

“COMO NIÑOS JUGANDO CON PLASTILINA”: EL PROBLEMA DEL DAÑO MORAL

“Cuando utilizo una palabra”, dijo Humpty Dumpty en un tono más bien desdenoso, “quiere decir lo que yo quiero que diga – ni más, ni menos”.

- *Through the Looking-Glass*, Lewis CARROLL ¹

El daño moral, la plastilina y la cuestión limítrofe

Extraño caso el del daño moral. A diferencia de lo que ha ocurrido con otros sectores de la responsabilidad civil, nuestra doctrina lo ha estudiado en forma singularmente intensa a partir de la entrada en vigor del Código Civil actual, al punto que puede afirmarse que ha sido, por mucho, la cuestión más analizada del derecho de daños en el Paraguay.² Es, por así decirlo, la “estrella” de la responsabilidad civil en nuestro país.³ A pesar de ello, aún no se ha confrontado en forma directa y abierta la razón por la cual nuestro gran Luis DE GÁSPERI se refirió al daño moral como la cuestión más “escabrosa” del derecho civil⁴ - lo que en el título de este trabajo se identifica como “el” problema del daño moral.

¹ No deja de ser significativa en el contexto de este trabajo la siguiente oración del diálogo entre Alicia y Humpty Dumpty (usualmente traducido como “Zanco Penco”): “*The question is,*” said Alice, “*whether you can make words mean different things.*” “*The question is,*” said Humpty Dumpty, “*which is to be master – that’s all.*” (“La pregunta”, dijo Alicia, “es si puede hacer que las palabras signifiquen distintas cosas”. “La pregunta”, respondió Humpty Dumpty, “es quién es el que manda – nada más”).

² Excelentes realmente los tratamientos de nuestra doctrina: desde una perspectiva general, ineludible la obra del maestro Ramón SILVA ALONSO, *Derecho de las Obligaciones*, Edit. Intercontinental, Asunción, 5ta. Edición. Tratamientos particulares y detenidos igualmente importantes son: una extensa y excelente monografía del Prof. Bonifacio RÍOS AVALOS, “Daño Moral”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción*, 2000-2001; un provocador trabajo de Manuel RIERA, “El Daño Moral”, en Antonio TELLECHEA SOLÍS – Roberto MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, *Derecho Privado Paraguayo*, Edit. La Ley, Asunción, 2007 (con especial referencia al daño moral de la persona jurídica) y un maravilloso (y sumamente útil) estudio teórico-jurisprudencial de José Ángel DOS SANTOS, “Aspectos Importantes de la Indemnización por Daño Moral” en *Suplemento Especial de Responsabilidad Civil*, Revista Jurídica La Ley Paraguaya No. 1. Contemporáneos al Código, pero todavía de utilidad, resultan dos estudios del Prof. Antonio TELLECHEA, ahora recogidos en el *Suplemento Especial de Responsabilidad Civil* de la Revista Jurídica La Ley Paraguaya, No. 2: “Responsabilidad Civil por Daño Moral” y “Algo más, sobre la Responsabilidad Civil por Daño Moral”. Y ver el importante trabajo – aún inédito – del Prof. José Antonio MORENO RUFFINELLI, citado *infra* n. 11.

³ En varias oportunidades había prometido, a quien quería escucharme, que nunca iba a escribir sobre el daño moral, precisamente por esta razón: me parecía que ya se le había dedicado mucha tinta a esta figura. Agregar otro ensayo sería quizás dar la impresión de que efectivamente el daño moral no tiene límites, algo que el presente ensayo pretende falsear. Hoy degluto mis pasadas palabras, especialmente por una cuestión de urgencia: la tendencia de algunos fallos recientes hace imperativo “ponerle la cascabel al gato”, que bien podría ser el sub-título de este ensayo – en donde “gato”, claro está, es una alusión al daño moral. Al mismo tiempo, debo agradecer los enriquecedores comentarios y sugerencias del Prof. José Antonio MORENO RUFFINELLI y Giuseppe FOSSATI, quienes estoicamente soportaron versiones anteriores de este trabajo, rescatándolo de muchas oscuridades. Los defectos que quedan son imputables sólo a quién escribe.

⁴ Luis DE GÁSPERI, *Anteproyecto de Código Civil para la República del Paraguay*, Edit. El Gráfico, Asunción, 1964, pag. 774.

Este ensayo, por sobre todo, pretende dar los primeros pasos hacia una perspectiva que permita enfrentar “el” problema del daño moral, para hacerlo quizás menos escabroso.

Pero esto supone responder previamente a la pregunta: ¿cuál es “el” problema del daño moral, qué es lo que lo torna tan escabroso?

Ya no es la discusión – que puede darse por superada⁵ – de si se debe o no acoger al daño moral como categoría indemnizable. Hoy en día, prácticamente no existe legislación que se niegue a indemnizar, al menos en algunos supuestos básicos, al daño extrapatrimonial.⁶

Tampoco es la hartada debatida cuestión de si la reparación por daño moral es de naturaleza sancionatoria o punitiva, o más bien compensatoria, sobre la cual, si bien hay opiniones encontradas, hoy existe una cuasi-unanimidad: la tesis compensatoria ha ganado una prevalencia bastante generalizada.⁷

No: “el” problema del daño moral hay que buscarlo en otro lado. El mismo ha sido captado en forma precisa por el maestro de la civilística española actual, Luis Díez-PICAZO, en un reciente, brillante y sugerente trabajo cuyo título habla por sí mismo: *El escándalo del daño moral*.⁸

Ha sugerido este notable jurisprudente que el problema del daño moral radica en la amplitud casi infinita que ofrece al momento de su aplicación, debido a su carácter de concepto esencialmente indeterminado y poroso.⁹ O, para utilizar sus propias palabras,

(el escándalo del daño moral radica en el peligro que el mismo en la práctica sea tan) *proteico, tan moldeable, como lo que los niños llaman “plastilina” y que en sus manos se pueda hacer con ellos lo que se quiera.*¹⁰

⁵ Aunque no dejo de recordar aquí la opinión de algunos titanes de la responsabilidad civil como el Profesor peruano Fernando DE TRAZEGNIES, quién por razones más que atendibles se ha mostrado escéptico con respecto al daño moral. Ver su obra *La Responsabilidad Extracontractual*, Lima, Fondo Edit. de la Univ. Católica, 1995.

⁶ Para el derecho comparado de daños es imposible no acudir al completísimo trabajo de VAN GERVEN, LEVER y LAROCHE, *Cases, Materials and Text on Tort Law*, Hart Publishing, Oxford, 2000.

⁷ Exposición de la controversia y apasionada defensa de la tesis resarcitoria en Alfredo ORGAZ, *El Daño Resarcible*, Edit. Lerner, Córdoba, 1992, pag. 208 y sgts. A pesar de lo dicho en el texto, resulta interesante (y es una de las más útiles lecciones que deja el trabajo excelente de DOS SANTOS) que en nuestros tribunales existen diversos fallos que han considerado que el daño moral tiene una función “eclectica”; es decir, por un lado resarcitoria y por el otro de sanción ejemplar. Quizás los jueces, que tienen que lidiar con los casos particulares, tengan aquí una mejor visión de la cuestión. La profundización de esto, sin embargo, debe quedar para otra oportunidad. Ver en general el trabajo de DOS SANTOS, n. 2, pags. 14 y 15 (y también el fallo citado *infra* n. 16).

⁸ Luis Díez-PICAZO, *El Escándalo del daño moral*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2008. Demás está decir que este opúsculo inspira buena parte del presente trabajo, como podrá ir notando el lector a medida que avance en su lectura.

⁹ “Concepto jurídico indeterminado” en palabras de Karl ENGISCH, *Introducción al Pensamiento Jurídico*, Edit. Comares, Granada, 2000; “poroso”, con inspiración wittgenstentiana, en el maravilloso y perceptivo ensayo de H.L.A. HART, “El Cielo de los conceptos de IHERING y la jurisprudencia analítica moderna”, reproducido en Pompeu CASANOVAS y Juan José MORESO (eds.) *El Ámbito de lo Jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994, pag. 109 y sgts.; ya me he ocupado de los problemas de este tipo de conceptos en “La Buena Fe en la Interpretación de los Contratos: 4½ sugerencias para evitar a los contratos hechos por los jueces”, en Antonio TELLECHEA SOLÍS – Roberto MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, *Derecho Privado Paraguayo*, Edit. La Ley Paraguaya, 2007.

Se aprehende así, al recurrir a la figura de la plastilina, en forma diáfana el núcleo del problema, el cual, en la jerga diplomática llamaríamos una “cuestión limítrofe”¹¹: ¿dónde empieza y dónde termina la figura del daño moral? ¿Tiene límites inherentes, o por el contrario, puede aplicarse a cualquier situación, por nimia que parezca? ¿Estamos condenados a que se convierta en una suerte de “comodín jurídico”¹², para que los jueces y tribunales lo apliquen *a piacere*?

En síntesis: ¿es el daño moral igual a la plastilina, listo para ser moldeado y hacerse con él lo que se quiera?

La pregunta se vuelve especialmente acuciante en nuestro derecho positivo y en aquellos países que tienen un régimen similar del daño extrapatrimonial, ya que el legislador se ha limitado a mencionar su existencia como rubro indemnizatorio, sin detenerse a dar la más mínima indicación de cómo debe hacerse más concreta a esta previsión normativa en la práctica. Es decir, no existe, para el operador jurídico paraguayo, ningún tipo parámetro o guía que le señale o de una idea básica de cuándo deberá indemnizarse el daño moral y cuándo no. Si le sumamos el hecho que estamos ante un concepto jurídico indeterminado, plástico y flexible – de ahí el recuerdo al caprichoso Humpty Dumpty del epígrafe – la cuestión se vuelve aún más engorrosa y compleja.

Si aceptamos la proposición de que el daño moral es como la plastilina, entonces estamos en problemas; no sólo porque ello implicaría que en la práctica se llegue a una “orgía de pleitos” (terminándose en el caso que recordaban MALAURIE y AYNES, en el cual un agricultor reclamaba daño moral por la pérdida de una lechuga a la que se encontraba emocionalmente atado¹³), sino que, por sobre todas las cosas, lo que se hace en el fondo es desfigurar y trivializar a un instituto fundamental del derecho civil, que cumple una función esencial – pero limitada – en el ordenamiento jurídico. En suma, y valga más que nunca la redundancia: *se le hace daño al daño moral*.

A pesar de lo atrayente que pueda parecer esta noción para algunos, creo que debe resistirse el intento de asimilar el daño moral a la plastilina. Existen, sugeriré, respuestas plausibles al “escabroso” problema del daño moral. A lo largo de este ensayo pasaré revista a algunos esfuerzos que se han realizado en este sentido, concluyendo con una exhortación a resistir el *facilismo* que implica considerar que se puede moldear caprichosamente a la idea del daño moral, sin por ello negarle un lugar crucial al instituto en la vida del derecho. Si bien un número importante de nuestros operadores

¹⁰ DÍEZ-PICAZO, n. 8, pag. 15.

¹¹ Precisamente fue un diplomático de ley quien captó agudamente esta cuestión y la advirtió certeramente hace algunos años: “Nuestra posición es *ab initio* que estamos de acuerdo con la institución. El problema sin embargo está en circunscribirlo, delimitarlo, acotarlo para que las inmensas dudas que ha generado la institución se despejen y quede libre el camino para una serena aplicación del mismo, pues no hay nada más peligroso que pretender aplicar una institución sin tener sus límites bien establecidos”. Ver José Antonio MORENO RUFFINELLI, “El Daño Moral”, Conferencia dictada en la Universidad Católica de Asunción (tengo el manuscrito inédito a la vista).

¹² El término “comodín” como medio para eludir la solución que ordena la ley y sustituirla por otra que al juez le parece más justa la toma el Prof. Omar BARBERO de un fallo de la Cámara Nacional Civil de Argentina, sala F, 7-9-98, ED, 187-290 (en su artículo “El abuso del derecho no es instituto “comodín” para sustituir la ley por el propio criterio”, en *Abuso del Derecho*, Edit. Universitas, Buenos Aires, 2006).

¹³ La frase “orgía de pleitos” y la cita a los autores franceses es de Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema*, Dykinson, Madrid, 2001, pag. 162.

jurídicos ha optado usualmente por una visión no demasiado rigurosa del daño moral, debe reconocerse que existen algunas excepciones; y, lo que es más significativo, que ellas se han producido incluso en sede judicial. En este sentido, al llegar al final del camino más bien largo que le supondrá la lectura de este trabajo, el lector podrá encontrar que existen magistrados paraguayos que, en forma encomiable, han rehusado “jugar como niños con la plastilina”, y han arribado a una concepción *razonable y sensata* del daño moral, la cual se intentará defender aquí con mayor detenimiento.

Algunos fallos sintomáticos: la necesidad de fronteras menos maleables del daño moral

Para entrar de lleno al problema del daño moral, nada mejor que recordar algunos casos en los cuales la figura ha sido utilizada como material esencialmente maleable. En esta sección del ensayo se recogerán algunos casos llamativos – extrajeros y nacionales – que ejemplifican en distintos modos la encrucijada del daño moral; es decir, la necesidad de buscar límites básicos al instituto.

El primer caso es un célebre (o mejor dicho, infame) precedente jurisprudencial francés, censurado vivamente en su momento por CARBONNIER por ser “aberrante”.¹⁴ Al no encontrar mayores limitaciones o contornos en el texto legal del *Code*, los jueces franceses entendieron que podía (y, por ende, debía) indemnizarse por daño moral a una persona cuyo caballo había fallecido como consecuencia de un accidente. Al parecer, su vinculación afectiva con el animal era tan grande que no le quedó otra que solicitar la reparación del “daño moral” que la pérdida del malogrado cuadrúpedo le causó.

Un segundo precedente, en este caso paraguayo, resulta también llamativo y generoso en su concepción de daño moral.¹⁵ Los hechos del caso se suscitaron a raíz de que un socio de una cooperativa recibió por equivocación una nota firmada por los Directivos del ente, en la cual se le comunicaba que se lo iba a amonestar por haber ofendido a algunos miembros en “estado de ebriedad”. Al recibir la nota, el sujeto, sorprendido, intima a que la cooperativa se rectifique, pues se trataba de un error, hecho que ocurrió, pues por nueva nota la Comisión Directiva solicitó disculpas por el desliz y ofreció un desagravio público (esto último, a pesar de que el hecho nunca había trascendido más allá del socio y los miembros del consejo directivo). El socio no aceptó, sin embargo, las disculpas, e inició demanda por indemnización de daño moral. El Tribunal, a pesar de haber señalado expresamente que “no se han arrimado elementos de convicción que indiquen que el acto sufrió algún daño serio en su reputación”, no obstante hizo lugar a la demanda, para “precautelar” (sic) la honra del sujeto.¹⁶

Otro caso – *rectius*, grupo de casos – que resulta especialmente ilustrativo de la liviandad con la que se puede llegar a tomar al daño moral, nos viene de Europa, y tiene que ver con los supuestos del así llamado “*wrongful birth*” o “nacimiento erróneo”.¹⁷

¹⁴ Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, París, 1991, pag. 344.

¹⁵ Ver TApel. Civ. y Com., sala 1, Acuerdo y Sentencia No. 145 del 27 de diciembre de 2002. En la recopilación de los casos, y también en algunas sabias recomendaciones sobre el texto original, he tenido la fortuna de contar con la asistencia de Fabricio FRANCO L.

¹⁶ No está demás señalar que el tribunal entiende que al hacer lugar a la demanda se produce la “suficiente penalización” de la cooperativa demandada, con lo cual adopta declaradamente una postura sancionatoria o punitiva del daño moral. Ver lo que se dice en la n. 7, *supra*, al respecto.

¹⁷ El sitio español www.indret.com recoge ilustrativos trabajos al respecto, por ejemplo el de Margarita GARRIGA, “Negligencia en el diagnóstico prenatal” (2003) o Miquel MARTÍN CASALS y Josep SOLÉ

Ya éste rótulo mismo nos debería indicar que estamos ante algún tipo de despropósito, pues, se etiqueta de entrada a la vida de una persona, ni más ni menos, que como “un error”.

Este tipo de sentencias se da en países en los cuales el aborto está, hasta cierto punto, despenalizado o permitido. En particular, son conocidas las sentencias españolas, especialmente en los casos de niños nacidos con defectos congénitos, como el Síndrome de Down. La línea de razonamiento en estos casos es usualmente la siguiente. En primer lugar, el aborto – un tanto eufemísticamente llamado “interrupción del embarazo” – puede practicarse dentro de las 22 primeras semanas para casos de defectos graves del feto o peligro para la salud de la madre. En segundo lugar, es común que los médicos practiquen exámenes en ese período para evidenciar la existencia de defectos – por ejemplo, la amniocentesis – si bien ello no es obligatorio, y la no realización es precisamente lo que motiva estos fallos. En tercer lugar, y de haberse practicado la prueba en tiempo, existiría la posibilidad (“chance”¹⁸) de que la mujer abortase para evitar el sufrimiento de tener un hijo con Síndrome de Down, dentro del cual se incluirían los daños morales. En este orden de ideas, una reciente sentencia del Tribunal Supremo español¹⁹, en un caso que sigue *grosso modo* esta tipología, concedió la suma de 150.000 euros a los padres del hijo, por no haber podido abortar.

Obviamente no entraré aquí a juzgar el dolor o sufrimiento que puede causar a una madre un hijo con Síndrome de Down (aunque si podría decirse que las sentencias nunca consideran algo que muchos padres podrían atestiguar: el enorme amor que les generan dichos hijos). Sólo deseo insistir en el hecho que se conceden daños morales por una mera “posibilidad” (es imposible saber si los padres hubiesen optado por el aborto), al tiempo que se etiqueta a una vida humana como un “error”, y se otorga finalmente un derecho sobre un *entuerto*: una persona obtiene sumas de dinero por no haber podido aniquilar la vida de otra.²⁰ Es decir, el daño moral se ve aquí disparado por un acto que es, cuando menos en principio, *mala in se* (o, parafraseando a algún autor, se está concediendo “*a right from a wrong*” – un bien de un mal, un derecho de un entuerto).

Otros dos pícaros fallos, que nos vienen del derecho español, resultan igualmente sintomáticos en cuanto a la consideración de cualquier minucia o molestia como equivalente a daño moral.²¹ En el primero, un grupo de viajeros demanda a la aerolínea Iberia por el retraso de un vuelo transoceánico, que significó un día menos de vacaciones para los mismos (si bien la aerolínea no tenía idea del motivo de viaje de los

FELIU, “Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos” (2001) (*caveat lector*: ninguno de los trabajos se plantea aunque sea someramente la posibilidad de que el aborto sea un acto contrario a la moral, y por ende, que debería ser prohibido por el derecho).

¹⁸ Ineludible resulta ahora en nuestro país referirse a un trabajo fascinante – como de costumbre – del Prof. TRAZEGNIES, “Indemnizando Sueños”, publicado en el *Suplemento Especial de Responsabilidad Civil de la Revista La Ley* (no. 1, 2008).

¹⁹ Del 16 de octubre de 2007 de la Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo.

²⁰ Claro está que esto último depende de una condena al aborto desde el punto de vista moral; al respecto, me remito, para una fundamentación profunda de ello, a las obras del Profesor John FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000 (especialmente, la séptima exigencia de la razonabilidad práctica) y, más específicamente, su obra posterior *Moral Absolutes*, Catholic University Press, Washington, 1991.

²¹ Ver DÍEZ-PICAZO, n. 8, pag. 53.

pasajeros²²). El juez concedió una indemnización por los “perjuicios morales” sufridos por los pasajeros al haber perdido un día de vacaciones (“cómo sufrieron por ese par de *caipirinhas* menos”, diría un cínico). El segundo es todavía más ilustrativo. Un abogado español de apellido Mazón Costa solicita al Tribunal Constitucional que convoque oposiciones para cubrir plazas de letrados (algo similar a la convocatoria de oposición de escribanos en nuestro país para obtener un registro); el Tribunal no respondió la solicitud, por lo que el abogado presentó posteriormente un recurso de amparo ante el mismo Tribunal Constitucional, que rechazó el recurso *in limine*. Ante ello, se presenta una demanda por indemnización del daño moral sufrido (aunque sin aclarar por un segundo cuál fue el supuesto agravio moral que le causó el hecho). El Tribunal Supremo español hizo lugar a la pretensión, en unos fundamentos de antología respecto del daño moral entendido como plastilina: “a una persona a quien se ha privado antijurídicamente de un derecho tan esencial como el amparo constitucional no cabe la menor duda de que se le ha causado un daño moral”; y este supuesto daño moral radicó en que esto hizo que “tambaleen sus creencias como ciudadano de un Estado social y democrático” (sic).²³

He ahí el “daño moral”. No hace falta ser un experto en derecho español para notar que este es un fallo *jocandi gratia*. Imagine el lector que cada persona que viera rechazada *in limine* una acción de inconstitucionalidad en nuestro país demandare por daño moral – “porque tambalearon sus creencias en que el país es un Estado social de derecho”.

El último caso – más cercano, y más preocupante, pues se trata de un reciente fallo de la Sala Civil de nuestra Corte Suprema – resulta igualmente maleable en su proteica visión del daño moral.

En el mismo²⁴, se decidió indemnizar daño moral a un corredor de cambios o “cambista” de Ciudad del Este por la supuesta pérdida de una suma de dinero. Los hechos del caso fueron los siguientes: el cambista realiza una operación con un Banco, por la suma de U\$ 150.000, monto que por alguna razón no explicada (el Ministro preopinante expresamente señala que en cuanto “al destino que tuvo el dinero objeto de la operación no hay certeza en autos”) se perdió. Ahora bien, y sin entrar a discutir la procedencia o no del daño patrimonial, lo interesante es que el actor también reclamó “daños morales” por el “dolor” padecido ante la pérdida de dicha suma de dinero. Si bien en momento alguno el cambista demostró haber sufrido dolores o padecimientos propios del daño moral, el voto de la mayoría señala que “seguramente” sufrió en su

²² Distinto hubiese sido el caso que se tratara de un contrato de turismo; en cuanto a los mismos, ver lo que se dice someramente al final de este trabajo.

²³ Sentencia Tribunal Supremo del 29 de mayo de 2003: 543/2003; citamos por la versión de DÍEZ-PICAZO, n. 8, pag. 22.

²⁴ Sala Civil, CSJ, Acuerdo y Sentencia No. 1365 del 30 de diciembre de 2008; el preopinante es el Dr. César GARAY, con adhesión del Dr. BAJAC. Asimismo, el fallo cuenta con una disidencia fuerte y densamente argumentada del Dr. TORRES KIRMSER. Para hacer lo que los anglosajones llamarían un *full disclosure* al lector, quizás deba agregar que el bufete en el cual trabaja quien escribe estas líneas litigó en dicho caso; esto, sin embargo, no debería afectar la crítica que pueda hacerse del mismo, al tomarlo como ejemplo de plastilina judicial. Esto es absolutamente posible, en especial si se recuerda lo que se conoce en la teoría de la argumentación jurídica moderna – siguiendo trabajos de filosofía de la ciencia – como diferencia entre el “*contexto de descubrimiento*” y el “*contexto de justificación*”; al respecto ver los trabajos del Prof. Manuel ATIENZA, v.gr., *El Derecho como Argumentación*, Edit. Ariel, Barcelona, 2005 (especialmente pag. 99 y sgts. con referencias a los primeros autores que explicaron la distinción, crucial en el razonamiento jurídico, como WASSERSTROM Y HART, *inter alia*).

reputación (sin explicar porqué), a tiempo de afirmar que “asumimos la existencia de la lesión de los bienes intangibles del acto”. Concluye el fallo señalando (en forma más bien confusa) que ello “redunda siempre en un detrimento patrimonial para su persona” (sic), concediéndole al cambista la suma de U\$ 30.000 en concepto de dichos “daños”.

Así resumido, el fallo presenta no pocos problemas desde el punto de vista de la responsabilidad civil por daños: en primer lugar, otorga daño moral por la simple pérdida de una suma de dinero (no de un bien especial, como una antigüedad de la familia); en segundo lugar, lo hace para el caso de un comerciante cuyo medio de vida está atado íntimamente al *alea comercial*, como es sin dudas el caso de un cambista; en tercer lugar, “asume” el daño moral, sin ninguna prueba que efectivamente el actor sufrió el mismo, y a pesar de que éste en ningún momento intentó siquiera demostrarlo en el proceso. Etcétera.

El objetivo de racimar y juntar aquí brevemente estos fallos – pueden encontrarse cientos más – es el de dejar en claro el problema que supone el daño moral: la distorsión de este elástico concepto parece inevitable. Esto lleva en muchos casos a convertir a la figura, en manos de algunos litigantes y jueces, en una verdadera fuente de enriquecimiento indebido, al tiempo de utilizarse en forma ineficiente (e indebida) a la maquinaria judicial, para asuntos que no ameritan la tutela judicial efectiva. La consecuencia no puede ser otra: se termina por desnaturalizar a la institución, de hacerse “daño al daño moral”, como ya se dijo.

Dos palabras sobre los orígenes del daño moral y las distintas opciones legislativas a la hora de acogerlo (o no)

Previamente al análisis de posibles caminos de salida del *impasse* que se ha planteado aquí, quizás convenga referirse aunque sea muy brevemente a los orígenes de la institución del daño moral, y su posterior evolución en la tradición del *civil law*, pues ello permitirá obtener una visión mejor del problema.

Podría pensarse que el daño moral es un concepto sempiterno, que está anclado casi por definición y naturaleza a todo sistema jurídico, y que su amplitud también es consustancial a su historia. Esto sería, sin embargo, apresurarse demasiado y caer en un error. A diferencia de lo que podría creerse, la compensación de daños inmateriales ha sido más bien la excepción en la historia, y el derecho romano – por citar un paradigma jurídico ineludible – prácticamente lo desconoció.

Esto, por otra parte, tampoco debe extrañar demasiado. La primera preocupación de un ordenamiento jurídico no sofisticado difícilmente pueda ser la indemnización y atención de daños puramente espirituales o morales. El sistema tendrá otras urgencias mucho más importantes que atender. De ahí que sea difícil encontrar en estadios primigenios de culturas jurídicas el reconocimiento del daño moral, y que tenga que esperarse un grado de desarrollo suficiente para prestar su atención a este tipo de problemas, o para asir cuestiones que “no se pueden ver ni tocar”, como sucede con el daño extrapatrimonial, por definición intangible o invisible.

Nada mejor, para verificar ello, que recurrir al ya mencionado derecho romano como confirmación de estos asertos. Parecen no existir mayores decisiones o reglas romanas que permitiesen la indemnización de daños morales, ni siquiera en los momentos de mayor desarrollo del pensamiento jurídico romano. Los textos más relevantes al respecto, según el clásico estudio de ROTONDI, indican por ejemplo que no eran indemnizables los daños derivados de las cicatrices, el caso paradigmático de daño moral.²⁵ Por otro lado, en el *Digesto* puede encontrarse un texto de GAYO que es categórico en sentido contrario a la indemnización del daño moral, y la negativa a los daños no patrimoniales parece haber sido casi absoluta en el derecho romano.²⁶

Fue sólo con el paso de varios siglos y la edificación de reglas sobre el derecho común que se pudo llegar a las primeras decisiones que concedían algún tipo de daño moral, especialmente por el influjo de las ideas iusnaturalistas modernas, bajo la batuta de Hugo GROCIO y los neo-escolásticos españoles del siglo XVI. Como explica con su habitual autoridad Reinhard ZIMMERMANN, años de presiones continuas por parte de abogados y litigantes llevaron al abandono de la regla romana en los tribunales europeos en los siglos XVII y XVIII, normalmente bajo el caso paradigmático de las mujeres desfiguradas (que además debilitaba sus posibilidades de matrimonio, *ergo*, de una vida materialmente decente).²⁷

A pesar de ello, la actitud siguió siendo más bien de cautela con respecto a la volátil figura. Por ejemplo, incluso bien entrado el siglo XIX, existía un cierto recelo entre los cultores de la ciencia jurídica, como el caso de los pandectistas alemanes. Así, puede encontrarse que un autor de la influencia de WINDSCHEID, permitía en principio la indemnizabilidad del daño moral, pero a renglón seguido aclaraba que ello estaba reservado para ciertos casos *bien delimitados* y, además, *bien graves*.²⁸

Esta evolución, que parte de una negación inicial de la categoría, a una paulatina aceptación para casos excepcionales, tuvo un paralelo cercano con la aparición y vigencia de los grandes Códigos.

El *Code* francés, por ejemplo (y gran parte de los que lo siguieron), ni siquiera menciona al daño moral, entendiéndose casi en forma generalizada en el primer siglo de su aplicación que este silencio del legislador implicaba una suerte de negativa tácita al daño moral. Buena parte de la doctrina francesa decimonónica criticaba abiertamente a la idea de reparabilidad de daños puramente “morales”, y con fundamentos que tuvieron, durante un buen tiempo, un peso irrefragable.

Los exegetas del *Code*, BAUDRY-LACANTINERIE, resumieron las objeciones clásicas en contra del daño moral de la siguiente manera:

1. Sólo puede ser función de la indemnización restablecer, en el patrimonio del que sufre el daño, el valor en que este patrimonio había resultado injustamente

²⁵ M. ROTONDI, “Dalla lex Aquilia all’articolo 1.161 del Codice civile”, en *Ricerche storico-dogmatiche*, año 1917.

²⁶ *Digesto* 9, 3, 7, citado por Reinhard ZIMMERMANN, *The law of obligations*, OUP, Oxford, pag. 1026. Este monumental e imprescindible libro (absolutamente desconocido, lastimosamente, en nuestro país) por otro lado nos informa que el derecho germánico sí aceptaba con bastante naturalidad el pago por intereses inmateriales.

²⁷ ZIMMERMANN, n. 26, pag. 1027.

²⁸ Citado por DíEZ-PICAZO, n. 8, pag. 60.

disminuido. Cuando se habla de daño moral, no se persigue tal resultado, ya que el patrimonio no ha sufrido ninguna disminución.

2. Es escandaloso que se puedan discutir judicialmente el honor, los afectos más sagrados o los dolores más respetables y sólo cuando esta discusión es admitida, es posible la reparación del daño moral.

3. Es imposible que la apreciación de este daño no sea en última instancia algo absolutamente arbitrario.²⁹

Sin embargo, y como recuerda DÍEZ-PICAZO, ninguna de estas objeciones era insalvable, pues el propio texto del *Code*, a pesar de la parquedad de sus palabras, era suficiente para permitir el acogimiento de la noción del daño moral:

*Las tres objeciones tenían respuestas: los términos del art. 1382 del Code, que menciona un daño cualquiera, son tan amplios que permiten tanto del daño material como el moral; la reparación pecuniaria imperfecta del perjuicio moral debe preferirse a la falta de toda reparación; en toda decisión judicial hay siempre algo de arbitrario, pero la dificultad de la apreciación no debe influir en la prosperabilidad de una demanda justa.*³⁰

De esta forma, los tribunales franceses pudieron superar, con el paso de los años, las objeciones señaladas, reconociendo lentamente la resarcibilidad del daño moral, especialmente en casos como los de lesión al honor, a la reputación, y así sucesivamente, hasta llegar a la idea de que el daño moral debe ser resarcido siempre y cuando el mismo sea cierto. Y así, la jurisprudencia francesa de principios y mediados del siglo XX (con fuerte espaldarazo doctrinario) terminó por consagrar vigorosamente la figura, encontrándola implícita en la comprensiva y general fórmula del art. 1382 del *Code*.³¹ Algo similar ocurrió en otros países que siguieron el modelo del *Code*, como España, Italia, *inter plurium alia*.³²

En cuanto a aquellos códigos de la segunda oleada codificadora – que vieron la luz al tiempo que en Francia y otros países se estaba incorporando al daño moral por vía jurisprudencial – los mismos prefirieron, ante la ya innegable aceptación de la figura, optar por una solución distinta a la del *Code*: mencionar expresamente el daño moral, pero establecer que el mismo sólo podía ser exigido en determinados casos, claramente *tipificados* por la ley. El caso del BGB alemán, de 1900, es sintomático en este sentido: su § 253 señalaba que para el caso de un daño no patrimonial, “la indemnización no puede ser intentada sino en los casos fijados por la ley”.³³

Esta evolución ha llevado a la coexistencia (en el ámbito del *civil law*, al menos) de dos sistemas bien distintos:

²⁹ Recordados por DÍEZ-PICAZO en su *Derecho de Daños*, Edit. Civitas, Madrid, 1999, pag. 95.

³⁰ Idem. anterior.

³¹ Al respecto, remito al lector interesado en la evolución del concepto en Francia al majestuoso *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, de los hermanos Henri y León MAZEAUD, actualizado por André TUNC: EJE, Buenos Aires, 1961, Tomo I-I, no. 302 y sgts.

³² Ver, por ejemplo, VAN GERVEN, LEVER Y LAROCHE, n. 6. En España no se aceptaba la indemnización del daño moral hasta un célebre precedente de 1912, en el cual se lesionaba el honor de una mujer por una noticia falsa que afirmaba que se había fugado con un fraile capuchino. J. SANTOS BRIZ, *La Responsabilidad Civil*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1993, 7ma. Edición, Tomo I, pag. 164 y sgts.

³³ Ver ENNECCERUS-LEHMANN, *Obligaciones*, t. 2-II, Edit. Bosch, Barcelona, parágrafo 240; y, en general, el interesante desarrollo de Alfredo ORGAZ, n. 7, pag. 230 y sgts. de las diversas posturas.

- (i) el *amplio* o francés (especialmente en su interpretación actual, no la originalista), en el cual existe sólo la cláusula general del “daño reparable”, y de esta forma, es tarea de los tribunales ir delimitando los casos particulares de resarcibilidad de los de no serán reconocidos como sujetos a resarcimiento³⁴; y,
- (ii) el *restringido* o alemán (seguido entre otros por el *Codice* italiano de 1942), en el cual el daño extrapatrimonial es reconocido expresamente, pero sólo en forma excepcional, es decir, se lo indemniza solo en los casos previstos por la ley.

Las bondades y defectos de ambos sistemas saltan a la vista del lector avisado.

En el sistema alemán, de excepcionalidad de la reparación, la bondad es la previsibilidad de las decisiones judiciales y consecuente disminución de la arbitrariedad judicial (justamente denunciado por BAUDRY-LACANTINERIE, como ya se ha visto), pues sólo se indemniza el daño en los casos establecidos por la ley. No existe, en consecuencia, la tan temida imprevisibilidad/arbitrariedad judicial en la condena de reparación al daño extrapatrimonial.

El defecto de este sistema restrictivo es también obvio: interpretado rígidamente, puede llevar a que diversas situaciones dignas de reparación por el sistema sean dejadas de lado, ante la orden expresa del legislador. Es decir, a casos concretos de injusticia sacrificados en el altar de la seguridad o previsibilidad del sistema.

Por otra parte, en el sistema francés la bondad consiste justamente en la subsanación de éste último defecto: como se trata de una cláusula general o abierta, el juez puede indemnizar el daño moral en los casos en que ello sea justo, por más que no esté previsto específicamente en el estatuto legal. De esta forma, se evita que algunos daños realmente injustos queden sin ser indemnizados.

Pero el defecto del sistema amplio es, a su vez, la otra cara de la moneda. En los países que siguen el sistema francés de la cláusula abierta, la gran dificultad estriba en la (im)previsibilidad del régimen, pues existe un gran factor de arbitrio judicial que hace imposible determinar en que casos se dará la condena de reparación y en qué casos no. Como botón de muestra, un recuento reciente ha determinado que en un país en donde rige el sistema amplio (Argentina), se dan como mínimo ¡68! casos distintos de reparación del agravio moral, en una lista que ciertamente no es cerrada y se expande día a día.³⁵

³⁴ Con la salvedad que esta regulación amplia en ocasiones no es explícita (como en Francia), y en otros países, como el Paraguay, la regulación amplia es explícita normativamente. Ver al respecto la información que da cuenta el Prof. Ramón PIZARRO, en su ineludible obra, *Daño Moral*, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, pag. 147 y sgts.

³⁵ Es lo que informan TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, en su *Tratado de Responsabilidad Civil*, 5 Tomos, Edit. La Ley, Buenos Aires, 2004, T. I., pag. 522 y sgts., suma que es bastante locuaz y que, además, puede ser fácilmente extendida. De ahí el factor de imprevisibilidad del sistema: ¿cómo asegurarse racionalmente contra este tipo de daños?

Ante esta encrucijada, el ESCILA de la imprevisibilidad o arbitrariedad, y el CARIBDIS de la estrechez o injusticia en la reparación, el legislador debe optar por uno u otro camino.

En el siguiente apartado, me detendré a analizar, brevemente, como el legislador paraguayo casi siguió – es lo que hubiese ocurrido si se adoptaba a libro cerrado el *Anteproyecto* DE GÁSPERI – la tesis restringida de inspiración alemano-italiana, y como finalmente terminó por adoptar la tesis más amplia posible, decisión legislativa que motiva justamente el presente ensayo.

La encrucijada legislativa: DE GÁSPERI y su enfoque (sumamente) restringido vs. el texto final (amplísimo) del Código

a. El Anteproyecto y su concepción restrictiva(ísima) del daño moral

No pueden quedar dudas de la opción que tomó Luis DE GÁSPERI al tiempo de redactar su *Anteproyecto*: escéptico como era de la figura, siguió firmemente al sistema restrictivo de indemnización del daño moral.

En efecto: en el *Anteproyecto* se estableció un sistema severamente estricto en cuanto al daño moral, determinándose que sólo se iban a indemnizar los perjuicios morales en los “casos expresamente previstos por este Código”.³⁶ Se trata de un sistema absolutamente *tipificado* de indemnización del daño moral, antípodas del francés de la atipicidad.

Para fundar la tesis restrictiva de inspiración teutona, DE GÁSPERI optó por censurar al Proyecto argentino de Reforma del Código de 1936 (que, paradójicamente, terminó siendo fuente del Código Civil actual en esta cuestión), por haberse apartado de la concepción limitada de BIBILONI y haber adoptado una caracterización sumamente amplia. La censura del jurista paraguayo respondía, de manera especial, a la imprevisibilidad que supone el sistema amplio de indemnización:

Más la Comisión argentina de Reformas del Código optó, sin mucho acierto, por la regla general de la 1ª parte del art. 85 del Proyecto ítalo-francés de las Obligaciones y lo trasegó al párrafo 2º del art. 866 del Proyecto argentino de 1936, según el cual: El deber de reparar se extiende a toda lesión material o moral causado por el acto ilícito, disposición expuesta a objeciones por su amplitud en la admisión de toda pretensión a la indemnización del daño moral que se invoque en juicio, sin referencia a ningún precepto especial que la autorice y aunque medie un daño patrimonial, en perfecta contradicción con la doctrina civil prevaleciente en nuestros días bajo la influencia del Código Civil alemán.³⁷

DE GÁSPERI marca aquí en forma clara su postura contraria a la tesis amplia, y con argumentos para nada desdeñables, dicho sea de paso. Lo que busca evitar es la imposibilidad de prever todos los daños morales a ser reparados y crear así la orgía de pleitos o una *damages industry* (“industria de daños”), en la cual los litigantes libremente solicitan todo tipo de reparación por cualquier tipo de daños, sin restricción alguna.

³⁶ Ver art. 2477 del *Anteproyecto*, y la extensa apostilla al mismo.

³⁷ *Anteproyecto*, pag. 776.

En respuesta al sistema amplio del Proyecto de 1936, y siguiendo al jurista Hans FISCHER, autor de una influyente obra sobre daños morales de mediados del siglo XX, nuestro anteproyectista señala que

No basta que se haya inferido un daño moral cualquiera, para que nazca el deber de indemnizarlo. El Código alemán acota cuidadosamente el campo de los daños inmateriales, excluyendo con ello buena parte de los casos que gozan de protección en el régimen francés. No se concede, por ejemplo, indemnización al dolor causado a los padres de una persona herida, seducida o muerta... Para que el daño sea indemnizable, enseña VON LISZT, debe recaer precisamente sobre los bienes jurídicos que previene ese precepto. Por tanto, sólo pueden considerarse como daños inmateriales, exclusivamente los que afecten a la integridad corporal o a la salud, a la libertad, o al honor sexual. Las lesiones causadas en la honra, sentimientos morales o religiosos, etc. no dan nunca base para una acción de resarcimiento a tenor del citado artículo.³⁸

Coherentemente con estas ideas, el *Anteproyecto*, sigue en materia de reparación del daño moral un sistema *tipificado y sumamente restrictivo*: sólo aquellos casos expresamente previstos en la ley son los que engendrarán la indemnización del daño moral.

¿Cuáles son estos casos según DE GÁSPERI?

Sólo dos:

- a. Lesiones corporales a mujeres que quedaran desfiguradas.³⁹
- b. Casos de violación, estupro o rapto.⁴⁰

A la luz de esto, y aún cuando uno no sea amigo de nociones harto generosas del daño moral, existen razones fundadas para criticar a DE GÁSPERI por haber acogido una concepción en exceso estrecha, incluso más estrecha que la de su fuente (el BGB alemán).

Y es que limitar el daño moral en sólo estos dos supuestos parece a todas luces exagerado; existen muchas otras situaciones – la muerte, por citar sólo el caso más evidente, pero también casos de agravios notorios a la intimidad o el honor –, en donde debe permitirse, al menos en principio, la indemnización del daño extrapatrimonial. Es más, en otro de los casos más claros que existen de reparación de daño moral por violación del derecho al honor – como el de divulgación de noticias falsas que afecten la reputación de una persona – DE GÁSPERI permite la reparación sólo del daño patrimonial causado por la noticia injuriente. Como resulta muy difícil probar un daño patrimonial de una noticia inexacta (¿cómo saber hasta donde afecta a mi negocio una noticia injuriente?), el honor termina, a efectos prácticos, no siendo tutelado en el *Anteproyecto*.

En consecuencia, el ESCILA de DE GÁSPERI fue, quizás, demasiado lejos. Ni el más ferviente admirador de un sistema estricto de reparación del daño moral del corte del sistema alemán podrá aprobar la decisión que en última instancia tomó DE GÁSPERI. Su extrema *cautela* para conceder este tipo de resarcimiento fue quizás *demasiado*

³⁸ *Anteproyecto*, pag. 776.

³⁹ Art. 2479 del *Anteproyecto*.

⁴⁰ Art. 2483 del *Anteproyecto*.

cautelosa, al punto de convertirse, como ya se ha dicho, en fuente de posibles injusticias.⁴¹

Si vamos por un instante al plano contra-fáctico, es decir, del supuesto que se hubiese aprobado el texto del *Anteproyecto* tal cual lo había previsto DE GÁSPERI, lo más probable es que el remedio hubiese terminado siendo peor que la enfermedad, ya que la estrechez de su concepción del daño extrapatrimonial hubiese obligado a los jueces a ejercer su tarea en forma harto creativa, para salirse de la camisa de once varas impuesta por el codificador, tarea creativa que a la postre hubiese tirado por la borda el noble objetivo inicial de DE GÁSPERI – poner ciertos límites al daño moral. La paradoja, claro está, se da en que lo que se quería en un primer momento era evitar la excesiva actividad judicial, pero este sistema restrictivo en el fondo termina invitándola forzosamente para reducir las injusticias a las que conduce en la práctica el esquema.⁴²

Para redondear esta parte de la exposición: DE GÁSPERI había optado por el sistema tipificado o *numerus clausus*, inspirado en ideas germánicas y el *Codice Italiano* de 1942, censurando la generosidad del sistema francés. Ello, había afirmado, en aras a la mayor certeza y previsibilidad de las condenas pecuniarias en sede aquiliana.

b. El Código de 1987 y su concepción amplia(ísima) del daño moral

Pues bien, el Código Civil de 1987 optó finalmente por el sistema diametralmente opuesto, apartándose al mayor grado posible de lo que había previsto el *Anteproyecto*.

Esto requiere de alguna precisión, porque a primera vista y considerando varios artículos incorporados del Código de VÉLEZ, el sistema tendría en un primer acercamiento un aparente carácter *tipificado*.

⁴¹ En Alemania el sistema restrictivo obligó a la jurisprudencia teutona a realizar varios esfuerzos interpretativos para evitar estas posibles injusticias; ver SANTOS BRIZ, n. 32, pag. 170 y sgts. con cita a LARENZ entre otros.

⁴² Es más que posible conjeturar por ello que nuestro sistema hubiese seguido un destino similar al que le cupo al italiano, modelo del *Anteproyecto* (art. 2059 de ese cuerpo legal): lo que ocurrió en ese país es que la jurisprudencia italiana durante años buscó la forma de expandir esta noción restrictiva para indemnizar supuestos que verdaderamente debían de ser indemnizados. Así, la jurisprudencia y doctrina de la península itálica tuvieron que recurrir a la creación de nuevas categorías de daños resarcibles, como los casos de los “daños biológicos” o “daños a la persona”, concebidos no como especie de daño moral sino como verdaderos *tertium genus*, principalmente recurriendo a normas constitucionales relativas a la salud e integridad física. Todo ello, como respuesta a la concepción estrecha primigenia del daño extrapatrimonial. Magistral la exposición de la Prof. VISINTINI, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Edit. Astrea, Buenos Aires, Tomo 2, pag. 224 y sgts. Se ha querido trasladar a estas categorías a nuestros sistemas, como nos informa la Prof. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “El daño a la persona, ¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 1992, pag. 84 y sgts. Sin embargo, es evidente que con una concepción lo suficientemente amplia del daño moral – como la del Código Paraguayo (o el Argentino), que el italiano justamente carece – parece inútil insistir en ello. Ver, además de las reflexiones de esta prestigiosa autora, las palabras del Prof. BUERES, *Derecho de Daños*, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, pag. 286 y sgts., donde niega la categoría tercera (“No existe un tercer género... si el daño se define como arreglo a derecho”). De ahí que no concuerde con lo expresado por DOS SANTOS en su por lo demás excelente monografía ya citada n. 2, en cuanto señala que el daño psicológico debe ser diferenciado del moral, pues entiendo que tal multiplicación resulta innecesaria (apelando, en síntesis, a un *argumentum ad ockhamian*).

En este sentido, a la hora de establecer reglas de liquidación y estimación del daño, el Código actual parece acoger casos bien específicos y taxativos de indemnización, los que incluyen: el homicidio (derecho a la vida, art. 1858), la lesión a la estética (integridad física, art. 1859), así como la integridad sexual de la persona (violación, rapto, etc., art. 1862), la honra y reputación (derecho al honor, etc., art. 1863 del Código).

La interpretación y aplicación aislada de estos artículos podría llevar a pensar que seguimos en un sistema bastante restrictivo (no tanto, sin embargo, como el de DE GÁSPERI), pues sólo en estos supuestos bien definidos puede hablarse de reparación del daño moral.

Sin embargo, a estos artículos de pedigrí veleziano, los codificadores decidieron agregar una cláusula general o *generalklausen* omnicompreensiva, que va mucho más allá – muchísimo en realidad – que estos supuestos particulares, y que cubre prácticamente cualquier caso imaginable.

En este sentido, el art. 1835 (que está, por así decirlo, en la “parte general” del tema de la responsabilidad civil en el Código), no tiene, ni pretende tener, ninguna limitación a la hora de indemnizar el daño moral. Así, y siguiendo a la Reforma argentina de 1936 (y también al Decreto-Ley 17.711 de 1968), el art. 1835, segundo párrafo del Código Civil actual estipula:

La obligación de reparar se extiende a toda lesión material o moral causado por el acto ilícito. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo. Si del hecho hubiere resultado su muerte, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.

No es necesario ser demasiado perspicaz para entender que estamos ante una formulación extraordinariamente amplia, pues el catalogo de hechos en los que se puede inferir la existencia de un “daño moral” es prácticamente interminable. El sistema tiene una amplitud total, ya que no existe norma alguna que establezca siquiera un horizonte de aplicación de la figura. Si bien podría concebirse una interpretación que sostenga que las recién mencionadas disposiciones contenidas en los arts. 1858-1864 del Código Civil pueden ser leídas como un catálogo cerrado o *numerus clausus* de casos de daño moral (y así serían indemnizables sólo los casos de homicidio, lesiones corporales, violación, y imputaciones al honor y la reputación, etc.), no es ésta la tesis que ha primado en la doctrina o jurisprudencia paraguaya, y tampoco puede decirse que se adecue con precisión y justeza al art. 1835 y su manto omnicompreensivo de aplicación. La amplitud del texto del art. 1835, y el afán *pro victimae* que permea al derecho de daños actualmente, hacen difícil interpretar restrictivamente la posibilidad de indemnizar el daño moral – más bien, lo cierto es lo contrario. Esto último es lo que lleva en la práctica, lastimosamente, a demandas – y fallos – francamente descabellados sobre supuestos “daños”; ante la licencia que ha otorgado el legislador, muchos parecen creer que lo más oportuno es esa conocida y perenne estrategia nacional que es el “tanteo libre”.

De ahí que pueda decirse, con honestidad, que quizás hemos ido del ESCILA del *Anteproyecto* al CARIBDIS del Código actual, es decir, de un extremo al otro. Ni la restricción exagerada de DE GÁSPERI, ni la laxitud extrema del Código vigente, han dado, al parecer, una solución genuinamente *razonable* al problema del daño moral.

Esto último es lo que permite que en nuestro derecho el daño moral pueda ser utilizado como una verdadera plastilina para cubrir cualquier caso imaginable, hasta la más mínima incomodidad, como el caso del agricultor que perdió a su amada lechuga. Ante la decisión legislativa tomada, ¿estamos condenados a que ello sea efectivamente así? Es decir: ¿estamos obligados a repetir las sentencias del famoso “buen juez” MAGNAUD – generoso sí, pero hasta destruir las bases mínimas de racionalidad del sistema?⁴³

Primeros pasos para divisar horizontes del problema: el aporte de la jurisprudencia y doctrina francesa

Si bien es difícil ser optimista ante la encrucijada normativa de nuestro Código y su laxitud, no es menos cierto que ello no es una excusa para bajar los brazos y entregarse. Por el contrario, si se escarba un poco en las tierras del derecho comparado, podrá constatarse que existen, y han existido, muchos esfuerzos para moldear la plastilina, para dibujar contornos más o menos precisos a la noción del daño moral.

Aquí será útil, en primera instancia, recordar lecciones que podamos aprender de sistemas similares al nuestro (que recogen la noción amplia del daño moral), como el caso francés, que estimo da alguna pautas primigenias para el intérprete.

Así, siguiendo las directrices de la jurisprudencia francesa, la doctrina de ese país se ha esforzado por establecer categorías o tipologías elementales del daño moral que pueden ser reconocidas.⁴⁴ A saber:

- (i) *Pretium doloris*, literalmente, “precio del dolor”, es decir, los padecimientos y sufrimientos físicos que ha sufrido la víctima en cuestión. Es el supuesto clásico del daño moral. En el mismo quedarían comprendidos los malestares espirituales, el insomnio y demás manifestaciones dolorosas en sentido estrictamente neurológico, quedando excluidos de este rubro a los sentimientos de tristeza, desazón, etc. que forman parte de la siguiente categoría.
- (ii) *Préjudice d'agrément* o “pérdida de agrado”, que incluye la pérdida de los goces normales y ordinarios de la vida, tales como levantarse, lavarse, vestirse, o que dejan frustraciones y molestias en el día a día y que termina por privar a la víctima de buena parte de su calidad de vida.
- (iii) *Préjudice esthétique* o “perjuicio estético”, supuesto que tiene la ventaja de probarse *res ipsa loquitur*, pues no hace falta ser demasiado perspicaz para notar que una cicatriz que cruce la cara de una mujer de 20 años le

⁴³ Para un recuento breve de la historia de MAGNAUD, el clásico libro (que todavía se lee con mucho provecho) de Luis RECASENS SICHES, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Edit. Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1956, pag. 58 y sgts.; las intenciones de este “buen juez” eran sin dudas buenas, pero terminaban en muchos casos en corazonadas o intuiciones *contra legem* (con similitud al *kadijustiz* de WEBER), lo que obliga a recordar aquello que “de buenas intenciones está construido el camino al infierno”.

⁴⁴ Sigo aquí la exposición (como siempre completa y excelente) de YZQUIERDO TOLSADA, n. 13, pag. 161 y sgts., (con citas a VINEY, TUNC, CARBONNIER, MALAURIE Y AYNES, entre otros), aunque hemos invertido el esquema pues entendemos que el *pretium doloris* que este talentoso jurista español coloca último debería ir primero, por razones lógicas y cronológicas.

vendrá a causar serios perjuicios morales y espirituales. Tan notorio es que aquí debe indemnizarse el daño que hasta un escéptico crónico del daño moral como DE GÁSPERI había previsto este caso (mujeres desfiguradas) como una de sus dos alternativas de indemnización del daño extrapatrimonial.

- (iv) *Préjudice d'affection* o el “perjuicio de afecto”, que se refiere a las molestias y daños que sufren ciertas personas vinculadas a la víctima de la lesión o por la muerte del agraviado (según el texto ya citado del art. 1835, de los herederos forzosos). También se suele incluir aquí a aquellos daños directos sobre el propietario de un objeto sobre el que tenía especial vinculación, lo que debe tomarse sin embargo con pinzas, so pena de caer en el patético caso de 1962 al que ya he hecho referencia, en el cual se condenó al pago de una indemnización por la muerte de un caballo.⁴⁵

Este trabajo de determinación o concretización conceptual, el cual ha llevado muchos años, sin dudas da algunas pautas lo suficientemente indicativas para que los jueces (y demás operadores jurídicos), empiecen a buscarle límites razonables a la figura del daño moral. No cualquier tipo de perjuicio debería ser moldeado dentro del concepto plástico del daño moral: deberíamos estar ante un dolor claro y evidente (físico o espiritual), o la pérdida de una relación personal importante (como la esposa de un sujeto o su hijo), o directamente un perjuicio estético que traume a una persona o le impida una normal vida social.

El delimitar en estos cuatro ámbitos (en una lista que tiende a expandirse) a las tipologías elementales del daño moral es un primer paso importante.

Ahora bien:

Esta lista no es cerrada; es decir, no es un “vademécum mágico” que solucione el problema, como debe surgir en forma más bien obvia de su simple lectura. Además está decir que no basta con señalar que puede existir un “perjuicio de afecto”, pues ello nos llevaría otra vez a admitirlo en el caso del sujeto que perdió a su caballo preferido o a su lechuga. Si se sigue este punto de vista, podría terminar por reclamar la forma en que todos (o casi todos) los domingos me causa un dolor – susceptible de ser reparado por *pretium doloris* – la casi segura derrota de mi club de fútbol preferido, o del *préjudice d'affection* que sufrieron los turistas del caso ya citado por haberse perdido de un día de *caipirinhas*. Y así sucesivamente.

Es decir, estas tipologías de daños morales, al tiempo que dan un contorno más preciso a la pregunta “¿qué es el daño moral?”, en modo alguno solucionan el problema previo de determinar *en qué casos se abonará por el perjuicio de afecto, o el estético, o el dolor, etc.*

⁴⁵ Ver en general YZQUIERDO TOLSADA, n. 13, pag. 162, quien concluye su exposición señalando: “Personalmente, creo que la progresiva introducción de categorías dentro del amplio concepto de daño moral es algo en sí positivo, pero siempre que no desemboque en excesos que hagan olvidar que, por una parte, el daño, para ser resarcible, ha de ser cierto, pero por otra, su evaluación forma parte de una discreción judicial que puede dar lugar a la misma orgía de pleitos de daños y perjuicios que vienen viviendo desde hace años los Estados Unidos”.

En suma, por interesante que sea el aporte, no soluciona “el” problema del daño moral. Es necesario ir un poco más allá – o más al fondo – en búsqueda de una delimitación más precisa, de horizontes más estrechos (y más razonables) del daño moral.

Algunas concepciones (demasiado) amplias del daño moral, y el intento de su correlacionamiento con los derechos de la personalidad

La exploración de un cimiento conceptual que ayude a demarcar la noción de daño moral, al tiempo de ser imperativa – so pena de trivializar la figura – está fraguada de dificultades. Quizás por ello, no nos debe sorprender el hecho que muchos han optado por evadir el problema, o directamente obviarlo.

Un ejemplo clásico de este tipo de respuestas evasivas es la visión “negativa” del daño moral – o, el daño moral por “descarte”.

En este sentido, no han faltado (ni faltarán), autores que hayan optado por definir al daño moral como todo aquel daño que *no* tenga un carácter estrictamente patrimonial, es decir, que *no* sea tangible físicamente, y así sucesivamente. A modo de ejemplo, y para citar a autores de suficiente renombre, en Francia STARCK, ROLAND y BOYER han definido a los daños morales como “los que no entrañan por sí mismos una pérdida económica, una disminución del patrimonio”⁴⁶, mientras que en Italia PACCHIONI había dicho que el daño moral es “aquel daño que no consiste en una pérdida económica o en una falta de ganancia”.⁴⁷

Obviamente (y además de otras críticas que le pueden ser formuladas) esta posición constituye un subterfugio para escapar el intrínquilis planteado, pues ante un supuesto – volvamos al del caballo muerto o el de la lechuga y su agricultor triste – un sujeto podría argumentar haber sufrido el *préjudice d'affection* por la pérdida de un ser al cual tenía afecto, y luego señalar, siguiendo a cualquiera de estos autores notables, que es daño moral porque “no consistía en una pérdida estrictamente económica o disminución patrimonial”. Es decir, estos dos pasos nos llevarían a que nada obste a la indemnización del supuesto, y por ende, la definición negativa del daño moral vendría a ser puro escapismo que nos ayuda poco – nada, en realidad.

Para evitar caer en ello, se han ensayado diversos esfuerzos doctrinarios para llegar a una noción conceptualmente más sólida del daño moral. En la Argentina, especialmente, ha existido un debate doctrinario más bien intenso al respecto, siendo en este sentido ejemplificador el trabajo emprendido por el notable jurista cordobés Ramón PIZARRO, avanzando sobre ideas de Alfredo ORGAZ y otros, en una completísima obra dedicada al problema del daño moral.⁴⁸

⁴⁶ En su obra sobre las obligaciones, citada por PIZARRO, n. 34, pag. 32.

⁴⁷ Citado por DÍEZ-PICAZO, n. 8, pag. 74 y ver en general abundantes citas en esta obra y en PIZARRO, n. 34, pags. 32-33.

⁴⁸ Ver *Daño Moral*, n. 34, páginas 32 a 43, con exposición y crítica de las distintas teorías. El antecedente más remoto de la tesis expuesta por PIZARRO (a la que suscriben también entre otros ALTERINI, LÓPEZ CABANA y ZAVALA DE GONZÁLEZ), debe buscarse como señalo en el texto en el señero (e influyente) trabajo del maestro cordobés Alfredo ORGAZ, n. 7, pags. 222 a 224. Buena noticia del tema también en doctrina de nuestro país en el trabajo del Prof. RÍOS AVALOS, n. 2, pag. 46 y sgts.

PIZARRO parte, en su construcción teórica, de una crítica a la posición de aquellos autores (como TRIGO REPRESAS Y LÓPEZ MESA, entre muchos otros⁴⁹) que identifican al daño moral como la lesión de uno de los derechos de personalidad, como ser la libertad, la seguridad personal, la intimidad, etc. Esta tesis – que identifica al daño moral con la lesión a un derecho personalísimo – ha tenido diversos adherentes en la Argentina, y es una postura que busca limitar y no trivializar al daño moral, atándolo al catálogo limitado de derechos de la personalidad. No cualquier daño es daño moral: solo aquél que afecte y perjudique directamente un derecho personalísimo.

Sin embargo, para PIZARRO esta postura está abierta a una serie de críticas, no sólo por (i) razones de índole conceptual, sino también por (ii) sus consecuencias prácticas (es decir, por ser restrictiva en su idea del daño moral a la hora de aplicarla en tribunales).

(i) En un primer orden de ideas, señala el jurista cordobés que el derecho en sí no está protegido en abstracto, sino en los intereses que cada individuo tiene en particular (no todos tenemos los mismos intereses en cuanto a la privacidad, por ejemplo), por lo que debemos poner el énfasis en las consecuencias de la lesión al derecho en cuestión, y no en la lesión misma. Una cosa es la lesión de un derecho, y otra el daño que puede derivarse del mismo, pues existen derechos que pueden ser lesionados en casos determinados sin que ello implique que debería resarcirse algún daño (a modo de ejemplo: yo puedo invadir un terreno violando el derecho de propiedad del sujeto pero sin que ello le cause un perjuicio pues he estado apenas segundos en la finca). En sus palabras, una cosa es el “daño en sentido amplio” (la lesión u ofensa al derecho) y otro el daño en sentido estricto o “daño resarcible”; en este último el daño no se identifica con la sola lesión al derecho sino con la “consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión”.⁵⁰

(ii) Además – y pasando ya al segundo plano de su crítica, la práctica – la tesis que identifica al daño moral con un derecho personalísimo “denota una visión restringida de la cuestión”, al excluir otros derechos, como los “políticos, sociales y los de familia”. Es decir, en la *praxis* ello implicaría que una serie de cuestiones no sean reparables, algo que es objetable para este autor; basta con que se trate de un interés jurídico lícito – no prohibido expresamente por el ordenamiento – para que se dispare la figura del daño moral.⁵¹

En síntesis, el daño no debe ser equiparado como la lesión al derecho de personalidad, sino a las *consecuencias* nocivas de la lesión; y, en segundo lugar, no cabe limitar la casuística a daños derivados de lesiones a los derechos personalísimos, pues existen otros derechos que podrían dar pie a la indemnización.

⁴⁹ Ver referencias en el *Tratado*, n. 35, Tomo I, pag. 487; otros autores que defienden esta postura son AGUIAR, BREBBIA, BUSTAMENTE ALSINA, CIFUENTES, MORELLO, VÁZQUEZ FERREIRA, *inter plurimum alia* (una lista nada desdeñable por cierto).

⁵⁰ En esto controvierte no sólo con TRIGO REPRESAS y los demás autores que atan la cuestión al derecho de personalidad, sino también con autores como el Prof. Alberto BUERES, para quién el daño es la lesión a un interés y no las consecuencias perjudiciales. Ver BUERES, n. 42, pag. 292 y sgts. y ver lo que se dice en la n. 55, *infra*. También es la tesis de la prestigiosa tratadista italiana Giovanna VISINTINI y su escuela; ver *Tratado*, n. 42, Tomo II, Capítulo VII, pag. 3 y sgts.

⁵¹ PIZARRO, n. 34, pags. 36 y 37 (aclaro al lector que la división de su crítica en conceptual y práctica es mía, no del citado autor).

Ello lleva a PIZARRO, al definir el daño moral, a defender la idea que lo relevante no es la lesión de un derecho personalísimo (la vida, o a la libertad, etc.), sino “*las consecuencias perjudiciales o menoscabos que se desprenden de la aludida lesión*”, lesión que el jurista cordobés lleva ahora más allá de aquellos derechos para extenderse con mucha mayor amplitud a todo “interés no patrimonial”.⁵² De esta forma, el daño moral es en su concepción toda “*modificación disvaliosa del espíritu... consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial*”.⁵³

La noción conceptual del daño moral del jurista cordobés es, como podrá percibir el lector avisado, amplia.

No solo critica (i) la noción de daño moral como lesión a derecho de la personalidad por las razones plenamente atendibles ya indicadas (pues, efectivamente, una cosa es la lesión al derecho en abstracto, y otras las consecuencias perjudiciales en la práctica); sino que, además, (ii) desliga a esta categoría de perjuicio resarcible de toda noción de “derechos de la personalidad”, relacionándola a la mucho más amplia de un “interés no patrimonial”. En otras palabras, a todo interés jurídico que no sea expresamente prohibido por el derecho positivo.

Todo estudioso del derecho civil sabe que, éste, a diferencia del penal, se caracteriza justamente por el principio de licitud (“todo lo que no está expresamente prohibido está permitido”), con lo cual la noción obtenida del daño moral es, en efecto, prácticamente infinita. En la definición del profesor argentino, nunca podrá delimitarse, siquiera someramente, al daño moral, pues lo que sea un “interés no prohibido por el derecho” es algo extraordinariamente difuso e indefinible – simplemente, no tiene límites fijos.⁵⁴

Pero el lector atento también habrá podido divisar que es posible estar de acuerdo con PIZARRO en algunos puntos de su juicioso análisis, pero no en otros. Por ejemplo: uno puede estar de acuerdo con el paso (i) de su argumentación⁵⁵, y aceptar

⁵² PIZARRO, n. 34, pag. 41 (en página la siguiente aclara que incluye todo interés de hecho no ilegítimo, algo todavía más amplio).

⁵³ Idem. pag. 43, la definición es más larga y detallada pero aquí nos interesa su núcleo esencial. Reza su conceptualización: “(daño moral 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 diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial”. La misma se basa en la “concepción solidarista del Derecho”, según el autor (pag. 49). Otras importantes consecuencias de esta definición amplia (además de la relatada en el texto arriba) son que al atar al daño moral al “espíritu”, quedarán excluidas las personas jurídicas de una acción por daño moral (que en esto al menos restringe su definición), y además, que no se limita al “*sufrimiento*” palabra utilizada típicamente para definir al daño moral, pues así quedarían excluidos otros tipos de daños morales, como los ya señalados en el texto más arriba del perjuicio de afecto, estético, etc.

⁵⁴ Esta es una de las razones de mi escepticismo, reiterado más abajo en la n. 81, sobre toda esta cuestión del interés protegido, etc. Si el sistema jurídico es “abierto” como se afirma en teoría del derecho al menos desde el *Practical Reasoning and Norms* (OUP, Oxford, 2da. Edición, 1992) de RAZ – siempre capta nuevas situaciones sociales – y el de responsabilidad civil en particular contiene mandatos al juez para “desarrollar” el sistema, ello quiere decir que no hay un momento en el cual uno pueda decir “estos son los intereses protegidos” como una “fotografía instantánea”, pues esta lista es a lo sumo provisoria (que mañana puede cambiar). La exposición completa de este escepticismo, sin embargo, deberá quedar para otra oportunidad.

⁵⁵ Si bien no todos lo han hecho: así, por ejemplo, los Profesores TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, por su lado, critican con sólidos argumentos (que pueden rastrearse al maestro CAZEAUX) esta argumentación de PIZARRO, y señalan entre otras cosas que la aceptación de su postura sería poner fin al distingo entre daño

que no debe confundirse la lesión del derecho con el daño en sí (el daño *resarcible*), pero podría no seguirlo en el paso (ii), es decir, podría no estar dispuesto a abrir otra vez la puerta de la noción difusa e inacabable de interés no prohibido.

Es precisamente lo que creo que puede hacerse, o al menos es lo que intentaré: seguirlo en el paso (i) pero abandonarlo en el paso (ii). Ello obedece a que entiendo que aceptar la segunda proposición equivale a volver a transformar al daño moral en plastilina, ya que si se considera el limitado número de cuestiones que están expresamente prohibidas en el derecho civil, a la postre cualquier evento podrá dar lugar a una reclamación del daño moral, con lo cual una vez más el dilema queda sin solución.

Es decir, la noción de “interés no prohibido” es tan amplia e inaprensible en el ámbito del derecho privado, que la definición de PIZARRO (y quienes comparten la misma) más que *de-finir*, *di-fiere* la solución del problema a la apreciación del caso concreto por parte del juez.

Esto último implicaría, por tanto, que hemos transcurrido todo este camino sólo para volver justamente al principio, al problema que motiva este ensayo.⁵⁶

Un planteamiento esclarecedor: el Profesor DÍEZ-PICAZO y su propuesta de “concepción estricta” del daño moral

Lo dicho en el apartado anterior obliga a buscar, en otros horizontes, alguna concepción del daño moral que permita dar una solución más razonable al problema que motiva este ensayo. Bueno será, en este punto, concentrarnos en el esfuerzo que ha venido desarrollando el maestro español Luis DÍEZ-PICAZO, para quién, recordemos, mantener las cosas en el *status quo* actual de indefinición esencial del daño moral, implica aceptar una situación que no titubea en llamar de *escandalosa*.⁵⁷

Que un autor con su bagaje intelectual, experiencia y autoridad se detenga en esta cuestión, obliga a prestarle atención especial; sobre todo, si se toma en cuenta que lo hace cuando no son demasiados autores los preocupados por el futuro de la institución, y, además, en el crepúsculo de una prestigiosa e influyente carrera. Si se preocupa de ello ahora con especial énfasis, debe ser por algo.

Intelectualmente inquieto como es usual, pero ahora con ese especial sentido de urgencia, DÍEZ-PICAZO realiza un potente ejercicio dialéctico intelectual, recurriendo para el efecto a autores españoles como su discípulo PANTALEÓN PRIETO (quién, merced a su originalidad y brillantez, ha influido mucho sobre su maestro en ésta y otras

patrimonial y moral, ya que es obvio que muchas veces el mismo evento dañoso provoca ambos tipos de perjuicios (con cita expresa a Hans FISCHER); n. 35, pag. 485. También hay un debate “interno”, por así decirlo, y como ya se adelantó, entre PIZARRO y BUERES, (n. 42, pag. 285 y sgts.) sobre si el daño es la lesión al interés simple en sí (concepción defendida por este último) o la consecuencia de la lesión a este interés (idea de aquél); este debate puede ser pasado aquí por alto porque parece un tanto (respetuosamente) escolástico, especialmente cuando BUERES reconoce que esencialmente existe “homogeneidad” entre el daño y su consecuencia, en la pag. 292 (y ver también lo que expresa en la pag. 307) y PIZARRO habla de las “fuertes coincidencias” que existen a la hora de aplicar la figura (pag. 44).

⁵⁶ O, para parafrasear a una recordada modelo (cuyo autor preferido, a no dudarlo, habrá sido ROA BASTOS), “hemos dado un giro de 360 grados a la cuestión”.

⁵⁷ Antes, en su *Derecho de Daños*, n. 29, ya había adelantado buena parte de sus ideas (Cap. XIV).

cuestiones), y MARTÍN CASALS, y también a juristas italianos de prestigio como Francesco BUSNELLI y Renato SCOGNAMIGLIO.⁵⁸

El planteamiento dialéctico del maestro español tiene dos aristas que se entrecruzan y refuerzan: (i) la primera es una invocación a la idea de la “imputación objetiva”; y, muy especialmente, al principio del riesgo general de la vida; y, (ii) la segunda es una correcta delimitación del objeto mismo del daño moral, entendido ahora como consecuencia de la lesión de un derecho de la personalidad.⁵⁹

A continuación, desmenuzaré brevemente cada punto.

(i) *El criterio de “riesgo general de la vida”: la especial gravedad del daño moral (o, en contra de las lechugas)*

Para una primera aproximación conceptual-fundacional del problema del daño moral, DÍEZ-PICAZO nos invita a seguir a PANTALEÓN PRIETO en su original aporte para la discusión moderna del problema de la “imputación objetiva” (también llamada “causalidad jurídica”), la que había estado mayormente ausente en la responsabilidad civil hasta la aparición de un influyente trabajo de éste en el año 1990.⁶⁰

Al terciar en la eterna y atribulada discusión sobre el complejo problema de la “relación de causalidad”⁶¹, PANTALEÓN entiende que la doctrina civilista no ha deslindado debidamente dos cuestiones que deben ser separadas. Una cosa es la “causalidad física” (*valedicet*, que el agente a quién se imputa el hecho haya causado efectivamente con su acción el daño), y otra la “causalidad jurídica” o “imputación objetiva” (régimen de imputación de las consecuencias jurídicas del daño causado), algo equivalente a lo que los juristas del *common law* llaman “*causation in fact*” y “*causation in law*”, respectivamente.

Bajo el rubro de “relación de causalidad”, entonces, se estudian – y, en la mayoría de los casos, se confunden – dos cuestiones que si bien están relacionadas, son claramente distintas (y distinguibles).

La *primera* es la cuestión de hecho – *quaestio facti* – de si existe una relación puramente física entre el daño, el sujeto que lo causó y el que lo sufrió. El método de investigación es avalorativo, propio de las ciencias naturales.

⁵⁸ En este sentido, refiere a los siguientes trabajos de PANTALEÓN: *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, pag. 1972 y sgts.; “*Causalidad e Imputación objetiva: criterios de imputación*”, en el Centenario del Código Civil, Madrid, 1990, pags. 1561 y sgts.; de MARTÍN CASALS, *Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982*, Asociación de profesores de Derecho Civil, Madrid, 1990, pag. 1231 y sgts.; SCOGNAMIGLIO, “*Il Danno Morale*”, *Revista di Diritto civile*, año 1957, pag. 278 y sgts.; BUSNELLI, *Il danno biologico dal “diritto vigente”*, Turín, Mulino, 2001.

⁵⁹ El orden de exposición no es el mismo del Profesor español, sino que lo he establecido a efectos analíticos en forma simplificada para facilitar la tarea elucidatoria.

⁶⁰ El trabajo ya citado, “*Causalidad e Imputación objetiva...*”, n. 58, pags. 1561 y sgts.

⁶¹ Ver en general Isidoro GOLDENBERG, *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1984 (que plantea maravillosamente la profundidad del problema con la cancioncilla de la pérdida de la batalla de Waterloo: “A causa de un clavo el Imperio se perdió”).

La *segunda* es una cuestión propiamente jurídica o valorativa – o *quaestio juris* – de responder a la pregunta si bajo las circunstancias del presente caso, A deberá responder por los daños X, Y y Z causados a B, y en todo caso, por cuáles daños. Es decir, si los daños en cuestión deberán o no ser “imputados” al sujeto. Esta es una cuestión cargada de valoración, a la cual los sistemas jurídicos generalmente aplican conceptos de justicia y equidad (e incluso lo que los anglosajones llaman “*policy*”⁶²), además de la reconstrucción meramente fáctica de los hechos que permanece en un primer estadio del análisis, por así decirlo.⁶³

Pues bien, para el Profesor español si se distinguen ambas cuestiones, se obtiene la siguiente conclusión: en cuanto a la causalidad física, el tema quedaría resuelto por la teoría de la “equivalencia de condiciones” o *sine qua non*, ya que la misma solucionaría el problema puramente fáctico de si el sujeto intervino o no en algún momento en el accidente dañoso. Pero, para responder a la segunda pregunta – si el daño será “imputado” al empleador del sujeto, por ejemplo, que no intervino “físicamente” en el acto, o si el sujeto que vendió una vaca contagiada no responderá por la quiebra posterior del comprador por tratarse de un daño demasiado remoto (en el célebre ejemplo de POTHIER) – se recurrirán a otros criterios, que son los que denomina (siguiendo a la doctrina penalista⁶⁴) de “imputación objetiva”.

¿A qué viene toda esta historia, y qué tiene que ver con el daño moral? Pues bien, uno de los criterios de imputación objetiva – de poner a cargo de un sujeto determinadas consecuencias jurídicas – es precisamente el del “riesgo general de la vida” (o *allgemeine Lebensrisiko*), que, según DÍEZ-PICAZO, tiene importantes implicancias respecto del concepto de daño moral.

El criterio de riesgo de la vida, propone

*negar la imputación de aquellos daños que sean realización de riesgos habitualmente ligados a la existencia natural del dañado: tanto los vinculados a formas de actuar que ordinariamente ocurren o que siempre cabe esperar en el normal transcurso de la existencia del afectado, como los que, con independencia de una acción u omisión del dañado desencadenada precisamente por la conducta del responsable, estén ligados de manera muy general a la existencia humana en la forma de socialización y civilización correspondiente.*⁶⁵

La idea no es difícil de captar: existen daños y situaciones desagradables en la vida que ni el más perfecto sistema puede evitar, y que necesariamente forman parte de la condición humana, tan cargada de penurias y sufrimientos como lo está.

⁶² Palabra de difícil traducción, se refiere a una consideración relacionada más bien con cuestiones de utilidad pública, eficiencia, bienestar general, política jurídica, etc. ha sido célebremente incorporada a la discusión iusfilosófica por Ronald DWORKIN en *Taking Rights Seriously*, Harv. Univ. Press, Cambridge, 1978, para contraponerlo a una consideración de “*principle*” basada en un derecho subjetivo *strictu sensu*. (En un célebre caso inglés – *Spartan Steel & Alloys Ltd. V Martin & Co.* 1 GQ (1973) -, había dicho el gran Lord DENNING que para determinar si debía imputarse o no el daño a una empresa vial que cortó el cable de electricidad que alimentaba a una fábrica de acero - con los daños consecuentes por no producción durante 3 días - se debía determinar si como una cuestión de “política pública” (*policy*) ello era o no recomendable.)

⁶³ Christian VON BAR, *The Common European Law of Torts*, Munchen, Beck, 1998, pag. 438.

⁶⁴ Los penalistas, efectivamente, conocen muy bien los problemas de “imputación objetiva”, principalmente gracias a la obra de Günther JAKOBS por ej. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Ad-hoc, y los innumerables desarrollos que ha tenido esta doctrina – central en la dogmática penal moderna.

⁶⁵ MADRICH, *Das allgemeine Lebensrisiko* (1980), citado por PANTALEÓN, n. 58, pág. 1567.

Un par de ejemplos quizás sirvan para aprehender la noción en juego. No cabe imputar al responsable de haber herido levemente a un sujeto los daños que este sufre al ser atropellado cuando regresaba andando desde el hospital a su casa, tras ser atendido en sus heridas⁶⁶; o, el taller que se ha retrasado en la reparación del vehículo, y que ha obligado a su cliente a caminar o tomar taxis, no será responsable por los daños que sufra por un accidente de tránsito en los taxis. En ambos casos, pues los hechos en cuestión forman parte del “riesgo general de la vida”, es decir, riesgos como los accidentes de tránsito en las condiciones de la sociedad moderna (y en nuestras ciudades, ¡todavía más!), a los que todos estamos sujetos por igual.

En suma, según este criterio, no se imputarán jurídicamente daños o consecuencias nocivas cuando las mismas entren dentro de un ámbito de riesgo normal y permitido en la sociedad en cuestión.

La implicancia teórica (preñada también de consecuencias prácticas) que DÍEZ-PICAZO obtiene de este criterio de imputación es la siguiente: existen ciertas situaciones desagradables, ciertas desavenencias y trajines del espíritu humano, ciertos sufrimientos y aflicciones, que forman parte de la condición humana y de las particulares condiciones de las sociedades modernas. Como tales, no pueden ser indemnizados en cada caso imaginable, pues existe un mínimo de riesgos que están permitidos, pues lo contrario haría imposible la vida en sociedad. Por tanto, *sólo deben ser indemnizados aquellos casos que son especialmente graves, fuera de lo común, o intolerables, que no caen en el riesgo general de la vida.*

Dice DÍEZ-PICAZO, en un párrafo que amerita cita extensa que

A uno no deja de sorprenderle el escaso análisis que se realiza en las sentencias que imponen indemnizaciones por daño moral. Se tiene la impresión de que el ordenamiento no tiene como objetivo vetar todas aquellas actividades de las que según la jurisprudencia puede resultar un daño moral. Tampoco es fácilmente pensable que el ordenamiento quiera que los sujetos, miembros activos de la comunidad jurídica, no puedan sufrir desolaciones, disgustos o quebraderos de cabeza como es normal que los sufran los partícipes en el tráfico social. Hay, en todos estos campos un riesgo permitido y toda actuación en el marco del riesgo permitido no genera daño ni, por consiguiente, daño moral.⁶⁷

La conclusión no es difícil de prever: sólo se debería indemnizar el daño moral en aquellos casos que tengan una “especial gravedad”, con lo cual, según el Profesor español, no sólo se pondrían las cosas en su justa perspectiva, sino que se volvería a las raíces históricas del instituto, ya que sólo se permitía la reparación del *pretium doloris* en casos muy graves.⁶⁸

⁶⁶ Distinto sería el caso, dice PANTALEÓN, si en razón a que las heridas eran de gravedad, la ambulancia andaba a gran velocidad y ello hubiera llevado al accidente de tránsito; n. 58, idem.

⁶⁷ DÍEZ-PICAZO, n. 8, pag. 88.

⁶⁸ Si bien DÍEZ-PICAZO no se refiere a ello, entiendo que en determinados casos podría ser útil la “prueba de la náusea” o “*puke test*” que desarrolló en su momento el juez norteamericano Oliver WENDELL HOLMES, Jr., quien había dicho que no deberían declararse inconstitucionales a las leyes salvo que las mismas den “náuseas” o “ganas de vomitar”, es decir, que sean clara y atentatoriamente inconstitucionales. Quizás sea recomendable una *self-restraint* de este espíritu en los jueces, es decir, otorgar daño moral en aquellos casos que se pase la “prueba de la náusea” al efecto. Podría ser otra forma de asegurar que no se indemnice al agricultor por perder su lechuga y de no trivializar la figura del daño moral. (Sobre la vida y pensamiento de HOLMES, en general, dos visiones bien contrapuestas: Albert ALSCHULER, *Law without values*, Univ. Chicago Press, 2002 – severamente crítico con HOLMES – y luego

De esta forma se evitaría, concluye el autor citado, la “trivialización” de la figura del daño moral.

- (ii) *El daño moral atado a los derechos de la personalidad (o, no cualquier aflicción es suficiente para disparar la figura)*

La primera parte de la concepción restrictiva del daño moral del Profesor DÍEZ-PICAZO, como acaba de verse, acude a la noción de la imputación objetiva de los daños, y en particular al criterio del riesgo general de la vida. Sólo aquellos riesgos importantes, aquellos casos que tengan “especial gravedad”, deberían ser considerados por el juez al momento de otorgar una indemnización por daño extrapatrimonial.

Ahora bien, el análisis del Profesor español no se limita a este punto, sino que tiene una segunda rama o pata. Para comprenderla mejor, será útil recordar la discusión teórica analizada brevemente más arriba – con especial referencia a la doctrina argentina de daños – sobre el hecho que el daño sea la lesión de un derecho de la personalidad o personalísimo o si más bien el mismo debe ser encontrado en las consecuencias de la lesión de un derecho (o, en la tesis más amplia defendida por PIZARRO y otros, de un “interés no prohibido o lícito”).

Por un lado (y nuevamente siguiendo ideas señeras de PANTALEÓN PRIETO⁶⁹), DÍEZ-PICAZO niega que la lesión de un derecho de la personalidad (o de cualquier derecho, punto), pueda implicar *per se* el nacimiento de una obligación de reparación de daños y perjuicios. En este sentido, el derecho español (y, agregó, el paraguayo) no ha seguido el sistema del BGB alemán, que exige la lesión a uno de los derechos ahí tipificados (vida, libertad, propiedad, etc.) para encender la máquina resarcitoria. De ahí que la lesión del derecho en sí no pueda identificarse sin más como el hecho necesario y suficiente para indemnizar daños y perjuicios, pues es evidente que pueden existir casos de violación de derechos – para recordar el ejemplo del derecho de propiedad, cuando un intruso entra en un campo ajeno – que no necesariamente deban llevar a la reparación de daños, siendo otras figuras o herramientas del orden jurídico las que deben entrar a tallar en estos supuestos, como v.gr. la acción negatoria, reivindicatoria, etc..

De ahí que la lesión de un derecho y el daño que se puede derivar de la misma son dos cosas “diferentes”:

el daño es siempre algo distinto y no queda embebido en la lesión de derecho... pueden existir las intrusiones en los derechos sin que se siga daño alguno para el titular o incluso produciéndose para el lesionado un especial beneficio. Por ello, un daño no patrimonial

confróntese a la introducción de Richard POSNER a *The Essential Holmes*, Univ. Chicago Press, 1997 – tremendamente laudatoria del juez americano).

⁶⁹ En páginas calificadas como “singularmente brillantes” por DÍEZ-PICAZO, su discípulo señalaba que “la protección de los derechos subjetivos absolutos es función de reconocimiento de derechos y acciones como la reivindicatoria, la negatoria y las de cesación o eliminación de la actividad o del estado de cosas lesivo, cuyo supuesto de hecho requiere sólo la existencia de una situación contraria al ámbito típico de poder garantizado por el derecho subjetivo en cuestión... además que, la lesión de un derecho subjetivo no es requisito del supuesto de hecho de las normas de responsabilidad extracontractual, no cabe predicar de éstas una función de “reintegración” de los derechos subjetivos”. F. PANTALEÓN, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, Tomo II, pag. 1972.

*radicado sin más en la lesión misma del derecho, nos parece una categoría dogmáticamente inconsecuente...*⁷⁰

En otras palabras, y trasladada la cuestión al debate que se ha dado en suelo jurídico argentino, DÍEZ-PICAZO se desprende de la posición de los autores como TRIGO REPRESAS que ligan al daño moral indisolublemente con la lesión a un derecho de la personalidad (la lesión *per se* como supuesto indemnizable)⁷¹, ya que debe distinguirse analíticamente a la lesión en sí de la consecuencia dañosa de la lesión.

Con ello, parecería ser, el maestro español se entroncaría automáticamente en la posición de PIZARRO y los demás autores que entienden que las consecuencias de la lesión a un interés no prohibido o lícito son suficientes para hacer nacer la obligación de reparar el daño moral, tesis que abriría la puerta a innumerables supuestos de indemnización.

Pero esto no respondería a una visión “estricta” del daño moral, que busca evitar su trivialización, como la que pretende defender el autor español. Precisamente por ello, DÍEZ-PICAZO aquí se aparta de la segunda posición (ii), lesión de cualquier interés lícito o no prohibido, y señala que si bien es necesario distinguir la lesión del derecho de la consecuencia perjudicial, si no se quiere trivializar al daño moral o tener una concepción demasiado relajada, hay que ligarla a daños que sean “consecuencia de lesiones de derechos de la personalidad”.

Es decir, se vuelve a atar, a correlacionar – con mayor prolijidad conceptual – al daño moral con los derechos de la personalidad, pero ahora como *aquel que es consecuencia negativa de la lesión de los derechos de la personalidad de un sujeto*.

Y aquí, en este punto, me parece oportuno hacer aunque sea el más breve de los *excursus* sobre esta idea de los “derechos de la personalidad”, pues la misma resulta fundamental para determinar la indemnizabilidad o no del daño moral.

La cuestión se torna difícil no sólo por la inexistencia de un tratamiento doctrinario al respecto en nuestro país⁷², sino porque el concepto en sí mismo es complejo y delicado. Por ejemplo, es común (en un estadio primitivo de desarrollo constitucional) confundir a los derechos de la personalidad o personalísimos con los derechos “fundamentales” o humanos, algo que debe ser evitado – especialmente, si se considera que la dilucidación del concepto tiene por fin determinar la resarcibilidad o no del daño moral, como pretende el Prof. DÍEZ-PICAZO.

⁷⁰ En su *Derecho de Daños*, n. 29, pag. 328.

⁷¹ En este punto, sin embargo, debe señalarse que el derecho español ofrece una particularidad especial a partir de la sanción de la Ley 1/82 de Tutela al Honor y otros Derechos Fundamentales, lo que lleva a decir a DÍEZ-PICAZO que el esquema conceptual que ha defendido presenta “alguna quiebra”, pues en esta ley parecería ser que el simple hecho de lesión del derecho a través de la “intromisión ilegítima” es suficiente para disparar la indemnización. Ver n. 8, pags. 81 y 82.

⁷² En la Argentina resulta importante la obra de Santos CIFUENTES, *Derechos Personalísimos*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2da. Edición, que por la cercanía geográfico-cultural-jurídica puede ser especialmente útil en nuestro país (con matizaciones). Un estudio útil en el ámbito propio de la responsabilidad civil es el de SANTOS BRIZ, n. 32, pag. 198 y sgts.

Creo que la experiencia española con la Constitución de 1978 es sumamente ilustrativa en este sentido, y la distinción que ahí se hace entre derechos fundamentales *strictu sensu* y los derechos de la personalidad es particularmente útil. Nada mejor, al efecto, que recurrir a un fantástico trabajo del Profesor sevillano Antonio PÉREZ LUÑO para una diferenciación de los conceptos en cuestión.⁷³

El concepto “derechos fundamentales” sería, *strictu sensu*, la categoría-marco o género, y el de “derechos de la personalidad” vendrían a constituir una parcela de la categoría o una especie delimitada del género. Así, los derechos fundamentales son los “garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”⁷⁴ e incluyen a los derechos personalísimos, pero lo contrario no ocurre: existen derechos fundamentales que no son personalísimos – como el sufragio o el debido proceso.

De esta forma, dentro de los derechos fundamentales, uno puede encontrar las dos grandes categorías de (a) libertades públicas y (b) derechos sociales, económicos y culturales, mientras que en la primera encontramos tres clases de derechos del individuo: (a.i) los derechos de la personalidad, (a.ii), los derechos civiles, como el debido proceso, etc. y (a.iii) los derechos políticos, como el sufragio activo y pasivo, etc. De estas tres sub-categorías aquí nos interesa especialmente la primera, la de los derechos personales.

En este sentido, enseña PÉREZ LUÑO, hay una esfera de derechos reconocidos que otorgan al individuo su esquema básico de libertades, que permiten “el desarrollo de la personalidad humana” y se resumen en la “libertad y dignidad humana”. Entre los mismos se encuentran aquellos derechos que buscan afirmar la “integridad moral” de la persona y su dignidad, y otros se refieren a la “integridad física” y el despliegue de su libertad en sí.⁷⁵ Entre los derechos de la personalidad que contempla la Constitución española, por ejemplo, encontraremos al derecho a la *intimidad* (art. 18.1), a la *inviolabilidad del domicilio* (art. 18.2.), a la *dignidad de la persona humana* (10.1), al *honor y la propia imagen* (art. 18.1), al *secreto de las comunicaciones* (art. 18.3), así como las garantías de la *vida y la integridad física* (incluyendo la abolición de la tortura y la pena de muerte, art. 15), del *libre desarrollo la personalidad*, que incluye la *libertad religiosa e ideológica* (16), la *de residencia y circulación* (art. 19), la libertad de *expresión, de reunión y manifestación y de asociación* (arts. 20 a 22).

En suma y para no alargar demasiado la cuestión, estos serían, en líneas generales, los derechos de la personalidad que estarían atados a la indemnización del daño moral (*rectius*: cuyas consecuencias perjudiciales dispararían a la figura).

(iii) *La concepción “estricta” del daño moral y algunas consecuencias*

Haciendo una exégesis global de las páginas que ha escrito DÍEZ-PICAZO al respecto, puede llegarse a una conclusión más o menos firme sobre su noción del daño moral indemnizable.

⁷³ Me refiero especialmente a su maravilloso libro *Los Derechos Fundamentales*, Edit. Tecnos, Madrid, 9na. Edición, 2007 (especialmente, la alegoría del “hombre-topo” y las muchas enseñanzas analíticas y prácticas que uno puede obtener de la misma).

⁷⁴ PÉREZ LUÑO, n. 73, pag. 46.

⁷⁵ PÉREZ LUÑO, n. 73, pag. 174 y 175.

En este sentido, y atando los hilos de la discusión, puede llegarse a la idea de que el daño moral es, para el maestro ibérico, *la afectación de la esfera psicofísica de un sujeto que es consecuencia a su vez de la lesión de un derecho de la personalidad, debiendo asimismo ser la afectación “especialmente grave” según el principio de riesgo general de la vida.*⁷⁶

Esta concepción teórica, como ya adelanté, está preñada de implicancias en la práctica, por supuesto, y el propio jurista español se ocupa de darnos algunos indicios al respecto.

A modo de ejemplo⁷⁷:

(a) No existiría daño moral resarcible en los casos de que la lesión incida sobre bienes económicos por más que como consecuencia de ellos el titular haya experimentado especiales disgustos (recuérdese el caso del caballo, o el del cambista indemnizado por el fallo de la Sala Civil de nuestra Corte Suprema).

(b) La concepción del daño moral en incumplimiento contractual estaría asimismo delimitada severamente en esta senda, pues si no se afectan derechos de la personalidad del acreedor no cabría la indemnización del daño moral.

(c) Asimismo – y esta es una importantísima aclaración – en esta concepción no se puede pensar (como común y regularmente se hace) que el tribunal pueda tener por presumido el daño moral, sino que el mismo debería ser en principio sujeto a algún tipo de prueba o esfuerzo al menos por parte del actor que está reclamando el supuesto daño extrapatrimonial.

(Y, si bien DÍEZ-PICAZO no lo señala en esta parte de su obra explícitamente, (d) no pueden quedar dudas que su tesis es también contraria a la indemnización del daño moral en el caso de las personas jurídicas, tema sobre el que recientemente nuestra Corte Suprema se ha expedido igualmente en forma negativa⁷⁸.)

Etcétera.

En síntesis, puede observarse que el esfuerzo hermenéutico-dialéctico de DÍEZ-PICAZO, además de estar inspirado por un objetivo noble, responde a una construcción teórica que tiene sólidos cimientos, al tiempo de evitar la “orgía de pleitos” que las concepciones demasiado generosas del daño moral suelen invitar, o la indemnización de daños que, sencillamente, no son tales.

Hacia una conclusión: ¿Es posible trasladar esta concepción al derecho paraguayo? (Pssst... ¡algunos magistrados ya lo han hecho!)

⁷⁶ Ver especialmente *El escándalo...* n. 8, pag. 92.

⁷⁷ Ver *Derecho de Daños*, n. 29, pags. 328-329.

⁷⁸ Ver CS, Paraguay, Sala Civil y Comercial, 2007/04/26, *Ganadera Riera S.A. y Riera Figueredo, Enrique c. Banco del Paraná S.A. s/ indemnización de daño moral (Ac. y Sent. No. 237)*. En nuestro país había apoyado el resarcimiento del daño moral a la persona jurídica hace tiempo el Prof. TELLECHEA, “Responsabilidad civil...” n. 2, pag. 149 (sin argumentar sin embargo demasiado el tema, refiriendo sólo al “buen nombre”), y más recientemente y con mayor profundidad lo ha hecho Manuel RIERA, n. 2. A pesar de ello, el *leading case* señalado ha zanjado – por ahora – la cuestión hacia la negativa.

La pregunta acuciante y que ha quedado picando, por así decirlo, luego del análisis efectuado en el apartado anterior, es la siguiente: ¿la concepción estricta del daño moral planteada por el Profesor español – con, lo que es más importante, sus cimientos teórico-conceptuales – puede ser importada al derecho paraguayo como modo de evitar la idea del daño moral como plastilina?

Sí.

No creo que exista ninguna objeción insuperable a esta respuesta.

En primer lugar, si atendemos estrictamente al dato normativo, veremos que en cuanto a su regulación legal el caso del daño moral es sumamente parecido en el Paraguay y en España: la visión del daño moral es amplísima, y en puridad, los textos normativos dicen poco o nada sobre la cuestión (poco en Paraguay, nada en España). Distinto hubiese sido el caso que el Código nuestro hubiera seguido al *Anteproyecto* (y por ende a los modelos restrictivos de Italia y Alemania), pues ahí la tarea del comparatista cambiaría ante la matriz normativa distinta. Pero, al existir una remisión casi absoluta a la tarea judicial, la cuestión queda casi exclusivamente en el terreno de la construcción dogmático-jurisprudencial.

En segundo lugar, ninguno de los puntos de la construcción teórica de DÍEZ-PICAZO son por necesidad o *ex definitione* ajenos a nuestro ordenamiento.

Por ejemplo, el requisito de que el daño moral debe registrar una “especial gravedad” se encuentra plenamente justificado en nuestro derecho, pues además de aquello que afirmaba el viejo brocardico romano “*de minimis non curat praetor*”⁷⁹, no puede afirmarse seriamente que el ordenamiento jurídico paraguayo tenga por fin esencial evitar y aminorar todas las molestias o afecciones imaginables, o que el mismo pretenda asegurar a sus sujetos que los mismos no sufrirán ningún desagrado en el trajinar de su vida.

Además, y aún cuando no se puede defender ello aquí a profundidad⁸⁰, si bien el derecho paraguayo ha optado en materia de causalidad el régimen naturalístico del ALR prusiano (recogido y refinado por FREITAS Y VÉLEZ SANSFIELD), no es menos cierto que el mismo no cubre todos los supuestos posibles o concebibles, lo que abre así la puerta para otras nociones de imputación objetiva como el de la adecuación, *inter alia*. Por esta razón, entiendo que no hay razones para fundar un rechazo de plano de la invocación, por nuestra doctrina y tribunales, del criterio del riesgo general de la vida a la hora de asignar un daño a un sujeto, es decir, de la especial gravedad del daño. Por lo demás, y como brevemente se ha argumentado, un análisis de las raíces históricas y comparadas de la figura (además del *commonsense*) confirmaría esta idea de necesidad de gravedad.

Tampoco merece crítica, desde nuestro ordenamiento jurídico, la decisión de limitar los daños morales a las consecuencias de la lesión de un derecho de la

⁷⁹ No obstante, el PROF. SILVA ALONSO parece estar en contra de esta idea, si bien no se refiere específicamente al problema del daño moral en estas páginas; *Obligaciones*, n. 2, pag. 137. Cfr. igualmente con las opiniones de MARTIN CASALS y DÍEZ-PICAZO, en la obra de este último, n. 8, pag. 92.

⁸⁰ He estudiado el problema con un poco más de detenimiento en el libro mellizo al presente, ____.

personalidad⁸¹; más bien, con ello se respetaría a mi modo de ver la genealogía de la figura en nuestro derecho.

En efecto: el Código de 1987, como he expuesto más arriba, optó por acoger un sistema doble de daño moral. Por un lado, una cláusula general, la del art. 1835, que no tiene limitación alguna; y, por el otro lado – siguiendo a VÉLEZ – se adoptó un sistema tipificado de supuestos en los que se indemniza (más allá de la interpretación del juez en particular) el daño moral. Estos casos, para recordar, incluyen el homicidio (derecho a la vida, art. 1858), la lesión a la estética (integridad física, art. 1859), así como la integridad sexual de la persona (violación, rapto, etc., art. 1862), la honra y reputación (derecho al honor, etc. art. 1863 del Código).

Es decir, si se analizan estas disposiciones tipificantes del Código Civil en materia de daño moral, surge en forma diáfana que todos tienen un *substrato común*: el Código parece otorgarlo especialmente en aquellos casos de lesiones a (lo que hoy denominaríamos) derechos de la personalidad: integridad física, honor y reputación, etc. Es decir, en el texto del Código (y, por tanto, de VÉLEZ) puede encontrarse una suerte de *proto-concepción* de derechos de la personalidad⁸², lo que más bien serviría para confirmar la posición de DÍEZ-PICAZO en forma implícita.

Esto, sin perjuicio que se amplifique la lista tipificada del Código, recurriendo a la cláusula general del art. 1835, incluyéndose ahora los demás derechos de la personalidad contemplados en nuestro ordenamiento.

¿Cuáles serían éstos derechos adicionales?

Si bien la cuestión obviamente debe quedar para una ocasión posterior – por tratarse de un tema mucho más amplio – no quedan dudas que recurriendo a la Constitución Nacional, que ha consagrado una serie de derechos de la personalidad en su parte dogmática, puede completarse esta lista elemental de derechos de la

⁸¹ En una perceptiva y erudita monografía, Giuseppe FOSSATI ha planteado la posibilidad de que la frase “derechos y facultades” del art. 1835 del Código Civil incluya no solo a los derechos *strictu sensu*, sino también a todos los intereses no prohibidos, con lo que podría concluirse que la verdadera solución sería la propuesta por PIZARRO: daño moral es todo daño derivado de la lesión a un simple interés no prohibido. Obviamente, atender esta hartamente compleja cuestión implicaría rebasar de los límites de este trabajo; sólo me animaré aquí a indiciar, un tanto temerariamente, que el debate sobre “intereses protegidos/tutelados por el ordenamiento o no”, etc. me parece algo ajeno al derecho paraguayo (por ej: en Italia toda la discusión se da en torno a la idea del *danno ingiusto*, concepto que no existe en nuestro Código), e incluso, como adelanté más arriba (n. 54) el tema hasta podría ser cuestionado a nivel teórico en un sistema como el nuestro que es, para bien y para mal, *atípico* (y no *relativamente* atípico como el italiano). Por otra parte, parece evidente que existe un aire de paradoja en sostener la atipicidad general por un lado pero una tipicidad en cuanto al daño moral; pero es sólo un aire. La decisión de limitar el daño moral al derecho de la personalidad o *tipificarlo*, por así decirlo – tesis que aquí se defiende – es una idea que (i) se sustenta en la interpretación de los textos normativos del Código citados arriba, que además (ii) se apoya en razones históricas y, (iii) *last but not least, valorativas* (y también ver la n. 91, *infra*). Remito en cualquier caso al excelente trabajo de FOSSATI, del cual he aprendido mucho – aunque me temo que él estaría de acuerdo conmigo en que quizás no lo suficiente: “Antijuridicidad y tipicidad en el sistema del ilícito civil. Breves notas comparativas entre los sistemas Paraguayo e Italiano, en Suplemento de Responsabilidad Civil”, Revista Jurídica La Ley Paraguaya, Diciembre de 2008, Asunción (pag. 203 y especialmente, la n. 22).

⁸² Esto lo apuntó ya hace años agudamente en la Argentina el Prof. Eduardo ZANNONI, en *El Daño en la Responsabilidad Civil*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2da. Edición, pag. 134 y sgts.

personalidad que da el Código Civil. Así, integrando lo dispuesto por el Código Civil con la Constitución Nacional tendríamos los siguientes derechos de la personalidad⁸³:

- (i) el *derecho a la vida*, que a su vez incluye la integridad física y la integridad psíquica del individuo o incolumidad del cuerpo y la salud,
- (ii) el *derecho al honor y la reputación*⁸⁴,
- (iii) el *derecho a la libertad*⁸⁵,
- (iv) el *derecho a la libre expresión de la personalidad*⁸⁶, que incluye el *derecho a la identidad y la imagen* (incluyendo una referencia un tanto peculiar a la “creatividad”),
- (v) el *derecho a la libertad de expresión e información*⁸⁷ y, relacionadamente, la *libertad ideológica y religiosa*;⁸⁸ y,
- (vi) el *derecho a la intimidad y la imagen privada* (el *right of privacy* anglosajón)⁸⁹, lo cual también incluiría la inviolabilidad documental privada⁹⁰.

Este sería el catálogo de derechos de la personalidad tutelados en el ordenamiento jurídico paraguayo, y que en caso de lesión y de traer perjuicios ciertos, acarrearían la obligación de reparar el daño moral.⁹¹

⁸³ Muy fructífera resultará para el lector la contrastación con la detallada exposición de TRIGO REPRESAS Y LÓPEZ MESA, n. 35, Tomo I, pag. 507 y sgts. con una lista un poco más amplia que la que se expone en el texto.

⁸⁴ En la Constitución tanto este derecho como el previsto en el apartado anterior encuentran su consagración en el art. 4º de la Constitución Nacional (el del lamentable “en general”).

⁸⁵ Art. 9º de la Constitución Nacional.

⁸⁶ Art. 25 de la Constitución Nacional.

⁸⁷ Art. 26 de la Constitución Nacional.

⁸⁸ Art. 24 de la Constitución Nacional.

⁸⁹ Art. 33 de la Constitución Nacional.

⁹⁰ Art. 36 de la Constitución Nacional.

⁹¹ Podría objetarse aquí que esta limitación del daño moral a los derechos de personalidad y la negativa a otros supuestos parece ser, en cierto sentido, arbitraria. ¿Por qué limitarla sólo a ellos? Pero me parece que lo contrario – es decir, declarar a la figura de ilimitada aplicación, hasta el más ínfimo supuesto imaginable – también tiene su (buena) dosis de arbitrariedad. El problema justamente radica en el silencio del legislador, y de ahí que se requiera una construcción dogmático-jurisprudencial; muy distinta hubiese sido la cosa si se aprobaba un texto similar al del *Anteproyecto* y el BGB, porque la discusión ahí sí sería la de encontrar salidas creativas a la tipificación agobiante del texto legal (como ha sucedido en Alemania e Italia). Pero ahora – o eso he intentado afirmar en todo este ensayo – la tarea es otra, es decir, la de una cuestión limítrofe. Y no hay arbitrariedad desde que los textos del Código Civil actual (arts. 1858 y sgts.) parecen confirmar que lo que dispara la indemnización del daño moral debe ser siempre consecuencia de una afectación de un derecho de la personalidad, como he dicho más arriba en el texto. (No puede ser accidental que autores del talento de CAZEAUX, TRIGO REPRESAS, BREBBIA, LÓPEZ MESA y los demás citados en la n. 49, *supra*, hayan llegado a similar conclusión en un sistema tan parecido al nuestro como es el argentino). Tampoco hay arbitrariedad *prima facie* en la apelación a un argumento del tipo “*policy*” o “política jurídica” (*vide* n. 62) para limitar los casos de daño moral a los especialmente graves: evitar la proliferación indebida de demandas en tribunales u orgía de pleitos, con los costos terciarios (para utilizar la terminología de CALABRESI) que ello implica – y que deben ser costeados por todos los ciudadanos, a no olvidarlo; o, para evitar tener un sistema jurídico esquizofrénico, que se ocupe de hasta la más mínima nimiedad de la vida de sus sujetos. Así lo explica el Profesor italiano PAOLO GALLO, al mencionar que los “*policy considerations*” son muy utilizados a fin de “evitar que un excesivo incremento del número de procesos conduzca a una parálisis de la administración de justicia (*the floodgates argument*)” (en FRANCESCO GALGANO, *Atlas de Derecho Privado Comparado*, Fundación Notariado, Madrid, pag. 268.) De hecho, y siendo la responsabilidad civil un derecho eminentemente judicial (como he argumentado en el ensayo “Contribución en 9 Movimientos...” incluido en esta colección), no es raro encontrar que los jueces recurran usualmente a este tipo de argumentos en sus fallos; lo inusual, más bien, sería lo

Finalmente, la exhortación del Prof. DÍEZ-PICAZO de no presumir fácilmente el daño moral (más allá de supuestos indiscutibles), sino de exigir al litigante algún tipo de prueba, tampoco se contradice a nuestro ordenamiento – más bien, lo contrario -, e incluso ya ha sido sugerida por alguna sensata doctrina (y jurisprudencia) paraguaya.⁹²

En suma: creo que no existen objeciones mayores para esta concepción del daño moral, que establece que el mismo sólo debe ser reparado en casos “especialmente graves”, que impliquen además consecuencias nocivas ciertas derivadas de un ataque a un derecho de la personalidad tutelado por nuestro ordenamiento. Esta concepción en modo alguno es denegatoria de supuestos básicos de injusticia, y, a la vez, evita la trivialización de su figura y que la misma se convierta en un juguete en litigios judiciales, dándole su *debido* lugar.

La buena noticia (para el lector paciente que todavía no se ha bajado de este tren) es que, si bien muchos jueces y tribunales – empezando por nuestra propia Corte Suprema en su Sala Civil – han preferido no inscribirse en estas ideas, y han optado por una visión más gelatinosa y plástica del daño moral, al hurgar en fallos nacionales encontraremos que existen otros magistrados que han decidido escoger esta senda – más difícil, ciertamente, pero mucho más sensata.

En este sentido, paradigmática me parece la posición del Tribunal de Apelación, Tercera Sala de la Capital (expresada particularmente en los votos de la prestigiosa camarista Dra. Mercedes BUONGERMINI), que en varias oportunidades se ha expresado en el sentido que se ha ofrecido defender en este ensayo.

Así, en un ejemplar fallo en el cual el actor solicitaba daños morales derivados de supuestos daños patrimoniales por un accidente, señalaba el Tribunal

*es jurisprudencia constante de esta sala, que la indemnización (por daño moral) corresponde solamente en los casos en que la persona se viera afectada en su esfera espiritual, esto es, en su buena fama, su honor, reputación, sus afectos, su vida de relación, su psiquis, no así cuando el daño sufrido sea meramente patrimonial... las pérdidas patrimoniales se entienden como un avatar propio de la vida y por lo tanto la desazón que pudiera provocar no son susceptibles de indemnización.*⁹³

contrario. Ante la remisión del legislador a los jueces, los mismos deben actuar, al decir de PANTALEÓN PRIETO, “como si fueran legisladores” (yo, siguiendo a RAZ, he dicho en el ensayo recién mencionado que tienen un “poder dirigido y limitado” para desarrollar el derecho), y en tal sentido invocarán argumentos de “pura justicia” (*principle*, en la terminología dworkiniana) y “eficiencia” (*policy*, idem.).

⁹² Interesantes las reflexiones que hace años dio al respecto el Prof. TELLECHEA, “Algo más...”, n. 2, pag. 158; la conclusión de DOS SANTOS, por su parte, merece mi refrenda total: “Consideramos que el daño moral debe ser probado, más aún cuando hoy en día ciencias como la psicología y la psiquiatría han avanzado de tal forma que pueden ayudar a determinar la existencia del daño moral de una manera más acertada. No obstante, creemos que existen algunos casos en los cuáles sí se pueden sostener presunciones sobre la presencia del daño moral. Por ejemplo, ante la pérdida de un familiar cercano... la amputación de las piernas o brazos, la pérdida de la visión, etc.”. Ver su trabajo citado, n. 2, pag. 19 (y fallos nacionales ahí citados).

⁹³ Tribunal Apelación Civil y Comercial de la Capital, Sala 3, Acuerdo y Sentencia No. 119 del 11 de septiembre de 2008, preopinante: Dra. Mercedes BUONGERMINI. Como podrá notar el lector, la primera parte de la cita encuadra en la cuestión de afectación de un derecho de la personalidad; la segunda, al

Al lector que ha seguido la argumentación de este ensayo, no le costará entender porque no puedo sino concluir aplaudiendo este fallo. En el mismo se encuentran las bases para construir una teoría sensata del daño moral, entendido ahora como un perjuicio especialmente grave derivado de una lesión a derechos de la personalidad, evitando facilismos a la hora de decidir la resarcibilidad de supuestos daños morales.

Apuntalar esta noción de daño moral no implica, para parafrasear a DWORKIN, el haber descubierto una suerte de “algoritmo para jueces”, que solucione todo tipo de controversia que se presente, cuál fórmula mágica.⁹⁴ Si pensara que es esto lo que he hecho, entonces tendría no sólo una visión profundamente equivocada del fenómeno jurídico, sino que, además, demostraría que tampoco he comprendido que el derecho de responsabilidad civil es *eminente judicial*. La casuística infinita que nos ofrece la vida real siempre forzará a los jueces y abogados a tener que enfrentarse con nuevos supuestos que los obligarán al máximo esfuerzo en la aplicación de su imaginación jurídica – y, lo que es más importante, su *prudencia judicial*.⁹⁵

Pero, aún así, creo que las ideas que aquí se han defendido pueden servir como *horizontes* fundamentales para resolver estos casos con razonabilidad y sensatez, algo que ya lo ha demostrado la línea jurisprudencial sostenida por la Tercera Sala.

Por ello, sólo me queda terminar este trabajo instando a los abogados y magistrados que se vean enfrentados con pretensiones de daño moral, que no vean a esta figura como una suerte de plastilina que pueda ser moldeada para incorporar todo supuesto imaginable, sino que, por el contrario, eviten la trivialización del daño moral, el enriquecimiento indebido de supuestas víctimas, la litigación excesiva – en suma, que eviten una jurisprudencia *à la* Humpty-Dumpty -, y se ciñan a otorgarlo cuando en justicia corresponde: es decir, especialmente *cuando exista una consecuencia dañosa cierta de una lesión especialmente grave a derechos de la personalidad*.

criterio de riesgo general de la vida. Y confróntese el impecable razonamiento de este fallo con el de la Corte, n. 24, *supra*.

⁹⁴ En las (maravillosamente bien escritas) páginas finales de *Law's Empire*, Hart Publishing, Oxford, 2000.

⁹⁵ Nunca estará demás releer el excelente libro del Prof. Carlos MASSINI: *La Prudencia Jurídica*, Edit. Lexis Nexis, Buenos Aires.

¡¡Heyyy!! ¿No te estás olvidando del daño moral en el incumplimiento contractual?

Al lector prevenido no se le habrá escapado el hecho que he concluido este ensayo sin referirme a un a un tema de extraordinaria relevancia en cuanto a la plasticidad del daño moral, y que tiene que ver con la decisión de nuestros codificadores (siguiendo la doctrina argentina y la Reforma de 1968) de autorizar la indemnización por daño moral en caso de incumplimiento contractual.

Como no quiero quedar como que estoy “esquivando el bulto”, diré algunas palabras al respecto, para ahora sí terminar definitivamente este trabajo.

El Prof. DÍEZ-PICAZO, puede recordarse, había aplicado su concepción restrictiva del daño moral al caso de incumplimiento contractual, en el sentido que el mismo sólo debería aplicarse cuando dicho incumplimiento deriva a su vez en la lesión (dañosa) de un derecho de la personalidad del co-contratante.

Por otro lado, ya se dijo que el Código Civil fue mucho más lejos que el *Anteproyecto* en materia del daño moral – algo que alcanzó incluso ribetes revolucionarios cuando el Código decidió permitir la indemnización del daño moral incluso para los supuestos de incumplimiento contractual.

De esta forma, el art. 451 del Código, siguiendo de cerca a la Reforma de BORDA, establece que

Cuando la obligación no cumplida proviniera de actos a título oneroso, y en todos los demás casos en que la ley lo autorice, habrá lugar a resarcimiento, aunque el perjuicio no fuere patrimonial, debiendo el juez estimar su importe con arreglo a las circunstancias.

Prima facie, parecería ser que el resarcimiento del daño moral en el incumplimiento contractual es un despropósito, pues el mismo iría en contra de la esencia misma de la obligación contractual (previsibilidad, plan racional de futuro⁹⁶, etc.), lo cual podría traer no poco problemas. Incluso, en manos de litigantes aviesos, la figura en cuestión se presta incluso para la creación de una posible fuente de enriquecimiento sin causa.

Ahora bien, mi pensamiento personal sobre esta difícil cuestión del daño moral en sede contractual ha pasado de una posición absolutamente crítica sobre la innovación propuesta por el artículo 451 del Código – es decir, una posición denegatoria del daño moral en materia de contratos – a una apertura pequeña, pero apertura al fin, luego de reflexionar más sobre la cuestión.

⁹⁶ La idea del contrato como “plan racional de futuro” la tomo del Prof. FINNIS, quién a su vez la deriva de la filosofía clásica aristotélica-tomista en su *Aquinas*, OUP, Oxford, 1998, pag. 198. Si bien aquí no puedo explayarme sobre esta idea, debo manifestar que se trata de una idea de importancia verdaderamente *radical*, especialmente cuando se la contrapone a las teorías voluntaristas del contrato (*will theory*); sobre las fundamentales diferencias del voluntarismo y racionalismo y sus consecuencias teóricas y prácticas sobre el fenómeno jurídico, ver el excelente ensayo de Francis OAKLEY, “Medieval Theories of Natural Law: William of Occam and the Significance of the Voluntarist Tradition,” 6 *Natural Law Forum* (1961).

Si bien éste no es el lugar para defender a cabalidad esta tesis – igualmente restrictiva, pero ahora del daño moral contractual – me atenderé a esbozar dos ideas relacionadas.

La primera sería aceptar la recomendación para nuestros tribunales que viene de sus pares argentinos a la hora de aplicar este artículo. En este sentido, la jurisprudencia de dicho país ha señalado que en materia contractual el daño moral debe analizarse siempre *restrictivamente*, no bastando su mera alegación, sino que debe además ser probado.⁹⁷ Es, me parece, una pauta interpretativa importante.

A ello, habría que agregar que sería sensato seguir aquí la sabia doctrina inglesa que permite sólo en forma *excepcional* la indemnización de daños morales en los contratos. Muy especialmente, sólo se lo permite en aquellos casos en los cuáles existen daños a las personas (el supuesto previsto explícitamente por DÍEZ-PICAZO), o en los que el fin principal del contrato era precisamente la amenidad o esparcimiento del sujeto (“la tranquilidad espiritual”), como ocurre en los casos típicos de contratos de turismo o vacaciones, etc.⁹⁸

Es decir, existen contratos en los cuales el propósito principal del mismo, su objeto como operación jurídica, es el esparcimiento, como el trillado ejemplo del contrato de turismo. De ahí que en este tipo de casos pueda alegarse que el contratante no puede desconocer o tratar de imprevisible a un daño cuando en lugar de llevarlo a esquiar a una montaña de primer nivel lo lleva a una loma desnevada y sin infraestructura turística – ese era justamente el objetivo del contrato en un primer lugar.

Pero de ahí a otorgar daños morales en contextos puramente empresariales y comerciales, hay un paso gigante, el cual, me parece, no debe darse. Como afirma ATIYAH, en un contrato comercial común y corriente, la regla debería ser la no indemnización de daños morales, por una cuestión de sentido común y de la lógica misma de este tipo de relaciones contractuales.⁹⁹ En última instancia, esta tesis no responde a mucho más que el hecho que la idea de la *previsibilidad*¹⁰⁰ es uno de los conceptos-maestros del derecho de los contratos, y hay pocas cosas que pueden tornar más imprevisible a ese plan racional del futuro que es el contrato que unos daños morales que las partes nunca contemplaron al momento de haber celebrado su acuerdo.

⁹⁷ Ver los fallos y doctrina citados por TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, n. 35, pag. 495.

⁹⁸ Así, además de los típicos casos de contratos de turismo, se ha declarado la procedencia de daños por “sufrimiento mental” en caso de la contratación a un abogado para buscar obtener una medida judicial que prohíba al marido molestar a la mujer (*Heywood v. Wellers* [1976] QB 446), o la compra de un vehículo para las vacaciones, el cual sufre un desperfecto precisamente en los momentos de ocio (*Jackson v. Chrysler Acceptances* [1978] RTR 474). Ver el recuento interesante de las distintas posiciones de los ordenamientos europeos al respecto en Ole LANDO y Hugh BEALE, *Principles of European Contract Law*, Partes I y II, Kluwer Law International, Londres, 2000, pags. 437-38.

⁹⁹ Ver en general Patrick S. ATIYAH, *Introduction to Contract Law*, OUP, Oxford, 1995, pag. 440.

¹⁰⁰ Me he ocupado de esta idea en el ensayo “El derecho comparado en acción: la doctrina de las “*penalty clauses*” como guía para la reducción (y comprensión) de las cláusulas penales excesivas”, *Revista Jurídica La Ley Paraguay*, Asunción, 2008 (en concreto, se había concluido ahí que: “Al quedar claro que el contrato es una planificación *racional* del futuro, el mismo (y sus remedios indemnizatorios) debe descansar siempre sobre el concepto de *previsibilidad*, de lo que las partes, al momento de celebrar el contrato, pudieron haber contemplado razonablemente como las consecuencias del incumplimiento”).