



*JUAN CARLOS BORAGINA*

*Profesor titular – Universidad de Buenos Aires (Argentina)*

*JORGE ALFREDO MEZA*

*Profesor titular – Universidad de Buenos Aires (Argentina)*

## EL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL

*SUMARIO: 1. El daño en la responsabilidad civil. – 2. Concepto jurídico de daño en el Código Civil vigente. – 3. El daño moral en el Código actual. Posturas. – 4. Contenido del daño moral. – 5. Los requisitos o recaudos de resarcibilidad. – 6. Carga de la prueba del daño moral. Criterios. Nuestra opinión. – 7. El concepto de daño moral en el nuevo Código. Nuevos legitimados activos. Valoración y cuantificación. Carga de la prueba.*

**1.** – El daño ostenta la condición de *presupuesto central* de la responsabilidad civil, en derredor del cual orbitan los restantes que integran el deber de responder por acto ilícito (acción, antijuridicidad, relación causal, factor de atribución)<sup>1</sup>.

Además, como resulta *intrínsecamente injusto*, con independencia del disvalor de la conducta, tal calidad ha posibilitado que el concepto de responsabilidad (inescindiblemente unido al daño) también esté presente en ciertos *actos lícitos*, dando acceso a la reparación aún en ausencia de ilicitud (por caso, actos dañosos del Estado por acto lícito, daños *necesarios* o cometidos en estado de necesidad, legítima defensa, autoayuda, etc., donde habitualmente no se reconoce una *conducta causativa injusta*)<sup>2</sup>.

**2.** – Sin pretender con ello agotar todas las variantes explícita o implícitamente expuestas, se observan, al menos, cuatro corrientes principales en la disputa del concepto jurídico del daño en el derecho argentino.

Una primera postura (*fenoménica o naturalística*) identifica al daño con el menoscabo o pérdida de un *bien jurídico* (cosas, derechos o bienes que no son cosas, atributos de la personalidad o entidades extrapatrimoniales, como la vida, el honor, la integridad psicofísica, etc.)<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Bueres, Alberto J., prólogo a “La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y el contrato de trabajo”, de Roberto Vázquez Ferreyra, Rosario, 1988; id. Agoglia, María Martha, “El daño jurídico. Enfoque actual”, La Ley, 1999, pág. 1 y ss.

<sup>2</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, “La prescripción de la acción por indemnización derivada de la actividad extracontractual lícita del Estado ¿responsabilidad o expropiación?”, JA, 11/5/88.

<sup>3</sup> Larenz, Karl, “Derecho de las obligaciones”, tr. Jaime Santos Briz, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959 Tº 1 p. 193; Lacruz Berdejo y otros, “Derecho de las obligaciones”, vol. 1, Bosch, 2ª edición, 1985 p. 513; Santos



De este modo, el daño se perfila como un detrimento que sufre la persona en sus bienes vitales o en su patrimonio.

Una segunda opinión sostiene que el daño se exterioriza cuando se produce la lesión, menoscabo, mengua o agravio de un *derecho subjetivo* patrimonial o extrapatrimonial que genera responsabilidad, esto es, cuando se violenta el poder jurídico de la voluntad que garantiza el goce de ciertos bienes de los cuales resulta titular el sujeto. El daño no estaría en la afectación del bien jurídico amparado por el derecho subjetivo, sino en la *garantía* que éste otorgada al titular del bien<sup>4</sup>.

En otra posición se ubica la corriente que identifica al daño con *las consecuencias* o repercusiones perjudiciales – patrimoniales o extrapatrimoniales – que se desprenden de la lesión a un derecho o a un interés, presupuesto de aquél<sup>5</sup>.

Finalmente se sostiene la tesis que concibe al daño como la *lesión a un interés jurídico*, patrimonial o extrapatrimonial, susceptible de ser reparado<sup>6</sup>, a la cual adherimos.

**3.** – Reproduciendo en este ámbito la diversidad de opiniones que se observa en la discusión sobre el daño en general (y como reflejo de éstas), y dado que el Código Civil actualmente vigente únicamente reconoce dos categorías de daños (patrimonial, arts. 519, 1068, 1069 y c.c.; y moral, arts. 522 y 1078<sup>7</sup>, para la *corriente fenoménica* habrá daño moral cuando se afecten *bienes extrapatrimoniales*, esto es, aquellos que tienen un valor precioso en la vida del hombre: el honor, la paz, la tranquilidad de espíritu, la salud, la libertad individual, la integridad psicofísica y demás sagrados afectos<sup>8</sup>.

Dicho de otra manera: cuando se lesionen los sentimientos, produciendo dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas<sup>9</sup>.

Para la posición que anuda al daño con el menoscabo a un *derecho subjetivo*, habrá daño mo-

---

Briz, “La responsabilidad civil– derecho sustantivo y derecho procesal”, Montecorvo S.A., Madrid, 1986, 4ª edición, p. 135.

<sup>4</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, tomo 1, “Daños a la persona”, citado, pág. 237 y ss.).

<sup>5</sup> Orgaz, Alfredo, “El daño resarcible”, Lerner, Córdoba, 1980; id. Pizarro, Ramón D.-Vallespinos, Carlos G., “Instituciones de Derecho Privado-Obligaciones, Hammurabi, Bs. As., tomo 2, pág. 639, doctrina y jurisprudencia allí citadas.

<sup>6</sup> Bueres, Alberto J., “El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta”, en Derecho de Daños, Homenaje al Profesor Doctor Jorge Mosset Iturraspe, Ed. La Rocca, Buenos Aires, abril de 1989, págs. 141 y ss; Zannoni, Eduardo, “El daño en la responsabilidad civil”, Astrea, Buenos Aires, pág. 6.

<sup>7</sup> Bueres, Alberto J., “El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta”, citado, págs. 141 y ss.

<sup>8</sup> SCBA, Ac. 54.767, 11/7/95, Alonso de Sella c/Dellepiane.

<sup>9</sup> Alterini, Atilio-Ameal, Oscar-López Cabana, Roberto, “Derecho de Obligaciones”, Abeledo-Perrot, Bs. As., pág. 215.



ral cuando se afecte un derecho subjetivo patrimonial o extrapatrimonial que tenga “proyección moral”, sin atender a la naturaleza de los derechos lesionados<sup>10</sup>.

Para la tercera corriente – que pone el acento en la naturaleza de las consecuencias del ilícito – el daño moral es toda *modificación disvaliosa del espíritu*, derivada de la lesión a un interés no patrimonial, que lesiona las capacidades volitiva, intelectual o sensitiva y que se traduce en un modo distinto de estar, anímicamente perjudicial<sup>11</sup>.

Por su parte, para la postura que identifica al daño con la lesión a un interés, habrá daño moral toda vez que se lesione un interés extrapatrimonial, susceptible de reparación<sup>12</sup>. En nuestra opinión, esta última doctrina es la que más se acerca a la verdadera *naturaleza* del daño moral en el derecho argentino.

La corriente fenoménica parece no considerar que *el derecho no protege los bienes en sí mismos*, sino en tanto y en cuanto éstos dan satisfacción a *necesidades* humanas, en este caso espirituales: de allí, precisamente, que la esencia del daño deba asociarse a la *frustración* de la posibilidad de continuar satisfaciendo esos requerimientos extrapatrimoniales, en virtud de la pérdida o alteración del bien (patrimonial o extrapatrimonial) que lo posibilitaba, no con este último acontecimiento empírico<sup>13</sup>.

La postura que ve en el daño una violación a un derecho subjetivo extrapatrimonial, en pureza está asociándolo a la lesión de su *sustrato* (interés legítimo), pues, en rigor de verdad, el derecho subjetivo permanecerá incólume a fin de garantizar o amparar la posibilidad de obtener su reparación.– Ello, sin perjuicio de la existencia de intereses que no confieren al sujeto derecho subjetivo alguno, no obstante lo cual resultan resarcibles<sup>14</sup>.

Finalmente, definir al daño por sus *consecuencias* implicaría, *prima facie*, un concepto anti-tético (derivado de la identificación de la *causa*-daño – con sus *efectos*-repercusiones dañosas).

Por otra parte, existen consecuencias disvaliosas para el espíritu cuya producción no habilita resarcimiento según el Código vigente y, por ende, no podrían integrar el concepto *jurídico* de daño, al neutralizarle la *potencialidad* de ser reparado –.

Todo ello fortalece la idea de que *el daño moral se vincula exclusivamente con la lesión de intereses de naturaleza extrapatrimonial*, esto es, espirituales, pues, al decir de Alberto Bueres, “lo extrapatrimonial no tiene cabida si no se conecta con el espíritu”<sup>15</sup>.

Desde esta perspectiva, la situación de nocividad acontecerá, entonces, cuando se modifique la relación ontológica entre el sujeto que experimenta la necesidad espiritual y el bien (patrimo-

<sup>10</sup> Bueres, Alberto J., “El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta”, en Derecho de Daños, cit., pág. 166.

<sup>11</sup> Pizarro, Ramón D., “Daño moral”, Ed. Hammurabi, pag. 559 y ss.

<sup>12</sup> Bueres, Alberto J., “El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta”, cit., pág. 172.

<sup>13</sup> Ver nota anterior.

<sup>14</sup> Zannoni, Eduardo, “El daño en la responsabilidad civil”, Astrea, Buenos Aires, pág. 6 y ss.

<sup>15</sup> Bueres, Alberto J., Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, “Daños a la Persona”, pág. 237/67, “El Daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, la sique, a la vida de relación y a la Persona en general).



nial o extrapatrimonial) que tiene la susceptibilidad de satisfacerla<sup>16</sup> o – en otras palabras – cuando se altere la situación de provecho respecto de ciertos bienes que tienen la aptitud de satisfacer o colmar menesteres espirituales o el poder de actuar hacia el objeto de satisfacción de los mismos<sup>17</sup>.

No basta para conformar el concepto de daño moral, no obstante, que la lesión recaiga sobre un interés desprotegido de juridicidad.

En efecto, el interés lesionado deberá ser *juridico*, esto es, merecer amparo del derecho objetivo.

Pero a diferencia de lo que ocurre en materia de daño patrimonial (donde basta que el interés lesionado sea *simple o de hecho*, conf. art. 1079 CC), en el Código vigente, por la limitación del art. 1078, solo habrá daño moral susceptible de ser reparado en el supuesto de alteración de una situación *jurídica* de provecho, amparada por un derecho subjetivo (interés legítimo).

Vale destacar, no obstante, que esta última resulta una norma que no ha tenido posibilidad, en varios casos, de sortear el *test de constitucionalidad*, no sólo por resultar incompatible con el art. 1079 del mismo cuerpo (que no restringe al damnificado indirecto el acceso a la reparación del daño patrimonial) y consagrar una notoria desigualdad ante la ley (art. 16 CN), sino por no corresponderse con el *alterum non laedere* desde una doble vertiente: de un lado, porque este principio no distingue la esencia patrimonial o extrapatrimonial del interés lesionado para considerarlo jurídicamente “daño” y, consecuentemente, para habilitar su resarcimiento; y de otro, porque el fundamento del art. 1078 es privilegiar la situación del responsable por encima de los damnificados, jaqueando el derecho de estos últimos a la reparación *integral* del daño sufrido, a pesar del reconocimiento constitucional de esta posibilidad<sup>18</sup>.

4. – Por otra parte, caracterizado ontológicamente el daño como lesión a un interés lícito y descartado el daño a la persona como un *tertium genus*<sup>19</sup>, resulta necesario abandonar el estrecho marco que vincula al daño moral con el *pretium doloris* y reemplazarlo por un criterio amplio, abarcativo de toda lesión a un interés extrapatrimonial – directo o indirecto – generado por el ilícito.

En su virtud, debe involucrarse dentro del ítem a toda lesión que provoque una modificación disvaliosa del espíritu, tanto en el sentir, como en el entender y el querer.

En dicha tesitura compartimos el pensamiento del maestro Alberto Bueres, quien, destacando que el daño moral ha de ser reparado a tenor de su contenido *estrictamente subjetivo* (o espiri-

---

<sup>16</sup> De Cupis, Adriano, “El daño”, Bosch, Barcelona, 1975, pág. 109 y 110.

<sup>17</sup> Zannoni, Eduardo, “El daño en la responsabilidad civil”, Astrea, Buenos Aires, pág. 6.

<sup>18</sup> Zannoni, Eduardo, “El daño en la responsabilidad civil”, Astrea, Buenos Aires, pág. 6.

<sup>19</sup> Boragina, Juan Carlos-Meza, Jorge Alfredo, “Daño biológico”, en Revista de Derecho de Daños, tomo 2011-3, pág. 253.



tual), acepta que se interprete 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>20</sup>.

De modo coincidente opina Daniel Ramón Pizarro, para quien asistimos a una notable expansión conceptual y funcional de la noción de daño moral, que ha superado definitivamente el rígido molde del *pretium doloris* y su vinculación con la idea *de pena* o *sanción ejemplar*; expandiendo sus alcances a todas las facetas que hacen a la espiritualidad de la persona humana, cualquiera sea la génesis del detrimento. De allí que “la modificación disvaliosa del espíritu proyecta sus efectos con amplitud hacia ámbitos específicos de la subjetividad de la víctima, como su capacidad de entender, querer o sentir. Advierta el lector que el daño moral supera el ámbito de lo meramente afectivo, de los sentimientos, y proyecta también sus efectos hacia otras zonas de la personalidad que merecen debida protección: la capacidad de entender y la de querer”<sup>21</sup>.

Merece también destacarse, en este sentido, el pensamiento de Matilde Zavala de González, quién también participa de esta visión amplia del daño moral, al no limitarlo a la órbita afectiva o de los sentimientos, proyectándolo también a la vida intelectual y volitiva, como componentes de la dimensión espiritual de la persona<sup>22</sup>.

En suma, estamos convencidos de que mediante una conceptualización amplia del contenido del daño moral – abarcativa de toda afectación de un interés extrapatrimonial – se suministra una respuesta adecuada al damnificado, al involucrarse todas las hipótesis posibles de afectación y reparación, tornándose por ello innecesario recurrir a la noción de daño a la Persona como tercer género<sup>23</sup>.

**5. – La noción jurídica de daño se integra necesariamente con los recaudos de reparabilidad, toda vez que debe estar en condiciones potenciales de ser resarcido.**

Se conforma, de este modo – como anticipamos – una suerte de noción *normativa*, en tanto no será daño aquella lesión que recaiga sobre intereses que, aunque lícitos, no sean susceptibles de ser resarcidos.

---

<sup>20</sup> Bueres, Alberto J., Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, vol. “Daños a la Persona”, pág. 237/67, El Daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, la sique, a la vida de relación y a la Persona en general.

<sup>21</sup> Pizarro, Ramón Daniel, “Daño Moral – Prevención/Reparación/Punición”, pág. 86 a 89); Pizarro, Ramón Daniel y Roitman, Horacio “El daño moral y la persona física” en Revista de Derecho Privado y Comunitario, volumen “Daño a la Persona”, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 215/35.

<sup>22</sup> Código Civil y normas complementarias, Bueres-Highton, comentario art. 1078 CC, pág. 169/84).

<sup>23</sup> Boragina, Juan Carlos-Meza, Jorge Alfredo, “Daño biológico”, en Revista de Derecho de Daños, tomo 2011-3, citada en nota 18.



Ello así, la lesión, para ser reconocida en su resarcibilidad, deberá abastecer los requisitos de *certidumbre, subsistencia, personalidad y adecuación al régimen de extensión del resarcimiento* previsto legalmente.

La *certidumbre* implica que el daño moral deberá ser real y efectivo, no hipotético ni conjetural<sup>24</sup>.

Ello no importa desestimar la posibilidad de reparar el daño moral *futuro*, habida cuenta que, en estos casos, existe una probabilidad “cierta” (en cuanto a su virtual acaecimiento) de que la lesión al interés extrapatrimonial sucederá en el porvenir, como prolongación necesaria de la situación de nocividad actual<sup>25</sup>.

En cuanto al recaudo de la *subsistencia*, exige que el daño no haya sido reparado por el responsable, más allá de que el propio damnificado – o un tercero – hubieren proveído al reestablecimiento del estado anterior al nocimiento, dado que esta última circunstancia no importa la cancelación de la deuda de responsabilidad que pesa sobre aquél<sup>26</sup>.

La *personalidad* del daño está emparentada con la *titularidad del interés lesionado* (no necesariamente con la titularidad del bien afectado), circunstancia que habilita las categorías de daño moral *directo* (cuando se lesiones el interés extrapatrimonial de la víctima) y *daño moral indirecto* (cuando la lesión al interés extrapatrimonial sobrevenga de resultados del fallecimiento de la víctima).

Cabe apuntar que este recaudo tampoco está ausente en los supuestos de daño a los *intereses colectivos o difusos*, dado que, en estos casos, también existe un interés *propio* lesionado, aunque el goce del bien afectado, por ser *común*, no resulte exclusivo<sup>27</sup>.

Finalmente, el daño, para ser potencialmente reparable, debe haber producido *consecuencias* que se adecuen a las categorías establecidas en el Código Civil, en base a las reglas de la *causalidad adecuada*.

En otros términos, dichas repercusiones (en este caso extrapatrimoniales) deberán ajustarse a la extensión reparatoria prevista en nuestro ordenamiento civil, conforme pautas de *previsibilidad* en abstracto.

No obstará al reconocimiento del daño moral, que éste haya sido producto de un ilícito extracontractual o devenga del incumplimiento de una obligación contractual (art. 522 Cód. Civ.), sin perjuicio de que se presuma cuando se afecta un bien de naturaleza extrapatrimonial y deba ser probado cuando la afectación recae en un bien susceptible de apreciación económica, como veremos más adelante.

---

<sup>24</sup> Fallos, 308:1118,1144, 1109, ED, 120-649 y Fallos, 283:213, 22317; Boragina, Juan C.-Meza, Jorge Alfredo, “Inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil”, en “Revista de Responsabilidad Civil y Seguros”, La Ley, Año IX n. 12, diciembre de 2007; y “Daño moral: legitimación de los damnificados indirectos”, La Ley, 16 de julio de 2007.

<sup>25</sup> Zannoni, Eduardo, “El daño en la responsabilidad civil”, Astrea, Bs. As., págs. 23 y ss.

<sup>26</sup> Moisset de Espanés, Luis, “Reflexiones sobre el daño actual y el daño futuro, con relación al daño emergente y al lucro cesante”, Ed, 59-791.

<sup>27</sup> Pizarro, Ramón D.-Vallespinos, Carlos G., “Instituciones de Derecho Privado-Obligaciones”, citado, tomo 2, pág. 654.



6. – Existen diferentes criterios respecto de la carga de la prueba del daño extrapatrimonial en el Código Civil vigente.

Para un sector de opinión, (a) el daño moral debe darse por *presumido* a partir de la demostración de la acción antijurídica, permitiéndose al accionado la prueba en contrario. En especial cuando, a su vez, el bien jurídico lesionado fuese la persona humana o un derecho de la personalidad.

Es decir que se trata de una *presunción iuris tantum* que surge automáticamente al tipificarse una acción u omisión antijurídica<sup>28</sup>.

Otro criterio (b) predica una distinción, según que el daño moral fuera generado por un ilícito aquiliano o por el incumplimiento de una obligación contractual<sup>29</sup>, teniendo en cuenta la diversidad regulatoria de ambas situaciones en el Código actual. Esta corriente distribuye entonces la carga de la prueba del daño moral según la diferente *causa fuente* de la obligación infringida.

Se sostiene, en tal sentido, que cuando la responsabilidad es de raíz contractual, la prueba del daño moral corresponde siempre al actor; en tanto que si la misma resultase de fuente aquiliana, dicho perjuicio se presumiría *iuris tantum*.

Como fundamento de ello, se señala que “esos criterios aparecen indudablemente influidos por lo que sucede más o menos habitualmente ya que, de ordinario, en el incumplimiento contractual sólo resulta afectado un interés económico, siendo excepcional que se produzca un agravio moral”<sup>30</sup>.

Hemos sostenido en anteriores oportunidades que esta postura dominante se nutre, indirectamente, de la polémica suscitada a partir de la diferente redacción de los artículos 1078 y 522 del Código Civil<sup>31</sup>.

En efecto, en relación a dichos preceptos, la doctrina mayoritaria interpreta que, en el primer caso (art. 1078), el resarcimiento comprende invariablemente al daño moral, mientras que en el segundo (art. 522) *podrá o no abarcarlo*, según criterio judicial.

Dicha aparente división de regímenes, en lo que se refiere a la hipotética obligatoriedad que para el órgano judicial tendría el otorgamiento de la reparación por daño moral mediando un

---

<sup>28</sup> SCBA, 27/2/79, “Costa, Edgardo R. c. Municipalidad de Lomas de Zamora”, DJBA, 116-398; Cam. Nac Civil, Sala F., “Antonini c Villegas”, 6 de Mayo de 2008, MJ-JU-M-36089-AR.

<sup>29</sup> CNCrim. y Corr., Sala IV, 29/10/89, ED, 145-621; Cám. en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, 19 de Junio de 2008, “Moyano, M c/ Telefónica Argentina”, MJ-JU-M-36053-AM; Cám. Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, 15-Marzo-07, MJ-JU-M-11335-AZ; Cám. Nacional Apelaciones en lo Comercial, Sala D, “Kreszels c Bco Patagonia”, 6 de Mayo de 2001, MJ-JU-M-67033-AR; SCBA, Ac.69113 del 21-11-2011; SCBA, C.96272 del 13-7-011; Cám. Civil y Comercial de San Isidro, Sala II, 26-4-07 “Reynal O’Connor c/ Edwin”.

<sup>30</sup> Trigo Represas-Compagnucci de Caso, “Responsabilidad civil por accidente de automotores”, t. 2, § 25, p. 581).

<sup>31</sup> Boragina Juan C.-Meza Jorge Alfredo, “Carga de la prueba del daño moral”, Doctrina Judicial 2012, Abeledo Perrot; id. Agoglia, María Martha; Boragina, Juan Carlos y Meza, Jorge Alfredo “La prueba del daño moral”, en Revista de Derecho de Daños, n. 4, cit., pág. 157 y ss.





ilícito extracontractual (art. 1078 Cód. Civ.) y al opuesto carácter facultativo que dicha reparación poseería en el ámbito de la responsabilidad negocial (art. 522 Cód. Civ.), ha ejercido, entonces, decisiva influencia en el criterio a través del cual se propugna la consagración de diferentes sistemas distributivos del *onus probandi* de dicho perjuicio, de acuerdo a cuál fuera la fuente de la obligación incumplida.

Así, en el caso en que el juez estuviere *obligado* a condenar por daño moral (responsabilidad extracontractual), reflejamente dicho perjuicio debería darse por presumido.

Inversamente, en materia de responsabilidad de origen contractual, el daño moral no se presumiría por la sola prueba del incumplimiento de las obligaciones concertadas en el negocio, *debiendo el actor demostrar* la producción de dicho perjuicio extrapatrimonial en el caso concreto<sup>32</sup>.

Otra postura (c) de base muy sólida, argumenta que por aplicación de las reglas que rigen la carga de la prueba, *el daño moral debe ser acreditado, como principio general, por quien reclama su reparación*.

Se sostiene, sin embargo, que en materia de daño moral no siempre es posible producir una prueba directa sobre el perjuicio padecido. La índole espiritual y subjetiva del menoscabo suele ser insusceptible de esa forma de acreditación.

No sería indispensable, de tal modo, probar el dolor experimentado por la muerte de un hijo, o por una lesión discapacitante. Por ello, a partir de la acreditación del evento lesivo y del carácter de legitimado activo del actor, podría operar la *prueba de indicios o la prueba presuncional*, e inferirse la existencia del daño moral.

Se argumenta que la prueba indirecta del daño moral encontraría en los indicios y en las presunciones *hominis*, su modo natural de realización, toda vez que los indicios o presunciones constituyen un medio de prueba. Y que, por lo tanto, cuando se acude a ellos para demostrar, por vías indirectas, la existencia del perjuicio, se estaría realizando una actividad típicamente probatoria.

Se agrega que la conexión causal entre el hecho indicador y el daño moral debe surgir con suficiente grado de certidumbre, conforme a lo que ordinariamente sucede de acuerdo al curso normal y ordinario de las cosas. Esto se advertiría, con total nitidez, cuando el bien jurídico afectado, de cuya lesión deriva el daño moral, es la integridad física o moral de una persona (vg., daños causados a la vida, a la integridad psicofísica – lesiones estéticas, pérdida de la aptitud para procrear, trastornos psíquicos, insomnio, desasosiego, traumas, inseguridad, etcétera –, al honor, a la intimidad, a la imagen).

En otros supuestos, en cambio, es posible que la relación que exista entre el hecho indicativo y el hecho indicado (daño moral), no fluya tan nítidamente, lo que obligará al actor a extremar

---

<sup>32</sup> Agoglia, María Martha; Boragina, Juan Carlos y Meza, Jorge Alfredo “La prueba del daño moral”, en Revista de Derecho de Daños, n. 4, pág. 157.





recaudos probatorios (así, por ejemplo, el daño moral derivado del incumplimiento de un contrato de compraventa de un inmueble, destinado a vivienda; o de la obligación de entregar un automóvil vendido que frustra las expectativas de un viaje; o de la destrucción o deterioro de un automóvil o de otros bienes materiales).

Existe, en este tipo de prueba, una estrecha unión entre el hecho a partir del cual se formula el indicio y el argumento probatorio que de él emerge; de allí que se imponga una valoración dinámica y no meramente estática y fragmentada de ambos<sup>33</sup>.

En nuestra opinión, de las posiciones expuestas se deduce que la cuestión inherente a la carga probatoria del daño moral en el Código aún vigente resulta una de los temas más controvertidos en el ámbito del derecho nacional, circunstancia generadora de una evidente inseguridad jurídica derivada de la manifiesta existencia de resoluciones disímiles para casos análogos.

Ello resulta disvalioso en una materia trascendente para el litigante y el operador jurídico dado que, por la propia naturaleza del instituto y por imperio de la normativa procesal en vigencia, quien incumpla con la carga probatoria de los hechos sobre los cuales encara su pretensión, defensa o excepción resultará perdedor en el proceso a través del dictado de una sentencia opuesta a su interés, en caso de que al momento de resolver el órgano judicial meritase que existiera orfandad o insuficiencia probatoria a ese respecto.

Lo cierto es que, según nuestra apreciación, la carga de la prueba debe ser asignada de acuerdo con las reglas generales vigentes en el ámbito procesal (art. 377 CPN y disposiciones análogas de otros códigos procesales provinciales).

Consecuentemente, la carga procesal referida a la existencia, juridicidad y reparabilidad del daño moral *recae indefectiblemente sobre el accionante* (exigencia que, según veremos más adelante, incorpora el Código Unificado, en el art. 1744).

Ello nos permite descartar de plano la tesis tradicional que distribuye la misma de acuerdo a la diferente naturaleza (contractual o extracontractual) de la obligación incumplida, dado que la misma resulta manifiestamente infractora de la legislación vigente.

Adicionalmente, consideramos que en dicha tesis subyace un criterio minimalista en cuanto al sistema de responsabilidad civil de fuente negocial.

En efecto, no resulta hoy en día discutible que dentro del mismo se ampara invariablemente al acreedor por el daño que pudiera padecer a raíz de la afectación de intereses extrapatrimoniales derivados del incumplimiento de obligaciones creadas por el negocio jurídico. Y ello acontece tanto cuando el citado perjuicio acaezca por incumplimiento de la *obligación principal o típica del contrato* (vgr. en los casos de prestación médico-asistencial, donde el objeto contractual involucra de modo inicial, específico y directo a bienes extrapatrimoniales – vida, salud, tranquilidad, etcétera del paciente – sobre los cuales se aposentan intereses de igual naturaleza); como cuando el mismo se ocasionara por *violación de la denominada obligación de seguridad o*

---

<sup>33</sup> Pizarro, Ramón D., “Daño moral”, cit., pág. 559 y ss.



indemnidad, anexa invariablemente a la primera en todo tipo de contratos (arts. 1197, 1198, Cód. Civ.; arts. 142 y 184, Cód. Com.; art. 75, LCT; arts. 5° y concs. de la ley 24.240, etc.).

De allí que se afirme (erróneamente, a nuestro entender) que la lesión de intereses morales resultaría excepcional en el ámbito contractual y, por reflejo, se debería imponer invariablemente al accionante – a diferencia del régimen aquiliano – la carga de la prueba del daño moral.

Sentado como premisa general que por disposición normativa vigente (art 377 CPCN y preceptiva análoga de los códigos procesales provinciales), la carga probatoria del daño moral recae sobre el actor, coincidimos adicionalmente con el criterio que jerarquiza la importancia de las presunciones *hominis* en esta materia.

No obstante, entendemos que dicha tesis debe ser objeto de precisión en determinadas ocasiones puntuales, a fin de suministrar una solución estructural que pueda otorgar certeza al operador jurídico.

En tal dirección, ameritamos que la línea divisoria indicativa de cuándo resulta necesaria la prueba directa (actividad probatoria activa) o autosuficiente la indirecta (presuncional) del daño moral debe, necesariamente, fincarse en la *diferente naturaleza de los bienes afectados* (patrimonial o extrapatrimonial), cualquiera fuere la fuente del deber de responder.

En efecto, cuando el interés se afinque en un bien de naturaleza patrimonial, (vgr. cosas), la prueba a cargo del actor deberá ser abastecida de modo directo, mediante la producción de las especies previstas en los ordenamientos adjetivos.

Opuestamente, como derivado de una regla de experiencia, cuando se afecte un bien de naturaleza extrapatrimonial, (vgr. vida, salud, derechos personalísimos en general) el daño moral debe considerarse *presunto* por el órgano judicial.

De allí que sea acertado el criterio de generar, en tales casos, una presunción judicial *iuris tantum* de daño moral en favor del actor (art. 163., Cód. Proc. Nac.).

Consecuentemente, en tal hipótesis, deberá el damnificado – en uno u otro ámbito – demostrar la afectación de un bien extrapatrimonial para que, automáticamente, opere en su favor la mentada presunción *hominis iuris tantum*, suficiente para el cumplimiento de la carga probatoria que recae en cabeza del actor.

En tal hipótesis, corresponderá al sindicado como responsable, si pretende exonerarse del pago de la reparación, la prueba enderezada a neutralizar dicha presunción en el caso concreto (art. 377 CPN).

Interpretamos que de tal modo, subsumiendo la cuestión dentro de las normas en vigencia, parificando los sistemas de responsabilidad contractual y extracontractual y volcando las reglas de experiencia de la vida común, resulta acertado sostener que la carga probatoria del daño moral recae invariablemente sobre el actor (art 377 CPCN). Éste deberá necesariamente abastecerla mediante prueba directa, cuando se afecte un bien patrimonial. Opuestamente, cuando dicha afectación recaiga en un bien de naturaleza extrapatrimonial, operará a su favor una presunción



judicial iuris tantum de existencia, juridicidad y reparabilidad del daño moral reclamado, quedando en cabeza del accionado la prueba destinada a desvirtuar dicha presunción<sup>34</sup>.

7. – El Código Unificado parece adherir, en relación al *concepto* de daño, a las escuelas que lo identifican con la lesión a un derecho subjetivo (“derecho”) y a un interés lícito o de hecho (“no reprobado por el ordenamiento jurídico”) ‘art. 1737’.

Ello así, para el nuevo Código habrá daño extrapatrimonial cuando se afecte un derecho subjetivo de tal naturaleza, que tenga “proyección moral”, o toda vez que se lesione un interés extrapatrimonial, susceptible de reparación, comprendiendo los derechos e intereses de *incidencia colectiva*<sup>35</sup>.

Por ende, caben al respecto las mismas críticas y consideraciones desarrolladas en los capítulos II y III – a las que remitimos *brevitatis causae* –, por considerar que era suficiente con tipificarlo con la fórmula genérica “lesión a un interés lícito de naturaleza extrapatrimonial”, en tanto resulta comprensiva del *sustrato* (interés legítimo) del derecho subjetivo extrapatrimonial, que es el que en realidad se protege a través de este último<sup>36</sup>.

También el Código Unificado recepta los *requisitos de reparabilidad* del daño (“para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente”, art. 1739) aunque omite hacer referencia al recaudo de la *personalidad*.

La omisión no se justifica dado que para que exista legitimación es necesario que se haya lesionado un *interés propio* del reclamante, y dicha exigencia no solo se encuentra presente en los casos de *daño directo* (concepto receptado también por la norma), esto es, cuando el titular del interés lesionado es la víctima del acto ilícito; sino también cuando se trata de un *daño indirecto* (mismo art. 1739), o sea, cuando el interés lesionado se aposenta en bienes jurídicos ajenos (v. gr. supuesto de homicidio). Del mismo modo cuando se reclama indemnización por afectación de bienes de goce colectivo, pues ello supone necesariamente la lesión a un interés *personal*.

Vale destacar que, con buen criterio, el Código consagra expresamente el principio de *reparación plena* (art. 1740), que ya había sido concebido como *derecho constitucional* por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (a partir de “Santa Coloma c/Ferrocarriles Argentinos”, 5/8/86 y “Ruiz c/Estado Nacional, 24/5/93) en base a los arts. 14, 17, 19, 33, 42, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Dicho principio, además, se manifiesta concretamente a través de las pautas indicadas en or-

---

<sup>34</sup> Boragina Juan C.-Meza Jorge Alfredo, “Carga de la prueba del daño moral”, Doctrina Judicial 2012, Abeledo Perrot; id. Agogliá, María Martha; Boragina, Juan Carlos y Meza, Jorge Alfredo “La prueba del daño moral”, en Revista de Derecho de Daños, N. 4, cit., pág. 157 y ss.

<sup>35</sup> Calvo Costa, Carlos A., “El significado y las especies de daño resarcible”, Revista de Derecho de Daños, 2012-3, pág. 215.

<sup>36</sup> Calvo Costa, Carlos A., “El significado y las especies de daño resarcible”, cit., pág. 216.



den a la *valoración y cuantificación de la indemnización*, que comprenderá todas las resultas o repercusiones (“consecuencias dañosas”, como se las denomina, con buen criterio, en los Fundamentos del Anteproyecto) patrimoniales y extrapatrimoniales del ilícito, como “la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances”, incluyendo especialmente “las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida” (art. 1738), “ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas” (art. 1741).

Ello implica (de acuerdo al concepto de daño consagrado por el Código) que las pautas o criterios de marras deberán ser tenidos en cuenta *tanto al valorar y cuantificar el daño económico como el daño moral*, en la medida en que se acredite o presuma que el menoscabo de tales bienes (o entidades patrimoniales y extrapatrimoniales descritas por la normas en alusión) ha generado una lesión en los intereses del sujeto reclamante.

Desde luego que la norma no introduce ningún “elenco de daños con entidad propia” al formular dicha enumeración (a nuestro juicio meramente enunciativa), puesto que – siempre siguiendo la noción de daño aceptada por el nuevo texto legal – *las únicas categorías consagradas son las de daño patrimonial y extrapatrimonial*. La enunciación, insistimos, refiere que dichas pautas deberán ser tenidas en cuenta para cuantificar cualquiera de las especies (patrimonial o moral) afectadas<sup>37</sup>.

Por su parte, en el art. 1741 se regula la *legitimación* para reclamar la indemnización del daño moral (o las “consecuencias no patrimoniales” derivadas de la lesión), *ampliando* la conferida por el Código vigente (art. 1078) en orden a los damnificados indirectos, en los términos siguientes: “Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta *su muerte o sufre gran discapacidad* también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y *quienes convivían con aquel recibiendo trato familiar ostensible*. La acción solo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste”.

Ello importa extender la legitimación de los damnificados indirectos a los supuestos de muerte y de “gran discapacidad”, incorporando dentro del grupo de legitimados a los convivientes con “trato familiar ostensible”, plasmándose así – aunque con limitaciones – una reforma que la doctrina venía reclamando y que ya había tenido consagración jurisprudencial en varios supuestos de reclamo del rubro por el conviviente, en caso de muerte, y de los padres, en caso de gran discapacidad del hijo<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Vázquez Ferreyra, Roberto, “La legitimación activa para reclamar indemnización por daño moral”, Rev. Jurídica Delta, nº 9/10, pág. 72 y ss.

<sup>38</sup> Pueden consultarse al respecto nuestros artículos: “Daño moral: legitimación de los damnificados indirectos”, La Ley, 16 de julio de 2007; “Inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil”, en “Revista de Responsabili-



Así, por otra parte, se señala expresamente en los Fundamentos del Anteproyecto: “El proyecto amplía la legitimación para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales que acogen la visión constitucional del acceso a la reparación y la protección de la familia. Por esta razón, si del hecho resulta la muerte o una gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con él recibiendo trato familiar ostensible”.

De este modo, se reconoce que los damnificados indirectos (los enumerados en la norma) – en supuestos de “gran incapacidad” de la víctima, no únicamente en caso de muerte como establece el actual art. 1078 – también padecen, como consecuencia refleja del ilícito, lesión en sus *propios* intereses extrapatrimoniales y que dicha situación también resulta susceptible de ser reparada en función de la índole *jurídica* de los intereses afectados.

En otros términos, su condición de damnificados indirectos no implica que carezcan de un interés espiritual *lícito* en la integridad psicofísica de la víctima (por caso, los padres ante la “gran incapacidad” del hijo menor), pues mantienen con ella una relación ontológica que les permite abastecer requerimientos afectivos notorios. – De allí que la nueva normativa les confiera un *derecho subjetivo* para hacerlo, reconociéndoles un verdadero *interés legítimo*.

En cuanto al concepto de “*gran incapacidad*”, no está definido por la ley ni en sus Fundamentos, aunque la remisión que estos últimos hacen “a los precedentes jurisprudenciales que acogen la visión constitucional del acceso a la reparación y la protección de la familia”, sugiere que ello sucederá cuando la víctima sufra secuelas o disminución física o psíquica permanentes a raíz del ilícito<sup>39</sup>, de gran intensidad, con un significativo aminoramiento de sus aptitudes personales, psíquicas o físicas<sup>40</sup>, comprometiendo las áreas individual, laboral o de capacidad productiva, familiar y social”<sup>41</sup>, frustrando definitivamente el proyecto de vida para el desarrollo de su personalidad integral”<sup>42</sup>, por caso, si el evento ocasionase a un menor un estado cuadripléjico

---

dad Civil y Seguros”, La Ley, Año IX n. 12, diciembre de 2007; “Legitimación para reclamar indemnización del daño moral por la muerte del concubino. Inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil”, comentario a fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, 2007-03. – También Despacho “A” de las Jornadas sobre temas de Responsabilidad Civil en caso de muerte o lesión de personas”, Rosario (SF), 1979; Jornadas de Derecho Civil de San Juan, 1984; II Congreso Internacional de Derecho de Daños, Bs. As., 1991; III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de La Pampa, 1991, XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, 1993; IV Congreso internacional de Derecho de Daños, Bs. As., 1995; XI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín, 21 al 23 de junio de 2007, Conclusiones de la Comisión n° 1; id. Vehils Ruiz, Juan Xavier, “Legitimación activa en el Daño Moral. Necesidad de reformar el artículo 1078 del Código Civil”.

<sup>39</sup> SCBA, Ac. 54.767, 11/7/95, Alonso de Sella c/Dellepiane). – Id. CapelCC Azul, sala 2ª, 3/3/05, Esteban c/Cupani, JA, 2006-II, síntesis.

<sup>40</sup> (CApCC Junín, 26/3/13, Expte. N.: 1307-2009 Colombo c/Uría; N. Orden: 38; Libro de Sentencia N.: 54).

<sup>41</sup> CapelCC Azul, sala 2ª, 3/3/05, Esteban c/Cupani, JA, 2006-II, síntesis; id. Zavala de González, Matilde M. “Daños a las personas. Integridad psicofísica”, ps. 315/316 y 332/339 2ª ed., Hammurabi, Bs. As., 1990; id. CNCiv sala D, 2000/8/14, Doctrina judicial, 2001-1-842.

<sup>42</sup> CSJN, 1/12/92, Pose c/Pcia. de Chubut.



irreversible, progresivo y absoluto, con una incapacidad total y permanente del 100% y donde resulta indudable la entidad y permanencia del sufrimiento profundo y sucesivo que los padres conllevarán de por vida, debiendo además dispensarle cuidados especiales por igual período<sup>43</sup>.

En relación a los *nuevos* legitimados indirectos que incorpora la norma para reclamar daño moral (quienes convivían con la víctima recibiendo trato familiar ostensible), va de suyo que la reforma, siguiendo los precedentes jurisprudenciales, buscó incluir *al concubino o concubina*<sup>44</sup>, especialmente por encontrarse situada/o en iguales condiciones de convivencia estable y de formación de una progenie que el/la cónyuge), circunstancia que hace presumir que sufre con igual intensidad lesión en sus intereses espirituales de resultados del fallecimiento del/a conviviente.

Sin embargo, su redacción habilitaría, en nuestro criterio, la posibilidad de que también gozara de legitimación cualquier otro conviviente que recibiera trato familiar (por caso, los hijos propios de la pareja).

Esta redacción dará pie, no obstante, a planteos de inconstitucionalidad por parte, v. gr., de los hermanos que, excepcionalmente, hubieren convivido y asistido a la víctima, dado que han sido excluidos al no ostentar condición de ascendientes o descendientes ni resultar familiares “de hecho”, según la noción normativa<sup>45</sup>.

Finalmente, interpretamos que seguirá en pie la actual jurisprudencia que no excluye a un reclamante por otro de grado preferente en el orden sucesorio, toda vez que se acciona en estos casos por un derecho propio y no hereditario, y la nueva norma (al igual que el actual art. 1078) únicamente se vale del orden sucesorio sólo para circunscribir la legitimación de los legitimarios, mas no para desplazar un heredero por tener otro un mejor derecho de acuerdo con las reglas del derecho sucesorio, puesto que de ser ello así contradeciría la finalidad perseguida por la norma, que es la de resarcir el sufrimiento que esa muerte causa en las legítimas afecciones de los más allegados a la víctima<sup>46</sup>.

La única excepción podría constituir la del cónyuge separado de hecho o de derecho o divorciado al tiempo del fallecimiento de la víctima, que podría ser desplazado por el conviviente (concubino o concubina), al perder la presunción *iuris tantum* que establece la norma a su favor, aunque la cuestión resulta hoy controversial en la jurisprudencia<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> SCBA, La Ley, 16 de julio de 2007.

<sup>44</sup> Boragina Juan Carlos-Meza, Jorge Alfredo, “Legitimación para reclamar indemnización del daño moral por la muerte del concubino. Inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil”, comentario a fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, 2007-03.

<sup>45</sup> CApelCC Junín, 18/11/08, Expte. N. 42868 Mercado Adriana y otros c/ Falcon Luis Orlando y otro s/ daños y perjuicios, sent. única “Suc. de Regules c/ Falcon Luis; n. orden 313. – Libro de sentencias n. 49; también (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala 1; septiembre 7 de 2010. Z., R. A. v. César Rodríguez Ruiz y Coop. de Seguros; Abeledo Newsletter, 14/12/10).

<sup>46</sup> SCBA, Ac. 82.356, 1/4/2004; id. CSJN, 9/12/93, Gómez Orude Gaete y ot. c/Peia. de Bs. As; id. CSJN, 7/8/97, Badín c/Provincia de Buenos Aires, JA nro. 6082 del 25/3/98; id. CNCiv. en pleno, 28/2/94, Ruiz c/Ruso; JA, 1994-II-678; LL, 1994-B-481; ED, 157-594; id. Trib. Col. Extracont. Rosario n. 1, 25/3/97, Zapata, Delfín c/Zabala; JA, 2000-III, síntesis.

<sup>47</sup> CC Junín 25/2/97 Barreto Nélica y Otro c/ Ávila LLBA 1998-374). – «S. 34222 Exp. 12.765/2001 – “Bertelli

# JUS CIVILE



En cuanto a la *carga de la prueba del daño moral*, el art. 1744 del nuevo Código impone que todo daño deba ser acreditado por quien lo invoca, excepto imputación o presunción legal o notoriedad.

En base a ello, entendemos que resulta aplicable sin cortapisas la tesis que propugnamos en relación al Código actual, en el sentido que la carga probatoria del daño moral recae invariablemente sobre el actor, quien deberá acreditarlo, mediante demostración activa, cuando se afecte un bien de naturaleza patrimonial. Opuestamente, cuando la afectación recaiga en un bien de entidad extrapatrimonial, estará asistido por una presunción *hominis*, que deberá ser desvirtuada por el accionado si pretende contrarrestar la pretensión ejercida.

---

Elba Virginia p/s y en rep. De su hija menor L. B.A. M. y Otros c/ Ingenio Y Refinería San Martín Del Tabacal S.A. s/Accidente – Ley 9688” – CNTRAB – SALA VIII – 29/06/2007».