

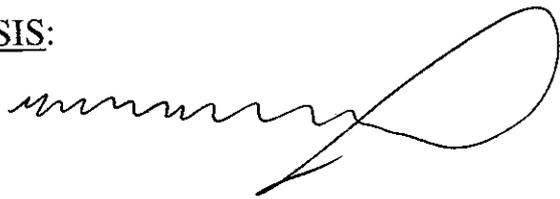
**UNIVERSIDAD DE PALERMO  
FACULTAD DE DERECHO  
MAESTRIA DE LA U.P. EN DERECHO**

**TESIS DE MAESTRIA**

**MAESTRANDO: CARLOS ALBERTO CALVO COSTA**

**DIRECTOR DE TESIS: DR. ALBERTO J. BUERES**

**FIRMA DEL DIRECTOR DE TESIS:**

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and a long horizontal stroke, positioned to the right of the text 'FIRMA DEL DIRECTOR DE TESIS:'.

**BUENOS AIRES, FEBRERO DE 2003**

# INDICE

## "ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMATICAS DEL RESARCIMIENTO DEL DAÑO A LA PERSONA"

- **I - Introducción. Planteo del problema** .....pág. 1
- **II - Concepto de daño jurídico. Importancia de su precisión**.....pág. 7
  - a) El daño como detrimento de un bien jurídico.....pág.9
  - b) El daño como violación de un derecho subjetivo.....pág.11
  - c) El daño como lesión a un interés jurídico.....pág.15
  - d) El daño definido por sus trascendidos, repercusiones, o resultados .....pág.21
  - e) Las “disparidades” doctrinarias .....pág.24
  - f) Nuestra opinión .....pág.33
- **III - La salud como núcleo del daño a la persona. Su protección legal** .....pág.37
- **IV - El daño a la persona en el derecho comparado europeo**.....pág.40
  - Italia .....pág.40
  - Francia.....pág.49
- **V - El daño a la persona en el derecho comparado latinoamericano**.....pág.52
  - Perú .....pág.52
  - Uruguay.....pág.54
  - Brasil.....pág.56
- **VI - La cuestión en el derecho argentino. Estado actual de la misma**.....pág.59
- **VII -Conclusiones** .....pág.70
- **Bibliografía** .....pág.73

## ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS DEL RESARCIMIENTO DEL DAÑO A LA PERSONA

### I - INTRODUCCIÓN. PLANTEO DEL PROBLEMA

Quienes transitamos el mundo del Derecho observamos -cada vez con mayor frecuencia- que han comenzado a proliferar numerosas partidas de daños -hasta hace poco tiempo desconocidas-, las que se hallan íntimamente ligadas a la esencia misma del ser humano. Es así como se empezó a observar en las diferentes demandas de daños y perjuicios, peticiones orientadas a lograr el resarcimiento del daño ocasionado a la vida de relación, a la salud, a la vida sexual, al proyecto de vida, a la identidad, a la libertad, al honor, etc., así como también la reparación del daño existencial, del daño juvenil y del daño escolar, agregados ellos a los clásicos daños estético y psicológico. Actualmente, este catálogo de nuevos daños a la esfera de la persona se encuentra completamente abierto, bastando observar para ello una reciente obra italiana referida a esta cuestión<sup>1</sup>.

Todos estos perjuicios constituyen distintas facetas de lo que se conoce actualmente como "daño a la persona", expresión que no contiene límites precisos ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, aún cuando se quiera apuntar con dicha denominación al ser humano y a sus bienes personalísimos<sup>2</sup>. También, vale decirlo, esta posibilidad de admitir nuevas partidas de daño se ve alentada por una concepción de atipicidad del acto ilícito civil que halla su fundamento en la cláusula general del

<sup>1</sup> Cendom, Paolo, *"Tratatto breve dei nuovi danni: Il risarcimento del danno esistenziale"*, Cedam, Padova, 2002. En esta obra, de tres tomos, se analizan los nuevos supuestos de daño a la persona, dedicándosele a cada uno de ellos un capítulo íntegro de la obra: daño existencial, daño a la salud y a la integridad física, daño por lesión neurológica, daño por invalidez, daño por ceguera, daño por contagio de SIDA, daño por mutilación sexual, daño ocasionado por consumo de tabaco, daño estético, daño a la salud mental, daño por falso diagnóstico, daño al honor, daño por lesión al nombre, daño a la intimidad, daño a la identidad personal, etcétera.

<sup>2</sup> Bueres, Alberto J., *"El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general"*, en *"Derecho de Daños"*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001, pág. 308.

*alterum non laedere* (que prohíbe dañar al otro), principio que fue catalogado de jerarquía constitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>3</sup>.

Muchos autores se han referido al daño a la persona expresando que el mismo puede ser asimilado al daño moral<sup>4</sup>, mientras que otros se han manifestado en el sentido de identificarlo con el daño patrimonial ocasionado como consecuencia de la pérdida de una vida o de un grado de capacidad física productiva<sup>5</sup>.

Lo cierto es que asistimos en los últimos años a una verdadera transformación en el derecho a raíz de la cada día más asentada corriente personalista, que considera a la persona como el valor supremo del derecho, y como el bien a tutelar prioritariamente. La persona es el centro de todo el quehacer jurídico y la principal protagonista del mismo.

A raíz de esta nueva perspectiva jurídica, se dejó atrás una visión eminentemente patrimonialista e individualista del derecho, que dominó la ciencia jurídica durante el siglo XIX y que había alcanzado su máximo auge con la sanción del Código Civil francés de 1804<sup>6</sup>, e influido de manera casi decisiva en las constituciones y codificaciones del derecho continental, de las cuales no escapa el derecho argentino. La dominante filosofía de la existencia, que comporta una nueva imagen del ser humano y que ha permitido mostrar al hombre como un ser libre y creador que proyecta su vida en el tiempo, ha puesto en crisis los dogmas forjados por el individualismo, por el liberalismo y por el patrimonialismo jurídico<sup>7</sup>.

Se ha dicho con acierto que el derecho ha sido imaginado por el hombre para que cumpla con el rol social de proteger a cada persona humana, en armonía con el interés comunitario, a fin de poder realizarse plenamente como ser libre que proyecta y realiza su vida en el tiempo; en tal sentido, la tutela de la persona humana, en su

<sup>3</sup> CSJN, 05/08/86, "Santa Coloma, Luis I. c/Ferrocarriles Argentinos", JA, 1986-IV-624; íd., 05/08/86, "Gunther, Fernando Raúl c/Nación Argentina", ED, 120-522 (con nota de Germán Bidart Campos).

<sup>4</sup> Gamarra, Jorge, "Tratado de Derecho Civil Uruguayo", Tomo XIX, Responsabilidad Civil Extracontractual, Vol. 5º, pág. 256, Fundación de Cultura Universitaria, Segunda Edición, Montevideo, Uruguay, 1991.

<sup>5</sup> Bonasi Benucci, Eduardo, "La responsabilidad civil", traducción de Juan V. Fuentes Lojo y José Pérez Raluy, Bosch, Barcelona, 1958, págs. 80 y 81.

<sup>6</sup> Fernández Sessarego, Carlos, "Derecho y persona. Introducción a la Teoría del Derecho", 4º edición, Ed. Grijley, Lima, Perú, 2001, pág. 111 y ss. Manifiesta el profesor peruano que bajo dicho punto de vista, la persona se presenta como una entidad susceptible de disfrute económico, como es el caso del derecho de autor.

<sup>7</sup> Vilanova, José M., "Elementos de Filosofía del Derecho", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, pág. 60.

dimensión coexistencial, es incuestionablemente, la misión esencial y básica del derecho<sup>8</sup>.

El nuevo rol protagónico de la persona la convierte en un fin en sí misma, relegando cualquier otro tipo de intereses -vgr. los de contenido patrimonial- a un segundo plano y en relación de subordinación a los referidos a la dignidad e integridad del ser humano. Es decir, el patrimonio, que durante tanto tiempo constituyó el núcleo de la tutela jurídica, ha sido desplazado de ese rol protagónico para convertirse en un medio al servicio de la persona; el patrimonio no es más que un instrumento del que se vale el ser humano para facilitar su plena realización y para llevar a cabo su proyecto de vida.

En consecuencia, habiéndose dejado atrás la apreciación de los derechos de la persona bajo la óptica de la propiedad, ya no se duda que la persona es ahora un valor digno de tutela integral<sup>9</sup>.

El Derecho de Daños, claro está, tampoco ha sido ajeno a estos cambios. Esta concepción filosófica existencialista que ha comenzado a primar en la ciencia jurídica, ha provocado un vuelco en la apreciación del "*daño a la persona*", adquiriendo éste una supremacía indiscutible por sobre el "*daño al patrimonio*" (entendido como suma de propiedades): la primacía de los daños a la persona en la teoría general del daño se ha constituido en el nuevo sostén del sistema<sup>10</sup>, comprendiéndose dentro de ellos a la totalidad de la esfera física y espiritual del ser humano, como veremos seguidamente.

Por ello, en el mundo actual -en donde la era tecnológica provoca un sinnúmero de acontecimientos agresivos para la persona humana, exponiéndola a constantes peligros y situaciones de riesgo- resulta fundamental el rol del derecho en un doble sentido: en primer lugar, en proteger a la persona como ser libre, y, además, en impedir que en el ejercicio de nuestra libertad dañemos el proyecto existencial o la integridad física de otro individuo. Y a fin de lograr estos objetivos, resulta fundamental la defensa a ultranza del *alterum non laedere*, puesto que, tal como lo han manifestado

<sup>8</sup> Fernández Sessarego, Carlos, "*Derecho y persona. Introducción a la Teoría del Derecho*", ob. cit., pág. 83.

<sup>9</sup> Perlingieri, Pietro, "*La personalità umana dell'ordinamento giuridico*", Ed. Jovene, Napoli, s/f. pág. 83. Ver también del mismo autor, "*Il diritto civile nella legalità costituzionale*", ESI, Napoli, 1984, pág. 280 y ss.

algunos autores, la imprescindible tutela de la libertad de cada persona supone, ineludiblemente y al mismo tiempo, el riguroso cumplimiento del genérico y básico principio de no dañar al otro<sup>11</sup>.

El llamado "daño a la persona" deriva de contemplar al hombre desde una perspectiva diferente, aprehendiéndolo en su unidad existencial; la protección de la persona humana es asumida en su plena unidad sicosomática<sup>12</sup>. Es por ello que se sostiene que deben ser objeto de reparación las consecuencias dañosas ocasionadas al soma, al cuerpo y a la sique; en tal sentido, el "daño a la persona" es un conjunto omnicompreensivo, entre otros, del daño estético, del daño síquico, del daño a la vida de relación, del daño al proyecto de vida, del daño a identidad personal, del daño a la intimidad, del daño biológico, del daño sexual, etc<sup>13</sup>. Y, también, claro está, del *daño a la salud*<sup>14</sup>, al que nos referiremos en detalle posteriormente, por resultar el mismo el más representativo de todos los perjuicios que integran el conjunto "daño a la persona", comprendiéndose bajo tal denominación la mayoría de ellos.

Como veremos posteriormente, la categorización del "daño a la persona" reconoce su origen en Italia a fin de distinguirlo del daño a las cosas, y como necesidad de superar la limitación resarcitoria prescripta por el art. 2059 del Código Civil Italiano (que sólo torna procedente la indemnización de daño moral en los casos de delito criminal), colocando de tal modo al daño a la persona (también denominado en aquel país *"danno biologico"* o *"danno alla salute"*, puesto que es identificado con el "daño

---

<sup>10</sup> Busnelli, Francesco Donato, *"Problemas de la clasificación sistemática del daño a la persona"*, en Mosset Iturraspe, Jorge, *"Daños"*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991, págs. 36 y ss.

<sup>11</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *"Derecho y persona. Introducción a la Teoría del Derecho"*, ob. cit., pág. 121. Destaca que "el ser humano, en cuanto ente coexistencial, requiere necesariamente de reglas de conducta que permitan su pacífica convivencia en sociedad.... de lo contrario, sería imposible una convivencia pacífica y civilizada que es, al fin de cuentas, el propósito del derecho en su permanente e inacabado afán por lograr que cada persona, orientada hacia la persecución del bien común, se realice plenamente en cuanto ser libre" (ver págs. 118 y 119).

<sup>12</sup> Agogliá, María Martha, *"El daño jurídico"*, ob. cit., pág. 74.

Fernández Sessarego, Carlos, *"La protección a la personalidad humana"*, en obra colectiva *"Daño y protección a la persona humana"*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1993, pág. 29.

<sup>13</sup> Ver también en el sentido que nosotros expresamos: Alpa, Guido, *"La liquidazione del danno alla persona nei progetti di riforma legislativa"*, en Canale, M. – Gianelli Castiglione, A., *"La valutazione del danno alla persona da invalidità permanente"*, Giuffrè, Milan, 1990, pag. 85.

<sup>14</sup> Busnelli, Francesco Donato, *"Danno biologico e danno alla salute"*, en Bargagna, M. – Busnelli, F., *"La valutazione del danno alla salute"*, Cedam, Padova, 1988, págs. 7 y ss. Sostiene que el daño a la salud ocupa un rol central en el llamado daño a la persona.

corporal" de los franceses) bajo la protección del art. 32 de la Constitución italiana que tutela el derecho a la salud como una prerrogativa jurídica primaria y absoluta<sup>15</sup>.

En nuestro derecho, en cambio, la introducción de la creación pretoriana de "daño a la persona" ha tenido una singular influencia incrementando los rubros indemnizables al aportar nuevas posibilidades reparatorias<sup>16</sup> -tal como lo hemos mencionado al comienzo de este trabajo- hallando fundamental apoyo en la corriente personalista y despatrimonializadora que ha venido creciendo con fuerza en el Derecho de Daños particularmente.

Sin embargo, la primera dificultad que se presenta en torno a su resarcimiento, es que nuestro Código Civil sólo ha habilitado dos únicas categorías de daño que pueden ser resarcidas: la de daño patrimonial (arts. 519, 1068 y 1069 CC) y la de daño moral (arts. 522 y 1078 CC).

En consecuencia, se plantea el primer interrogante que intentamos desentrañar en nuestro trabajo: *¿Constituye el "daño a la persona" un "tertium genus" (una nueva clase de daño) independiente del daño moral y del daño patrimonial? A priori, consideramos que no, pero intentaremos desentrañar el problema a lo largo de nuestra exposición, probando de tal modo nuestra postura. Sin embargo, cabe destacar que es muy común hoy en día leer sentencias judiciales que, vgr., conceden el resarcimiento del daño psicológico y del daño estético otorgándoles autonomía, diferenciándolos del daño patrimonial y del daño moral, tal como lo estudiaremos posteriormente.*

Por otra parte, y también ligado a esta cuestión del resarcimiento, intentaremos demostrar que el *daño a la salud* -como parte integrante del daño a la persona- *debe ser indemnizado aún cuando la lesión a la salud no provoque en la víctima ningún perjuicio de índole patrimonial.* No debemos olvidar que todo resarcimiento patrimonial de un daño físico (vgr. incapacidad sobreviniente, lucro cesante) intenta proteger el ingreso de la víctima tratando de que ésta no pierda dinero a

<sup>15</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El daño a la persona. ¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?" en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo 1, "Daños a la persona", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1992, pág. 71.

<sup>16</sup> Boragina, Juan Carlos, "El daño" en "Derecho Privado - Libro Homenaje al Dr. Alberto J. Bueres", Ed. Hammurabbi, Buenos Aires, 2001, pág. 1152.

través de gastos y de que no deje de ganar como habitualmente lo hacía<sup>17</sup>. Es decir, interesan los réditos de la persona, lo que ella pueda producir<sup>18</sup>.

Es conteste nuestra doctrina en calificar a la "incapacidad económica o laborativa sobreviniente" como una merma de aptitudes que sufre el individuo para obtener lucros futuros, sea en las tareas que habitualmente desempeña o en otras; es una chance frustrada de percepción de ganancias. Aunque, cabe destacarlo, el daño no se agota en eso, ya que -además- comprende cualquier disminución mensurable económicamente que experimente el dañado, con los consiguientes trascendidos negativos que esas disminuciones generan en el patrimonio<sup>19</sup>. Se sostiene, asimismo, que para apreciarla se debe partir del concepto de daño material configurado por los perjuicios producidos en los valores patrimoniales ya existentes como también los que afectan las facultades o aptitudes de las personas, consideradas como fuente de futuras ventajas económicas (vida, salud, integridad física, belleza corporal, etc.)<sup>20</sup>.

En consecuencia y no obstante ello, consideramos que debemos analizar qué sucede en aquellos supuestos en los cuales la víctima no genera rédito alguno, tal el caso de las lesiones físicas sufridas por un menor de edad, o por un ama de casa, o por un sacerdote que ha efectuado voto de pobreza, o por un anciano no jubilado, o, asimismo, por aquellas personas que desarrollan una actividad ilícita y/o contraria a la moral (vgr. prostitución, pornografía, etc.). Deviene necesario cuestionar si en estos casos procede indemnizar el daño a la salud de dichas personas, aunque ya adelantamos nuestra postura afirmativa al respecto.

Intentaremos dar respuesta a estos interrogantes. A tal fin, nos proponemos los siguientes pasos:

- a) partiremos del análisis del concepto de daño jurídico, precisando su esencia y real significado para el Derecho de Daños;
- b) posteriormente, centraremos nuestro análisis en el "daño a la salud" en razón de ser el más representativo y abarcativo de todas las facetas del daño a la persona (daño

<sup>17</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis, *"La lesión física a la persona. El cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante"*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo 1, *"Daños a la persona"*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1992, pág. 108.

<sup>18</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, *"El daño a la persona. ¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?"* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo 1, *"Daños a la persona"*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1992, pág. 71.

<sup>19</sup> Zavala de González, Matilde, *"Resarcimiento de Daños"*, Tomo 2º: *"Daños a la personas. Integridad psicofísica"*, Ed. Hammurabi, págs. 315 y ss., 332 y 339 en especial.

sicológico, daño estético, daño sexual, daño juvenil, etc.), indagando acerca de la protección legal que se brinda a la salud de las personas en nuestro ordenamiento jurídico;

- c) estudiaremos esa misma cuestión en los ordenamientos europeos más representativos (Italia y Francia), así como también en los latinoamericanos (Perú, Uruguay, Brasil), puesto que en muchos de ellos reconocemos el origen de la pretensión del "daño a la persona" como *tertium genus* o clase autónoma de daño;
- d) analizaremos el estado actual de la cuestión en el derecho argentino, haciendo especial hincapié en nuestra jurisprudencia respecto a la forma en que se acogen las diferentes partidas integrantes del daño a la persona;
- e) finalmente, expondremos las conclusiones brindando nuestra opinión al respecto.

## **II - CONCEPTO DE DAÑO JURIDICO. IMPORTANCIA DE SU PRECISION**

A los fines propuestos en el presente trabajo, estimamos de importancia precisar el concepto de daño en sentido jurídico, es decir aquél daño que -por su trascendencia en el campo del derecho- será susceptible de ser resarcido.

Hemos asistido en los últimos años del siglo pasado a una verdadera transformación del sistema de responsabilidad civil, mediante la cual ésta ha asumido una función netamente resarcitoria (no ya sancionatoria) y además preventiva, incorporando nuevos factores de atribución -de carácter objetivo- que han provocado que la culpa dejara de ser la única causa de reparación del hecho dañoso.

En este contexto se ha producido una notoria evolución de una responsabilidad civil concebida como una deuda, hacia una asentada en el crédito. En la responsabilidad como deuda, la mira estaba puesta en el sujeto que había cometido el daño puesto que se buscaba una sanción para él, mientras que en la responsabilidad como crédito lo que interesa es la víctima, puesto que importa reparar y no ya sancionar<sup>21</sup>. En consecuencia, el nuevo centro de gravedad del sistema se sitúa en el daño sufrido por la víctima (que desplaza de dicho sitio a la culpa del agente dañador),

<sup>20</sup> Orgaz, Alfredo, "El daño resarcible", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1960, pág. 43.

<sup>21</sup> Lorenzetti, Ricardo L., "Las nuevas fronteras de la responsabilidad por daños", L.L. del 09/05/96.

por lo que la responsabilidad civil pasa a ser definida como "*la reacción frente a un daño injusto*"<sup>22</sup>.

La existencia de un daño, como hemos esbozado en la introducción, resulta ser un elemento esencial de inexcusable concurrencia para que surja la responsabilidad civil<sup>23</sup>. En razón de ello, no nacerá la responsabilidad civil si no se ha ocasionado un daño a un tercero, es decir, a alguien distinto del agente que lo provoca.

El daño es un concepto amplio, impreciso y esencialmente intuitivo<sup>24</sup>, que suele ser utilizado como sinónimo de detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia. Con tal amplitud de significado, la vida cotidiana resulta ser una fuente incesante de daños: así, ocasiona daño -aún sin quererlo- quien se impone a sus competidores en un concurso determinado, quien consigue un puesto de trabajo relegando a otras personas, quien logra obtener las últimas entradas para ver un espectáculo determinado impidiendo que otras puedan conseguirlas, quien capta los clientes de un competidor por prestar mejores servicios que él aún cuando no utilice mecanismos ilegítimos para ello, etc.

La enumeración se tomaría infinita, pero es evidente que estos perjuicios no resultan ser resarcibles; en consecuencia, resulta trascendente determinar cuáles de todos estos menoscabos devienen jurídicamente relevantes convirtiéndose en supuestos de daño resarcible.

Por ello, de conformidad con la problemática que intentamos estudiar, sabemos a priori que no nos va a interesar ocuparnos en este trabajo del simple daño en sentido naturalístico -es decir, del mero menoscabo a un bien-, sino de aquel nocimiento que tenga trascendencia en el campo del derecho. El concepto de daño que nos interesa analizar es aquel menoscabo que se encuentre enlazado con un "*quid iuris*"<sup>25</sup>, es decir, cuando ese detrimento además de ser un fenómeno físico, se convierte a su vez en un fenómeno jurídico e ingresa definitivamente en el terreno del derecho adquiriendo el

<sup>22</sup> Scognamiglio, Renato, "*Responsabilità Civile*", en *Novissimo Digesto Italiano*, Tomo XV, pág. 638, Utet, Torino, 1969, donde afirma que "*In definitiva la responsabilità civile può bene definirsi nei termini della reazione che il diritto presta avverso il danno ingiusto imponendo a chi vi ha dato causa l'obbligo di risarcirlo*".

<sup>23</sup> Santos Briz, Jaime, "*La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*". T. I, Ed. Montecorvo S.A., Madrid, 7ma. edición, 1993, pág. 143.

Rogel Vide, Carlos, "*La responsabilidad civil extracontractual. Introducción al estudio jurisprudencial*", Civitas, Madrid, 1977, pág. 59.

<sup>24</sup> Ataz López, Joaquín, "*Los médicos y la responsabilidad civil*", Ed. Montecorvo, Madrid, 1985, pág. 319.

interés de los juristas. El daño pues, entendido como hecho jurídico, no pierde su esencia física sino que a ésta se añade la jurídica<sup>26</sup>, siendo así que aparecen dos elementos que contribuyen a integrar su estructura: 1) el elemento material o sustancial constituido por el hecho físico y que representa su núcleo interior; y 2) el elemento formal proveniente de la norma jurídica, representado por la reacción suscitada en el ordenamiento jurídico a consecuencia de la perturbación provocada en el equilibrio social y alteración perjudicial de un interés jurídicamente tutelado<sup>27</sup>, tal como lo veremos seguidamente.

Es decir, el menoscabo, la pérdida y/o el deterioro -ya sea patrimonial o extrapatrimonial- adquieren relevancia jurídica cuando son considerados por el Derecho, el que aplicará frente a ellos consecuencias jurídicas. Nos ocuparemos, pues, de la esencia jurídica del daño, toda vez que su efecto es la reacción del derecho buscando su reparación.

Se han elaborado varias posturas intentando determinar qué se entiende por daño y cómo debe el derecho apreciar el mismo. Creemos que las dos primeras que pasaremos a tratar resultan desacertadas desde nuestro punto de vista, mientras que las dos últimas -si bien han dado lugar a controversias doctrinarias entre sus defensores- son perfectamente viables y compatibles, y resultan homogéneas entre sí.

#### a) EL DAÑO COMO DETRIMENTO DE UN BIEN JURÍDICO

Esta postura, que nos parece incorrecta, expresa que el daño es el menoscabo a un bien jurídico, entendiendo por tales a cosas y a los bienes o derechos que no son cosas (cfr. arts. 2311 y 2312 CC); dentro de ellos cabe incluir también, entonces, a los derechos personalísimos -honor, intimidad-, a los atributos de la persona, etc.

LARENZ, uno de los juristas más destacados que ha sostenido esta línea de pensamiento, afirma que el daño no es otra cosa más que "el menoscabo que, a

---

<sup>25</sup>Bueres, Alberto J., "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, "Daños a la Persona", pág. 237, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1992.

<sup>26</sup>De Cupis, Adriano, "El daño", ob. cit., pág. 82 a 84 principalmente, en donde expresa que "... el derecho elige los hechos que quiere investir de una calificación jurídica ...", manifestando que el daño es uno de esos hechos a los que él se refiere.

<sup>27</sup>Busto Lago, José Manuel, "La antijuridicidad del daño resarcible", ob. cit., pág. 42.

consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio"<sup>28</sup>. Esta definición ha merecido una aclaración por otros autores, quienes expresaron que también pueden verse afectados bienes morales, por lo que no cabe equiparar el daño a la mera pérdida pecuniaria<sup>29</sup>.

En razón de ello, para esta corriente, si el hecho vulnera un bien de significación económica el daño será patrimonial; en cambio, cuando se lesione un bien que no revista carácter patrimonial –vgr. un derecho de la personalidad- el daño será moral<sup>30</sup>.

Consideramos, al igual que lo hace la mayoría de la doctrina, que esta postura acarrea serios problemas al momento de diferenciar el daño patrimonial (directo e indirecto) y el daño moral. Ello así puesto que un deterioro a un bien patrimonial no originará necesariamente un daño patrimonial directo, sino que puede ocasionar un daño patrimonial indirecto e incluso un menoscabo espiritual (vgr. un incumplimiento de contrato de transporte que frustra las vacaciones de los damnificados); y a la inversa, lo mismo ocurre con el menoscabo a bienes extrapatrimoniales, que puede tener repercusión en el ámbito patrimonial (por ejemplo, hay supuestos de eventos que lesionan bienes extrapatrimoniales -vida, salud, etc.- y sin embargo, dicho menoscabo provoca impacto en la esfera patrimonial del damnificado, ya que puede acarrearle incapacidad laboral, gastos de curación, de medicamentos, etc.).

PIZARRO Y VALLESPINOS expresan que para superar esta crítica algunos autores que adhieren a esta postura han esbozado una artificiosa distinción entre *el daño moral con repercusión sobre el patrimonio y daño moral puro*, según la lesión

<sup>28</sup> Larenz, Karl, "*Derecho de Obligaciones*", traducción de Jaime Santos Briz, T. I, EDERSA, Madrid, 1958, pág. 193.

<sup>29</sup> Mazeaud, Henri, León y Jean, "*Lecciones de derecho civil*", traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Parte Segunda, Vol II, EJE, Buenos Aires, 1960, pág. 60.

<sup>30</sup> En esta línea de opinión podemos situar a Acuña Anzorena, Arturo ("*La reparación del agravio moral en el Código Civil*", LL, 16-536); a Brebbia, Roberto ("*El daño moral*", págs. 57 y ss., Ed. Orbir, Rosario, 1967); a Mazzeaud, Henri y León – Tunc, André (ob. cit., Tomo I, pág. 425); y también a Messineo, Francesco ("*Manual de Derecho Civil y Comercial*", Tomo IV, pág. 477, E.J.E.A., Buenos Aires, 1971, traducción de Sentís Melendo. Zavala de Gonzalez manifiesta también que esta tesis con alguna variante fue sustentada en las "Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil" (1984) por el dictamen de la comisión suscripto por los doctores Ruth Inés Díaz, Mónica Tomasini Renom, Lidia M. R. Garrido Cordobera, Enrique Carlos Banchio, Carlos Gustavo Vallespinos, José Fernando M. Márquez y Sara Laura Godoy. Para todos estos juristas el daño moral es "todo menoscabo referido a los atributos o presupuestos de la personalidad jurídica, con independencia de su repercusión en la esfera económica" (ver Zavala de González, Matilde, "*Resarcimiento de Daños*", pág. 33, nota nro. 6, Tomo 2a: Daños a las personas –integridad sico-física-, Ed. Hammurabbi, 3ª reimpresión, 1996 y también en "*El Derecho Privado en la Argentina: conclusiones de congresos y jornadas de los últimos treinta años*", Universidad Notarial Argentina, 1991, pág. 81).

al derecho no patrimonial haya o no generado alteraciones en el patrimonio del damnificado. Esta diferenciación forzada no ha hecho más que terminar llamando daño moral con repercusión patrimonial a un menoscabo que es puramente patrimonial<sup>31</sup>.

Esta teoría que criticamos, imperó durante mucho tiempo en el derecho italiano –principalmente sustentada por Messineo– quien definía al daño como abolición o disminución de un bien; pero Carnelutti fue quien con meridiana precisión determinó que el daño era mucho más que la lesión de un bien, para pasar a ser la lesión a un interés del damnificado (el daño está dado por la idoneidad del bien para satisfacer las necesidades del perjudicado)<sup>32</sup>. Esta postura del célebre autor italiano es recogida en nuestro derecho por BUERES, quien expresa su postura respecto a que el Derecho no protege bienes en abstracto sino que lo hace siempre que esos bienes satisfagan necesidades humanas (intereses)<sup>33</sup>, postura con la que coincidimos en un todo y sobre la que abundaremos seguidamente.

#### b) EL DAÑO COMO VIOLACIÓN DE UN DERECHO SUBJETIVO

Otra postura asume a la hora de definir el daño la misma línea que la que hemos tratado precedentemente, pero adoptando para ello un criterio más estricto, expresando que habrá daño cuando se lesione un derecho subjetivo del damnificado; entendiendo por éste al “conjunto de facultades que corresponden al individuo, y que éste puede ejercitar para hacer efectivas las potestades jurídicas que las normas legales le reconocen”<sup>34</sup>.

Es así como la persona titular de ese derecho subjetivo posee un poder de actuar que le es atribuido por la propia ley; y es allí donde se alude a un interés que ese

<sup>31</sup> Pizarro, Ramón Daniel – Vallespinos, Carlos Gustavo, *"Instituciones de Derecho Privado: Obligaciones"*, Tomo 2, pág. 638, Ed. Hammurabbi, Buenos Aires, 1999; ídem en Pizarro, Ramón Daniel, *"Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición"*, pág. 30, Ed. Hammurabbi, reimpresión, Buenos Aires, 2000.

<sup>32</sup> Carnelutti, Francesco, *"Il danno e il reato"*, Cedam, Padova, 1930, pags. 13 y ss.

<sup>33</sup> CNCiv, en pleno, 04/04/95, "F., M. C. y otro c. El Puente S.A.T.", JA, 28-VI-1995 (ver ampliación de fundamentos del doctor Bueres), y Bueres, Alberto J., *"El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general"*, ob. cit., pág. 238: este autor, haciendo mención de Carnelutti refleja el pensamiento del jurista italiano con un claro ejemplo que denota lo incorrecto que resulta concebir al daño como un menoscabo a un bien jurídico: si a una persona se le sustrae una cantidad de dinero, no hay daño porque la cosa (el dinero) se extinga o salga de circulación, sino porque desaparece del bolsillo del damnificado. El daño pasa a ser el interés ... Cuando alguien destruye la casa de otro, el daño no está dado por la transformación del bien sino por la inidoneidad o menor idoneidad de ese bien para satisfacer las necesidades del dañado ..."

<sup>34</sup> Osorio, Manuel, *"Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales"*, pág. 240, Editorial Claridad S.A., 1984, distribución exclusiva Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina.

sujeto hace suyo (interés particular, propio de ese individuo) respecto al cual la ley le ha conferido la posibilidad de actuar exigiendo que el mismo sea satisfecho; así, como dice ZANNONI, el interés es "interés legítimo" y, como tal, el contenido del "derecho subjetivo"<sup>35</sup>.

Creemos conveniente remarcar que si bien es acertado efectuar tal distinción, no menos importante es destacar que siempre que exista un derecho subjetivo el mismo presupone a su vez un interés legítimo. Con ello resulta claro que el interés legítimo resulta ser una condición necesaria para la existencia de un derecho subjetivo, aunque no reviste de por sí el carácter de condición suficiente del mismo, ya que para ello se requerirá además que la ley le confiera a su titular un poder de actuación en forma exclusiva.

Ahora bien, muchos confunden esta postura con la que reflejamos anteriormente y que hacía referencia al daño como lesión a un bien jurídico; ello así, toda vez que todo derecho tiene por objeto la tutela de un bien, que, al recibir la garantía normativa adquiere la calidad de bien jurídico<sup>36</sup>, en la concepción amplia que remarcamos en el punto anterior. Por lo tanto, cuando se viola un derecho que consista en la tutela de cualquier bien jurídico, ambas posturas parecen coincidir cuando mediante ese menoscabo al bien se lesiona el derecho que lo contiene. En ello insiste BREBBIA intentando aclarar que el daño se provoca cuando se transgrede la garantía otorgada por la norma a la persona titular del bien y no cuando se menoscabe el bien tutelado<sup>37</sup>.

Nuestra jurisprudencia ha tenido varios pronunciamientos en tal sentido, pudiendo destacarse dos resoluciones adoptadas por la Sala A de la Cámara Nacional de

<sup>35</sup> Zannoni, Eduardo, *"El daño en la responsabilidad civil"*, pág. 7, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982. Este eximio jurista remarca en su obra la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, invocando para ello un ensayo de Elías Guastavino (*"Derecho subjetivo e interés legítimo en materia civil"*, Jus, La Plata, 1973) y otro de Agustín Gordillo (*"Derecho subjetivo y derecho reflejo (interés legítimo)"*, Revista Jurídica de Buenos Aires, 1960-III-177), manifestando que una persona puede ostentar dos tipos de intereses: a) un poder de actuar cuyo contenido aparece determinado por la ley de manera exclusiva a su favor; o b) un poder de actuar cuyo contenido es concurrente y coincidente con el de otras personas, pero sin exclusividad, y que tiende a obtener el cumplimiento de la ley que garantiza un interés general. El primero sería el derecho subjetivo (hay un interés particular, exclusivo del sujeto). El segundo sería apenas un interés legítimo que sólo en forma mediata o "refleja" afecta o atañe a cada persona en particular.

<sup>36</sup> Agoglia, María Martha, *"El Daño Jurídico: enfoque actual"*, pág. 12, Fondo Editorial de Derecho y Economía, La Ley, Buenos Aires, 1999.

<sup>37</sup> Brebbia, Roberto, ob. cit., pág. 41 y ss.

Apelaciones en lo Civil<sup>38</sup>, en las cuales refiriéndose ambas al daño moral se ha determinado que:

- a) "... Es criterio de esta sala que el daño moral se define atendiendo a la naturaleza del bien jurídico lesionado, concretamente a la lesión de derechos extrapatrimoniales, de naturaleza subjetiva, integridad física o moral, honor, libertad, y aún los sentimientos de cada uno ..." <sup>39</sup>;
- b) "... Tal como lo decidiera esta sala "in re" "Astilleros Argentinos Río de la Plata c. Delta S.R.L. y otro s/ordinario" L 186262 del 6/6/75 (Rev. La Ley t. 1975-D-439 sec. Jurisp. Agrup. caso 1540) en su anterior composición, con voto en primer término del suscripto, en cuanto a la indemnización del daño moral, corresponde tener presente que el daño moral se define atendiendo a la naturaleza del bien jurídico lesionado, concretamente a la lesión a derechos extrapatrimoniales, de naturaleza subjetiva, integridad física, honor, libertad y aún agrego los sentimientos de cada uno ..." <sup>40</sup>.

A esta postura se le ha criticado que la expresión derecho subjetivo es de por sí difusa, y que se alude con bastante asiduidad a los conceptos "derecho" o "derecho subjetivo" como si se tratara de la misma cosa sin reparar que el derecho en general es una entidad total (ej. el derecho de crédito u obligación), mientras que el derecho subjetivo es sólo un ingrediente de la estructura interna de aquel derecho en general –en la obligación, el susodicho derecho subjetivo no es otra cosa que el poder del acreedor<sup>41</sup>, sin que en esto se agote el vastísimo elenco de derechos subjetivos<sup>42</sup>.

<sup>38</sup>Ver también Cám. 5ª Civ. y Com. Córdoba, SPLL, 1981-359; y Cám. 1ª Civ. Com. San Isidro, Sala I, octubre 30-986, DJ, 1987-756.

<sup>39</sup>CNCiv., Sala A, "Abad, Oscar c. Federación Argentina de Tiro", mayo 13-982, LL, 1982-D-415.

<sup>40</sup>CNCiv., Sala A, "Perrota, Salvador R. c. Palacio Alfredo L y otros", abril 15-980, LL, 1980-C-391, voto del Dr. Igarzábal

<sup>41</sup>Bueres, Alberto J., "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general", ob. cit., pág. 238.

<sup>42</sup>Bueres, Alberto J., "El daño injusto y la ilicitud e ilicitud de la conducta", en "Derecho de daños", libro homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe, 1989. En esta obra, el profesor Bueres explica con un claro ejemplo esta problemática y todos los inconvenientes que acarrea la misma; el mismo refiere que: "... Hay bienes patrimoniales que proporcionan a su titular un derecho subjetivo; verbigracia, el derecho de propiedad emanada de las cosas. Pero tal derecho de propiedad suministra variadas posibilidades de obrar, satisface distintas necesidades (intereses). Algunas materiales: usar, gozar, disponer, administrar la cosa. Otras espirituales (las afecciones que se tienen por una joya que es recuerdo de familia y cuyo nocimiento irroga daño

También apreciamos incorrecta la postura de sostener que el daño es una lesión a un derecho subjetivo, puesto que defender la misma implica desde ya descartar la existencia de simples intereses que puedan ser relevantes jurídicamente, o incluso de intereses colectivos, tan en boga en este tiempo. El interés simple, aún cuando no esté revestido de juridicidad en forma específica, sí lo puede estar en forma genérica, y -de ser así- debe ser atendido a los fines resarcitorios. Esta última línea de pensamiento, que asume un criterio realista que demanda una exhaustiva valoración por parte del intérprete, la ha venido sosteniendo una calificada doctrina<sup>43</sup> y ha tenido adecuada recepción por nuestros tribunales, reconociendo la existencia de daño y su obligación de repararlo a aquellas personas que -si bien no poseían un derecho subjetivo- sí poseían intereses simples que habían sido lesionados y que requerían por ende ser objetivamente protegidos, en virtud de razones de equidad y de solidaridad social. Ocurre que dichos intereses, si bien no eran presupuestos de derechos subjetivos y a priori carecían de protección legítima para exigir su satisfacción, no eran repugnantes al derecho, y fueron acogidos por la jurisprudencia por revestir el carácter de serios y lícitos, como factores de resarcimiento.

Como ejemplo de ellos basta citar el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que ha determinado que "*se encuentran legitimados los concubinarios para reclamar la indemnización del daño patrimonial ocasionado por la muerte de uno de ellos como consecuencia de un hecho ilícito, en tanto no medie impedimento de ligamen*"<sup>44</sup>, o el fallo dictado por la Sala E de dicha Cámara, la que -tratando el caso de la muerte de un menor de 17 años víctima de un accidente y del reclamo de perjuicios por su guardadora- ha resuelto que: "*debe*

---

moral). Esa pléyade de intereses, según las miras que se tenga, puede dimanar del derecho subjetivo de propiedad -como una totalidad- o bien puede ocurrir que éste sea el derecho madre, y que haya tantos derechos subjetivos secundarios como intereses específicos existan ..."

<sup>43</sup> Albadalejo, Manuel, "*Instituciones de Derecho Civil*", Tomo I: Parte General y Obligaciones, pág. 265, Librería Bosch, Barcelona, 1960. Este jurista, catedrático de la Universidad de Barcelona, establecía que -refiriéndose a la protección jurídica sin otorgamiento de derecho subjetivo- "en su regulación de las relaciones humanas, estableciendo relaciones jurídicas, el Derecho objetivo no siempre concede derechos subjetivos para la protección de intereses dignos de ella ... Otras veces, dicha protección se realiza, simplemente, bien como *efecto reflejo* de lo establecido en el Derecho objetivo, bien mediante la atribución al interesado, no de un derecho subjetivo, sino de una mera *facultad jurídica*. Lo que, sin embargo, habida cuenta de sus circunstancias, no quiere decir que, entonces, el interés de que se trate quede tutelado más debilmente...".

En similar sentido, ver Ruiz Serramalera, Ricardo, "*Derecho Civil. Parte General*", Tomo I, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1980, pags. 416 y ss.

<sup>44</sup> CNCiv, en pleno, 04/04/95, "F., M. C. y otro c. El Puente S.A.T." Es importante destacar en este caso puntual que el concubinato históricamente había sido cuestionado por su inmoralidad, y se decía que la concubina carecía de un interés legítimo menoscabado por la muerte de su compañero, puesto que también carecía de vocación alimentaria.

*indemnizarse a quien, siendo guardadora de un menor que le fue entregado por su madre a muy corta edad, sufre un indudable perjuicio con su muerte, acaecida en un accidente, pues ello corresponde tanto por el sacrificio de haber criado y educado a la víctima como por la frustración de su legítima esperanza de obtener una ayuda en su vejez, ya que en el caso el daño tiene entidad suficiente para ser resarcido como una chance de que tal ayuda se concretase"<sup>45</sup>.*

Volveremos más adelante sobre el tema de los intereses simples.

Por último, cabe decir que otro error al que conduce esta postura es a creer que de la índole del derecho subjetivo afectado se determinará si el daño será de carácter patrimonial o extrapatrimonial; ello resulta desacertado pues la lesión a un derecho de propiedad sobre un bien "x" (ejemplo, robo de un reloj), además de provocar un menoscabo de índole patrimonial puede irrogar un perjuicio de índole moral para el damnificado, verbigracia, si el mismo era un regalo que le había efectuado su padre por tratarse dicho reloj de una pieza única que se venía transmitiendo entre los familiares que le antecedieron de generación en generación.

### c) EL DAÑO COMO LESIÓN A UN INTERÉS JURÍDICO

Esta postura, a la que consideramos acertada y adherimos, expresa que el daño es la lesión a unos intereses jurídicos patrimoniales y extrapatrimoniales<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> CNCiv, Sala E, 30/09/59, LL, 138-526.

<sup>46</sup> Sostienen esta postura, entre otros, aunque con alguna diferencia de matices entre ellos: Bueres, Alberto J. (ver obras citadas en el presente trabajo); Zannoni, Eduardo A., (*"El daño en la responsabilidad civil"*, ob. cit., págs 6 y ss.); De Cupis, Adriano (ob. cit., pág. 91); Carnelutti, Francesco (ob. cit., pág. 9); Stiglitz, Gabriel, (*"Daños y Perjuicios"*, pág. 39, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1987); Vázquez Ferreyra, Roberto A. (*"Los presupuestos de la responsabilidad profesional"* en *"Las responsabilidades profesionales. Libro homenaje al Dr. Luis O. Andorno"*, pág. 113); Agoglia, María M. (*"El Daño Jurídico: enfoque actual"*, ob.cit., pág. 16); Agoglia, María M., Boragina, Juan C., Meza, Jorge A. (*"Responsabilidad por hecho ajeno"*, pág. 48, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995); Visintini, Giovana (*"Tratado de la responsabilidad civil"*, Tomo 2, § 34, págs. 3 y ss., Ed. Astrea, 1999, traducción de Aída Kemelmajer de Carlucci).

En las "Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil" (1984) la ponencia presentada por el Dr. Bueres destacaba que "el daño moral es el menoscabo o pérdida de un bien —en sentido amplio— que irroga una lesión a un interés amparado por el derecho, de naturaleza extrapatrimonial. Dicho interés tiene un contenido puramente espiritual (sufrimiento, dolor, aflicción, angustia, desánimo, desesperación, pérdida de la satisfacción de vivir, etc. ...)" ( ver en En *"El Derecho Privado en la Argentina: conclusiones de congresos y jornadas de los últimos treinta años"*, Universidad Notarial Argentina, 1991, pág. 79).

Por su parte, en la Comisión Nro. 2 ("Daño a la Persona") de las "XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil" celebradas en San Miguel de Tucumán en septiembre de 1993, refiriéndose al daño moral, el despacho de la segunda minoría (integrado por Bueres, Meza, Agoglia, Boragina y Vázquez Ferreira) sostuvo que: "el daño moral es la lesión a un interés extrapatrimonial amparado por el derecho.

El objeto del daño se identifica con el objeto de la tutela jurídica, y consiguientemente, es siempre un interés humano<sup>47</sup>. Y esa tutela por parte del derecho puede realizarse de dos maneras, o bien haciendo prevalecer un interés frente a otro que se le opone, o bien, subordinándolo frente a otro que prevalece, pero imponiendo al mismo tiempo la necesidad de que ese sacrificio sea compensado de algún modo.

Cabe destacar que el interés lesionado debe ser ajeno<sup>48</sup>, ya que el sistema jurídico no reacciona cuando el daño se lo infringe la propia víctima o ha sido causado por la culpa exclusiva de la misma (arg. art. 1111 CC), puesto que como lo destaca GAMARRA<sup>49</sup> –además de romperse el nexo causal- en realidad no existiría daño.

Como bien lo ha afirmado DE CUPIS, lo que el derecho tutela, el daño vulnera. Si el derecho tutela un determinado interés humano, éste puede ser atacado por un daño, que será un daño en sentido jurídico (daño jurídico), en cuanto contra él apresta el derecho la propia reacción<sup>50</sup>.

Tal como lo dijéramos al comenzar el presente capítulo, sólo tendrá relevancia el daño jurídico -aquel que posea un *quid iuris*- por lo que podemos afirmar sin temor a equivocarnos que el objeto de un menoscabo jurídico no es más que un *interés jurídicamente tutelado*. Todo aquel interés que no encuentre tutela en nuestro derecho -ni explícita ni genéricamente- y que sea lesionado, como también todo aquel daño simplemente naturalístico -que consista únicamente en un simple menoscabo a bienes- no provocará la reacción del sistema a fin de lograr una reparación del mismo.

La simple lesión a un bien no es daño en sentido jurídico sino en sentido naturalístico; si el bien sobre el cual reace la lesión física no satisface un interés humano, no existe daño jurídico. Ello así, toda vez que el derecho no tutela los bienes en sí mismos considerados, abstractamente, sino en la medida que satisfagan un interés humano<sup>51</sup>.

Por *interés* (jurídico) entendemos que es la posibilidad de que una o varias personas puedan ver satisfechas sus necesidades mediante un bien o bienes

<sup>47</sup> De Cupis, Adriano, ob. cit., págs. 107, 109 y ss. Aclara este autor que: "... mientras que el objeto del daño genéricamente entendido es cualquier situación favorable ... que se refiera o no a seres humanos, objeto del daño en sentido jurídico no puede ser más que un interés humano jurídicamente tutelado".

<sup>48</sup> Conf. Digesto, D.50, 17, 203: "*Quod qui ex culpa sua damnun sentit, non intelligitur damnum sentire*" (cita realizada por De Lorenzo, Miguel en ob. cit., pág. 20).

<sup>49</sup> Gamarra, Jorge, ob. cit., pág. 336.

<sup>50</sup> De Cupis, Adriano, ob. cit., pág. 109.

<sup>51</sup> Vázquez Ferreyra, Roberto A., "*Importantísimos aspectos del derecho de daños en un fallo sobre responsabilidad médica*", LL, 1996-D-447.

determinados. Aquí debemos ser claros en precisar que por bien entendemos todo aquello que es objeto de satisfacción y que puede satisfacer alguna necesidad, pudiendo ser cosas, derechos, créditos, del propio cuerpo, de la salud, la intimidad, el honor, etc<sup>52</sup>.

Esas situaciones particulares de cada una de esas personas es lo que el derecho va a tutelar. El interés (que etimológicamente es "*id quod inter est*": relación, conexión) no es más que la relación entre el sujeto que experimenta esa necesidad y el bien apto para satisfacerla. Algunos autores han mencionado, a su vez, que idiomáticamente el interés es algo así como una situación de provecho<sup>53</sup>. Asimismo, se ha hecho hincapié en que cualquier detrimento a un bien que no pertenezca a ninguna persona ("*res nullius*") ni que afecte interés alguno, aún cuando el mismo sea debidamente acreditado y constatado, jamás provocará la reacción del sistema jurídico, puesto que no habría interés jurídico lesionado alguno, y por ende tampoco ningún damnificado que revista el carácter de titular de dicho interés<sup>54</sup>.

Aquí entendemos por *bien* todo aquello que puede satisfacer una *necesidad*<sup>55</sup>, y por esta última a todo aquello de lo cual es imposible sustraerse, faltar o resistir, o a la falta de cosas que son menester para la propia satisfacción<sup>56</sup>.

El derecho, reiteramos, no protege los bienes en abstracto, sino las situaciones particulares de los sujetos y en la medida en que esos bienes satisfagan o no intereses. El interés no es el bien en sí mismo sino que resulta ser el valor que ese bien determinado posee para un determinado sujeto. Debemos puntualizar con atención, que adquiere aquí importancia el punto de vista de cada sujeto, ya que si se enfoca la cuestión a la luz de las miras de varios sujetos pueden haber diversos intereses para cada uno de ellos<sup>57</sup>.

<sup>52</sup> Vázquez Ferreyra, Roberto A., "*Importantísimos aspectos del derecho de daños en un fallo sobre responsabilidad médica*"; ob. cit., pág. 453.

<sup>53</sup> Santoro Passarelli, F., "*Doctrinas Generales de Derecho Civil*", trad. A. Luna Serrano, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pág. 67, citada por Bueres, Alberto J. en "*El daño injusto y la ilicitud e ilicitud de la conducta*", ob. cit., pág. 170, nota nro. 80, y en CNCiv, en pleno, 04/04/95, "F., M. C. y otro c. El Puente S.A.T." (según su voto), loc. cit.

<sup>54</sup> Zannoni, Eduardo A., "*El daño en la responsabilidad civil*", ob. cit., § 5, pág. 6. Expresa que "... No hay daño sin damnificado. ¿Qué opone el damnificado al exigir la reparación? Un interés patrimonial o extrapatrimonial - "moral"- que ha sufrido lesión, agravio. Pero, para que pueda decirse que existe un interés lesionado o agraviado, es menester que quien se dice damnificado demuestre que el menoscabo afecta, imposibilita, en su esfera propia, la satisfacción o goce de bienes jurídicos (en sentido lato) sobre los cuáles él ejercía una *facultad de actuar*. Esta facultad de actuación en la esfera propia del damnificado constituye su *interés*; el daño ha lesionado su interés".

<sup>55</sup> Conf. Diccionario Enciclopédico Ilustrado "Gran Espasa Ilustrado", pág. 190, Ed. Espasa, Buenos Aires, 1998.

<sup>56</sup> Conf. Diccionario Enciclopédico Ilustrado "Gran Espasa Ilustrado", pág. 970, Ed. Espasa, Buenos Aires, 1998.

<sup>57</sup> Bueres, Alberto J., "*El daño injusto y la ilicitud e ilicitud de la conducta*", ob. cit., pág. 170.

A modo de ejemplo cabe puntualizar que el derecho no tutela un inmueble en sí mismo, sino la posibilidad que el propietario de dicha finca satisfaga a través de ella una necesidad por resultar ser dueño de la misma, posibilidad que no tendrán todas aquellas personas que no son propietarias de dicho inmueble. Cuando se afecte la esfera jurídica del sujeto, vgr. el goce de la propiedad aludida sobre la que podrá ejercer una facultad, existirá daño<sup>58</sup>.

Es importante destacar que el interés tutelado por el derecho puede ser afectado, a su vez, de dos maneras: a) alterando o cercenando esa posibilidad a la que nos hemos referido, de que un bien satisfaga la necesidad de un sujeto determinado (vgr. robándole el automóvil al propietario del mismo); o b) alterando la esencia de ese bien (vgr. inutilizando totalmente ese vehículo) de modo tal que resulte inepto para satisfacer la necesidad de su propietario. Por ello, ante el perjuicio irrogado a ese bien en su esencia, sólo habrá daño que provoque la reacción jurídica, cuando mediante la afectación a ese objeto también se esté vulnerando al interés del sujeto.

Si bien a nosotros nos preocupa en el presente trabajo ocuparnos del daño resarcible (daño en sentido estricto), no podemos soslayar que en determinadas oportunidades pueden verse afectados intereses jurídicos que no reclamen reparación; pero más allá de la ausencia de resarcibilidad del perjuicio, tal minoración de dicho interés configura daño *lato sensu*. DE CUPIS denomina a este tipo de perjuicios "daño no antijurídico" (véase en nota nro. 20 nuestra objeción a esta denominación), brindando como ejemplo al respecto la situación de la entrada abusiva en el fundo ajeno que -aún cuando no se haya ocasionado perjuicio alguno al cultivo que pueda repercutir en la producción- con ello se ha lesionado el interés del propietario del fundo, que no debe sufrir inmisiones o invasiones en la cosa propia, por cuanto está reservada a su uso exclusivo; se ha perjudicado, por lo expuesto, el interés de goce exclusivo, que constituye precisamente el interés protegido<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> En este sentido, ver Zannoni, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, ob. cit. § 5, pág. 6.

<sup>59</sup> De Cupis, Adriano, ob. cit., págs. 91 a 93. El jurista italiano -siguiendo con el ejemplo aquí expuesto- manifestaba que el daño que afecta al interés sacrificado en tal circunstancia no es antijurídico y la reacción que a él corresponde no es una sanción, por la mera razón de que con ella el derecho pretende no garantizar tan sólo la prevalencia de un interés, sino más aún, compensar al sujeto del interés que por él ha resultado sacrificado. Así, presentaba como ejemplos de ello el Art. 924 del Código Civil Italiano, que establece que el propietario de un enjambre de abejas tiene derecho a perseguirlas en el fundo ajeno, pero debe indemnizar por el daño ocasionado al fundo, y el Art. 925 del mismo, que determina que los animales amansados pueden ser perseguidos por el propietario del fundo ajeno, salvo el derecho del fundo a ser indemnizado por el daño. El daño que sufre el propietario del fundo sobre el que se los persigue es un daño legítimo, *quod iure fit*. Sin

BUERES agrega también que el peligro de daño (arts. 911, 1067, 1132, 2249 2ª parte CC), no es daño resarcible, pero es daño en sentido lato<sup>60</sup>.

Cabe por último referirse a los *intereses simples*, entendiendo por los mismos a todos aquellos intereses que se encuentren en la esfera propia de las personas, pero que carecen de un medio de protección legal que autorice su obtención compulsiva a través del derecho<sup>61</sup>. Hemos visto que muchas veces hay intereses lesionados que –sin ser sustratos de derecho subjetivo alguno y aún careciendo de protección legítima expresa para asegurar su satisfacción– no resultan ser repugnantes al Derecho y su goce es perfectamente lícito, aunque su pretensión no es exigible.

El problema que han planteado los mismos en la doctrina y en la jurisprudencia es el de saber si los mismos pueden ser objeto de resarcimiento y si pueden ser protegidos en la medida que revistan el carácter de serios y lícitos (vgr. el novio que sufre angustia y aflicción por el homicidio de su novia o la concubina por la muerte de su pareja; o el disvalor espiritual que padece un padre por las lesiones irreversibles de su hijo menor de edad; o el menoscabo que sufre un menor de edad huérfano y desamparado, quien es recogido por un familiar no obligado legalmente a brindarle alimentos –ej. tío, primo– pero que le brinda protección y asistencia durante su crianza, ante la muerte de ese familiar en un hecho ilícito responsabilidad de un tercero; etc).

La corriente doctrinaria predominante en la actualidad considera que los mismos son pasibles de resarcimiento en la medida que posean el carácter precedentemente citado (seriedad y licitud), y para ello es necesario reformular toda la concepción del hecho ilícito (ya no se habla de tipicidad del mismo sino de atipicidad) y también elaborar nuevamente el concepto de antijuridicidad, centrando este presupuesto no ya en la conducta culpable de quien lesiona, sino en el daño “sine iure” como veremos más adelante. Hemos destacado en las notas nros. 42 y 43, respectivamente, casos jurisprudenciales que han receptado la tutela de intereses simples y otorgado resarcimiento por la violación a los mismos, por lo que nos remitimos a ellas.

---

embargo, el ordenamiento jurídico, tomando en consideración fines superiores de equidad, considera que una compensación debe ser satisfecha al propietario del fundo.

<sup>60</sup> Bueres, Alberto J., “El daño injusto y la ilicitud e ilicitud de la conducta”, ob. cit., pág. 169.

<sup>61</sup> Iribarne, Héctor Pedro, “De los daños a la persona”, pág. 433, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1993.

Estimamos, por nuestra parte tal como lo mencionáramos precedentemente, que así como el interés legítimo lleva en sí mismo una nota específica de juridicidad, el interés simple la lleva en forma genérica, y podrá este último ser susceptible de resarcimiento en la medida que no sea ilegítimo y revista cierta seriedad. Esto es producto de una concepción realista que impera hoy día, que demanda atender a la experiencia y a la valoración por parte del intérprete, y a un razonamiento adecuado, obligando al mismo a esculcar en el ordenamiento jurídico entendido como un todo a fin de declarar la protección jurídica o no de dichos intereses simples. Demás está decir, deberá el intérprete ser minuciosamente cuidadoso de no otorgar protección a intereses que resulten ilegítimos<sup>62</sup>.

ZANNONI expresa que los mismos deben ser indemnizados cuando son lesionados, pues entiende que de ninguna norma positiva, de *lege lata*, se desprende que sólo es indemnizable el perjuicio o lesión a un derecho subjetivo o interés legítimo<sup>63</sup>. Coincidimos con él en que el simple interés constituye una facultad de actuar no repudiada por el derecho, y que será tutelado por el Derecho en la medida que el mismo sea valorado por los jueces como susceptible de protección jurídica a la luz de la totalidad del ordenamiento jurídico. Creemos que no resulta fácil a priori categorizar como legítimo o ilegítimo un determinado interés simple, sino que resulta necesario el exhaustivo análisis y valoración en cada caso concreto a fin de hallar la solución justa al problema.

<sup>62</sup> Ver en CNCiv, en pleno, 04/04/95, "F., M. C. y otro c. El Puente S.A.T." (voto del doctor Bueres), JA, 28-IV-1995, en donde se afirma que: "... En realidad, las ideas de interés legítimo, de bien jurídicamente protegido, etc. son producto del dogmatismo idealista y racionalista de los siglos XVII y XVIII. El jurista se aferraba a los textos legales en actitud puramente deductivista. Los criterios realistas de nuestro tiempo, antes al contrario, son funcionales y demandan una actividad valorativa del intérprete. De ahí que la mira no se centre en un precepto o preceptos consagratorios de un derecho subjetivo, sino que se observa el ordenamiento con amplitud -fenómeno de inacabamiento de la ley, como bien se afirmó- (ver Iribarne, Héctor Pedro, "De los daños a la persona, ps. 434 y 435, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1993, y su referencia al profundo pensamiento de Simone Goyard-Favre, Cfr. asimismo, Zavala de González, Matilde, "Responsabilidad por daños", Homenaje a Jorge Bustamante Alsina, Ed. Abeledo Perrot, T. I, p. 134, Buenos Aires, 1990, cuando la autora expresa que "la justicia de la ley no agota todo lo que la justicia es"). ...".

<sup>63</sup> Zannoni, Eduardo, "El daño en la responsabilidad civil", ob. cit., pág. 28 y ss. Agrega que "... nada más errado (hay) que hablar de un interés de hecho o de un perjuicio o daño "de hecho". El derecho se nutre de hechos y los subsume como supuesto normativo. Cuando afirmamos que aun el simple interés es indemnizable, si en virtud de un hecho dañoso ha sufrido lesión o agravio, no hacemos sino aprehender el supuesto de hecho subsumido genérica y ampliamente por dos normas del Código Civil: 1068 y 1079. El simple interés constituye una facultad de actuar no repudiada por el derecho. No es un interés de hecho sino un interés *de iure*, aun cuando no llegue a ser legítimo en tanto presupuesto de un derecho subjetivo...".

Cabe destacar también que existen numerosas resoluciones jurisprudenciales<sup>64</sup> que han determinado que el daño no es más que la lesión a un interés jurídicamente protegido; entre ellas podemos destacar las siguientes:

- a) "... Partiendo de la base de que el daño es la lesión a un interés, el daño moral constituye la lesión a un interés espiritual, teniendo en cuenta aquellos intereses que poseen subjetividad"<sup>65</sup>;
- b) "... El daño moral es aquel que no tiene efectos sobre el patrimonio, pero afecta a la persona que lo sufre en sus intereses morales tutelados por la ley ..."<sup>66</sup>;
- c) "... El agravio moral es la lesión de razonable envergadura a un interés amparado por el derecho de naturaleza extrapatrimonial..."<sup>67</sup>.

d) EL DAÑO DEFINIDO POR SUS TRASCENDIDOS, REPERCUSIONES O RESULTADOS:

Un importante sector de nuestra doctrina nacional<sup>68</sup> -muy calificada por cierto- sostiene que el daño no se identifica con la sola lesión a un derecho de índole patrimonial o extrapatrimonial ni a un interés que es presupuesto de aquél, sino que es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. Entre la

<sup>64</sup> Ver además de las transcritas: CNCiv. Sala A, julio 7-986, JA, 1986-IV-61; y CNCiv., Sala A, octubre 6-986, LL, 1987-A-464.

<sup>65</sup> CNCiv., Sala D, "Berghman, Fernando F. c/Alquezar, Norma B. y otro", diciembre 9-991, LL, 1992-E-149 (voto del Dr. Alberto J. Bueres).

<sup>66</sup> CNFed.Civ y Com, Sala III, "Alessandro de Benavides, Rosa A. c/Urquiza Turismo", marzo 11-983, LL, 1984-A-379 (voto del Dr. Tahier).

<sup>67</sup> CNCom., Sala B, "Cabral, Raul H. c/Imperialtur S.A.", junio 1-988, JA, 1989-IV-síntesis (pág. 49).

<sup>68</sup> En este sentido, Orgaz, Alfredo, "El daño resarcible", nro. 77, pág. 200 y ss; Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños: Daños a las personas (integridad sicofísica)", Tomo 2a, § 6, pág. 26 y ss.; Mosset Iturraspe, Jorge, "Responsabilidad por daños", Tomo IV, nro. 33, pág. 90; Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", 8ª Edición, § 556 y 557, págs. 205; Alterini, Atilio Aníbal, "Responsabilidad Civil", 1ª Edición, nro. 155, pág. 128; Alterini, Atilio - Ameal, Oscar - López Cabana, Roberto, "Derecho de Daños, Primera parte, Trigo Represas - Stiglitz R. (dirs.), págs. 393 y ss, y pág. 403.

Esta posición fue sustentada en el despacho de comisión suscrito en las "Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil" (1984) por los Dres. Jorge Mosset Iturraspe, Silvana Chiappero de Bas, Ramón Daniel Pizarro, Matilde Zavala de González, Beatriz Junyent de Sandoval, Esteban Sandoval Luque y Gabriel Stiglitz, en donde se sostuvo que "Daño moral es una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar diferente de aquél en que se hallaba antes del

lesión y el menoscabo existe una relación de causa-efecto. El daño resarcible es esto último<sup>69</sup>.

Para esta corriente doctrinaria, resulta muy importante diferenciar entre lo que constituye el daño en sentido lato o amplio y el daño resarcible.

En un sentido amplio, el daño es la ofensa o la lesión a un derecho, o a un interés no ilegítimo de orden patrimonial o extrapatrimonial. De este modo, todo acto ilícito por definición, debería producirlo, pues la acción u omisión ilícita presupone siempre una invasión en la esfera de derechos ajenos. El solo hecho de una intrusión indebida determina que el autor deba cesar en su acción y restablecer el equilibrio alterado<sup>70</sup>. También el Derecho Civil se refiere a esta expresión de daño *lato sensu*, a la hora de prevenir o hacer cesar conductas lesivas para los derechos o intereses individuales y colectivos.

En un sentido estricto, el Derecho Civil se refiere al daño resarcible (Arts. 1068, 1069 y ccs. Código Civil), entendiendo a este como presupuesto esencial de la responsabilidad civil. En tal sentido, el daño ya trasciende el significado de la mera lesión de un derecho de índole patrimonial o extrapatrimonial o de un interés que presupone aquél, para significar la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. Entre la lesión (daño en sentido amplio) y el menoscabo (como resultado de la lesión) esto último es el daño resarcible, el único que trasciende jurídicamente y que debe interesar a los fines de su reparación.

Se ha expresado que determinar la sustancia del daño resarcible exige atender a las *consecuencias o repercusiones* de la lesión, no al bien jurídico lesionado, y ni siquiera de modo exclusivo al interés vinculado a su preservación. El daño resarcible no consiste en la lesión misma, sino en sus efectos. La cualidad funcional del daño, su *resarcibilidad*, determina el contenido que debe serle asignado<sup>71</sup>.

ORGAZ ha sido el inspirador de todos aquellos que sustentan esta postura del daño-resultado o daño-consecuencia. Este jurista establecía que el daño en sentido amplio lo constituía la lesión u ofensa de cualquier derecho o bien jurídico, por lo cual todo acto ilícito -como lo mencionáramos precedentemente- lo generaría aún

---

hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial" (véase "El Derecho Privado en la Argentina.....", pág. 79).

<sup>69</sup> Pizarro, Ramón Daniel, "Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición", ob.cit., pág. 35.

<sup>70</sup> Pizarro, Ramón Daniel, "Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición", ob.cit., pág. 35.

<sup>71</sup> Zavala de González, Matilde, ob. cit., pág. 38.

cuando invadiendo la esfera jurídica ajena no provocara menoscabo material o moral alguno<sup>72</sup>. Pero en sentido estricto, el daño debía ser entendido como el menoscabo de los valores económicos o patrimoniales, tanto desde el punto de vista del daño material (art. 1068 CC), como de la lesión a las afecciones legítimas -daño moral- (art. 1078 CC). Y a esta clase de daño -en sentido estricto, daño resarcible- es al que se refiere el art. 1067 CC.

También ORGAZ se preocupó por aclarar que el carácter patrimonial o extrapatrimonial del daño no se encontraba subordinado a la naturaleza del derecho lesionado<sup>73</sup>. Mediante la clase de nocimiento que provoca la lesión, ya sea repercutiendo en el patrimonio de la víctima o en sus afecciones legítimas, es la forma correcta de distinguir al daño material del daño moral, respectivamente. Sólo así es posible entender que la lesión a un derecho patrimonial puede ocasionar además un daño moral (el robo de la joya herencia de la familia a la que hemos referido anteriormente, que causa una profunda aflicción a su dueño más allá del perjuicio económico que la sustracción del mismo le significa), y a su vez un daño de carácter extrapatrimonial (ej. injuria que lesiona el honor y el buen nombre de una persona) puede acarrear detrimentos patrimoniales como ser la pérdida de un trabajo o de un negocio.

En consecuencia, siguiendo la postura sustentada por esta doctrina, el daño sólo debe admitirse jurídicamente en su sentido estricto (resarcible) y será sólo aquel que produce alguna consecuencia o repercusión disvaliosa en el patrimonio de una persona (daño patrimonial) o en sus afecciones legítimas (daño moral)<sup>74</sup>.

Se han dictado también numerosos pronunciamientos jurisprudenciales en tal sentido<sup>75</sup>, destacándose entre ellos:

<sup>72</sup> Orgaz, Alfredo, *"El daño resarcible"*, pág. 20, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1960. Este ilustre profesor expresaba que de tal modo, el simple uso de una fotografía ajena sin autorización de la persona retratada, era suficiente motivo para otorgarle acción a la misma a fin de hacer cesar el uso ilícito que de ella se hacía, aún cuando de tal utilización no se hubiere ocasionado ningún detrimento económico o moral indemnizable. También como ejemplo de ello mencionaba el caso del propietario de un inmueble que invade con sus construcciones el espacio aéreo del fundo vecino, en donde el dueño de éste -aunque no pueda probar ningún perjuicio y aunque se demuestre que no lo sufre- puede demandar la demolición de las obras en la parte que invaden su dominio (arg. art. 2518 in fine); y el caso de una persona que entra o pasa por un terreno ajeno que está cercado y cultivado (arts. 2542 y ss) no sujeto a servidumbre, en donde el dueño del terreno puede exigir la abstención futura de ese hecho y reclamar a tal fin el auxilio de la autoridad.

<sup>73</sup> Cfr. Orgaz, Alfredo, ob. cit., págs. 38/39.

<sup>74</sup> Zavala de González, Matilde, ob. cit., pág. 34.

<sup>75</sup> Ver además de las transcritas: Cám. 2ª Civ. y Com. La Plata, Sala II, octubre 10-982, DJBA, 123-408; CNCiv., Sala C, octubre 13-992, LL, 1993-C-288; y Cám. 1ª Civ. y Com. San Isidro, Sala I, noviembre 25-986, DJ, 1987-I-446.

- a) *"... Hay daño moral cuando se producen consecuencias jurídicas perjudiciales derivadas de la lesión a un interés legítimamente protegido... Se ha dicho que caracterizado el daño moral como la lesión sufrida en los derechos extrapatrimoniales, mejor quizá como el que no menoscaba el patrimonio, el mismo deba ser indemnizado teniendo en cuenta la índole de los sufrimientos y molestias experimentadas por el damnificado...."*<sup>76</sup>.
- b) *"... En cuanto al daño moral, el mismo es una consecuencia de los dolores y angustias experimentadas por la víctima, cuya recomposición debe estar a cargo de quien lo produjera o como ocurre en el caso, por quien debería cubrir los riesgos en virtud de su carácter de aseguradora de los mismos..."*<sup>77</sup>.

e) LAS "DISPARIDADES" DOCTRINARIAS

Siendo estas dos últimas posturas las únicas que podemos considerar viables, queda pues analizar las críticas y "discrepancias" doctrinarias que han existido entre los defensores de una y otra teoría. El encomillado que colocamos a la palabra discrepancias halla su razón de ser en el hecho que consideramos que no existen tales diferencias (o si las hay son ínfimas), como veremos en el siguiente punto, puesto que existe homogeneidad entre ambas (entre la causa y el efecto del daño) y que las dos llevan parte de razón si se determinan previamente los alcances de cada una de ellas.

e.1) La teoría que define al daño por sus consecuencias ha sido criticada en principio por ZANNONI (partidario de la teoría del interés), principalmente en cuanto es aplicada para definir al daño moral, ya que para él esta postura resulta inidónea para caracterizar a este último puesto que los bienes extrapatrimoniales (atributos de la personalidad o derechos subjetivos reconocidos al hombre como ser existencial) constituyen "fines en sí mismos, porque se confunden con su propia personalidad"<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> Cám. 5ª Civ. y Com. Córdoba, "Floether, Lucía S. y otra c/Ruiz, Miguel A.", agosto 24-993, LLC, 1994-97 (voto del Dr. Griffi).

<sup>77</sup> CNCiv., Sala A, septiembre 12-980, LL, 1981-A-164 (voto del Dr. Igarzábal).

<sup>78</sup> Zannoni, Eduardo, "El daño en la responsabilidad civil", ob. cit., § 87, pág. 292.

En virtud de ello, ZANNONI formula una distinción entre daño patrimonial y moral que va más allá de la índole del interés lesionado, para proyectarse sobre la forma y modo en que el mismo se produce; cuando se trata de daños patrimoniales, debe determinarse "*...si la actividad dañosa ha provocado, ha sido causa de un detrimento atribuible al autor: para ello mensura, mide, constata, de qué medios económicos ha sido privado o dejado de obtener el damnificado, y en función de ello se liquida el perjuicio*"<sup>79</sup>. Así, según su punto de vista, el daño patrimonial es determinable en función de las consecuencias provocadas por la acción dañosa. Pero ello no resulta posible de ser aplicado al daño moral, ya que lo que resulta materia de resarcimiento resulta ser el ataque a un atributo de la persona, lo que no es posible de ser cuantificado en más o en menos. Ello, así entendido, provoca que el daño moral no pueda ser medido por la mera repercusión que la conducta antijurídica pueda haber generado en la subjetividad del damnificado, "*... sino por el menosprecio que la actividad dañosa en sí mismo denota a la persona (física o jurídica). De esta manera, la violación en la persona de una mujer demente, que no puede comprender ni sufrir el atentado, irroga a ella un daño moral a su persona, tan digna de consideración existencial y de respeto como la que se dispensa a una mujer lúcida y capaz...*"<sup>80</sup>, señalando en consecuencia las distintas connotaciones que tendría la liquidación de daños patrimoniales frente a la estimación del daño moral.

Tal postura ha recibido respuesta casi inmediata de los doctrinarios que definen al daño por sus consecuencias.

CIFUENTES ha sostenido que la tesis expuesta por Zannoni parte del error de identificar funcionalmente a la antijuridicidad con el daño, deduciendo a este último de aquella; y agrega que de aceptarse dicho razonamiento se llegaría al extremo de resultar suficiente para aspirar a un resarcimiento demostrar "*la acción contraria a derecho, sin necesidad de comprobar la existencia de algo dañado que permita establecer la entidad del daño*"<sup>81</sup>

<sup>79</sup> Zannoni, Eduardo, "El daño en la responsabilidad civil", ob. cit., § 87, pág. 293.

<sup>80</sup> Zannoni, Eduardo, "El daño en la responsabilidad civil", ob. cit., § 87, pág. 294.

<sup>81</sup> Cifuentes, Santos, ob. cit., pág. 404. Expresa que el poder de satisfacción del derecho "no tiene entidad mayor o menor. Si la tiene el objeto dañado. Y estos puntos de mira, encadenados con la relación de causalidad, son las pautas comparativas de la entidad de los daños que permiten evaluarlos en más o en menos, según su gravedad .... Dicha perspectiva es la que nos parece la más completa jurídicamente hablando pues se detiene y saca fruto del elemento daño, que la ley hace imprescindible en la reparación civil o de Derecho privado (art. 1067 Cód. Civil). ¿Qué es lo que se daña o perjudica con el acto ilícito? Ni el derecho que protege el objeto (éste se viola o contradice, no se daña), ni el poder de actuar hacia el objeto o hacia la expectativa de satisfacción

ZAVALA DE GONZALEZ deja entrever que la postura que asume Zannoni respecto del daño moral convertiría a este último en abstracto y en insostenible a los fines reparatorios, ya que resulta imposible determinar la entidad de dicho perjuicio tanto cualitativa como cuantitativamente. Esta jurista cordobesa expresa que *"... si el daño resarcible se reduce a la sola lesión de un bien jurídico o de un interés vinculado a este, ¿qué y cómo se indemnizaría? Únicamente si el daño consiste en el resultado de la lesión se tiene la materia objeto de la reparación y que al mismo tiempo permitirá mensurarlo. De lo contrario, el daño, nudo de la responsabilidad resarcitoria y eje alrededor del cual ésta gira, se convertiría en algo abstracto y dejaría de servir de sostén y medida de la reparación ..."*<sup>82</sup>.

Asimismo, PIZARRO -también contestando a la opinión de Zannoni- manifiesta que sólo a través de una ponderación de las consecuencias o efectos de la acción dañosa se brinda una respuesta razonable a esta cuestión, de allí que la sola consideración del interés lesionado resulta insuficiente para comprobar la existencia del daño moral y también para valorarlo. Luego de expresar su coincidencia con Cifuentes y alinearse en esa línea de pensamiento, manifiesta que tanto el daño material como el daño moral merecen similar consideración en lo atinente a su reparación integral, y que en ambos supuestos es necesario atender a las consecuencias de la acción dañosa<sup>83</sup>.

e.2) Por otra parte, también BUERES ha formulado algunas objeciones a la doctrina que define al daño por sus consecuencias, especialmente dirige su crítica a que el centro de la problemática del daño debe residir en el interés lesionado y no en las consecuencias dañosas que tal lesión ha provocado. Manifiesta este notable jurista su desacuerdo con la doctrina que define al daño por sus consecuencias, expresando la tesis que define al daño como lesión a un interés no confunde en absoluto el daño en sentido amplio con el daño resarcible. Agrega que el daño supone un concepto singular,

---

(éste se neutraliza o paraliza, no se daña), sino el objeto mismo dañado. De modo que cuando el detrimento recae sobre uno de los modos de ser espirituales y todas o cada una de las manifestaciones personalísimas, es daño moral".

<sup>82</sup> Zavala de González, Matilde, ob. cit., § 6, pág. 27.

<sup>83</sup> Pizarro, Ramón Daniel, ob. cit., pág. 42. En tal sentido, manifiesta que "... Desde otro ángulo, señalamos que para la concepción solidarista del Derecho, que pone énfasis en la necesidad de proteger a la víctima, tanto el daño material como el moral merecen similar consideración, en lo atinente a su reparación integral y en lo referido al sentido netamente resarcitorio que asume en un caso la compensación y en el otro la satisfacción. La entidad de uno y otro daño no puede ser determinada por caminos diferentes. En ambos supuestos es necesario atender a las consecuencias de la acción dañosa y a su proyección en la esfera patrimonial de la persona (daño material) o en el ámbito del disvalor subjetivo que genera (daño moral) ...".

unitario, sin defecto de que genere distintas consecuencias que se remedien con medidas variadas<sup>84</sup>.

BUERES no soslaya que el interés protegido debe tener correspondencia con la consecuencia producida, ya que el interés no es abstracto o carente de contenido, y que todo daño produce una consecuencia; pero resulta acertada su apreciación –y con ello adelantamos nuestro parecer– que aún cuando el interés conculcado coincide con la consecuencia producida, sin embargo, el concepto de daño debe apuntar a aquél (interés) y no a ésta (consecuencia)<sup>85</sup>. Como sustento de ello, ejemplifica los casos de la novia que sufre un menoscabo espiritual a causa del homicidio de su prometido, como también el que experimenta un sujeto por la muerte de su hermano, o los padres cuando el hijo pequeño queda físicamente incapacitado de por vida con motivo de un accidente. En todos estos casos destaca que no hay daño resarcible al no existir un interés jurídico vulnerado, aún cuando existen sin duda modificaciones disvaliosas espirituales en cada uno de los casos.

BUERES pone de resalto en su obra que no puede ni debe entenderse el significado del daño a partir de la letra de los arts. 519, 1068 y 1069 del Código Civil, toda vez que dichas normas se encuentran cargadas de imperfecciones y de contradicciones, agregando que más allá de lo que digan los textos, cuadra modificar, rectificar, desviar su sentido, si se quiere alcanzar precisión técnica, indagando su correcto significado en la totalidad del ordenamiento jurídico (comprendido este inclusive de los principios generales del derecho). Afirma a su vez que Vélez Sársfield no pudo conocer, por elementales razones cronológicas, la evolución de las ideas operadas en este siglo, sobre todo luego de dictarse el Código italiano de 1942<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> Bueres, Alberto J., *"El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general"*, ob. cit, pág. 244. Expresa que "... El concepto de daño no tiene por qué perder el sentido de unidad según que se trate de una especie o de otra. ¿Qué razón hay para hablar de lesión a un interés en ciertos casos (daño en general) y de modificaciones desfavorables –o disvaliosas– operadas en el patrimonio o en el espíritu en otros supuestos (daño resarcible)?"

<sup>85</sup> Bueres, Alberto J., *"El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general"*, ob. cit, pág. 248.

<sup>86</sup> Bueres, Alberto J., *"El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general"*, ob. cit, págs. 244 y 245. Resulta muy interesante, ilustrativo y convincente a tal fin, el análisis que efectúa el profesor Bueres de las normas en cuestión. Destaca que "El artículo 519 parece apuntar a las consecuencias o al resultado de la acción, dado que habla del valor de la pérdida que haya sufrido y el de utilidad que haya dejado de percibir el acreedor (valor de pérdidas y beneficios) .... El artículo 1069 pretende fallidamente reproducir el concepto establecido en el artículo 519. Dice el susodicho artículo 1069, en su primera parte, que *"El daño comprende no sólo al perjuicio efectivamente sufrido"* y con ello seguramente se quiso expresar que el daño comprende no sólo el valor de las pérdidas sufridas. Pero en verdad, el precepto refiere que *el daño comprende no sólo el daño (perjuicio) efectivamente sufrido*, con lo cual no hace más que repetir

Agrega que el art. 1067 CC no define al daño sino que trata de perfilar el acto ilícito que apareja reparación, y exige, de forma incompleta, el daño y el dolo o la culpa como únicos factores de atribución; de dicha norma –sostiene– resulta estéril extraer la teoría de la consecuencia, del interés o cualquier otra, y resulta insuficiente para definir al acto ilícito pues omite toda alusión al presupuesto de antijuridicidad. El texto del art. 1067 no sólo alude al daño en sentido estricto (el que apareja responsabilidad civil), sino que contempla también al peligro de daño, que es daño en sentido amplio o genérico, de donde se desprende que: 1) no todo daño que se menciona en el art. 1067 se enjuga con un resarcimiento, y 2) el citado artículo incluye dos tipos de actos ilícitos<sup>87</sup>.

Termina su crítica manifestando que el daño es un concepto único, y que no cabe concebir al daño en general y al daño resarcible con criterio bifrontal, toda vez que éste último resulta ser una especie de aquél.

PIZARRO discrepa con la postura de BUERES, en principio, manifestando que cuando se define al daño por el interés protegido, se genera una confusión entre el daño en sentido lato y el daño resarcible; ello así toda vez que aquél es la lesión a un interés jurídico patrimonial o moral, y por ende, todo acto ilícito lo produce pues siempre invade la esfera ajena, ya que el sólo hecho de la intromisión indebida exige que el autor cese en su acción y restablezca el equilibrio alterado<sup>88</sup>.

PIZARRO le cuestiona a BUERES la consideración -por parte de este último- del peligro de daño como una especie del daño en general. El no considera que esto sea así, ya que no existiendo daño -consecuencia- (todavía), mal puede incluirse dentro de una clasificación que, lógicamente, parte de algo que existe; el peligro de daño sólo importa la proximidad de un ilícito que recién habrá de producirse cuando se

---

sin sentido la obviedad que supone el afirmar que el daño es daño. Luego sí, el sobredicho art. 1069, en lo que sigue, hace hincapié en "... la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito..." y con ello se reitera un componente propio de la tesis de la consecuencia. A su vez, el artículo 1068, en su primera parte, presenta el mismo error contenido en el comienzo del artículo 1069, en tanto y en cuanto aquél (el art. 1068) estatuye que "*Habrá daño siempre que se causare a otro un menoscabo en sus bienes o una lesión a un interés o una alteración desfavorable.... susceptible de apreciación pecuniaria*", pues el vocablo daño es sinónimo de perjuicio... En la parte final del precepto se pone el acento en las cosas y en la persona, que son bienes, y también se mencionan derechos y facultades".

<sup>87</sup> Bueres, Alberto J., "*El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general*", ob. cit, págs. 246 y 247 (ver también nota nro. 25).

<sup>88</sup> Pizarro, Ramón Daniel, "*Reflexiones en torno al daño moral y su reparación*", JA, 1986-III-901 y ss.

lesione el interés protegido por el derecho y, eventualmente, un menoscabo en el patrimonio o en la espiritualidad del damnificado<sup>89</sup>.

A su vez, PIZARRO extiende sus críticas afirmando que la letra de los arts. 519, 1067, 1068, 1069 y concs. del Código Civil es categórica a la hora de considerar al daño resarcible como consecuencia de una lesión a un derecho, o a un interés jurídicamente protegido (y no como mera lesión a un interés no patrimonial). El concepto de daño no es doctrinal, sino que posee un profundo sentido normativo, del que no puede prescindirse a la hora de realizar el estudio de la problemática en un determinado sistema de derecho positivo, por lo que no pueden ser dejados de lado los textos legales vigentes para sustentar una doctrina que no encuentra apoyo en ellos<sup>90</sup>.

Refiriéndose al daño moral, expresa que desprovisto de lo que BUERES considera el contenido del daño (y no el daño en sí mismo), esto es, de sus consecuencias espirituales, no hay forma posible de determinar su entidad cualitativa ni, menos aún, su cuantía. La sola referencia al interés conculcado no alcanza, pues, ni para definir al daño moral resarcible ni para valorarlo. A su entender, el daño moral importa una minoración de la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés espiritual; o, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer, o sentir, derivada de una lesión a un interés diferente de aquel que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial<sup>91</sup>.

ZAVALA DE GONZALEZ también ha disentido –en parte– con el punto de vista de BUERES. Establece que la afcción anímica o la minoración económica no son consecuencias del daño, sino el daño mismo, que consiste y se agota en ellas, y que si las consecuencias quedasen fuera del daño habría que cambiar el lenguaje: el factor determinante del resarcimiento no sería el daño, sino que residirían en algo ulterior y ajeno: las consecuencias del daño.

<sup>89</sup> Pizarro, Ramón Daniel, *"Instituciones de Derecho Privado: Obligaciones"*, ob. cit., Tomo 2, pág. 646.

<sup>90</sup> Pizarro, Ramón Daniel, *"Instituciones de Derecho Privado: Obligaciones"*, ob. cit., Tomo 2, pág. 645. La crítica a Bueres reside especialmente en que este identifica interés extrapatrimoniales con espiritual, descartando de plano que puedan existir intereses no patrimoniales dignos de protección en torno a las personas jurídicas; y si la sola lesión a un interés no patrimonial –y no su consecuencia– constituye el daño moral, no se explicaría por qué razón las personas jurídicas deberían quedar al margen de la legitimación activa... Parece un hecho no discutible que las personas jurídicas, o al menos una cierta categoría de ellas, pueden ser titulares de intereses no patrimoniales (vgr. el derecho a la reputación, al buen nombre, etc.)."

<sup>91</sup> Pizarro, Ramón D., *"Daño Moral"*, obra colectiva con Mosset Iturraspe, Jorge – Moisset de Espanés, Luis – González, José Eduardo, Ed. Alveroni, Córdoba, 1994, pág. 26.

Afirma esta autora cordobesa, también, que ante el acaecimiento de un daño (entendido como consecuencia), hay que admitir que preexistía un interés; pero únicamente cuando ocurre el daño se procede a investigar la presencia del interés. Pero son dos nociones diferentes, ya que puede haber lesión a un interés sin daño (consecuencia), como por ejemplo, el caso de la defraudación que lesiona intereses en preservar la propiedad<sup>92</sup>.

A la vez, si no se autonomiza el daño de la lesión que lo origina, no es posible diferenciar cabalmente el daño público del privado (pues el primero no requiere necesariamente un resultado diferente de la lesión misma). Si el interés afecta a la comunidad, hay daño público, fundante de sanciones represivas en la esfera del derecho penal. En cambio, si el interés involucra a una o más personas determinadas hay daño privado. La distinción entre daño público y daño privado no está en la materia violada sino en el interés perturbado. La sustancia del daño resarcible no consiste en la lesión misma (derecho o interés) sino en sus consecuencias o efectos<sup>93</sup>.

Por último, expresa que lo principal al efecto de determinar la esencia y calificación de algo no es su causa sin su consistencia o contenido; y si se acepta que el daño en sí mismo es una consecuencia, para encuadrarlo como patrimonial o moral habrá de averiguar en qué reside esa consecuencia, sobre qué versa, cuál es su materia propia, siendo ontológicamente secundario la clase de factor que origina aquél resultado<sup>94</sup>.

BUERES, finalmente, ha dado contestación a todas estas objeciones que se le formulan -en un trabajo hasta el momento inédito<sup>95</sup>-, las que considera excesivas y que, a nuestro entender, ponen punto final a la discusión.

A la primera crítica que le formula PIZARRO, respecto a que confunde daño en sentido amplio con daño resarcible, destaca que el daño resarcible no agota el concepto de daño, sino que sólo es una especie de éste último, ya que hay lesiones a intereses jurídicos que no necesariamente demandarán un resarcimiento (vgr. el incumplimiento de una obligación contractual -falta de prestación o retraso- es de por sí dañoso más allá de que pueda generar o no una reparación indemnizatoria de

<sup>92</sup> Cfr. Zavala de González, Matilde, "El concepto de daño moral", JA, 1985-I-728.

<sup>93</sup> Cfr. Zavala de González, Matilde, "El concepto de daño moral", JA, 1985-I-726 y 727.

<sup>94</sup> Zavala de González, Matilde, ob. cit., Tomo 2a, § 6, págs. 38 y ss.

perjuicios); es evidente -agrega BUERES- que si no se minoran intereses jurídicos que causen secuelas en el patrimonio o en el espíritu, no cabrá reparación indemnizatoria o restitutoria alguna.

Respecto a la desaprobación de PIZARRO hacia BUERES por incluir al peligro del daño como una especie de daño en general, expresa este último que, si aquél reconoce que para que exista daño en el sentido amplio basta con la lesión al interés jurídico o la invasión de la esfera ajena, que activan la prevención y cesación del comportamiento lesivo, indudablemente el peligro de causar daño resarcible en sentido estricto no puede excluirse entonces del significado de daño *lato sensu*. Además, agrega que el peligro de daño (arts. 911, 1067, 1132, 2249 2ª parte) genera un daño en sentido amplio, pues aunque la consecuencia de esa situación no es la responsabilidad civil (obligación de indemnizar o reponer) permite no obstante activar la legitimación del afectado para solicitar medidas de defensa personal<sup>96</sup>.

Frente al cuestionamiento que le formula PIZARRO a la afirmación de BUERES de que el concepto de daño no es normativo sino doctrinal, este notable jurista se ha encargado de aclarar que nunca ha querido propiciar un significado de daño naturalístico o prejurídico. Lo único que se ha querido expresar -agrega BUERES- es que los códigos -o las leyes- pueden formular en normas o textos una definición de daño correcta o incorrecta. Si se verifica la incorrección, el intérprete no está vinculado por las normas imperfectas (y de ahí lo de ausencia de normatividad legalísticamente hablando), sino que está autorizado para localizar el concepto en la amplitud del ordenamiento jurídico (contexto de normas y sus fines, principios de derecho, etc.). Aclara que las normas del Código Civil referidas a ello no proporcionan un sentido unívoco de daño, por lo que la doctrina y la jurisprudencia pueden rectificar el sentido literal de las normas y esculcar en sus esencias y correlaciones, y en los principios jurídicos, a fin de lograr el significado apropiado del instituto a definir.

En cuanto a la crítica que le formulara PIZARRO respecto a que las consecuencias resultan ser esenciales para definir la entidad cualitativa y cuantitativa del daño moral, BUERES expresa que si hay causalidad entre el interés y el menoscabo

---

<sup>95</sup> Bueres, Alberto J., trabajo sobre "El concepto del daño" elaborado para el libro homenaje al jurista uruguayo Jorge Gamarra, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2001.

<sup>96</sup> El profesor Bueres cita en apoyo de esta postura a Acuña Anzorena, Arturo, "Actos Ilícitos. Definición y elementos", en "Estudios sobre la Responsabilidad Civil", págs. 12 y 13, Ed. Platense, La Plata, 1963.

(espiritual en este caso), la causa no puede sustraerse del significado por lo que no puede éste último ser construido únicamente por las mermas o las menguas. Brinda el ejemplo del menoscabo espiritual que sufre un padre por la incapacidad física de por vida de su hijo menor de edad, o el de un sujeto que lo padece por la muerte de su hermano; en estos casos no hay daño resarcible por no existir en esas hipótesis intereses jurídicamente protegidos (arg. art. 1078 CC párr. 2do. que sólo legitima para pedir el daño moral a la víctima del ilícito civil y a los herederos forzosos si la víctima fallece). Agrega que ello ha llevado al mismo PIZARRO a modificar acertadamente su anterior definición de daño moral, al expresar que el mismo "importa una minoración en la subjetividad de la persona, *derivada de una lesión a un interés no patrimonial*. O con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial<sup>97</sup>".

El profesor BUERES también ha dado contestación a las críticas que le formulara ZAVALA DE GONZALEZ. Aclara que aunque cronológicamente la lesión al interés y las mermas que ella produce se dan en el mismo acto, desde una perspectiva lógica la lesión precede a las consecuencias, pese a que el atributo de injusticia de dicha lesión no haya sido todavía avizorado por los intérpretes (autores o jueces) dentro del ordenamiento jurídico. Pero no es admisible incluir el interés protegido cuando se define el daño en general, y desechar dicho interés a la hora de perfilar el daño resarcible (en sentido estricto) siendo, además, que en este último caso se hacen figurar las consecuencias como ingrediente estructural y, curiosamente, se desplaza del significado la plataforma inicial (el interés).

Manifiesta, por último, que es un error definir al daño resarcible por la consecuencia con total marginación del interés, y que tanto el daño público como el privado se componen con el interés (violado) y la consecuencia. En el caso del daño

<sup>97</sup> Pizarro, Ramón Daniel, "*Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición*", ob.cit., pág. 67.

La anterior definición de daño moral formulada por este autor expresaba que se trataba de "la modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de la capacidad de entender, querer o sentir, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial". (ver Pizarro, Ramón, "*Reflexiones en torno al daño moral y su reparación*", ob. cit., pág. 902; y en idéntico sentido, Zavala de González, Matilde, "*El concepto de daño moral*", cit., pág. 729). En esta definición se puede observar claramente que el daño moral es definido por sus consecuencias, no conteniendo la misma ninguna referencia al interés lesionado.

público, el bien jurídico protegido satisface una necesidad social (interés), mientras que en el daño privado entran en juego necesidades (intereses) patrimoniales o espirituales de los individuos o grupos en concreto. Así, la lesión a la integridad física de una persona o la tentativa contra su vida, conculcan necesidades sociales, y ello acarrea un impacto comunitario o social (principalmente desde el derecho penal), mientras que la lesión a bienes que minoran intereses del individuo se traducen (consecuencia) en menguas patrimoniales o del espíritu.

f) NUESTRA OPINIÓN

Cuando hemos hablado de "discrepancias" lo hemos hecho entre comillas aduciendo que si bien existían diferentes puntos de vista, tanto la postura que sostiene que el daño es la lesión a un interés patrimonial o espiritual como la que lo define por sus consecuencias, son perfectamente compatibles y complementarias, y estimamos -por ende- que las "discrepancias" aludidas no resultan ser tales.

Ninguna duda cabe que, más allá que se comparta uno u otro punto de vista, creemos que el altísimo nivel intelectual de estos debates doctrinarios, llevados a cabo por autores de indiscutible autoridad, enriquecen la discusión y aportan una mayor claridad en torno a poder comprender el verdadero significado del daño.

f.1) En la crítica esbozada por ZANNONI nosotros expresamos nuestro desacuerdo, puesto que él refiere que daño moral no puede ser medido por la mera repercusión que la conducta antijurídica pueda haber generado en la subjetividad del damnificado, sino por el menosprecio que la actividad dañosa en sí misma denota a la persona (física o jurídica), y brinda luego el ejemplo de la mujer demente violada que no comprende el acto, pero no obstante ello debe serle indemnizada el daño moral.

Para nosotros, el daño moral -en el ejemplo precitado- está dado por la lesión al interés de la mujer violada basado en la intangibilidad sexual o en su intimidad, y en la medida en que la afectación de dicho interés repercute en su espíritu. Este pensamiento -que no hace más que adherir al expresado por notables juristas de la talla de BUERES y MOSSET ITURRASPE- da cuenta que incluso en el caso de los privados de razón es posible que ellos padezcan en sus estados de espíritu, aunque confundidos, aturdidos o debilitados. Y que aún cuando la cuestión fuese dudosa, es justo estar por la

afirmativa, por lo que será una cuestión de hecho y de prudencia el determinar en cada caso concreto cuáles han sido los alcances de las consecuencias nocivas que, hasta en hipótesis, pueden llegar a no producirse<sup>98</sup>.

f.2) Respecto a los diferentes puntos de vista sostenidos por BUERES y por los "consecuencialistas" (PIZARRO y ZAVALA DE GONZALEZ), cabe destacar que ambos pueden coexistir puesto que no resultan contradictorios en absoluto, como pasaremos a ver.

Consideramos que ambos puntos de vista son complementarios y llevan parte de razón, y que la discusión resulta ser aparente, puesto que –en palabras de BUERES- entre el interés y la consecuencia existe homogeneidad.

En principio, estimamos que el concepto de daño es un concepto unitario, y que el daño resarcible no es más que una especie del daño *lato sensu*.

Para que ambas posturas puedan ser perfectamente compatibles, creemos que la plataforma de partida debe ser el interés, puesto que cuando el legislador selecciona los daños resarcibles aprecia para ello el interés del sujeto. Recién en una segunda instancia, a la hora de fijar el resarcimiento sí se deben apreciar las consecuencias (definir el daño resarcible), puesto que con la sola mención de que se ha lesionado un interés protegido no basta. Consideramos que ello es fácil de apreciar, y difícilmente provoque objeción, con el ejemplo de los simples intereses que –aún cuando provoquen consecuencias disvaliosas- no acarrearán resarcimiento por no hallarse jurídicamente protegidos.

Por ello creemos que el correcto significado del daño debe aprehenderse partiendo de que la afectación del interés tutelado constituye su esencia y que las consecuencias no constituyen más que su contenido; y si bien las consecuencias poseen la misma naturaleza del interés afectado, sólo son el contenido del daño y las que determinan el "quantum" a resarcir. Y por ello pensamos que ambas se complementan, puesto que en principio debemos detectar la lesión al interés del sujeto, luego si el mismo está protegido por el ordenamiento jurídico, para finalmente pasar a analizar qué es lo que se debe resarcir.

---

<sup>98</sup>Bueres, Alberto J., "El daño injusto y la ilicitud e ilicitud de la conducta", ob. cit., pág. 173/74, donde cita a Mosset Iturraspe, Jorge, "Responsabilidad por daños. El daño moral", Tomo IV, pág. 218, Ediar, Buenos Aires, 1985.

A su vez, estimamos correcta la apreciación de BUERES respecto a que el concepto de daño no debe ser necesariamente normativo, y que no podemos quedarnos con un concepto de daño emanado de los artículos del Código Civil - cuestionados por este autor-, ya que se advierte la imprecisión que denotan los mismos, lo que lleva a confusión a la hora de establecer el verdadero significado del mismo. Consideramos que le asiste razón en la necesidad de reformular doctrinaria y jurisprudencialmente el concepto, más allá de la vigencia de dichos artículos, ya que la imperfección de ellos resulta notoria y requiere precisar el mismo.

Por otra parte, somos partidarios de concebir al peligro de daño -que amenaza el interés poniéndolo en riesgo (vgr. arts. 911, 1067, 1132 y 2249, 2a parte)- como parte de una concepción del daño en sentido amplio o *lato sensu*. Ello así, toda vez que con ese evento amenazante el núcleo del interés del sujeto (el bien) se ve afectado en su disponibilidad. Y tal situación puede ser reversible mediante un comportamiento ajeno<sup>99</sup>.

Además, a partir de la sanción del Código Italiano de 1942 (que ha empleado la noción de "daño injusto") y gracias a los valiosos aportes de autores de aquel país<sup>100</sup>, el concepto de daño resarcible ha evolucionado; se ha afirmado la idea de que el daño objeto de resarcimiento es aquel que consiste en la lesión a un derecho o a un interés merecedor de protección conforme al ordenamiento jurídico, si no está justificado. Esta línea de pensamiento que ha ido "*in crescendo*" -ignorada por Vélez Sársfield al redactar el Código Civil- también impera en nuestros doctrinarios y ha sido plasmada en el Art. 1588 del Proyecto de Código Civil de 1998<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> Ver en este sentido De Cupis, Adriano, "*Danno (diritto vigente)*", en "*Enciclopedia di Diritto*", Milano, 1962, pág. 623.

<sup>100</sup> Cfr. Visintini, Giovanna, "*Il danno ingiusto*" en *Rivista Critica di Diritto Privato*, págs. 182 y 183, Año 1987, quien expresa que la expresión daño contenida en el artículo 2043 significa "lesión a un interés" ("*E mia opinione dunque che il significato dell'espressione danno che figura nell'art. 2043, è quello di lesione di interesse*"). Esta autora, en su obra "*Tratado de la Responsabilidad Civil...*", Tomo 2, pág. 16, ha ampliado este concepto, manifestando que: "se debe señalar... que no existe una "fórmula carneluttiana" del daño entendido como lesión a un interés, sino que lo que existe es una tradición jurídica en este sentido; y una serie de autores ha entendido, al igual que Carnelutti, que se puede atribuir al término daño más de un significado jurídico. En el marco del art. 2043 del Código Civil se usan dos: cuando se habla de daño injusto se hace referencia a la lesión de un interés, mientras que cuando se habla de resarcimiento del daño se hace alusión al remedio de naturaleza civil que consiste en la reparación de los perjuicios que el titular del interés lesionado ha sufrido como consecuencia del hecho ilícito".

<sup>101</sup> Proyecto de Código Civil de la República Argentina: unificado con el Código de Comercio para el año 2000, pág. 385, Ed. San Isidro Labrador, Buenos Aires, 1999. El Art. 1588 dice: "*Reparación del daño no justificado. Debe ser reparado el daño causado a un derecho, o a un interés, que no sea contrario a la ley, si no está justificado*".

Cabe destacar que tanto BUERES como PIZARRO hallan puntos de contacto en sus posturas. Así, BUERES –si bien sostiene que el núcleo del daño estricto lesiona un interés jurídico susceptible de ser resarcido- está de acuerdo en que los daños se enjugan por sus efectos<sup>102</sup>. Y agrega –referido al daño moral- que el mismo debe tener un contenido subjetivo o, con arreglo a otras miras, debe tener consecuencias espirituales, con lo cual contacta en los hechos con la posición de PIZARRO, ya que considera aceptable que se diga que en el daño moral hay una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de las capacidades de entender, de querer y de sentir – que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial<sup>103</sup>. Por su parte, PIZARRO reconoce que –más allá que para generar daño moral haya que estar siempre a la repercusión que la acción provoca en la persona, admite, sin embargo, que el daño moral debe necesariamente derivar de una lesión a un interés no patrimonial, por lo que ambos componentes tienen que aparecer necesariamente amalgamados, a punto que la ausencia de cualquiera de ellos impide que se configure<sup>104</sup>, reconociendo que debe existir primero –como condición necesaria- una lesión a un interés protegido para que proceda la reparación del perjuicio.

Creemos, por último, que ambas posturas –más allá de los tecnicismos científicos utilizados a la hora de conceptualizar el daño- pragmáticamente pregonan la homogeneidad que debe existir entre la causa y el efecto del daño. Así, las dos son contestes en que si el interés afectado es patrimonial, la consecuencia será patrimonial; y si el interés afectado es moral, la consecuencia será moral o espiritual.

Sin temor a equivocarnos ni contradecir nuestro punto de vista hasta aquí sustentado, y a la luz de estos aportes doctrinarios de notable excelencia, podemos decir que el concepto de daño estricto (resarcible) puede delinearse como la lesión a un interés –obviamente ajeno- patrimonial o moral, jurídicamente protegido (amparado por

<sup>102</sup> Bueres, Alberto J., *"El daño injusto y la ilicitud e ilicitud de la conducta"*, ob. cit., pág. 170. Da cuenta el profesor Bueres de la importancia que reviste para nuestro análisis la definición de daño que suministra el autor español Jaime Santos Briz (*"La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal"*, pág. 126) expresando al respecto que se trata de "... todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual haya de responder otra...", ya que en ella introduce la antijuridicidad y la responsabilidad. Bueres afirma que puede haber daño sin antijuridicidad (si hay justificación de la conducta y –aún en este supuesto- puede existir daño resarcible o irresarcible). A su vez, puede mediar un daño y no advenir el deber de reparar (responsabilidad), por faltar algún presupuesto (ilicitud, factor de atribución).

<sup>103</sup> Bueres, Alberto J., *"El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general"*, ob. cit, pág. 257.

el ordenamiento), que provoca consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales, respectivamente.

### **III – LA SALUD COMO NUCLEO DEL DAÑO A LA PERSONA. SU PROTECCION LEGAL**

Cuando nosotros nos referimos a la necesidad de precisar jurídicamente el significado del término "salud" lo hacemos con la convicción de saber que desde el punto de vista médico o biológico el significado de "salud" es bastante diferente del que le asigna el derecho.

Desde el punto de vista médico, podemos decir que muchos autores han recogido la definición de "salud" que brinda la Organización Mundial de la Salud al decir que la misma es un "completo bienestar físico, mental y social"<sup>105</sup>, estado que – creemos- es difícil de adquirir en la realidad.

En cambio, para el derecho, la salud es una noción relativa, puesto que la misma "se determina en comparación con la situación precedente de la víctima, atendiendo al equilibrio de que antes gozaba; todo lo que empeora ese equilibrio perjudica su salud, aunque no consista estrictamente en una enfermedad"<sup>106</sup>.

En este sentido, vemos que al Derecho de Daños le interesará recomponer el equilibrio físico y espiritual del que gozaba la víctima con anterioridad al evento dañoso, ya sea que las consecuencias hayan repercutido en la faz patrimonial o espiritual de la persona.

Debe quedar claro que, el sistema del Derecho de Daños, va a reaccionar cuando frente a un daño injustamente sufrido una persona padezca un daño en su salud; es decir, el derecho se va a interesar por la incapacidad que sufra esa persona (es decir, su falta de salud) como consecuencia del hecho ilícito. Y cabe aclarar, que la

---

<sup>104</sup> Pizarro, Ramón Daniel, "Daño Moral. Prevención. Reparación. Punicción", ob.cit., pág. 36.

<sup>105</sup> Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", Tomo 4, "Presupuestos y funciones del Derecho de daños", Ed. Hammurabbi, Buenos Aires, pág. 225.

También, Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El daño a la persona. ¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?", ob. cit., pág. 81; y Lorenzetti, Ricardo Luis, "La lesión física a la persona. El cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante", ob. cit., pág. 109.

<sup>106</sup> Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", Tomo 4, "Presupuestos y funciones del Derecho de daños", ob. cit., pág. 225.

incapacidad no es sinónimo de enfermedad (como erróneamente se entendía en el siglo XIX), sino "toda aquella alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a la edad y medio social de cada persona, implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral"<sup>107</sup>.

Somos conscientes que la salud constituye para el derecho un bien jurídico de extrema importancia, y que ha sido objeto de protección expresa en numerosas constituciones nacionales y, particularmente en nuestro país, a través de la Constitución Nacional y de las constituciones provinciales.

En Italia, que es donde mayor controversia ha originado la discusión del resarcimiento del daño a la salud, el Art. 32, primer párrafo, del texto constitucional determina que: "*La República tutela la salud como derecho fundamental del individuo en interés de la colectividad y garantiza el tratamiento gratuito de los indigentes. Nadie puede ser obligado a un determinado tratamiento sanitario si no es por disposición de la ley. La ley no puede, en ningún caso, violar los límites impuestos al respeto de la persona humana*"<sup>108</sup>.

A su vez, la protección de la salud también ha adquirido rango constitucional en España (Art. 43 de la Constitución española)<sup>109</sup> y en Brasil (Art. 6 de la Constitución de 1988)<sup>110</sup>, entre otros países.

Con respecto a nuestro país, podemos mencionar que el Art. 42 de la Constitución de la Nación Argentina (introducido por la reforma de 1994), establece que "*los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud...*". Por su parte, el Pacto de San José de Costa Rica, incorporado a nuestra legislación mediante la sanción de la Ley 23.054, establece en su Art. 5, inc. 1°, que "*toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral*".

<sup>107</sup> Este concepto ha sido extraído del Art. 2° de la Ley 22.431 "Sistema de protección integral de discapacitados", promulgada el 16 de marzo de 1981.

<sup>108</sup> Art. 32: "*La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana*".

<sup>109</sup> Art. 43: "1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto..."

<sup>110</sup> Art. 6: "*São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição*". (Redação dada pela Emenda Constitucional 26/2000 - D.O.U. 15.02.00)

Asimismo, las modernas constituciones provinciales también se han expedido en idéntico sentido y se han preocupado por la tutela del derecho a la salud de los ciudadanos. Al respecto, podemos destacar la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que le dedica todo el capítulo segundo a la cuestión de la salud<sup>111</sup>, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires<sup>112</sup>, la Constitución de la Provincia de Córdoba<sup>113</sup>, la Constitución de la Provincia de Santa Fe<sup>114</sup>, la Constitución de la Provincia de Río Negro<sup>115</sup>, y la Constitución de la Provincia de Jujuy<sup>116</sup>, entre otras.

Pues bien, nadie se atrevería a dudar que la salud es esencial para todo ser humano, por lo cual resulta casi imposible que su alteración no provoque la afectación de algún interés para su titular, con consecuencias dañosas que deban ser resarcidas. Pero de ello nos ocuparemos más adelante.

<sup>111</sup> El Art. 20, especialmente, determina: "Se garantiza el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente. El gasto público en salud es una inversión social prioritaria. Se aseguran a través del área estatal de salud, las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación, gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad. Se entiende por gratuidad en el área estatal que las personas quedan eximidas de cualquier forma de pago directo. Rige la compensación económica de los servicios prestados a personas con cobertura social o privada, por sus respectivas entidades. De igual modo se procede con otras jurisdicciones".

<sup>112</sup> Art. 36: "La Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales:... 8) A la Salud. La Provincia garantiza a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos, sostiene el hospital público y gratuito general, con funciones de asistencia sanitaria, investigación y formación, promueve la educación para la salud, la rehabilitación y la reinserción de las personas tóxico-dependientes. El medicamento por su condición de bien social integra el derecho a la salud, la Provincia a los fines de su seguridad, eficacia y disponibilidad asegura, en el ámbito de sus atribuciones, la participación de profesionales competentes en su proceso de producción y comercialización".

Art. 38: "Los consumidores y usuarios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección frente a los riesgos para la salud y su seguridad, a la promoción y defensa de sus intereses económicos y a una información adecuada y veraz".

<sup>113</sup> Art. 19: "Todas las personas en la Provincia gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: 1. A la vida desde la concepción, a la salud, a la integridad psicofísica y moral y a la seguridad personal..."

<sup>114</sup> Art. 19: "La Provincia tutela la salud como derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad. Con tal fin establece los derechos y deberes de la comunidad y del individuo en materia sanitaria y crea la organización técnica adecuada para la promoción, protección y reparación de la salud, en colaboración con la Nación, otras provincias y asociaciones privadas nacionales e internacionales. Las actividades profesionales vinculadas a los fines enunciados cumplen una función social y están sometidas a la reglamentación de la ley para asegurarla. Nadie puede ser obligado a un tratamiento sanitario determinado, salvo por disposición de la ley, que en ningún caso puede exceder los límites impuestos por el respeto a la persona humana".

<sup>115</sup> Además de referirse a la protección de la salud en el Preámbulo, establece el Art. 59: "La salud es un derecho esencial y un bien social que hace a la dignidad humana. Los habitantes de la Provincia tienen derecho a un completo bienestar psicofísico y espiritual, debiendo cuidar su salud y asistirse en caso de enfermedad..."

<sup>116</sup> Art. 21: "Derecho a la salud: 1.- Todos los habitantes de la provincia gozan del derecho a la salud y a su protección mediante la creación y organización de los sistemas necesarios. 2.- El concepto de salud será atendido de manera amplia, partiendo de una concepción del hombre como unidad biológica, psicológica y cultural en relación con su medio social. 3.- Nadie puede ser obligado a someterse a un tratamiento sanitario determinado, salvo por disposición de la ley y siempre dentro de los límites impuestos por el respeto a la persona humana. 4.- Las personas o entidades de cualquier clase tendrán el deber de prestar colaboración activa y diligente a las autoridades sanitarias. Si así no lo hicieren, éstas podrán solicitar el auxilio de la fuerza pública".

#### **IV - EL DAÑO A LA PERSONA EN EL DERECHO COMPARADO EUROPEO**

- **ITALIA:**

Es en Italia donde mayor debate se ha provocado respecto a la admisión o no del resarcimiento del daño a la salud por sí mismo, en forma autónoma y diferenciada de las clásicas categorías de daño patrimonial y daño moral. Cabe destacar al respecto que en este país el llamado "daño a la persona" ha sido identificado desde un inicio a través del "daño biológico" (*danno biologico*) y del "daño a la salud" (*danno alla salute*), toda vez que los italianos identificaban a aquél con los daños corporales de la persona.

La discusión en torno a la autonomía del daño a la persona, se ha debido en gran parte a la limitación impuesta por el Art. 2059 del Código Civil italiano, el que establece que el resarcimiento del daño no patrimonial será indemnizado sólo en los casos previstos por la ley, es decir, en las hipótesis que medie un delito criminal (ello de conformidad con lo establecido por el Art. 185 del Código Penal italiano que hace referencia a los daños morales subjetivos -aflicciones de ánimo- provocados por un delito<sup>117</sup>). Esta noción restringida de daño moral, deja fuera de posible resarcimiento a todas aquellas situaciones en las cuales el daño no se ha cometido con dolo; y, además, cuando las consecuencias dañosas no hayan repercutido en la esfera patrimonial del damnificado, por no generar éste riqueza de ningún tipo (vgr. personas ancianas, niños, amas de casa, sacerdotes, etc.).

A fin de superar esta restricción normativa, la jurisprudencia y la doctrina han comenzado a pregonar y finalmente a admitir, desde mediados de la década del '70, el resarcimiento de daños no patrimoniales distintos del daño moral, con la marcada finalidad de cobijar en el sistema a nuevos supuestos resarcitorios. Y dentro de estas categorías autónomas resarcibles se ha erigido en forma consolidada el daño a la salud como *fattispecie* del daño injusto.

---

<sup>117</sup> Art. 185, párr. 2do. Cód. Penal italiano: "... Todo delito que ha causado un daño patrimonial o no patrimonial obliga a repararlo al culpable y a la persona que, conforme las normas civiles, deben responder por el hecho de éste".

En ellas tuvieron cabida todos aquellos derechos que tienen por objeto a la persona concebida como unidad biológica y no ya únicamente como *homo faber* (es decir, sólo en el rol de productora de réditos); en razón de ello, cuando se hace referencia al "daño biológico" o "daño a la salud" en forma indistinta como *fattispecies* del daño resarcible<sup>118</sup>, se está aludiendo a todos aquellos perjuicios ocasionados a la persona en sí misma y que deben ser reparados, con independencia de toda cuestión patrimonial para ello. En este sentido, se ha dicho que se debe conceder el resarcimiento del daño con una liquidación igual para todas las personas, sobre la base de parámetros equitativos y no, únicamente, con referencia a la incapacidad laboral o, en general, a los ingresos de quien sufre el daño, tal como se venía tutelando la salud hasta entonces<sup>119</sup>.

La consagración del derecho a la salud en el Art. 32 de la Constitución italiana, ha permitido concebir al mismo de un modo mucho más amplio y abarcativo de como lo hace el Art. 5 del Código Civil de 1942<sup>120</sup>, que restringe la protección de la salud a la integridad física de la persona; ésta última norma, interpretada literalmente, dejaba fuera de la órbita de protección a todos aquellos perjuicios que no representaban lesiones o traumas físicos; la norma constitucional, por el contrario, ampara a todas las alteraciones del estado de salud, aún en aquellos casos en los cuales no puedan identificarse a las mismas con una enfermedad determinada (vgr. daños síquicos, daños por contaminación ambiental, etc.).

<sup>118</sup> Busnelli, Francesco Donato, "*Danno biologico e danno alla salute*", en Bargagna, M. – Busnelli, F., "*La valutazione del danno alla salute*", ob. cit., págs. 3 y ss. Este autor italiano destaca, en realidad, que la denominación "daño biológico" no tiene carácter jurídico, puesto que consiste en la disminución o debilitamiento somatofísico del individuo, y es un concepto que el jurista no puede aprender y mucho menos, profundizar; por eso la denominación que el derecho utiliza es "daño a la salud", debiéndose considerar la misma en su aspecto estático (disminución del bien primario de la integridad sicofísica en sí misma considerada), y en su faz dinámica (atendiendo a la salud como el bien que le permite al sujeto recibir utilidad y colocarlo en condiciones de producirla).

Kemelmajer de Carlucci, Aída, "*El daño a la persona. ¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?*", ob. cit., pág. 81. Haciendo referencia a la obra de Busnelli, la jurista mendocina destaca que, de acuerdo a lo que sostiene el profesor de Pisa, la alteración en el estado de salud es algo más que la enfermedad, ya que puede no existir enfermedad y sí daño a la salud.

<sup>119</sup> Visintini, Giovanna, "*Tratado de la Responsabilidad Civil*", Tomo 2, op. cit., pág. 23. Manifiesta que durante mucho tiempo, en el plano legislativo, la tutela de la salud se redujo a las lesiones a la integridad física y, por consiguiente, se mantuvo dentro de los límites del problema de asegurar el riesgo representado por la enfermedad o por los accidentes laborales en el campo de la legislación especial de la previsión social; esta situación ha quedado superada con la sanción del art. 32 de la Constitución italiana, la que al tutelar el derecho a la salud como derecho primario y absoluto, ha convertido a todo perjuicio contra ella en una *fattispecie* de daño injusto.

<sup>120</sup> Art. 5: *Atti di disposizione del proprio corpo. "Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume (1418)".*

Toda esta cuestión de la tutela del daño a la salud en sí misma considerada, ha sido motivo de debate en la jurisprudencia italiana, discusión a la que luego se ha sumado la doctrina<sup>121</sup>, al cuestionarse -en primer lugar- la constitucionalidad del citado Art. 2059, puesto que se entendía que el mismo resultaba contradictorio al espíritu y a los fines previstos por el Art. 32 -precedentemente citado- de la Constitución italiana, con el que sí era compatible el Art. 2043 del Código Civil, en cuanto imponía la obligación de resarcir todo daño injusto, y que, por ende, obliga al resarcimiento del daño a la salud. Se ha provocado, en consecuencia, una evolución jurisprudencial más que interesante que ha concluido por configurar al daño a la salud como daño resarcible autónomo, con prescindencia de que el damnificado tenga capacidad para obtener ganancias, e independientemente de que haya desarrollado actividades tendientes a obtenerlas<sup>122</sup>.

En razón de ello, efectuaremos a continuación un análisis de los fallos dictados en tal sentido, y que denotan cómo ha evolucionado la concepción del daño a la salud en el derecho italiano.

El primer decisorio judicial que constituye la piedra fundamental de la protección del derecho a la persona en el derecho italiano, es la sentencia del Tribunal de Génova del 25 de mayo de 1974<sup>123</sup>. En ella se sostuvo que, aún cuando ocurra un daño físico a la persona, se pueden dar dos ámbitos de reparación diferentes, mereciendo ambos singular importancia: por un lado, el perjuicio patrimonial que padece el damnificado como consecuencia de las lesiones (las que requieren de prueba efectiva a fin de su constatación); y, por el otro lado, y acumulativamente<sup>124</sup>, el perjuicio no patrimonial consistente en el daño biológico, cuyo resarcimiento resulta independiente de las rentas que pueda obtener la víctima del daño. Es decir, que la

<sup>121</sup> Algunos autores, como Busnelli y Mosset Iturraspe, entre otros, afirman que la cuestión reconoce su origen en la doctrina, mediante la labor de Guido Gentile, quien en 1962, en su trabajo para la Enciclopedia del Diritto, Tomo XI, voz *Danno alla persona*, ya se había ocupado de este problema. (ver Busnelli, Francesco Donato, "Problemas de la clasificación sistemática del daño a la persona", ob. cit., págs. 36 y 50; y Mosset Iturraspe, Jorge, "El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad", ob. cit., pág. 16).

<sup>122</sup> Es importante mencionar que el daño a la persona es tutelado en el Código Civil italiano mediante el Art. 2057, que establece que cuando el daño a la persona reviste el carácter de permanente, puede ser liquidado bajo la forma de renta vitalicia. Obviamente, esta norma obedece a una concepción del daño a la persona ligada a la capacidad del individuo dañado en su integridad física e imposibilitado de trabajar.

<sup>123</sup> Trib. Genova, 25/5/74, "Giur. It.", 1975, T. I, 2, págs. 53 y ss., con nota de Roppo-Bessone, "Lesione della integrità fisica e "diritto alla salute". Una giurisprudenza innovativa in tema di valutazione del danno alla persona".

<sup>124</sup> Ver Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El daño a la persona. ¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?", ob. cit., pág. 76.

solución resarcitoria con referencia al daño biológico puro debe ser liquidado en forma igualitaria y equitativa para todas las personas, generen o no ganancias o renta alguna; en ello reside lo novedoso de este decisorio judicial. Para resarcir el perjuicio no interesa la patrimonialidad del daño sino la injusticia del mismo (cfr. art. 2043)<sup>125</sup>.

Resulta ser éste el primer precedente jurisprudencial en el cual se puede apreciar la admisión del daño biológico, concibiéndolo como un menoscabo a la integridad física considerada en sí misma, independientemente de otros parámetros patrimoniales a los fines de la reparación<sup>126</sup>. El fundamento para tal solución judicial estuvo dado por el Art. 32 de la Constitución italiana que tutela el derecho a la salud, y al que nos hemos referido anteriormente. Debemos decir, sin embargo, que en un fallo plenario (nro. 796) de las salas civiles de la Corte de Casación del 21 de marzo de 1973, ya se había marcado el inicio del camino en este sentido, puesto que en aquella oportunidad se había sostenido que la salud -tal como es reconocida en el Art. 32 de la Constitución italiana- es un verdadero derecho subjetivo que debe ser resarcido frente a cualquier lesión que sufra<sup>127</sup>.

Es decir, con el fallo del Tribunal de Génova la mera lesión del derecho a la salud, una vez acreditada la injusticia de la misma, se torna resarcible, independientemente de que esa lesión provoque o no consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales. Ello así, puesto que ante cualquier ilícito que altere el equilibrio sicofísico de la persona, el sistema reacciona frente a quien alteró el mismo obligándolo a resarcir el daño ocasionado.

Este criterio judicial adoptado por el tribunal genovés se fue acentuando en las posteriores sentencias de dicho Tribunal, habiendo tomado también muchas de ellas trascendencia pública<sup>128</sup>.

Con posterioridad a estas sentencias, a su vez, se han conocido una serie de fallos relevantes del Tribunal de Pisa, en los cuales se afirma que el daño a la salud

<sup>125</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El daño a la persona. ¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?", ob. cit., pág. 77. Manifiesta esta autora que, para esta línea jurisprudencial, el daño a la salud es la injusta lesión a la integridad física de la persona que incide sobre el valor del hombre en toda su dimensión concreta; es decir, el valor del hombre no se agota en su actitud de producir riquezas.

<sup>126</sup> Fernández Sessarego, Carlos, "La protección a la personalidad humana", en ob.cit., pág. 68; Agoglia, María Martha, "El daño jurídico", ob. cit., pág. 75.

<sup>127</sup> Ver en Pogliati, Mario, "Dal sistema resarcitorio tradizionale a quello innovativo", en Autores Varios, "Il danno biologico, patrimoniale, morale", Giuffrè, Milan, 1990, págs. 37 y ss.

<sup>128</sup> Trib. Genova, 20/10/75, "Giur. It.", 1976, T. I, 2, pág. 443, con nota de Guido Alpa, "Danno "biologico" e diritto alla salute. Un'ipotesi di applicazione diretta dell'art. 32 della Costituzione".

debe ser resarcido por vía equitativa, aún cuando el daño a la persona no haya incidido sobre las remuneraciones laborales del damnificado<sup>129</sup>. En particular, en uno de esos decisorios del año 1985, el Tribunal expresamente sostuvo que "el daño a la salud consiste en aquella alteración permanente o temporaria a la integridad y eficiencia sicofísica del sujeto que le impide gozar de la vida en la misma medida en la cual le era posible hacerlo antes del hecho lesivo, independientemente de cualquier referencia a la capacidad laboral y de ganancia"<sup>130</sup>.

En favor de dicha postura se ha sostenido que resultaba necesario resarcir los daños a la vida en relación, considerando principalmente que si bien una lesión podía no haber afectado ni repercutido en la faz patrimonial de quien la sufría, la misma sí incidía negativamente en el espíritu del damnificado, quien debía padecer privaciones, molestias y, por sobre todas las cosas, los impedimentos para realizar tareas varias<sup>131</sup>.

En 1981, mediante la sentencia 3675 de la Corte de Casación del 6 de junio, se mantuvo esta línea de pensamiento que determinaba la resarcibilidad del daño biológico con independencia de la producción de réditos económicos por parte de quien lo sufría. La Corte, en dicho fallo, determinó que el daño biológico -aún cuando el damnificado no tenga todavía o jamás haya tenido aptitudes para efectuar una actividad generadora de ingresos- debe ser resarcido autónomamente<sup>132</sup>, con independencia del daño moral y del daño patrimonial<sup>133</sup>. Este mismo criterio es apuntalado mediante la sentencia 2396 del mismo tribunal, del 6 de abril de 1983<sup>134</sup>, que introdujo -como dato novedoso- la necesidad de abandonar la concepción del hombre como un *homo faber* productor de réditos económicos, para pasar a valorar al mismo en su real dimensión y en su concreta realidad.

---

Trib. Genova, 15/12/75, "Foro It.", 1976, T. I, pág. 1997.

<sup>129</sup> Trib. Pisa, 10/03/79, "Giur. It.", 1980, T.I, 2, pág. 20 y ss.; Trib. Pisa, 19/05/82, "Giur. It.", 1984, T.I, 2, pág. 430.

<sup>130</sup> Trib. Pisa, 16/01/85, "Giur. It.", 1986, T.I, 2, pág. 192 y ss. También citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El daño a la persona. ¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?", ob. cit., pág. 81.

<sup>131</sup> Visintini, Giovanna, "Tratado de la Responsabilidad Civil", Tomo 2, op. cit., pág. 249.

<sup>132</sup> Cass., 06/06/81, nro. 3675, "Giur. it.", 1982, T.I, 1, pág. 920, con nota de Dogliotti, R., "Danno biologico e diritto alla salute tra Corte Costituzionale e Cassazione".

<sup>133</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El daño a la persona. ¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?", ob. cit., pág. 80.

<sup>134</sup> Cass., 06/04/83, nro. 2396, "Giur. it.", 1984, T.I, 1, pág. 537, con nota de Mastropaolo, "Tutela della salute, risarcimento del "danno biologico" e difesa dalle immisioni".

En consecuencia, el daño a la salud -al ser resarcido en forma autónoma- sólo puede ser indemnizado basándose el magistrado en criterios puramente equitativos (vemos aquí que ya no es posible tarificación alguna), y atendándose en particular a las circunstancias de cada caso en concreto. Ello trajo aparejado en Italia el lógico replanteo del peligro de la desigualdad de tratamiento a la hora de la apreciación del daño a la salud en cada persona, y principalmente, al momento de indemnizar el mismo, por lo constituyó un motivo de preocupación de los distintos tribunales hallar pautas válidas para la reparación del daño a la salud<sup>135</sup>.

Sin embargo, esta necesidad de indemnizar el daño a la salud por sí mismo basándose en criterios equitativos, fue considerado por la Corte de Casación como el único modo posible de efectuarlo, tal como se ha expresado en la sentencia 1130 del 11 de febrero de 1985<sup>136</sup>.

En la ocasión, la Corte expresó que no existe ningún criterio objetivo aplicable de igual modo a todos los casos que se presenten, sino que, por el contrario, en cada caso en particular deben valorarse la totalidad de las circunstancias -subjetivas y objetivas- del caso concreto, tales como la gravedad de las lesiones, la duración del período de postración o invalidez, la condición social del damnificado, su situación familiar, etc. Pero también reviste novedad en esta sentencia, el hecho de que en el presente decisorio la Corte de Casación reafirmó el carácter patrimonial de este tipo de daño a la persona, argumentando que al afectarse bienes de ella que van más allá de la turbación de su estado de ánimo, se está afectando el patrimonio. Destaca la Corte, pues, que el daño a la persona consiste en la lesión al derecho del hombre a la plenitud de su vida, considerando que dicho bien es parte integrante de su patrimonio<sup>137</sup>.

<sup>135</sup> Algunos autores y tribunales han destacado la necesidad de encontrar pautas uniformes para todos los casos, y para ello se han elaborados pautas básicas para la cuantificación del daño a la salud. Es así como se ha recurrido, indistintamente: a) al parámetro de la triple pensión social prevista en el art. 4º de la ley 39 de 1977 (Cass., 11/02/85, nro. 1130, "Giur. It.", 1985, T. I, 1, 1180; Trib. Genova, 09/03/89, "Giur. It.", 1989, T.I, 2, pág. 938). Este criterio es el mayoritario y el que sostiene la Corte de Casación; o, b) al cálculo de la liquidación por punto de incapacidad del daño biológico, disminuido en "x" porcentaje -nunca superior del 50%- cuando se trate únicamente de daño a la salud (App. Roma, 02/07/86, "Foro It.", 1987, T.I, pág. 235).

<sup>136</sup> Cass. 11/02/85, nro. 1130, "Giur. It.", 1985, T.I, 1, pág. 1180.

<sup>137</sup> La parte más relevante de la sentencia, en idioma original, determina que: " *Il danno biologico, come menomazione dell'integrità psicofisica della persona, costituisce un danno ingiusto di natura patrimoniale, in quanto colpisce un valore essenziale che fa parte integrante di quel complesso di beni di esclusiva e diretta pertinenza del danneggiato..... In caso di fatto illecito lesivo dell'integrità psicofisica della persona, il danno patrimoniale risarcibile non e' costituito soltanto dalle conseguenze pregiudizievoli correlate all'efficienza lavorativa ed alla capacità di produzione di reddito, ma si estende a tutti gli effetti negativi incidenti sul bene primario della salute, in sé considerato quale diritto inviolabile dell'uomo alla pienezza della vita ed all'esplicazione della propria personalità, morale, intellettuale, culturale (cosiddetto danno biologico), tenuto*

En apoyo a esta catalogación del daño a la salud como un daño de naturaleza patrimonial, la doctrina ha expresado que lo patrimonial no siempre se halla identificado necesariamente con la pérdida de ganancias al no poder desarrollar una actividad productiva; ello sólo puede obedecer a una apreciación restrictiva e injustificada del daño a la integridad física como daño patrimonial. Por el contrario, dentro de la categoría de daño patrimonial, debe considerarse también a la utilidad del tiempo libre de cada individuo y al multifacético uso que del mismo se puede dar<sup>138</sup>. Se amplía de tal modo la noción de patrimonio para dar tutela a los valores de la persona, incluyéndose cualquier valor y utilidad económica de la cual el damnificado pueda disponer<sup>139</sup>.

Finalmente, cobra mucha importancia la sentencia 184 de la Corte Constitucional del 30 de junio de 1986<sup>140</sup> en dos sentidos: a) en primer lugar porque diferenció al daño biológico del daño moral: en tal sentido se dijo que el daño moral está categorizado como un "daño consecuencia", pero no es un daño en sí mismo como lo es el daño biológico, que se identifica con el propio hecho lesivo y es interno al mismo; y, b) declaró la constitucionalidad del art. 2059 del Código Civil italiano, al afirmar que sólo se indemnizará como daño moral aquellas consecuencias que -derivadas de un delito- provoquen sufrimiento o aflicción en quien lo sufra. Ello no obsta a que se puedan indemnizar otras afecciones a la persona -como el daño biológico-, puesto que éste último posee otro referente normativo que es el Art. 32 de la Constitución Italiana, que establece que la sola violación del derecho a la salud de la persona debe ser indemnizada, sin atender a las consecuencias que ella ocasione. Es decir, la salud es considerada un bien primario y de carácter absoluto<sup>141</sup>. También surge

---

*conto che tale bene fa parte integrante del patrimonio del soggetto, e viene conseguentemente lesa dal suddetto fatto illecito, anche quando riguardi chi non abbia ancora, o abbia perduto, o non abbia mai avuto attitudine a svolgere attività produttiva di reddito. Questo principio non resta escluso dalla mancanza di criteri obiettivi per l'esatta quantificazione in denaro del pregiudizio di quel bene primario, stante il potere-dovere del giudice di ricorrere ad una stima equitativa, considerando tutte le circostanze specifiche del caso concreto (gravità delle lesioni, durata della invalidità temporanea, eventuali postumi permanenti, età, attività, condizioni sociali e familiari del danneggiato, ecc.)."*

<sup>138</sup> Mastropaolo, "Tutela della salute, risarcimento del "danno biologico" e difesa dalle immisioni" en "Giur. it.", 1984, T.I, 1, pág. 537. Nota a fallo: Cass., 06/04/83, nro. 2396.

<sup>139</sup> Cassano, Giuseppe, "El daño existencial", en "Revista de Responsabilidad Civil y Seguros", Año IV, Nro. 2. marzo - abril 2002, Ed. La Ley, 2002, pág. 39.

<sup>140</sup> Corte Costituzionale, 30/06/86, "Foro it.". 1986, I, 2053.

<sup>141</sup> La parte relevante de la sentencia, en su idioma original, es la siguiente: "La distinzione tra il danno biologico e il danno morale subiettivo va individuata nella struttura del fatto realizzativo della menomazione dell'integrità biopsichica: il danno biologico costituisce l'evento del fatto lesivo della salute mentre il danno morale subiettivo (come anche il danno patrimoniale) appartiene alla categoria del danno-conseguenza in senso stretto. La

de esta sentencia, que la lesión jurídica al bien "salud" acontece en el mismo momento en que es realizado, en su totalidad, el hecho constitutivo del ilícito, por lo que sólo debe probarse que la disminución bio psíquica del sujeto damnificado concretamente afectó las actividades extra laborales del mismo<sup>142</sup>.

En consecuencia, cabe considerar al daño a la salud como una *fattispecie* del daño injusto, y, por ende, contenido además en el Art. 2043 del Código Civil.

Con posterioridad a esta sentencia, han existido otros decisorios que se han encargado de caracterizar al daño biológico como la lesión a la integridad sicofísica en sí mismo determinada. Así, se ha sostenido que "*nella menomazione dell'integrità psicofisica della persona in sé e per sé considerata, in quanto incidente sul valore uomo in tutta la sua concreta dimensione, che non si esaurisce nella sola attitudine a produrre ricchezza, ma si collega alla somma delle funzioni naturali afferenti al soggetto nell'ambiente in cui la vita si esplica, ed aventi rilevanza non solo economica, ma anche biologica, sociale, culturale ed estetica*" (Cfr. da ultimo Cass. 90/7101; Cass. Sez. Lav. 88/5033; Corte di Cassazione Civile nro. 2882 de 1988).

Es decir, hemos visto cómo la jurisprudencia italiana ha ido considerando de distinto modo al daño biológico o daño a la salud, evolucionando su categorización en las distintas etapas jurisprudenciales por las que ha transcurrido<sup>143</sup> y que aquí hemos tratado: a) en un primer momento se indemnizó al daño biológico sin hacerse referencia a su naturaleza jurídica; b) con posterioridad, vimos que se consideró al mismo como un daño autónomo, independientemente de las categorías establecidas por la ley de daño patrimonial y daño moral; c) finalmente, y a partir de la sentencia 1130 de Casación de 1985, pasó a ser considerado el daño biológico como integrante

---

*risarcibilità per sé, in ogni caso, del danno biologico, trova il suo fondamento nell'art. 2043 c.c. che, correlato all'art. 32 della cost., va necessariamente esteso fino a comprendere il risarcimento, non solo dei danni in senso stretto patrimoniali, ma di tutti i danni che ostacolano le attività realizzatrici della persona umana. L'art. 2059 c.c., nel sancire che il danno non patrimoniale deve essere risarcito nei casi espressamente determinati dalla legge, si riferisce solo al danno morale soggettivo, consistente in ingiuste perturbazioni dell'animo, o in sensazioni dolorose, e non esclude la risarcibilità delle lesioni alla salute, ancorché improduttive di pregiudizio patrimoniale, note come "danno biologico". Così interpretato l'art. 2059 c.c. non contrasta con gli art. 2, 3, 24 e 32 della cost. Posto che: a) l'art. 2059 c.c. attiene esclusivamente ai danni morali subiettivi e non esclude che altre disposizioni prevedano la risarcibilità del danno biologico, per se' considerato; b) il diritto vivente individua nell'art. 2043 c.c. in relazione all'art. 32 cost., la disposizione che permette la risarcibilità, in ogni caso di tale pregiudizio, e' infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c. nella parte in cui prevede la risarcibilità del danno non patrimoniale derivante dalla lesione del diritto alla salute soltanto in conseguenza di un reato, in riferimento agli art. 2, 3, 24 e 32 Cost."*

<sup>142</sup> Cassano, Giuseppe, "El daño existencial", ob. cit., pág. 42.

<sup>143</sup> Visintini, Giovanna, "Tratado de la Responsabilidad Civil", Tomo 2, op. cit., pág. 247 y ss.

del daño patrimonial, por ser el mismo de esta naturaleza, genere o no ingresos el damnificado.

Vale decir, sin embargo, que todas estas dificultades que han debido sortear los tribunales italianos se ha debido pura y exclusivamente al alcance restrictivo que posee el Art. 2059 del Código Civil para indemnizar el daño moral; ello ha llevado a que, en muchas ocasiones, se haya intentado declarar la inconstitucionalidad del mismo con la finalidad de dar cabida a la indemnización de otros tipos de perjuicios - como el daño a la salud- que de otro modo resultaba imposible de efectuar.

Es así como han aparecido nuevas *fattispecie*s de daño injusto que han ido, inclusive, más allá del daño biológico o daño a la salud. Entre ellas, se observa que en los últimos años ha surgido con fuerza una nueva categoría de daño conocida como "daño existencial", consistente en la afectación de la calidad de vida del damnificado más allá de un daño en su salud; se ha sostenido que el mismo se configura ante la mera lesión a cualquier derecho de la personalidad, prescindiendo del sujeto lesionado, por el solo hecho de tratarse de una persona humana. Claro está que, los intereses merecedores de tutela en tal sentido, deben ser correctamente evaluados y seleccionados por los jueces<sup>144</sup>. Este tipo de daño, ya ha comenzado a ser receptado por los tribunales italianos<sup>145</sup>.

Algunos autores han estimado que este daño existencial es mucho más amplio que el daño a la salud, y que resulta comprensivo de muchos supuestos dañosos como los siguientes: daño en la esfera sexual del cónyuge, daño por la pérdida del hijo por nacer, daño por el nacimiento de un hijo discapacitado por mala praxis médica, daño por lesión al derecho a la reserva, daño por inducción a la toxicodependencia, daño por una detención injusta, etc. Como vemos, el listado es meramente enunciativo y tiende al infinito<sup>146</sup>.

Inclusive, y como una muestra más de la recepción del "daño existencial" por los diferentes tribunales italianos, basta mencionar a título de ejemplo el fallo del Tribunal de Milán en virtud del cual se ha condenado a un médico a abonar a un

<sup>144</sup> Cassano, Giuseppe, "El daño existencial", ob. cit., pág. 44; Cendom, Paolo, "Existir o no existir", en "Resp. Civ. Prev.", 2000, 1251 y ss.

<sup>145</sup> Cass. 07/06/00, nro. 7713, "Giur. It.", 2000, párrafo 1352 y ss., con nota de Pizzetti, F.G., "El daño existencial arriba a la Casación".

matrimonio los daños y perjuicios ocasionados por haber efectuado defectuosamente una vasectomía total destinada a la esterilización del hombre, y que, debido la deficiente práctica médica, la mujer quedó nuevamente embarazada por lo que debió soportar la gravidez y el nacimiento de un hijo no deseado<sup>147</sup>.

Pues bien, retomando el tema que nos ocupa en el presente capítulo y a la luz de lo hasta aquí analizado, sin perjuicio de estas nuevas categorías de daño, no dudamos en afirmar que la tutela constitucional del derecho a la salud ha provocado en Italia una notable ampliación de la esfera de la tutela aquiliana del daño a la integridad física. Dicha tutela se ha afirmado, también, al considerarse inserto al daño a la salud en la cláusula general del Art. 2043, por lo cual bastará que se configure la injusticia del mismo para tornarlo resarcible. Como bien expresa VISINTINI, la expansión de la protección al derecho a la salud se ha dado en un doble aspecto: por un lado, los jueces han acordado tutela a la integridad síquica y al interés a una buena calidad de vida, con prescindencia del estado de enfermedad (*il statto di malattia*); por otro lado, se ha combinado y repotenciado la tutela de la salud y de la "propiedad personal" al uso a la habitación, en vinculación con los daños por contaminación ambiental<sup>148</sup>.

Como conclusión, vale decir pues, que basta en el derecho italiano que se configure la injusticia del daño a la salud para que el mismo sea resarcible.

- **FRANCIA:**

En este país, el tema del daño a la salud cobró verdadera importancia a partir del año 1981, luego de que una Comisión gubernamental (*Comisión Bellet*)

---

<sup>146</sup> Chiarloni, Sergio, "Daño existencial y actividad jurisdiccional", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año IV, Nro. IV, julio-agosto 2002, Ed. La Ley, 2002, pág. 1; Cendom, Paolo - Ziviz, P. (a cargo de) "El daño existencial. Una nueva categoría de la responsabilidad civil", Milán, 2000.

<sup>147</sup> Trib. Milan, 20/10/97, en "Resp. Civ. Prev.", 1988, pág. 1145, con nota de Gorgoni, M., "Intervención de vasectomía no lograda y paternidad no deseada; problemas de clasificación de la responsabilidad médica y de calificación y cuantificación de los daños conexos al nacimiento del hijo". El caso es el siguiente: un matrimonio, con tres hijos, tomó la decisión de no seguir procreando, más aún cuando la esposa empeoró en su salud, hecho que resultaba determinante para tomar los recaudos necesarios para su esterilización, toda vez que un nuevo embarazo se tornaba de por sí peligroso. En razón de ello el marido se sometió a una intervención de vasectomía total, cuyo resultado suele arrojar el 100% de efectividad en cuanto a esterilización se trata. Como consecuencia del error médico, la intervención -a priori, simple- resultó ineficaz, hecho que se pudo constatar al quedar la mujer nuevamente embarazada.

Ver Lucchini-Guastalla, Emanuele, "El daño por procreación indeseada", en *Derecho Privado*, Libro homenaje a Alberto J. Bueres, ob. cit., págs. 1611 y ss. Este autor, explica brillantemente el caso que nosotros mencionamos, efectuando además un profundo análisis de la cuestión.

<sup>148</sup> Visintini, Giovanna, "Tratado de la Responsabilidad Civil", Tomo 2, op. cit., pág. 246.

estudiara con profundidad la problemática que envuelve a los accidentes de tránsito, analizándose también, con motivo de ello, la lista de los perjuicios de podrían ser indemnizados cuando –a raíz de un hecho ilícito- resultara dañada la integridad física de una persona.

En razón de ello, se ha tratado de estudiar específicamente dentro de los daños corporales, a aquellos daños que recaen sobre aspectos funcionales y también los que tienen un cariz síquico que, en conjunto, constituyen el “perjuicio fisiológico” (*préjudice physiologique*). Lo importante era diferenciarlo del daño moral y del *préjudice d’agrément*<sup>149</sup>, consistiendo este último en la privación de alegrías y satisfacciones que la víctima podía normalmente esperar de la vida, y/o en la disminución de los gozos de la vida causada notoriamente por la imposibilidad de dedicarse a algunas actividades normales de placer<sup>150</sup>.

El perjuicio fisiológico, abarca pues, los inconvenientes provocados por una mutilación, una enfermedad, o un ataque al equilibrio síquico o nervioso, es decir, a todas las formas de sufrimiento moral que se deriva de un ataque a la integridad física<sup>151</sup>.

Como resultado final de la investigación, la Comisión concluyó que:

- a) El perjuicio fisiológico (*préjudice physiologique*) merece indemnización si reviste importancia (“*très certainement ce préjudice mérite indemnisation s’il est de quelque importance*”).
- b) Las pequeñas incapacidades subjetivas no deben ser indemnizadas a título de daño moral o *pretium doloris* (surge del texto que se excluyen a “*las petites incapacités subjectives, qui relèvent de l’indemnisation au titre du “pretium doloris*”).

<sup>149</sup> Busnelli, Francesco Donato, “Problemas de la clasificación sistemática del daño a la persona”, ob. cit., pág. 38. Este autor italiano traduce al “*préjudice d’agrément*” como el “perjuicio o menoscabo al placer”.

<sup>150</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, “El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad”, ob. cit., pág. 18.

Viney, Geneviève – Markesinis, Basil, “*La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*”, Económica, París, 1985, págs. 325 y ss.

<sup>151</sup> Viney, Geneviève – Markesinis, Basil, “*La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*”, ob. cit., pág. 71

Agoglia, María Martha, “*El daño jurídico*”, ob. cit., pág. 80.

- c) La noción de *préjudice d'agrément* (perjuicio al placer) ha perdido su razón de ser, y debe desaparecer para transformarse en perjuicio fisiológico (*préjudice physiologique*).<sup>152</sup>

No obstante esta distinción entre el daño fisiológico y el resto de los daños a la persona, cabe decir que el problema de tal diferenciación ha quedado fincado en el ámbito de la doctrina únicamente, puesto que la jurisprudencia francesa de los últimos años ha tendido a uniformarse con criterios de resarcimiento global y no diferenciados por los varios daños a la persona<sup>153</sup>.

Sin embargo, es importante decir que en Francia el daño a la salud se ha resarcido al margen de toda tarifación o tabulación alguna, y que para ello los jueces han acudido a criterios equitativos atendiendo, primordialmente, a las circunstancias que se presentaban en cada caso en concreto. Para ello, se ha utilizado una base pecuniaria de base (idéntica para todos los sujetos porque es propia de la lesión en sí misma considerada), con posibilidades de ser extendida o elastizada, en la medida de la efectiva incidencia de la disminución comprobada sobre la actividad de la vida cotidiana. Cuando tal incidencia ocurre, los tribunales franceses han acudido recurrente –a fin de indemnizar el daño– al método de "*calcul au point*", consistente en multiplicar la tasa de incapacidad por un valor llamado punto de incapacidad, que está determinado por referencia a otros casos concretos<sup>154</sup>.

Como conclusión, podemos decir que –en general– los tribunales franceses no han encontrado inconveniente alguno para dar cabida al resarcimiento del daño a la salud, toda vez que el derecho francés no presenta el problema que sí se configuraba en Italia a través del valladar que imponía el Art. 2059 del Código Civil italiano, al cual nos hemos referido anteriormente.

Por el contrario, el Código Civil francés permite que en la cláusula general que representa el Art. 1382 de ese ordenamiento, se encuentre contenida una concepción amplia del *dommage*, por lo que en ella encuentran cobijo todas las

<sup>152</sup> Viney, Geneviève – Markesinis, Basil, "*La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*"; ob. cit., pág. 71.

<sup>153</sup> Busnelli, Francesco Donato, "*Problemas de la clasificación sistemática del daño a la persona*", ob. cit., págs. 38 y 39.

<sup>154</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, "*El daño a la persona. ¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?*", ob. cit., pág. 96.

expresiones de daño, en la medida que se afecten intereses jurídicos y que repercutan en la faz patrimonial o moral de quien reclama su resarcimiento. De tal modo, la amplitud del resarcimiento del daño moral previsto en el ordenamiento francés, no encuentra ningún impedimento para acoger a todos aquellos daños a la persona carentes de connotaciones patrimoniales<sup>155</sup>.

## V - EL DAÑO A LA PERSONA EN EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO

### • PERU:

Este país ha sido uno de los primeros en el mundo en incorporar la noción del "daño a la persona", luego de que la sanción del nuevo Código Civil de 1984 plasmara legislativamente la pioneras ideas del jurista peruano Carlos Fernández Sessarego, a las que hemos hecho referencia al comienzo del presente capítulo.

De tal modo, el derecho peruano abandonó la visión patrimonialista e individualista del antiguo Código Civil, cediéndole paso a este nuevo ordenamiento que sitúa a la persona como centro de la protección jurídica del sistema, y que se preocupa por el interés social, dejando de lado el exacerbado individualismo de la anterior codificación.

El deber de no dañar, la solidaridad, el bien común, la tutela preventiva, unitaria e integral de la persona en su dimensión coexistencial, ocupan el sitio de privilegio en la nueva codificación civil<sup>156</sup>.

Pues bien, el daño a la persona se encuentra consagrado en el derecho peruano en el Art. 1985 del nuevo Código Civil, que establece: "*La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona, y el daño moral, debiendo existir una*

---

Rousseau, Claude, "*Il barèmes di invalidità in Francia con particolare riguardo al settore del Diritto Civile*", en Canale, M. y Gianelli Castiglione, A., "*La valutazione del danno alla persona da invalidità permanente*", Giuffrè, Milán, 1990, pág. 95.

<sup>155</sup> Agogliá, María Martha, "*El daño jurídico*", ob. cit., pág. 74.

<sup>156</sup> Fernández Sessarego, Carlos, "*Derecho y Persona*", ob. cit., págs. 115 y 116.

*relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño".*

FERNANDEZ SESSAREGO destaca que la persona humana es el bien supremo del derecho, por lo cual cualquier daño que se cometa contra ella se debe valorizar con independencia de las consecuencias de orden patrimonial que pudieran presentarse simultáneamente<sup>157</sup>. En razón de ello, el daño a la persona es un daño resarcible "per se", constituyendo un *tertium genus*, independizándose –de tal modo– de las clásicas categorías de daño patrimonial y daño moral. Sin embargo, su tratamiento en forma autónoma también ha encontrado oposiciones en la doctrina peruana<sup>158</sup>.

Para el jurista peruano, el daño a la persona supone la reparación de las consecuencias de todo orden del daño causado a esa unidad psicosomática sustentada en su libertad que es el ser humano; en razón de ello, son objeto de reparación los daños ocasionados al soma, o cuerpo en sentido estricto, y a la sique. Pero, sobre todas las cosas, debe atenderse a la reparación de las consecuencias del daño al ejercicio de la libertad en cuanto expresión mundana de una decisión subjetivamente libre<sup>159</sup>.

En este contexto, el daño a la persona deviene omnicomprensivo del daño a la salud, puesto que se trata de un concepto más amplio que éste último, abarcando inclusive el daño al proyecto de vida<sup>160</sup>, el daño a la vida en relación, a la intimidad, al honor, a la integridad psicosomática, y en general, y a todo tipo de perjuicio que tenga que ver con el ser humano.

También este profesor peruano, que –como dijimos– ha logrado que se plasmen estas ideas en el nuevo Código Civil de 1984, ha efectuado dos consideraciones de importancia para tener en cuenta y poder compararlas con lo que ocurre en el derecho argentino, al cual nos referiremos más adelante:

<sup>157</sup> Fernández Sessarego, Carlos, "*Daño y protección a la persona humana*", ob. cit., T. 1, págs. 47 y ss.

<sup>158</sup> De Trazegnies, Fernando, "*La responsabilidad extracontractual*", Tomo II, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, págs. 107 y ss. Destaca que la mención expresa del "daño a la persona" en el Art. 1985 del Código Civil peruano era innecesaria, puesto que "el daño a la persona no es sino una subespecie del daño moral... nosotros preferimos llamarlo daño extrapatrimonial... Pero más allá de un pleito de etiquetas, hay que preguntarse si el dolor y el sufrimiento tienen un tratamiento jurídico diferente de la frustración del proyecto de vida de una persona o del atentado al honor".

<sup>159</sup> Fernández Sessarego, Carlos, "*Derecho y Persona*", ob. cit., pág. 154.

<sup>160</sup> El daño al proyecto de vida constituye un daño que compromete la esencia misma del ser humano, puesto que cristaliza lo que para el ser humano constituye su plena realización en cuanto persona. El mismo puede frustrarse como consecuencia de un daño a la persona, cumplirse sólo parcialmente o menocarse en alguna

- a) En primer lugar, y tal como lo hiciera BUSNELLI en el derecho italiano, distingue el daño biológico del daño a la salud: mientras el primero es un concepto médico que se encuentra referido al aspecto estático de la persona y alude a la lesión provocada a la integridad sicomática de la persona, el daño a la salud es una minoración del bienestar integral del individuo, que abarca tanto las actividades laborales como extralaborables de quien lo sufre<sup>161</sup>.
- b) En segundo término, cuestiona la denominación de "daño moral", afirmando que el mismo es un daño originariamente restringido a la esfera emocional de la persona, y no es sino uno de los muchos perjuicios que se pueden ocasionar a la persona, aprehendida ésta como unidad sicosomática. El daño moral, en cuanto dolor o afección, no es nada más que un aspecto del genérico "daño a la persona"<sup>162</sup>, constituyendo una especie del mismo.

Pues bien, cabe concluir que en Perú el daño a la salud es resarcido por sí mismo, con independencia de cualquier consecuencia patrimonial o extrapatrimonial, puesto que constituye una subespecie del daño a la persona. Este último, como vimos, halla consagración expresa como *tertium genus* en el Art. 1985 del Código Civil, por lo que ninguna duda cabe que -tal como surge de la letra de la citada norma- el daño a la persona se halla independizado tanto del daño patrimonial como del extrapatrimonial.

#### • URUGUAY:

En este país, bajo el amparo de un código civil antiguo, influido por las ideas patrimonialistas e individualistas que dominaron la ciencia jurídica occidental durante el siglo XIX, no encontramos precedentes judiciales que se refieran al resarcimiento del daño a la salud y/o del daño a la persona por sí mismos, más allá de las categorías tradicionales de daño patrimonial y de daño moral.

---

medida. El daño al proyecto de vida tiene su razón de ser en una concepción personalista o humanista del derecho. (ver Fernández Sessarego, Carlos, "*Derecho y Persona*", ob. cit., pág. 154 y ss.).

<sup>161</sup> Fernández Sessarego, Carlos, "*Daño y protección a la persona humana*", ob. cit., T. 1, pág. 52. Manifiesta que dentro de las actividades extralaborables se encuentran comprendidos los daños a la vida sexual y a la vida de relación, entre otras tantas.

<sup>162</sup> Fernández Sessarego, Carlos, "*Derecho y Persona*", ob. cit., págs. 158 y ss.

Sin embargo, hacia fines del siglo XX ha comenzado a surgir con fuerza una moderna corriente doctrinaria que se ha manifestado continuamente sobre la necesidad de dar primacía al resarcimiento del daño a la persona.

En tal sentido, ORDOQUI CASTILLA ha expresado que "el estudio de las pautas y criterios de evaluación jurídica del daño a la persona constituye, sin lugar a dudas, el tema más importante del Derecho de Daños y su razón de ser está, precisamente en lograr a través de su aplicación una protección real y eficaz de la persona en su total naturalidad y dignidad". También ha manifestado la necesidad de diferenciar al daño a la persona del daño moral, afirmando que éste último no es más que una especie de aquél, desde que existe una cantidad de afecciones a la persona en las que no se lesiona básicamente su sentimiento, no se causan sensaciones de dolor, pero no obstante se afecta a la dignidad o a la integridad de la persona<sup>163</sup>.

Por su parte, GAMARRA -quien también integra esta línea de pensamiento- ha manifestado que el daño a la persona es comprensivo de la integridad física en un sentido amplio, es decir, que abarca el daño a la salud física y mental, e inclusive, la pérdida de la vida humana. Ello permite distinguir el "daño a la persona" del "daño a las cosas", clasificación que resulta armónica con la de "daño patrimonial" y "daño moral", no excluyéndose una a otra. Ello permite derivar que de un daño a la persona o a una cosa se deriven consecuencias dañosas patrimoniales o morales. Este jurista uruguayo, manifiesta que bajo la denominación "daño a la persona" se hace referencia al "daño corporal" de los franceses, y que, en definitiva, lo que interesa para ambos es la tutela de la persona humana, residiendo en ello el fundamento de la reparación<sup>164</sup>.

Sin embargo, tal como lo hemos visto en el Capítulo III y al igual que lo que ocurre en el derecho francés y en el argentino, el Código Civil uruguayo encuentra en el Art. 1319 una cláusula general que consagra el *alterum non laedere* y en donde se establece un sistema de atipicidad de actos ilícitos, permitiendo de tal modo el resarcimiento de nuevos intereses dignos de tutela jurídica. En tal sentido, no existirá impedimento para cobijar la diferente gama de perjuicios que integran el daño a la

<sup>163</sup> Ordoqui Castilla, Gustavo, "Pautas y criterios para la evaluación judicial del daño a la persona", en "Código Civil peruano: Balance y perspectivas", Tomo II, Universidad de Lima y WG Editor, Lima, 1995, págs. 411 y ss.

<sup>164</sup> Gamarra, Jorge, "Tratado de Derecho Civil Uruguayo", Tomo XXIII, Responsabilidad Civil Extracontractual, Vol. 5º, ob. cit., págs. 14 a 18.

persona -entre los que se encuentra el daño a la salud-, pero, como veremos posteriormente, a la hora de estudiar la indemnización de los mismos, deberá analizarse la repercusión que ellos han tenido en la órbita patrimonial o en la extrapatrimonial de quien lo sufre<sup>165</sup>.

- **BRASIL:**

En el Código Civil brasileño, el principio de la indemnización de los daños emana de los Arts. 159<sup>166</sup> y 1056<sup>167</sup>, ya sea en virtud de la responsabilidad contractual o extracontractual de quien los ha ocasionado.

Asimismo, los Arts. 1537 a 1553 de dicho ordenamiento, aluden al hecho relativo a la liquidación de las obligaciones resultantes de actos ilícitos definidos en el Art. 159 del citado Código<sup>168</sup>. Esos actos ilícitos mencionados en este último artículo, constituyen *fattispecies* de daño, que consisten en la indemnización en casos de homicidio (Art. 1537), de ofensas a la salud o a la integridad física (Art. 1538), injurias o calumnias (Art. 1547), deshonor sexual de la mujer (Art. 1548), casos de violencia sexual (Art. 1549) y ofensas a la libertad (Art. 1550)<sup>169</sup>.

Lo cierto es que el Código Civil brasileño ha consagrado únicamente la indemnización por daños patrimoniales, omitiendo todo tipo de referencia a los perjuicios de carácter extrapatrimonial<sup>170</sup>. Sólo el Art. 1553 que permite al juez fijar a su arbitrio la indemnización en los casos no previstos por el Código Civil abría la posibilidad del resarcimiento del daño moral, aunque tal postura no había logrado recepción ni doctrinaria ni jurisprudencial.

<sup>165</sup> Gamarra, Jorge, "Tratado de Derecho Civil Uruguayo", Tomo XXIII, Responsabilidad Civil Extracontractual, Vol. 5º, ob. cit., pág. 16. En tal sentido, este profesor uruguayo manifiesta que existen dos grandes clasificaciones de daño: a) daño a las personas y a las cosas; y b) daño patrimonial y daño moral.

<sup>166</sup> Art. 159: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553".

<sup>167</sup> Art. 1056 - "Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos".

<sup>168</sup> Reis, Clayton, "El daño a la persona en el Derecho brasileño", en "Derecho Privado", Libro homenaje a Alberto J. Bueres, ob. cit., pág. 1160.

<sup>169</sup> Martins-Costa, Judith, "Los daños a la persona en el derecho brasileño y la naturaleza de su reparación", en "Revista de Responsabilidad Civil y Seguros", Año III, Nro. 2, marzo - abril de 2001, pág. 35.

<sup>170</sup> Reis, Clayton, "El daño a la persona en el Derecho brasileño", en "Derecho Privado", Libro homenaje a Alberto J. Bueres, ob. cit., pág. 1162. Manifiesta que tan sólo se aprecian vestigios del mismo en los Arts. 76 y 1543 del Código Civil.

Sin embargo, frente a la fría letra del Código Civil, hacia fines de la década del '70 y comienzos de la del '80, se ha ido erigiendo y agigantando una corriente doctrinaria que pregonaba que la regla general debe ser la reparación integral del daño, y que no se puede ni se debe dejar fuera de la órbita de reparación al daño moral por el simple hecho de no existir mención expresa del mismo en el Código Civil. Dicha postura, pregonada entre otros por Américo Luis Martins da Silva, halló recepción en el Proyecto de Código Civil Nro. 634-B de 1975, en el cual el Art. 186 del mismo establecía que: *"Aquel que por acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia, viola un derecho o causa un daño a otro, aunque sea exclusivamente moral, comete acto ilícito"*.

Finalmente, el resarcimiento del daño moral en el ordenamiento brasileño quedó plasmado con la sanción de la Constitución Federal de 1988, la que en su Art. 5°, estableció: *"Todos son iguales ante la ley, sin discriminación alguna, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad en los términos siguientes.... V - Se garantiza el derecho de réplica, proporcional al agravio, además de la indemnización por daños materiales, morales y a la imagen... X- Son inviolables la intimidad, la vida privada, la honra, y la imagen de las personas, garantizándose el derecho a indemnización por los daños materiales o morales consecuentes a su violación"*.

A partir de ella, rigen en el Derecho brasileño un conjunto de disposiciones que regulan la reparación de los perjuicios de índole extrapatrimonial; entre ellas, cabe mencionar: a) Código de Defensa del Consumidor (Ley 8078 del 11/09/90, Art. 6, apartados VI y VII); b) Estatuto del Niño y del Adolescente (Ley 8069 del 13/07/90, Arts. 17 y 201); y c) Ley de Derechos de Autor (Ley 9610 del 10/02/98, Art. 22).

También se ha comenzado a interpretar de modo diferente el Código Civil, puesto que se ha afirmado que el mismo también establece la posibilidad del resarcimiento del daño moral, mediante la conjugación de dos cláusulas generales que son las de los Arts. 159 y 1553 que mencionáramos anteriormente. En tal sentido, se sostuvo que la disposición del Art. 1553 -que permite la fijación de indemnización al

arbitrio del juez en los casos no previstos por el Código- no impide la indemnización de los daños morales<sup>171</sup>.

Aún cuando la jurisprudencia ha sido cauta a la hora de fijar la indemnización del daño moral, en los últimos años se ha apreciado en el derecho brasileño una generalizada opinión doctrinaria que ha puesto de relieve la necesidad de ampliar la defensa de la persona, máxime cuando se lesiona su esfera íntima. No obstante ello, es de destacar que -aún con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1988- pocos tribunales han reconocido en el principio de dignidad de la persona humana la fuente para la creación de nuevos daños<sup>172</sup>.

Sin embargo, los daños a la persona han sido cobijados en las sentencias de los tribunales brasileños bajo el rótulo de daño moral, puesto que se los consideran una subespecie de éste; asimismo, es de destacar también que el daño moral sido empleado indistintamente como sinónimo de daño extrapatrimonial. Tal utilización se aprecia en la doctrina y en la jurisprudencia que se ha conocido con posterioridad al dictado de las leyes citadas precedentemente. Es más, se ha sostenido que la protección civil de los derechos de la personalidad está inscripta en los daños extrapatrimoniales, y son parte integrante de estos últimos; no es, en consecuencia, el daño a la persona un daño autónomo, ni mucho menos la síntesis de los intereses no económicos jurídicamente protegidos<sup>173</sup>.

En contrario, se sostiene que debería diferenciarse el daño a la persona del daño moral, puesto que ésta última expresión está ligada al dolor moral y menoscabada por la corriente que rechazaba la indemnización del *pretium doloris*, por ser éste inconmensurable e imposible de valuarse monetariamente; esta connotación reductora es lo que impide que sean reconocidas por la jurisprudencia nuevas *fattispecies* del daño a la persona<sup>174</sup>.

Podemos pues, concluir, que en el derecho brasileño actual se está comenzando a amparar el daño a la persona, a partir de la Constitución de 1988 que

<sup>171</sup> Do Couto e Silva, Clovis, "Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé", 1988, pág. 60, citado por Martins-Costa, Judith, "Los daños a la persona en el derecho brasileño y la naturaleza de su reparación", en "Revista de Responsabilidad Civil y Seguros", ob. cit., pág. 35.

<sup>172</sup> Martins-Costa, Judith, "Los daños a la persona en el derecho brasileño y la naturaleza de su reparación", en "Revista de Responsabilidad Civil y Seguros", ob. cit., pág. 35.

<sup>173</sup> Viana Severo, Sérgio, "Os Danos Extrapatrimoniais"; Ed. Saraiva, Sao Paulo, 1996, pág. 47.

<sup>174</sup> Martins-Costa, Judith, "Los daños a la persona en el derecho brasileño y la naturaleza de su reparación", en "Revista de Responsabilidad Civil y Seguros", ob. cit., pág. 39

consagró el deber de indemnizar los daños extrapatrimoniales que se ocasionen. Claro está que, de tal modo, la tutela integral de los derechos y garantías fundamentales de la persona se ha consagrado en el ordenamiento jurídico, y que las consecuencias dañosas que se deriven por la violación de ellas, serán resarcidas bajo alguno de estos dos grandes ámbitos: el patrimonial o el extrapatrimonial. No hay lugar, pues, para que el daño a la persona constituya una *fattispecie* dañosa autónoma<sup>175</sup>.

## VI - LA CUESTION EN EL DERECHO ARGENTINO. ESTADO ACTUAL DE LA MISMA

En nuestro país, también la protección de la salud ha adquirido una singular relevancia, lo que ha llevado a que la misma sea objeto de expresa tutela tanto en la Constitución Nacional (Art. 42) como en numerosas constituciones provinciales, tal como lo hemos destacado en el punto II del presente capítulo al cual nos remitimos.

Sin embargo, el daño a la persona -del cual el daño a la salud constituye una subespecie- ha sido equiparado en numerosas situaciones al daño moral; otros han manifestado que el mismo resulta más extenso que aquél, abarcándolo<sup>176</sup>; y, finalmente, hay quienes opinan que el mismo resulta ser un *tertium genus*, diferente del daño patrimonial y del daño moral, tal como se podrá apreciar en la jurisprudencia que invocaremos posteriormente.

No obstante los problemas de categorización del daño a la persona, es importante destacar que algunos autores han sostenido que el daño a la persona no debe ser ubicado en el daño a la cosa-cuerpo, para luego identificar a su propietario, sino que se debe determinar de qué manera ese daño repercute en la relación de la persona con su

<sup>175</sup> Ver en este sentido, STJ, 4ª. T., en DJ, 01/02/2000, "Milton Oliveira Rufino c. Grémio Recreativo Escola de Samba Beija Flor", en donde se ha sostenido que "independientemente de la nomenclatura aceptada con respecto al daño extrapatrimonial, y su clasificación en daño moral, daño a la persona, daño biológico, daño fisiológico, daño a la salud, daño a la vida de relación, etc., cada uno de los cuales constituye en forma autónoma una especie de daño, o todos ellos reunidos al amparo de una u otra de esas denominaciones, la verdad es que para el juez esa disputa que se plantea en el ámbito de la doctrina, esa verdadera "guerra de etiquetas" sólo interesa para manifestar la multiplicidad de aspectos que la realidad le presenta a fin de percibir mejor cómo cada uno de ellos puede y debe ser adecuadamente valorizado desde el punto de vista jurídico" (citado por Martins-Costa, Judith, "Los daños a la persona en el derecho brasileño y la naturaleza de su reparación", en "Revista de Responsabilidad Civil y Seguros"; ob. cit., pág. 39, nota. nro. 71).

<sup>176</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, "Daño Moral. Noción. Crítica a la denominación. Daño extrapatrimonial. Daño a la persona", en "Revista de Derecho de Daños", Nro. 6, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, págs. 18 y ss.

sistema de pertenencias. De tal modo, y así concebidas las cosas, se amplía el espectro de los daños patrimoniales indemnizables -directos o indirectos- con base en los derechos de la personalidad<sup>177</sup>.

Lo cierto es que nuestro país no escapa a la creciente tendencia en el mundo del derecho de considerar a la persona como centro de la protección jurídica, desplazando de dicho lugar al patrimonio, tal como lo hemos venido analizando en este capítulo.

Y es así como se sostiene que, dada la especial naturaleza del ser humano, todos los derechos fundamentales constituyen un haz indivisible e interdependiente, de donde ellos merecen pareja consideración y protección jurídica; sólo bajo esta óptica se logra la tutela integral de la persona humana estimada como valor, como fin en sí misma y no como simple instrumento<sup>178</sup>.

El Proyecto de Código Civil de 1998, ha sido el receptor final de estas ideas, al establecer en su Art. 1600 que, además de ser resarcibles el daño patrimonial y también debe ser resarcido el daño extrapatrimonial, que comprende "*al que interfiere en el proyecto de vida, perjudicando a la salud física o psíquica, o impidiendo el pleno disfrute de la vida, así como al que causa molestias en la libertad, en la seguridad personal, en la dignidad personal, o en cualesquiera otras afecciones legítimas*"<sup>179</sup>.

También la doctrina es conteste en determinar que el Derecho de daños debe conferir una tutela incondicional e indiscriminada a la integridad de todo ser humano; ello así, puesto que las incapacidades tienen incidencia en toda actividad humana sea ésta generadora de ganancia o no (vgr. pérdida de aptitud para concebir, lesiones estéticas, acortamiento de vida por enfermedades infecciosas -SIDA-, pequeñas lesiones anatómicas que no producen limitación funcional del organismo, etc.)<sup>180</sup>.

Compartimos plenamente la postura que determina que para la indemnización del daño basta su injusticia, al margen de toda nota de patrimonialidad,

---

<sup>177</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis, "*La lesión física a la persona. El cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante*", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo 1, "*Daños a la persona*", ob.cit., pág. 118.

<sup>178</sup> Fappiano, Oscar L., "*El daño al proyecto de vida en el Proyecto de Código Civil de la República Argentina frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos*", en "*Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*", Año II, Nro. 3, mayo-junio de 2000, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000, pág. 16.

<sup>179</sup> "*Proyecto de Código Civil de la República Argentina. Unificado con el Código de Comercio para el año 2000*", Ed. San Isidro Labrador, Buenos Aires, 1999, pág. 387.

<sup>180</sup> Zavala de González, Matilde, "*Resarcimiento de daños*", Tomo 4, "*Presupuestos y funciones del Derecho de daños*", ob. cit., pág. 226 y ss.

de lo cual debe desprenderse que el daño a la salud debe ser siempre indemnizado, por resultar la misma un valor esencial de cualquier sujeto, con prescindencia de su productividad.

Pero también creemos que, a fin de poder analizar cómo opera ello en el derecho argentino, debemos comenzar mencionando que el Código Civil establece que los únicos daños resarcibles son el daño patrimonial (Arts. 519, 1068 y 1069 CC) y el daño moral (Arts. 522 y 1078 CC).

En razón de todos estos planteamientos, algunos autores han propuesto sustituir esta división entre daño patrimonial y daño moral, por la de daño al patrimonio y daño a la persona, resultando ser el daño moral una especie de éste último, al igual que el daño a la intimidad, el daño sexual, el daño a la vida de relación, el daño al proyecto de vida, el daño a la salud, etc. Se sostiene que, de tal modo, se cubre el vacío que plantea la normativa actual, puesto que si el daño moral abarca sólo los supuestos en que no hay patrimonialidad, quedan fuera de resarcimiento las lesiones extrapatrimoniales (lesión estética, psíquica, juvenil) que van más allá del daño moral y que deben ser resarcidas por sí mismas<sup>181</sup>. No compartimos esta postura, aunque nos parece interesante y respetable, en razón de los argumentos que vertiremos en el punto VI, al brindar nuestra opinión y las conclusiones.

Como argumentos en favor de esta categorización como daño a la persona -abarcativo de los numerosos menoscabos que puede sufrir el ser humano- y de su resarcimiento en forma autónoma, se ha sostenido, entre otras cosas, que:

- a) Quienes padecen los menoscabos no se beneficiarían con la presunción *in re ipsa*, como ocurre con el daño moral, sino que debería probar en forma efectiva el menoscabo producido.
- b) Amplía el marco de legitimados pasivos, puesto de que tal modo se posibilita que los damnificados indirectos reclamen los daños extrapatrimoniales, cosa que no pueden hacer en el actual sistema del Código Civil<sup>182</sup>.

También la jurisprudencia ha marcado una tendencia en tal sentido. A priori, cabe destacar dos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha

---

<sup>181</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, "Daño Moral. Noción. Crítica a la denominación. Daño extrapatrimonial. Daño a la persona", en "Revista de Derecho de Daños", ob. cit., págs. 18 y ss.

adoptado criterios diferentes, según se trate de la pérdida de la vida humana o simplemente de la lesión a la integridad física:

- a) *"La vida humana no tiene valor económico per se, sino en consideración a lo que produce o puede producir. No es dable evitar una honda turbación espiritual cuando se habla de tasar económicamente una vida humana, reducirla a valores crematísticos, hacer la imposible conmutación de lo inconmutable. Pero la supresión de una vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial como proyección secundaria de aquel hecho trascendental"<sup>183</sup>.*
- b) *"Cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de lo que puede corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida, que en este caso alcanza restricciones casi absolutas. Por tal razón, aunque no se haya acreditado la existencia del lucro cesante, ello no es óbice para resarcir la incapacidad que soporta el actor"<sup>184</sup>.*

Asimismo, en los diferentes fueros, los Tribunales han tratado -y lo siguen haciendo- de forma dísimil el resarcimiento del daño a la integridad física y a la salud de las personas, puesto que algunos han resarcido los perjuicios como rubros autónomos, y otros lo han efectuado analizando las consecuencias que los mismos han provocado en el patrimonio o en la esfera extrapatrimonial de la persona. En tal sentido, puede decirse que se han observado distintas posturas en la jurisprudencia argentina en los últimos años, como veremos -a modo de ejemplo- a continuación:

---

<sup>182</sup> Para un mayor análisis de las ventajas y desventajas de la categorización del daño a la persona como perjuicio resarcible autónomo, ver Loizaga, Eduardo, *"Daño moral: ¿existen como categorías autónomas las lesiones psíquicas o estéticas?"*, en *"Derecho Privado"*, Libro homenaje a Alberto J. Bueres, ob. cit., pág. 1186.

<sup>183</sup> CSJN, 11/05/93, *"Fernández, Alba O. c/Ballejo, Julio A. y otra"*, LL, 1993-E-473.

<sup>184</sup> CSJN, 11/12/92, *"Pose, José D. c/Provincia de Chubut y otra"*, LL, 1994-B-432, con nota de Venegas, Patricia Pilar y Compiani, María Fabiana, *"La incapacidad permanente es indemnizable "per se" como daño patrimonial"*.

a) Resarcimiento de los menoscabos a la salud como integrante del daño patrimonial o moral:

- *"Es improcedente la reparación del daño sexual derivado de la impotencia sexual que padece el actor con motivo del hecho ilícito -en el caso, miembro de las fuerzas armadas que contrajo una tuberculosis urogenital- toda vez que aquél carece de autonomía y se vincula con el daño moral" (CNFed. Civ. y Com., Sala I, 21/03/2002, "J.S., M.E. c/Ejército Argentino", RCyS, Año IV, Nro. 4, pág. 73).*
- *"La lesión estética no resulta un rubro autónomo sino que integra la incapacidad sobreviniente, o bien el daño moral. Y, en tanto el daño estético consiste en cualquier desfiguración física producida por lesiones que, si bien tiene en el rostro o en la fisonomía de la persona un máximo exponente, comprende el detrimento padecido por otras partes del cuerpo humano que es costumbre mostrar o exhibir, o bien el que se traduce al exterior, en la medida que lo menoscaban o afean, el disminuir su armonía, su perfección o su belleza. De ahí que, si la víctima no presenta secuelas incapacitantes y sólo posee una pequeña cicatriz en el labio, que no posee características anormales, no perturba la funcionalidad oral, no deforma el rostro ni la boca, o sea, sin modificaciones estéticas, dicha lesión debe valorarse al fijar el daño moral" (CNCiv., Sala F, 26/11/99, "García, José c/Microómnibus Norte S.A. Monsa y Otro").*
- *"El art. 1068 del Código Civil al referirse a perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, indirectamente por el mal hecho a las facultades de la persona, permite emplazar allí todo detrimento económico a la salud del ser humano, comprensivo de sus aptitudes físicas y psíquicas que le permiten desarrollarse como tal. Ello no conlleva que el daño psicológico posea autonomía en lo que respecta al ámbito indemnizatorio". (Opinión personal del Juez Pettigiani). (Sup. Corte Bs. As., 08/09/98, - "Riveros Servian, Mariana c/Expreso Cañuelas S.A. y otro s/ Daños y perjuicios"), JUBA B24723.*

- *"En cuanto al daño psicológico, se trata de un componente del resarcimiento que no tiene autonomía, razón por la cual una lesión o menoscabo psíquico puede afectar "intereses" (daños) espirituales o patrimoniales". (CNCiv., Sala D, 16/07/1998, "Contreras, Juan C. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", JA, 1999 - II - 496, Con nota de Roberto A. Vázquez Ferreyra)*
- *"Si la lesión psíquica existe, ella produce siempre un daño moral, pero no se identifican conceptualmente ambas nociones. La nota distintiva del daño psicológico, con relación al daño moral, es la gravitación que el primero ejerce en la capacidad de la víctima, por cuanto el perjuicio de la psiquis de un individuo desde el momento que produce perturbaciones en todo el área de su comportamiento, se traduce en una disminución de las aptitudes para el trabajo y para la vida de relación; ello sin perjuicio de las consecuencias que el daño psicológico puede tener respecto del equilibrio espiritual del sujeto y de la correspondiente configuración de un daño moral" (Trib. Col. Resp. Extracontr. Rosario, n. 1, 13/6/1995, "Bruno, Eduardo F. y otra c/Ereñu, Luis", JA, 1999 - IV - síntesis)*
- *"Nada impide que habiéndose reclamado el daño moral y el daño psicológico en forma separada -art. 330 del C.P.C.C.- se cuantifique este último también separadamente para una mejor determinación montal, pero no como daño independiente. Si se lo enfoca como daño extrapatrimonial -como lo ha hecho la parte actora en la demanda- como una modificación disvaliosa del espíritu, cabe el resarcimiento a título de daño moral. No se trata de un "tertius genus" ni su admisión implica una doble imposición al responsable por la misma causa" (CCiv. y Com. Morón, Sala 2ª, 09/08/1994, "Fernández Zapiola, Alfredo c/Arrizabalaga, Eduardo Juan s/ Daños y perjuicios", JUBA B2352178).*
- *"Las lesiones a la psiquis no constituyen una categoría autónoma, puesto que tales lesiones pueden conculcar intereses de índole patrimonial o moral" (CNCiv., Sala D, 16/06/92, "Peralta, Antonio C. c/Herman, Ramón E.", LL, 1992-E-24).*

- *"No integra el rubro incapacidad la lesión estética cuando para la actividad del accionante, encargado de fábrica, la desviación de la nariz no repercute sobre sus posibilidades económicas, de modo que integra el daño moral" (CNCiv., Sala G, 08/06/1989, "Onzari, Osvaldo F. c/Transportes Villa Adelina S.A").*
- *"El concepto de daño que da el art. 1068 del Cód. Civil es exclusivamente patrimonial: directo, cuando se destruyen cosas del patrimonio de otro o en la posesión del mismo, e indirecto, cuando el mal es hecho a la persona; en este último caso, se lo llama indirecto porque la integridad de la persona no es "patrimonial" (la persona no es una cosa), simplemente lo no directo del daño reside en la mutilación física hecha a la persona; la herida, por ejemplo puede significar una pérdida patrimonial indirecta para ésta, por no poder trabajar (lucro cesante), por tener que efectuar erogaciones extraordinarias en remedios, curaciones, placas radiográficas y honorarios médicos y de internación, etc. (daño emergente). Pero ello tiene que ocurrir necesariamente, porque si no, no hay daño" (CNCiv., Sala B, 28/09/84, "Corna Domingo c/Consortio de Propietarios Austria 2247", JA, 1985-II-641).*

b) Resarcimiento de los menoscabos a la salud como rubros autónomos:

- *"En ciertas circunstancias, la lesión estética puede conformar el concepto de daño biológico como independiente del daño material y del daño moral. Es que el daño biológico parte de la base de una integridad corporal que no queda intacta y se proyecta sobre las esferas no laborales cuando, a consecuencia de un accidente, la víctima ha sido afectada en tal integridad. Pues, bajo una concepción personalística del daño, el hecho ilícito que determina una lesión a la persona afecta el equilibrio psico-físico, por lo que causa un daño al bien de la salud o daño biológico que puede ser autónomamente resarcible, cualquiera fueran las consecuencias patrimoniales (lucro cesante y daño emergente) o no patrimoniales (sufrimientos) de la lesión. Es poco relevante y circunstancial el englobamiento o desglose de los conceptos" (Del voto de la Dra. Highton) (CNCiv., Sala F, 26/11/99, "García, José c/Microómnibus Norte S.A. Monsa y Otro").*

- *"El daño moral sucede prevalectivamente en la esfera del sentimiento, en tanto que el psicológico afecta preponderantemente la del razonamiento. Por ser ello así, deben indemnizarse las secuelas psíquicas que pueden derivarse de un hecho, con independencia de que se conceda también una reparación en concepto de daño moral". (CNCiv., sala E, 16/09/1999, "Tangona de Grosso, Graciela Asunción c/Marconi, Guillermo y otro").*
- *"Es jurisprudencia de este Tribunal que dentro del daño moral, no sólo se deben incluir los padecimientos espirituales que las lesiones han provocado en el actor, sino también las lesiones estéticas que exterioriza. En función de la actividad desarrollada por la víctima, la lesión estética se puede traducir tanto en un daño material por la frustración de beneficios económicos esperados, como en un daño moral por los sufrimientos de ese orden que se pueden engendrar (esta sala, causa 5537/95, del 30.3.95 y precedentes allí citados; 7036/94, del 12.5.98, entre otras). En autos, no hay elementos de juicio que permitan llegar a la conclusión de que las secuelas estéticas -tiene varias cicatrices, pero ninguna en su rostro que se atribuya al accidente sufrido- se lleguen a traducir en un detrimento económico distinto al que ya ha sido valorado para fijar la indemnización por la incapacidad. Por el contrario, esas lesiones sólo gravitan desde el punto de vista de los padecimientos espirituales y, por lo tanto, no son susceptibles de un resarcimiento autónomo. Consecuentemente, la indemnización del daño moral, establecida en la suma de \$ 200.000 a valores actuales, también repara adecuadamente las lesiones estéticas que se presentan en este caso". (C. Nac. Civ. y Com. Fed., Sala 1ª, 15/04/99, "Rial Horacio Manuel y otro c/Estado Nacional /Minist. de Defensa- Estado Mayor General del Ejército"; Causa n° 14426/94; íd, 15/04/99, "Blanco Salvador Humberto y otro c/Estado Nacional /Minist. de Defensa- Estado Mayor Gral. del Ejército", Causa n° 21943/94.).*
- *"Resulta razonable y congruo acoger el daño psicológico, toda vez que además de diferenciarse del daño moral -lo que comprende aflicciones, pesares y angustias dentro de un cierto margen de normalidad del sujeto para absorber o elaborar la*

*situación lesiva- se demandó también el reclamo de la minoración patrimonial derivada de la asistencia psicoterapéutica" (CCiv. y Com. Azul, Sala 2ª, 12/07/1996, "Ermaliuk, Héctor G. v. Compañía de Seguros La Tandilense S.A.", JA, 1997 - III - 213).*

- *"Cuando la lesión estética, en virtud de su ubicación o extensión, altera la armonía del aspecto habitual que tenía la persona antes del hecho corresponde tratarla como un tercer género independiente cuando así se lo solicita, ya que en definitiva se encuadraría dentro de las previsiones del daño directo (a la persona o a sus derechos o facultades) que efectúa el art. 1068 del Código Civil; debiendo despejarse para fijar su cuantía toda incidencia de orden psicológico, moral o laboral pues si bien el perjuicio es material o patrimonial, se presenta en forma autónoma al daño extrapatrimonial y a la incapacidad sobreviniente". (CNCiv., Sala L, 04/03/1994, "Ruiz Ferreyra de Carballo, Marta P. c/Ferrocarriles Argentinos").*
- *"El daño psicológico debe resarcirse en la medida en que se verifique un perjuicio en la psiquis que se traduzca en una disminución de las aptitudes para el trabajo y para la vida de relación que justifica su inclusión dentro de la incapacidad sobreviniente o bien cuando su identidad lo justifica su indemnización autónoma (conf., C. N. Civ., Sala M, "Villar Pereira, María del Carmen v. Campillo, Eduardo s/ daños y perjuicios", del 29/7/91); o aún cuando quedando incólumes las posibilidades laborales y el resto de los aspectos vitales de un ser humano, considerados en su proyección hacia el mundo exterior produzca consecuencias disvaliosas en lo que genéricamente puede denominarse la vida interior del individuo, revistiendo connotaciones de índole patológica". (CNCiv., Sala M, 14/02/1994, "Garriga, Olga Norma c/El Puente S.A. de Transportes).*
- *"La incapacidad sobreviniente, la lesión estética y el daño psicológico constituyen ítems autónomos. La existen de cicatrices y la necesidad de usar muletas configuran una alteración del aspecto habitual que presentaba la víctima antes del accidente y que debe ser resarcido con independencia de la viabilidad del daño psíquico... El*

*déficit en el daño psíquico debe ser diferenciado del daño moral dado que, si bien ambos afectan el equilibrio espiritual del damnificado, aquél reviste connotaciones de índole patológica"* (CNCiv., Sala D, 16/06/92, "*Peralta, Antonio C. c/Herman, Ramón E.*", LL, 1992-E-24 - Del voto del Dr. Hernán Daray).

- *"La lesión corporal que no produce ni lesión estética o incapacidad resulta indemnizable como uno de los elementos integrativos del daño moral, lo que no excluye que se disponga su reparación de manera autónoma, en tanto no se la indemnice doblemente".* (Sup. Corte Bs. As., 09/05/89, "*Orellano de Miranda, Nélica c/Empresa de Transportes Línea 216*"), JUBA B14059.

Como vemos, muy lejos estamos de que se logre en la jurisprudencia un criterio uniforme respecto a la forma de indemnizar los distintos perjuicios a la salud, ya que muchos jueces entienden hoy en día que son rubros autónomos que deben ser indemnizados por fuera de la categoría de daño moral.

Habiendo efectuado la compulsa e investigación en un importante número de fallos en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, podemos concluir, a modo de generalidad, existen distintas tendencias jurisprudenciales según las distintas Salas; a saber:

- a) No admiten el resarcimiento de rubros en forma autónoma y por fuera de las categorías de daño patrimonial y de daño moral, las Salas A, C, D, G y J;
- b) Tampoco la Sala F admite la autonomía -en cuanto al resarcimiento- del daño psicológico, aunque en determinadas oportunidades -como en el fallo que hemos transcripto precedentemente (ver voto de la Dra. Highton)- ha manifestado que la lesión estética puede ser susceptible de ser resarcida autónomamente.
- c) Se admite el resarcimiento en forma autónoma de los perjuicios estéticos y/o psíquicos, aunque de modo excepcional, en la Sala B<sup>185</sup>;
- d) No se ha apreciado un criterio uniforme al respecto en la Sala E;

<sup>185</sup> CNCiv., Sala B, 16/11/99, "*P.B.D. c/Zunino de Cardoner, Laura*", LL, 2000-D-497; íd., 23/08/91, "*Lampert, Hilda M. c/Fernández, Carlos A. y otro*", LL, 1992-B-250, con nota de Roberto Vázquez Ferreyra.

- e) Han admitido el resarcimiento del daño psíquico en forma autónoma las Salas K y L, aunque sólo cuando las consecuencias dañosas han revestido importancia o gravedad<sup>186</sup>;
- f) Admiten la existencia de daños autónomos y su resarcimiento en tal carácter, las Salas H, I y M.

Asimismo, es importante destacar que en nuestro país, esta cuestión del daño a la persona también fue motivo de debate en las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Tucumán del 20 al 23 de Septiembre de 1993, en donde se debatió si el mismo debía constituir un tercer género de reparación, más allá del daño patrimonial y del daño moral.

El despacho mayoritario de la Comisión Nro. 2 -presidida por los Dres. Atilio Aníbal Alterini e Isidoro Goldemberg- resolvió que en nuestro derecho sólo cabe aceptar dos categorías de daños: el patrimonial y el moral o extrapatrimonial (conclusión 2.a). Sólo existió un voto minoritario (Dr. Monti) que destacó que el daño personal a la integridad física o daño biológico constituía una tercera categoría de daños (conclusión 2.c). Finalmente, se estableció que el daño patrimonial y el daño moral han ampliado doctrinariamente su contenido tradicional abarcando suficientemente la totalidad de las pretensiones resarcitorias (conclusión 5).

También en dichas Jornadas existió un despacho minoritario que aconsejó, para las lesiones a la integridad física, que sería conveniente determinar valores mínimos de reparación para todas las personas. No compartimos tal postura. No podemos aceptar tal punto de vista, porque las consecuencias dañosas varían según las características y situaciones personales de cada individuo que las padece. En este sentido, se ha dicho con acierto que los seres humanos que tienen proyecciones espirituales y sociales de diversa intensidad y calidad<sup>187</sup>. En consecuencia, no se puede ni se debe poner un precio mínimo a la lesión a la salud, porque la misma no vale por sí misma sino en razón de las consecuencias dañosas que provoca a quien las sufre. Como ejemplo de ello, vemos que una fractura de tibia y peroné no provocará el mismo daño en una persona que trabaja en una oficina y que practica deportes con fines recreativos,

<sup>186</sup> CNCiv., Sala K, 23/03/99, "Bayne, Carlos J. c/González, José A.", LL, 1999-F-804;

CNCiv., Sala L, 31/03/99, "B., F.E. c/Maccarone, Pedro A.", LL, 1999-D-497.

<sup>187</sup> Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", Tomo 4, "Presupuestos y funciones del Derecho de daños", Ed. Hammurabbi, Buenos Aires, pág. 234.

que en un futbolista en donde el deporte constituye su medio de vida y su inactividad es susceptible de ocasionarle perjuicios patrimoniales.

## **VII – CONCLUSIONES**

- 1) El daño jurídico es la lesión a unos intereses jurídicos patrimoniales o extrapatrimoniales que provoca consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales.
- 2) El Código Civil ha establecido como únicas categorías habilitadas de daño la de daño patrimonial (Arts. 519, 1068 y 1069 CC) y la de daño moral (Arts. 522 y 1078 CC).
- 3) La dualidad daño patrimonial - daño extrapatrimonial (daño moral) es lógicamente exhaustiva y obedece a una regla de la lógica formal: todo daño que no se sufre en el patrimonio, repercute por fuera de él, es decir, en la faz espiritual o extrapatrimonial del sujeto. Si imaginamos que tenemos que enseñar a un niño los rudimentos de la lógica formal, podemos esperar que él entienda rápidamente que la dupla blanco - no blanco cubre todos los posibles colores. Del mismo modo, entendemos por nuestra parte que la dualidad daño patrimonial - daño extrapatrimonial abarca todos los supuestos de daño, ya que lo que no repercute en el patrimonio de la persona, repercute fuera del mismo, es decir, en su faz extrapatrimonial.
- 4) Nuestro derecho ya no acepta un concepto de daño que consista en la lesión a bienes jurídicos, puesto que -como vimos- dicha acepción ha sido ampliamente superada. Y la salud, al igual que la estética, el honor, la identidad, el proyecto de vida, la vida de relación, la psique, etc., representan bienes de carácter personalísimo que resultan ser asientos de derechos subjetivos, pero que no pueden ni deben ser resarcidos autónomamente, puesto que el Derecho de Daños no resarce la simple lesión a los bienes de una persona sino la lesión a intereses legítimos de ella. En consecuencia, un daño será tal en sentido jurídico, en la medida que, sin estar justificado, afecte algún interés y que, además, provoque consecuencias; caso contrario, nos

encontraremos ante menoscabos naturalísticos pero no frente a un verdadero daño en sentido jurídico.

- 5) En tal sentido un daño será patrimonial o extrapatrimonial (moral) según sea la índole del interés lesionado. Por ello, cuando nos referimos al daño a la salud, debemos determinar si el mismo sólo afecta un interés extrapatrimonial de quien lo padece o, si por el contrario, también afecta un interés de carácter patrimonial de éste (vgr. gastos de medicamentos, atención médica, tratamientos de rehabilitación, lucro cesante). Tal catalogación del daño a la salud, no implica, en absoluto, dejar fuera de la órbita de reparación a los perjuicios que se ocasionen contra ella, y mucho menos, a todas aquellas nuevas manifestaciones del daño a la persona, como ser el daño sexual, el daño al proyecto de vida, el daño a la intimidad, el daño a la vida de relación, el daño estético, etc.
- 6) Todo daño a la salud debe ser indemnizado desvinculándolo definitivamente al mismo de toda nota de patrimonialidad, como ser la pérdida de ganancias, la afectación de la actividad productiva, etc., tal como lo ha sostenido la Corte Suprema en el fallo "Pose José D. c/Pcia. de Chubut" (LL, 1994-B-432) al que nos refiriéramos precedentemente (ver nota nro. 184). Pero ello, claro está, no significa en absoluto que deba ser indemnizado en forma autónoma e independiente de las categorías establecidas por el Código Civil de daño patrimonial y daño moral.
- 7) Toda afectación de la salud de una persona provoca -al menos- una lesión a un interés extrapatrimonial (espiritual) de ésta, al margen de que pueda acarrearle o no además consecuencias dañosas patrimoniales. Una persona, ante una alteración de su salud por un evento dañoso, sufre una descompensación en su equilibrio físico y espiritual del que gozaba antes de padecer el daño. Y es función del Derecho de Daños recomponer ese equilibrio sicofísico del que gozaba la víctima, en la medida que la lesión no se encuentre justificada. Esa lesión a la salud necesariamente provoca una afectación en la faz espiritual de la persona y dichas consecuencias dañosas deben ser resarcidas como daño moral o daño extrapatrimonial; si, además, con el evento dañoso se le ocasionan a la víctima perjuicios de índole económico

(vgr. daño emergente y/o lucro cesante), éste será resarcido a título de daño patrimonial.

- 8) Recomendación: Lo que sí resulta necesario, y valga esto como reflexión final, es aceptar una ampliación del concepto del daño moral, a fin de que dentro de este último puedan obtener resarcimiento todos aquellos perjuicios de índole extrapatrimonial que afectan a la persona. Es decir, no se debe concebir únicamente el daño moral como modo de reparación del *pretium doloris* (daño causado por el sufrimiento físico resultante de las heridas y de las curas médicas: vgr. insomnio, tristeza, angustia, sufrimiento, etc.), sino como omnicomprendivo de todos los perjuicios de índole extrapatrimonial que pueden afectar al ser humano, y que lesionan intereses amparados por el ordenamiento jurídico, generando alteraciones en las capacidades de querer, de sentir y de entender. Este camino parece haber iniciado el Proyecto de Código Civil de 1998, cuando al referirse a los alcances del daño en su art. 1600, determina que el mismo comprende al daño patrimonial y al daño *extrapatrimonial*, abandonando definitivamente la denominación de daño moral.



**Carlos Alberto CALVO COSTA**  
D.N.I. 17.108.236  
Legajo Nro.: 14.088/1

## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- "El Derecho Privado en la Argentina: conclusiones de congresos y jornadas de los últimos treinta años", Universidad Notarial Argentina, 1991.
- "Proyecto de Código Civil de la República Argentina. Unificado con el Código de Comercio para el año 2000", Ed. San Isidro Labrador, Buenos Aires, 1999.
- Acuña Anzorena, Arturo, "Actos Ilícitos. Definición y elementos", en "Estudios sobre la Responsabilidad Civil", Ed. Platense, La Plata, 1963.
  - "La reparación del agravio moral en el Código Civil", LL, 16-536.
- Agoglia, María M., Boragina, Juan C., Meza, Jorge A., "Responsabilidad por hecho ajeno", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995.
- Agoglia, María Martha, "El Daño Jurídico: enfoque actual", Fondo Editorial de Derecho y Economía, La Ley, Buenos Aires, 1999.
- Albadalejo, Manuel, "Instituciones de Derecho Civil", Librería Bosch, Barcelona, 1960.
- Alpa, Guido, "La liquidazione del danno alla persona nei progetti di riforma legislativa", en Canale, M. – Gianelli Castiglione, A., "La valutazione del danno alla persona da invalidità permanente", Giuffrè, Milan, 1990.
- Ataz López, Joaquín, "Los médicos y la responsabilidad civil", Ed. Montecorvo, Madrid, 1985.
- Bonasi Benucci, Eduardo, "La responsabilidad civil", traducción de Juan V. Fuentes Lojo y José Pérez Raluy, Bosch, Barcelona, 1958.
- Boragina, Juan Carlos, "El daño" en "Derecho Privado - Libro Homenaje al Dr. Alberto J. Bueres", Ed. Hammurabbi, Buenos Aires, 2001.
- Brebbia, Roberto, "El daño moral", Ed. Orbir, Rosario, 1967.
- Bueres, Alberto J., "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, "Daños a la Persona", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1992.
  - "El daño injusto y la ilicitud e ilicitud de la conducta", en "Derecho de daños", libro homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe, 1989.
- Busnelli, Francesco Donato, "Problemas de la clasificación sistemática del daño a la persona", en Mosset Iturraspe, Jorge, "Daños", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991.
  - "Danno biologico e danno alla salute", en Bargagna, M. – Busnelli, F., "La valutazione del danno alla salute", Cedam, Padova, 1988.

- Busto Lago, José Manuel, *"La antijuridicidad del daño resarcible"*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998.
- Carnelutti, Francesco, *"Il danno e il reato"*, Cedam, Padova, 1930.
- Cassano, Giuseppe, *"El daño existencial"*, en *"Revista de Responsabilidad Civil y Seguros"*, Año IV, Nro. 2. marzo - abril 2002, Ed. La Ley, 2002.
- Cendom, Paolo - Ziviz, P. (a cargo de) *"El daño existencial. Una nueva categoría de la responsabilidad civil"*, Milán, 2000.
- Cendom, Paolo, *"Tratatto breve dei nuovi danni: Il risarcimento del danno esistenziale"*, Cedam, Padova, 2002.
- Chiarloni, Sergio, *"Daño existencial y actividad jurisdiccional"*, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año IV, Nro. IV, julio-agosto 2002, Ed. La Ley, 2002.
- De Cupis, Adriano, *"El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil"*, traducción de la 2ª edición italiana y estudio preliminar por Angel Martínez Sarrión, Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona.  
- *"Danno (diritto vigente)"*, en *"Enciclopedia di Diritto"*, Milano, 1962.
- De Trazegnies, Fernando, *"La responsabilidad extracontractual"*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988.
- Fappiano, Oscar L., *"El daño al proyecto de vida en el Proyecto de Código Civil de la República Argentina frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos"*, en *"Revista de Responsabilidad Civil y Seguros"*, Año II, Nro. 3, mayo-junio de 2000, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000.
- Fernández Sessarego, Carlos, *"Derecho y persona. Introducción a la Teoría del Derecho"*, 4ª edición, Ed. Grijley, Lima, Perú, 2001.  
- *"La protección a la personalidad humana"*, en obra colectiva *"Daño y protección a la persona humana"*, Ed. La Rocca, Buenos Aires.
- Gamarra, Jorge, *"Tratado de Derecho Civil Uruguayo"*, Fundación de Cultura Universitaria, Segunda Edición, Montevideo, Uruguay, 1991.
- Iribarne, Héctor Pedro, *"De los daños a la persona"*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1993.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída, *"El daño a la persona. ¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?"* en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Tomo 1, *"Daños a la persona"*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1992.
- Larenz, Karl, *"Derecho de Obligaciones"*, traducción de Jaime Santos Briz, T. I, EDERSA, Madrid, 1958.

- Loizaga, Eduardo, "*Daño moral: ¿existen como categorías autónomas las lesiones psíquicas o estéticas?*", en "*Derecho Privado*", Libro homenaje a Alberto J. Bueres, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001.
- Lorenzetti, Ricardo L., "*Las nuevas fronteras de la responsabilidad por daños*", L.L. del 09/05/96.
  - "*La lesión física a la persona. El cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante*", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Tomo 1, "*Daños a la persona*", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1992.
- Lucchini-Guastalla, Emanuele, "*El daño por procreación indeseada*", en "*Derecho Privado*", Libro homenaje a Alberto J. Bueres, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001.
- Martins-Costa, Judith, "*Los daños a la persona en el derecho brasileño y la naturaleza de su reparación*", en "*Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*", Año III, Nro. 2, marzo - abril de 2001.
- Mastropaolo, G., "*Tutela della salute, risarcimento del "danno biologico" e difesa dalle immisioni*" en "*Giur. it.*", 1984, T.I, 1, Nota a fallo: Cass., 06/04/83, nro. 2396.
- Mazeaud, Henri, León y Jean, "*Lecciones de derecho civil*", traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Parte Segunda, Vol II, EJEA, Buenos Aires, 1960.
- Messineo, Francesco, "*Manual de Derecho Civil y Comercial*", traducción de Sentís Melendo, E.J.E.A., Buenos Aires, 1971.
- Mosset Iturraspe, Jorge, "*Daño Moral. Noción. Crítica a la denominación. Daño extrapatrimonial. Daño a la persona*", en "*Revista de Derecho de Daños*", Nro. 6, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.
  - "*Responsabilidad por daños. El daño moral*", Tomo IV, Ediar, Buenos Aires, 1985.
- Ordoqui Castilla, Gustavo, "*Pautas y criterios para la evaluación judicial del daño a la persona*", en "*Código Civil peruano: Balance y perspectivas*", Tomo II, Universidad de Lima y WG Editor, Lima, 1995.
- Orgaz, Alfredo, "*El daño resarcible*", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1960.
- Osorio, Manuel, "*Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*", Editorial Claridad S.A., 1984, distribución exclusiva Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina.
- Perlingieri, Pietro "*Il diritto civile nella legalità costituzionale*", ESI, Napoli, 1984.

- Perlingieri, Pietro, *"La personalità umana dell'ordenamiento jurídico"*, Ed. Jovene, Napoli, s/f.
- Pizarro, Ramón Daniel – Vallespinos, Carlos Gustavo, *"Instituciones de Derecho Privado: Obligaciones"*, Ed. Hammurabbi, Buenos Aires, 1999.  
- *"Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición"*, Ed. Hammurabbi, reimpresión, Buenos Aires, 2000.
- Pogliati, Mario, *"Dal sistema resarcitorio tradizionale a quello innovativo"*, en Autores Varios, *"Il danno biologico, patrimoniale, morale"*, Giuffrè, Milan, 1990.
- Reis, Clayton, *"El daño a la persona en el Derecho brasileño"*, en *"Derecho Privado"*, Libro homenaje a Alberto J. Bueres, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001.
- Rogel Vide, Carlos, *"La responsabilidad civil extracontractual. Introducción al estudio jurisprudencial"*, Civitas, Madrid, 1977.
- Rousseau, Claude, *"Il barèmes di invalidità in Francia con particolare riguardo al settore del Diritto Civile"*, en Canale, M. y Gianelli Castiglione, A., *"La valutazione del danno alla persona da invalidità permanente"*, Giuffrè, Milán, 1990.
- Santos Briz, Jaime, *"La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal"*, Ed. Montecorvo S.A., Madrid, 7ma. edición, 1993.
- Scognamiglio, Renato, *"Responsabilità Civile"*, en *"Novísimo Digesto Italiano"*, Tomo XV, Utet, Torino, 1969.
- Stiglitz, Gabriel, *"Daños y Perjuicios"*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1987.
- Vázquez Ferreyra, Roberto A., *"Importantisimos aspectos del derecho de daños en un fallo sobre responsabilidad médica"*, LL, 1996-D-447.
- Viana Severo, Sérgio, *"Os Danos Extrapatrimoniais"*, Ed. Saraiva, Sao Paulo, 1996.
- Vilanova, José M., *"Elementos de Filosofía del Derecho"*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979.
- Viney, Geneviève – Markesinis, Basil, *"La reparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et francais"*, Económica, París, 1985.
- Visintini, Giovana, *"Tratado de la responsabilidad civil"*, Ed. Astrea, 1999, traducción de Aída Kemelmajer de Carlucci.  
- *"Il danno ingiusto"* en Rivista Critica di Diritto Privato, Año 1987.

- Zannoni, Eduardo, "*El daño en la responsabilidad civil*", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982.
- Zavala de González, Matilde, "*El concepto de daño moral*", JA, 1985-I-728.
  - "*Resarcimiento de daños: Daños a las personas (integridad sicofísica)*", Tomo 2a, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
  - "*Resarcimiento de daños: Presupuestos y funciones del Derecho de daños*", Tomo 4, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000.