

REFLEXIONES EN TORNO AL CONCEPTO DE DAÑO Y SU CLASIFICACIÓN.



Alferillo, Pascual E.

I. Introducción

En los últimos tiempos se observa una creciente preocupación en la doctrina jurídica internacional por el fenómeno que se presenta en el Derecho de Daños, relacionado con la aparente proliferación de nuevos tipos de perjuicios que puede sufrir una persona, los cuales, conforme a la opinión de algunos juristas, no encuadran en las tradicionales clasificaciones, por lo cual son denominados como *tertium genus*, al no tener respuestas idóneas por seguir aferrados a criterios que por el transcurso del tiempo han transformado en dogmas.

Esta situación genera el interrogante con sentido crítico de conocer si efectivamente se está ante una propagación de nuevos tipos o si, por el contrario, es una adecuación terminológica de los rubros tradicionales a las exigencias y conocimientos de la sociedad actual. Ello por cuanto algunos investigadores plantean si el reconocimiento judicial de las nuevas especies de perjuicios cumple con la exigencia de una reparación integral o si configura un abuso por parte de quienes reclaman el resarcimiento que puede inducir a una doble indemnización.¹

Sin lugar a hesitación, la temática propuesta es un dilema jurídico que se presenta en distintos países con matices propios.

Ello impone el deber de indagar desde la perspectiva de cada sistema normativo, con una visión multidisciplinaria, cuáles son las razones jurídicas, sociales y científicas que produjeron la ruptura de los paradigmas clásicos y el surgimiento de nuevos rubros indemnizables.

A partir de ello, será menester revisar si los razonamientos expuestos por los autores y tribunales alcanzan para comprender en su real dimensión la fenomenología del daño y su resarcimiento, pues en caso de una respuesta negativa, el desafío se traslada a buscar otras alternativas para valorar y clasificar adecuadamente cada rubro siguiendo pautas científicas y, de ese modo, realizar una justa cuantificación de estos.

Todo este análisis debe ser realizado teniendo presente la importancia que tiene el lenguaje en la identificación y conceptualización de cada tipo de daños. Ello, sin duda, es una problemática compleja que debe ser tenida en consideración.²

Luego de transitar, reflexivamente, las consideraciones antes expresadas, finalmente, la preocupación investigativa se focalizará en proponer una clasificación que permita situar científicamente, cada uno de los daños.

Publicado en: RCyS 2019-4, 3, Cita: TR LALEY AR/DOC/492/2019.

¹ Este fue uno de los temas convocantes del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Privado, "Tendencias actuales del Derecho de Daño" organizado por la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado en Medellín Colombia, 6 y 7 de octubre de 2016.

² PLATAS PACHECO, María del Carmen, "Elementos para una aproximación hermenéutica del lenguaje jurídico", septiembre de 2007. Esta autora señala que "la norma destinada a regir la conducta de los hombres está encadenada a la palabra que la expresa, donde la precisión y claridad no actúan como simples valores jurídicos. El derecho imprime al lenguaje una severa disciplina, y esto es obvio porque la justeza de la expresión no es extraña a la justicia de la resolución". http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:MV56z5ge0y0J:200.74.197.148/redjuridica/elgg/mod/file/download.php%3Ffile_guid%3D118+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=ar; GUIRRE ROMAN, Javier O., "La relación lenguaje y Derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico", en *Opinión Jurídica*, vol. 7, nro. 13, Universidad de Medellín Medellín, Colombia, enero-julio, 2008, ps. 139-162; VERNENGO, Roberto J., "El discurso del Derecho y el lenguaje normativo", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social de la Asociación Argentina de Derecho Comparado*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 159; BARCESAT, Eduardo S., "Reflexiones sobre lenguaje y validez del Derecho", LA LEY 2005-B, 940; AR/DOC/209/2005; SILVESTRI, Silvia L., "Anotaciones sobre derecho y lenguaje", LA LEY online AR/DOC7498/2009, entre otros.

Este desafío es una preocupación constante de la doctrina de los autores, especialmente cuando se trata de ubicar un rubro denominado o conceptualizado de un modo no tradicional, en el contexto general de la teoría del daño³.

Este dilema jurídico quedó en evidencia en el plexo normativo argentino con la sanción del Código Civil y Comercial, ley 26.994, a donde a los clásicos criterios para interpretar la escasa normativa relacionada con el daño contenida en el Código Civil se le suma la influencia de la doctrina del Perú, que responde a otro esquema ideológico básico, al incorporar, por ejemplo: el daño por interferencia en el proyecto de vida de una persona (segundo párrafo del art. 1738).

Al tiempo de revisar estas reflexiones se dio a luz el Anteproyecto de reformas del Cód. Civ. y Com., elevado por los integrantes de la Comisión Dec. PEN 182/2018, cuyo contenido debe ser analizado, por ahora, como una expresión doctrinaria de sus autores dado que sobre la base de observar las deficiencias proponen nuevos textos⁴.

Para cerrar estas palabras preliminares, hay que destacar la importancia que tiene para el desarrollo del objetivo propuesta, la conceptualización del daño moral porque es el eje del cual depende toda la clasificación. Ello es así porque no se puede proponer una clasificación de los daños si no se definió cual es el contenido del daño moral. De allí la trascendencia de su tratamiento.

II. Los nuevos paradigmas

Como punto de partida se puede aseverar que toda norma jurídica sufre un deterioro frente a los constantes cambios sociales y científicos que acaecen cada día, razón por la cual se torna necesaria una hermenéutica como la indicada por el art. 3º del Código Civil español, "según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas".

En función de ello, es ineludible como paso previo examinar brevemente el fenómeno descrito como la "constitucionalización del derecho privado" y la influencia que tiene, sobre el ámbito jurídico, la evolución científica en el conocimiento de la esencia del ser humano.

II.1. La constitucionalización del derecho privado

La reforma constitucional del año 1994 marcó el inicio de una nueva etapa en la vinculación entre la Constitución Nacional y el Derecho Privado, al reconocer jerarquía superior a los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos suscriptos por la Nación Argentina, enumerados en el inc. 22 del art. 75⁵ }.

³ (3) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "Deslinde conceptual entre 'daño a la persona', 'daño al proyecto de vida' y 'daño moral'", RCyS 2014-V-5; LJU, DE-13. Este autor expuso que "consideramos indispensable proceder en primer término a proponer una clasificación del daño, en general para luego, dentro de ella, ubicar el "daño a la persona" y cada uno de los tipos de daños comprendidos en esta genérica noción. Esta sistematización nos mostrará el panorama completo y los alcances de dicho daño y nos permitirá aprehender como, dentro del mismo, se cubren todos y cada uno de los posibles daños a la persona sin excepción. Esta sistematización sólo es posible luego de conocer, a la altura de nuestro tiempo, la estructura ontológica del ser humano a la que hemos hecho referencia en páginas anteriores". En sentido similar CARESTIA, Federico S., "El daño al proyecto de vida. Su falta de autonomía como rubro indemnizatorio en el Código Civil y las dificultades en su cuantificación", SJA del 04/06/2014, p. 3; JA 2014-II.

⁴ (4) La experiencia del trámite impreso al Código Civil y Comercial marca con claridad dos etapas: la protagonizada por los especialistas en Ciencias Jurídicas y por la representación política. Ello viene a colación por cuanto es común observar que el juristas que no ha participado en la actividad política tiene una tendencia hacia la teorización de sus propuestas normativas, en cambio, el político procura regular conductas humanas que generan conflictos de un modo simple y entendible, sin procurar imponer una teoría u otra que en la mayoría de los casos están lejos de ser comprendidas por la ciudadanía e inclusive por quienes tienen formación jurídica. Dalmacio Vélez Sarsfield, con su sincretismo, era un ejemplo de la convergencia de la formación política y jurídica. En esos tiempos, Domingo F. Sarmiento, resaltaba este detalle en sus "Lecciones populares de Derecho" (El Progreso, Chile, 1845).

⁵ ALFERILLO, Pascual E., "La influencia de la Constitución Nacional en el Derecho de Daño", <http://www.acadec.org.ar/doctrina/articulos/la-influencia-de-la-constitucion-nacional-en-el>; "El proceso de constitucionalización del derecho civil", en Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado, Ed. UCES, Buenos Aires, <http://www.uces.edu.ar/journalsopenaccess/index.php/ratioiurisB/article/view/49>, "La

Históricamente, la Constitución Nacional sancionada en 1853 y sus posteriores reformas, más allá de fijar la organización de la estructura del Estado Argentino, estableció, en su primera parte, las Declaraciones, Derechos y Garantía que para esa época se entendían con rango superior.

La vinculación jerárquica entre las normas quedó ab initio perfectamente definida, en el art. 31, al regular para la codificación civil un rango inferior, al punto que autoriza al Congreso Nacional a dictarla, conforme el original inc. 11 del art. 67 (actualmente art. 75 inc. 12).

Sin embargo, se debe tener presente que estos textos normativos tienen inspiración en distintas fuentes. Así la Constitución Nacional encuentra su precedente en el constitucionalismo norteamericano⁶, en cambio, el Código Civil reconocía como antecedente los cuerpos normativos y doctrina europea. Ello sin duda produjo, en la primera época de coexistencia, una zona de enfrentamiento ideológico.

Al respecto Lorenzetti recuerda que "el derecho continental europeo está basado en un capitalismo con muchas regulaciones, participación estatal, y orientación social, mientras que el anglosajón es estrictamente liberal, lo cual tiene enorme trascendencia a la hora de legislar, interpretar y aplicar el derecho" ⁷.

En el año 1949 se produjo una reforma constitucional integral con un neto corte social y corporativo que, derogada, mantuvo el reconocimiento a los derechos individuales, gremiales y de la seguridad social de los trabajadores (art. 14 bis).

En cambio, las relaciones civiles no recibieron esa influencia de un modo directo, sino que el avance de las políticas intervencionistas conocidas bajo la denominación del "estado de bienestar", welfare state, etc., produjo que el Estado ejerciera un control directo sobre algunas relaciones particulares en las cuales existía interés social en su regulación. En todos estos casos, el intervencionismo estatal tenía su origen legal en normas infra constitucionales.

En ese marco, el Derecho Civil se fue adecuando a los cambios sociales con el dictado de normativas reguladores de situaciones particulares y con reformas parciales de su codificación (ley 17.711, entre otras), sin recibir formalmente la influencia integral de alguna reforma constitucional hasta 1994.

En ese año, la Constituyente de Santa Fe reconoció, en la parte dogmática, "Nuevos derechos y garantías" (Capítulo Segundo - Primera Parte), enumerando, en el art. 41, el derecho a un ambiente sano y equilibrado, en el art. 42, la protección de consumidores y usuarios y, en el art. 43, una acción rápida y expedita para proteger, entre otros derechos, los datos sensibles de la persona⁸.

A su vez, en el inc. 22 del art. 72 se reconoció, por vez primera, jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales relacionados con los Derechos Humanos suscripto por el Estado Argentino que enumera, con la limitación de no derogar artículo alguno de la Primera Parte y ser complementarios de los derechos allí reconocidos.

Un repaso mínimo por el contenido de los Tratados Internacionales trae plena convicción que la nueva ratio essendi constitucional se focaliza en reconocer la personalidad jurídica de la persona humana marcando que entre ellas no existen diferencias. Donde hay un ser humano existe siempre una persona para el Derecho.

Ello fue reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando precisó que "a los fines de establecer el sentido de la voz 'persona' enunciada en el art. 8º, párr. 2º de la Convención

Constitucionalización del Derecho de daños", en *Liber Amicorum*, en homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés, Ed. Advocatus, Córdoba, t. II, 2010, p. 81.

⁶ SARMIENTO, Domingo F., "Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina", con numerosos documentos ilustrativo del texto", Imprenta de Julio Belín I CA, Santiago de Chile, setiembre de 1853, ps. 1 y ss.

⁷ LORENZETTI, Ricardo L., "Constitucionalización del derecho civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema", LA LEY 1993-D, 673; Derecho Constitucional - Doctrina Esenciales, t. II, p. 675; "El daño a la persona (Solución de casos de colisión de derechos fundamentales)", LA LEY 1995-D, 1012; Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, t. II, p. 1219; ROSATTI, Horacio, "Código Civil Comentado. Doctrina-Jurisprudencia - Bibliografía", "El Código Civil desde el Derecho Público", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Buenos Aires, 2007, p. 37.

⁸ ROSELLO, Gabriela - HISE, Mónica, "Los derechos del consumidor en la Constitución y en la ley"; GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, "Los tratados internacionales y la Constitución Nacional", en el capítulo "Los nuevos Derechos civiles constitucionales", en libro GHERSI, Carlos A. (coord.), Los Derechos del Hombre. Daño y protección a la persona, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1997, ps. 477 y 491.

Americana sobre Derechos Humanos (ADLA, XLIV-B, 1250), es válido recurrir al Preámbulo y al art. 1° del citado ordenamiento, los cuales establecen que 'persona' significa todo ser humano. Ello en virtud de la aplicación, por un lado, de la pauta de hermenéutica según la cual cuando una ley es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo no cabe sino su directa aplicación y, por el otro, del principio conforme el cual las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los Estados contratantes"⁹.

En el mismo nivel jurisdiccional se coincide en reconocer la máxima ubicación en la jerarquía normativa, al derecho a la vida, a la integridad de su persona, a la libertad e igualdad, etc. que tiene todo ser humano¹⁰.

Sin lugar a duda, la reforma constitucional del año 1994 modificó definitivamente el clásico paradigma normativo nacional priorizando al ser humano, al hombre, por sobre los derechos patrimoniales.

Este criterio fue sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando sostuvo que "el derecho a la vida —comprensivo de la preservación de la salud— es el primer derecho de la persona humana reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, ya que siendo el hombre el centro del sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable y constituye el valor fundamental respecto del cual los demás valores tienen siempre carácter instrumental" ¹¹.

La decisión constitucional de priorizar al ser humano en sí mismo, por sobre los derechos patrimoniales, tiene influencia al momento de adoptar una decisión frente a una hipótesis de conflicto entre estos valores. Pues, sin la menor hesitación, la hermenéutica debe ser in dubio pro homine, siempre en favor del ser humano¹².

Luego de una etapa de transición donde algún sector de la magistratura realizó el esfuerzo interpretativo para ensamblar los mandatos constitucionales con la norma decimonónica del Código Civil (en especial en el tema de los menores, contratos de consumo y derecho de daños), ello tiene consagración normativa con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26.994 que entró en vigencia el 1° de agosto de 2015, tal como queda expresado en el contenido de los arts. 1° y 2°.

Sin lugar a duda en esta nueva etapa en todos los casos de derecho privado a resolver por la jurisdicción convergen la normativa de la Constitución Nacional y el Código Civil y Comercial. Cuando se plantea un conflicto entre ellas prima la normativa constitucional, siendo inaplicable in concreto a la litis el texto del Código unificado. Al respecto, ya, se pueden conocer resoluciones judiciales en los cuales se ha decretado la inconstitucionalidad de algunas soluciones normativas previstas en el código sustancial vigente ¹³.

⁹ (9) CS, 14/10/1997, "Arce, Jorge D.", LA LEY 1997-F, 697; LA LEY 1998-A, 326; DJ 1998-1-404, AR/JUR/1160/1997.

¹⁰ EKMEKDJIAN, Miguel Á., "Jerarquía constitucional de los derechos civiles", LA LEY 1985-A, 847. Este autor, sistematiza la jerarquía de los derechos civiles de la siguiente forma: 1°) Derecho a la dignidad humana y a la libertad de conciencia. 2°) Derecho a la vida, a la integridad física, a la intimidad, a la educación. 3°) Derecho a la información. 4°) Los restantes derechos personales, en primer lugar los "Derechos-fines" y luego los "Derechos-medios". 6°) Los derechos patrimoniales. Como se colige, no compartimos la prelación dada por este autor por cuanto consideramos que el Derecho a la Vida es el primero y esencial porque sin él no pueden existir los otros.

¹¹ CSJN, 16/10/2001, "M., M. c. M. S. y A. S.", LA LEY 2001-F, 505; DJ 2001-3-657; ED del 27/03/2002, p. 13; JA 2002-II-425; Sup. Const. 2002 (agosto), p. 39; LA LEY 2002-E, 299; CS, 21/09/2004, A. 2652. XXXVIII, "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA s/ accidentes ley 9688", Supl. Especial La Ley 2004 (septiembre), p. 39; DJ del 29/09/2004, p. 339; DT 2004 (septiembre), p. 1286; DJ del 06/10/2004, p. 394; RCyS 2004-IX-122; ED 25/10/2004, p. 5; DJ del 10/11/2004, p. 798; IMP 2004-21-131; TySS 2004-778, entre otros.

¹² DA ROSA JÚNIOR, Faustino, "El derecho contractual en el nuevo contexto del derecho civil-constitucional", 18/09/2008, http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=831. Este autor sostiene que "la Constitución es, en relación al derecho civil, no una extraña o invasora, sino el propio motor de reflexión, desde lo cual orbitan las demás fuentes normativas, incluso el Código Civil —que hace mucho perdió la posición central que tenía en lo derecho privado— y el Código de Defensa del Consumidor. La dicotomía derecho público-derecho privado merece ser superada, en favor de la aplicación, al ordenamiento jurídico como un todo, de los valores y principios constitucionales, se priorizando la persona humana y el respeto a su intangible dignidad".

¹³ ALFERILLO, Pascual E., "El proceso de constitucionalización del Derecho Privado en la Argentina", Revista Iberoamericana de Derecho Privado, nro. 7, mayo 2018, Derecho Privado y Constitución, 23/05/2018, cita: IJ-DXXXIV-709. En este trabajo de citan los fallos donde se ejerció el control de constitucionalidad y convencionalidad sobre normas del Cód. Civ. y Com.

II.2. La evolución científica en el conocimiento del hombre

No se puede soslayar en un estudio integral, aun cuando sea sintético, la importancia que tiene la evolución de la ciencia médica, en particular la especializada en la genética del ser humano, como las relacionadas con el estudio de los componentes de la estructura y funcionamiento del cerebro humano, como es la neurología, psiquiatría o psicología. Ello sin perjuicio, del aporte de la sociología, antropología etc., para conocer de un modo científico al Hombre.

En ese sentido, uno de los descubrimientos que marca el inicio de una etapa trascendente en el conocimiento del interior del ser humano, es el mapa del genoma humano. En este punto de la evolución del tema es común la explicación de que este contiene la codificación genética en la cual se encuentra toda la información hereditaria y de comportamiento del ser humano.

La estructura genética del ser humano es la de mayor complejidad, entre los seres vivos, porque tiene la información necesaria para que una generación con el mismo genoma humano tenga los mismos rasgos o por lo menos acepte unos cuantos en una composición individual. El genoma humano está compuesto por 23 pares de cromosomas, cada uno con una función diferente, los cuales aportan al ADN material hereditario fundamental. En total, 22 cromosomas son estructurales y el último par lleva la información sexual; sin embargo, uno de ellos predomina en el par, determinando así la sexualidad del espécimen.

Este conocimiento influyó de una manera sustancial en la solución dada a distintos planteos litigiosos¹⁴. Por ejemplo, se pudo precisar con certeza la identidad de las personas en sus relaciones familiares¹⁵, si un sujeto había o no sido el autor de un delito penal¹⁶, etc.

De igual modo, la ciencia médica aporta estudios relacionados con la estructura y funcionamiento del cerebro humano que ha permitido a los juristas diferenciar científicamente al daño moral del daño psíquico y dentro de este el neuronal, el psiquiátrico y el psicológico, que deben ser atendidos por un médico con especialidad en neurología, un psiquiatra (que puede medicar) o por un psicólogo (que no está autorizado para medicar), respectivamente.

Para ejemplificar, la dimensión del avance de la neurociencia se puede citar los estudios que se realizan a los "microtúbulos" que componen las células nerviosas cerebrales. Al respecto se ha expresado que las vibraciones cuánticas en las neuronas darían lugar a la conciencia en función de que "una revisión y actualización de una controvertida teoría de la conciencia de 20 años de existencia, publicada en *Physics of Life Reviews* afirma que la conciencia deriva desde el nivel más profundo, desde las actividades de escala más fina dentro de las neuronas del cerebro. El reciente descubrimiento de vibraciones cuánticas en 'microtúbulos' dentro de las neuronas del cerebro corrobora esta teoría, de acuerdo con autores Stuart Hameroff y Sir Roger Penrose. Ellos sugieren que los ritmos del EEG (ondas cerebrales) también se derivan de vibraciones de microtúbulos en un profundo nivel, y que, desde un punto de vista práctico, el tratamiento de las vibraciones de los microtúbulos del cerebro podría beneficiar a una gran cantidad de trastornos mentales, neurológicos y cognitivos"¹⁷(17).

¹⁴ LEONARDI, Danilo A., "El ADN puede colaborar con la administración de justicia", LA LEY 1990-A, 934; AR/DOC/19432/2001.

¹⁵ BONGIOVANNI SERVERA, José G., "Extracción compulsiva de ADN. Nuevos aportes para una interpretación constitucionalmente válida del art. 218 bis del CPPN", LA LEY del 05/04/2011, p. 5; LA LEY 2011-B, 396; AR/DOC/868/2011; CIOLLI, María Laura, "Valoración de la negativa del demandado en juicios de filiación a realizarse la prueba biológica de ADN. El derecho a la identidad. Una sentencia loable", LLNOA 2011 (marzo), p. 138; DFyP 2011 (abril), p. 94; AR/DOC/205/2011; YUBA, Gabriela, "Divorcio y prueba de ADN sobre los hijos para probar el adulterio de la Madre. Niños, niñas y adolescentes; ¿Objetos de prueba o Sujetos de Derechos? ¡Esa es la cuestión!", DFyP 2010 (octubre), p. 76; AR/DOC/6070/2010, entre otros.

¹⁶ BONGIOVANNI SERVERA, José G., "La extracción 'compulsiva' de ADN del cuerpo de la víctima y el derecho de defensa del acusado", LA LEY del 08/04/2010, p. 1; LA LEY 2010-B, 1173; Sup. Penal 2010 (julio), p. 1; LA LEY 2010-D, 1031; AR/DOC/1356/2010; VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique - CHAVES, Marianna, "El sometimiento a la prueba de ADN ¿Es exigible a los herederos del supuesto padre?", DFyP 2009 (diciembre), p. 156; AR/DOC/2953/2009; CARBONE, Carlos A., "La Corte Suprema confirma la negativa de la víctima a la extracción de sangre para pericia de ADN", DFyP 2009 (octubre), p. 215; AR/DOC/3065/2009; PENACINO, Gustavo A., "Análisis de ADN en la investigación de delitos sexuales", Sup. Act. del 18/05/2006, p. 1; AR/DOC/1565/2006, entre otros.

¹⁷ <http://cienciaaldia.com/2014/01/vibraciones-cuanticas-en-las-neuronas-darian-lugar-a-la-conciencia/>; <http://axxon.com.ar/noticias/2014/01/descubrimiento-de-vibraciones-cuanticas-en-microtubulos-dentro-de-las-neuronas-respalda-controvertida-teoria-de-la-conciencia/>; <https://estimulacionmagneticatranscralearagoza.wordpress.com/2014/11/24/conciencia-vibracion-cuantica-en-los-microtubulos/>, entre otras páginas web.

También se pueden citar estudios relacionados con el almacenamiento de la memoria humana ¹⁸(18), pero más allá de ello, la ciencia ha marcado una primera línea demarcatoria entre el menoscabo psíquico y el daño moral que por cierto se encuentra sujeta a nuevos estudios.

En ese sentido, y al solo efecto de reflejar el avance científico, resulta oportuno destacar que el duelo humano por el fallecimiento de un familiar está perfectamente estudiado en sus tiempos.

Al respecto, algunos autores entienden que tiene las siguientes etapas: 1ª etapa: impacto y negación; 2ª etapa: conciencia de la pérdida; 3ª etapa: conservación o retraimiento; 4ª etapa: cicatrización o reacomodo; 5ª etapa: recuperación y sanación¹⁹.

Las investigaciones han profundizado sus estudios hasta diferenciar entre el duelo normal y el patológico describiendo sus características ²⁰, detalle que debe ser tenido en cuenta al momento de conceptualizar cada daño dado que caracteriza al menoscabo en la psiquis al ser una enfermedad y no una simple aflicción ²¹.

Sin lugar a duda, la evolución científica, en la actualidad, aporta a la ciencia jurídica elementos para valorar correctamente el contenido de cada tipo de daño y, a partir de ello, formular una correcta cuantificación.

Por otra parte, su imparable evolución permitirá desvanecer viejos mitos y tener certeza científica sobre asertos que hoy solo son avalados por el pensamiento de la filosofía o creencias religiosas.

III. La conceptualización del daño con trascendencia jurídica

III.1. Preliminar

Para iniciar el desarrollo de este punto adquiere especial importancia reflexionar sobre el método a implementar para la construcción de una sentencia de daño.

En esa dirección, en una primera etapa, corresponde individualizar a los sujetos responsables del deber de resarcir el daño ilegítimo ocasionado, y para ello se debe evaluar la configuración de los presupuestos constitutivos de la responsabilidad previstos en el Código Civil y Comercial: daño (arts. 1737-1748), antijuridicidad (arts. 1717-1720), factor de atribución (arts. 1721-1724) y nexo de causalidad (arts. 1726-1733) ²².

En la segunda etapa, cuando ya se individualizó quién será el responsable de satisfacer los daños ocasionados a la víctima, el análisis judicial se focaliza, primero, en la valoración de los perjuicios para su posterior cuantificación en dinero de curso legal²³.

¹⁸ <http://web.uaemex.mx/plin/colmena/Colmena%2053/Aguijon/JuanP.html>; <http://assets.mheducation.es/bcv/guide/capitulo/8448180607.pdf>; <http://filosofia.nueva-acropolis.es/2011/cerebromente-ciencia/>; entre otras páginas web.

¹⁹ <https://gruporenacer.wordpress.com/2008/03/17/el-duelo-y-sus-etapas/>; <http://ocw.unican.es/ciencias-de-la-salud/ciencias-psicosociales-ii/materiales/tema-11.pdf>; ORTEGO, María del Carmen - LÓPEZ, Santiago - ÁLVAREZ, María Lourdes - APARICIO, María del Mar, "Tema 11. El duelo", Universidad de Cantábrica, Ciencias Psicosociales II, <http://ocw.unican.es/ciencias-de-la-salud/ciencias-psicosociales-ii/materiales/tema-11.pdf>. En este trabajo se especifica que "en el proceso de duelo se han establecido varias fases, pero no existe un acuerdo entre los autores a la hora de determinar su número. Así, nos encontramos con autores que afirman la existencia de tres etapas (Grollman, 1986; Rando, 1988; Bourgeois y Verdoux, 1994; Filgueira, 1995; Valdés y Blanco, 1997; Neimeyer, 2000 En: Ochoa de Alda, 2002), cuatro (Bowbly, 1983b; Fernández y Rodríguez, 2002) y hasta cinco fases (Kübler Ross, 1974; Parkes, 1975). Otra característica común en todos los autores consultados (Kübler Ross, 1974; Parkes, 1975; Bowbly 1983b, Grollman, 1986; Rando, 1988; Bourgeois y Verdoux 1994; Filgueira, 1995; Valdés y Blanco, 1997; Ochoa de Alda, 2002) es el hecho de considerar las etapas como no universales, es decir que no necesariamente las personas en duelo deben atravesar por todas ellas ni seguir una determinada secuencia.

²⁰ ECHEVERÚA, Enrique - DE CORRAL, Paz, <http://www.paliativossinfronteras.com/upload/publica/libros/Necesidades%20psicosociales%20en%20el%20termina%20lidad/EL-DUELO-NORMAL-Y-DUELO-PATOLOGICO-14%20Echeburua.pdf>.

²¹ En la actualidad, con un concepto científico multidisciplinario se ha profundizado el estudio del cerebro humano, bajo la denominación de "Neurociencia". Ver, entre otras citas: <https://www.youtube.com/watch?v=uqWmp5aA18>, <https://www.youtube.com/watch?v=5TqxaxDJMWY>.

²² (22) CCiv., Com. y Minería San Juan, sala Primera, 27/08/2007, autos nro. 19030, "Ramos, Estela del Carmen c. Lucero, Víctor Hugo y otros - Daños y perjuicios - Sumario", L. de S. t. 97 Fº 55/72.

²³ C1ºCiv., Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, 18/08/2001, expte. 142224/340, "Gallardo, Claudia Edgardo c. Chávez - Daños y perjuicios", L. de S. nro. 159, fs. 255. En este fallo se dijo que "no debe confundirse la

Al respecto Pizarro señala que "valorar el daño es determinar su entidad cualitativa [aestimatio²⁴] o, lo que es igual, "esclarecer su contenido intrínseco o composición material, y las posibles oscilaciones de agravación o de disminución, pasadas o futuras"²⁵.

En otras palabras, valorar el daño es una tarea compleja dado que tiene una actividad previa que se relaciona con el conocimiento que debe tener o tiene el juez antes del caso puesto a resolver, respecto del contenido in abstracto de cada rubro factible de ser resarcido. Ese conocimiento, puede ser calificado como doctrinario que cada iudex obtiene con los estudios de la opinión de los jurisconsultos y doctrina judicial que realiza del Derecho de Daño. A partir de esa tarea de ilustración, llega a una conclusión propia que le permite conceptualizar cual es el contenido en particular de cada daño resarcible.

Por ello, previo a resolver cualquier litis de daño, el juez debería tener en claro qué es lo resarcible, el contenido indemnizable de cada rubro, para iniciar la valoración en concreto conforme a los antecedentes de cada causa litigiosa venida a la jurisdicción para su resolución.

En ese sentido, cuando analizan los antecedentes del caso y, en especial, la prueba aportada para acreditar los extremos aseverados, comienza con la tarea de subsumir²⁶ los menoscabos efectivamente ocasionados a la integridad psicofísica-social o en el patrimonio de la persona, en cada categoría, teniendo siempre en cuenta una de las máximas preocupaciones de la jurisdicción que es no resarcir doblemente un mismo daño o dejar algún rubro reclamado sin indemnizar por una falsa apreciación de su contenido en la conceptualización del tipo.

En función de las consideraciones antes expuestas, es ineludible resaltar que, en esta etapa de valoración de los daños, tiene una influencia vital su calificación²⁷ y clasificación²⁸, tema que por cierto ha motivado la elaboración de varias monografías que tratan de brindar respuestas sobre el tema²⁹.

Una vez completada la valoración del daño definiendo qué se debe resarcir en cada rubro declarado procedente, corresponde avanzar con su cuantificación, tarea que tiene como complejidad el examen del método a utilizar para individualizar las cuantías resarcitorias de cada ítem, tema que excede el marco de esta investigación.

Por ello, sin procurar una acabada narración histórica de la mutación del concepto de "daño", es oportuno recordar las principales líneas de pensamiento que han procurado dar un concepto jurídico y definido el método para cuantificarlo. Así, se puede precisar que daño es: a) el menoscabo de un derecho, b) el menoscabo de un interés y c) las consecuencias del menoscabo.

III.2. El daño está relacionado con el menoscabo de un derecho

En esta categoría se puede mencionar a Orgáz, quién entendía resarcible la lesión de un derecho o de un interés legítimo. En efecto, este autor enseñaba que "los arts. 1079 civil y 29 penal, sin perder su formal generalidad, tienen sustancialmente la debida limitación: la acción de

valoración del daño con la cuantificación de la indemnización, se trata de dos operaciones distintas aunque fuertemente relacionadas".

²⁴ Estimación. (Del lat. aestimatio, —onis). 1. f. Precio y valor que se da y en que se tasa y considera algo. ~ tributaria. 1. f. Der. estimación que se realiza en ciertos tributos para determinar el valor de la base imponible. <http://lema.rae.es/drae/?val=estimacion>. Conforme esta definición de la Real Academia Española de la Lengua, la aestimatio comprende las actividades de valorar como la de cuantificar que tratamos de diferenciar.

²⁵ PIZARRO, Ramón D., "Valoración y cuantificación del daño moral en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: Consolidación de una acertada doctrina", LLC 2006 (septiembre), p. 893. El mismo autor, "Valoración y cuantificación del daño moral", LLC 2006-893; RCyS 2006-XI-121.

²⁶ Subsumir: (De sub— y el lat. sumere, tomar). 1. tr. Incluir algo como componente en una síntesis o clasificación más abarcadora. 2. tr. Considerar algo como parte de un conjunto más amplio o como caso particular sometido a un principio o norma general. <http://lema.rae.es/drae/?val=subsumir>.

²⁷ Calificar. (Del b. lat. qualificare). 1. tr. Apreciar o determinar las cualidades o circunstancias de alguien o de algo. <http://lema.rae.es/drae/?val=calificar>.

²⁸ Clasificar. (Del b. lat. classificare). 1. tr. Ordenar o disponer por clases. <http://lema.rae.es/drae/?val=clasificar>.

²⁹ ALFERILLO, Pascual E., "Trascendencia de la valuación en la cuantificación de los daños a la persona", Doctrina Judicial, año XXIII, nro. 40, 3 octubre 2007, p. 298; ALFERILLO, Pascual E. - PANDIELLA, Juan C., "Daño a la persona. Valoración. Cuantificación. Visión jurisprudencial", Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2009, p. 15.

resarcimiento pertenece a 'toda persona' o al 'tercero' que ha sufrido un perjuicio por causa del acto ilícito cometido contra otra persona; pero el perjuicio, debe ser entendido en sentido jurídico, es decir, solo ese perjuicio que resulta de la lesión de un derecho o de un interés protegido por la ley"³⁰.

III.3. El daño está relacionado con el menoscabo de un interés

Entre los autores que sustentan esta visión, Bueres considera que "en rigor, el derecho no protege los bienes en abstracto, sino los bienes en cuanto satisfacen necesidades humanas (intereses)". En otras palabras, "el daño es la lesión a unos intereses jurídicos patrimoniales o espirituales. El interés es el núcleo de la tutela jurídica. Los derechos subjetivos, los bienes jurídicos en general, se regulan o se tutelan en vista de la satisfacción de intereses. Cuando se afecta la esfera jurídica de un sujeto, el goce de los bienes sobre los cuales él ejercía una facultad de actuar, existirá daño"³¹.

En los párrafos siguientes, interpretando las enseñanzas de Santos Briz, concluye expresando que "el daño estricto, lesiona un interés jurídico susceptible de ser resarcido [...] lo trascendente, en esta acepción del daño, es que este tiene que ser potencialmente reparable"³².

El autor de referencia, frente al interrogante de cuál es el valor que tienen las repercusiones o secuelas que la lesión al interés provocan, a la hora de perfilar su significado estima que "esos efectos (alteración patrimonial en el daño material, y sufrimiento, dolor, aflicción, desesperanza, disgusto, pérdida de satisfacción de vivir, etc., en el daño moral), son trasuntos o consecuencias del daño, pero no son el daño mismo como concepto estricto [...] sin embargo, existe homogeneidad de sustancia entre el daño y su efecto o secuela. Si el interés afectado es patrimonial, la consecuencia será patrimonial; y si el interés vulnerado es moral la consecuencia también lo ha de ser"³³.

Por su parte, Vázquez Ferreyra, siguiendo las enseñanzas antes expuesta sintetiza que "el daño es la lesión a un interés jurídico" [porque] "es el núcleo de la tutela porque los derechos, los bienes en general, están regulados en vista de la satisfacción de intereses de la persona"³⁴.

A su vez, Zannoni precisó que "es correcto distinguir entre derechos subjetivos e intereses legítimos, pero con esta salvedad: todo derecho subjetivo presupone un interés legítimo. El interés legítimo trasciende el derecho subjetivo cuando su objeto es un poder de actuación conferido por la ley en beneficio directo y exclusivo de su titular. Si, en cambio, se trata de preservar o mantener la legalidad de una situación jurídica de la que el sujeto participa, sin lesión actual de un bien jurídico directo y exclusivo —aun cuando la preservación de la legalidad de esa situación jurídica pueda, eventualmente, y en el futuro, llegar a provocar esa lesión— hay solo un interés jurídico que no es derecho subjetivo. Pero en estos casos la tutela del interés legítimo no se funda en un daño personal sino en la presentación de la legalidad de una situación jurídica que puede llegar, en el futuro, a frustrar derecho subjetivo"³⁵.

³⁰ ORGAZ, "El daño resarcible", Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1992, ps. 98 y 99. Esta limitación traía, por ejemplo, la exclusión de la legitimación para reclamar de los concubinos, del pariente lejano alimentado por el fallecido, etc. En igual sentido: BREBBIA, Roberto H., "El daño moral. Doctrina. Legislación. Jurisprudencia", Ed. Orbir, 1967, 2ª ed., p. 71.

³¹ BUERES, Alberto, "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta", en libro Derecho de daños. Primera parte, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1991, ps. 166-167.

³² BUERES, Alberto, "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta" en libro Derecho de daños. Primera parte, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1991, p. 170. El autor aclara que "el bien es el objeto, la entidad capaz de satisfacer una necesidad, mientras que el interés es la posibilidad que tiene el agente de satisfacer la necesidad proporcionada por el bien. En palabras de De Cupis, el interés es la relación objetiva existente entre el ente que experimenta la necesidad y el ente idóneo para satisfacerla (el bien). Asimismo, la necesidad es una exigencia, un menester que proviene de la falta de ciertas cosas (De Cupis, "El daño: teoría general de la responsabilidad civil", ps. 109 y 110)".

³³ BUERES, Alberto, "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta", en libro Derecho de daños. Primera parte, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1991, ps. 171 y 172. El autor procura conciliar las dos posiciones alrededor de las cuales, entiende, gira el concepto apropiado de daño: la lesión de un interés y la que define al daño en vista a las consecuencias. Este pensamiento conciliador influyó notablemente en Pizarro cuando define daño moral.

³⁴ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "Responsabilidad por daños (Elementos)", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 174.

³⁵ ZANNONI, Eduardo A., "El daño en la responsabilidad civil", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, 2ª ed. actualizada y ampliada, 1ª reimp., p. 29.

En función de ello entiende como resarcible el "simple interés" no contrario a derecho cuando explicó que "el daño lesiona un interés y, por ende, priva al sujeto de esa facultad de actuar que, aunque no constituyera el sustento de un derecho subjetivo, era una facultad que, ciertamente, integraba la esfera de su actuar lícito —el agere licere—, es decir, de su actuar no reprobado por el derecho. La lesión a ese interés —cualquiera sea este— produce, en concreto, un perjuicio"³⁶.

III.4. El daño resarcible es la consecuencia

Para un sector importante de la doctrina se generalizó la idea de que el daño resarcible es la consecuencia patrimonial o moral de la lesión padecida. Esta idea ha sido defendida por importantes autores como Pizarro y Vallespinos³⁷, Zavala de González³⁸, Lorenzetti³⁹, Galdós⁴⁰, entre otros.

Los postulados de esta posición podemos sintetizarlos del siguiente modo: a) El daño jurídico (por ende, resarcible) no consiste en la lesión misma, sino en sus efectos. b) El daño versa sobre el resultado de la violación que repercute negativamente en el patrimonio y en lo moral. El daño no se identifica con la sola lesión a un derecho patrimonial o extrapatrimonial, o a un interés que es presupuesto de aquel, sino que es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. c) No es la lesión misma la que se resarce. d) Lo que se resarce son sus repercusiones económicas y morales. e) Finalmente, este grupo de autores identifica daño moral con daño extrapatrimonial.

IV. La definición de daño en el Código Civil y Comercial

Esta breve introducción tiene la finalidad de mostrar la génesis intelectual de los conceptos utilizados por la jurisprudencia cuando procuraban definir cuál era el daño resarcible partiendo de la base que el Código Civil comprendía, bajo la designación de pérdida e intereses, no solo al perjuicio efectivamente sufrido sino también a las ganancias de que fue privado el damnificado por el acto ilícito (arts. 1069, 506, 508, 511, 513 y conc.). Es decir, no daba una definición conceptual de daño.

En sentido contrario, el Código Civil y Comercial, con algunas deficiencias que serán destacadas, adoptó una línea de pensamiento en su normativa que se vincula con procurar diferenciar entre daño evento de la indemnización de las consecuencias.

Este criterio es el adoptado por el art. 1737 al expresar que hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva. Y se complementa con el art. 1738 donde se precisa lo que comprende la indemnización.

³⁶ ZANNONI, Eduardo A., "El daño en la responsabilidad civil", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, 2ª ed. actualizada y ampliada, 1ª reimp., ps. 36-37. Esta evolución fue consignada en BUSTAMANTE ALSINA, "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, 9ª ed. ampliada y actualizada, ps. 174-175. El cambio de criterio permitió, entre otras hipótesis, por ejemplo, la factibilidad para que el concubino pudiera reclamar el resarcimiento del perjuicio material derivado de la muerte de su compañero.

³⁷ PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., "Instituciones de derecho privado. Obligaciones", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 2, ps. 639-640.

³⁸ ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, comentario al art. 1067, en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3, "Arts. 1066/1116 - 1066/1116 - Obligaciones", ps. 95-96.

³⁹ LORENZETTI, Ricardo L., "La lesión física a la persona. El cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante", Revista de Derecho Privado y Comunitario, nro. 1, "Daño a la persona", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 104.

⁴⁰ GALDÓS, Jorge M., "¿Hay daño biológico en el derecho argentino?", JA del 28/06/2006 (2006-II-fasc. 13) cita a BUERES, Alberto, en su prólogo a CALVO COSTA, Carlos A., "Daño resarcible", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 25; "Daño a la vida en relación", LA LEY del 29/06/2006. El autor sostiene para marcar su posición que "lo que se esconde bajo el concepto de daño biológico no es otra cosa que un perjuicio físico, en sentido naturalístico, el que bien puede tener repercusiones patrimoniales y extrapatrimoniales y, como tal, dar lugar a una indemnización por daño moral o patrimonial".

El sincretismo del art. 1737 se aprecia en la descripción del daño que parte de referenciar, tanto a la lesión de un interés reconocido por el derecho (derecho subjetivo) como del simple interés no contrario a la legalidad junto con el bien donde se materializa el menoscabo⁴¹ (41).

Sin embargo, como advierte Alpa que "en la actualidad, la noción ontológica de daño tiende a desmaterializarlo y a despatrimonializarlo. Esto es así por diversas razones de naturaleza teórica y de política del derecho. Hoy en día el 'daño' no es más, en la conciencia social, en la praxis jurisprudencial y en las propias intervenciones legislativas, la simple disminución del patrimonio de la víctima del ilícito; daño es la lesión a un interés protegido"⁴² (42).

Esta tendencia se manifiesta en el pensamiento de los proyectistas de la reforma al Cód. Civ. y Com., designados por el Dec. PEN 182/2018, quienes proponen redactar el art. 1737 del siguiente modo: "Daño en sentido amplio. Daño es la lesión a un interés individual o colectivo, patrimonial o moral, no reprobado por el ordenamiento jurídico".

Los proyectistas ponen énfasis en el interés, calificándolos, y poniendo como límite que no pueden ser contrarios al ordenamiento jurídico, sean o no reconocidos por él.

En primer término, se advierte, sin perjuicio del esfuerzo doctrinario realizado por notables autores de procurar focalizar la definición del daño solo en el interés, la vida real que inspira la visión social de la lógica jurídica enseña que el interés del sujeto no puede ser dissociado del bien sobre el cual recae. No existe interés vulnerado sin que previamente se dañe la integridad psicofísica/social o el patrimonio de la persona y esta realidad no cambia, aun cuando se procure modificar la definición excluyendo de ella a los bienes tutelados⁴³ (43).

Por otra parte, es dable anticipar la existencia de incompatibilidades doctrinarias entre la propuesta de la teoría del daño al interés con la que describe la existencia del daño consecuencia indemnizable que procuró ser superada por Bueres, conciliada por Pizarro y descalificada por Zavala de González⁴⁴(44).

V. Observaciones a las clasificaciones

V.1. Actualización de la denominación

Frente a la nueva valoración normativa del contenido de los daños, corresponde examinar si la clasificación de los perjuicios responde a la tendencia pro homine que impregna al derecho en los tiempos actuales.

En ese sentido, se debe observar críticamente a la clasificación decimonónica de los daños, entre patrimonial y extrapatrimonial.

Al respecto, Brebbia explicaba desde su particular óptica concordante con la posición de Orgáz, que los "derechos subjetivos se diferencian en derechos patrimoniales y extrapatrimoniales; según que los bienes que protejan sean de uno u otro carácter. Se entiende por bienes patrimoniales aquellos que admiten una traducción adecuada en dinero, y por bienes extrapatrimoniales los que no son susceptibles de esa equiparación por tratarse de bienes que integran lo que la persona es y no lo que la persona tiene. El conjunto de estos bienes extrapatrimoniales forman lo que se ha dado en llamar la personalidad o patrimonio moral de los sujetos, que se distingue del patrimonio económico o patrimonio propiamente dicho, integrado exclusivamente por bienes de valor pecuniario"⁴⁵ (45).

Como se colige, en ese tiempo el eje sobre el cual se regulaban las relaciones privadas era el patrimonio, circunstancia que se ha modificado y es hoy, el hombre, el centro del Derecho, razón

⁴¹ (41) Evidente el Cód. Civ. y Com. adoptó el pensamiento expuesto por Eduardo Zannoni antes referenciado.

⁴² (42) ALPA, Guido, "Responsabilidad civil. Parte General", trad. de César E. Moreno More, Ediciones Legales EIRL, Lima, 2016, vol. 2, p. 780.

⁴³ (43) Cuando chocan dos automotores no chocan dos intereses sino dos cosas que integran el patrimonio de dos sujetos. Son los bienes quienes reciben, en primer momento, el impacto dañino y que a consecuencia de ello, se dañan intereses que las personas tienen sobre ellos.

⁴⁴ (44) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, comentario al art. 1067 en el libro BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Ed. Hammurabi - José Luis Depalma editor, Buenos Aires, 1999, t. 3, arts. 1066/1116 Obligaciones, p. 95.

⁴⁵ (45) BREBBIA, Roberto H., "La lesión al patrimonio moral", en libro Derecho de Daños. Primera parte, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1991, p. 228.

por la cual se debe abandonar estas denominaciones por otras que describan adecuadamente los perjuicios que sufre una persona.

En ese sentido, Fernández Sessarego propone denominar daño a la persona y al patrimonio, pero esta denominación tiene como inconveniente que cuando se menoscaba el patrimonio, de igual modo, se vulnera un derecho subjetivo o interés de una persona.

Por ello, partiendo de la base de que la persona siempre es la titular de los derechos e intereses, se reconocen dos integridades que pueden ser vulneradas: la psicofísica y la social (también podría ser denominada "menoscabo a la persona propiamente dicho") y la patrimonial.

De igual modo, se debe tener precisión, ante la proliferación de adjetivos colocados al sustantivo "daño", para conocer fehacientemente a que menoscabo se está refiriendo pues de otro modo, se generan confusiones o ambigüedades en los razonamientos.

En otras palabras, el respeto de la dignidad humana exige abandonar terminología agresiva y despectiva, como es denominar daño extrapatrimonial cuando se hace referencia a menoscabos que acaecen en el soma, psique o social de la persona.

Por ello es aplaudible la propuesta de modificar el art. 1741 suprimiendo la locución daño extrapatrimonial y reemplazarla por daño moral que es totalmente omitido con esa denominación por el Cód. Civ. y Com., en la regulación de los daños.

V.2. No se puede soslayar referencia al bien deteriorado ni asimilar el interés o derecho tutelado con los efectos que producen

La estructura del razonamiento de quienes profesan la doctrina del daño como menoscabo de un interés, sostiene que ontológicamente está radicado en la afectación de este (patrimonial o no), no en su consecuencia, con la cual existe homogeneidad de sustancia ⁴⁶(46).

Aceptada la teoría del interés, es correcto el criterio de la similar naturaleza entre el interés vulnerado con la consecuencia. Pero fáctica y jurídicamente no se puede independizar o dar autonomía al interés en el análisis de la cadena de causas-efectos, sin tener previamente en cuenta la materia o bien⁴⁷ (47) (o sobre el qué) se produce el menoscabo, pues a partir de ello se puede entender que surjan distintos intereses vulnerados sobre una misma materia dañada y, posteriormente, las consecuencias.

En el conocido ejemplo del automóvil de colección que es chocado confluye el interés patrimonial de su propietario menoscabado; expresado en singular: a la "integridad de la cosa" o, en sentido global, a la "integridad de su patrimonio", de la cual se deriva el reclamo a que este sea reparado (daño emergente), al resarcimiento de las ganancias que se dejaron de percibir durante la privación de su uso, dado que era alquilado para fiestas (lucro cesante) y, también, la pérdida del valor de reventa; e intereses relacionados con la "integridad espiritual" de la persona, representado por la vulneración de su tranquilidad o bienestar espiritual que le daba el gozo de ese automotor que cuando fue lesionado produjo, como efectos el malestar, dolor, inquietud, etc.

De este ejemplo, se puede inferir que de un mismo bien lesionado pueden surgir intereses de distinta naturaleza que satisfacen a su titular, los cuales una vez vulnerados generan como consecuencia un estado de situación negativo (patrimonial o moral) que faculta a su titular para reclamar su reparación. El interés (tutelado o simple no contrario a derecho) una vez menoscabado genera consecuencias y se transforma en actio, en legitimación para reclamar su indemnización, tal cual es informado por los arts. 1739, 1740, 1741 Cód. Civ. y Com., entre otros.

En otras palabras, para los partidarios de la teoría "daño-interés", existe, entre el interés menoscabado y su consecuencia similitud en cuanto a su naturaleza (económica o moral) pero se debe tener en cuenta que, de modo alguno, se puede confundir el interés vulnerado con la secuela

⁴⁶ (46) BUERES, Alberto, "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta" en libro Derecho de daños. Primera parte, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1991, ps. 171 y 172. El autor procura conciliar las dos posiciones alrededor de las cuales, entiende, gira el concepto apropiado de daño: la lesión de un interés y la que define al daño en vista a las consecuencias. Este pensamiento conciliador influyó notablemente en Pizarro cuando define daño moral.

⁴⁷ (47) En el sentido amplio dado VÁZQUEZ FERREYRA, "Responsabilidad por daño (Elementos)", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 173, cuando dice que "por bien se debe entender todo aquello que pueda satisfacer una necesidad, es decir, todo objeto de satisfacción. En el conjunto entran todos los bienes y cosas en su más amplia acepción. Puede tratarse no sólo de cosas, derechos, créditos, sino también del cuerpo, la salud, la intimidad, el honor, la propia imagen, etc.". En igual sentido: BUERES, Alberto, "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta", en libro Derecho de daños. Primera parte, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1991, ps. 170. El autor señala que "el bien es el objeto, la entidad capaz de satisfacer una necesidad, mientras que el interés es la posibilidad que tiene el agente de satisfacer la necesidad proporcionada por el bien".

generada por ello. No se puede equiparar causa con efecto, porque de una causa pueden surgir varios efectos distintos, especialmente cuando se trata de un interés patrimonial⁴⁸ (48).

Como se colige, la fenomenología de los daños con trascendencia jurídica rompe los estancos creados por las ideologías doctrinarias dado que tienen una dinámica propia de causa-efecto que debe ser observada en cada caso, para llegar a una justa recomposición.

Avanzando en el examen de los pensamientos expuestos, se observa que la diferencia entre la tesis del "daño-interés" con la teoría propiciada por Zavala de González y otros, se centra en el asiento del concepto ontológico de daño, porque para la jurista cordobesa, se focaliza en las consecuencias que estima que es el objeto del resarcimiento. En función de esta consideración, la autora califica en una misma categoría a las dos primeras doctrina transcrita up supra porque "atienden a la materia lesionada"⁴⁹ (49).

Por ello, es ineludible advertir que ha menester un cuidado especial cuando se procura conciliar la teoría del "daño-interés" con la del "daño consecuencia" porque estas tienen sustanciales diferencias conceptuales, especialmente cuando se está en la tarea legisferante.

V.3. El daño con trascendencia jurídica no comprende únicamente las consecuencias económicas o morales

Sin perjuicio de ello, avanzando en las reflexiones se anticipa que el daño con trascendencia para el derecho no es una fotografía que refleja un momento estático, sino que tiene una dinámica propia, conforma un proceso a semejanza de un video, pero que configura una unidad conceptual que se refleja o trasciende, finalmente, en una cuantía indemnizatoria.

En ese sentido, se ha sostenido en reflexiones anteriores que el contenido normativo del art. 1746 del Cód. Civ. y Com., aporta dos fundamentos a nuestra tesis. La primera cuando consagra normativamente el desvinculo conceptual y resarcitorio del daño psíquico respecto del moral, integrando el primero con el físico (psicofísico) que permite esclarecer correctamente la valoración de los perjuicios.

Y, en segundo término, el contenido del artículo autoriza argumentar que para cuantificar el daño psicofísico es ineludible referenciar al daño "daño evento" o "naturalístico" sufrido por la persona que desdeña como resarcible la tesitura del "daño consecuencia", porque este determina la dimensión o extensión de la cuantía compensatoria. Es decir, con una visión integradora, para cuantificar convergen el daño producido a los bienes de la persona como sus consecuencias económicas y morales en una unidad.

En este sentido, para calcular el resarcimiento que correspondería acordar para compensar la incapacidad psicofísica sobreviniente, se recurre a una fórmula de la matemática financiera que está expresada del siguiente modo: "la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades...".

Como se colige para calcular la cuantía, además de la suma de dinero que percibía por sus tareas laborales y sociales, los años de sobrevida y el interés que podía generar con el capital, se

⁴⁸ (48) La teoría del interés, tal cual se la conoce, debería ahondar en la clasificación de los intereses sobre los bienes. Pues existe un interés genérico que es a la integridad de la cosa (en singular) o del patrimonio (conjunto) e intereses derivados, secundarios o consecuencias como sería el interés a la reparación del bien que se satisface con el resarcimiento del daño emergente, o el interés por la utilización económica del bien cuya privación genera pérdidas que se indemnizan como lucro cesante etc. Es decir, existen puntos inconclusos en la construcción de esta tesis para cerrar una estructura integral que explique el fenómeno del daño.

⁴⁹ (49) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, comentario al art. 1067 en el libro BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Ed. Hammurabi - José Luis Depalma editor, Buenos Aires, 1999, t. 3, arts. 1066/1116 Obligaciones, p. 95. Para justificar su criterio expresa: "si lo que decidiese la existencia y extensión del daño fuesen el bien o el interés violado, la indemnización debería ser más o menos uniforme para cada especie de lesión. Por ejemplo, la vida o integridad física de un hombre valen tanto como la de otro cualquiera. Solo apreciando las repercusiones en cada caso, y acorde con las circunstancias particulares del hecho y de la víctima, es factible conceder una reparación adecuada e individualizada". En sentido contrario, ALFERILLO, Pascual E., "El daño biológico", Revista de Derecho de Daños, 2011, 3, "Daño a la salud", Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 269, respondió: que se olvida que "los seres humanos somos iguales en esencia o por naturaleza pero desiguales culturalmente".

debe aplicar el porcentaje de incapacidad física, psíquica o psicofísica padecido por la víctima que es la representación numérica (%), del denominado "daño naturalístico" o "evento", razón por la cual no se puede aceptar la división tajante que sustentan algunos autores.

Es más, en la doctrina de los tribunales que surge de contrastar las normas con la realidad se reflejan dos líneas principales de pensamiento respecto de qué se resarce cuando se indemniza una incapacidad sobreviniente. En ese sentido, una marca que se resarcen las consecuencias de la incapacidad producida, y la otra hace referencia a que el daño compensado es la incapacidad misma.

La primera línea de pensamiento es sostenida en forma contundente cuando se dice que "la integridad física y/o psicológica no tiene valor económico en sí misma, sino en función de lo que la persona produce o puede producir; se trata en última instancia, de un lucro cesante actual o futuro, derivado de las lesiones sufrida por la víctima"⁵⁰ (50).

En cambio, en el caso "Ontiveros, Stella Maris" resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es sustentada en forma laxa, dentro de la mayoría por Lorenzetti, cuando dice en el consid. 5 de su voto que "el daño a la persona puede producir una consecuencia económica o no" y en el 8 que "el hecho de que ella siga, ejerciendo una tarea remunerada no empece a que obtenga la indemnización por las restantes proyecciones nocivas del ilícito"⁵¹ (51).

Decíamos en forma relativa, por cuanto reitera un concepto acuñado en la CS, cuyo texto acerca a pensar que la incapacidad sobreviniente se resarce en sí y que las secuelas económicas y sociales actúan como métrica en la cuantificación. Ello al decir que "cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva pues, la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportiva, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (CS, Fallos 308:1109; 312:752, 2412; 315:2834; 316:2774; 318:1715; 320:1361; 321:1124; 322:1792, 2002 y 2658; 325:1156; 326:847 y 334:376, entre muchos otros). Ello, por cuanto en el universo de perjuicios que integran la incapacidad sobreviniente, la faz laboral es una de las parcelas a indemnizar, la que no conforma el todo, ni la única a resarcir, sino que constituye un componente más de aquella (doctrina de CS, Fallos 320:451). Todos estos criterios interpretativos, por otra parte, han sido recogidos por el legislador en los arts. 1740 y 1746 del Cód. Civ. y Com., que aun cuando —como se dijo— no se aplique al caso de autos, condensan los parámetros ya aceptados por la doctrina y la jurisprudencia en la materia"⁵² (52).

Los otros integrantes de la mayoría dijeron en sentido similar que "la incapacidad física del trabajador suele producirle un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en su actividad social, deportiva, etcétera; y que ese perjuicio debe ser objeto de reparación al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y del daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable"⁵³ (53).

La tendencia que con precisión marca el daño sobre la persona en sí mismo sostiene que "la incapacidad sobreviniente es la que se verifica luego de concluida la etapa inmediata a la curación y convalecencia de la víctima, cuando no se ha logrado una rehabilitación total de las secuelas sufridas, y debe ser indemnizada en tanto disminución de aptitud para el trabajo, aun cuando se siga percibiendo la misma remuneración"⁵⁴ (54).

⁵⁰ (50) CNCiv., sala A, 17/12/2012, "Cerde, Alicia C. c. Rodríguez, José y otros", AP/JUR/4816/2012.

⁵¹ (51) CS, "Ontiveros, Stella Maris c. Prevención ART SA y otros s/ accidente - inc. y cas.", O. 85. L. RHE 10/08/2017, Fallos 340:1038. En igual sentido: CNCiv., sala K, 07/06/2010, "Racigh, Oscar Roque c. Corona, Eduardo", ED 241-94; AR/JUR/41546/2010.

⁵² (52) CS, "Ontiveros, Stella Maris c. Prevención ART SA y otros s/ accidente - inc. y cas.", O. 85. L. RHE 10/08/2017, Fallos 340:1038.

⁵³ (53) CS, "Ontiveros, Stella Maris c. Prevención ART SA y otros s/ accidente - inc. y cas.", O. 85. L. RHE 10/08/2017, Fallos 340:1038.

⁵⁴ (54) CNCiv., sala K, 28/04/2004, "Gorosito, Lidiana c. Transporte Automotor Plaza SACI y otro", LA LEY online, AR/JUR/7772/2004. En igual sentido: CNCiv., sala B, 09/03/1999, "Martínez, Julio y otro c. Falchetti, Cristian J. y otro", AR/JUR/2001/1999. Este tribunal dijo que "cabe reconocer, entre los elementos a valorar en los supuestos de daños a las personas, aparte del porcentual de la disminución de aptitudes laborales, la indemnidad perdida o, lo que es equivalente, el derecho de conservar ileso o intacto el cuerpo de cada uno. La alteración del organismo hasta entonces pleno y sano, que nunca podrá ser restituido a su estado original, es precisamente la razón de ser de la compensación dineraria". También: CNCiv., sala L, 11/03/2010, "Estancias Juan Lalor c. Mouzo, Héctor y otros", 70060831. Este tribunal describe que "lo indemnizable como incapacidad sobreviniente no son las lesiones padecidas, sino la disminución de la aptitud física o psíquica derivada de las secuelas del accidente, que perduran de modo permanente".

Como síntesis, se verifican en el contenido de los fallos zonas grises donde convergen para cuantificar el daño, tanto el acaecido sobre el bien tutelado como sus secuelas, que marcan la extensión del resarcimiento. El daño resarcible es aquel que puede ser cuantificado y nunca las secuelas pueden ser cuantificadas en forma autónoma, con total prescindencia, del menoscabo que se produce al bien. Todo es una unidad de causas y efectos.

Para sellar la suerte de nuestros argumentos se trae a colación la definición que el profesor Pizarro da de daño moral, donde procura precisar su esencia ontológica. Y no puede prescindir de citar tanto a la lesión como a la consecuencia. Ello queda acreditado cuando conceptualiza que "el daño moral importa, pues, una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la 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 de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial"⁵⁵ (55).

Este criterio de convergencia se refleja —de igual modo— en la jurisprudencia cuando, para cuantificar la suma compensatoria por daño moral, pondera al denominado "daño evento" y juzga que "el daño moral resarcible depende de la importancia del perjuicio sufrido, pues es obvio que una lesión leve provoca un perjuicio espiritual menor que una lesión grave, y dado que la víctima, al obtener reparación del daño material, experimenta también una satisfacción de orden moral al ser respetados sus derechos"⁵⁶ (56).

Con el mismo criterio de vinculación, la CS ha sostenido que "en lo concerniente a la fijación del daño moral, debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad, la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a este (CS, Fallos 321 :111 7; 323: 3614; 325: 1156 y 334: 376, entre otros)" ⁵⁷(57).

VI. El daño con trascendencia jurídica es un concepto integral, unitario, complejo y dinámico

Frente a la fenomenología del daño con trascendencia para el derecho⁵⁸ (58) sostenemos su unidad conceptual, dado que es un proceso integral, unitario, complejo y dinámico.

El fraccionamiento en estanco del daño no responde a la realidad que debe ser receptada por el ordenamiento jurídico y por la visión de los juristas, dado que no es una situación estática (una fotografía) sino un proceso perfectamente concatenado que tiene dinámica evolutiva propia

⁵⁵ (55) PIZARRO, Ramón D., "Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 43.

⁵⁶ (56) C4°Civ., Com., Minas, de Paz y Tributaria Mendoza, 27/08/2009, "Barzola, Marta Ofelia c. Banco Credicoop Coop. Ltda.", LA LEY online, AR/JUR/32530/2009. En la misma dirección, "el detrimento espiritual causado al niño que sufrió lesiones graves como consecuencia de sufrir una descarga eléctrica debe tenerse por configurado por la sola producción del evento dañoso, ello así, dado que sufrir un accidente a temprana edad permite representar la angustia que padeció, la posterior estadía en el Hospital con continuas amputaciones en su miembro superior, las curaciones que debían hacerse bajo anestesia total con el consiguiente estado post-quirúrgico y la certeza que se trata de lesiones irreversibles, que exigirán de por vida el uso de una prótesis, son circunstancias que es imprescindible tener en cuenta en tanto implican una profunda lesión de los sentimientos del demandante" [TS Neuquén, 05/11/2013, "R., S. y otros c. CALF y otro s/ acción procesal administrativa", LLPatagonia 2014 (abril), 193, AR/JUR/85697/2013]. También se dijo que "la reparación del daño moral está dirigida a compensar los padecimientos, molestias e inseguridades, únicamente desde el plano espiritual, cobrando especial importancia la índole de las lesiones y el grado de las secuelas que dejaren, para mostrar en qué medida queda afectada la personalidad y el sentimiento de autovaloración" (CNCiv., sala G, 14/11/2011, "Spinillo, Gabriel Eduardo c. Transportes Alser SRL y otros s/ daños y perjuicios", RCyS 2012-IV-119; AR/JUR/74963/2011), entre otros.

⁵⁷ (57) CS, "Ontiveros, Stella Maris c. Prevención ART SA y otros s/ accidente - inc. y cas.", O. 85. L. RHE 10/08/2017, Fallos 340:1038 (del voto de Lorenzetti).

⁵⁸ (58) Cuando se hace referencia a la relevancia del daño para el derecho se soslaya de cualquier tratamiento a los menoscabos que afectan a bienes no vinculados jurídicamente con las personas. Sin perjuicio de ello, se precisa que existen derechos tutelados e intereses relacionados con la persona que por razones de índole de política legislativa son excluidos de los menoscabos resarcibles, como es el caso de la vulneración del derecho a la vida que podría ser reclamado iure hereditatis con independencia del reclamo iure proprio de sus familiares como es reglado en otras jurisdicciones; o, el caso, del daño moral padecido por la víctima que no es reclamado judicialmente antes de su fallecimiento, etc.

(al igual que una película) razón por la cual es complejo, unitario e integral que se refleja finalmente, luego de ser transformado (deuda de valor) en una suma dineraria que lo compensa.

El proceso se inicia con la recepción del impacto dañino generado por una conducta antijurídica que produce en la persona, el deterioro de su integridad psicofísica-social o de su integridad patrimonial. El daño, cualquiera sea su naturaleza, siempre afecta a la persona.

En este punto se visualiza la primera relación "causa-efecto" porque es la conducta reprochada y presumida como antijurídica por el art. 1717, Cód. Civ. y Com., la causa que produce el daño a un bien relacionado con un sujeto que pasa a ser la víctima o damnificado (empleando una terminología más amplia).

No puede existir discusión que el menoscabo inicial recae sobre un bien relacionado con el sujeto dañado.

Pero la teoría del "daño-interés" pone énfasis no sobre el bien sino sobre el interés o los intereses que satisfacen las necesidades humanas. Si se presta la debida atención en esta idea, encontramos otra relación "causa-efecto", porque el menoscabo del interés lícito⁵⁹(59) se produce como consecuencia del perjuicio irrogado al bien.

A partir de ello se pueden generar, en líneas paralelas, consecuencias económicas o moral. En otros términos, el menoscabo del interés lícito (causa) conforme sea su naturaleza puede generar consecuencias similares.

Con mayor simpleza, otra línea de pensamiento refiere a las consecuencias de carácter patrimonial o moral que se pueden derivar —en forma independiente o conjuntamente— del detrimento producido a un bien cualquiera sea la naturaleza de este.

Como se infiere, entre ambas tendencias existe coincidencia fáctica difiriendo en el análisis jurígeno.

Para destacar la complejidad del proceso basta recordar el menoscabo que puede sufrir una persona en su capacidad psicofísica, producido por un traumatismo que finalizado el proceso de curación desemboca en una incapacidad sobreviniente para la vida laboral y civil que se la reconoce como resarcible conforme en porcentual de minusvalía generado, de conformidad con el método previsto en el art. 1746, Cód. Civ. y Com. Aquí se verifica otra relación causa-efecto, pero en este caso dentro del sujeto dañado.

En cuanto a las consecuencias se coincide en reconocer las de naturaleza económica o moral, difiriendo las teorías en cuanto a su valoración dentro del concepto de daño.

Anticipando algunos conceptos, bien se pregona que no se puede asimilar daño moral con extrapatrimonial. Ello por cuanto se sostiene que siempre el daño moral es una consecuencia que debe ser analizada correctamente en la compleja línea de "causa-efecto". En ese sentido, el daño moral acaece cuando se vulnera la integridad psicofísica-social o patrimonial del sujeto de un modo tal que produce como consecuencia un menoscabo en su tranquilidad, equilibrio o bienestar espiritual (interés legítimo) generándose a partir de ello, como secuela, un estado disvalioso (dolor, inquietud, inseguridad, etc.) en la psique del individuo que no llega a ser patológico.

Estas consecuencias de carácter económico o moral determinan la dimensión del daño producido a los derechos o intereses de la persona, siguiendo las pautas fijadas en el art. 1726 del Cód. Civ. Com., donde se establece que son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles⁶⁰ (60).

En la norma claramente se lee que el nexo causal se inicia con el hecho antijurídico generador del daño que recae sobre un bien cuyo titular es la víctima y termina representado su valor en una suma compensatoria.

Todo es un proceso unitario, integral, complejo y dinámico que impone un examen peculiar en cada caso, para definir el resarcimiento.

⁵⁹ (59) Se califica como lícito porque todo interés compensable debe estar tutelado por el ordenamiento jurídico. De un modo expreso cuando la tutela se transforma en el reconocimiento de un derecho subjetivo, como dice Zannoni, p. 29, "todo derecho subjetivo presupone un interés legítimo". O, de un reconocimiento implícito derivado del principio de legalidad contenido en el art. 19 de la CN al reglar que "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". Es decir, todo interés que no esté expresamente prohibido queda dentro del margen de la licitud.

⁶⁰ (60) Ver: art. 1727 Cód. Civ. Com.— Tipos de consecuencias. Las consecuencias de un hecho que acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código "consecuencias inmediatas". Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman "consecuencias mediatas". Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman "consecuencias casuales".

Esta idea, con sus matices, es compartida por Guido Alpa, cuando dijo que "es necesario aclarar qué se entiende por la noción de daño. Daño, en la acepción del art. 2043, Cód. Civil, es el daño injusto, vale decir, la lesión de un interés protegido. La simple lesión implica resarcimiento. Ello es así, porque la injusticia está referida al daño y no al hecho o a la conducta. No es necesario diferenciar, a efectos del ilícito civil, entre evento y consecuencia: el daño civil, comprende la lesión del interés y las consecuencias, es decir, los efectos de la lesión que son relevantes para la cuantificación y el resarcimiento"⁶¹ (61).

VII. En procura de una clasificación de los daños compatibilizada

Acreditada, brevemente, la unidad conceptual del daño con relevancia para el derecho, como proceso dinámico e integral adquiere importancia, a la luz de la normativa del Código Civil y Comercial, e invita a proponer una clasificación de los menoscabos que permita visualizar las etapas de la evolución que finiquita en el momento de la consolidación del perjuicio como paso previo a su cuantificación, período que tiene sus propias características.

Al respecto cabe advertir que la rigidez de los postulados defendido por los autores divisionistas que marcan como resarcible únicamente el "daño-consecuencia" parte de tener un compromiso ideológico con los criterios materialistas que primaban en el Código decimonónico que no permite tener la flexibilidad suficiente para replantearse una clasificación que reconozca como eje al ser humano, al hombre y, con ello la evolución de la ciencia que lo estudia.

Ello quedó reflejado en resistencia para aceptar que existe una notoria diferencia conceptual entre el daño moral y el daño psíquico y, a partir de ello, decir que no tenían cabida en nuestro ordenamiento normativo otras alternativas para encuadrar los tipos que no fueran dentro del daño patrimonial o extrapatrimonial, denominando despectivamente, *tertium genus* a los nuevos tipos.

Esta idea es reflatada por los mentores del anteproyecto de reforma parcial Dec. PEN 182/2018, cuando comentando el esbozo de art. 1738 que intentan mejorar en su redacción, dicen que "a través de estos artículos se procura cerrar las puertas a pretendidas terceras categorías de daños en nuestro sistema, distintos del daño patrimonial y moral. No se trata de sentar criterios rígidos. Por el contrario, el Código Civil y Comercial, al igual que el Código Civil derogado (t.o. Ley 17.711) permiten conceptualizaciones muy amplias tanto del daño patrimonial como del daño moral, que toman absolutamente innecesaria la recepción de otras pretendidas de daño resarcible (daño estético, daño psíquico, daño sexual, etcétera) que solo describen formas de lesividad (daño en sentido amplio)".

Sin perjuicio de ello, el detalle a remediar es la omisión de compatibilizar la clasificación de perjuicio patrimonial o extrapatrimonial con la del "daño evento" y "daño consecuencia", dado que se produce una *melange*, una confusión en la clasificación de los rubros que llevó a algunos autores a utilizar al daño moral como el perjuicio donde se situaban todos los tipos de menoscabos que no tenían explicación en el esquema rígido porque entendían que este se identificaba con el bien dañado⁶² (62) sin entender que siempre es una consecuencia de la vulneración de otros derechos o intereses.

Teniendo en consideración las observaciones realizadas precedentemente, se torna ineludible compatibilizar la normativa vigente y los criterios interpretativos, con el nuevo paradigma constitucional que coloca al ser humano en el centro de los esquemas del Derecho, decisión de política legislativa que impone utilizar una nueva terminología con criterio *pro homine* superando conceptos patrimonialistas.

⁶¹ (61) ALPA, Guido, "La responsabilidad civil. Parte general", vol. 1, prólogo de Anderson Schreiber, trad. de César E. Moreno More, Legales Instituto - Legales Ediciones, Lima, 2016, p. 161.

⁶² (62) En la idea que el daño moral es menoscabo cuya entidad se agota en el ataque o lesión a derechos extrapatrimoniales, se pueden citar: BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, 9ª ed. ampliada y actualizada, p. 239; CASIELLO, Juan, J., "Sobre el daño moral y otros pretendidos daños", LA LEY 1997-A, 177; Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales, t. III, p. 79; BREBBIA, Roberto, "El daño moral", Ed. Orbis, Rosario, 1967, 2ª ed.; Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1950, 1ª ed., ps. 57 y 58. En otro sector calificado como amplio se dijo que contiene al tradicional *pretium doloris* y todas las posibilidades no patrimoniales. MAYO, Jorge A., "El daño moral. Los diversos supuestos característicos que lo integran", Revista de Derecho de Daños, nro. 6, "Daño Moral", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Buenos Aires, 1999, p. 179, entre otros.

A partir de ello, es fácil comprender que toda persona es titular de dos integridades reconocidas por la ley que satisfacen sus necesidades existenciales: A) la psicofísica y social⁶³ (63) y B) la patrimonial.

Ahora bien, cuando la acción antijurídica menoscaba la integridad psicofísica-social se pueden discriminar los deterioros del siguiente modo:

a. Perjuicios a la integridad física: traumatismos producidos al soma, al cuerpo biológico de la persona que pueden producir, por ejemplo, incapacidad sobreviniente (parcial/total; permanente/transitoria) y hasta su muerte.

b. Perjuicios a la integridad psíquica: dentro de este grupo se debe incluir: 1. daño neurológico, 2. daño psiquiátrico y 3. daño psicológico. El primero está en una zona de confluencia entre estas las dos primeras categorías dado que se afecta la estructura física del cerebro produciendo menoscabos psíquicos.

c. Perjuicio a la integridad social entendida esta como los bienes que surgen del respeto que se le debe a la persona en las relaciones emergentes de la vida en sociedad: en este agrupamiento se pueden enumerar, entre otros: 1. daño a los derechos personalísimos, 2. daño al honor, 3. daño al Proyecto de vida, 4. daño a la libertad personal, 5. daño a la intimidad, 6. daño estético, etc.

Respecto del último enumerado, participa de dos categorías porque además de ser un daño al soma de la persona tiene connotación social.

Finalmente, en cuanto al menoscabo de la integridad patrimonial B), se produce cuando se dañan las cosas y bienes de una persona que conforman su patrimonio.

Como se infiere de la enumeración parcial realizada de los menoscabos que puede padecer un sujeto víctima en sus bienes materiales y sobre su integridad psicofísica y social, por influencia de la evolución científica se verifica un aparente incremento en la enumeración de los daños, pero ello no es así, sino que es una tipificación depurada de cada de ellos.

Avanzando en el análisis, corresponde calificar las consecuencias derivadas del daño producido a la integridad psicofísica-social o a la patrimonial. Ellas son: A) económicas y B) espirituales, derivan consecuencias disvaliosas (dolor, inquietud, desazón, incertidumbre, etc.) para la psique de la víctima que no llega a ser patológico. Consecuencia descrita bajo la denominación de "daño moral".

Estas derivaciones se pueden producir en forma simultánea o individualmente.

Las secuelas económicas —a su vez— se clasifican en: a) daño emergente (pérdida o disminución del patrimonio de la víctima), b) lucro cesante (en el beneficio económico esperado de acuerdo con la probabilidad objetiva de su obtención) y c) pérdida de chance (conf. art. 1738 Cód. Civ. Com.).

La consecuencia moral responde a una tipología única.

Como se colige, las consecuencias económicas y la moral no han cambiado, con excepción de la pérdida de chance que en el Código unificado tiene reconocimiento normativo. En otra terminología, no se han incrementado los tipos, se reconoce la subsistencia de los clásicos.

Por cierto que cualquier perjuicio producido a la integridad biopsíquica y social de una persona puede generar consecuencias, tanto, económicas como moral.

De igual modo acontece, cuando se produce daño sobre la integridad de las cosas y bienes que integran el patrimonio del sujeto dado que de ello, también, se pueden derivar iguales secuelas.

VIII. Los cambios más importantes en la valoración de los daños

⁶³ (63) Se agrega en esta categoría a la integridad social, siguiendo el concepto de salud dado por la Organización Mundial cuando define que "la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades". La cita procede del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22/07/1946, firmada el 22/07/1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, nro. 2, p. 100), y entró en vigor el 07/04/1948. La definición no ha sido modificada desde 1948". <http://www.who.int/suggestions/faq/es/>. Algunos autores prefieren denominar a este conjunto de intereses lícitos como "moral", pero se estima que ello es incorrecto y confunde las categorías. El art. 61 de la Constitución de la Provincia de San Juan expresamente reconoce que "el concepto de salud es entendido de manera amplia, partiendo de una concepción del hombre como unidad biológica, psicológica y cultural en relación con su medio social. El Estado garantiza el derecho a la salud, a través de medidas que la aseguren para toda persona, sin discriminación ni limitaciones de ningún tipo...".

A partir de los conceptos vertidos corresponde analizar los tipos de daño que se presentan en la legislación argentina luego de la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial, para verificar si existe una proliferación viciosa de nuevos tipos o si por el contrario es producto de la natural evolución de los requerimientos sociales avalados por la ciencia.

En esa dirección, ab initio, se debe observar que el contenido normativo del art. 1737 donde se especifica el concepto de daño al conceptualizar que "hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva".

Evidentemente esta definición recoge los conceptos de las primeras dos tesis que focalizan el concepto de daño en la materia que recibe el perjuicio, en el bien que satisface necesidades existenciales de los hombres o en el interés vulnerado.

Esta definición procura ser reformulada especificando que el art. 1737 describe al "daño en sentido amplio" como "la lesión a un interés individual o colectivo, patrimonial o moral, no reprobado por el ordenamiento jurídico".

Como se colige, se elimina la relación conceptual con el menoscabo del bien o materia sobre la cual efectivamente se produce el perjuicio; si no, para esta postulación, el daño principia cuando se ha vulnerado un interés. Va de suyo que no es aconsejable un exceso en la teorización de las normas porque la vida real (laboratorio de prueba de todas las teorías) marca que para que exista daño relevante para el derecho, se debe menoscabar, en primer término, un bien que siempre debe estar tutelado como los que componen la integridad psicofísica/social o patrimonial.

A partir de ello, se puede aceptar que se haga referencia a la consecuencia derivada del daño producido al bien, como es la lesión de intereses relacionados con este.

El Código Civil y Comercial, en su normativa, no hace una enumeración de los daños a los bienes tutelados, sino se refiere a algunos de ellos en particular, como es, por ejemplo: en el art. 1741 cuando define la legitimación para reclamar "las consecuencias extrapatrimoniales" hace alusión a la muerte y gran discapacidad; en el art. 1745 cuando describe las secuelas resarcibles por muerte y, en el art. 1746, al precisar el método para cuantificar la incapacidad sobreviniente.

En este punto es oportuno resaltar un recelo surgido de la doctrina de los tribunales de neto corte patrimonialista, cuando la comisión proyectista concluye diciendo en la nota al esbozado art. 1738 que "se evita, por esta vía, el riesgo de duplicar indemnizaciones, o sea mandar a pagar dos veces el mismo daño bajo distintas denominaciones".

Al respecto, en primer lugar, existiendo un mandato constitucional de que la reparación debe ser plena se debe promover, con un sentido pro homine que lo más importante, es que no quede ningún daño sin resarcir y ello, surge de un correcto estudio de los nuevos tipos de menoscabos que se le pueden ocasionar a la persona como titular de las dos integridades antes descriptas. Ello es así, porque las consecuencias económicas y la moral, son las mismas para todos los tipos de menoscabos.

El art. 1738, Cód. Civ. Com., está destinado a enumerar cuales son las consecuencias indemnizables de los daños.

En ese sentido, en la primera parte del artículo se enumeran las secuelas económicas (daño emergente, lucro cesante y pérdida de chance), que pueden derivar de cualquier daño producido a la persona, sea en su integridad biopsíquica-social o patrimonial.

Sin embargo, en la segunda parte del artículo, se advierte que adolece de graves defectos de técnica legislativa que no pueden soslayarse, sino por el contrario deben ser advertidos.

En primer lugar, porque omite enumerar a la consecuencia moral que se deriva del daño a los derechos e intereses legítimos de la persona como indica la lógica jurídica y una correcta redacción de la norma. En otras palabras, no regula la existencia del "daño moral" bajo esta denominación.

Esta omisión, advertida en trabajos anteriores⁶⁴ (64), es observada —de igual modo— por la Comisión reformadora cuando propone incorpora textualmente al daño moral junto a las consecuencias económicas. Evidentemente pudo emplearse mejor técnica en la redacción, discriminando las consecuencias por su naturaleza diferente.

En segundo, lugar se observa un párrafo inexplicable desde el punto de vista de prolijidad doctrinaria, cuando regula que la indemnización incluye especialmente las consecuencias de la

⁶⁴ (64) ALFERILLO, Pascual E., comentario art. 1738 en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.), "Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético", Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2015, t. VIII, Pascual E. Alferillo, Osvaldo R. Gómez Leo y Fulvio G. Santarelli (dirs. de tomo), p. 197; en 2ª ed. actualizada y aumentada, 2016, p. 238; Daño moral. En la legislación Argentina y Costarricense, Colección Maestros del Derecho, IISA Investigaciones Jurídicas SA, San José de Costa Rica, marzo 2017, p. 82.

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.

Ello por cuanto al enumerar, reitera su referencia a bienes que pertenecen a la esfera de la integridad psicofísica y social de la persona, suficientemente reconocidos en la constitución y convenciones internacionales que implícitamente están reconocidos en el art. 1737.

De igual modo acontece, con el agregado ampliatorio propuesto por la Comisión reformadora con el cual procurar aclarar el alcance del interés negativo, porque describe su contenido incluyendo al daño emergente (gastos comprometidos para celebrar el contrato) y la pérdida de chance (una indemnización por la pérdida de celebrar otro negocio similar). Sin duda hay una preocupación economicista por limitar las consecuencias patrimoniales en la frustración de los contratos, al precisar que todo debe ser apreciado con criterio estricto.

Este modo impreciso de redacción del art. 1738 vigente, es la consecuencia natural de la crisis conceptual por la cual atraviesan los defensores de la tesis dual dado que no se discrimina correctamente la naturaleza de cada daño y no se tiene en claro que la única consecuencia de vulnerar el bienestar espiritual es el clásico "daño moral". Una prueba de ello es la utilización del plural para referirse a "las consecuencias no patrimoniales", dando a entender la posibilidad de que haya una pluralidad de consecuencia morales (art. 1741, Cód. Civ. y Com.).

De lo expuesto se infiere que el Cód. Civ. y Com. no formula una enumeración de los bienes que satisfacen las necesidades existenciales del hombre que pueden sufrir menoscabos, sino por el contrario, solo regula algunas vicisitudes que se pueden presentar en algunos de ellos, dejando abierta la posibilidad que con la evolución científica y social puedan ser receptados nuevos tipos. En cambio, ante la omisión verificada de regular al "daño moral" en términos genéricos se genera la disyuntiva de incluirlo implícitamente o bajo otra denominación para hacer referencia a él.

En función de ello, en esta investigación se analizarán, en los siguientes apartados, los cambios más importantes regulados en la etapa de las consecuencias.

VIII.1. Análisis de las consecuencias económicas

Tanto de la vulneración de derechos o intereses legítimos relacionados con la integridad patrimonial o de la psicofísica-social de una persona, se pueden derivar consecuencias de corte económico que conforme la primera parte del art. 1738, Cód. Civ. Com., que consisten en "la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo con la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances".

Sin lugar a hesitación, en el artículo se incluye el resarcimiento del clásico "daño emergente" y del "lucro cesante", tipos que están perfectamente delineados en sus características razón por la cual se exige en esta oportunidad de hacer comentario sobre ellos⁶⁵ (65).

En cambio, el nuevo tipo de daño al cual se le reconoce statu normativo es la "pérdida de chance" que ya tenía recepción en la doctrina de los autores y en los fallos de los tribunales⁶⁶ (66).

El Código unificado, en el art. 1739, in fine, regula que "la pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador".

Además de ello se debe tener presente que el art. 1745 regla para la indemnización por fallecimiento de un menor que en "en caso de muerte, la indemnización debe consistir en:... c) la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido".

VIII.2. Análisis de la consecuencia moral

⁶⁵ (65) ALFERILLO, Pascual E. comentario art. 1738 en GARRIDO CORDOBERA, Lidia - BORDA, Alejandro - ALFERILLO, Pascual E. (dirs.) - KRIEGER, Walter F. (coord.), "Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, t. 2, p. 1062.; ALFERILLO, Pascual E. - PANDIELLA, Juan Carlos, "Daño a la persona", Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2009, p. 126, entre otras obras.

⁶⁶ (66) ALFERILLO, Pascual E., comentario art. 1738 en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.), "Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético", Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2015, t. VIII, Pascual E. Alferillo, Osvaldo R. Gómez Leo y Fulvio G. Santarelli (dirs. de tomo), p. 197.

El art. 1738 del Cód. Civ. y Com. omite, inexplicablemente, enumerar expresamente al "daño moral", razón por la cual el intérprete se posiciona ante una decisión legislativa que contradice la tradición normativa argentina y enfrenta la disyuntiva de sostener que esta secuela no está prevista en el código sustancial o buscar otras alternativas que permita inferir que la figura está prevista, pero bajo otras condiciones.

En ese sentido y para no producir un colapso general del sistema de daños, se optó por la idea de interpretar que la figura del "daño moral" estaba referenciada como una secuela de vulnerar sus afecciones espirituales legítimas.

Vale anticipar que los proyectistas de la reforma sabiamente incorporan al artículo antes citado, la figura bajo la denominación clásica y aclaran en el esbozo del art. 1741 que "el damnificado directo está legitimado para reclamar la indemnización del daño moral..." reemplazando la locución daño extrapatrimonial.

En el camino evolutivo del concepto de daño moral fue definido de distintos modos.

Como punto de partida se puede citar a Brebbia, quien entiende "por daño la violación de uno o varios de los derechos subjetivos que integran la personalidad jurídica del sujeto producida por un hecho voluntario, que engendra a favor de la persona agraviada el derecho de obtener una reparación del sujeto al cual la norma imputa el referido hecho; y por daño moral, la especie, comprendido dentro del concepto genérico de daño expresado, caracterizada por la violación de uno o varios de los derechos inherentes a la personalidad de un sujeto de Derecho. [...], pues, a los daños morales tomando como criterio discriminador el rasgo que nos ha parecido más esencial en la definición jurídica de daño: el de la naturaleza jurídica del derecho subjetivo menoscabado, calificada, a su vez, por la calidad patrimonial o persona (extrapatrimonial) del bien tutelado. Este criterio objetivo de determinación de los daños morales que a nuestro juicio, constituye el único certero y eficaz para individualizarlos de una manera positiva, no parece compartido que sepamos, con excepción de Lalou, por ninguno de los numerosos tratadistas que han abordado el tema de los agravios extrapatrimoniales y han tratado de caracterizar su esencia"⁶⁷ (67).

Años más tarde, Bustamante Alsina explica que "si el daño recae sobre un bien jurídico inmaterial atacando la vida, el cuerpo, la salud, el honor o la libertad de una persona y afecta al mismo tiempo un interés jurídico no patrimonial, el daño es moral directo. Si el mismo daño repercute en el patrimonio por la pérdida de un beneficio económico afectando así un interés jurídico patrimonial, el daño es patrimonial indirecto". En función de ello, "el daño moral es menoscabo cuya entidad se agota en el ataque o lesión a derechos extrapatrimoniales"⁶⁸(68).

Por su parte, Bueres, en sentido similar, en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (San Juan, 1984) suscribió que "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.). El llamado 'daño moral objetivable' —o

⁶⁷ (67) BREBBIA, Roberto H., "El daño moral. Doctrina. Legislación. Jurisprudencia", Ed. Orbir, 2ª ed., 1967, p. 71. El profesor aclara que "la extrapatrimonialidad de los daños morales debe entenderse en el sentido de que son susceptible de incidir de una manera indirecta sobre el patrimonio de las personas, en cuanto los bienes personales menoscabados por el hecho ilícito poseen generalmente un determinado valor económico y como tal influyen en la capacidad productiva del sujeto pasivo del agravio. La distinción entre valor económico y valor pecuniario viene a constituir la clave de la clasificación de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales. Los primeros son aquellos agravios configurados por la lesión de un bien con valor pecuniario, es decir, de un bien patrimonial; en cambio, los segundos son aquellos conformados por el menoscabo de algunos de los bienes personales, que no poseen traducción adecuada en dinero y, por tanto, carecen de valor pecuniario, pero, en cambio, son susceptibles de tener un valor económico porque suelen incidir sobre la capacidad productiva del sujeto. Los agravios patrimoniales inciden de una manera directa sobre el patrimonio del sujeto, formado exclusivamente por bienes con valor pecuniario; los daños morales inciden indirectamente sobre el patrimonio por cuanto los bienes con valor pecuniario que forman el mismo sólo se ven incluidos por la lesión a un bien personal en la medida de que este menoscabo redunde en desmedro de la capacidad del sujeto par producir o conservar esa clase de bienes".

⁶⁸ (68) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, 9ª ed. ampliada y actualizada, p. 239; CASIELLO, Juan J., "Sobre el daño moral y otros pretendidos daños", LA LEY 1997-A, 177; Responsabilidad civil - Doctrina esenciales, t. III, 79, entre otros.

perjuicio que incide en la parte social del patrimonio— queda fuera del significado en análisis"⁶⁹ (69).

Como se colige, los autores citados han puesto énfasis en caracterizar el daño moral en función de la clase del derecho o interés lesionado.

Con otra óptica, Stiglitz y Echevesti aseveran que "la noción general de daño implica la lesión o menoscabo a un interés patrimonial o extrapatrimonial, acaecido como consecuencia de una acción"⁷⁰ (70). A partir de ello, daño material "es el que se ocasiona al patrimonio de la víctima, como conjunto de valores económicos (art. 2312 Cód. Civil), siendo por tanto susceptible de apreciación pecuniaria"⁷¹ (71) y "el daño moral o extrapatrimonial, es todo aquel que se manifiesta como alteración disvaliosa del bienestar psicofísico de una persona, por una acción atribuible a otra"⁷² (72).

A su vez, Mayo, con un criterio amplísimo, en el cual mezcla los bienes no patrimoniales con sus consecuencias, entendía que el daño moral contiene al tradicional *pretium doloris* y todas las posibilidades no patrimoniales que tiene el sujeto para realizar en plenitud su proyecto de vida, enumerando en esta categorización al daño a la vida de relación, el daño psíquico, el estético, al perjuicio juvenil y al menoscabo sexual⁷³ (73).

Ante estas definiciones, la mayor preocupación de Pizarro, cuando procuraba definir el concepto de daño moral fue, justamente, precisar su esencia, cuando aseguraba que debía ser calibrado por lo que es antes que por lo que no es⁷⁴ (74).

⁶⁹ (69) En la doctrina judicial de Costa Rica se acepta la existencia del daño moral objetivo. Ver: ALFERILLO, Pascual E., "Daño moral. En la legislación argentina y costarricense", Colección Maestros del Derecho, IJSA Investigaciones Jurídicas SA, San José, Costa Rica, 2017, ps. 98-99. En ese estudio se comentó que "en Costa Rica del agravio a un derecho de la persona se pueden derivar los dos tipos de daño moral, el objetivo y el subjetivo. Así cuando se vulnera el honor de la víctima con agravios o calumnias, ciertamente, se pueden derivar consecuencias económicas y morales. Las económicas, que en la terminología costarricense sería el "daño moral objetivo", pueden ser por ejemplo la pérdida de clientela por menoscabo a su prestigio profesional, verbigracia, de un médico que es acusado injustamente de mala praxis o de un abogado que es acusado de retención indebida de bienes de su cliente. Y, las consecuencias morales propiamente dicha, o expresado en la clasificación antes expuesta como "daño moral subjetivo" que se presentan porque la injuria o calumnia vulneró el bienestar espiritual de la víctima (bien protegido) e ingresó en un estar disvalioso como puede ser: angustia, impotencia, enojo, etc., ante el injusto desprestigio, sin que esta afección espiritual llegue a configurar una afección, una patología psíquica. Es por ello se entiende, en otros sistemas jurídicos, a diferencia de Costa Rica que no existe jurídicamente "el daño moral objetivo" sino que es simplemente la consecuencia patrimonial de la vulneración de un derecho o interés de la víctima, sea el mismo derivado de la integridad patrimonial o de la integridad psicofísico-social. La otra consecuencia posible es el menoscabo del bienestar espiritual". También ver: MEZA, Jorge A. - BORAGINA, Juan Carlos, "El daño extrapatrimonial en el Código Civil y Comercial", RCyS 2015-IV-104, cita online AR/DOC/418/2015. Estos autores sostienen que "caracterizado ontológicamente el daño como lesión a un interés lícito y descartando el daño a la persona como un *tertium genus*, 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".

⁷⁰ (70) STIGLITZ, Gabriel - ECHEVESTI, Carlos A., "El daño resarcible", en BUERES, Alberto J. (dirs.), Responsabilidad civil 9, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993 1ª reimp., p. 211.

⁷¹ (71) STIGLITZ, Gabriel - ECHEVESTI, Carlos A., "El daño resarcible", en BUERES, Alberto J. (dirs.), Responsabilidad civil 9, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993 1ª reimp., p. 229, indican que quedan comprendidos tanto los supuestos de pérdida, destrucción o deterioro de bienes, como la realización de gastos o erogaciones, las ganancias frustradas como consecuencia de la disminución de capacidad para el trabajo. Asimismo, toda hipótesis de menoscabo de facultades o aptitudes susceptibles de generar ventajas económicas (la vida, salud, integridad física y espiritual, etc.), e incluso, la afectación de ciertas relaciones o estados de hecho (clientelas, etc.), entre otros tantos ejemplos meramente enunciativos...

⁷² (72) STIGLITZ, Gabriel - ECHEVESTI, Carlos A., "El daño resarcible", en BUERES, Alberto J. (dirs.), Responsabilidad civil 9, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993 1ª reimp., p. 230.

⁷³ (73) MAYO, Jorge A., "El daño moral. Los diversos supuestos característicos que lo integran", Revista de Derecho de Daños, nro. 6, "Daño Moral", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Buenos Aires, 1999, p. 179.

⁷⁴ (74) PIZARRO, Ramón D., "Daño moral. Prevención. Reparación. Punición", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, 2ª ed., p. 33.

Para concretar ese propósito, el autor citado conceptualizó que "el daño moral importa, pues, una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la 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 de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial"⁷⁵(75).

La base de este concepto fue acuñado en la ponencia presentada por Zavala de González, en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil de 1982 y sostenida, como conclusión junto a otros juristas, cuando dijeron: "A) 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 de la persona diferente de aquel en que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial"⁷⁶ (76).

La diferencia entre una y otra es que para Zavala de González es la consecuencia del hecho y para Pizarro es la consecuencia de la lesión a un interés no patrimonial.

Sin perjuicio de estos precedentes y detalles, en las últimas décadas la evolución de la ciencia dedicada al estudio de la esencia del hombre, particularmente la médica y dentro de ella, la rama de la psiquiatría, planteo un nuevo paradigma, una novedosa visión de la conceptualización del daño moral.

Al respecto, se transitó un largo camino para que la doctrina autoral, apegada a dogmas que se transmitían a los pronunciamientos judiciales, aceptara el desvinculo conceptual y resarcitorio del daño moral del menoscabo psíquico.

En ese sentido se estimaba (Zabala de González, Pizarro, Bueres, etc.) que el daño psíquico no era autónomo del daño moral⁷⁷ (77). Posteriormente, en una primera flexibilización se consideró que el perjuicio psíquico tiene autonomía conceptual pero no resarcitoria⁷⁸ (78). Y, finalmente, se defendió que el menoscabo psíquico es autónomo del moral ⁷⁹(79).

⁷⁵ (75) PIZARRO, Ramón D., "Daño moral. Prevención. Reparación. Punición", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2004, 2ª ed., p. 43.

⁷⁶ (76) Esta posición fue suscripta además por Jorge Mosset Iturraspe, Silvana Chiapero de Bas, Ramón D. Pizarro, Beatriz Junyent de Sandoval, Esteban Sandoval Luque y Gabriel Stiglitz.

⁷⁷ (77) PIZARRO, Ramón D., "Daño moral...", cit., p. 71; BUERES, Alberto, "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", Revista del Derecho Privado y Comunitario, 1992, nro. I, p. 266; AGOGLIA, María M. - BORAGINA, Juan Carlos - MEZA, Jorge A., "La fractura del nexo causal. La lesión psíquica y el daño moral", LA LEY 1998-E, 7; Responsabilidad Civil - Doctrinas Esenciales, t. II, p. 1111; etc. En la jurisprudencia: CC0102 LP 204845 RSD-5-90 S 01/02/1990, "Colman, Alberto H. y ot. c. Castiglio, Roberto y ot. s/ daños y perjuicios", JUBA Civil y Com. B150105. En el mismo sentido: C1ªCiv. - Primera Cir. Judicial Mendoza, 25/11/1999, expte. 32855, "Páez, Orlando David Sebastián c. Miguel Minas y ots. - Daños y perjuicios", L. de S.156 - fs. 499; CApel. del Noreste del Chubut, sala B, 15/11/2006, "Olmedo, Nicolás Ángel y otra c. Transur S. A. y/u otros", LLPatagonia 2007 (abril), 921, entre otros.

⁷⁸ (78) GALDÓS, Jorge M., "Acerca de daño psicológico", JA 2005-I-1197; SJA del 03/03/2005. En jurisprudencia: CC0103 LP 211986 RSD - 103-92 S, 30/04/1992, "Giacomin, Pedro c. Gerez, Walter R. - Daños y Perjuicios", JUBA Civil y Com. B200359.

⁷⁹ (79) ALFERILLO, Pascual E., "El desvinculo del menoscabo psíquico del daño moral", 2009-3, Daño a la persona, Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires Santa Fe, p. 29; "El daño psíquico. Autonomía conceptual y resarcitoria", LA LEY del 07/10/2013, p. 1; LA LEY del 07/10/2013, p. 1; AR/DOC/3611/2013. En igual sentido, RODRÍGUEZ, Lorena, "Daño moral y daño psicológico: Nuevamente en tensión", LLC 2009 (mayo), p. 370; RCyS 2009-VI-57. Jurisprudencia: CS, 30/09/2003, P. 105. XXXVII, "Parisi, Jorge Oscar y otros c. Obra Social del Papel Cartón y Químicos y otros", T. 326, P. 3961; SCBA, AC 79853 S 3-10-2001, "Junco, Julio c. Materia Hnos. SACIF s/ daños y perjuicios", JUBA Civil y Com. B25889; CC0102 LP 233858 RSD-76-1 S 03/07/2001, "De Blasis, Rubén c. Domenech, Carlos s/ daños y perjuicios", JUBA Civil y Com. B152488; CC0102 LP 217591 RSD-157-94 S 01/09/1994, "Domínguez, Zenón c. Higa, Juan Alberto s/ daños y perjuicios", CC0102 LP 226989 RSD-96-97 S 15/05/1997, "Cerfoglio, Patricia c. Cascallare, Ricardo s/ daños y perjuicios", JUBA Civil y Com. B151226. También se puede consultar: CC0102 MP 73774 RSD-389-89 S 07/11/1989, "Prato de Gil, María c. Darnes, Claudio y Nobleza Picardo s/ daños y perjuicios", JUBA Civil y Com. B1400023; CCiv. Com. y Minería de San Juan, sala Primera, 26/11/2008, autos nro. 19.569 "Urcullu, Jorge E. c. Giménez, Miguel B. y Tac Ltda. - Daños y Perjuicios — Sumario", L. de S. t. 102, Fº 83/141, entre otros.

Este último es el criterio adoptado por el Código Civil y Comercial en el art. 1746, donde no solo desvincula el daño moral del psíquico sino que se lo categoriza junto al daño a la integridad del soma de la víctima, fijando una fórmula de la matemática financiera para cuantificar su compensación.

Va de suyo que esta norma pone punto final a la discusión dado que consagra el total desvinculo entre el daño moral y el psíquico.

En la historia de la definición del "daño moral" se verifica que este no tiene una identidad ontológica consolidada que sea aceptada por la mayoría de los autores y magistrados, sino por el contrario, se reiteran frases con distintos matices que colaboran con mayores dificultades para tener una conceptualización estable y medianamente uniforme del daño moral. Sin embargo, como se desarrolló up supra, los cambios científicos acaecidos permiten un mejor conocimiento del interior psíquico del ser humano permitiendo un nuevo examen de la conceptualización del daño moral.

Este menoscabo, en la actualidad, es una categoría más dentro de los daños producidos a la psique de las personas que tiene la característica de ser una consecuencia derivada, de la pérdida del bienestar espiritual producido por la vulneración de bienes que componen la integridad psicofísica social o la patrimonial de la víctima.

Para comprender la ubicación del "daño moral" en la secuencia causas-efectos que forman la unidad conceptual del daño con trascendencia jurídica, se debe observar: a) El hecho antijurídico (art. 1737) produce el menoscabo de los bienes que conforman la integridad psicofísica/social o patrimonial de la persona damnificada sobre los cuales la víctima tiene derechos e intereses tutelados que por cierto también son vulnerados. b) Ello puede generar las secuelas económicas descritas en la primera parte del art. 1738. c) De igual modo, puede vulnerar el bienestar o equilibrio espiritual⁸⁰ (80) (bien tutelado) de la persona lesionada produciendo como secuela dolor, desazón, angustia, etc., que no llega a ser patológico.

En otras palabras, el perjuicio moral debe ser calificado como "consecuencia" porque es siempre secuela que acaece sobre la integridad de la psique de la persona de modo no patológico derivado del menoscabo de un derecho o interés relacionado con la integridad psicofísica-social o patrimonial de la persona que vulnera su bienestar espiritual y la coloca en un estar disvalioso de su espiritualidad.

De conformidad a los conceptos expuestos precedentemente, tanto el daño moral como el psíquico son menoscabo que se producen en la psique de la víctima, pero se debe comprender que el menoscabo moral es el primer peldaño en la escala progresiva de los detrimentos que puede padecer la psique que no alcanza a configurarlo porque le falta la connotación patológica. Es decir, el perjuicio psíquico es de mayor envergadura, más grave, más profundo por ser una patología que el daño moral.

Para cerrar este apartado se precisa que el daño moral es el menoscabo que sufre una persona en su bienestar psíquico (espiritual) sin que ese estado negativo sobreviniente (tristeza, dolor, amargura, inseguridad, angustia, etc.) llegue a configurar una situación patológica.

Es decir, en última instancia, en la actualidad el "daño moral" es el clásico pretium doloris que modernamente debe ser entendido como un estar novedoso y disvalioso de la psique (espíritu) de la persona que no llega a ser patológico derivado de la vulneración de un derecho o interés legítimo generado por una acción jurídicamente reprochable.

VIII.2.a. El "daño moral" en el Código Civil y Comercial

En la normativa del Código Civil y Comercial se hace una mínima referencia, in concreto, al daño moral⁸¹ (81), razón por la cual se debe estimar que mantiene este tipo de daño en su regulación.

⁸⁰ (80) Se emplea el término "espiritual" para diferenciar el menoscabo moral con el daño a la psique propiamente dicho (neurológico, psiquiátrico, psicológico), más allá de reconocer de reconocer que la minusvalía moral también es un fenómeno de la psique.

⁸¹ (81) Ver: art. 151 relacionado con el nombre de las personas jurídicas, cuando se utilizan el personal de algunos de sus integrantes y al momento de fallecer "sus herederos pueden oponerse a la continuación del uso, si acreditan perjuicios materiales o morales". De igual modo, se referencia el art. 744 cuando declara excluido de la garantía prevista en el art. 743: "...f) las indemnizaciones que corresponden al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica;...".

Ello por cuanto el art. 1738 del Cód. Civ. Com., omite su enumeración, circunstancia que abre la disyuntiva de entender su exclusión, de tenerlo como implícitamente reglado o bajo otra denominación.

La primera opción debe ser desestimada, más allá de la omisión del legislador, dado que bajo la denominación (redactada en plural) de "consecuencias extrapatrimoniales", el art. 1741 determina quienes son los legitimados para reclamar la consecuencia moral. Ello considerando la utilización indistinta de los términos.

El primer reflejo en la investigación para sostener que ha sido receptado bajo otra denominación se focaliza en el segundo párrafo del art. 1738 donde se hace referencia que la indemnización incluye especialmente las consecuencias de la violación de "sus afecciones espirituales legítimas" en razón de que esta terminología es constantemente transcrita en los fallos cuando se juzga la procedencia del daño moral⁸² (82).

Para iniciar el examen corresponde realizar el análisis gramatical de la palabra "afección", que en su cuarto significado hace referencia a enfermedad, razón por la cual corresponde interpretar en una primera impresión que el Cód. Civ. y Com., tutela una situación patológica del espíritu cuando, "en buen romance", lo que se debe proteger es el bienestar espiritual de la persona que cuando es vulnerado, se resarce con una suma dineraria.

Ahora bien, la utilización del término "espirituales" torna ineludible verificar su significado que está íntimamente relacionado con la palabra "espíritu" el cual tiene un sinnúmero de significados, de los cuales se eligen los que se relacionan con la persona y así se verifica que, en su primera acepción, hace referencia a un ser inmaterial y dotado de razón, en la segunda, al alma racional.

⁸² (82) Ver: CNCiv., sala L, 11/10/2011, "C., O. c. América TV SA", RCyS 2012-III-125, DJ del 18/04/2012, p. 77; DJ 05/12/2012, p. 18; AR/JUR/71029/2011, "para repercutir en sus intereses espirituales y afecciones legítimas por avasallamiento de la personalidad"; CNCiv., sala H, 18/08/2011, "Bogdan, Pablo Andrés c. Reale, Alfredo Eduardo s/ daños y perjuicios", AR/JUR/50951/2011, "agravio a las afecciones legítimas"; CNCiv., sala M, 01/07/2011, "Monzón, Leandro Alberto y otros c. Aguirre, Narciso y otros s/ daños y perjuicios", LA LEY online, AR/JUR/36707/2011; "agravio a las afecciones legítimas"; TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 16/03/2011, "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. GCBA", LLCABA 2011 (junio), p. 317, AR/JUR/11351/2011, "agravios a las afecciones legítimas o padecimientos espirituales"; CNCiv., sala H, 07/12/2009, "Bassan, Aida Aurora c. Jurena, Carlos Aníbal y otros", AR/JUR/63545/2009, "o agravio a las afecciones legítimas"; CNCiv., sala C, 02/07/2009, "T. J. V. c. G. B. M.", DFyP 2010, enero, 36; JA 2009-IV-448; AR/JUR/41213/2009; "una lesión en sus afecciones legítimas tuteladas por la ley"; CNTrab., sala III, 10/06/2008, "Ortiz, Carlos Ariel c. Sipret SA", LA LEY online, AR/JUR/6950/2008, "debe indemnizarse como daño moral toda lesión a los sentimientos, afecciones y expectativas legítimas de una persona"; CNCiv., Com. y Laboral de Rafaela, 29/04/2008, "Serminatti, Vilma Emilia y otros c. Grana, Marcelo Daniel y otros y/o prop. y/o tit. camión Scania Dom SPC 951 y acoplado Montenegro RET 830 y/o La Economía Comercial SA de Seguros Generales", LLLitoral 2008 (setiembre), p. 920, AR/JUR/4321/2008, "lesión a sus legítimas afecciones"; C1ªApel. Civ., Com., Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 28/02/2008, "Fernández, Danilo c. Sanatorio Policlínico de Cuyo SA", LLGran Cuyo 2008 (mayo), p. 375; LLGran Cuyo 2008 (octubre), p. 858 con nota de Mauricio Boretto; AR/JUR/187/2008, "ha visto lesionados sus intereses espirituales y afecciones legítimas"; CCiv. y Com. Lomas de Zamora, sala I, 13/11/2007, "Barrios, Miguel Ángel y otro c. Transportes Metropolitanos General Roca SA y otro", LA LEY online, AR/JUR/12681/2007, "afecciones legítimas de la víctima"; CNFed. Cont. Adm., sala III, 11/10/2007, "Sayago, Horacio Adrián y otro c. Estado Nacional - Policía Federal Argentina y otro", LA LEY del 04/12/2007, p. 6; LA LEY 2007-F, 720; AR/JUR/6586/2007, "el daño moral se caracteriza por los padecimientos que hieren las afecciones"; CNCiv., sala D, 31/05/2005, "Costa, Elida y otros c. Banco Francés Easy Bank", ED 214-305, AR/JUR/8595/2005, "afecciones legítimas"; C3ªCiv. y Com. Córdoba, 08/03/2005, "Nahas, Luis c. Lever, Rebeca N.", LLC 2005 (junio), p. 529; AR/JUR/418/2005, "agravio a sus afecciones legítimas"; CNCiv., sala H, 25/08/2004, "Pizarro, Ana María c. Nittman, Federico y otros", LA LEY online, AR/JUR/7882/2004, "agravio a las afecciones legítimas"; CNTrab., sala VI, 12/08/2004, "N., N. M. c. Líneas Aéreas Privadas Argentinas SA y otro", LA LEY 2004-E-859; IMP 2004-B-2639; TySS 2004-802; AR/JUR/1674/2004, "la lesión a sus afecciones legítimas"; CNCiv., sala C, 04/05/2004, "Núñez Cortés, Javier I. y otro c. Revista Nubilis y otros", RCyS 2004-919; RCyS 2004-480 con nota de Alejandro Dalmacio Andrada, AR/JUR/629/2004, "intereses espirituales y afecciones legítimas", entre otros.

En la literalidad tendríamos, hasta este punto, que se autoriza el resarcimiento de las consecuencias derivadas de las enfermedades del alma racional o del espíritu. En palabras acotadas de la norma, las secuelas de las "afecciones espirituales".

Como se infiere, soslayando detalles se puede aceptar que se está refiriendo al daño moral focalizado en las consecuencias de las afecciones espirituales.

Sin duda, la dificultad del intérprete, como se colige, es dimensionar jurídicamente el menoscabo al espíritu que le ocasiona una enfermedad, pues en el estado actual de la evolución de la ciencia, esta no puede corroborar efectivamente que ello sea factible, más allá de que se conocen algunos estudios que indican que la memoria humana estaría situada en el espíritu y no en la parte psicofísica de la persona.

Más allá de estas acotaciones, el calificativo que produce un desequilibrio real en la regulación es cuando hace referencia que las secuelas de las afecciones espirituales deben ser "legítimas" que, conforme a la RAE, es "estar conforme con las leyes".

Este adjetivo no tiene justificación, por cuanto el "daño es injusto", dado, como señalan Alpa y otros autores, que "la injusticia está referida al daño y no al hecho o a la conducta" ⁸³(83), la cual será ilícita.

Ello permite aseverar que una afección espiritual que está dentro de la ley (legítima) no puede dar lugar al resarcimiento porque no se configura uno de los presupuestos para la procedencia de la responsabilidad.

Evidentemente, exige un esfuerzo hermenéutico significativo aseverar que el daño moral está comprendido en el art. 1738 cuando se hace referencia a las "afecciones espirituales legítimas".

Este análisis estricto de la literalidad de la norma que procura desentrañar el significado de cada palabra empleada para examinar el significado integral del párrafo bajo estudio es más exigente que la interpretación cotidiana de los tribunales que no repara en el detalle.

La deficiencia del art. 1738, por otra parte, pone en evidencia la crisis de identidad del "daño moral", que exige una energía especial para tratar de definir su contenido conforme al actual estado de evolución de la ciencia jurídica.

En otras palabras, el menoscabo moral que sobrevive como categoría en el Cód. Civ. Com., es siempre una consecuencia de esa naturaleza que acaece cuando se vulnera el bienestar psíquico (o si se prefiere, espiritual) de una persona sin llegar a configurar una patología derivada de la pérdida de su bienestar espiritual y generada por el perjuicio producido a los derechos e intereses legítimos de esta, sean psicofísicos-sociales o patrimoniales.

Finalmente, se había anticipado que la Comisión de reforma del Código Civil y Comercial incorpora al daño moral en el art. 1738, frente a lo cual, el segundo párrafo debió ser separado del primero. Es más, en una futura reforma debería ser eliminado totalmente o como mínimo excluir a las "afecciones espirituales legítimas", si con ello se entendió referenciar al "daño moral", para evitar una tautología.

Otra hermenéutica del contenido del art. 1738, Cód. Civ. y Com., vigente llevaría a sostener frente a la omisión de su enumeración como secuela que el "daño moral" está regulado implícitamente en su texto.

IX. Conclusiones

El régimen legal iusprivatista argentino, al igual que en otros países, padece la falta de coincidencia en la denominación y en la determinación del contenido de cada tipo de menoscabos cuando se hace la valoración de los daños que se le pueden ocasionar a una persona en su integridad psicofísica/social o en la patrimonial.

Ello es producto de que, durante largo tiempo, han convivido clasificaciones de los daños que respondían a parámetros referenciales distintos (patrimonial/extrapatrimonial; daño sobre el bien/menoscabo de intereses; daño evento/daño consecuencia) las cuales, al no ser compatibilizadas, generan profundas divergencias en los criterios, como fue el largo debate sobre

⁸³ (83) ALPA, Guido, "La responsabilidad civil. Parte general", prólogo de Anderson Schreiber, trad. de César E. Moreno More, Legales Instituto - Legales Ediciones, Lima, 2016, vol. 1, p. 161. En el mismo sentido, AGLOGLIA, María Martha, "El daño jurídico. Enfoque actual", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 44. La autora sostiene que "la antijuridicidad se predica siempre de la conducta. De allí que las causales de justificación, excluyente de la antijuridicidad —estado de necesidad, obediencia debida, cumplimiento de un deber, etc.—, aludan siempre al comportamiento humano. El daño nunca es antijurídico, sino injusto, en tanto percute en intereses tutelados por el derecho".

el desvinculo del daño psíquico del moral, que el art. 1746 del Cód. Civ. y Com., ha puesto finiquito.

Ese deslinde, ineludiblemente exige un replanteo del concepto de daño moral a la luz de la evolución de la ciencia que estudia al hombre en su esencia (medicina —en especial la psiquiatría, la neurociencia, etc.—, psicología, antropología, etc.) que permita conceptualizarlo ontológicamente, en su esencia. Y, a partir de ello, ubicarlos correctamente en la clasificación⁸⁴ (84).

En ese sentido, en la actualidad resaltan las siguientes características que le dan identidad: es un estar disvalioso de la sique que no llega a ser patológico y siempre se verifica como una secuela del quebranto del bienestar espiritual acaecido como consecuencia del menoscabo que se produce a un bien de la persona sea patrimonial o de la esfera de su integridad psicofísica/social.

Por otra parte, se ha verificado a lo largo de estas reflexiones que cada teoría pone énfasis para decir "esto" es daño en distintos momentos del proceso. Así, para los mentores del "daño-interés", este está en la vulneración del interés desplazando de la consideración al menoscabo que se produce sobre el bien que satisfacía sus necesidades existenciales (momento anterior) y a las consecuencias de las cuales únicamente enfatizan que tienen la misma naturaleza que el interés dañado.

En cambio, los mentores de la tesis de la resarcibilidad solo del "daño consecuencia", le quitan importancia al menoscabo cierto que se produce sobre el bien para focalizar su atención en las secuelas.

La observación de la fenomenología del daño con trascendencia jurídica permite inferior que no es un momento (foto) sino un proceso integral, unitario, complejo y dinámico (película) que se inicia con un hecho que ocasiona daño a un bien que pertenece a la integridad psicofísica/social o patrimonial de la víctima. A partir de ello (sea que se considere un paso intermedio de considerar como primera consecuencia la vulneración de un derecho o interés o no) se verifica el acaecimiento de consecuencias, las cuales serán de naturaleza patrimonial o moral. Todo este conjunto es relevante para su cuantificación y resarcimiento (ver anexos I y II).

Se podrá criticar que la cuantificación y la indemnización no forman parte del daño propiamente dicho, sino que es su consecuencia civil, detalle que es cierto, pero nuestra mirada comprende a todo el proceso y no es parcial como la que pretende en la teoría decir que solo son resarcibles las consecuencias. Ello por cuanto, en la normativa y en la praxis judicial incluyen, en la ponderación de la cuantía resarcitoria, pautas relacionadas con la dimensión del daño sufrido por bien tutelado.

En síntesis, el mayor conocimiento interdisciplinario del hombre en su esencia, colabora con la valoración y clasificación de los daños de modo que permite precisar con mayor acierto el contenido y la dimensión de cada tipo, favoreciendo a partir de ello, ajustar el lenguaje que los describe para concretar en las sentencias el principio de reparación plena y desechar con argumentos sólidos los abusos (doble resarcimiento) o injusticia (dejar sin compensación), al momento de cuantificarlos.

Todos los esfuerzos hermenéuticos deben estar presididos por la directriz pro homine que surge de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos porque, siempre, la víctima de un daño no es un patrimonio sino una persona.

⁸⁴ (84) Quién no ha definido su concepto de daño moral, no puede aspirar a lograr una clasificación coherente y sistemática de los daños.