del cuerpo y mayor repercusión si fuere un actor -actriz afecta su belleza y actor que ve afectado su rostro.

Daños que afectan a la persona pero aquellos que resultan existenciales no sólo son muy personales sino que son trascendentes para el proyecto de vida, dignidad o bien existencia misma.

Son daños morales directos en cuanto afectan al ser humano en consecuencia y devenir.

15. Cabría el daño moral padecido de manera indirecta -una persona distinta de la víctima, un familiar, que sin fallecer queda afectado de por vida- y en los cuales radica un interés espiritual del afectado.

En la sentencia antes citada dice el Juez Cifuentes: “es un beneficio contrapuesto al daño”: el único posible para que se procure una igualación en los efectos. El dinero, será un medio de obtener goces y distracciones para restablecer el equilibrio frente al desequilibrio producido por el ataque a los bienes inmateriales o extra patrimoniales.

No cabe convertir el dolor en génesis de enriquecimiento patrimonial.

El agraviado no pretende comercializar con el dolor o menoscabo de sus sentimientos y menos aún lucrar con un padecimiento. Se trata, en suma, de la satisfacción compensatoria ante un daño inevitable y consumado: un beneficio que iguale sus efectos.

Ello, no obstante muchos hechos ocasionan daños económicos y morales, independientemente de que constituyan o no de manera contemporánea, un acto ilícito strictu sensu. En otros casos, el resarcimiento del daño material no es suficiente para restablecer la situación de la víctima anterior al acto que la lesionó.

Ante este panorama quien padece un dolor merece una suerte de consuelo y si bien el resarcimiento no puede tener una función de equivalencia dada la naturaleza de las cosas, tiene en cambio, la finalidad de compensar el padecimiento con goces que no necesariamente han de ser materiales.

La modalidad del resarcimiento es el dinero que cumple varios papeles en el Derecho: entre ellos, servir como medio de indemnización reparatoria, en particular tratándose de todas las formas de daño patrimonial.



El dinero con el que se cumple el deber resarcitorio no es bueno ni malo en sí mismo, sino que es un instrumento cuyo valor positivo o negativo depende del uso que se haga de él.

De allí que el dinero es el único medio idóneo de dar a la víctima aquellas satisfacciones que, sino harán desaparecer los sufrimientos padecidos por lo menos han de paliar sus efectos.

Es que el dinero, tendrá en alguna medida con motivo de los daños morales producidos y de la reparación debida, la función de restablecer la situación moral anterior, por el apaciguamiento de las penas, de las inquietudes, de las aflicciones, de las heridas inferidas a las afecciones legítimas, de los dolores morales producidos por el agravio físico o moral, y no sería la de sustituir el daño por su equivalente en dinero por ser éste y aquél de distinta naturaleza, sino la de dar a la víctima un medio adecuado para hacer desaparecer o, por lo menos, para neutralizar o, siquiera sea, para paliar sus efectos.

Aunque el agravio moral sea de suyo inconmensurable y no tenga ni pueda tener un equivalente en dinero, el único medio adecuado de la reparación es el dinero, modo de hacer efectiva la reparación, única satisfacción que podrá concedérsele al ofendido. Jamás el dinero será el precio puesto a las lágrimas vertidas y a verter; más será el medio con que el ofendido buscará y encontrará otros goces –esparcimientos, viajes, sanos placeres- que reemplacen de algún modo la paz espiritual perdida, que alivien en el dolor y en los padecimientos, que contribuyan, en fin, a hacer más llevaderas la existencia.

Es que bien dice Colmo<sup>43</sup> que el derecho civil, sólo contemple intereses patrimoniales, y que a medida que transcurre el tiempo y la vida se espiritualiza más y más, los intereses superiores se van afirmando progresivamente y reclaman la consideración que les corresponde.

El mismo autor<sup>44</sup> nos dice que el daño moral es inconmensurable ¿con arreglo a qué principios se va a determinar el monto pecuniario de cualquier valor de afección?

No hay similitud entre tales valores y el del dinero, por donde y ante tal heterogeneidad, no cabe comparación posible.

---

43 Obligaciones, 1928, p. 127.

44 Ob. cit. p. 130 n° 160.

Concluye en que “no hay que llegar a decir, a propósito, que el honor, la reputación, el afecto, etc. Alcancen a tener un valor corriente, como lo tienen las cosas y demás bienes cotizables, pues no hay paridad de circunstancias, por la doble razón de que en el caso no existen valores económicos en juego ni se tiene la frecuencia indispensable para que se afirme al respecto un criterio fijo.

De cualquier manera, el dinero puede cumplir una función de satisfacción, la cual no es lo mismo que la equivalencia. No es un problema de goces, de sucedáneos placenteros que con el dinero se puedan adquirir, aunque ello quede en la esfera de la conciencia de cada uno. Sino de posible distracciones que hagan olvidar el dolor, la herida y la injuria. De un medio, que permite llenar necesidades que en alguna medida restablecen la paz perdida; la tranquilidad violada; el equilibrio espiritual resquebrajado.

Sería desvalioso que, por sus limitados alcances, lo desecháramos, quedando en la nada o con la nada, y la injusticia del ataque sin ningún tipo de reparación.

16. Como cierre cabría decir que si bien es cierto que el dolor no es mensurable en dinero, la fijación de una cantidad de moneda como medio para compensar el quebranto moral que sufre la víctima es el medio habitual para resarcir el perjuicio ocasionado por la comisión de delitos u otros actos ilícitos.

Para concluir esta primera parte, vale a nuestro juicio la noción de daño moral que suministra Trigo Represas<sup>45</sup> al decir que es el que se infiere al violarse alguno de los derechos personalísimos o de la personalidad, que protegen como bien jurídico a los presupuestos o atributos de las personas en cuanto tales: de una parte la paz, la privacidad, la libertad individual, y sobre todo la salud y la integridad psicofísica de los seres humanos, es decir todo lo que puede resumirse en el concepto de “seguridad personal” del primitivo texto del entonces art. 1078 Código Civil; y de otra el honor, la honra y pudor sexual, los sagrados afectos, o sea todo lo que se conoce como “afecciones legítimas”.

Con motivo de lo expuesto Camarota incluye en la idea de daño moral, el sufrimiento físico de una persona, molestarla en su honor o seguridad,

---

<sup>45</sup> Estudios, ob. cit. p. 195 con acopio de números Autores en cita 13, inclusive citando a Cifuentes y la obra de Camarota, Responsabilidad extracontractual, Depalma, Buenos Aires, 1947, t. I n° 76.

turbarle sus afectos, arruinar o dañar sus bienes con cualquier manifestación perniciosa, intencionalmente provocada.

## V

### EL DAÑO MORAL EN LA NUEVA LEGISLACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

17. La sanción del Código unificado significó en materia de agravio moral una cabal actualización normativa.

En la formulación del art. 1737 CCyCN, cabe deducir la lesión a un derecho subjetivo de tal índole, que tenga “proyección moral”, o toda vez que se lesione un interés extrapatrimonial, susceptible de reparación.

La primera consideración que corresponde al tema es que “las indemnizaciones que corresponden al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a la integridad psicofísica”, resultan excluidas de la garantía común de los acreedores.

Es que la consideración como bien de la personalidad que se reconocen al cuerpo y a la integridad corporal, resulta del valor mismo reconocido a la vida.

En segundo lugar, cuando se analiza en el art. 1738 Cód. cit. el daño resarcible se enumeran una serie de elementos, y se destaca que 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 en su proyecto de vida”, dispositivo que se integra con el art. 1741 que trata de la reparación de las consecuencias no patrimoniales. Y demarca a los sujetos legitimados para el reclamo.

En el art. 1746 Cód. cit. por su parte, se cuantifica la indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica.

Los preceptos a los que me vengo refiriendo son concretos y directos, si bien en alguna norma se reiteran, lo que no le quita valor legisferante, pero abunda en el detalle.

La primera consideración normativa es en el art. 744 inc. f) respecto de los “bienes excluidos de la garantía común de los acreedores”, referido a “las indemnizaciones que corresponden al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica”. Esta dolencia, es

reiterada en el art. 1738 bajo el enunciado “salud psicofísica”, alcanzado por los arts. 1741 y s.s. Cód. cit., destacando que el daño puede afectar la integridad psicofísica y social del sujeto o la integridad de su patrimonio, pudiendo existir en ambos casos consecuencias patrimoniales o extra patrimoniales<sup>46</sup>.

Este término “psicofísico”, era ajeno al Código de Vélez y se incorporó al mundo jurídico, producto de múltiples derivaciones e implicancias que puede padecer un ser humano corolario de diversas circunstancias no queridas: personas privadas de razón o discapacitado cuya dolencia incide o afecta de cualquier manera su cuerpo, desplazamiento, movilidad, etc<sup>47</sup>.

El art. 52 Cód. cit. debe correlacionarse con el art. 1738, ubicado en la Sección del “Daño resarcible”<sup>48</sup>.

El primer precepto no es taxativo sino enunciativo de las “lesiones” o “afectaciones” de que puede resultar pasible, sufrir o alterar la dignidad de las personas humanas.

Porque el ser humano dotado de espíritu, y ser éste el sujeto donde impacta la “lesión”, se imponen soluciones que nos reconducen a aplicar una determinada psicología de Derecho<sup>49</sup>.

En la formulación del art. 52, no se agotan los padecimientos de un ser humano pues a tal enunciado se suman “in genere” “especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima...”. Es que al lado de los bienes llamados “esenciales”, se advierte la existencia de un cierto número de bienes de la personalidad que aunque separables del propio ser de la personalidad, le atañen muy directamente tanto que sin ellos se ha podido pensar que es preferible la muerte.

La normativa jurídica considera, en primer término, “la persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar (sigue la oración).

Es que los descriptores jurídicos<sup>50</sup>, más allá de sus connotaciones científicas y utilización forense, se incorporaron a las lesiones humanas con alcances efectivos: repercusión psíquica del ilícito; ansiedades; padecimientos; sufrimientos; emociones; afrenta; aflicción física o moral; perturbación anímica; disgusto; desánimo; desesperación; pérdida de satisfacción de vivir.

<sup>46</sup> Cfr. El completo estudio de Julián E. Jalil, El daño en la integridad psicofísica de la persona JA 13-2018-1.

<sup>47</sup> Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge, El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 1-ap. del daño físico o corporal y del daño moral a las nuevas figuras.

<sup>48</sup> Cfr. Alterini, Jorge Horacio y otros, Código Civil y Comercial Comentado, Tratado Exegético, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 544.

<sup>49</sup> Lersch, Philipp, El hombre en la actualidad, Gredos, Madrid, 1982.

<sup>50</sup> Muñoz Sabaté, Luis, Psicología del daño moral contractual, Revista Jurídica de Cataluña, N° 1, Barcelona, 1978, p. 317.

Cabe asimismo, agregar, la fama, honra, prestigio, dignidad; decoro y toda aquellas formas de excelsitud, que no están en el espacio sino en el espíritu; que no se inscriben en el tiempo sino en la eternidad de cada individuo.

El honor y la forma son bienes típicamente sociales: uno y otro van unidos a la estimación en y por la sociedad. A menudo se los confunde. Semánticamente, el honor está referido directamente al trato dado o recibido por o de los demás; la fama (rumor, voz pública, renombre) está relacionado con el eco que la persona produce en la opinión pública. Una y otra contribuyen a configurar el estado social de la persona. Honor y fama, que son afectados y pueden ser dañados o perjudicados por los hechos y dichos ajenos.

¿Cuándo habrá una ofensa al honor o un ataque a la buena fama? La respuesta puede contestarse de modo diferente, según las circunstancias. Honor y fama son valores relativos. No sólo valorados de modo diverso según lugar y tiempo sino, sobre todo, según grupos sociales y ambientales. Lo que un círculo estima contra la honra o infamante, otro lo verá como motivo de vanagloria o de útil propaganda.

Caben enumerar: ataques contra el honor; la excelencia; la reputación; el prestigio; la trayectoria; la fama; el crédito; pero además hay otra parte afectiva, que se halla configurada por los trastornos íntimos todo lo que gira en derredor de la faz psicológica de una persona. Esfera ésta que es un ámbito inmensamente vasto y complejo, y que a raíz de factores externos se demuestra en una variedad de estados de ánimo básicos y vitales (tristeza, melancolía, angustia, pesadumbre), no precisamente alegres (eufóricos o joviales), angustia, aflicción, fastidio).

Hoy, dado el avance de la ciencia, los estados del espíritu resultan más fáciles de diagnosticar o cuanto menos posibilitan su percepción. Más, como fuere, son padecimientos del ser humano cuya causa eficiente no es difícil comprobación.

Y como la vida de relación es la de esencia misma de la persona humana, la realidad vivenciada de la vida psíquica nos demuestra cómo los distintos acontecimientos concentrados influyen en la personalidad.

Es que el menoscabo físico o psíquico que puede padecer una persona, sin perjuicio de tener en cuenta las consecuencias disvaliosas patrimoniales o

extrapatrimoniales que pudieran ocasionar, por su sola existencia, per se es un daño jurídico porque vulnera un derecho reconocido por el Código Civil<sup>51</sup>.

En línea con lo sostenido, se ha dicho que “todo daño inferido a la persona corresponde apreciarlo en lo que represente como alteración y afectación, no sólo del cuerpo físico sino también del ámbito psíquico del individuo, con el consiguiente quebranto de la personalidad de manera que importe también éste un menoscabo a la salud, considerada en su aspecto integral, computándose también la incidencia o repercusión que todo ello en alguna medida puede aparejar sobre la vida de relación del damnificado”<sup>52</sup>.

El precepto antes referido continúa su formulación con la familia que es extensible a los herederos forzosos que invisten ese carácter a la época del fallecimiento (Pizarro).

Y en la enumeración de las “afecciones espirituales legítimas” -art. 1738-, aludimos a la angustia que incide en el sentimiento de vitalidad, manifestándose en la intranquilidad evidenciable en lo corporal y en el ánimo; aflicción en cuanto afecta a la propia existencia del ser humano con una vivencia de dolor, una de cuyas manifestaciones virtuales es un encerrarse en sí y apartarse de sus semejantes; temor, configurado por la sensación permanente e insuperable de que algo externo parece poner en peligro la propia conservación del individuo, todo lo que es el reverso de la esperanza; algo similar a estar sumido en un sinfín de dilemas de salida imposible o sensación de que la vida se convierte en una penumbra; desesperación, donde no existe en el ser humano reflexión ni decisión que puedan liberarlo y el horizonte del futuro aparece como un muro tras el cual el hombre con desesperanza, encerrado y obstruido psíquicamente; sin sabor de la vida, se siente en un mundo vacío de sentido con una profunda tristeza que gravita pesadamente y empuja a quien la padece hacia la profundidad de la nada y la depresión, que consiste en una vivencia de íntima oscuridad, abatimiento, desaliento y desazón, una de cuyas manifestaciones está en la expresión corporal, como si la carga del propio cuerpo se diese a conocer en todos sus movimientos, y la pesadez aludida arrastrase al individuo por la tierra.

Estas dolencias, en cualquiera de sus versiones, requieren de quien las padece una cuota ilimitada de resignación, toda vez que la entidad de las mortificaciones se proyecta en el tiempo: estas no son fugaces ni efímeras.

---

51 Alferillo Pascual, El daño psíquico, autonomía conceptual y resarcitoria. L.L. 2013-E-1063.

52 L.L. 1989-C-523.

Y sin agotar las referidas dolencias, citamos las perturbaciones del sistema vegetativo y del sistema nervioso central (taquicardia, disneas, alteraciones vasculares o trastornos de los procesos metabólicos).

El art. 1738 cit. relativo a las “consecuencias... y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida” da cuenta de la unidad existencial de todos los daños que están correlacionados, incidiendo en las otras esferas de la persona.

El daño al proyecto de vida es un ideal por alcanzar con las potencialidades de cada cual y las opciones que le ofrece al ser humano o el mundo circundante<sup>53</sup>.

El proyecto de vida es inherente al ser humano en cuanto libre y temporal. Para vivir hay que proyectar. El proyecto de vida se explica, con referencia al ser humano, que como se dijo, es libre y temporal.

El proyecto le otorga un sentido a su vida. De allí que un daño que atente contra el proyecto de vida, que lo frustre o menoscabe afecta al ser en cuanto tal; máxime cuando la persona humana se vale de su envoltura psicosomática para realizar su proyecto de vida.

El daño al proyecto de vida es un daño futuro y cierto, duradero que compromete de por vida a la persona. Una frustración de esta índole difícilmente se supera o bien deja en el sujeto una huella que resulta indeleble<sup>54</sup>; es el daño más profundo, más grave que se le puede causar al ser humano.

## VI

### FINAL

El instituto del agravio o daño moral con el transcurrir del tiempo y del Derecho, ha evolucionado no sólo en su regulación sino también en su contenido. Las distintas formulaciones legales, sus interpretaciones y elaboraciones doctrinarias, desde la reforma de la ley 17.711 hasta nuestros días, exteriorizan los matices y variedades de afecciones morales de las que es pasible un sujeto mediante un ilícito generador de responsabilidad. Es que el dolor –propio de la condición humana- reconoce múltiples causaciones, devenir ha enriquecido al Derecho mediante la psicología, psiquiatría, antropología, filosofía de la existencia que menoscaban o limitan a la persona

<sup>53</sup> Cfr. Alterini, Jorge Horacio, ob. cit. t. VIII, p. 218 y bibliografía que allí se cita.

<sup>54</sup> Fernández Sessarego, Carlos, Daño moral y daño al proyecto de vida, Revista de Daños, cit., p. 25 ss.

humana, así daño intimidad; daño juvenil; daño sexual; daño a la vida de relación; daño a los proyectos de vida y daño psíquico.

Las enmiendas del Código unificado en la materia que tratamos, dan cuenta de un refinamiento en la consideración la personalidad susceptible de nuevos detrimentos y lesiones en la gran intimidad del ser de una persona que en el perjuicio final denotan el daño.

En un tema tan delicado donde confluyen tantos factores, en general en derredor de un a persona humana cuya lesión se refiere al efecto –ya aludido como perjuicio final- no cabe prescindir de la circunstancias en que se irrogó el daño que serán datos para calificar y determinar la entidad de aquél, que se reitera será moral, sin perjuicio de su mayor o menor importancia.