

## SOBRE EL CONCEPTO DEL DAÑO MORAL

ALEJANDRO A. DUO,  
Profesor Adjunto de  
Derecho Civil I

La importante en el tratamiento de este tema, es la posibilidad de dar un concepto definitorio claro, que no deje dudas acerca de lo que debe entenderse por daño moral. Sucede que casi siempre se dan conceptos a medias sobre este tema, quedando en la mente del lector, la duda acerca de si determinada situación caería dentro del concepto de daño moral, y aún» más, si ese daño sería resarcible.

Lo que ocurre, es que las más de las veces se lo define al daño moral, en vista de alguno o algunos de sus caracteres o consecuencias que produce un daño de este tipo. Se suele decir, que es el que hiere o menoscaba los sentimientos, la integridad física, los bienes ideales, etc., lo que da una idea de la falta de un concepto base a partir del cual podamos distinguir perfectamente un daño moral del que no lo es. Inclusive nuestros tribunales, salvo contadas excepciones, son proclives a aceptar determinados hechos o situaciones como daños morales, rechazando otros por creer que no lo son, discriminación ésta, que no se realiza en base a un criterio científico, o de adaptación a una regla general.

Nuestra preocupación, entonces, va a estar centrada en la posibilidad de describir al daño moral, pues coincido en que: "...la multiplicidad y especialización en la legislación han creado un estado de inseguridad jurídica, y sobre todo han provocado en el ciudadano aquel sentimiento intranquilizador, de que es probable de que en algún terreno de su actividad, contravenga sin saberlo las leyes y que, la falta de una ciencia del derecho sistemática, ha dado lugar a soluciones que redundan en un absoluto apego gramatical al texto de la ley, y principalmente a las formas. Esta situación quita a la ciencia del derecho, su verdadero sentido de ciencia práctica, para reemplazarla por pura prac-

tividad. Al lado de esto crece una absoluta falta de unidad frente a los problemas básicos de todas las ramas del derecho, que es el resultado de una complicada convergencia de corrientes penetradas asiladamente en cada rama, sin merecer un análisis y desarrollo sintético; la consecuencia no puede ser otra, que la debilitación del sentimiento de deber como ciudadano, y en último término, una creciente indiferencia para el Estado y el Derecho" <sup>1</sup>.

## **Dos posiciones**

Con respecto al concepto de daño moral, nos encontramos ante la existencia de dos posiciones divergentes en doctrina, acerca de qué debe entenderse por daño moral. Dichas posiciones son bien definidas y tienen fundamentos totalmente distintos.

Es necesario esbozar aunque someramente cada una de ellas, a los efectos de ofrecerle al lector la realidad con que nos manejamos, y de esta manera en forma fundada, establecer nuestra posición.

Una primer teoría o posición, sostiene que daño moral existiría ante la violación de alguno de los derechos subjetivos que tienen por fin la (protección de los bienes personales. Se agrega, que este concepto dado, debe ser el rector cuando toque individualizar la existencia de un daño moral, medio con el cual, se evitará la gran confusión que reina en la doctrina y en la jurisprudencia <sup>2</sup>.

El fundamento de tal teoría surge a la vista, y radica en el concepto de derecho subjetivo. Es así que, los sostenedores de esta posición entienden que el daño es la lesión a un derecho subjetivo, siendo éste "la posibilidad de determinar jurídicamente en ciertas situaciones previstas por las reglas jurídicas, el deber de una especial conducta en otra u otras personas" <sup>3</sup>. La persona debe ser protegida en su doble faz, de ser físico y espiritual. Daño es la lesión a cualquiera de esas dos fases.

El derecho subjetivo es una entidad perteneciente al mundo de lo jurídico, de naturaleza ideal. La norma jurídica, regula o coordina desde un punto de vista objetivo las actividades sociales de tal suerte que concede a la conducta de un sujeto la capacidad normativa de determinar en un sujeto o en varios, un determinado comportamiento positivo o negativo.

El derecho subjetivo dimana del derecho objetivo y presenta varias

---

1 MASNATTA, Héctor, BACIGALUPO, Enrique, "Negocio jurídico usurario - Ilícitud civil y delito de usura", Astrea, 1972.

2 Criterio sostenido por R. Brebbia, Acuña Anzorena, entre otros.

3 RECASENS SICHES, Luis, "Vida humana, sociedad y derecho", cit. de R. Brebbia, "El daño moral", Orbis, 1967, Cap. I.

modalidades típicas, que siguiendo a Recasens Siches <sup>4</sup>, son: a) Derecho subjetivo como reverso material de un deber jurídico de los demás impuesto por la norma con independencia de la voluntad del titular del derecho, b) Derecho subjetivo como pretensión; c) derecho subjetivo como poder de formación jurídica.

El primero, se refiere a la "esfera de libre actividad que tiene un sujeto" <sup>5</sup>. El segundo, es la facultad de exigir de una determinada persona, el cumplimiento de una determinada prestación en virtud de una norma concreta que así lo dispone. El tercero es la facultad que la norma atribuye a una persona para realizar actos jurídicos.

Ante lo dicho, se desprende que el grupo de facultades que protegen aquellos bienes originarios del hombre, considerado no sólo como un ser puramente biológico, sino fundamentalmente como algo de mayor importancia, como un ser que tiene fines propios suyos que cumplir por sí mismo, hecho éste que debe ser protegido en su realidad por la norma jurídica, vemos que ese grupo de facultades, constituyen verdaderos derechos subjetivos, pues el titular de los mismos posee la facultad de determinar jurídicamente a los obligados al deber de observar una determinada conducta, o sea, la de no lesionar y respetar tal categoría de bienes. Dichos bienes son atributos que el derecho reconoce a los seres humanos los cuales los poseen por el solo hecho de hallarse considerados como personas por el ordenamiento jurídico.

El derecho subjetivo comprende los llamados derechos patrimoniales y extrapatrimoniales. Los derechos patrimoniales son los que tienen por fin la protección de aquellos bienes de una persona que poseen valor pecuniario. O sea, son todos aquellos bienes que componen el patrimonio de una persona y que son susceptibles de una traducción adecuada en metálico. Los derechos extrapatrimoniales son los que tienen o contienen a los bienes personales. En resumen, podemos decir, que el contenido de los derechos subjetivos lo constituyen los llamados derechos patrimoniales y extrapatrimoniales.

Cuando la lesión es a un derecho extrapatrimonial, el daño toma el nombre de daño moral, y cuando es a un derecho patrimonial toma el nombre de daño material o patrimonial.

Daño moral es entonces, para esta posición, la violación de alguno de los derechos subjetivos que tienen por fin la protección de los bienes personales.

---

4 RECASENS SICHES, Luis, "**Tratado general de filosofía del derecho**", Ed. Porrúa, México, 1970, pág. 232 y sgtes.

5 Ibidem, cit. ant.

Finalmente, determinan los sostenedores de la primera posición que no puede existir hecho ilícito sin daño, pues el hecho ilícito vulnera el interés jurídico o bien jurídico, o sea un derecho patrimonial o extrapatrimonial, y esto es el contenido del derecho subjetivo, y como todo derecho subjetivo tiene en contraposición el deber de respetarlo, el incumplimiento del deber trae aparejada la sanción al causante del daño o lesión. Si existe violación de un derecho existe daño, y de esta forma se identifica hecho ilícito con hecho dañoso.

La otra posición doctrinaria, es aquella que pone la mira en los resultados o consecuencias de la acción antijurídica para poder determinar cuando un daño es material o patrimonial y cuando es moral o extrapatrimonial. No tiene en cuenta la índole de los derechos afectados.

Cuando una acción lesiva de un derecho ocasione un detrimento en el patrimonio el daño será de tipo patrimonial, cualquiera sea la naturaleza del derecho lesionado, y cuando dicha acción no produzca consecuencias sobre el patrimonio sino sobre los intereses morales tutelados por la ley, el daño será moral <sup>6</sup>.

La divergencia entre ambas posiciones es neta; para unos, si se lesiona un derecho subjetivo de contenido extrapatrimonial hay daño moral, para otros en cambio, puede lesionarse un derecho subjetivo de tipo extrapatrimonial y si el resultado de esa acción se produce sólo en el patrimonio, el daño es patrimonial o material y no moral.

Hay que aclarar, que no es que los sostenedores de la primera posición nieguen que la lesión a un derecho subjetivo de contenido extrapatrimonial no pueda indirectamente lesionar un bien patrimonial, sino que el daño ya no será un daño moral "puro", sino con repercusión indirecta en el patrimonio <sup>7</sup>. Este punto deberemos tenerlo en cuenta al llegar a nuestra conclusión.

Entonces por un lado tenemos, que ante la mera lesión a un derecho subjetivo de contenido extrapatrimonial surge el daño moral, en cambio, si adoptamos la segunda posición debemos observar el resultado del hecho dañoso con prescindencia de la naturaleza del derecho lesionado para luego poder determinar por sus efectos si el daño es no-real o patrimonial.

Así planteadas las cosas, nos toca tomar partido por alguna de ellas fundamentando tal actitud.

### **Concepto de derecho subjetivo**

La raíz del tema en cuestión va más allá del mero formalismo jurí-

---

6 ORGAZ, Alfredo, **"El daño resarcible"**, 3ª Edición, Depalma, 1967.

7 ORGAZ, op. cit., pág. 185.

dicho o del derecho como norma, que no es otra cosa que un medio al servicio de un fin. Creo, que la labor del estudioso del derecho es primero comprender el porqué de la existencia del derecho como norma y luego elaborar, estudiar, proponer y aplicar dichas normas una vez que esté convencido de su viabilidad para conseguir los fines anteriormente discernidos.

La realización del hombre como tal se plantea como fin incuestionable del mismo. . .es la noción del fin del hombre, la que justifica y jerarquiza el concepto de derecho subjetivo y califica al recto uso de la libertad individual"<sup>8</sup>.

El reconocimiento de derechos al hombre surge de la inclinación natural de éste a su perfección. El derecho objetivo, o sea, el ordenamiento de la vida social, debe estar ajustado a las características de lo ordenado por él<sup>9</sup>. Lo ordenado es la conducta humana, por lo que ésta debe ajustarse a la relación que exista entre sus apetencias y los bienes aptos para satisfacerlas.

El derecho será aquel ordenamiento que garantice al hombre la posibilidad de cumplir con su cometido natural. Esa relación a la que aludimos anteriormente es la justicia. El ordenamiento social debe propender a la justicia, entendida ésta, repetimos, como la relación o "proporción existente entre las exigencias de la persona y los bienes aptos para proveer dichas exigencias en vista a la consecución de los fines humanos". De lo dicho se desprende, la necesidad de que el orden social así visto o derecho, proteja el bien de la persona individual, entendido éste como bien personal, o sea, aquel que necesita el individuo para el despliegue de su personalidad.

El derecho, así entendido, como "ordenamiento social justo", o sea aquel capaz de garantizar la consecución de los bienes personales de los individuos que componen una sociedad, debe necesariamente, para poder ser efectivo, comprender la facultad de exigir a otro una determinada conducta, lo cual se traduce en el poder que el ordenamiento jurídico acuerda a una persona de exigir respeto y seguridad en el goce pleno de aquello que necesita para la consecución de su bien personal. Esto es lo que toma el nombre de derecho subjetivo.

Toda atribución necesariamente acordada por el derecho objetivo, en cuanto ordenamiento social justo, para poder alcanzar el bien personal debe tener en ese mismo ordenamiento social, su contrapartida de protección. O sea, que el ordenamiento jurídico no sólo regla la conducta humana, sino que protege lo por él reglado.

---

8 LLAMBIAS, J. J., **"Tratado de Derecho Civil". Pte. Gral.**, Ed. Perrot, Bs. As., 5° Edición, 1973, T° I y II.

9 LLAMBIAS, J. J., Op. cit., pág. 21.

El ordenamiento jurídico otorga según vimos, los derechos subjetivos que son facultades de exigir el respeto y libre goce de aquellos bienes que el hombre necesita para poder conseguir el desarrollo de su personalidad. Esa facultad está protegida por el ordenamiento jurídico, que se traduce en el segundo término de la norma jurídica comprensiva de la sanción. Al existir una lesión en el goce de un bien necesario para cumplir con los fines del hombre, el ordenamiento jurídico responsabiliza al autor de la lesión obligándolo a reparar o penándolo. La pena que se emplea cuando el derecho entiende que el agravio excede la esfera jurídica personal para convertirse en un ataque a las condiciones fundamentales de vida, es el medio tutelar característico del derecho penal. La reparación, en cambio, tiene en cuenta la persona del damnificado y trata de restablecer al mismo, en la medida de lo posible, al estado anterior a la comisión del hecho, es el medio principalmente empleado por el derecho privado.

La reparación entonces, surge teniendo en cuenta y como presupuesto la lesión o daño causado a un bien concreto. Esa lesión, se puede producir en cualquiera de los tipos de bienes o intereses que el derecho protege, puede ser en los bienes patrimoniales, entendiendo por ellos aquellos que constituyen el patrimonio de una persona y tienen una traducción adecuada en dinero, o en los bienes que integran el patrimonio de una persona pero que no tienen traducción adecuada en dinero, lo que no significa que no tengan un valor económico, ya que inciden en la capacidad productiva del sujeto.

Llegados a este punto, debemos precisar lo que debe entenderse por daño jurídico. Si por daño jurídico, entendemos la violación de un derecho subjetivo en el sentido de transgresión a la tutela otorgada por la norma al sujeto poseedor del bien menoscabado<sup>10</sup>. O si debemos entender por daño jurídico la lesión al bien en cuestión, ya sea éste patrimonial o extrapatrimonial.

Si estamos de acuerdo con lo primero, coincidiremos con la primera teoría esbozada supra; de la otra manera, lo haremos con la segunda posición doctrinaria.

### **Nuestra opinión**

Pienso, que la lesión se produce en el derecho subjetivo. O sea, que el concepto de daño jurídico, se integra con la noción de menoscabo o deterioro de un derecho subjetivo, que puede ser de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial.

---

10 BREBBIA, op. cit., pág. 82.

El derecho objetivo, al cual ya hicimos referencia, "al proyectarse sobre situaciones concretas determina derecho subjetivos. .<sup>11</sup>.

O sea, el derecho subjetivo surge de la norma jurídica, lo que la norma jurídica contiene son derechos subjetivos. La norma jurídica, puede o no determinar supuestos de hecho, declaraciones de voluntad, referirse a intereses, que por estar previstos en la norma jurídica son jurídicos, o puede referirse a un determinado bien o cosa. Pero todos son supuestos de hecho, que pueden estar o no en la norma. Lo verdaderamente importante es la presencia del derecho subjetivo que de la norma dimana. De no existir este derecho subjetivo, no tendrán valor ni viabilidad alguna dichas situaciones de hecho.

Ante una lesión a bienes concretos lo importante es el derecho subjetivo violador o lesionado, más que la lesión misma. No importarían tanto los efectos que el daño produzca en miras al derecho al resarcimiento, sino lo que verdaderamente importa es la existencia o no de una lesión a un derecho subjetivo. Es así, que incluso no obstante la lesión de un derecho subjetivo, el ofendido podría no reclamar indemnización, ni importarle el quantum de la misma. Esto significa que para otorgar el derecho al resarcimiento importa fundamentalmente la lesión a un derecho subjetivo concreto. Lo que se viola es el derecho subjetivo al disfrute o goce del bien mas que al bien mismo en cuestión.

Para determinar la existencia de un daño moral, lo primero que tenemos que ver es si se ha violado un derecho subjetivo. La mera constatación de ello, denunciara la existencia del daño.

Distinguimos a los bienes en patrimoniales y extrapatrimoniales; ante la violación de un derecho no subjetivo que proteja un bien patrimonial, estaremos frente a un daño material. Y ante la violación de un derecho subjetivo que proteja un; bien no patrimonial o personal, estaremos ante un daño moral. Por supuesto que pueden darse juntos, pero no es que ante la violación de uno de ellos se pueda violar indirectamente el otro sino que cuando se dan juntos, lo que se ha violado son dos bienes distintos protegidos por derechos subjetivos de distinta naturaleza.

En esto dicho, es en lo que diferimos con los sostenedores de la primera posición doctrinaria, ya que ellos admiten la posibilidad de un daño moral impuro, o sea, que lesione indirectamente bienes materiales pero para ellos sigue siendo un daño moral. Para nosotros, el daño será moral en cuanto lesione un derecho subjetivo de tipo extrapatrimonial y sin el resultado de esa acción se produce en bienes patrimoniales o materiales, lo que sucede en ese caso, es que pese a haberse originado como lesión a

---

11 RECASENS, op. Cit., pág. 235.

derechos extrapatrimoniales, los derechos violados son dos: uno patrimonial y otro extrapatrimonial. Con una misma acción se violan dos derechos o bienes, y esto es lo que trae o apareja el derecho a un doble resarcimiento; uno por el daño material y otro por el daño moral.

Si se produce la violación en un derecho patrimonial solamente habrá derecho a resarcirse por daño en ese tipo de derechos, o sea por daño material; si se produce la acción violando bienes personales y materiales a la vez, cabrá el doble resarcimiento. O sea que la cuestión está en ver ante una acción lesiva, cuántos derechos ha violado, y no sólo ver el resultado de esa acción.

El problema que se presenta en el resarcimiento de los daños morales, es el referido al quantum del resarcimiento, pero ningún problema se puede plantear en cuanto a verificar su existencia. Si constatamos la violación a un derecho extrapatrimonial existirá daño moral, y la determinación de su quantum, será un problema de prueba judicial, pero los jueces no pueden dejar de hacer lugar al daño moral por no haberse acreditado el mismo, sino que sólo constatándose la acción lesiva con el tipo de derecho violado estará acreditado el mismo. Los jueces podrán determinar en más o en menos el quantum en concepto de indemnización de acuerdo a la prueba rendida, pero, insistimos, la comprobación de la existencia de un daño moral es tan fácil o tan difícil como la comprobación de la existencia de un daño material.

No es la sensación de sufrimiento o dolor sentida por el sujeto pasivo la que caracteriza al daño moral, sino la violación de la norma jurídica que otorga a un sujeto un derecho inherente a la personalidad y de la contraposición del hecho dañoso con dicha norma surgirá claramente la existencia o no del referido daño, no siendo necesaria otra prueba del mismo.

Si consideráramos, como lo hace la segunda postura, que existirá daño de acuerdo a las consecuencias que produzca la acción lesiva sobre los bienes en que recaiga, nos llevará a centrar la noción de daño sobre los intereses o bienes tenidos en cuenta por la norma, o sea, aquellas situaciones de hecho a las que hicimos ya referencia. Esta postura que ha sido acogida por los tribunales, lleva a la conclusión a que arribó en Italia el Tribunal de Casación, que consideró dentro del concepto de daño resarcible, la perturbación de situaciones de hecho, no contempladas en la norma, si tal perturbación produce la cesación concreta de utilidades económicas. Con tal postura se protegen meras expectativas que no constituyen derechos subjetivos, y que sólo tienen la categoría de simples intereses. Todo esto además traería apareado por un lado, una multiplicación de las acciones de responsabilidad, y por otro, el otorgamiento de beneficios a personas a las cuales el ordenamiento jurídico no les con templa ningún derecho a



resarcimiento (ej.: concubina) como bien lo señala J. Mosset Iturraspe <sup>12</sup>.

A manera de conclusión, debemos destacar la existencia de brillantes trabajos sobre el tema en cuestión mencionados a través de las citas ofrecidas, y su favorable acogida por los tribunales nacionales, lo que nos alienta a ofrecer el presente en la medida de sus posibilidades a la ardua tarea de poder obtener mayor certeza y seguridad jurídica <sup>13</sup>.

---

12 MOSSET ITURRASPE, J. J., **"Responsabilidad por daños"**, T° I, Pte. Gral.

13 Además de las obras ya mencionadas, trata el punto específicamente Santos Cifuentes: **"Los derechos personalísimos"**, Ed. Lerner, un volumen. Citas jurisprudenciales: C. Apel. C. C. Rosario, Sala I, mayo 36-962; Rev. La Ley, XXV, 444, Sum. 410; C. 1° C. C. La Plata, Sala II, marzo 24-966; C. N. Civ. Sala B, dic. 19-967; C. 1° Apel. B. Blanca, marzo 25-966; C. 1° Apel. Mar del Plata, nov. 9-967.