

## **DAÑO MORAL**

(Manuel Riera Escudero)

Con motivo de cumplirse 20 años de vigencia del Código Civil paraguayo (Ley N° 1183/05), a pedido del Dr. Antonio Tellechea Solís, Rector de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, bajo los auspicios de la UCA, la prestigiosa Editorial Jurídica La Ley Paraguaya S.A., publicará monografías que analicen “*Los 20 años del Código Civil: Pasado, presente y futuro del derecho privado paraguayo*”.

En cumplimiento de tan elogioso pedido, pongo a consideración de los hombres de derecho este análisis del *Daño moral* en nuestra legislación.

Para abordar el instituto del *daño moral* es necesario revisar primero toda la *teoría del daño* (en general) y, por lo mismo, las *fuentes* de las obligaciones.

Para saber dónde estamos a partir de la promulgación de nuestro Código Civil, y apreciar cuánto nos hemos apartado de DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD (y de su gran influencia romana), debemos volver sobre nuestros pasos, para recorrer de nuevo más de 100 años de vigencia de la obra legada por el gran maestro rosarino.

### **Evolución de la teoría de las obligaciones**

VÉLEZ incluyó a las *Obligaciones en general* en el Libro Segundo (Sección Primera – Parte Primera) del Código Civil Argentino, regulando como parte de ellas (con preeminencia) a aquellas que nacen de los *contratos* (Sección Tercera), bajo los influjos *románicos* de aquella época; pues, no debemos olvidar que el D<sup>R</sup> DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD escribió su anteproyecto a mediados del Siglo XVIII y que, principalmente, sus fuentes de inspiración fueron las leyes romanas, españolas y el Código Napoleónico.

En nuestro Código Civil (1985) *las Obligaciones* están contenidas en el Libro Segundo (Título II), reconociendo –con ello el Código– una *teoría general* de las *obligaciones*. Aceptando que las *obligaciones* derivan de la ley, de los contratos y de los actos ilícitos y, en consecuencia, presiden –con los hechos y actos jurídicos– todas las relaciones jurídicas derivadas de las relaciones sociales.

En tiempos de VÉLEZ las obligaciones estaban reguladas en el Código Civil y en el Código de Comercio (VÉLEZ y ACEVEDO), y las reglas contenidas en el Código Civil eran de aplicación supletoria.

Nuestros legisladores unificaron las obligaciones, siguiendo la doctrina más moderna, iniciada –en este sentido– por la legislación suiza (1909). El más insigne jurista paraguayo, el D<sup>R</sup> LUÍS DE GÁSPERI siguió esta corriente, recogida por el Código Italiano (1942), que la Comisión Nacional de Legislación acogió,

constituyéndose –según el Prof. RAMÓN SILVA ALONSO– en “una de las más importantes conquistas del nuevo Código Civil”<sup>1</sup>.

*Obligationum est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei*<sup>2</sup>, rezaban las *Institutas* de JUSTINIANO, uno de los más grandes juristas romanos. Esta definición, si bien no fue incluida por VÉLEZ en su obra, indudablemente, marcó el rumbo de su anteproyecto sobre la materia. La evolución del Derecho impuso (sin haber sido desplazada del todo aún) la *teoría objetiva* de las obligaciones, modificando el concepto (aunque no la idea primigenia) y reconoció que la *relación* nacida de las obligaciones (si bien –también– es *subjetiva*) es principalmente *patrimonial*. Esta idea siguió evolucionando hasta modificar (con idéntico criterio) la misma teoría de los daños, como veremos.

Si aceptamos la *teoría objetiva* de las obligaciones, siguiendo a los exegetas franceses, debemos reconocer que las obligaciones son *personales* (art. 474) y *reales* (art. 2188) o la suma de ambas (art. 2294). Esta clasificación es criticada por algunos autores, como muchas otras, pero la mencionamos, porque sirve para comprender hacia donde apuntamos, cuando pretendemos demostrar cómo nuestro Código Civil incorporó el *daño moral* a la doctrina de los daños, que VÉLEZ limitaba a los hechos criminales.

### **Elementos de las obligaciones**

Para VÉLEZ (y los autores de la época) los *elementos* de las obligaciones eran los *sujetos* (acreedor y deudor), el *objeto* (prestación) y la *causa* (el más polémico de los elementos). Los *sujetos* podían y pueden ser personas físicas o jurídicas; el *objeto* podía y puede ser cualquier bien jurídicamente tutelable [moral (derivados de las relaciones personales) o patrimonial (de apreciación en dinero)]<sup>3</sup>. Estaban y están subclasificadas (genéricamente) en obligaciones de dar cosas ciertas (art. 463), inciertas (art. 469) o sumas de dinero (art. 474), de hacer y de no hacer (art. 476 y sg.).

Si la *causa* es un elemento *necesario* de las obligaciones (*teoría de la Causa*), sigue dividiendo a los autores. Para VÉLEZ, “no hay obligación sin causa” (art. 499). La discusión fue instalada por los franceses en el Siglo XVIII cuando sostuvieron que la validez de los contratos supone una *causa lícita*, frente al formalismo romano que confundía el concepto: *causa* con el concepto: *fuerza*. Para evitar esta confusión, según algunos, nuestro Código Civil abandonó la *teoría de la Causa* (aunque no estoy muy seguro de ello) para adherirse a la *teoría de la Fuente* (art. 417).

---

<sup>1</sup> RAMÓN SILVA ALONSO. *Derecho de las obligaciones en el Código Civil Paraguayo*, pág. 96, n° 41 (6ª edición actualizada. Intercontinental editora. Asunción. 2000).

<sup>2</sup> “la obligación es un vínculo de derecho, por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa”.

<sup>3</sup> “La prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y corresponder a un interés personal, aún cuando no sea patrimonial del acreedor” (art. 418, Código Civil).

Ante un problema tan abstruso como éste, permítaseme cabalgar sobre VÉLEZ y sobre nuestro Código Civil para tratar de entender la cuestión. Los romanos reconocían en la *voluntad* y en los *hechos ilícitos* las únicas causas de las obligaciones<sup>4</sup>, entendidas como *fuentes* [los contratos (art. 669), los cuasi contratos (art. 1808), los delitos y los cuasi delitos (art. 1833 y sg.) y la ley (art. 256, por ejemplo)]. La doctrina clásica francesa sostiene que la causa de los contratos es el fin del acto jurídico y se da cuando se cumplen los hechos objetivos del contrato<sup>5</sup>. Los *anticausalistas* sostuvieron la *inutilidad* de la teoría, alegando que la *causa ilícita* y el *objeto* del contrato se confundían y que, por lo tanto, la teoría tenía una naturaleza exageradamente objetiva. Sin embargo, las ideas *causalistas* renacieron de la mano de CAPITANT, quien otorga a la causa una dimensión subjetiva y otra objetiva, y la considera un elemento esencial del acto jurídico; es subjetiva, en cuanto contiene el deseo del sujeto, y es objetiva en cuanto se convierte en finalidad del negocio.

La doctrina moderna —a la que se adhirió nuestro código— sólo reconoce como *fuentes* de las obligaciones a la ley (art. 417), a los contratos (art. 669) y a los actos ilícitos (art. 1833), aunque, algunos autores sostienen —definitivamente— que las únicas fuentes son la ley y los contratos.

Pese a aquellos que sostienen que nuestro código abandonó la teoría de la causa, para adherirse a la teoría de la fuente, tengo para mí, que la teoría de la causa subyace en nuestro código (art. 1817). “En cuanto a la causa como finalidad del acto o de la obligación en un contrato —sostiene SILVA ALONSO— es innegable que la noción queda incorporada al Código, aunque claramente no se utilice la voz causa”<sup>6</sup>.

Las normas jurídicas regulan las relaciones de las personas en sociedad y hacen que éstas actúen de acuerdo a la ley, comprando, vendiendo, donando, alquilando, contratando, etc., con un *fin* práctico destinado a satisfacer sus intereses (patrimoniales o no). Ese *fin* que impulsa a las personas a actuar de una o de otra manera se convierte así en la *causa* de su proceder; en la razón que —a su criterio— justifica el acto jurídico otorgado<sup>7</sup>. En un gráfico ejemplo BORDA demuestra por qué *causa* y *motivo* no son la misma cosa, aunque pueden confundirse. La compra de un revolver —dice— es un acto lícito, cuya causa es comprarlo, aunque el motivo sea

---

<sup>4</sup> RAYMUNDO M. SALVAT. *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Obligaciones en general, pág. 12, n° 25 (3ª edición, corregida y aumentada. Librería y Casa Editora de Jesús Menendez. Buenos Aires. 1935).

<sup>5</sup> SILVA ALONSO. *Op. cit.* “Domat entiende la causa de los hechos objetivos del contrato, como era lógico hacerlo en el sistema formalista del Derecho romano” (pág. 112, n° 67).

<sup>6</sup> SILVA ALONSO. *Op. cit.*, pág. 115, n° 73, *in fine*.

<sup>7</sup> GUILLERMO A. BORDA. *Tratado de Derecho Civil*. “Según la doctrina más difundida, causa es el fin inmediato y determinante que han tenido en mira las partes al contratar, es la razón directa y concreta de la celebración del acto, y precisamente por ello, resalta para la contraparte, que no puede ignorarla” (Parte General II, pág. 96, n° 847. 9ª edición actualizada. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1988).

ilícito (matar a alguien). Tengo para mí que la *teoría de la Causa* sólo puede explicarse si se acepta la causa como *fuerza* (cuando ella deviene de la ley) o como *fin* cuando ella es la razón del acto jurídico (art. 1801), considerándola como elemento subjetivo necesario del contrato. “Entendemos –afirma BORDA– que la causa está integrada por todo lo que ha sido *determinante* de la voluntad del sujeto, siempre que esa finalidad esté incorporada expresa o implícitamente al acto mismo”<sup>8</sup>.

Siguiendo la jurisprudencia argentina, nuestro Código Civil se sustrae a la teoría de la causa, otorgando a los jueces la posibilidad de anular los actos jurídicos cuyo *objeto* es ilícito (art. 299). En el afán de evitar los conflictos suscitados sobre la *causa* como elemento necesario de las obligaciones, nuestro Código eliminó los arts. 499, 500 y 502 de VÉLEZ entre otros, pero, sin embargo, no pudo dejar de incorporar, por ejemplo, el instituto del enriquecimiento sin causa (art. 1817), donde la nulidad sobreviene por falta de *causa*, no por tener un objeto ilícito. En las obligaciones unilaterales (v.g. títulos cartulares), la ley paraguaya reconoce la existencia de una *causa subyacente* que, simplemente, es inoponible a terceros, pero que existe entre las partes originales. O sino ¿cómo se explican el art. 465 del Código Procesal Civil o el art. 1508 del Código Civil?

Definitivamente, la *teoría de la Causa* de las obligaciones, entendida como *causa-fuente*, *causa-final* o *causa eficiente*, sigue siendo –cuanto menos– útil para determinar si un acto es jurídicamente válido.

De ahí que, en nuestra opinión, en la teoría de las obligaciones no puede dejar de aceptarse que existen elementos *subjetivos* y *objetivos* que determinan su validez jurídica.

### **Teoría del daño**

“El que comete un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño” (art. 1833). Este es el principio general.

POTHIER sistematizó parcialmente la teoría, distinguiendo las consecuencias de aquellos actos realizados con *dolo*, donde el deudor responde por las consecuencias *previsibles* e *imprevisibles* (*inmediatas* y *necesarias*), o realizados sólo con *culpa*, donde el deudor responde por las consecuencias *previsibles*. Pero en todos los casos la *doctrina tradicional* considera la materia de daños una cuestión patrimonial, donde la reparación derivada de los daños causados por la inejecución de un contrato sólo podía ser pecuniaria, nunca moral (art. 519, VÉLEZ). La excepción estaba contemplada cuando el daño se derivaba de un ilícito criminal (art. 1078, VÉLEZ). La tendencia moderna – como veremos – se inclina por admitir el daño moral en todos los casos, cualquiera sea la fuente de la obligación.

---

<sup>8</sup> BORDA. *Op. cit.*, Parte General II, pág. 101, n° 849 quárter.

La reparación del daño se sitúa en el Derecho como un sustituto de la venganza, a la que primitivamente recurría el ofendido, otorgándole *justicia* reparadora.

Para VÉLEZ, el único fundamento de la responsabilidad civil era la culpa (art. 1109). Obviamente, desconocía la teoría del *riesgo creado* (responsabilidad objetiva).

La evolución del Derecho en materia de *responsabilidad por daños* está transitando del criterio *punitivo*, sobre el que se asentaba VÉLEZ, donde se buscaba castigar al culpable, hacia un sistema *reparador*, que pretende reponer a la víctima el daño injustamente sufrido, fundado en el deber genérico de no dañar. La doctrina, la jurisprudencia y las legislaciones modernas han superado el principio según el cual "no hay responsabilidad sin culpa".

LORENZETTI analiza la evolución de la doctrina señalando que la protección gira alrededor del acto dañoso; que se aleja de los tipos, diluyéndose los distinguos entre responsabilidad contractual y extracontractual, antijuridicidad material y formal; que surge el principio *favor victimae*, y que evoluciona hacia un microsistema estatutario sustentado en la teoría de la reparación<sup>9</sup>. De hecho, caminamos hacia un Derecho de Daños.

La obligación de reparar se convierte así en la consecuencia de un *deber* de no dañar o de restablecer la situación modificada como consecuencia del acto ilícito cometido (*statu quo ante*).

Así, pues, en principio, para que haya responsabilidad civil deben darse varios presupuestos:

- 1) Un *acto voluntario* manifestado a través de hechos exteriorizados, en forma positiva (*acción*) o negativa (*omisión*). La excepción a la regla reconocida generalmente está contenida en la obligación de reparar los daños causados por hechos involuntarios "si con el daño se enriqueció el autor del hecho, –pero sólo– en la medida en que se hubiere enriquecido" (principio del enriquecimiento sin causa).
- 2) El acto voluntario (conducta o comportamiento humano) debe ser *antijurídico*, es decir, contrario a derecho, constituyéndose en un *ilícito* (delito o cuasidelito, incumplimiento o acto abusivo), y causar un daño (no hay responsabilidad sin daño). Será *formal* cuando esté expresamente prohibido en una ley que manda hacer o no hacer (antijuridicidad *formal*); o será *material* porque tiene una manera de ser contraria al derecho (antijuridicidad *material*).

---

<sup>9</sup> RICARDO LUÍS LORENZETTI. Seminario de actualización LA LEY. Responsabilidad por daños (Agosto/Setiembre. 2000). Aula Magna Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción" (Asunción – Paraguay).

- 3) El acto antijurídico y dañoso debe ser *imputable*, de manera *subjetiva* (culpa o dolo) o de manera *objetiva* (riesgo creado); es decir, debe haber un factor de atribución. En caso contrario no habrá imputabilidad.
- 4) Debe haber *daño*. Este es el presupuesto central. Existirá daño, siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión. El daño debe ser real y cierto, material o moral, y puede ser presente o futuro.
- 5) Por último, debe haber *causalidad* entre la acción antijurídica y el daño causado. Hoy la doctrina –con casi ninguna resistencia– acepta la teoría de la *causa adecuada*, abandonando las teorías de la *causa próxima* y de la *causa eficiente*. Las consecuencias anormales "según el curso natural y ordinario de las cosas" no deben ser indemnizadas.

La incorporación de la “teoría del riesgo” en las legislaciones modernas ha complementado (sin eliminar) el principio original según el cual: "sin culpa no hay responsabilidad" (*pas des responsabilité sans fault*).

Con la obligación de reparar los daños derivados de los hechos ilícitos, está la obligación de reparar los daños producidos por incumplimiento de los contratos que, en definitiva, es un modo de ilícito, porque contraría el principio *pacta sunt servanda*. En este supuesto, la responsabilidad por daños alcanza a los hechos y actos vinculados con los contratos, aunque estos se hayan producido antes de la firma; es decir, a aquellos actos que condicionan los acuerdos celebrados, a los que se conocen como *precontractuales* (ej: deber de buena fe en la formación del contrato, deber de información, etc.).

La importancia de distinguir si la responsabilidad es *subjetiva* u *objetiva* es trascendental a la hora de la prueba, pues, en la *subjetiva*, el fundamento de la responsabilidad es la *culpa*, en cambio, en la *objetiva* rige la presunción de culpa y se invierte la carga de la prueba (ya que ella no es necesaria para realizar la imputación), salvo que existan causas eximentes. Este criterio también vale para el ámbito contractual, donde la culpa del deudor en el incumplimiento se presume, aunque se admita la prueba en contrario. Como consecuencia de esta tesis, no puede permitirse que las partes contratantes puedan incorporar a los contratos cláusulas limitativas de responsabilidad por *dolo*. Podrán admitirse aquellas que dispensan la *culpa*, siempre que no violen normas de orden público o que por su extensión no importen un verdadero desequilibrio en la relación, vulnerando el principio de equivalencia de los contratos. Por estas razones, igualmente deben considerarse nulas las cláusulas predisuestas que supongan este desequilibrio, a las que deberán considerarse *abusivas*.

A todas estas consideraciones, no debemos olvidar agregar la distinción entre obligaciones *de medio* y *de resultado* (contractual o extracontractual). BELLUSCIO, señala que la distinción entre una y otra está en la existencia o inexistencia de un álea en la ejecución de la obligación; “de haber álea –dice–, la obligación sería de medios, de no

haberla, de resultado”<sup>10</sup>. Esta distinción resulta fundamental, porque “en las obligaciones de medios –en las que tiene vigencia la no culpa– el criterio legal de imputación es la culpa, mientras que en las obligaciones de resultado –en las cuales la diligencia del *solvens* queda fuera de cuestión–, el factor de atribución es objetivo (crédito a la seguridad especial, garantía, tutela del crédito, riesgo, etc.)”<sup>11</sup>.

### **Acto voluntario**

Debe ser entendido en sentido positivo, como acción (hacer), o en sentido negativo, como omisión (no hacer) del deber legal (art. 1834). Igualmente comprende al acto abusivo (art. 372), entendido como fraude a la ley.

Sin embargo, no es cualquier acto el que genera responsabilidad. Para ello, el acto debe ser *voluntario*; realizado con intención, discernimiento y libertad (arts. 277 y 1844), y –además– debe exteriorizarse (*voluntas in mente retenta, voluntas non est*). Debe poder probarse que era un *hecho* querido por el autor, con independencia del *resultado*. Pero ello no es suficiente el acto voluntario, que sólo generará responsabilidad civil en la medida que se den los demás presupuestos. Si alguno de los presupuestos de la responsabilidad faltare, el autor del acto voluntario no es responsable.

El *hecho* (acción u omisión) que interesa a la *teoría del daño* es sólo aquél acto humano que produjo un *daño*<sup>12</sup>. Quedan fuera los hechos de la naturaleza que producen daño pero no generan responsabilidad.

Fundado en principios de equidad y justicia, sin que intervengan los conceptos de culpa o riesgo creado, hay obligación de reparar los daños causados por hechos *involuntarios* (excepción a la regla) "si con el daño se enriqueció el autor del hecho, –pero sólo– en la medida en que se hubiere enriquecido" (art. 284).

### **Antijuridicidad**

Es antijurídico el hecho contrario a *derecho*; aquél realizado contra una prohibición expresa de una norma o aquél que omite hacer lo que la norma manda (antijuridicidad *formal*). Hasta aquí el criterio de VÉLEZ, fundado en la garantía constitucional “De la libertad y de la seguridad de las personas”, según el cual “Nadie

---

<sup>10</sup> AUGUSTO C. BELLUSCIO. *Obligaciones de medios y de resultado. Responsabilidad de los sanatorios* (LL 1979-C-24).

<sup>11</sup> ALBERTO J. BUERES. *Responsabilidad contractual objetiva*. (JA 1989-II-977).

<sup>12</sup> BUERES. *El daño injusto y la ilicitud e ilicitud de la conducta*. “Asimismo, la acción que se capta en la responsabilidad civil es la que produce un daño. En materia penal las corrientes finalistas tienen un concepto más amplio de acción (o conducta, como también se la suele llamar). De esta manera entonces, se afirma que la acción humana es el ejercicio de una actividad final (no solo causal)” (pág. 144). Editorial La Roca. Buenos Aires. 1989).

está obligado a hacer lo que la ley no ordena ni privado de lo que ella no prohíbe” (art. 9, Constitución Nacional).

La doctrina moderna considera actos contrarios a derecho todos aquellos que ofenden los principios generales del derecho, aunque la prohibición de hacer o de no hacer no esté expresamente establecida en la ley (antijuridicidad *material*).

Sin embargo, no todos los hechos antijurídicos generan responsabilidad civil; sólo los que ocasionan daño. De ahí que hoy la teoría del daño considere el *hecho* antijurídico, como desaprobado por el orden constituido, independientemente del *sujeto* que lo realiza. Así, pues, un *hecho* puede ocasionar daño (que exige reparación civil) aunque no haya culpa imputable al autor (arts. 1833 y 1837); y puede existir culpa, sin daño, en cuyo caso no existe responsabilidad civil.

Para nuestro Código la obligación de indemnizar no mediando culpa sólo corresponde “cuando una ley o reglamento obligare al cumplimiento del hecho omitido” (art. 1834, inc. a) *in fine*). Sin embargo, la doctrina ha incorporado a los casos indemnizables de *omisión antijurídica* aquella en que –por omisión no culpable– se ocasiona un daño dejando de hacer lo que una persona *normal* no habría dejado de hacer<sup>13</sup>, con lo que queda excluido –naturalmente– el acto heroico. Siguiendo esta nueva corriente, el Código Penal incorpora –como delitos, por ejemplo– la *omisión de auxilio* (art. 117) o la *omisión de aviso de un hecho punible* (art. 240), y por esta vía, queda incorporada al derecho positivo paraguayo.

Para el derecho existen actos que, aunque pudieran considerarse antijurídicos en situación normal, están *justificados*; aquellos en que el daño ocasionado no genera responsabilidad, porque la ley considera legítima la acción de la persona que lo ocasiona, como la legítima defensa (art. 1838) o el estado de necesidad (art. 1839).

### **Imputabilidad**

Considerando que VÉLEZ desconocía la *teoría del riesgo*, la imputabilidad en su concepción clásica era considerada un presupuesto de responsabilidad por *culpa* (que incluía al *dolo*), aunque no ignoraba la tesis de los canonistas según la cual cada uno debía responder de sus propios actos, aunque sean actuados sin culpa. De alguna manera así lo estableció respecto de la responsabilidad por hechos ajenos (arts. 1113, 1129 y 1133, por ejemplo), que son formas de responsabilidad sin culpa.

En nuestro Código Civil la imputabilidad está considerada como el factor de atribución de responsabilidad, independientemente de que la persona sea el autor

---

<sup>13</sup> JORGE MOSSET ITURRASPE. *Responsabilidad por daños*. “La responsabilidad por omisión ha dejado de considerarse excepcional, equiparándola a la que emerge de la acción. “El Juez –dice Mazeaud-Tunc– para determinar si existe responsabilidad en el supuesto de abstención, debe averiguar si un individuo normal se habría abstenido en iguales condiciones” (Tomo I, Parte General, n° 13, pág. 31). Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. 1982.

directo del daño. De ahí que la imputabilidad pueda ser *subjetiva*, por culpa o dolo (arts. 451, 1833 y 1834), u *objetiva*, fundada en el riesgo creado (art. 1846).

La *culpa* supone negligencia, imprudencia o impericia; implica haberse equivocado en la manera de proceder, al no haber actuado como lo habría hecho una persona cuidadosa, al no vencer el error que podía haber sido evitado poniendo esmero y cuidado para evitar el resultado dañoso. Es culpable quien no haya previsto lo que podía prever, o no haya evitado lo que podía evitar<sup>14</sup>.

Nuestro Código –al igual que VÉLEZ– no distingue entre culpa penal y culpa civil, defendiendo la naturaleza *única* de culpa, al establecer que “Después de la condena del acusado en el juicio criminal, no se podrá negar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituye el delito, ni impugnar la culpa del condenado” (art. 1868).

El *dolo* para VÉLEZ consistía en la ejecución de un acto con intención de dañar (*animus nocendi*), dividiendo a la doctrina entre aquellos que seguían este criterio, defendido por POTHIER, DEMOLOMBE y otros, y quienes sostenían que el mero incumplimiento de una obligación legal configuraba dolo, sin requerirse la intención de dañar (acto contrario a la ley)<sup>15</sup>. A partir de la *Teoría de la Voluntad* la doctrina y la jurisprudencia han clasificado el dolo, en *inmediato*, *mediato* y *eventual*.

Considerada la *imputabilidad* como un factor de atribución de responsabilidad civil, subjetiva y objetiva, la ley estableció en que casos el sujeto no es imputable por razones subjetivas, incluyendo entre ellos a los dementes y a los menores de 14 años (arts. 278 y 1837).

Fundado en razones de justicia y de equidad, el Código incorporó la *teoría del riesgo creado* (art. 1846), sin apartarse de la *teoría de la culpa*. Acepta el concepto de responsabilidad objetiva, responsabilizando a quienes causan daños o lesionan derechos de terceros actuando en beneficio, provecho o satisfacción propios al realizar actividades y servirse de bienes potencialmente peligrosos, que conllevan la contingencia de un daño. Quien se beneficie o disfrute de algo debe soportar las consecuencias que ese beneficio o goce ocasione a otros<sup>16</sup>. Así, pues, la idea de la justicia conmutativa se convierte en soporte jurídico de la *teoría del riesgo*, exonerando a la víctima del deber de probar la culpa, de manera a facilitar la reparación del daño

---

<sup>14</sup> *Culpa esse quoad eum quem diligente provideri puerit provisum non fuit* (hay culpa porque no se previó aquello que con diligencia hubiera debido preverse).

<sup>15</sup> BORDA. *Obligaciones*, Tomo I, pág. 77, n° 116.

<sup>16</sup> ALBERTO G. SPOTA. *Responsabilidad objetiva y responsabilidad presumida. La cuestión en la locación de obra*. “Se halla de por medio la solidaridad y utilidad social y la justicia de que la causa desconocida del daño la soporte el dueño y el guardián de ella en cuanto al deber resarcitorio, si se demuestra el nexo de causación adecuada entre la cosa y el perjuicio; o sea, que dicha causa desconocida y sus consecuencias deben recaer sobre quien obtiene el provecho económico de esa cosa, y no sobre el damnificado que no creó el riesgo ni obtuvo beneficio de ello” (Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones. Editorial Depalma. Año 9, N° 49. Febrero de 1976, pag. 69).

causado, cuando este es consecuencia del factor de riesgo introducido por una persona en la comunidad.

En un principio, influenciados por la doctrina clásica, la responsabilidad por riesgo fue aplicada, pero –siempre– inspirada en la teoría de la culpa, hasta que finalmente se instaló la teoría de la *reparación*, que obliga a restituir o compensar lo perdido, hasta inclusive omitiendo las nociones de culpa y de riesgo.

Para concluir este aspecto referido a la *imputabilidad* sólo nos resta señalar que el mundo gira hacia un sistema de *seguridad social*, constituido por fondos de garantías para actividades peligrosas destinado a la reparación de daños<sup>17</sup>.

### **Daño**

No puede haber responsabilidad sin *daño jurídico*, entendido por tal aquél ocasionado por un acto antijurídico atribuible a una persona (art. 1833).

“Existirá daño –señala el art. 1835–, siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión”, lo que supone la lesión de un interés jurídicamente protegido (legítimo), subjetiva u objetivamente.

Si no media justificación, la injusticia intrínseca del daño, entendido como menoscabo de un interés jurídico<sup>18</sup>, impone el resarcimiento. Todos aquellos derechos garantizados por la ley (patrimoniales, espirituales o intangibles), en tanto y en cuanto se vean lesionados, ocasionan daño y, por lo mismo, obligan a quien los haya lesionados a repararlos<sup>19</sup>.

El daño debe ser *cierto*, real, no hipotético; debe haber certeza (no actualidad) en cuanto a su existencia presente o futura. La amenaza o el simple peligro de daño

---

<sup>17</sup> NOEMÍ L. NICOLAU. *La responsabilidad*. “El daño, que se concibe en la actualidad como la violación de un derecho subjetivo o interés legítimo, patrimonial o extramatrimonial, puede provenir de derechos humanos (a los que se denomina adjudicaciones o repartos), o de acontecimientos de naturaleza, el azar o influencias humanas difusas (denominadas distribuciones). Se avizora un humanismo-paternalista que trata de aumentar mediante el resarcimiento pronto de sus daños con fondos de garantía para las actividades peligrosas, es claro que, de producirse lo que pronosticamos, llegaríamos a un sistema de seguridad social que, significaría pasar de la responsabilidad personal ala reparación de riesgos” (pág. 45. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1995).

<sup>18</sup> ROBERTO A. VÁZQUEZ FERREIRA. *Responsabilidad por daños (Elementos)*. “El daño es la lesión a un interés jurídico” (pág. 174. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1993).

<sup>19</sup> RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO. *Manual de obligaciones*. “El daño implica siempre la lesión a un interés humano jurídicamente tutelado, ya sea menoscabando valores patrimoniales o extramatrimoniales. Como afirma DE CUPIS, “lo que el derecho tutela, el daño vulnera”. Si bien aplicable a otra ciencia, vulgarmente se dice que “no hay enfermedades sino enfermo”; en este caso es dable sostener que “no haya daños sino damnificados”, ya que el daño es reprehensible en tanto violento intereses humanos protegidos jurídicamente” (pág. 146. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1997).

no bastan. De ahí que el daño reparable es el ya ocurrido (daño emergente) o el futuro, respecto del cual se tiene certeza de que ocurrirá (lucro cesante), como establece el art. 450, concordante con el art. 1856 del Código Civil. Es así como, deben repararse los daños intrínsecos (*circa rem*) y extrínsecos (*extra rem*) ocasionados; o sea, la pérdida de la prestación prometida, de la cosa prometida, y las consecuencias de su incumplimiento (pérdida de la utilidad que dicha prestación produciría o daños ocasionados a otras cosas). Además del daño moral (art. 1835).

### **Causalidad**

Para que la reparación del daño ocasionado sea exigible debe haber un *nexo causal* entre la acción antijurídica y el daño ocurrido; es decir, el daño debe ser la consecuencia del obrar antijurídico. Ese nexo causal, sin embargo, debe constituirse – según la teoría moderna más aceptada– en una relación causal *adecuada* (aquella que es idónea para provocar el daño), por oposición a las teorías de la causa *próxima* (más cerca de la consecuencia en el tiempo) o de la causa *eficiente* (la más eficaz o la que mayormente haya contribuido a producir el daño).

Para VÉLEZ la responsabilidad estaba determinada por la prudencia y el conocimiento de las cosas que la persona debía tener al actuar (art. 902) y las consecuencias de ese proceder las dividía en *inmediatas*: “que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas” (art. 901) o *mediatas*: “resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto” (art. 901), *puramente casuales*: imputables al autor sólo cuando las tuvo en miras al ejecutar el hecho (art. 905) o *casuales*: cuando han sido “perjudicial por causa del hecho” (art. 906). Para VÉLEZ, en consecuencia, el criterio de *prudencia* se determina por las *circunstancias* (criterio *objetivo*) considerando el modo de actuar de un hombre común (criterio *subjetivo*).

VÉLEZ impuso las consecuencias en base a criterios de *previsibilidad*. Así, pues, las consecuencias *inmediatas* serán imputables según su *previsibilidad*, porque acostumbran a suceder (art. 903), no por su proximidad; las consecuencias *mediatas* cuando han sido *previstas* o haya sido posible *preverlas* (art. 904); y las *casuales* cuando el autor las haya *previsto*, aunque no sean su consecuencia natural (art. 905).

Nuestro Código recogió los criterios de VÉLEZ, obligando a indemnizar las consecuencias inmediatas, las mediatas previsibles y las casuales, cuando deriven de un delito o hayan sido previstas o previsibles (art. 1856), eliminando el criterio contenido en el art. 906 de VÉLEZ, siguiendo el criterio de BIBILONI<sup>20</sup>.

A la vez se impuso la doctrina de la causalidad *adecuada*, según la cual es causa del daño aquel hecho que normalmente debería producir el menoscabo, dejando fuera aquellos hechos fortuitos que no fueron determinantes para ocasionar el daño, si bien pudieron haber contribuido a causar el perjuicio. En la opinión de autores

---

<sup>20</sup> JUAN ANTONIO BIBILONI. *Anteproyecto de reformas al Código Civil Argentino. Obligaciones*, Tomo II, pág. 486 y sg. Editor Valerio Abeledo. Buenos Aires. 1929.

como SPOTA, según refiere MOSSET ITURRASPE, VÉLEZ recogió la doctrina alemana de la causación adecuada al establecer el criterio de previsibilidad y excluir la responsabilidad las consecuencias casuales, o sea, aquellas que no están en el curso normal y ordinario de las cosas<sup>21</sup>.

Nuestro código eliminó la clasificación de daños directo o indirecto que traía VÉLEZ en el art. 1068 (art. 1835).

Por último, debemos señalar que el *caso fortuito* excluye la responsabilidad civil, salvo “que el deudor hubiere tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito (contractual), o éste hubiere ocurrido por su culpa (principio de causalidad), o ya hubiere incurrido en mora (art. 423), que no fuese motivada por caso fortuito o fuerza mayor” (art. 426).

La doctrina del *caso fortuito* o la *fuerza mayor* preside todo el Derecho, y su efecto natural –en principio– es la dispensa de las obligaciones. En la especie, la cuestión viene de la mano de la *imputabilidad*, debido a que habiendo ocurrido el daño por *caso fortuito* no existe *culpa*. El *caso fortuito* exime la *culpa*. Son ejemplos de este criterio los artículos 477 y 628 del código. Sin embargo, con la incorporación al Código de la *teoría del riesgo creado* (teoría *objetiva*) este principio reconoce su excepción en los casos en que la teoría del riesgo creado es aplicable (arts. 98, 284, 1842 y 1846).

### **Reparación**

En principio, la reparación pretende reestablecer las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrido el hecho antijurídico que produjo el daño (reparación *integral*), como consecuencia de la obligación impuesta por el art. 1857, pfo. 1º (reparación *directa*), y ante su imposibilidad la indemnización se fijará “en dinero” (pfo. 2º, art. 1857). Dicha indemnización comprenderá “el valor de la pérdida sufrida y el de la utilidad dejada de percibir” (art. 450), además de la reparación del agravio moral (arts. 451 y 1835).

La reparación *integral*, sin embargo, no se da –necesariamente– en todos los casos. No se da en los supuestos previstos en el art. 284 (actos involuntarios); tampoco en el caso de incumplimiento de obligaciones, “salvo que éstas deriven de un delito y debieran resultar según las miras que el agente tuvo al ejecutar el hecho”

---

<sup>21</sup> MOSSET ITURRASPE. *Ob. cit.* “Para Spota –su exposición ante el plenario– “tanto en las obligaciones contractuales como en las obligaciones extracontractuales, el principio regulador de la responsabilidad está dado por el principio de la causa adecuada según las enseñanzas de la doctrina alemana”; y más adelante agrega “... nuestro código civil no es extraño al principio de causa adecuada... principios que nuestro codificador tomó del viejo derecho germánico... en realidad están poniendo de relieve todo lo que sea producto de un pronóstico póstumo y objetivo una vez sobrevenido el acontecimiento”. Y concluye: “Todo lo que salga del curso ordinario de las cosas tiene que estar fuera del campo de la responsabilidad. Un ejemplo de escuela, que aporta Enneccerus, el del sastre que no entrega en el momento convenido el traje y, con ese motivo, el cliente toma otro tren y ese tren sufre un descarrilamiento, con graves consecuencias para la vida de dicho cliente. Claro que esto no está en el curso normal y ordinario y por eso no cabe dentro del campo contractual; diré que está en la esfera de lo no previsible” (pág. 198, n° 79).

(arts. 225, 450 y 1856), al igual que en las obligaciones dinerarias, donde la indemnización se limita a las tasas máximas de intereses (art. 475).

En el derecho civil, la *reparación* substituye así al castigo, entendido como pena, propio del derecho penal, pues, para el derecho civil importa la víctima y no el victimario.

Hasta aquí los conceptos generales que rigen el sistema civil de reparación de daños en nuestro Código Civil, comparado con el sistema establecido por VÉLEZ SANSFIELD.

Veamos, ahora, cuál es el régimen de reparación de daños ocasionados a los intereses no patrimoniales de las personas.

### **Daño moral**

No existe en el mundo, antiguo o moderno, en el derecho o en la moral, ninguna civilización que no haya considerado la infracción a la ley (de Dios o de los hombres) un pecado o un delito que no merezca el castigo del ofensor y la reparación del daño ocasionado.

Aceptando la infracción a la ley como un acto ilícito, con abstracción de la ofensa a la ley de un Ser superior (pecado), propio del terreno religioso, sin embargo, en un principio, no se diferenciaban la responsabilidad penal de la civil, constituyendo –todo ello– una ofensa que se reparaba castigando al culpable y obligándole a indemnizar el perjuicio ocasionado con su proceder reprochable.

La distinción sólo vino después que los doctrinarios franceses de comienzos del Siglo XIX sostuvieran que la responsabilidad de castigar (penar) es del Estado y que la cuestión indemnizatoria es responsabilidad de los particulares, siguiendo la doctrina romana que diferenciaba el delito público del delito privado. Hasta que, finalmente, se aceptó la posibilidad de reclamar la reparación del daño sin necesidad de exigir previamente el castigo del culpable, independizando una acción de la otra.

Siguiendo esta corriente, VÉLEZ concibió la reparación del daño moral en su art. 1078, limitándolo a los casos en que el sobreviniera como consecuencia de la comisión de un delito criminal. La doctrina argentina exigió una reforma del código que permitiera reclamar una indemnización por el daño moral, sin que –para ello– se requiera que el acto injurioso constituyera un delito penal.

Nuestro Código –finalmente– se adhirió a la doctrina más moderna aceptando que el daño ocasionado a los bienes no materiales puede y debe ser reparado también en el ámbito civil, mediante una indemnización que castigue al ofensor y, a la vez, permita al ofendido recibir una compensación (aunque sea económica) que le produzca una satisfacción equivalente al sufrimiento soportado (art. 1857); pero el énfasis está puesto en la víctima y no en el victimario, en el interés de reparar, más que en el de castigar.

La doctrina se ha ocupado de estudiar la injuria ocasionada a todos los bienes jurídicamente protegidos en general (art. 1873), incluyendo los que no son susceptibles de apreciación económica (extramatrimoniales), protegidos por el Derecho y extraños a la Moral.

Resulta necesario comprender que el daño moral pretende indemnizar bienes *no patrimoniales*, aunque ello no implica que la reparación no pueda ser realizada en términos económicos, concretamente en dinero.

Aceptar la obligación de reparar el daño moral ocasionado a otro importa admitir que el Derecho regula –por igual– los actos externos de la conducta humana como las consecuencias internas ocasionadas por dichos actos a las personas. Pero, aún así, es necesario disociar el efecto producido por un acto antijurídico sobre el ánimo de la persona y la consecuencia económica de dicho estado de ánimo (daño patrimonial), del simple efecto sobre el ánimo, aunque este no produjera consecuencias económicas (daño moral).

Es así como, la doctrina reconoció que la armonía del cuerpo y del espíritu es un *bien jurídico* en si mismo, que el derecho debe proteger. Así, pues, cualquier alteración de dicho equilibrio que provoque –de alguna manera– modificaciones disvaliosas del ánimo de la persona generará responsabilidad para quien la haya motivado, independientemente de que dicho desequilibrio provoque además pérdidas económicas.

La teoría del daño moral pretende así reparar el perjuicio infringido a la persona contra los *derechos de la personalidad*, ya que el daño se entiende referido a cualquier lesión que una persona sufra en sus derechos e intereses jurídicamente protegidos (art. 1835), entendiéndose por tal aquel menoscabo a derechos de entidad suficiente (no insignificante) como para que efectivamente ocasionen el desequilibrio aludido. Además finalmente se aceptó que la reparación económica de los daños no es inmoral, sino una manera de hacer justicia.

El daño moral finalmente fue aceptado, inclusive, en el incumplimiento de obligaciones contractuales, aunque –en este supuesto– la jurisprudencia advierte que debe aumentarse el rigor del análisis, además de invertirse la carga de la prueba, que corresponderá al ofendido.

El gran debate se produjo (y aún hoy no acabó) en el terreno del sujeto pasivo del daño moral. ¿Pueden ofenderse derechos extrapatrimoniales de las personas físicas y jurídicas?

Para hallar la respuesta es necesario definir ¿qué se entiende por daño moral?

Para el Código Civil Italiano de 1942, el daño moral se define por su naturaleza extrapatrimonial, entendiéndose por tal la ofensa o agresión a los derechos no patrimoniales que merecen una reparación fundados en el derecho de equidad. La

doctrina ha criticado esta definición porque dice lo que no es el daño moral, sin afirmar lo que es, actuando por la vía de la negación. Autores italianos de renombre, sin embargo, se inscriben en esta misma línea, aunque considerando el interés comprometido, no la consecuencia, sosteniendo que el daño moral pretende reparar los agravios ocasionados a los *intereses* privados no patrimoniales de las personas (DE CUPIS<sup>22</sup>), no limitándose al campo de los sufrimientos físicos o morales (*pecunia doloris*), debiendo aceptarse las injurias que ofenden el prestigio o la reputación de las personas<sup>23</sup>.

Frente a estas corrientes, que pretendieron definir el daño moral por oposición a los bienes materiales, surgieron quienes reconocieron que la ofensa a los valores trascendentes de la persona humana (*derechos personalísimos*) devenía en daño moral. Así, pues, para TRIGO REPRESAS, citado por MOSSET DE ITURRASPE, “Daño moral es el que se infiere al violarse alguno de los “derechos personalísimos” o “de la personalidad”, que protegen como bien jurídico los atributos o presupuestos de la personalidad del hombre: la paz, la vida íntima, la libertad individual, la integridad física, o sea todo lo que puede resumirse en el concepto de “seguridad personal”<sup>24</sup>, criticándose la teoría porque se define por el derecho ofendido y no por la consecuencia del daño.

Por último, la llamada *Escuela de Córdoba*, señala MOSSET DE ITURRASPE (a la que se adhiere), define el daño moral como “una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial”<sup>25</sup>.

Para quienes apoyan esta línea de pensamiento su valor está en que considera al daño en sí mismo, extendiendo la protección al espíritu humano, en tanto y en cuanto sufre una modificación disvaliosa, y conserva los principios de causalidad. La crítica que recibe es su limitación al daño sufrido por las personas físicas.

### **Legitimación activa**

---

<sup>22</sup> A. DE CUPIS. *El danbo. Teoría general de la responsabilidad civil*. “El interés privado se distingue según el punto de referencia objetivo en que puede producirse respecto a bienes patrimoniales o en bienes no patrimoniales, por lo que correlativamente se considera como interés patrimonial o no patrimonial. De esta forma el daño privado se definirá como patrimonial o no patrimonial, según tenga por objeto o el interés privado patrimonial o un interés privado no patrimonial” (n° 10, pag. 120). Editorial Bosch. Barcelona. 1975.

<sup>23</sup> EDUARDO ZANNONI. *El danbo en la responsabilidad civil*. “Denomínase danho moral –o agravio moral– al menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocados por el evento dañoso, es decir, por el hecho o acto antijurídico” (pag. 231). Edición Astrea. Buenos Aires. 1982.

<sup>24</sup> MOSSET ITURRASPE. *Ob. cit.* Tomo IV, n° 33, inc. c), pag. 88.

<sup>25</sup> MOSSET ITURRASPE. *Ob. cit.* Tomo IV, n° 33, inc. d), pag. 91.

Sólo tendrá acción para reclamar daño moral el damnificado *directo* (art. 1835). Sin embargo, como consecuencia de los hechos injuriosos existen ofendidos directos (quienes hayan sido personalmente ofendidos) y aquellos que fueron *indirectamente* agraviados (quienes sufren por el dolor de otros: *consecuencias directas*). Para PIZARRO, sólo la muerte otorga acción a los herederos forzosos<sup>26</sup>. Así lo establece también el art. 1835, *in fine*, de nuestro código. Sin embargo, tengo para mí, que sufre quien quedó desfigurado por culpa de un accidente culposo de tránsito (un niño, por ejemplo) como también aquellos que lo aman (los padres del niño, por ejemplo); y estos son sufrimientos distintos. Si aceptamos la tesis según la cual el *interés es la medida de la acción*, lógico es concluir que quien *sufre* en sus afectos más íntimos tiene derecho a reclamar la reparación del daño sufrido. Así, pues, tendrá acción toda aquella persona que, directa o indirectamente, entendida como *consecuencia directa*, se sienta ofendido por el acto antijurídico de otra (art. 1840).

Obviamente, el resultado de la acción dependerá de la prueba producida.

### **Personas físicas**

“El que comete un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño” (art. 1833 Código Civil). Son actos ilícitos los delitos (en los que existe *intención* de dañar) y los cuasidelitos (en los que sólo media *culpa* o *negligencia*)<sup>27</sup>. Como vimos, para que exista obligación reparatoria, el actor debe haber actuado en violación de la ley, con dolo o culpa, debe haber producido un daño, debe existir un nexo causal entre el acto y el efecto dañoso y, por último, debe haber imputabilidad. Para nuestro Código Civil, el acto voluntario es ilícito cuando hubiere causado un daño o al agente le sea imputable culpa o dolo (art. 1834 Código Civil).

Cumplidos los presupuestos señalados, el responsable de haber ocasionado un perjuicio a una persona, en sus derechos o facultades, tiene obligación de reparar “toda lesión material o moral causada por el acto ilícito” (art. 1835 Código Civil).

Dentro del concepto de *daño moral* nadie niega la obligación reparar la agresión que una persona recibe a sus derechos extrapatrimoniales, entendida como el menoscabo o pérdida de un bien, en sentido amplio, que lesiona un interés jurídicamente tutelado (perjuicio moral). Bajo este criterio, DE CUPIS, citado por MOSSET ITURRASPE, dice: “si se quiere dar de los daños no patrimoniales una noción lógica y completa, no puede limitarse al campo de los sufrimientos físicos o morales –en la denominación del derecho común germánico, *pecunia doloris*–”, debiendo considerarse todos los daños, por ejemplo, “la disminución del prestigio y la

---

<sup>26</sup> RAMON D. PIZARRO. *Daño moral*. “En materia de legitimación activa por daño moral, nuestro sistema es tan claro como restrictivo: en principio, sólo el damnificado directo puede reclamar dicha reparación; excepcionalmente, cuando del hecho dañoso hubiese resultado la muerte de la víctima, podrán hacerlo *iure proprio*, ciertos damnificados indirectos: los herederos forzosos” (pág. 208). Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1996.

<sup>27</sup> BORDA. *Ob. cit. Obligaciones*, Tomo II, pág. 233, n° 1306. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1983.

reputación pública<sup>28</sup>. Es así como, finalmente, se considera que existe daño moral según la naturaleza de los derechos lesionados, incluyendo entre los bienes no materiales, la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, como patrimonios de mayor valor para el bienestar y la felicidad del hombre<sup>29</sup>. Por ello, la doctrina considera daño moral a aquel que se causa a alguno de los *derechos personalísimos* o de la *personalidad* del hombre, consagrados en la Constitución Nacional (derechos a la vida y a su calidad, a un ambiente saludable, a la libertad y a la seguridad, a la expresión de su personalidad y a la intimidad).

No cabe duda que todo acto ilícito que ocasione sufrimiento o que moleste o lesione a una persona en el goce de sus derechos o bienes, hiriéndole en sus más “caras afecciones” legítimas, obliga a su autor a la reparación del daño moral que ello representa, considerado el acto en sus consecuencias como una modificación disvaliosa del espíritu, según el cual la persona deja de estar como estaba antes de ocurrido el hecho para encontrarse en una situación diferente que le aflige<sup>30</sup>.

Así, pues, quien causa *dolor* por haber provocado enfermedades, ofensas o heridas que producen sufrimiento, físico (*pretium doloris*) o moral (daño estético, afecciones anímicas, privación de goces y satisfacciones, amargura, tristeza, disgustos, pérdida de la esperanza o de la alegría de vivir, etc.), asumen la responsabilidad de repararlo.

### **Persona de existencia ideal**

Considerando que el daño moral incluye, con sentido lato, todos los bienes jurídicamente protegidos por la ley que posee una persona, la jurisprudencia argentina, con titubeo, ha aceptado que las personas jurídicas pueden sufrir daños morales y, por lo mismo, están legitimadas para reclamar un resarcimiento<sup>31</sup>. Si se acepta que se considera daño moral la injuria a la reputación, al prestigio y al crédito comerciales, no puede menos que concluirse que una persona de existencia ideal tiene derecho a reclamar daños por haber sido herida en su patrimonio inmaterial (v.g. buen nombre, fama, crédito comercial, etc.)<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> MOSSET ITURRASPE. *Ob. cit.*, Tomo IV, pág. 87, n° 33.b).

<sup>29</sup> MOSSET ITURRASPE. *Ob. cit.*, Tomo IV, pág. 87, n° 33.c).

<sup>30</sup> MOSSET ITURRASPE. *Ob. cit.*, Tomo IV, pág. 91, n° 33.d).

<sup>31</sup> LL. 1978-A-222; LL. 1979-C-589; ED. 73-717; D. 94-180; JA. 14-1972; JA. 1981-IV-240; ED. 100-625.

<sup>32</sup> BORDA. *Ob. cit.*, Tomo I, pág. 190, n° 178. ¿Pueden las personas jurídicas sufrir un daño moral resarcible? Un fallo de la Cámara Federal de la Capital declaró que no se concibe que una persona de existencia jurídica pueda sufrirlo [LLAMBÍAS, J.A., 1954-III, p. 363; RIPERT, *La regla moral*, n° 103; SAVATIER, t.2, n° 529]. Nos parece una conclusión demasiado terminante. Si bien es difícil que tales personas puedan sufrir un daño moral, no es inconcebible que lo sufran. Así, por ejemplo, puede lesionarse el prestigio, el buen nombre de una persona jurídica, con imputaciones calumniosas. Entendemos que en tales casos hay un daño moral indemnizable.

La doctrina del daño parte del derecho a la indemnidad de las personas (físicas o jurídicas), de la obligación de no dañar a nadie, de la responsabilidad que asume quien menoscaba los derechos de otro o agravia los legítimos intereses de otra persona, jurídicamente protegidos por el derecho. No es admisible que la ofensa a los derechos de una persona jurídica no merezca reparación por la simple teoría de que el daño moral sólo repara los dolores del espíritu. Tengo para mí, que las personas de existencia ideal, como tales, aunque no tengan sentimientos sufren (no sienten, pero sufren) un deterioro de sus valores principales (buen nombre, prestigio, crédito, etc.)

La doctrina –principalmente la francesa– ha reconocido el derecho de las personas jurídicas a reclamar el daño moral que causa un acto antijurídico a su honor y a su fama, a su nombre, a su libertad de acción, a su seguridad, a su intimidad y a su reputación<sup>33</sup>. En la Argentina, BREBBIA sostiene que “Toda persona titular de derechos subjetivos extrapatrimoniales o de intereses legítimos que revistan el mismo carácter, puede ser, en consecuencia, sujeto pasivo de daños morales. Lo que es lo mismo que afirmar que las *personas jurídicas* o de *existencia ideal* pueden sufrir esa especie de agravios en cuanto tienen derechos extrapatrimoniales, pacíficamente admitidos por la doctrina y la jurisprudencia; aún cuando la esfera de personalidad moral no sea tan amplia como la de las personas individuales, ya que no poseen, por ejemplo, los derechos de familia ni los destinados a proteger la integridad física de los sujetos individuales”<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> CAMILO TALE. *Daño moral a las personas jurídicas*. “Las personas colectivas son pasibles de daños al honor objetivo y a la fama (y también a otros bienes jurídicos no económicos dignos de tutela), los cuales pueden perjudicar al logro de sus objetivos sociales o dificultar sus operaciones para tal fin” (ED 155-845).

BREBBIA. *Las personas jurídicas –y las sociedades comerciales en particular– como sujetos pasivos de agravio moral*. “Las personas jurídicas son titulares, entre otros, de diversos bienes extrapatrimoniales (honor, nombre, libertad de acción, seguridad personal, intimidad, derecho moral del autor sobre su obra), cuya conculcación origina daños morales resarcibles. Las sociedades comerciales, en su calidad de personas jurídicas que son, pueden ser sujetos pasivos de agravio moral. Las circunstancias de perseguir un fin de lucro o de que estén sujetas –como todas las personas jurídicas– al principio de la especialidad, en nada puede incidir sobre su aptitud jurídica pasiva anotada” (LL 1991-A-50).

LUÍS MOISSET DE ESPANÉS. *Daño moral*. “Quienes sólo reconocen una indemnización cuando el ataque al nombre, la reputación o el secreto profesional de la persona jurídica se ha traducido, además, en un perjuicio económico –disminución de ingresos, pérdida de clientela, etc.– tiene un concepto excesivamente “economicista” de las personas jurídicas, y parecen olvidar que muchos de estos entes no persiguen en manera alguna fines de lucro. Resulta paradójal advertir que si se ataca el “buen nombre” de una sociedad comercial, ella puede lograr una indemnización aduciendo la pérdida de ingresos, y que si se mancha la reputación de una entidad como la “Cruz Roja”, como ese ataque no se traduce en pérdida de ingresos, o de clientela, no obtenga ninguna reparación y el autor del hecho ilícito pueda liberarse de toda responsabilidad” (pág. 78. Editorial Alveroni. 1994).

<sup>34</sup> BREBBIA. *La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral. Temas de responsabilidad civil*. En honor al Dr. Augusto M. Morillo (pág. 56). Ediciones Librería Platense. La Plata. 1981.

Debemos hacer una distinción entre personas jurídicas *con fines de lucro* y personas jurídicas *sin fines de lucro*. En este tema la doctrina también está dividida. Los que siguen sosteniendo a ultranza que el daño moral es una cuestión que afecta al *espíritu*, obviamente, no hacen distinción. Pero quienes se ubican en el medio, en una posición ecléctica, admiten que las personas de existencia ideal sin fines de lucro tienen derecho a reclamar daño moral, fundados en los principios de equidad según el cual repugna a la justicia la incapacidad de reparar el daño ocasionado porque no produjo consecuencias económicas negativas, aunque esté demostrado que hubo un daño que ofendió al orden jurídico, hiriendo derechos jurídicamente protegidos. Un ejemplo de ello sería la Cruz Roja que, frente a la ofensa a su nombre y prestigio, no podría sufrir daños económicos (porque no tiene por finalidad generar resultados económicos), pero si sufriría algún tipo de daño, llámese moral, no patrimonial o como quiera llamársele. Si se acepta esta tesis (a la que me adhiero, sin titubeos) debe reconocerse que hablar del *dolor* causado al *espíritu* como presupuesto básico del daño moral es una limitación que no permite indemnizar el “daño moral” de la persona jurídica sin fines de lucro. De ahí que, habremos de buscar una forma de denominar al *daño moral* comprensivo –cuanto menos– del daño causado al patrimonio *personalísimo* de la persona jurídica sin fines de lucro; una suerte de daño a los derechos intangibles.

Pero hay también una suerte de daño *reflejo*, que alcanza a las personas jurídicas y a las personas físicas que con ella se identifican. Es así como, el daño causado a las personas jurídicas afecta inevitablemente a las personas físicas con las que se confunde, porque el interés de la sociedad es, en definitiva y proporcionalmente, el de sus socios y administradores. Son como daños reflejos, que se contagian y se comparten. Nadie puede negar que la mala reputación de un hombre de negocios, cuya trayectoria comercial está averiada descredite la compañía administrada, y viceversa. El buen nombre del administrador se proyecta y acredita a su empresa. El crédito personal es el de la sociedad y el de ésta enaltece a su administrador. La *liason* que une a uno y al otro hace inevitable considerar que el descrédito de la empresa, naturalmente hiere a quien la administra. “Ciertamente los asociados experimentan forzosamente un perjuicio por el hecho de que el grupo lo soporte. Lo cual es evidente tratándose de un perjuicio material ocasionado a una sociedad, porque cada socio ve así disminuido su derecho en el patrimonio social. También es verdad tratándose de un perjuicio moral causado a una persona jurídica cualquiera; el asociado resulta siempre afectado, tanto moral como materialmente, proporcionalmente a su participación en el grupo”<sup>35</sup>. Por ello, los profesores MAZEAUD, acertadamente, concluyen: “Una persona jurídica no tiene corazón, pero tiene honor y consideración. Cuando se atenta contra éstos, el grupo sufre un perjuicio moral”. Injuriar al Club de Leones es ofender a sus socios y viceversa.

Hoy por hoy esta tesis, así como en el ámbito social, también en el ámbito económico y financiero, tiene aún mayor sustento frente a la doctrina de la *persona vinculada* (arts. 46 y 47, Ley N° 861/96), según la cual las mismas constituyen una sola *unidad de riesgo* para el *Sistema Financiero*. Los maestros y la doctrina francesa se

---

<sup>35</sup> MAZEAUD y MAZEAUD. *Ob. cit.*, pág. 178, n° 567.

adelantaron a su tiempo. Esto quiere decir que el concepto de una persona afecta a quienes estén social, jurídica, económica o financieramente vinculados con ella, favoreciendo o perjudicando su crédito<sup>36</sup>. Concuerdando con este criterio el concepto de empresa controlada (art. 1074, Código Civil).

En definitiva, se trata de la preservación del bien colectivo que, cuando se lo afecta, el daño moral está constituido por la lesión al bien en sí mismo, surgiendo así el perjuicio inmaterial de la lesión al interés sobre el bien<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Art. 46.– *Personas vinculadas*. Las Entidades del Sistema Financiero deberán identificar y evaluar a las personas y empresas vinculadas de su cartera de colocaciones, como una sola unidad de riesgo. Para estos efectos se tendrán en cuenta lo siguiente:

- a) Constituyen entidades vinculadas a un deudor, sea ésta una persona física o jurídica, aquellas empresas o entidades en que éste deudor posea, en conjunto, una participación accionaria que le permita imponer su voluntad social a través del ejercicio de derecho a voto en una asamblea; y
- b) Constituyen también entidades vinculadas a un deudor, aquellas empresas o entidades con los cuales dicho deudor mantenga cualquier tipo de acuerdo o relación que le permita imponer su voluntad en la toma de decisiones.

Se considerará también propiedad de una persona física o jurídica que participe en el capital de una entidad:

- a) La propiedad que directamente corresponda a otra u otras personas jurídicas en cuyo capital social tenga ella una participación mayoritaria; y
- b) La propiedad que directamente corresponde a una persona física, en unión de su cónyuge y sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, cuando estas personas, directa o indirectamente, participen en proporción mayoritaria en el capital de la persona jurídica.

Art. 47.– *Otras personas vinculadas*. También se considerará una sola unidad de riesgo el conjunto de personas físicas o jurídicas que mantengan entre sí o con la entidad financiera, interrelaciones de dirección, gestión o administración o control de negocios, o que mantengan relaciones estables de negocios, o capitales o de administración que permitan a una o más personas físicas o jurídicas ejercer influencia preponderante y continua sobre las decisiones de las demás.

Igualmente, se considerará que existe una sola unidad de riesgo, cuando se presuma que los créditos otorgados a un deudor beneficiarán a otro, o a aquellos deudores con garantías cruzadas, que se respalden con una misma garantía, o cuando la capacidad de pago de uno de ellos esté íntimamente vinculada o dependa significativamente de otro por existir relaciones financieras o económicas difícilmente sustituibles en el corto plazo.

<sup>37</sup> FÉLIX A. TRIGO REPRESAS. *Un caso de daño moral*. “El primer damnificado es la sociedad en su conjunto o bien una generalidad indeterminada de sujetos; sin perjuicio de que simultáneamente también puedan resultar afectados, en forma particular, algunos de los individuos componentes del grupo” (ED 171-374).

MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ y RODOLFO GONZÁLEZ ZAVALA. *Identidad grupal o colectiva*. “Los damnificados son las personas integrantes del grupo o corporación y que el ente representativo –vgr. Una asociación de consumidores– es el arbitrio sustancial para obtener su tutela judicial” (LL 1998-B-1122).

LORENZETTI. *Daño moral colectivo; su reconocimiento jurisprudencial*. “De lo que se trata siempre es de la preservación del bien colectivo, no sólo como afectación de la esfera social de un individuo, sino del bien colectivo como un componente del funcionamiento social y grupal. Por ello, cuando se lo afecta, el daño moral está constituido por la lesión al bien en sí mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga, y fundándose en que se lesiona el bien colectivo en su propia

Creo que no debieran existir dudas sobre la legitimación activa de las personas jurídicas sin fines de lucro y de las personas vinculadas.

Pero, volvamos al problema de las personas jurídicas con fines de lucro.

El art. 1835 del Código Civil, sin distinguir entre personas físicas o jurídicas, determina que existe daño “siempre que se causare a otro algún perjuicio”. El derecho a reclamar el *daño moral* sufrido nace de la lesión causada a un *interés jurídicamente protegido*. El buen nombre y crédito comerciales son derechos jurídicamente protegidos; dañarlos importa un daño jurídico y, por lo mismo, reparar la situación implica mantener la legalidad de una situación jurídica<sup>38</sup>.

Las *personas jurídicas* (con o sin fines de lucro), y eso nadie lo niega, tienen nombre, prestigio y crédito. Coincido con quienes piensan que actos que ofendan dicho prestigio y crédito se traducen necesariamente en daños económicos, tratándose de personas jurídicas con fines de lucro, desde el momento que –de seguro– reducirán sus volúmenes de ventas, su porción de la torta en el mercado, su capacidad de obtener crédito, etc., con la consiguiente pérdida económica. Sin embargo, muchas veces, aunque la persona jurídica tenga fines de lucro, la pérdida no es sólo económica. Hay también un daño que no se puede tasar económicamente, por las pérdidas sufridas.

Resulta insoportable tener que aceptar que quien ocasiona el daño se vea premiado simplemente porque no se admite el derecho de la persona jurídica a reclamar un daño que no sea económico. Se acepta que ocurrió el acto ilícito, que se hirieron derechos personales de la persona jurídica, como su buen nombre o su crédito y prestigio comerciales, pero como la sociedad *no sufre* y tampoco tuvo que soportar un daño patrimonial, el ofensor queda libre de culpa y pena, y el ofendido es injustamente desprotegido. Es indefendible, pues, la tesis según la cual un daño reconocido, como el ocasionado al crédito y nombre comerciales de una persona jurídica, no deba ser reparado porque se niegue acción jurídica a la persona de existencia ideal, a la que –por otro lado– la propia ley le otorga protección jurídica para el nombre comercial, el crédito, el prestigio, etc. La nueva teoría de daños se asienta sobre el deber de *reparar* y no de *castigar*; es resarcitoria, no punitiva, porque, repito, resulta odioso recompensar con la impunidad al que cometió un acto ilícito, castigando a la víctima (persona jurídica) al privarle del derecho de reclamar la reparación del daño producido a sus atributos personales, porque como persona de existencia ideal *no siente* y, por tanto, *no sufre*. Sostener este criterio es premiar el acto

---

existencia o extensión. De modo tal que el perjuicio inmaterial surge por la lesión al interés sobre el bien, de naturaleza extrapatrimonial y colectiva” (JA 1997-III-237; LL 1996-D-1062).

<sup>38</sup> GABRIEL A. STIGLITZ. *La responsabilidad civil*. ”A través del interés legítimo se tiende a mantener la legalidad de una situación jurídica de la que el sujeto participa concurrentemente con otras personas, con la finalidad de obtener el cumplimiento de la ley que garantiza un interés general” (La Ley, 1984, pág. 23).

ilícito y al que lo ocasionó, castigando a la víctima, dejándole desarmada. De ahí que las personas jurídicas tengan derecho a la reparación del daño moral sufrido<sup>39</sup>.

Debemos repensar esta cuestión. Debemos exigir que el agravio sea reparado bajo el nombre de *daño moral* o deberá hallarse otra denominación equivalente (daño no patrimonial). Pero, lo que no podemos permitir es que –so pretexto– de que la persona jurídica no sufre, no tiene derecho a reclamar la injuria sufrida a sus atributos personales, cuando el acto antijurídico está probado y el daño se produjo, aunque no haya ocasionado daño emergente, ni lucro cesante.

Si la persona jurídica sin fines de lucro *sufre*, aunque no sienta *dolor* ni pierda ánimo, soporta un daño no patrimonial que el Derecho protege, al igual que lo hace con los que corresponden a la persona jurídica con fines de lucro, y al que la doctrina francesa –a falta de otro modo de denominación– llama *daño moral*; aquel que afecta la *propiedad moral* de las personas jurídicas<sup>40</sup>. En consecuencia, aunque dicho daño no pueda ser *contabilizado* debe ser reparado, sólo por la injusticia que significaría dejar impune la conducta antijurídica y desprotegido al ofendido.

### **Actos ilícitos**

La responsabilidad nace del principio *naeminen laedere* (deber de no dañar), cuando el agravio sobreviene como consecuencia de un acto antijurídico, lo que supone la transgresión a una norma jurídica, que viola la garantía de indemnidad razonable que toda persona tiene socialmente.

La comisión de un delito o cuasidelito civil (art. 1833) que altera la paz, la tranquilidad, la libertad, la integridad física, el honor o los afectos más íntimos de una persona obligan a la reparación de tal desequilibrio, mediante una justa indemnización.

### **Incumplimiento contractual**

El art. 451 así lo prevé, siguiendo aquel criterio según el cual el acreedor de un negocio comercial puede tener en el mismo, a la vez, un interés extrapatrimonial, relativo a su afecto personal o a su derecho de goce.

Para algunos autores, como BORDA, hay una gran diferencia entre la ofensa causada al orden público, a la sociedad, en la comisión de un delito, y el agravio

---

<sup>39</sup> ANTONIO TELLECHEA SOLÍS, “*Daño moral*” (LLP, 1988, 527).

<sup>40</sup> JORGE OSVALDO ZUNINO. *Fondo de Comercio*. “§ 2. Noción.– (...) Según RIPA ALBERDI, quien cita a COHEN y HARTMAN, no aflora el concepto moderno de fondo de comercio hasta fines del siglo XVIII, cuando una resolución del Parlamento de Besançon impide la calificación como inmueble de “un fondo de boutique y un fondo de caja compuesto de objetos puramente mobiliarios, cuya naturaleza no puede ser cambiada por ninguna disposición...”; asimismo, resoluciones de los tribunales de Sena y de París incluyen, en 1901, la “clientela” y la “confianza pública” dentro de la propiedad moral” (pág. 2). Editorial Astrea. Buenos Aires. 2000.

provocado por el incumplimiento de un contrato (obligación), de carácter eminentemente privado<sup>41</sup>. Para otros la reparación es consecuencia del impacto que el incumplimiento de la obligación ocasiona al acreedor en los aspectos señalado (afectos y derechos de goce), reconociendo, obviamente, que el daño causado debe ser grave, hasta si se quiere, muy grave; no puede ser un daño de menor jerarquía. Es decir, no debe caerse en el absurdo de castigar cualquier incumplimiento. Para ello se requerirá una prueba concluyente que el juez deberá apreciar con gran prudencia y mesura, hasta con criterio reticente.

### **Estimación del daño**

La indemnización “será cumplida –dice el art. 1857– con el restablecimiento a sus expensas del estado de cosas que habría existido de no haber ocurrido la circunstancia que le obligue a indemnizar. Si la reparación directa fuese imposible – prosigue la norma–, el deudor de ella indemnizará el daño mediante una prestación en dinero que permita al acreedor procurársela”.

A quienes sostienen que el daño moral no es *mensurable* desde el punto de vista económico, BORDA replica: “El hombre, en la insuficiencia de sus medios recurre al dinero como forma de indemnización, por más que ésta sea insuficiente; simplemente, no tiene a su alcance otro medio más perfecto de reparar un perjuicio injusto. Mayor es la injusticia –prosigue BORDA– de dejar impune la conducta antijurídica y sin protección a quien ha sufrido un daño”<sup>42</sup>.

“Cuando se recurre al dinero –dice LAFAILLE–, se recurre al único factor de que disponemos, sin alegar como excusa la imposibilidad, ya que la deficiencia de los recursos humanos para alcanzar la justicia no es motivo que autorice a privarse de ella; imperfecto y todo, un temperamento debe ser admitido, a falta de otro menos malo, procurando acercarse al ideal de dar a cada uno lo suyo”<sup>43</sup>.

La discusión hoy no está en la moralidad o inmoralidad de la indemnización del daño moral en dinero; sólo se discute si ella responde al concepto de *resarcimiento* o de *compensación*. La esterilidad de las diferencias semánticas buscadas aconseja sostener simplemente que el dinero se constituye en una suerte de paliativo del dolor sufrido que permite al ofendido procurarse satisfacciones diferentes que, de alguna manera, mitiguen la pérdida soportada y, por otro lado, no dejen impune un acto reprobado jurídica y socialmente, lo que en definitiva constituiría una injusticia mayor que la que podría derivarse de una reparación económica, aún entendida como el “precio de los sentimientos”. La idea de justicia obliga a reparar el agravio proferido a los valores más excelsos de los hombres, porque si así no fuera, el Derecho habría

---

<sup>41</sup> BORDA. *La reforma de 1968 al Código Civil*, n° 132, pag. 200. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1971.

<sup>42</sup> BORDA. *Ob. cit.*, Tomo I, pág. 187, n° 171.

<sup>43</sup> HÉCTOR LAFAILLE. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, pág. 215, n° 233.

hallado la forma de *reparar* daños ocasionados a valores de menor jerarquía, dejando insatisfechos precisamente aquellos más elevados; lo que no parece ni justo, ni razonable.

De ahí que la estimación del daño moral se haga en función del *dolor* sufrido y no de la intención del ofensor, pues, en definitiva, el dolor debe analizarse según como lo sufre el ofendido y no como pretendió inferirlo el ofensor<sup>44</sup>. “Son las circunstancias de persona, lugar y tiempo, en defecto de las previsiones contractuales –dice MARTÍN DE MUNDO– las llamadas a establecer el criterio judicial sobre la cantidad y procedencia de la indemnización pedida”<sup>45</sup>. Es, pues, el *interés de afección* de la víctima el que debe considerarse para determinar la intensidad del dolor padecido, sin ninguna vinculación con el daño material ocasionado. Son las circunstancias personales involucradas en el caso las que el juzgado debe pesar para establecer el monto resarcitorio justo: familiares, espirituales y económicos.

MOSSET ITURRASPE, cita un voto del doctor Moncayo (CNCiv., sala A, febrero 25-975, ED 61-975) que alude al “hombre medio”, y dice: “Para determinar el resarcimiento por daño moral debe contemplarse la gravedad del daño inferido, la personalidad de la víctima, su receptividad particular y las diversas circunstancias propias del caso, de modo tal que la compensación debida no constituya un motivo de enriquecimiento sin causa, ni tampoco una mera expresión simbólica inadecuada a la entidad del agravio moral padecido, el que ha de ser apreciado según la sensibilidad del hombre medio, de la que el magistrado representa el intérprete más seguro. Pero ello no significa que haya de prescindirse de toda valoración de la conducta del autor del daño”. MOSSET ITURRASPE concluye que debe pasarse del “hombre medio” al “hombre real, en una especie de rectificación que va de lo abstracto a lo concreto”<sup>46</sup>.

Por último, principios de equidad y de justicia, obligan a reconocer que la indemnización no debe servir para enriquecer al acreedor, pero tampoco su insignificancia debe ofenderlo. Y visto desde la óptica del deudor, éste debe sentir que *compensó* el daño ocasionado, pero que no fue estafado por el juez. Así, pues, la difícil tarea del juez estará en determinar cuál es la justa indemnización. Ella no podrá establecerse en base a una fórmula matemática, como pretendía JUSTINIANO, que limitaba la indemnización a no más del doble de la prestación original, y sólo podrá ser hallada en base al análisis sincero y congruente de las circunstancias del caso (personas, lugar y tiempo)<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> “El daño moral no supone la existencia de un propósito determinado o malicia en el autor del hecho ilícito, resultando indiferente que provenga de dolo o culpa. Se trata de un daño de naturaleza resarcitoria, pues es la relación de causalidad y no la de culpabilidad la que determina la extensión del resarcimiento. Asimismo, este daño no tiene que guardar relación estricta con los daños materiales, pues un hecho puede producir estos últimos y no lesionar las afecciones legítimas y viceversa. El daño se tiene por acreditado por la sola comisión del acto antijurídico” (LL. 1997-F-638).

<sup>45</sup> JOSÉ A. MARTÍN DE MUNDO. *El daño moral en la doctrina, el derecho positivo y la jurisprudencia*. LL 62-1951-163.

<sup>46</sup> MOSSET ITURRASPE. *Ob. cit.*, Tomo IV, pág. 200/1.

La monto de la indemnización se establecerá sin tener en cuenta el daño patrimonial, considerando la posición económica y social del ofensor y del ofendido, la intensidad del dolor sufrido, con abstracción del hecho que lo ocasionó, aunque el juez no podrá dejar de evaluar si el agresor actuó con culpa o dolo, mirando siempre la cuestión desde el punto de vista de la víctima y del principio reparador, no punitorio. El juez, sin embargo, como advierte MOSSET DE ITURRASPE, deberá pasar del “hombre medio” al “hombre real”, a aquel que quedó involucrado en la cuestión.

### **Conclusión**

Como puede advertirse en el trabajo presentado, de los conceptos básicos de VÉLEZ hasta el Código Civil paraguayo los supuestos de la responsabilidad civil se han mantenido (acto voluntario, antijurídico, imputable, daño y causalidad).

Sin embargo, modificaciones substanciales han sido incorporadas a la legislación nacional con el Código Civil promulgado en 1986. Adquirieron vigor las corrientes más modernas de la responsabilidad otorgándole carácter de *Teoría al Daño*. Se incorporó el principio *reparador*, abandonándose el principio *punitorio*, se incorporó la *teoría del Riesgo Creado*, sin abandonarse la *teoría de la Culpa*, extendiéndose la responsabilidad por daño moral (contemplada sólo para los ilícitos penales) a todos los actos antijurídicos (contractuales y extracontractuales).

El Código Civil que entró en vigor en 1987 inscribió así a Paraguay en las corrientes más modernas del pensamiento jurídico en materia de daño.

Mayo, 2007

---

<sup>47</sup> “El cálculo del daño material y moral para reparar la pérdida de una vida humana con base en la acción civil, no es una mera fórmula matemática que resulta de la suma o multiplicación de factores, sino una reparación integral que se obtiene teniendo en cuenta diferentes parámetros como: la edad del alimentado, el estilo de vida, el sexo, el nivel intelectual, o el grado de formación y, en este esquema, la fórmula “Vuotto” o criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Badeali” son meras pautas indicativas” (DJ. 1996-2-41 – DT. 1996-A-849).