

Algunas reflexiones en torno al daño en el Derecho argentino

Por

Juan Carlos Boragina y
Jorge Alfredo Meza

El daño –por imperio de lo prescripto en el art. 1067 del Código Civil– se posiciona como el elemento central del ilícito civil: en su derredor giran los elementos restantes del deber de responder (acción, antijuridicidad, relación causal, factor de atribución)¹.

Es más: como el daño resulta *intrínsecamente injusto*, con abstracción del disvalor o antijuridicidad de la conducta, ha habilitado que la responsabilidad civil también abarque ciertos *actos lícitos*, posibilitando la reparación aún en ausencia de ilicitud, esto es, en algunos supuestos donde habitualmente no se reconoce una *conducta causativa injusta*².

En cuanto al concepto jurídico de daño, se han esbozado diversas corrientes que aún se lo disputan.

Una primera –conocida como *fenoménica*–, con fundamento en la preceptiva del art. 1068 del Código Civil, lo concibe como un 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.)³.

De este modo, el daño se perfilaría como un detrimento que sufre la persona en sus bienes vitales o en su patrimonio. Ello así, y dado que el Código Civil

¹ 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. Agogliá, María Martha, “El daño jurídico. Enfoque actual”, La Ley, 1999, pág. 1 y ss.

² 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.

³ 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 Briz, “La responsabilidad civil- derecho sustantivo y derecho procesal”, Montecorvo S.A., Madrid, 1986, 4ª edición, p. 135.

únicamente reconoce dos categorías de daños (patrimonial, arts. 519, 1068, 1069 y cc.; y moral, arts. 522 y 1078⁴), para esta postura habrá *daño patrimonial* cuando el menoscabo se produzca sobre bienes susceptibles de apreciación económica y *daño moral* cuando se afecten bienes que tienen para la persona un valor precioso.

Una segunda opinión interpreta que el daño está vinculado con la violación de un *derecho subjetivo*, esto es, cuando se violenta el poder jurídico de la voluntad que ampara el goce de bienes de los cuales resulta titular el sujeto. El daño no estaría en el menoscabo al bien jurídico sino en la afectación de la *garantía* otorgada por la norma al titular del bien⁵.

Desde esta perspectiva, habrá daño patrimonial cuando se conculque un derecho subjetivo que asegure el goce de bienes susceptibles de valoración económica, y moral,

cuando la violación recaiga sobre un derecho subjetivo que ampare el disfrute de bienes extrapatrimoniales.

Una tercera corriente identifica al daño con *las consecuencias* perjudiciales que se desprenden de la lesión a un derecho o a un interés, presupuesto de aquél⁶.

De este modo, el daño patrimonial resultará el detrimento de valores patrimoniales que se produce de consuno de la lesión a un derecho o interés económico, en tanto el daño moral será 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 perjudicial⁷.

Una cuarta opinión aprehende al daño como la *lesión a un interés jurídico*, patrimonial o extrapatrimo-

⁴ 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.).

⁵ Brebbia, "El daño moral", Orbir, Rosario, 1967, 2ª ed., p. 40; Acuña Anzorena, "La reparación del agravio moral en el Código Civil", La Ley, 16-536; Lalou, H., "Traité pratique de la responsabilité civile", Paris, 1962; Alterini, Atilio; Ameal, Oscar; López Cabana, Roberto, "Derecho de Obligaciones", Abeledo-Perrot, Bs. As., pág. 215.

⁶ 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.

⁷ Chiappero de Bas; Sandoval; Junyet de Sandoval; Pizarro; Zavala de González, ponencia presentada en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil.

nial, susceptible de ser reparado⁸.

Conforme esta perspectiva, habrá daño patrimonial cuando el interés lesionado sea económico, en tanto que el daño moral se verificará toda vez que se lesione un interés extrapatrimonial.

En trabajos anteriores ya hemos extrovertido nuestra adhesión a esta postura, por entender que es la que más se identifica con la verdadera *naturaleza* de la figura.

En efecto, la corriente fenoménica parece no tener en cuenta que *el derecho no protege los bienes en sí mismos*, sino en tanto y en cuanto éstos dan satisfacción a *necesidades* humanas (intereses), sean económicas o morales: de allí, precisamente, que la esencia del daño esté en la *frustración* de la posibilidad de continuar colmando esos requerimientos y no en la mero menoscabo de la entidad satisfactiva.

Por lo demás, puede existir daño patrimonial cuando se afecta un bien extrapatrimonial (por caso, la vida, el honor, la integridad psicofísica, etc.) y daño moral cuando se menoscaba un

bien susceptible de apreciación económica (v. gr., la afectación de un objeto recuerdo de familia, de escaso o nulo valor patrimonial, etc.)⁹.

En cuanto a la postura que ve en el daño una violación a un derecho subjetivo, en rigor está posicionándolo en la afectación de su *sustrato* (interés legítimo), pues el derecho subjetivo permanecerá incólume a fin de garantizar la posibilidad de obtener su reparación, esto es, de propender al restablecimiento del *status quo ante*. Ello –claro está– sin perjuicio de la existencia de intereses que no confieren al sujeto derecho subjetivo alguno, como veremos más abajo¹⁰.

Por último, definir al daño por sus *consecuencias* implica emitir un concepto antitético (derivado de la identificación de la *causa* –daño– con sus efectos –repercusiones dañosas–) y, a la vez, no advertir que en el derecho civil argentino existen innegables consecuencias disvaliosas cuya producción no habilita resarcimiento y, por ende, no podrían integrar el concepto *jurídico* de daño, al neutralizarle la *potencialidad* de ser reparado¹¹.

⁸ 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.

⁹ Bueres, Alberto J., “El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta”, en Derecho de Daños, cit. pág. 166.

¹⁰ Bueres, Alberto J., “El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta”, en Derecho de Daños, cit. pág. 172.

¹¹ Ver nota anterior.

Estos serios cuestionamientos fortalecen la idea de que el daño se vincula exclusivamente con la lesión de intereses patrimoniales o extrapatrimoniales.

Desde este ángulo, la situación nociva acontecerá, entonces, cuando se modifique la relación ontológica entre el sujeto que experimenta la necesidad y el bien susceptible de abastecerla¹², esto es, cuando se modifique la situación de provecho respecto de ciertos bienes que tienen la aptitud de satisfacer o colmar menesteres¹³ o el poder de actuar hacia el objeto satisfactivo¹⁴, etc.

Esta categorización, precisamente, ha permitido neutralizar, en nuestro derecho, al denominado "elenco de daños", esto es, a las pretensas figuras dañosas pergeñadas a partir de la

afectación de ciertos bienes jurídicos (la estética, la sique, la vida de relación, etcétera) que únicamente podrían concebirse como daños autónomos, en la medida que se aceptara la visión fenomenológica, pues, en puridad, constituyen meros menoscabos naturalísticos a bienes¹⁵.

Por supuesto que no bastará, para conformar el concepto de daño, que la lesión recaiga sobre un interés desprotegido de *juridicidad*.

En efecto, el interés lesionado deberá ser *jurídico*, esto es, merecer cobijo del derecho, aunque no goce de la condición de *interés legítimo*, pues la *juridicidad* del interés, desde esta perspectiva, implica una noción amplia, abarcativa tanto del *interés legítimo* como del *interés simple o de hecho*¹⁶.

¹² De Cupis, Adriano, "El daño", Bosch, Barcelona, 1975, pág. 109 y 110.

¹³ 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", Rubinzal-Culzoni, 1992, Santa Fe, 242.

¹⁴ Zannoni, Eduardo, "El daño en la responsabilidad civil", Astrea, Bs. As., pág. 6.

¹⁵ 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", pags. 237 y ss., Rubinzal-Culzoni, 1992, Santa Fe; también De Cupis, Adriano, "El daño. Teoría general de la responsabilidad civil", trad. Angel Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1975, p. 91; id. Carnelutti, Francesco, "Il danno e il reato", Cedam, Padua, 1930, ps. 13 y ss; id. Bueres, Alberto J., "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta", en "Derecho de daños. Homenaje al profesor Jorge Mosset Iturraspe", La Rocca, Bs. As., 1989, p. 166; XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, 1993, Despacho por mayoría: "En nuestro Derecho positivo sólo cabe aceptar la existencia de dos categorías de daños: el patrimonial y el moral o extrapatrimonial", id. C. Civ. Com. Junín, 26/11/92, "Dubois, Carlos A. v. Gómez, Marcos y otros", JA, semanario 5883, 16/6/93; CNCiv., Sala D, 16/3/92, "Martijena, Ergasto N. v/Institutos Antártida y otros", JA semanario 5838, 21/7/93.

¹⁶ Stiglitz, Gabriel; Echevesti, Carlos, "El daño resarcible" en "Responsabilidad civil", Depalma, 1993, p. 216; id. Vázquez Ferreyra, Roberto, "Responsabilidad civil", pág. 176; Mosset Iturraspe, Jorge, "Responsabilidad por daños, parte general", Ediar, tomo 1, p. 144.

En otros términos, habrá daño susceptible de ser reparado tanto en el supuesto de alteración de una situación *jurídica* de provecho, amparada por un derecho subjetivo (interés legítimo), como en el caso de afectación de una situación *fáctica* de provecho, que si bien no resulta exigible por carecer el sujeto de medios de protección legítimos que aseguren su satisfacción, le generan, no obstante, una expectativa *lícita* de permanecer en dicho estado potencialmente satisfactivo (interés simple).

A esta laxitud –que hoy parece pacíficamente admitida– se arribó luego de una larga evolución doctrinaria y jurisprudencial, pues las primeras interpretaciones de la normativa del Código –fuertemente influidas por la visión rígida y dogmática del iusnaturalismo racionalista de los siglos XVIII y XIX– únicamente admitían la configuración de daño resarcible cuando se lesionaban intereses legítimos, sustrato de derechos subjetivos *absolutos* (derecho a la vida, a la integridad psicofísica y al patrimonio).

Esta evolución favorable hacia el reconocimiento de los intereses simples, vino de la mano de una remozada hermenéutica en derredor del art. 1079 del C.C., que reconoció el derecho a reparación no sólo al damnificado directo, sino también a toda persona que hubie-

re sufrido por el ilícito, “aunque sea de una manera indirecta”, dando paso, de este modo, a un sistema *abierto*, abarcador de las diversas cuestiones vitales y adecuado a las exigencias de equidad y solidaridad social¹⁷.

Pero además, la noción jurídica de daño se integra necesariamente con los recaudos de reparabilidad, toda vez que, a fin de ostentar tal calidad, debe estar en condiciones potenciales de ser resarcido. Se conforma, de este modo, 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.

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

La *certidumbre* implica que el daño debe ser real y efectivo, no hipotético ni conjetural¹⁸.

Ello no importa desestimar la posibilidad de reparar el *daño futuro*, pues en estos casos existe una probabilidad “cierta” (en cuanto a su virtual acaecimiento) de que la lesión al interés sucederá en el porvenir, como prolongación necesaria de la situación de nocividad actual¹⁹.

¹⁷ Agoglia, María Martha, “El daño jurídico. Enfoque actual, citado, págs. 56 y ss.

¹⁸ Zannoni, Eduardo, “El daño en la responsabilidad civil”, Astrea, Bs. As., págs. 23 y ss.

¹⁹ 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.

Tampoco importa desplazar a la *chance* del ámbito reparatorio, en la medida que ésta se perfila como una frustración de expectativas o probabilidades también "ciertas" de obtener una ganancia o beneficio futuros²⁰. En otras palabras: siempre que objeto de la pérdida sea *la oportunidad misma* de obtener esas ganancias o beneficios, mirando las ventajas de un modo mediato²¹.

Por el contrario, desde esta perspectiva de certidumbre, la pérdida de la chance no será indemnizable cuando el pretense damnificado no alcance a emplazarse en la situación idónea para obtener la ganancia o evitar la pérdida de las ventajas frustradas al momento del evento dañoso²².

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 noci-

miento, dado que esta última circunstancia no importa la cancelación de la deuda de responsabilidad que pesa sobre aquél²³.

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 *directo* y *daño indirecto*, permitiendo distinguir entre el damnificado que sufre el perjuicio en su calidad de víctima (daño directo) y aquél o aquéllos que lo padecen en calidad de personas distintas de la víctima "directa" del ilícito (daño indirecto)²⁴.

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 exclusivo²⁵.

Finalmente, el daño, para ser poten-

²⁰ Pizarro, Ramón D.; Vallespinos, Carlos G., "Instituciones de Derecho Privado-Obligaciones", citado, tomo 2, pág. 650 y ss.

²¹ CSTucumán, sala laboral y contencioso administrativo, 1999/8/05, LL NOA, 2000-1120.

²² CNCiv sala I, 2000/04/04, Bordogna c/ACA y otro, DJ, 2001-1-1028.

²³ Pizarro, Ramón D.; Vallespinos, Carlos G., "Instituciones de Derecho Privado-Obligaciones", citado, tomo 2, pág. 654.

²⁴ Pizarro, Ramón D. Vallespinos, Carlos G., "Instituciones de Derecho Privado-Obligaciones", Hammurabi, Bs. As., tomo 2, pág. 662.

²⁵ Agogliá, María; Boragina, Juan; Meza, Jorge, "La lesión a los intereses difusos. Categoría de daño jurídicamente protegible", JA, 15/9/93; id. "El sistema jurídico vigente para la protección del daño ambiental", JA, 1993-IV-808.

cialmente reparable, debe haber producido *consecuencias* que se adecuen a las categorías o patrones establecidos en el Código Civil, en base a las reglas de la *causalidad adecuada*.

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

De este modo, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, serán resarcibles las consecuencias *inmediatas* del evento dañoso (las que surjan de éste sin solución de continuidad según el curso ordinario y natural de las cosas) y también las *mediatas* (las que derivan de la conexión del hecho dañoso con otra circunstancia distinta, tam-

bién previsible), en tanto las primeras resultan de previsibilidad *presunta* y las segundas de previsibilidad *posible*.

Excepcionalmente, también se responderá por las consecuencias *casuales*, esto es, de repercusiones abstractamente imprevisibles, en aquellos casos en que pudieron ser tenidas en mira por el victimario al ejecutar el hecho (arts. 901 a 905 C.C.).

Por su parte, en el segmento de la responsabilidad contractual, únicamente se responderá de las consecuencias *inmediatas*, que necesariamente se deriven del incumplimiento definitivo (daño compensatorio) o relativo (daño moratorio), salvo que éste resulte malicioso (doloso), en cuyo caso también deberá el deudor reparar las consecuencias mediatas (arts. 520 y 521 C.C.)²⁶.

²⁶ De Cupis, Adriano, "El daño", Bosch, Barcelona, 1975, pág. 248; Vázquez Ferreyra, Roberto, "Responsabilidad por daños", pág. 225; Bustamente Alsina, "Teoría general de la responsabilidad civil", pág. 220 y ss.; Cifuentes, Santos, en "Código Civil y leyes complementarias" dirigido por Belluscio-Zannoni, tomo 4, pág. 52; Cnciv sala F, 3/12/92, Litta c/Pennachio, JA nro. 5869 del 23/2/94; SCBA, Ac. 37.535 "Cardone c. Borasi", D.J.B.A., 135-171; Ac. 41.868 "Ferraro c. Di Médico" D.J.B.A. 137-9455; Ac. 43.168; 23/4/90; Fallos, abril 1990-11.