

BIBLIOTECA DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL - NÚMERO 5

**ESTUDIOS SOBRE
DAÑO MORAL**



BUENOS AIRES

1998

PUBLICACIONES
DE LA
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

SERIE I - ANUARIOS

Anales - Primera época, Nº 1 (1915) - Segunda época, Nº 1 a 35.

SERIE II - OBRAS

1. *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por AGUSTÍN DE VEDIA y ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA.
2. *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por ALBERTO OCTAVIO CÓRDOBA.
3. *La nueva ciencia política y constitucional*, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.
4. *Política exterior en la edad nuclear*, por FELIPE A. ESPIL.
5. *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por JUAN SILVA RIESTRA.
6. *La libertad, elección, amor, creación*, por MANUEL RÍO.
7. *El Congreso de Panamá*, por MARIANO J. DRAGO.
8. *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por MANUEL RÍO.
9. *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por MIGUEL S. MARIENHOFF.
10. *La Nación Argentina hecha ley*, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.
11. *Historia del Derecho Político*, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA (2 tomos).
12. *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por JUAN CARLOS MOLINA y JOAQUÍN G. MARTÍNEZ.
13. *Alberdi y su tiempo*, por JORGE M. MAYER (2 tomos).
14. *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por ISIDORO RUIZ MORENO.
15. *Historia de la doctrina Drago*, por ALBERTO A. CONIL PAZ.
16. *La alborada. San Martín y Alberdi*, por JORGE M. MAYER.

ISBN 987-97394-O-X

Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723
Todos los derechos reservados

© Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires
Av. Alvear 1711 - primer piso - Tel. y Fax: 4812-9327 y 4815-6976

(1014) Buenos Aires - Argentina

17. *Primeros Académicos de Derecho - 1925.*
18. *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por JORGE M. MAYER.
19. *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por ELÍAS P. GUASTAVINO (2 tomos).
20. *Conferencias y Estudios*, por HÉCTOR P. LANFRANCO.
21. *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por ELÍAS P. GUASTAVINO (2 tomos). Segunda edición actualizada.
22. *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
23. *Las cinco Argentinas*, por JORGE M. MAYER.
24. *Vida y testimonio de Félix Frías*, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA y JUAN ISIDRO QUESADA.
25. *Victorino de la Plaza (1840-1919). Un eje institucional*, por JORGE M. MAYER.
26. *Los posibles antidotos de la crisis*, por JORGE M. MAYER.
27. *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

SERIE III - COMUNICACIONES

Comunicaciones - Nº 1.

SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

1. *Estudios de Derecho Civil.*
2. *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*
3. *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*
4. *Estudios sobre Derecho Ambiental.*
5. *Estudios sobre Daño Moral.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico DR. ROBERTO MARTÍNEZ RUIZ

Vicepresidente

Académico DR. HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE

Secretarios

Académico DR. JAIME LUIS ANAYA
Académico DR. ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD

Tesorero

Académico DR. ALBERTO RODRÍGUEZ GALÁN

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones
Académico DR. JOSÉ DOMINGO RAY

Vocales

Académico DR. JORGE A. AJA ESPIL
Académico DR. JULIO CÉSAR CUETO RÚA

ACADÉMICOS DE NÚMERO
por orden de antigüedad

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha de incorporación</i>
Dr. Segundo V. Linares Quintana	Esteban Echeverría	28 mayo 1956
Dr. Julio H. G. Olivera	Juan B. Alberdi	6 mayo 1964
Dr. Ambrosio Romero Carranza	Bartolomé Mitre	18 octubre 1967
Dr. Enrique Ramos Mejía	Lucio V. López	9 octubre 1968
Dr. Germán J. Bidart Campos	Manuel Quintana	15 julio 1971
Dr. Federico N. Videla Escalada	José M. Estrada	30 noviembre 1972
Dr. José Domingo Ray	Manuel Obarrio	22 mayo 1975
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Roberto Martínez Ruiz	Roque Sáenz Peña	18 octubre 1978
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Salvador M. del Carril	18 octubre 1978
Dr. Elías P. S. Guastavino	Alfredo Colmo	30 octubre 1980
Dr. Julio César Cueto Rúa	Roberto Repetto	11 setiembre 1981
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	12 mayo 1983
Dr. Jorge A. Aja Espil	Carlos Calvo	26 julio 1984
Dr. Alberto Rodríguez Galán	Carlos Pellegrini	9 mayo 1985
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Augusto Mario Morello	Mariano Moreno	23 octubre 1986
Dr. Lino Enrique Palacio	Domingo F. Sarmiento	18 junio 1987
Dr. Félix Alberto Trigo Represas	Nicolás Avellaneda	18 junio 1987
Dr. Carlos Manuel Muñiz	José N. Matienzo	10 agosto 1989
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Antonio Vázquez Vialard	Juan A. Bibiloni	13 setiembre 1990
Dr. Guillermo A. Borda	Lisandro Segovia	10 diciembre 1992
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	José Figueroa Alcorta	28 octubre 1993
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dr. Hugo Caminos	Eduardo Acevedo	23 noviembre 1995
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 setiembre 1996

ACADÉMICO EMÉRITO

Dr. Manuel Río 23 agosto 1984

MIEMBROS CORRESPONDIENTES
por orden de antigüedad

		<i>Fecha de incorporación</i>
Dr. Levi Fernández Carneiro	Brasil	4 julio 1946
Dr. Pedro Calmón	Brasil	4 julio 1946
Dr. Vicente Mora Rodríguez	Uruguay	4 julio 1956
Prof. Federico A. Gil	E.E.U.U. de N.A.	27 agosto 1958
Prof. William Whatley Pierson	E.E.U.U. de N.A.	27 agosto 1958
Prof. Georges Vedel	Francia	1º julio 1964
Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga	Uruguay	25 noviembre 1971
Prof. Ivon Loussovorn	Francia	25 noviembre 1971
Dr. Luis Sánchez Agesta	España	25 noviembre 1976
Dr. Fernando J. López de Zavallá	Tucumán	25 noviembre 1976
Dr. Manuel García-Pelayo y Alonso	España	12 noviembre 1981
Dr. Pedro J. Frías	Córdoba	25 setiembre 1986
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagilés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Francisco Uriburu Michel	Salta	19 abril 1990
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Mauro Cappelletti	Italia	27 mayo 1993
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Jorge Peirano Facio	Uruguay	27 octubre 1994
Dr. Sagunto Pérez Fontana	Uruguay	27 octubre 1994
Dr. Eduardo García de Enterría	España	23 marzo 1995
Dr. Juan B. Vallet de Goytisolo	España	13 noviembre 1997
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo	Dr. José Figueroa Alcorta
Dr. Carlos A. Adrogué	Dr. Salvador Fornieles
Dr. Juan Álvarez	Dr. Vicente C. Gallo
Dr. Octavio R. Amadeo	Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dra. Margarita Argúas	Dr. Juan Agustín García
Dr. Marco R. Avellaneda	Dr. Juan M. Garro
Dr. Antonio Bermejo	Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Juan A. Bibiloni	Dr. Dimas González Gowland
Dr. Eduardo Bidau	Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dr. Eduardo L. Bidau	Dr. Aquiles H. Guagliano
Dr. Rafael Bielsa	Dr. Alberto Hueyo
Dr. Bernardino Bilbao	Dr. Carlos Ibarguren
Dr. Adolfo Bioy	Dr. Eduardo Labougie
Dr. Ernesto Bosch	Dr. Héctor Lafaille
Dr. Rodolfo Bullrich	Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Carlos O. Bunge	Dr. Hilario Larguía
Dr. Eduardo B. Busso	Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Jorge Bustamante Alsina	Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Pablo Calatayud	Dr. Mario Justo López
Dr. Francisco Canale	Dr. José María López Olaciregui
Dr. Ramón S. Castillo	Dr. Baldomero Llerena
Dr. Alfredo Colmo	Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Jorge E. Coll	Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Tomás R. Cullen	Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Mauricio P. Daract	Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Antonio Dellepiane	Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. Calixto S. de la Torre	Dr. José N. Matienzo
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Mariano De Vedia y Mitre	Dr. Carlos L. Melo
Dr. Juan José Díaz Arana	Dr. Leopoldo Melo
Dr. Manuel María Diez	Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Luis M. Drago	Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. Mariano J. Drago	Dr. José Luis Murature
Dr. Wenceslao Escalante	Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Felipe A. Espil	Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo	Dr. Luis Esteban Negri Pisano

Dr. Manuel Obarrio
Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Alfredo Orgaz
Dr. Adolfo F. Orma
Dr. Alberto G. Padilla
Dr. Jesús H. Paz
Dr. José M. Paz Anchorena
Dr. Federico Pinedo
Dr. Norberto Piñeiro
Dr. Ángel S. Pizarro
Dr. Luis Podestá Costa
Dr. Ernesto Quesada
Dr. Juan P. Ramos
Dr. Francisco Ramos Mejía
Dr. Juan Carlos Rébora
Dr. Roberto Repetto
Dr. Manuel Río
Dr. Marco Aurelio Risolia
Dr. Horacio C. Rivarola
Dr. Rodolfo Rivarola
Dr. José M. Rosa
Dr. José María Ruda
Dr. Enrique Ruiz Guiñazú

Dr. Isidoro Ruiz Moreno
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)
Dr. Alejandro Ruzo
Dr. Diego L. Saavedra
Dr. Carlos Saavedra Lamas
Dr. Antonio Sagarna
Dr. Raymundo M. Salvat
Dr. Matías G. Sánchez Sorondo
Dr. José Manuel Saravia
Dr. Juan Silva Riestra
Dr. Sebastián Soler
Dr. Juan B. Terán
Dr. José A. Terry
Dr. David de Tezanos Pinto
Dr. Gastón Federico Tobal
Dr. Ernesto J. Ure
Dr. Enrique Uriburu
Dr. Benjamín Victorica
Dr. Ernesto Weigel Muñoz
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes
Dr. Mauricio Yadarola
Dr. Clodomiro Zavaglia
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez
Dr. Estanislao S. Zeballos

LA CONSTITUCIÓN DE 1994 Y EL DAÑO MORAL

José Julián Carneiro

I. CONCEPTO DE DAÑO MORAL

La responsabilidad tiene su origen en la transgresión de una norma legal (art. 1067 Cód. Civil).

En principio, el daño moral se funda en la violación de un derecho subjetivo mediante un hecho voluntario ilícito cometido por otra persona.

Cuando se viola un derecho extrapatrimonial se origina un daño extrapatrimonial.

El derecho debe proteger no sólo al patrimonio sino también todos los otros derechos, pues de otro modo la vida resultaría imposible.

Como dice Von Ihering¹, al que sufre un perjuicio debe serle reparado, no solamente por las pérdidas pecuniarias sino también por las restricciones llevadas a su bienestar, a su conveniencia, por los disgustos, las agitaciones del espíritu que le han sido causadas.

La persona, según este autor, puede ser lesionada por lo que es y por lo que tiene; en lo que es: su cuerpo, su libertad, su honor y en lo que ella tiene en sus relaciones con el mundo exterior.

El daño moral podría definirse como la privación o la disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del

¹ *Ouvres Choisies*, París, 1893, t. 2, págs. 154, 155, 179.

hombre y que son la paz, la libertad, la tranquilidad, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos².

La jurisprudencia en este orden de ideas ha resuelto que el daño moral se caracteriza por una lesión sufrida en los derechos extrapatrimoniales³, en los sentimientos, que determinan dolor, inquietud espiritual o agravio a la paz⁴.

II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL.

La declaración de la necesidad de la reforma constitucional quedó formalizada en la ley 24.309 publicada en el B.O. el 31 de diciembre de 1993.

La ley declaró la necesidad de la reforma parcial de la Constitución Nacional de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957.

Aprobados, el 23 de agosto de 1994 se publicó en el B.O. el texto de la Constitución y su fe de erratas del 24 de agosto de 1994.

Corresponde ahora relacionar las normas constitucionales vigentes con la protección del daño moral, que constituye el objeto de este trabajo.

III. ANÁLISIS DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES VINCULADAS CON LA PROTECCIÓN DEL DAÑO MORAL.

a) El preámbulo determina que el objeto de la Constitución es "afianzar la justicia" y "promover el bienestar general".

Precisamente, todo acto que afecte el "bienestar general", sea por acción dolosa o culposa, como son los agravios contra la libertad, el

² A. Acuña Anzorena, *Estudios sobre la responsabilidad civil*, Platense, pág. 64; mi nota en "E.D.", t. 164, pág. 356.

³ L. Montes de Oca, *El Daño moral*, en homenaje al Dr. Abel M. Fleitas, Abeledo Perrot, pág. 41 y sig.; Cám. Nac. Civil Sala B, "E.D.", t. 59, pág. 207; "E.D.", t. 55, pág. 190.

⁴ S. Cifuentes, *Los derechos personalísimos*, "Revista del Notariado", 1973, t. III, pág. 38.

honor, el espíritu, generan la obligación de repararlo, con el fin de "afianzar la justicia", en cuanto tiende a restablecer el equilibrio perdido por la acción antijurídica.

Dentro del concepto de justicia está el reconocimiento de los derechos que corresponden a todos los habitantes del pueblo de la Nación Argentina; el bienestar general también se logra con el afianzamiento de la justicia, en todo aquello que se refiere, en particular, a la protección de los derechos individuales.

A su vez, las provincias deben asegurar la administración de justicia para obtener así la garantía del gobierno federal para el goce y ejercicio de sus instituciones (art. 5 de la C.N.).

El agravio moral puede afectar el derecho de trabajar y de ejercer toda industria lícita y también el de usar y disponer de la propiedad (art. 14 de la C.N.).

Si se afectan, por un acto ilícito, los derechos civiles reconocidos por la Constitución y los tratados, puede llegar a producirse daño moral.

De la igualdad ante la ley del artículo 16 de la Constitución Nacional como de las cargas públicas, la impositiva (la igualdad como base de los impuestos), la educativa (igualdad de oportunidades y de posibilidades; art. 75 inc. 19, 3 ap. de la C.N.), la laboral (por ej. igual remuneración por igual trabajo art. 16 bis de la C.N.), determina que quien se ve perjudicado tiene derecho a una reparación, que puede dar lugar a una indemnización por daños.

Siendo inviolable la propiedad (art. 17 de la C.N.), también es inviolable la propiedad moral que tienen los habitantes en resguardo de su integridad total.

En cuanto a las acciones privadas de los hombres que ofendan a terceros y los perjudiquen, generan responsabilidad conforme dispone el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Naturalmente, todos los derechos civiles que se conceden a los nacionales se extienden a los extranjeros (art. 20 de la C.N.).

b) Conforme el artículo 33, todas las declaraciones, derechos y garantías enumeradas en la Constitución se integran con otros derechos y garantías no enumerados y, ahora por extensión, con los establecidos en los tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales (art. 75, inc. 27 de la C.N.)

c) La responsabilidad civil derivada de la comisión de actos de fuerza contra el orden constitucional surge del tercer párrafo de los artículos 36 y 39.

De ello se sigue que quien comete tales actos habrá de responder por el daño moral infligido contra la Nación. Y la acción será imprescriptible, no siendo aplicable el art. 4037 del Código Civil.

Como el afectado, en principio, es la Nación, cabe preguntarse si tiene legitimación para reclamar los daños padecidos por esa actuación anticonstitucional.

El criterio dominante es que las personas jurídicas no son entes susceptibles de padecimientos espirituales⁵.

Considero que distinto es el caso de la Nación. Las sociedades, las asociaciones, las fundaciones, las cooperativas, están limitadas por el principio de especialidad (art. 35 del Cód. Civil; art. 2, ley 19.550; art. 3, inc. II c, ley 19.836; art. 8, inc. 2, ley 20.337), que surge de sus estatutos. La Nación, en cambio, cuando actúa en el ámbito privado, ejerce sus derechos sin limitaciones, como no ocurre con aquéllas y

⁵ J. Bustamante Alsina, *Las Personas Jurídicas no son Sujetos Pasivos de Daño Moral*, "E.D.", t. 138, pág. 189; con igual criterio A. Orgaz, *El Daño Resarcible*, Bs. As., 1960, pág. 275, n° 71; C. Zannoni, *El Daño en la Responsabilidad Civil*, Bs. As. 1987, pág. 446; J. Mosset Iturraspe, *¿Pueden las Personas Jurídicas Sufrir un Daño Moral?*, "L.L." 198-C, pág. 511; P. Cazeaux, *Tratado de las Obligaciones*; Trigo Represas, *Derecho de las Obligaciones*, 2ª ed., La Plata, 1979, vol. I, pág. 388; J. Bueres, *Daños a la Persona*, pág. 244; M. Zabala de González, *Las Personas sin Discernimiento y las Personas Jurídicas como Sujetos Pasivos del Daño Moral*, "J.A.", 1985-I, pág. 796; G. A. Borda, *Tratado -Obligaciones-*, t. I, pág. 185; C. Tale, *Daño Moral de las Personas Jurídicas*, "E.D.", t.155, pág.845; J. Brebbia, *El Daño Moral*, 2ª ed., Rosario, pág. 244; A. Orgaz, *El Daño Resarcible*, pág. 275; C. N. Civ., Sala A, "E.D.", t. 75, pág. 243; Sala C, "E.D.", t. 98, pág. 304; C. N. Com., Sala A, "E. D." 152, pág. 644; Sala B, "E. D." t. 104, pág.183; C. Apel, C.C. Bahía Blanca, Sala II, "E.D.", t.100, pág. 625; C. N. Crim. y Correc., Sala IV, "E.D.", t. 15, pág. 217.

puede, como no existe estatuto que restrinja sus facultades, demandar en el solo interés del pueblo de la Nación.

d) El incumplimiento de la obligación de tener un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano (art. 41 de la C.N.), puede generar daño moral, aparte del patrimonial y de la obligación de recomponer.

Y no será necesaria a estos efectos la sanción de leyes especiales, pues la norma relativa a los presupuestos mínimos de protección que puede ser razonablemente interpretada, permite la deducción de demandas por daños.

Asimismo, cuando se introduzcan residuos peligrosos o radioactivos y generen perjuicios, también podrá demandarse por la reparación del daño moral que hubieren ocasionado.

e) El artículo 42 de la Constitución Nacional que se refiere a la protección de los consumidores y usuarios de bienes y servicios contiene presupuestos de los cuales puede surgir, en caso de incumplimiento, responsabilidad que incluye el agravio moral. Y en este sentido, todo acto que afecte la salud, la seguridad y los intereses económicos, como también cuando se viole la veraz y adecuada información sobre bienes y servicios, puede generar responsabilidad moral.

La competencia es presupuesto de toda relación comunitaria, de tal modo que su distorsión afecta los mercados, y la constitución de monopolios u otras formas de agrupaciones, en cuanto destruyen la sana competencia, generan daños a los consumidores y a otras empresas.

Y al efecto, como en el caso anterior, es innecesaria una legislación particular sobre el punto, siendo aplicables los principios generales de responsabilidad civil, en el que se incluye el agravio moral. Los jueces, con sano criterio, podrán apreciar a la luz de las disposiciones actuales, la relación causal y el daño, frente a los hechos probados.

f) La acción de amparo está prevista en el artículo 43 contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos y garantías reconocidos por la Constitución, tratados o leyes.

Si bien los actos u omisiones pueden dar lugar a daños, nos parece que dentro de la acción de amparo no cabe reclamarlos, pues el ámbito de esta medida por su carácter de expedita y rápida, no permitiría la prueba que se requiere para un juicio por indemnización.

Sin embargo, cuando la lesión sea ostensible y de fácil apreciación podría ser prevista en la legislación particular a dictarse la posibilidad de fijar una indemnización.

g) En relación con el "habeas data" establecido en el tercer párrafo del artículo 43, caben idénticas reflexiones.

Cuando se hubiesen incorporado datos que consten en registros o bancos de datos públicos o privados sobre la base de informes falsos o discriminatorios, el afectado podrá pedir su suspensión o actualización. Luego podrá reclamar el daño moral y material que hubieren provocado tales asientos e informes contrarios a la verdad.

La sola inclusión de falsedades o discriminaciones genera responsabilidad sin que sea menester la prueba del daño producido; es un supuesto de daño "in re ipsa", y, sea por dolo o por culpa, la responsabilidad existe.

h) Cuando se restrinja, altere o amenace la libertad física o se agraven ilegítimamente las formas y condiciones de detención o se secuestrare a personas, aparte de la acción de "habeas corpus", también corresponderán los daños y perjuicios que serán reclamados en un proceso especial.

Sin embargo, igual que en el caso anterior, podría incorporarse la facultad judicial de fijar indemnización cuando se advierta la presencia del perjuicio operado, sin necesidad de obligar a recurrir al afectado al largo procedimiento de los juicios de conocimiento.

i) En los casos de mal desempeño o de delitos en el ejercicio de sus funciones o de comisión de crímenes comunes, después de haber sido separados de sus cargos (arts. 53, 59 y 60 de la C.N.), pueden ser responsables por daños y perjuicios y naturalmente por el daño moral que pudieren haber ocasionado sea al Estado Nacional, Provincial o a las Municipalidades o, en su caso, también a los particulares.

Según el artículo 60, el fallo del juicio político no tiene más efecto que destituir al acusado, quien no podrá ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo de la Nación. Ello sin perjuicio del juicio civil ante los tribunales ordinarios. Es en ellos donde cabe reclamar por los afectados la reparación del daño.

Por el artículo 102 de la Constitución Nacional, los ministros del Poder Ejecutivo son responsables de los actos que legalizan y solidariamente de los que acuerdan con sus colegas. De ello se sigue la responsabilidad personal o solidaria (art. 699 del Cód. Civil), cuando la víctima de tales actos cause perjuicio al Estado o a los particulares.

En relación con los jueces de los tribunales inferiores de la Nación, cuando fueran destituidos, las acciones por responsabilidad civil tramitarán ante los tribunales ordinarios (art. 115 de la C.N.).

j) La delegación de competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales (inc. 24 del art. 75 de la C.N.), puede dar lugar a la promoción de demandas por daños y perjuicios cuyas sentencias se ejecutarán ante los tribunales nacionales.

IV. LOS TRATADOS CONCLUIDOS CON OTRAS NACIONES Y CON ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

El artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional establece que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

Si bien los tratados enumerados por dicho inciso, llamados genéricamente sobre derechos humanos, no forman parte estrictamente de la constitución, tienen jerarquía superior a las leyes.

Pero estas normas deben ser interpretadas y armonizadas con los derechos y garantías establecidos en la Constitución⁶ pues todas se complementan.

Los derechos establecidos en los tratados mencionados, en principio, son superiores y anteriores a la formación del Estado; y éste no puede desconocerlos⁷. Tienden a proteger al hombre en su libertad.

Son los derechos naturales del artículo 33 de la Constitución Nacional, que como cláusula abierta los abarca a todos⁸.

Por otra parte, tal como establece la Convención de Viena de 1980 sobre el derecho de los tratados, ningún estado parte puede invocar disposiciones del derecho interno para incumplirlos, pues tienen prioridad sobre las leyes⁹.

Se analizarán ahora las disposiciones de los tratados referidos en el artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

a) *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. 9ª Conferencia Interamericana (Bogotá, Colombia, 1948).*

Los estados americanos reconocen que los derechos esenciales del hombre tienen como fundamento los atributos de la persona humana.

En ese sentido el preámbulo de esta declaración dispone que los deberes de orden jurídico presuponen otros de orden moral.

Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos, porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría.

Según el artículo V, toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.

⁶ G. J. Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, ed. Ediar, 1995, t. 6, pág. 233 y sig.

⁷ F. J. Linares, *Razonabilidad de las leyes*, 2ª ed. Astrea, 1970, pág. 47.

⁸ N. Sagüés, *Elementos de derecho constitucional*, ed. Astrea, 2ª ed. t.1, pág. 246.

⁹ D. A. Sabsay y J. M. Onaindia, ed. Erepar, 1994, *La constitución de los argentinos*, pág. 116.

Según el artículo XVII, toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derecho y obligaciones y a gozar de los derechos civiles fundamentales.

El artículo XXVIII dispone que los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y por el desenvolvimiento democrático.

De la armonización de estas normas puede concluirse que todo ataque que afecte la honra, la reputación y la vida familiar y privada generará responsabilidad por daño moral.

De tal modo que las disposiciones de nuestro derecho interno de los artículos 1078 y también el 522 del Código Civil, quedan jerarquizadas como garantías supralegales, reconocidas en este tratado y en los que hemos de ver.

b) *Declaración Universal de Derechos Humanos (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10-12-48).*

Establece la Declaración en su preámbulo que la libertad, la justicia y la paz tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

Los derechos humanos deben ser protegidos por un régimen de derecho.

Y en este sentido disponen, el artículo 3, que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona y el artículo 7, que todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley.

Pero, particularmente en lo referente a la protección de los valores, el artículo 12 dispone que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio, su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Se consagra así el respeto del hombre como tal, con todos los atributos que lo identifican.

Este derecho a su protección, a evitar ser humillado o vejado, a preservar su intimidad y su libertad, es quizá el de mayor grado¹⁰ y debe ser protegido frente a la agresión que pueda sufrir de sus semejantes.

Creo que se reafirma en esta declaración el derecho de todo individuo a reclamar el daño moral injustamente causado.

c) *Convención Americana sobre los Derechos Humanos llamada Pacto de San José de Costa Rica (Costa Rica 22-11-69, aprobada en nuestro país por la ley 23054, publicada el 27-3-84)*

El preámbulo sienta el principio de que las personas gozan de sus derechos económicos, sociales y culturales así como los civiles y políticos.

Luego, en particular, regula los derechos que enmarcan tales protecciones.

El artículo 5 dispone que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral y el artículo 11 establece la protección de la honra y de la dignidad:

1. toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

El derecho de rectificación, de respuesta o de réplica, está previsto en el artículo 14:

1. toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio, a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

¹⁰M. A. Ekmekdjian, *Manual de la Constitución Argentina*, 3ª ed., Depalma, 1997, pág. 85.

2. en ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiere incurrido.

Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre deben ser prohibidas por la ley (art. 21).

Siendo todas las personas iguales ante la ley, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección (art. 24).

En general y en relación con deberes y derechos, dice el artículo 32:

1. toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.
2. los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por la justa exigencia del bien común en una sociedad democrática.

Por tanto, quienes sienten afectados los derechos consignados en estas declaraciones podrán efectuar los reclamos consiguientes ante los jueces naturales cuya jurisdicción y competencia corresponda a los países donde se produjeron los hechos y de acuerdo con las normas procesales internas.

Sin embargo, si no fueren atendidos, después de agotadas las vías, conforme su derecho interno y las normas del derecho internacional, podrán recurrir a los órganos creados por este pacto.

Es decir, que la protección no se limita a la mera enunciación de los derechos protegidos, sino que, además, se establecen los medios adecuados para obtener su cumplimiento con la indicación de los caminos procesales y la creación de dos organismos con jurisdicción internacional.

En tal sentido dispone el artículo 33 que son competentes para conocer en los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental reconocida puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de la convención por un estado parte (art. 44). Para ello es necesario demostrar que se han interpu-

to y agotado los recursos de jurisdicción interna conforme a los principios del derecho internacional, salvo retardo injustificado en resolver o cuando se impidiese el acceso a la jurisdicción.

En cuanto al trámite ante la Corte, sólo la Comisión y los estados partes pueden someter a la Corte los casos que consideren pertinentes (art. 61).

Cuando la Corte decida que hubo violación de un derecho protegido por la Convención, dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su ejercicio y que se reparen las consecuencias de su violación y se disponga el pago de una justa indemnización (art. 63), que puede incluir el daño moral.

La parte del fallo que dispone la indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado, o sea que las sentencias tienen fuerza ejecutoria internacional. En nuestro caso se seguirá el procedimiento del artículo 517 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Sin embargo, como los hechos ilícitos pueden ser cometidos también por particulares, sean personas físicas o jurídicas, la reparación en estos casos habrá de reclamarse ante los jueces locales, de acuerdo con el procedimiento interno de cada Estado.

Pero si el reclamo es desestimado por sentencia firme de un tribunal de último grado, o si, simplemente, no fuere oído o se negase el acceso a la jurisdicción, podrá el particular formular la denuncia ante la Comisión.

Si ésta desestima el pedido, no tendrá acceso a la Corte, a la cual sólo llega por denuncia de la Comisión (art. 61).

d) *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (firmado en Nueva York, E.E.U.U., el 19-12-66 y aprobado en nuestro país por ley 23.313 publicada en el B.O. el 13-5-86).

La carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanas.

El individuo tiene deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece y los estados partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que se enuncian sin discriminaciones, ni restricciones (art. 2).

Si bien este pacto no contiene normas particulares sobre responsabilidad por daños, va de suyo que el incumplimiento de tales obligaciones podrá generar tal responsabilidad.

e) *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos* (Nueva York, E.E.U.U., 19-12-66, aprobado por ley 23.313 publicada en el B.O. 13-5-86).

La libertad, la justicia y la paz tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, y la carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal de tales derechos y libertades.

Los estados partes se comprometen a garantizar a toda persona los derechos o libertades reconocidos en el pacto y cuando hubieren sido violados podrán interponer recursos efectivos, aun cuando la violación hubiere sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de funciones oficiales (art. 2).

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia y de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques (art. 17).

Tampoco podrá ser molestado a causa de sus opiniones. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, mas el ejercicio de ese derecho entraña deberes y responsabilidades especiales. Ha de asegurarse el respeto a los derechos a la reputación a los demás. Debe protegerse la seguridad nacional, el orden público, la salud, y la moral pública (art. 19).

El pacto dispone la formación de un Comité de Derechos Humanos (art. 28), al cual podrán recurrir los estados parte o los individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese estado y aleguen ser víctimas

de una violación de los derechos enunciados (art. 1º del protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Es requisito que todo individuo que alegue una violación de cualquiera de sus derechos haya agotado los recursos internos para poder someterlo a la consideración del Comité (arts. 3 y 5).

Nuestro país reconoció la competencia del Comité de Derechos Humanos creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por la ley 23.313.

Por tanto, a él podrán recurrir los particulares, después de agotada la vía procesal interna, para reclamar la protección de sus derechos y, en su caso, podrán pedir las indemnizaciones consiguientes que correspondan a los daños y perjuicios ocasionados.

La ejecución de las resoluciones corresponderá a la justicia de cada estado (art. 517 del Cód. Procesal).

Este Comité podrá, a su vez, designar una Comisión Especial de Conciliación, cuando el asunto sometido a aquél no pudiere resolverse a satisfacción por los estados parte.

f) *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9-12-48 ratificada por decreto ley 6286/56, publicado en el B.O. del 25-4-56).*

Se entiende por genocidio cualquier acto perpetrado con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso (art. 2).

Las personas acusadas de genocidio serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido o ante la Corte Penal Internacional que sea competente.

La comisión del delito de genocidio dará lugar a la reparación de daños, incluido el daño moral, que se reclamará ante los tribunales locales penales (art. 29, inc. 1º del Código Penal), o civiles, según la elección que efectúe la víctima.

g) *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (suscripta en Nueva York, E.E.U.U., el 13-7-67, aprobada por ley 17.722 y publicada en el B.O. el 8-5-68).*

La expresión "discriminación racial" denota toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tengan por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública (art. 1).

Los estados partes condenan a toda la propaganda y organizaciones que se inspiren en la idea o teoría basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas, de un determinado color u origen étnico. Asimismo, declaran como acto punible contra la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tal efecto (art. 4).

Los estados partes aseguran a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que contraviniendo la convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho de pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa o adecuada por todo el daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación.

La convención crea un Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (art. 8).

Podrá ser denunciado por un estado parte que considere que otro estado parte no cumple las disposiciones de la convención.

También puede recibir comunicaciones de personas o grupos de personas dentro de su jurisdicción que alegaran ser víctimas de violaciones por parte de ese estado de cualquiera otro derecho estipulado en la convención (art. 14).

En caso de que no se obtuviere reparación satisfactoria del órgano establecido en la jurisdicción del estado parte, tendrá derecho a comunicar el asunto al Comité.

Pero este Comité no tiene jurisdicción para condenar por los daños y perjuicios derivados de actos de discriminación.

En tal caso, los damnificados habrán de recurrir a los tribunales locales.

h) *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18-12-79 y en nuestro país por ley 23.179 publicada el 3-6-85).*

La discriminación contra la mujer viola los principios de igualdad de derecho y de respeto de la dignidad humana que dificulta la participación de la mujer en las mismas condiciones del hombre en la vida política, social, económica y cultural.

Se afirma la máxima participación de la mujer en igualdad de condiciones con el hombre en todos los campos, lo cual es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz.

Se establece la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre, para garantizarla contra todo acto de discriminación.

Se resguarda la nacionalidad de la mujer cuando se casa con un extranjero o cuando este cambia de nacionalidad.

La convención crea un "Comité sobre Eliminación de la Discriminación contra la Mujer".

La igualdad de derechos civiles y políticos del hombre y de la mujer, establecida en los artículos 14 y 16 de la C. N. quedó reconocida en la ley 17.711, en cuanto reformó la ley 11.357 y al disponerse el voto femenino en la ley 13.010.

Si se cometieran actos de discriminación podrá recurrirse a la justicia local para remover las causas y, en su caso, obtener la repara-

ción de los daños y perjuicios que por actos de discriminación se causaren a la mujer.

Pero el Comité no tiene facultades jurisdiccionales.

i) *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10-12-84 y en la República por la ley 23.338 publicada en el B.O. el 26-2-87).*

Esta convención tiene fundamento en la carta de las Naciones Unidas en cuanto promueve el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales y es complementaria de los instrumentos antes analizados.

Se entiende por tortura todo acto por el cual se infringe intencionalmente a una persona, por un funcionario público, dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que haya cometido, o de intimidar o de coaccionar a esa persona o a otras por cualquier razón (art. 1).

Todo estado parte velará para que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a su indemnización.

Se constituye un Comité contra la tortura ante quien puede denunciarse por un estado parte que otro no cumple con las obligaciones que le impone la convención, y también pueden denunciar los particulares ante ese Comité actos de tortura.

Debe demostrarse que se han agotado todos los recursos de la jurisdicción interna que se pueda disponer, salvo que se demuestre que se prolongan injustificadamente.

Tal como establece el artículo 14 de la convención, la víctima de los actos de tortura tiene derecho a una indemnización justa por los

perjuicios que se le hubieren causado, y en esa reparación habrá de incluirse el daño moral, que en estos supuestos tiene significativa trascendencia.

En estos casos habrán de responder tanto el estado que consintió expresa o tácitamente la actuación del funcionario, como también éste en forma personal o cualesquiera que a instancias de éste hubiere obrado ilícitamente.

j) *Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, E.E.U.U., el 20-11-89 y aprobada en la República por ley 23.849 publicada en el B.O. el 22-10-90).*

La infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales, así lo establece el preámbulo de esta convención. Considera a la familia como grupo fundamental de la sociedad.

El niño debe crecer en el seno de la familia con un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

La protección comprende desde antes y después del nacimiento.

Se considera niño a todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad (art. 1).

Los estados partes respetarán los derechos anunciados en la convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción sin distinción de raza, color, sexo, idioma, o religión.

Tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se mantenga protegido contra toda forma de discriminación o castigo.

Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio, o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación (art. 16), y los estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio, abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación (art. 19).

Se crea un Comité de los Derechos del Niño (art. 43).

Pero este Comité no recibe denuncias sobre incumplimientos de la Convención, de modo que las acciones respectivas deberán deducirse ante las jurisdicciones locales, sea para corregir las desviaciones que perjudiquen a los niños, como para obtener reparación de los daños que se les hubiere ocasionado.

V. SÍNTESIS

Los diferentes tratados y convenciones en cuanto tienen disposiciones operativas -como se ha dicho- integran nuestro derecho supralegal con igual jerarquía que la Constitución (art. 75, inc. 22 de la C.N.).

A su vez, los tratados y convenciones han creado organismos -Comités o Comisiones-, a quienes nuestro país debe reconocer en cuanto tienen facultad para juzgar sobre hechos sometidos a su decisión, competencia y jurisdicción internacional (art. 75, inc. 24, de la C.N.).

Estos son los organismos creados:

1. Pacto de San José de Costa Rica:

- Comisión Internacional de Derechos Humanos
- Corte Interamericana de Derechos Humanos

2. Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos:

- Comité de Derechos Humanos
- Comisión Especial de Conciliación

3. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.

- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.

4. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

- Comité sobre la Eliminación de Discriminación contra la Mujer

5. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

- Comité contra la Tortura.

6. Convención sobre los Derechos del Niño.

- Comité de los Derechos del Niño.

Además, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio remite a la Corte Penal Interamericana para juzgar este delito (art. VI), cuando los países hubieren reconocido su jurisdicción.

VI. CONCLUSIONES

Teniendo presente que la teoría de la responsabilidad civil se funda en el servicio general de reparación de daños que tiene por fin restablecer el equilibrio generado por el daño injusto¹¹, tanto la Constitución como los tratados que se han mencionado tienden a ese propósito.

Con fundamento en la Carta de las Naciones Unidas -no mencionada en el art. 75, inc. 22- todos los tratados guardan adecuada armonía y así debe ser su interpretación.

En particular, la reparación del daño moral que resulta del deterioro físico y afectivo de una persona en su vida de relación¹², está contemplada en todas aquellas disposiciones que comprendan la existen-

¹¹ E. Nieto Blanc y L. E. Bouzat, *Responsabilidad por acto lícito dañoso* en *Estudios de Derecho Civil*, n° 1, pág. 29 y siguientes.

¹² F. A. Trigo Represas, *Legitimación para accionar en los casos de daños causados a las personas*, en *Estudios de derecho civil*, del Instituto de Derecho Civil, n° 1, pág. 7.

cia del daño, algunas veces en forma precisa y otras sobre la base de un concepto genérico.

Pero, en definitiva, todo tiende a la protección del derecho de gentes, como parte del bien común internacional.

Y ese bien común internacional, al que integran tales derechos, tiende a ser interpretado de modo uniforme a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que puede hasta dejar sin efecto sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales superiores de otros estados partes.

Desde otro ángulo, ha dicho nuestra Corte que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos puede servir de guía para la interpretación de los preceptos del pacto¹³.

¹³ N. Sagüés, *Elementos de Derecho Constitucional*, 2ª ed. Astrea, t. I, Pág. 209, 231.

LA REPARACIÓN PECUNIARIA DEL DAÑO MORAL

María Luisa Casas de Chamorro Vanasco

I. INTRODUCCIÓN

Antes de abocarnos al tratamiento específico del tema indicado en el título del presente trabajo, estimamos oportuno referirnos al concepto de daño moral y a su distinción con el que reviste el carácter de patrimonial.

Siguiendo las enseñanzas del maestro Brebbia, se entiende por daño "la violación de uno o varios de los derechos subjetivos que integran la personalidad jurídica de un sujeto, producida por un hecho voluntario, que engendra en 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, comprendida 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".¹

Es decir que dentro del concepto general de daño caben dos especies bien definidas: por una parte, el que reviste la característica específica de patrimonial por afectar un derecho de esa categoría y, por la otra, el moral o extrapatrimonial que produce un menoscabo en prerrogativas que pertenecen a la persona y que escapan del ámbito de lo estrictamente pecuniario, las que, por tal razón, pueden llegar a

¹ Brebbia, R., *El daño moral*, 1967, pág. 75.

tener un valor muy superior al de los otros y mucho más difícil de medir para su reparación.

En cuanto al daño patrimonial, hay quienes entienden que es aquel que no reviste el carácter de moral, con lo cual se da un concepto simplista que poco aporta al efectivo conocimiento de la figura.

Nuestro Código Civil, en su artículo 1068, lo define de manera precisa y lo vincula con el perjuicio causado a otro, de manera directa en sus bienes o indirectamente en su persona o sus derechos.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que dentro del concepto cabe tanto el daño emergente como el lucro cesante. El primero se configura con una disminución del patrimonio en el momento de experimentar el perjuicio, en tanto que el otro elemento aparece con la pérdida de lo que se tenía en mira de obtener como beneficio.

En definitiva, en ambos casos, por causa del hecho perjudicial se produce una pérdida y se deja de incrementar el patrimonio, produciéndose, en consecuencia, una lesión al mismo.

Respecto del daño moral, son varias las definiciones que la doctrina ha dado, pero entendemos que la anteriormente recordada de Brebbia constituye una expresión valiosa que refleja acertadamente las características propias de esta especie de perjuicio.

Por su parte Llambías, en una apreciación muy significativa que refleja claramente su modo de pensar, afirma que "es una lesión en los sentimientos por el sufrimiento o dolor que padece la persona, que no es susceptible de apreciación pecuniaria".²

Este destacado jurista anota que gran parte de los autores justifican la reparación del daño moral sobre la base de los mismos principios que explican la del daño patrimonial. Y apunta que, para ellos, sería una especie del género daño y por consiguiente lo dispuesto por la ley en materia del que reviste el carácter de patrimonial, en general, es aplicable también a los agravios morales.

Y de inmediato, sobre esta concepción agrega una serie de objeciones a ese modo de pensar.³

² Llambías, J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. t. I, pág. 301.

³ Llambías, J. op cit., pág. 303.

Más adelante, cuando tratemos específicamente la reparación, volveremos a la consideración del pensamiento de este distinguido tratadista.

Recientemente Pizarro, en obra titulada *Daño moral*, recuerda diversos conceptos de esta figura e incluye el propio en los siguientes términos: "es 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 aquél en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial" y expone un cuidadoso análisis de los distintos aspectos incluidos en la referida expresión.⁴

En síntesis, la figura aparece incluida en una noción genérica de perjuicio, pero con una característica substancialmente propia que la diferencia del simple daño de carácter material.

A medida que se ha ido avanzando en el tiempo, esta institución jurídica ha seguido un proceso tendiente a precisar no sólo la noción sino sus elementos constitutivos, su importancia, su ámbito de aplicación y su valor en el campo de la responsabilidad civil.

Como tantas otras ha tenido manifestaciones en el derecho romano, por ejemplo a través de la acción de injurias que concedía al afectado una plena consideración de la protección en materia ajena a lo patrimonial.

El funcionamiento de la referida *actio* se producía cuando se afectaba a otra persona, ya fuera por agravio físico o moral.

Posteriormente, el pretor concedió a la víctima el derecho a obtener un resarcimiento de índole patrimonial que ella misma podía estimar pero que en definitiva dejaba a criterio del juez su determinación.

De no seguir este camino era factible recurrir a la vía criminal.

El desarrollo de la institución se pone de manifiesto en sucesivos avances, y es así como en el derecho justiniano la noción de injuria

⁴ Pizarro, R., *Daño moral*, 1996, pág. 47.

acrecienta su contenido y llega a abarcar a cualquier hecho que pusiera de relieve, de modo antijurídico, un desprecio a la personalidad de un semejante.

Esta evolución continuó tanto a través del derecho francés como del español y del germánico, que constituyen antecedentes tenidos en consideración por nuestro Derecho Civil.

II. LEGISLACIÓN NACIONAL

Si bien es cierto que la doctrina ha enunciado distintas denominaciones para la figura que nos ocupa, tales como daño no patrimonial, no económico, extrapatrimonial, espiritual, etc., el utilizado por nuestro Código Civil en el texto de Vélez Sársfield es el de agravio moral como se advierte en el texto del artículo 1078.

Dicha norma decía : "Si el hecho fuese un delito del derecho criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende la indemnización de pérdidas e intereses, sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándola en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo a sus afecciones legítimas".

Al pie de esa disposición el codificador señala como referencia la ley 3, título 15 de la partida séptima.

Como puede apreciarse, la norma proviene de un precepto del más puro derecho español, y muestra la importancia que adquiere la legislación hispánica como fuente en la materia referida a la institución que tratamos.

Sin embargo, como bien precisa Segovia en su admirable comentario al Código Civil, también es antecedente de la norma citada la obra de Aubry y Rau, de modo que aquélla tiene un claro origen situado en el derecho intermedio, inspirado a su vez en los antecedentes del derecho romano.⁵

⁵ Segovia, L., *Código Civil de la Rep. Argentina*, pág. 307.

De cualquier manera, resulta conveniente recalcar que también en esta materia la obra de Vélez Sársfield constituye un texto avanzado para su época, aunque a su vez se hiciera posteriormente necesario proceder a modificar el tratamiento originario.

La doctrina siguió caminos diferentes en la consideración de la posición asumida por el codificador pero, en general, prevaleció el criterio innovador y se impulsó la modificación del tratamiento del instituto. Tanto es así que en el proyecto de 1936 ya se propició una solución más amplia⁶. Merece destacarse que el mencionado proyecto innovó respecto de la posición de Babiloni, quien era contrario a la admisión del daño moral al que sólo dio entrada en los casos en que la ley lo dispusiere o cuando la obligación no cumplida proviniese de actos a título oneroso. Así lo establecía su art. 1058.

Como anteriormente señalamos, el proyecto de 1936 asumió un criterio diferente y admitió la vigencia de la figura tanto en el ámbito de los hechos ilícitos como en el campo de los contratos.

El tema está tratado primero en el art. 596, donde se respeta en cierta medida la redacción del anteproyecto, ya que dice : "Cuando la obligación no cumplida proviene de actos a título oneroso y en todos los demás casos que la ley autorice, habrá lugar a resarcimiento, aunque el perjuicio no fuera patrimonial, debiendo el juez estimar su importe con arreglo a las circunstancias".

Como puede apreciarse el artículo proyectado formula una solución decididamente favorable a la inclusión del daño moral.

Y esta línea de pensamiento aparece confirmada en el artículo 866 de la obra que rezaba : "Existirá daño, siempre que se causare a otro un perjuicio en su persona, en las cosas de su dominio o posesión, o en sus derechos o facultades. El deber de reparar se extiende a toda lesión material o moral causada por el acto ilícito".

En cuanto al anteproyecto de 1954, obra redactada por el maestro Llambías, conforme a la posición asumida por su autor, únicamente incluye dos disposiciones referidas al tema que nos ocupa.

⁶ *Proyecto de Código Civil*, 1936, art. 596 y 866, pág. 398 y 454.

Se trata en materia atinente a la responsabilidad por incumplimiento de deberes jurídicos, en el artículo 884, cuyo texto era el siguiente : "Cuando el perjuicio no sea de carácter patrimonial, sólo dará lugar a indemnizaciones en los casos en que la ley expresamente lo disponga".

Y en lo que hace a los actos ilícitos la norma proyectada tenía el contenido que se transcribe : "El daño moral será indemnizable cuando el agente hubiera actuado con dolo".

A posteriori, en 1961, en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en la ciudad de Córdoba, se trató el tema y se aprobó la recomendación que lleva el N° 17 y que expresa : "Que en todos los casos de indemnización por responsabilidad contractual o extracontractual, el Juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso".⁷

Estas expresiones sirvieron de base a la reforma introducida por la ley 17.711 de 1968, que asignó al daño moral un ámbito de aplicación más completo que el contenido en el texto de Vélez Sársfield al que antes hicimos referencia.

Creemos conveniente señalar que el precepto original del codificador reducía la legislación sobre este tema al art. 1078, transcripto anteriormente, es decir que sólo lo trataba en materia de responsabilidad por delitos.

En la actualidad, conforme a lo establecido en la antes mencionada ley de 1968, se estructuran dos modificaciones trascendentes.

Por una parte se varió el contenido del art. 1078 con el fin de ampliar su ámbito de aplicación y, por otra, se le dio cabida en lo atinente a la responsabilidad contractual, mediante una substancial modificación del art. 522.

Sólo formularemos un breve comentario sobre cada uno de los preceptos citados.

⁷ Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, Universidad Nacional de Córdoba, 1961, t. II, pág. 779.

En el plano de los hechos ilícitos, se reformó el art. 1078, cuya nueva redacción dice así : "La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos".

Como puede apreciarse, el antiguo artículo 1078 restringía el funcionamiento del daño moral a los delitos y sólo cuando fueren del derecho criminal, mientras que, ahora, incluye a los perjuicios derivados de los hechos ilícitos en general.

Es innecesario destacar la importancia de la reforma que incorpora un vasto sector de esa especie de acciones al campo de la reparación.

En cuanto al artículo 522, en materia de obligaciones de origen contractual la innovación es aún más destacable.

Dice textualmente : "En los casos de indemnización por responsabilidad contractual, el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso".

Como se advierte, se incluyen en su contenido todos los supuestos de obligaciones contraídas en virtud de una convención, y concede al juzgador la facultad de imponer una sanción por el agravio moral que se hubiese causado.

En síntesis cabe afirmar que se ha ampliado substancialmente el campo de aplicación de la figura que tratamos.

Puede decirse sin lugar a dudas que si se considera un avance positivo por la época en que tuvo lugar la inclusión del antiguo artículo 1078, la modificación de los textos referidos al agravio moral en nuestro Código a través de la ley 17.711, constituye un importante crecimiento que refleja el adelanto producido por los trabajos de la jurisprudencia y la doctrina en relación con esta institución del derecho civil.

III. LA REPARACIÓN

Cuando alguien ha experimentado un daño, el orden jurídico cuenta con los medios necesarios para hacer desaparecer sus efectos o al menos para morigerarlos y lo logra por medio de dos tipos diferentes de remedio : por una parte la pena que tiene por finalidad producir en el sujeto a quien se le aplica un castigo que sirva de ejemplo para los demás y que de algún modo sea útil para evitar la reiteración de actos productores de perjuicio y, por otra, la reparación cuya función es satisfacer el reclamo de aquél que fue víctima del acto perjudicial.

El modo ideal de reparar es poner al sujeto en la misma situación en que se encontraba antes de haber experimentado el perjuicio, y si ello no es factible al menos acercarlo lo más posible a esa situación.

Cuando se trata de casos en los cuales el reclamo se origina por la existencia de daños morales, se plantean exigencias específicas que han originado discusiones doctrinarias de gran envergadura, las cuales, tras largas elaboraciones, han sido en general superadas.

En rigor, cabe señalar que se han enfrentado, básicamente, dos concepciones con características propias bien definidas: la de la pena o sanción ejemplar y la del resarcimiento del daño moral.

A ello cabe agregar que hay doctrina que entiende que, inclusive, el fundamento de la reparación puede situarse en la suma de estas concepciones, es decir, que deben adicionarse las consideraciones que se fundan en la justicia de acordar un resarcimiento, con la plena justificación de la aplicación de una pena como elemento ejemplificador.

Sin extendernos demasiado en la consideración de la esencia y de las notas fundamentales de estas concepciones, estimamos oportuno poner de relieve las principales características de cada una de ellas.

En la línea de la sanción ejemplar, se enrola, por ejemplo, el ilustre maestro de Derecho, Llambías, quien sostiene, en su *Tratado de las Obligaciones*, que existen sólidos argumentos en favor de dicha tesis.⁸

⁸ Llambías, J. op. cit., 308, n° 263.

En su apoyo recurre, inclusive, a doctrina francesa a través de expresiones de Demogue y de Ripert.

Del primero recuerda una expresión que dice: "Los daños y perjuicios son aquí impotentes para resarcir el perjuicio causado; una suma de dinero no puede hacer que un padre no haya sido afectado por el atentado moral contra sus hijos. Sería chocante decir que los daños e intereses tienen un rol compensatorio; admitir que el dinero puede procurar distracciones tendientes a borrar la pena que se ha sufrido. Eso es contrario a la naturaleza ideal del derecho lesionado".⁹

Y también menciona expresiones textuales de Ripert quien sostiene : "Lo que mira en realidad la condena no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo del autor. Los daños y perjuicios no tienen aquí carácter resarcitorio, sino carácter ejemplar. Si hay delito penal la víctima pide que se agregue algo a una pena pública insuficiente o mal matizada; si no hay delito penal, la víctima denuncia al culpable que ha sabido deslizarse entre las mallas de la ley penal. Hay pena privada porque es preciso pronunciar la pena bajo color de reparación".¹⁰

Después de esas dos citas el destacado autor afirma : "Esta es la concepción adecuada del instituto Nuestra conciencia jurídica se revela ante la idea de que pueda quedar impune el hecho ilícito por el cual se mortifica a la víctima causándole una injusta aflicción en su ánimo. Sin duda desde que por hipótesis no media menoscabo patrimonial no podrá hablarse de "resarcimiento de un daño moral inexistente pero habrá que arbitrar algún recurso para que en odio al delito se castigue al delincuente por su acción injusta".

Tras esto el autor se refiere a diversos elementos a tomar en consideración para aplicar la pena que estima adecuada. Menciona los hechos que dan lugar a la reparación del daño moral, al titular del derecho a la misma, al criterio que debe seguirse para determinar el

⁹ Llambías, J. op. cit., 306, n° 262.

¹⁰ Llambías, J. op. cit., pág. 307, n° 262.

quantum del resarcimiento, la posibilidad de transmitir la acción reparatoria, y que dicha acción sea ejercida por los acreedores del agraviado y, finalmente, se refiere al carácter punitivo de la indemnización.

El último ítem de los antes enumerados contiene una síntesis a la que complementa con una referencia a dos aspectos concretos que hacen al resultado mismo de la opción por el criterio elegido.

Tras reiterar la calidad punitiva y no resarcitoria que corresponde a la indemnización por el agravio moral, finaliza con dos reflexiones sobre consecuencias concretas de la aplicación del criterio elegido.

En primer término, destaca que por tratarse de una pena privada, el derecho a su imposición queda extinguido con la muerte del agraviante y que, a diferencia de lo que ocurre con lo que denomina materia de daños patrimoniales, la acción no puede ser ejercida contra los derechohabientes del responsable.

Y luego destaca que en caso de haber sido cometido el hecho dañoso por un dependiente, puede ser perseguido su principal.

Expresa a continuación que en el conflicto entre la solución derivada de la naturaleza represiva de la sanción y la referida al reconocimiento de la obligación de reparar del empleador por su trabajador, debe darse prioridad a esta última.

En la actualidad, este modo de pensar cuenta con pocos partidarios entre los juristas, pero hasta hace algunos años tuvo un amplio consenso en la jurisprudencia, que entendía que la reparación del daño moral es, más que una indemnización, una verdadera "pena civil" de tipo ejemplificadora por el perjuicio ocasionado por el agresor.

Aquellos que están de acuerdo con esta posición se valen de las postulaciones efectuadas por quienes estaban en contra de la reparación de este tipo de daños con un criterio estrictamente de resarcimiento.

No obstante, reconocen que tales hechos no pueden quedar sin producir efectos jurídicos de trascendencia cuando han sido realizados con la intención de provocar el perjuicio y que, por consiguiente,

en tales situaciones corresponde imponer el pago de una indemnización.

Tras estas reflexiones respecto de la posición que se pronuncia en favor del carácter sancionatorio de la obligación originada por el daño moral, hemos de considerar, seguidamente, la tesis, hoy dominante tanto en doctrina como en jurisprudencia, que opta por asignarle carácter reparatorio.

Consideramos oportuno recordar como dato previo a esa consideración, que en su obra clásica titulada *El daño moral*, Brebbia, autor señero en este tema, se inclinaba por esa corriente.¹¹

Lógicamente consideró las dos teorías y pronunció un juicio fundado sobre su respectivo valor, tras haber reconocido que ambas tienen fundamentos dignos de ser ponderados.

Primero expresa las razones que abonan la que él denomina teoría de la pena privada.

Menciona varios motivos señalados por sus partidarios que, en síntesis, expondremos seguidamente y que en forma ordenada los individualiza con las letras a) a d).

a) "La idea de pena privada es la única que explica de una manera racional la condenación al pago de una suma de dinero impuesta al ofensor. Por su naturaleza, el agravio moral no es susceptible de una apreciación adecuada en dinero; nadie puede conocer exactamente la magnitud del daño sufrido, de aquí que la indemnización que se acuerde sobre esta base sea siempre arbitraria..."¹²

b) "El damnificado puede recibir, sin repugnancia moral, una suma de dinero que no está destinada a reparar su honor o afecciones ultrajados por el hecho ilícito, sino que cumple una función penal impuesta por la ley".

c) "La teoría de la pena privada explica adecuadamente el carácter personal de la acción que corresponde a la parte damnificada..."

¹¹ Brebbia, R. op. cit., pág. 221.

¹² Brebbia, R. op. cit., n° 113, pág. 224.

d) "También explicaría la teoría de la pena privada por qué la víctima puede accionar contra el autor del agravio, aun cuando el perjuicio le hubiere sido resarcido por un tercero (una compañía aseguradora, por ejemplo)".

Presentadas estas bases favorables a la posición sancionatoria, las refuta una a una, con sólidos argumentos.

Y posteriormente manifiesta que cabe agregar otras objeciones serias a la teoría antes mencionada.

En primer término, expone lo referido a los casos en que el derecho civil admite la existencia de responsabilidad sin culpa o los supuestos en que esta es levisima (cita la responsabilidad por hechos ajenos, por cosas inanimadas, por animales) y también señala que si se aceptaran los argumentos de la teoría que combate, no sería admisible que el pago fuera efectuado por un tercero, como por ejemplo una empresa de seguros.

En apoyo al carácter resarcitorio de la indemnización, expone que si la suma de dinero que debe hacerse efectiva al damnificado no tiene la calidad de una pena, evidentemente "no puede tener otra finalidad que la de reparar el daño causado".

Luego se pregunta si es posible reparar el daño moral y se responde que depende del significado que se otorgue a la expresión "reparación".

Si se entiende que reparar significa borrar integralmente lo ocurrido, inclusive el agravio en sí mismo, es evidente que ello no puede obtenerse con un pago pecuniario, pero, con referencia a expresiones de Mazeaud señala que, cuando no desaparezcan las consecuencias del hecho dañoso, "se repara el mal causado cuando se da a la víctima el medio de procurarse satisfacciones equivalentes a aquellas de las que fuera privada".

Sobre esa base, resulta claro que se puede utilizar la indemnización patrimonial como medio de reparación del perjuicio experimentado.

Eso lo lleva a extraer como conclusión que es posible otorgar a la víctima una indemnización que deberá ser proporcionada "a la magnitud del agravio sufrido y no a la gravedad de la falta cometida".¹³

En la misma línea de pensamiento se sitúa Bustamante Alsina quien, por otra parte, efectúa una mención expresa al sistema establecido en la reforma introducida por la ley 17.711, en relación con la cual sostiene, con razón, que "la reparación del daño moral no tiene el menor carácter punitivo"¹⁴ y agrega que no se puede invocar y no se invoca algún fundamento legal que autorice otra conclusión.

Como complemento, comenta la tesis adversa, es decir la de la pena ejemplificadora, y la refuta de manera terminante.

Inclusive dice que, de aceptarse esta concepción, la cuestión del daño moral estaría excluida de "toda regulación normativa y, por lo tanto de toda valoración jurídica".

Estas expresiones son terminantes y ponen de manifiesto, de manera muy clara, su valoración crítica de la corriente enmarcada en la aplicación de una sanción que sirva de ejemplo.

En rigor piensa que podría tener más cabida en un análisis de tipo ético que en el campo específico del Derecho.

Últimamente, Pizarro ha publicado una calificada obra dedicada al daño moral, en la cual, entre los numerosos temas que aborda, se encuentra el referido a las corrientes doctrinarias sobre la cuestión que analizamos, tanto en lo atinente a las tesis que niegan la reparación pecuniaria del daño moral, como las que la receptan y en este último criterio incluye la sancionatoria y la que ahora tratamos, es decir la del resarcimiento de este tipo de perjuicios, posición esta última en la que se enrola el autor citado.¹⁵

Comienza su exposición poniendo de relieve que esta tendencia es en la actualidad dominante y sostiene que "brinda una respuesta justa, equitativa, libre de preconcepciones y acorde con las nuevas fronteras que transita la responsabilidad civil", afirmación que respalda

¹³ Brebbia, R. op. cit., n° 116, pág. 229.

¹⁴ Bustamante Alsina, J., *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, pág. 243.

¹⁵ Pizarro, R., op. cit., pág. 102 y siguientes.

con numerosas citas doctrinarias que incluyen las de autores de alta calidad.

Considera justa y equitativa a esta posición porque entiende que coloca a quien experimentó el daño como víctima de un perjuicio sufrido injustamente y que por motivos de estricta justicia requiere el consiguiente resarcimiento sin tener en cuenta si ha mediado intención o negligencia para ocasionar las consecuencias negativas del obrar.

Continúa este autor afirmando que el perjuicio debe ser considerado en forma objetiva, ya que, para la víctima, no representa más o menos entidad por la intención o en general por la conducta de quien lo provoca.

Este modo de pensar ha sido adoptado en numerosas reuniones académicas tales como las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la ciudad de Rosario en 1971 donde, al tratar de la "Fijación de los lineamientos generales del sistema de la responsabilidad civil", se expresó en el punto 6º) "La reparación del daño moral debe abarcar el proveniente del incumplimiento de cualquier obligación"; y en las VII de igual categoría, que tuvieron lugar en Buenos Aires en 1979, en su recomendación N° 4 sobre "Extensión de la reparación en la responsabilidad objetiva" se manifestó en el punto 4º que "son reparables los daños morales originados en el riesgo de la cosa".¹⁶

Cabe señalar que Pizarro desarrolla en su pensamiento una serie de cualidades de la tesis que sustenta que permiten superar las deficiencias de la posición basada en la sanción ejemplificadora.¹⁷

Después de haber expuesto las características más destacadas de las líneas de pensamiento referidas al fundamento de la indemnización por daño moral, creemos llegado el momento, sin perjuicio de contemplar más adelante la posibilidad de elegir una solución que combine el contenido de las dos posiciones, de exponer la propia.

En tal sentido debemos expresar que coincidimos con la corriente que opta por sostener la procedencia de un resarcimiento que sea acor-

¹⁶ *Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, pág. 50 y 64.

¹⁷ Pizarro, R., op. cit., pág. 107.

dado en función del perjuicio experimentado por el damnificado y no por entender que debe aplicarse sanción punitiva al agente que originó el sufrimiento.

Estimamos que, si bien es cierto que el dolor no es mensurable en dinero, la fijación de una cantidad de moneda como medio para compensar el quebranto moral que sufre la víctima, es el medio habitual de reparar en el derecho civil cualquier incumplimiento de obligaciones o para resarcir el perjuicio ocasionado por la comisión de delitos u otros actos ilícitos.

Formulada esta toma de posición, consideramos oportuno mencionar una corriente que adopta un criterio ecléctico o amplio, que combina elementos de las dos líneas antes comentadas, la cual ha recibido el apoyo de prestigiosos autores que integran la doctrina de nuestro país y de representantes del pensamiento jurídico extranjero.

Asímismo, reiterada jurisprudencia ha optado en sus resoluciones por fundarse en esta manera de pensar.

En cierto modo puede afirmarse que este enfoque apunta a considerar que en la realidad social las instituciones jurídicas no deben ceñirse a posiciones y moldes inconvencionales sino tener la flexibilidad suficiente para apartarse de criterios rígidos y poder adecuarse a las exigencias de la justicia y resolver, sobre esa base, casos que requieran pautas específicas por sus características propias.

Se ha pensado por parte de quienes sostienen este criterio que, para superar las manifiestas diferencias existentes entre las dos tesis antes comentadas, es positivo buscar un enfoque completo que contemple las características de la figura del daño moral en su integridad y, con ese punto de vista, funde la responsabilidad por esta especie de daños sobre la base de los diversos aspectos que integran la institución en análisis.

Cabe reconocer que este planteo busca en efecto aprehender una visión conjunta que pondera las intenciones de los sujetos participantes del acto pernicioso, los elementos que permitan fijar los montos indemnizatorios y el modo más justo posible de determinar su magnitud en atención a las características propias de cada caso.

Si bien es cierto que, como antes dijimos, este manera de ver ha obtenido acogida favorable tanto en fallos jurisprudenciales como en pronunciamientos doctrinarios, al mismo tiempo, ha sido objeto de severas críticas.

En general tales objeciones se han originado en el respeto que los partidarios de las tesis antes expuestas han puesto de manifiesto en sus respectivas posiciones y en la notoria dificultad que se presenta en el intento de unificar los criterios fundados, cada uno de ellos, en nociones bien definidas y difíciles de conciliar.

Quien cree que no cabe sino aplicar al causante del daño una sanción ejemplificadora, es renuente a aceptar que se lo combine con un complemento de carácter pecuniario, ínsito en la función reparadora del daño.

Y otro tanto sucede para quienes sostienen que cabe una indemnización resarcitoria por parte del ofensor cuyo destinatario sea la víctima que experimentó el perjuicio.

Quizás la manera más efectiva de demostrar la viabilidad de una solución combinada que trate de compatibilizar dos posiciones extremas y opuestas consista en poner de manifiesto las ideas fundamentales de dos autores, uno de cada tendencia.

Dada la posición preponderante que ocupa Llambías en la opción por la tesis de la sanción ejemplificadora, es interesante apreciar la convicción con que asume una línea decididamente favorable a justificar sobre esa base el otorgamiento de indemnizaciones en materia de daño moral.

Se muestra decidido a encontrar el fundamento en la tesis de la sanción ejemplar y descalifica a la corriente que opta por el criterio resarcitorio para justificar la reparación del daño, no obstante reconocer que lo siguen gran parte de los autores argentinos y extranjeros.

En su crítica a la teoría del resarcimiento, apunta una razón muy profunda desde el punto de vista ético, ya que expresa que "Reposa, por lo pronto, sobre una filosofía moral francamente errónea. No es posible degradar los sentimientos humanos más excelsos mediante

una suerte de subrogación real, por la cual los sufrimientos padecidos quedarían cubiertos o enjugados mediante una equivalencia de goces. Repugna al sentido moral que los dolores físicos o espirituales puedan ser remediados o aplacados por los sucedáneos placenteros que el dinero puede comprar: cuando se lo admite se cae en un grosero materialismo, que lamentablemente está presente, aun de modo inconsciente, en tantas manifestaciones de la civilización de nuestro tiempo".

Y, al pie de esas palabras, agrega en una nota: "Semejante tesis se apoya, tal vez inconscientemente, en una filosofía materialista de la vida y en una implícita negación del orden sobrenatural"¹⁸

Apoyaba, además, su posición, en su modo de pensar en cuanto entiende que hay una "diferencia radical de naturaleza entre el daño patrimonial y el daño moral". Ahora bien, esa diversidad de esencia entre un perjuicio y otro que de ningún modo integran un mismo género, tiene que traducirse en una distinta manera de efectuar la reparación: la que sea congruente con la índole del daño de que se trate.

En la posición opuesta, pero igualmente convencido de la procedencia de su aplicación, es oportuno, a nuestro modo de ver, traer a colación las objeciones que plantea Pizarro frente a lo expuesto por los partidarios de ese tercer criterio al que antes nos referimos que, según sus sostenedores, permitiría "una valoración más integral de la cuestión"¹⁹.

Asevera este autor que esa solución presenta graves defectos desde el punto de vista de la lógica de este tipo de perjuicio ya que necesariamente tiene aspectos contradictorios que se presentan especialmente en las situaciones complejas. Ello lo lleva a expresar una frase de valioso contenido: "es que algo no puede ser y no ser al mismo tiempo".

A continuación afirma, con plena razón, que para proceder en forma coherente hay que establecer una distinción fundamental entre el resarcimiento y la pena.

¹⁸ Llambías, J., op. cit., n° 261, pág. 305.

¹⁹ Pizarro, R., op. cit., pág. 114.

Y aun agrega que el primero enfoca la cuestión con referencia a quien ha resultado perjudicado, en tanto que la segunda, es decir la pena, requiere para su aplicación centrar la atención en la conducta del ofensor.

Como corolario de lo dicho, y con el fin de complementar el contenido de las diversas posiciones comentadas, parece razonable contemplar los distintos efectos que las dos tesis básicas tienen respecto a la reparación del daño moral.

En tal sentido, conviene contemplar algunos aspectos relacionados con las consecuencias que en lo relativo a la reparación de perjuicios de esta especie se originan según se recurra a una u otra teoría.

Con respecto al sujeto activo causante del daño, cabe señalar que, por aplicación de las reglas de la lógica jurídica, la tesis sancionatoria sólo impondría la obligación de indemnizar a la víctima en los casos en que el ofensor no hubiese sido sancionado, ya que lo contrario implicaría someterlo a un doble castigo por un mismo hecho.

Por el contrario, para la corriente denominada resarcitoria, debe tenerse en consideración, en primer término, la necesidad de indemnizar a quien experimentó el daño.

Las diferentes consecuencias que resultan de admitir una u otra posición adquieren particular relevancia en los casos de producirse el fallecimiento de quien provocó el daño.

En efecto, por el carácter personalísimo de las reglas punitivas, la muerte del ofensor produciría la extinción de cualquier pena para quien cometió el acto punible.

Frente a ello, la opción por el fundamento reparatorio lleva a la conclusión de que la obligación de esa índole debe seguir los lineamientos ordinarios y por consiguiente transmitirse a los herederos y sucesores universales conforme a lo dispuesto por el art. 1195 del Código Civil, sobre el efecto relativo de los actos jurídicos.

Otro aspecto que merece ser tenido en cuenta atañe a la calificación de los hechos productores de obligaciones resarcitorias originadas en el daño que nos ocupa.

En efecto, para que se justifique la aplicación de una sanción, es necesario que se haya originado en la realización de un hecho ilícito, es decir que el ofensor haya obrado con dolo o al menos con culpa.

De ahí que, para los más exigentes representantes de la posición punitiva, sólo los hechos dolosos serían susceptibles de traer aparejada una sanción, mientras que otros, más flexibles, requieren por lo menos la existencia de culpa.

Esta opción implica acordar al daño moral un ámbito sumamente restringido.

Muy diferentes son las consecuencias derivadas de la aplicación de la otra posición comentada, ya que, al tomar en consideración el perjuicio experimentado, no entra a analizar el tema de la ilicitud para dar lugar a la indemnización por el daño de esta naturaleza.

Ello se traduce en una atribución de mayor amplitud al ámbito asignado a esta institución jurídica, cuya ponderación desde el punto de vista de la justicia y de la ética, ha adquirido progresivamente un valor incuestionable.

Otro tanto sucede respecto de la determinación de los montos de la indemnización.

En el criterio de la tesis ejemplificadora, ellos dependerán de la mayor o menor gravedad de la conducta del responsable, mientras que, en la postura opuesta, el criterio determinante será consecuencia de la entidad del perjuicio ocasionado, lo cual, sin duda, se ajusta más equitativamente a los principios de la responsabilidad civil, en cuyo ámbito está, indiscutiblemente enmarcada, la figura en cuestión.

Si se comparan los plexos de los efectos comentados, consideramos que se robustece el fundamento para la opción por la corriente resarcitoria.

IV. DETERMINACIÓN DEL MONTO INDEMNIZATORIO

El tema que anunciamos en este acápite reviste, sin duda, una gran importancia, pero al mismo tiempo crea una evidente dificultad en razón de las características propias del daño objeto de la reparación.

Encontrar una adecuada proporción entre el perjuicio causado y la indemnización no resulta tarea fácil para el juzgador, quien en definitiva será el encargado de determinar su monto.

Dadas las particulares características del agravio de que se trata, resulta sumamente dificultoso establecer con exactitud la cantidad de dinero necesaria para indemnizar a aquél que lo ha experimentado, lo cual no significa que sea imposible lograrlo y por consiguiente deben extremarse los esfuerzos para poder obtenerlo.

En apoyo de lo dicho, optamos, dada la actualidad de la publicación, septiembre de 1998, por transcribir un párrafo de un fallo sobre el tema en cuestión: "Atinente a la cuantía de su reparación, siempre es difícil justipreciarla por ser un daño personal e íntimo. Como se ha dicho, tampoco puede exigirse la liquidación o las bases exactas sobre las cuales se fija la indemnización, la cual queda librada al prudente arbitrio judicial".²⁰

Este pasaje de la sentencia termina con una remisión a otra resolución judicial del 10 de noviembre de 1989, publicada en "La Ley", 1991 - E, página 61.

Como puede apreciarse, el criterio que informa ambos casos jurisprudenciales es idéntico a pesar del tiempo transcurrido entre uno y otro.

Cabe señalar que esta posición es también reiterada en el ámbito doctrinario en el que destacados autores se enrolan en ese modo de pensar.²¹

Esto no significa sostener que el juzgador pueda pronunciarse arbitrariamente o con una decisión carente de todo fundamento sino

²⁰ LL 7/IX/1998, pág. 5.

²¹ Brebbia, R., op. cit., pág. 231.

que es necesario que pondere los elementos propios de cada caso para llegar de ese modo a una solución equitativa.

De ahí que varios de nuestros más destacados juristas, que han abordado específicamente este tema, hayan aportado elementos complementarios tendientes a precisar, lo más adecuadamente posible, el modo de apreciar el valor de la reparación a conceder.

Así, Brebbia establece los elementos que deben tenerse en cuenta para fijar la reparación, los cuales merecen ser mencionados para dar una idea más clara de su pensamiento.

Enuncia entre ellos la gravedad objetiva del daño, las personalidades de la víctima y del ofensor y la entidad de la falta cometida, en la medida en que ésta haya influido sobre la importancia y extensión del daño.²²

Para aclarar el significado de los ítems antes señalados parece oportuno mencionar, como ejemplo, en lo atinente a la personalidad del perjudicado, que se debe ponderar su situación familiar y social y su receptividad particular, de acuerdo con sus condiciones personales.

Por su parte, Bustamante Alsina sostiene que se debe recurrir a "pautas relativas" según un criterio de razonabilidad que intente acercar su evaluación equitativamente a la realidad del perjuicio.²³

En un trabajo del mismo autor publicado en 1990, éste dice: "La esencia del daño moral se demuestra a través de la estimación objetiva que hará el Juez de las presuntas modificaciones o alteraciones espirituales que afecten el equilibrio emocional de la víctima. La entidad o magnitud del daño moral resultará de la extensión e intensidad con que aquéllas se manifiestan en sus sentimientos".²⁴

En su obra de reciente publicación, Pizarro comenta distintos criterios de valoración y cuantificación del daño moral y menciona a la doctrina que la mide sobre la base de criterios puramente subjetivos del juzgador, a la que lo hace en función de su relación con el detri-

²² Brebbia, R., op. cit., pág. 224.

²³ Bustamante Alsina, J., op. cit., n° 561, pág. 247.

²⁴ Bustamante Alsina, J., "LL", 1990, A, 654.

mento patrimonial experimentado, o sobre la base de la gravedad de la falta cometida por el ofensor, o en relación con la entidad objetiva del menoscabo causado, posición esta última que el autor comparte fundado en diversos razonamientos que expone después de esa enumeración.²⁵

Cabe destacar que este modo de pensar, que compartimos, ha inspirado numerosas decisiones judiciales, aun cuando en muchas de ellas no se mencione de manera expresa la teoría de que se trata, pero cuya utilización aparece claramente en los fundamentos de los fallos dictados, en la fijación hecha en la sentencia del perjuicio sufrido por el damnificado y en el modo en que ha sido adaptado cuantitativamente a este enfoque.

Mediante este procedimiento se procura lograr que la indemnización acordada cubra del modo más adecuado posible la integridad del perjuicio experimentado.

Por otra parte, debemos señalar que la reforma introducida en nuestro Código Civil por la ley 17.711, incidió profundamente en la consagración del criterio antes señalado ya que amplió decisivamente el ámbito de aplicación del daño moral y aproximó el sentido reparatorio entre esta figura especial y el campo general de la responsabilidad civil.

Sin duda el tema que nos ocupa aparecería antes de esa modificación legislativa como una institución con un campo de vigencia reducido a los supuestos referidos a los delitos o aun, en la interpretación más amplia, a los hechos ilícitos, mientras que actualmente se ha agregado la reparación del agravio moral en todo el campo del Derecho.

Ya no se trata de elaborar una solución excepcional para determinados hechos jurídicos, los ilícitos, sino de acordar efectos generales a una institución que funciona en todo el campo de la reparación de los perjuicios.

²⁵ Pizarro, R., op. cit., pág. 340.

De ahí que los preceptos referidos al resarcimiento del daño se extiendan a todo ese ámbito y lleven a la consagración de soluciones que lo cubren sin distinciones.

V. LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL

Otro aspecto que consideramos digno de ser tratado en este trabajo es el relativo a la prueba del daño moral.

Es evidente que sus características particulares exigen una consideración específica que, si bien se apoya sobre los lineamientos generales referidos a este tópico, complementario de las leyes de fondo, presenta además manifestaciones vinculadas con el derecho procesal.

Como es sabido, todo aquél que pretende obtener la reparación de un perjuicio ocasionado por otro sujeto, debe demostrar el hecho que lo produjo, el daño que le causó y la existencia del derecho en el cual se ampara.

A su vez, la legislación de forma determina el modo de hacer efectiva la reparación del perjuicio sufrido, con la debida adecuación a las circunstancias del caso en particular.

Es evidente que, en relación con el daño patrimonial ordinario, esa normativa sigue lineamientos básicos aplicables a la generalidad de los casos.

Y es también indudable que la prueba del daño moral presenta características especiales, que no se dan en el ámbito más amplio del derecho de daños.

Cabe señalar que, desde el comienzo mismo de la consideración específica de la prueba del agravio moral, se ha planteado la cuestión referida a si éste requiere demostración y en tal caso a cargo de quién se encuentra dicho deber.

El principio general indica que la víctima, por ser la que ha experimentado el perjuicio y por consiguiente quien reclama su repara-

ción, es quien tiene a su cargo la demostración de los elementos constitutivos del derecho a ser indemnizado.

Esto, evidentemente, constituye la aplicación del principio básico, tanto en la legislación de fondo como en la de forma, pero plantea algunas cuestiones que son propias de la figura que tratamos.

Para alguna doctrina corresponde distinguir según la causa que haya ocasionado el daño, de modo que debe darse distinto tratamiento a los casos originados por hechos ilícitos y a los derivados de incumplimiento contractual.

En el primer supuesto, demostrada la producción del accionar contrario a la ley, el daño moral debería tenerse por experimentado, en tanto que tratándose de la violación de un deber nacido de un acuerdo de voluntades, será necesario probar el daño sufrido por el reclamante.

Como puede apreciarse, el funcionamiento de uno y otro supuesto presenta claras diferencias.

En un caso el autor del hecho lesivo tendrá a su cargo la demostración de la inocencia de su modo de proceder, mientras que en las relaciones contractuales, será el reclamante quien soportará el peso de la prueba de la validez de su pretensión.

Alguna jurisprudencia ha adoptado este criterio, el cual, no obstante, no ha alcanzado una consagración definitiva.

Más bien la doctrina y los tribunales se han manifestado favorables a la aplicación del principio general, según el cual, el *onus probandi* corresponde al actor, conforme a un viejo adagio originado en el derecho romano.

Si bien es cierto que este criterio es válido no lo es menos que, en muchos casos, no resulta fácil la demostración concreta del perjuicio experimentado.

En un comentario a un recordado fallo, formulado por Bustamante Alsina, este autor expresaba que por la característica del daño resulta dificultoso probarlo y que por ello deben ponderarse elementos de características especiales, como por ejemplo las cuali-

dades morales de la víctima, dado que la entidad del menoscabo puede variar en relación con la sensibilidad específica de cada persona.²⁶

Sobre la base de este mismo modo de pensar se ha dicho que la prueba de presunciones adquiere singular relevancia para demostrar la existencia del agravio moral y mensurar su entidad.

Esto no supone desconocer que ese medio probatorio debe ser corroborado por otros, que lleven al juez el convencimiento de la viabilidad del reclamo.

Inclusive cabe señalar que las probanzas arrojadas al proceso no sólo servirán para acreditar la existencia de un daño moral, sino que además han de aportar elementos valiosos que permitan al magistrado determinar la incidencia particular de ese perjuicio conforme a las características personales del damnificado que justifiquen la fijación del monto de la indemnización.

Como consecuencia de lo expuesto se hace necesario admitir que un similar hecho dañoso no produce las mismas consecuencias en todas las personas.

Es necesario indagar, en cada caso particular, el modo y la medida en que el obrar perjudicial ha incidido en quien lo ha soportado.

VI. REFLEXIONES FINALES

Conforme a lo expuesto anteriormente, pueden formularse algunas consideraciones respecto al tema tratado y a cómo ha evolucionado en la legislación civil argentina.

Es fácil advertir que se ha producido un cambio substancial en relación con la esencia de la figura y de la razonabilidad de reconocerle carácter autónomo.

Actualmente no se discute la calidad específica del daño moral y la consiguiente exigencia de analizar sus caracteres propios y

²⁶ Bustamante Alsina, J., op. cit., n° 561, pág. 247.

definitorios, su distinción del daño patrimonial y la estructuración de un régimen jurídico especial.

Durante mucho tiempo se mantuvo vigente una posición restrictiva, tendiente a reducir su ámbito de aplicación a un sector limitado. Ello ha sido superado y la doctrina se ha dedicado, cada vez con fundamentaciones más sólidas, a ampliar el terreno sobre la base de admitir esa autonomía respecto de otras especies de perjuicios y a la evidente justicia de acordar indemnización por los hechos que configuran un agravio moral.

Prueba de lo expresado resulta la trayectoria seguida por esta figura en las normas legislativas de nuestro país.

La utilización de un criterio limitado motivó que Vélez Sársfield sólo acordara reparación de este tipo de agravio cuando fueren ocasionados por delitos o bien, en una interpretación amplificadora, en los supuestos de los demás hechos ilícitos.

Ello influyó, lógicamente, para que la jurisprudencia, por aplicación de la normas legales, acordara, únicamente en esos casos, las consiguientes indemnizaciones.

La reforma introducida por la ley 17.711, al extender la vigencia de la institución al campo contractual significó un claro reconocimiento de la aptitud del daño moral para afianzar el sentido de justicia que significa esa transformación.

Sobre la base del nuevo esquema legal, se incrementó y se profundizó la labor de la jurisprudencia y de la doctrina que evidenciaron las cualidades positivas de la reparación de los agravios morales.

Conforme a tales elaboraciones, la noción de este tipo de perjuicios ha multiplicado sus consecuencias positivas y dado lugar a estudios valiosos sobre la institución, con el consiguiente fruto derivado de estos análisis que reflejan cada vez mejor y con mayor amplitud sus cualidades propias.

Aun cabe agregar que su expansión ha sido tal que no sólo se ha afianzado en el ámbito del derecho civil, sino que también ha penetrado en el campo del derecho público, lo cual se ha puesto de manifiesto especialmente en el derecho administrativo.

DAÑO MORAL. CONCEPTO Y LEGITIMACIÓN ACTIVA

Rubén H. Compagnucci de Caso

I. INTRODUCCIÓN

Ha sido un terreno erizado de dificultades la definición y encuadre del llamado "daño moral", o, por mejor decir, "daño extrapatrimonial". Incluso el concepto de daño resarcible también encierra una problemática intrínseca que no siempre satisface la inquietud del interprete.

A mi juicio, resultan, tanto el profesor italiano Adriano De Cupis, como el Dr. Eduardo Zannoni, entre nuestros juristas, quienes mejor califican y explican la concepción del daño¹. Porque en el terreno de las simplificaciones es sendero común afirmar que "daño" es el "detrimento", o el "perjuicio", o el "menoscabo" de derechos lo cual agota, tipifica, o le brinda cualidad, pero, claro está, con ello sólo se logra incluir sinonimias que no amplían el horizonte conceptual y sólo ensombrecen el fenómeno².

¹ De Cupis, A., *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, trad. Martínez Sarrión, Ed. Bosch, Barcelona 1975, p. 81 y 88; Zannoni, E., *El daño en la responsabilidad civil*, Ed. Astrea, Bs.As. 1982, p. 1 y ss.

² Verbigracia, Llambías, J. J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Ed. Perrot, 2da. edic., Bs. As. 1973, t. I, No. 232 p. 288, sostiene en el ámbito contractual que es " el

En cambio, los autores citados señalan con acierto que el daño, además de ser un hecho físico también puede constituir un fenómeno jurídico, y por ese carril ingresa en el estudio de los juristas. La materia debe ser analizada en cuanto al daño como hecho jurídico que es causa de efectos jurídicos, de donde se puede inferir su estructura : a) con el hecho físico considerado en su creación, como en su subsistencia, es decir en sus aspectos estáticos y dinámicos; y b) con el elemento formal que es la norma jurídica que prevé la reacción del derecho hacia la reparación³. Ese razonar permite afirmar que el "daño" se integra con el hecho dañoso o hecho material al que se adiciona el presupuesto normativo⁴.

Es muy importante, y con ello se clarifica la noción de daño, hacer referencia a los conceptos de interés y de bien. El primero, que integra siempre los derechos subjetivos, debe ser diferenciado de los meros o simples intereses que no se encuentran amparados por la ley.

Y como siempre la relevante enseñanza de Orgaz: " Los meros intereses no tutelados por la ley como derechos subjetivos, no importan, como regla general, obstáculo al ejercicio del derecho: al conceder el ordenamiento jurídico un derecho subjetivo declara que en el contraste de los intereses humanos debe prevalecer el protegido por aquel derecho. Es evidente pues que, por regla general, el ejercicio del derecho tiene que estar permitido aunque lesione intereses ajenos. Ha de distinguirse el "daño jurídico" que lesiona derechos, del "daño de hecho", que sólo afecta intereses. Y sólo los primeros cons-

menoscabo que experimenta el acreedor en su patrimonio". O el siempre recordado profesor Boffi Boggero, J. M., *Tratado de las obligaciones*, ed. Astrea, Bs. As. 1973, t. II, p. 256, No. 508, quién con sapiencia y recurriendo al diccionario de la Real Academia, dice: " El efecto de dañar se llama daño, y que dañar es el hecho de causar un perjuicio en detrimento, un menoscabo, una molestia, o un dolor"; Busso, E., *Cod. civ. anotado*, ed. Ediar, t. III, p. 404; Rezzónico, L.M., *Estudios de las obligaciones en nuestro derecho civil*, Ed. Depalma, 9na. edic., Bs. As. 1964, t. I, p. 208.

³ De Cupis, *El daño*, cit., p. 82. Zannoni, *El daño*, cit., p. 4.

⁴ Compagnucci de Caso, R., *Manual de obligaciones*, Ed. Astrea, Bs. As. 1997, p. 145. De allí la opinión certera de De Cupis (p. 109), y de Zannoni (p. 6), "Lo que el derecho tutela el daño vulnera".

tituyen límites al ejercicio, no los segundos..."⁵. Estos meros intereses son objeto de protección y consiguiente indemnización, cuando se comete algún acto "abusivo" (conf. art. 1071 del C.C.).

El concepto de "bien" se configura con todo aquello que puede satisfacer una necesidad humana, o una exigencia o un menester que proviene de la ausencia de ciertas cosas⁶. Y el interés es la posibilidad de que una necesidad de una o varias personas pueda ser satisfecha mediante un bien, siendo el interés, así considerado, el objeto de la tutela jurídica; es que el derecho protege a los titulares en sus particulares relaciones con respecto a los bienes y no a los bienes en sí mismos⁷.

Por todo ello y como síntesis, podría decirse que el daño es la lesión a un interés privado que la ley en forma directa tutela y protege. De allí emerge la clasificación entre intereses privados patrimoniales y no patrimoniales, que da vida a la diversidad de daño: patrimonial y moral o extrapatrimonial⁸.

⁵ Orgaz, A., *La ilicitud*, Ed. Lerner, Córdoba - Bs. As. 1974, p. 65; Bustamante Alsina, J., *Teoría general de la responsabilidad civil*, Ed. Abeledo- Perrot, Bs. As. 1973, 3ra. edic., p. 149, No. 339; Llambías, *Trat. Oblig.*, cit., t. I, No. 247, p. 307; Borda G.A., *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*, Ed. Perrot, 3ra. edic., Bs. As. 1971, t. II, No. 1584, p. 404; Alterini, A. A., *Responsabilidad civil*, Ed. Abeledo- Perrot, Bs. As. 1974, 2da. edic., No. 153, p. 127; Cazeaux, P. N.- Trigo Represas, A.F., *Derecho de las obligaciones*, ed. Platense, La Plata 1996, 3ra. edic., t. I, No. 263, p. 409; Salvat, R. - Acuña Anzorena, A., *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, Ed. Tea, Bs. As. 1958, 2da. edic., t. IV, No. 2727, p. 79.

⁶ Carnelutti, F., *Teoría general del derecho*, Ed. R. D.P., Madrid 1955, p. 58 / 59; Visintini, G., *Tratto breve della responsabilita civile*, ed. Cedam, Padova 1996, p. 352.

⁷ Así ejemplifica De Cupis: No es que el derecho proteja el fundo Tusculano, sino la posibilidad de que mediante el fundo se satisfagan las necesidades de Cayo, propietario del mismo, en lugar de Mevio..., cit. p. 112, No. 9.

⁸ García López, R., *Responsabilidad civil por daño moral*, Ed. Bosch, Barcelona 1990, p. 51; Pizarro, D. R., *El daño moral*, ed. Hammurabi, Bs. As. 1996, p. 36 y ss.

II. CONCEPTO SOBRE EL DAÑO MORAL

En principio podría hacerse una diferenciación entre teorías que adoptan posturas de exclusión, de aquellas que toman un sendero de aserción, o también llamadas tesis positivas⁹.

Entre las primeras se pueden aislar las ideas de De Cupis y Zannoni, quienes sostienen que el concepto de daño moral es un criterio de oposición al daño patrimonial, por lo que "daño no patrimonial" resulta todo perjuicio privado que no ingresa dentro del patrimonial en razón de que el objeto está dado por un interés extrapatrimonial¹⁰. Se intenta con ello mantener la equidistancia entre los diferentes intereses en juego. En Francia esta concepción es seguida por los hermanos Mazeaud, quienes concluyen en que "el perjuicio moral es el extrapatrimonial, el no económico"¹¹, criterio que mantienen Lalou, Ripert- Boulanger y, más recientemente, el profesor Starck¹².

Por el lado de quienes afirman el contenido del daño moral como fórmulas de aserción o positivas, el panorama es más variado.

Algunos distinguidos autores han buscado en el aspecto "inmaterial" del perjuicio para dar una concepción del daño moral. Así por ejemplo se lo ha ubicado como una "lesión al honor", evidenciada en la aflicción espiritual, el dolor, la angustia, los padecimientos, etc. En

⁹ Cazeaux- Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, cit., t. I, p. 456, No. 296; Brebbia, R., *El daño moral*, Ed. Orbir, Rosario 1967, p. 94.

¹⁰ De Cupis, *El daño..* cit., p. 122, No. 10; Zannoni, *El daño..* cit., No. 76, No. 231.

¹¹ Mazeaud, H. y L y Tunc, A., *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil*, trad. de la 5ta. edic. francesa por Alcalá Zamora, Ed. Ejea, Bs. As. 1961, quienes enseñan que en toda esta materia no conviene entregarse al abuso de los adjetivos muy mal elegidos. Por lo de "moral" y "material", a primera vista parece que lo de material es lo que se puede ver, el que se puede tocar; en una palabra el "corporal"; mientras que el daño moral no es sino el que afecta a la esfera inmaterial invisible..., cit., t. I, v. I, No. 293, p. 424.

¹² Lalou, H., *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6ta. edic., anotada por P. Azard, Ed. Dalloz, Paris 1962, No. 149, p. 95; Starck, B.- Roland- Boyer, *Droit civil. Obligations*, Ed. Litec, Paris 1988, 3ra. edic., t. I, No. 110, p. 68, quienes sostienen que el término daño "moral" resulta impropio, ya que se trata de los daños que no entrañan más que una pérdida no económica, el término exacto debe ser el de "daño extrapatrimonial".

ese sentido se expiden, en la doctrina francesa, Savatier¹³, y entre nuestros autores Cammarota¹⁴. Dice Savatier : *Nous entendons par dommage moral toute souffrance humaine ne résultant pas d'une perte pécuniaire. Les aspects en sont donc très variés. On peut réclamer par une souffrance physique, le "pretium doloris". Plus souvent encore, la victime souffre d'une douleur morale, dans sa réputation, dans son autorité légitime, dans sa pudeur, dans sa sécurité et sa tranquillité, dans son amour-propre, dans l'intégrité de son intelligence, dans ses affections, etc*¹⁵.

Otros, de no menor envidia, realizan una categorización del daño corporal diferenciando el perjuicio moral como aquel que lesiona a los bienes que se califican como "extrapatrimoniales" o "personalísimos"; aquellos que, como bien señalan Cazeaux y Trigo Represas, configuran los atributos o presupuestos de la personalidad del hombre: la privacidad de la vida íntima, la libertad individual, la salud, la integridad psico-física, el derecho al nombre, a la propia imagen y el honor¹⁶. Esta corriente goza de buen predicamento en la doctrina

¹³ Savatier, R., *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Ed. L.G.D.J., 2da. edic., Paris 1951, t. II, No. 525, p. 92.

¹⁴ Cammarota, *Responsabilidad extracontractual*, Ed. Depalma, Bs. As. 1947, p. 78, No. 102.

¹⁵ La ejemplificación que da Savatier resulta mas que clarificadora: "el pudor, la tranquilidad, el amor propio,..." , ampliando los sustantivos que ha dado el resto de la doctrina que sigue estos lineamientos. Savatier, *Traité...* cit., T. II, No. 525, p. 92.

¹⁶ Cazeaux- Trigo Represas, *Derecho de las obligaciones*, cit., t. I, No. 302, p. 460; Brebbia, *El daño moral*, cit., No. 22, p. 69; Cifuentes, S., *Los derechos personalísimos*, Ed. Lerner, Bs. As. 1974, p. 359; Trigo Represas, A.F. y Stiglitz, R., *El daño moral en el incumplimiento contractual*, en "L.L." 1985- B- 141; Bustamante Alsina, *Teoría general*, cit., No. 319, p. 145; Santos Briz, J., *La responsabilidad civil*, Ed. Montecorvo, Madrid 1977, 2da. edic., p. 142; Le Tourneau, P., *La responsabilité civile*, Ed. Dalloz, 2da. edic., Paris 1976, No. 477, p. 174; Ripert, G. - Boulanger, J., *Tratado de derecho civil*, Ed. "La Ley", Bs. As., trad. D. Garcia Daireaux, t. II, p. 374; Carbonnier, J., *Derecho civil*, Ed. Bosch, trad. Zorrilla Ruiz, Barcelona 1971, el que con meridiana claridad indica que el concepto tiene aplicación natural donde se lesiona uno de los derechos denominados extrapatrimoniales o primordiales (al nombre, a la imagen, al honor y a la consideración). También lo extiende a la lesión a un derecho familiar, al ataque a un interés moral o a los mismos sentimientos..., cit., t. II, v. II, p. 65; Roger Vide, *La responsabilidad civil extracontractual en el derecho español*, Ed. Civitas, Madrid 1977, p. 61.

nacional, así entre los más preclaros juristas se anota esta tendencia: Bustamante Alsina, Brebbia, Aguiar, Cifuentes y Trigo Represas, entre los autores argentinos, y Santos Briz, Roger Vide, Carbonnier, Ripert y Boulanger, Le Tourneau, son algunos que en la doctrina extranjera han continuado esta tesis.

Una postura interesante es la de Sconamiglio en la doctrina italiana. Este distinguido profesor diferencia el daño patrimonial del extrapatrimonial, y como subespecie de ésta última categorización distingue el daño moral del daño personal. Para Sconamiglio el daño moral está configurado por la lesión a los sentimientos o afecciones legítimas, y dentro del daño a la persona se incluyen el resto de las lesiones no patrimoniales¹⁷.

Y por último, y a mi juicio dando una mayor precisión al concepto, se entiende al daño moral como aquel que se brinda en función de la naturaleza de los daños que son consecuencia de la acción antijurídica. La calificación del perjuicio está dada según su repercusión, o como mejor dice Orgaz, sobre los resultados o consecuencias de la acción; si ésta ocasiona un menoscabo en el patrimonio se tiene el daño material o patrimonial cualquiera sea la naturaleza, patrimonial o no, del derecho lesionado; y si ningún efecto tiene sobre el patrimonio, pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley, hay daño moral o no patrimonial^{17 bis}.

En esa dirección se expide el profesor Pizarro, cuando considera que "El daño moral debe ser determinado siguiendo el mismo cami-

¹⁷ Sconamiglio, R., *Danno morale*, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. IV, p. 147. En la doctrina italiana ya hace algún tiempo que los autores han dado una cierta autonomía al "daño a la persona", como la lesión a las funciones naturales de un sujeto con relevancia biológica, social, estética y cultural, donde la vida se desarrolla independientemente de su esfera económica. Ver, Busnelli, *Problemas de la clasificación sistemática del daño a la persona*, en el libro "Daños", Ed. Depalma, Bs. As. 1991, p. 37 y ss. Idem en Viney G. y Markesinis Basil, *La réparation du dommage corporel (Essai de comparaison des droit anglais et français)*, Ed. Economica, Paris 1985, p. 139, No. 98.

^{17 bis} Orgaz, Alfredo, *El daño resarcible*, 2a. ed., Bs. As., 1960, Bibliográfica Omeba, p. 223, No. 55, b).

no que se utiliza para definir al daño patrimonial resarcible", juzgando que para ello es necesario distinguir entre el daño en un sentido amplio y el daño reparable o resarcible. Y en ese camino del razonar, indica -a mi juicio acertadamente-, que el daño patrimonial resarcible no es una lesión a un derecho de esa naturaleza, sino el detrimento de valores económicos o patrimoniales que se "produce a raíz de la lesión"; por ello para definir al daño moral toma el mismo sendero, e indica que no toda lesión a un derecho extrapatrimonial o a un derecho legítimo de esa naturaleza configura un daño moral, sino que debe tenerse siempre en consideración la repercusión que la acción provoca, llegando a la siguiente conclusión: "El daño moral importa siempre una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial"¹⁸.

Manifiesto mi coincidencia con éste último entendimiento y naturaleza que se le adjudica al "daño moral", ya que se ajusta debidamente al concepto de daño en general, y especialmente al daño que interesa al derecho privado que es el que tiene carácter "resarcible"¹⁹.

Los ejemplos de la vida diaria, de por sí complejos en su adecuación legal, dan mayor fuerza al concepto que se defiende; verbigracia, cuando se habla del daño producido a la parte "social" del patrimonio (honor, reputación, consideración, etc), o la "parte afectiva del patrimonio moral", o los "daños estéticos", o un accidente moral, se anota que generalmente se producen daños patrimoniales y morales, que a veces el daño moral tiene efectos materiales y viceversa²⁰. Lo que evidentemente, y en el plano de las ideas, produce una verdadera dificultad en la ajustada adecuación conceptual. Sin embargo,

¹⁸ Pizarro, *Daño moral*, cit., p. 47; Bustamante Alsina, *Teoría general*, cit., No. 556, p. 179; Zavala de González, M., *El concepto de daño moral*, en "J.A." 1985- I- 726; Zavala de González, M., *Daños a las personas*, Ed. Hammurabi, Bs. As. 1990, t. II- A, p. 36 y ss.

¹⁹ Demogue, R., *Traité des obligations en général*, Ed. Rousseau, Paris 1924, t. IV, No. 403, p. 45, sostiene que el verdadero daño moral no es aquel que lesiona los derechos extrapatrimoniales o el patrimonio de una persona, sino que para saber si hay daño moral no es necesario mirar el bien afectado sino la naturaleza del perjuicio final.

²⁰ Lalou- Azard, *Traité*, cit., t. 150, p. 96 / 97; Mazeaud - Tunc, *Tratado*, cit., t. I, v. I, No. 293, p. 424.

si se toma en consideración el resultado efectivo del hecho dañoso, queda clarificada la acción ilícita; aunque es dable señalar que en la mayoría de los supuestos el mismo hecho puede causar ambos tipos de perjuicios²¹.

III. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Para mirar otro aspecto que presenta el daño moral, surge como materia de interés establecer quiénes pueden reclamar la indemnización consiguiente.

Es que el daño moral por sus características multifacéticas hace difícil establecer "a priori" la legitimación o poder de ejercicio del derecho a solicitar la reparación. Como enseñan Sconamiglio y Mosset Iturraspe, a diferencia de lo que ocurre con el daño patrimonial donde el titular del reclamo es el de los bienes afectados, es distinto en las repercusiones en los estados espirituales o en la sensibilidad moral. El número no clauso de damnificados, y su aparente amplitud, oscurece la búsqueda²².

Aparece como de toda necesidad establecer la diferenciación entre los damnificados directos y los damnificados indirectos, tal como se los identifica en los reclamos de daños patrimoniales; y fijar si dentro de esa categorización es posible permitirles la legitimación para la procedencia del rubro indemnizatorio por el daño extrapatrimonial.

Considerando en primer lugar la reparación a los damnificados directos, es posible establecer dos sistemas opuestos en el derecho extranjero que marcan líneas diferenciadoras.

²¹ Zavala de González, M., su coment. al art. 522, en *Código civil*, Dir. A. Bueres, Coordinadora E. Highton, Ed. Hammurabi, t. II- A, p. 230; Orgaz, A., *El daño resarcible*, Ed. Omeba, Bs. As. 1960, No. 55, p. 223; Mosset Iturraspe, J., *Responsabilidad por daños*, ed. Ediar, Bs. As., 1985, t. IV, No. 50, p. 131.

²² Sconamiglio, *Danno morale...* cit. en N.D.I., t. IV, No. 21, p. 68; Mosset Iturraspe, *Resp. por daños*, cit., t. IV, No. 74, p. 215.

IV. DAMNIFICADOS DIRECTOS

Los damnificados directos son aquellos que han sufrido el hecho dañoso y por lo tanto son titulares del reclamo resarcitorio en ese sentido. En la consideración del reclamo por el daño moral, se anotan en el derecho comparado dos sistemas opuestos, el que lidera el derecho francés, y el que sigue el Código civil alemán.

a. Sistema francés.

El derecho civil francés, seguido por numerosos cuerpos legales y doctrina judicial de otros países como México, Venezuela, Perú, Paraguay y Japón, entiende y extiende con amplitud la facultad de reclamo en amplio favor de los damnificados directos. Por lo cual ante cualquier hecho ilícito, delito o cuasidelito, o incumplimiento contractual, nace la procedencia del resarcimiento²³.

Es lo que se califica como la "atipicidad de lo ilícito o del daño", que arrastra como consecuencia que, aunque la ley no lo tipifique, permite que un interés legítimo afectado sea objeto de reparación. En ese sentir el Dr. Bueres, en un voto como juez de la Cámara Nacional Civil, ha dicho: "El interés afectado puede ser típico cuando está tasado, prefijado por la ley, .. o bien atípico en supuestos en que se locontemple con amplitud desde el punto de vista referencial de la justicia..."²⁴.

²³ En la interpretación del art. 1383 del "code" que define al daño en general, se lo extiende a variados supuestos. Mazeaud- Tunc, *Trat.*, cit., t. I, v. I, No. 318, p. 444, con abundante cita de la jurisprudencia de la Cour de Cassation. Lalou - Azard, *Traité*, cit., No. 153, p. 97; Starck- Roland - Boyer, *Droit civil.* cit., t. I, No. 114, p. 70. Así con cierta dimensión de exageración se acordó la indemnización por muerte de un perro por ser el "mejor amigo del hombre". (T.G.I. Caen, 30- X- 62, en Dalloz 1963- 92), o la pérdida de un caballo de carreras (Ciy. II, 16- I -62, en Dalloz 1962- 199, con nota de Rodière), todo lo cual Carbonnier juzgó como jurisprudencia aberrante. Carbonnier, *Derecho civil*, cit., t. IV, p. 314.

²⁴ Bueres, A., su voto en C.N.Civ.en el fallo plenario del 4- IV- 95, in re "Fernandez c/ El puente", en "J.A." 1995- II- 201; Alpa, G. y Bessone, M., *Atipicità dell'illecito*, ed. Giuffrè, Milano 1981, 2da. edic., parte segunda t. I, p.3.

b. *Sistema alemán, suizo e italiano.*

Como contrapartida, el sistema que podríamos denominar "germano" que siguen las legislaciones alemana (art. 253 del B.G.B.), suiza (art. 28 y 47 del Cod. civ. de las obligaciones), italiana (art. 1059 del "codice"), austríaca (art. 1325 y 1331 del B.G.B.O), y otras²⁵, sólo considera que tiene acción el "damnificado directo" cuando la ley así lo establece taxativamente.

Los alemanes denominan esta pretensión a la indemnización al daño moral, "Schmerzensgeld", que se podría traducir como "pretensión al dinero del dolor"; es decir, como indica Larenz, sólo puede ser reclamado en los pocos casos expresados en la ley, y los más importantes son los regulados en el art. 847 del B.G.B., que son los supuestos de daños corporales, a la salud, o privación de la libertad, donde es posible reclamar una justa indemnización dineraria. También se le otorga acción a la mujer cuando en virtud de una situación de dependencia se le comete un grave delito lesivo a la moral social, o se la obliga a cohabitar mediante amenazas o abuso, derivados de la misma situación²⁶. Salvo en estos hechos, no hay posibilidad de ampliar la reclamación para compensar el daño extrapatrimonial.

V. EL DAMNIFICADO DIRECTO EN EL DERECHO ARGENTINO

En nuestra legislación se pueden distinguir dos momentos muy precisos: lo regulado por el art. 1078 del Cod. Civil, antes de la reforma de 1968, y lo que resulta después de lo dispuesto por la ley 17.711 en la modificación a dicho artículo.

Es sabido que el codificador siguió para la sanción de dicha norma (art. 1078) las ideas de los juristas franceses Aubry y Rau (aunque el codificador en la nota respectiva cite a la legislación de las Partidas)

²⁵ Tales las de Polonia (Cod. de las obligaciones (derogado) arts. 157, 165, y 166); Turquía (arts. 47 y 49), y Brasil (art. 1537).

²⁶ Larenz, K., *Derecho de obligaciones*, trad. Santos Briz, Ed. R.D.P., Madrid 1959, t. II, p. 639; Hedemann, H., *Trat. de derecho civil*, trad. Santos Briz, Ed. R.D.P., Madrid 1958, t. III, p. 549.

quienes consideraban que la reparación del daño moral sólo era procedente ante la comisión de un delito del derecho criminal. Así expresaban los juristas de Estrasburgo: *Il comprend en outre, du moins lorsqu'il s'agit d'un délit de droit criminel, le tort moral que le délit a fait éprouver à la personne lésée, soit en la troublant dans sa sureté personnelle, ou dans la jouissance de son patrimoine, soit en la blessant dans des affections légitimes*²⁷.

Es por ello que originariamente el art. 1078 sólo preveía la reparación del daño moral ante la ocurrencia de un delito del derecho criminal. Es conocida y muy difundida toda la evolución jurisprudencial sobre la extensión dada a la indemnización de los perjuicios no patrimoniales, desde los delitos o cuasidelitos civiles que, a su vez, eran delitos penales, hasta el incumplimiento contractual que se configuraba en un ilícito criminal²⁸.

Después de la modificación producida al art. 1078, y la nueva redacción del art. 522 (ambos del Cod. Civil), es simple señalar que el damnificado directo tiene acción ante el perjuicio moral sufrido por el incumplimiento contractual y el ilícito aquiliano²⁹. Y -como es sabido- resulta damnificado directo aquel que sufrió el hecho dañoso y el perjuicio a un interés legítimo, es decir la propia víctima que emerge como la única autorizada para provocar el reclamo³⁰.

²⁷ Aubry, Ch. y Rau, Ch, *Cours de droit civil francais*, 3ra. edic., Ed. L.G.D.J., Paris 1856, t. III, No. 445, p. 542.

²⁸ Puede verse con erudición en Brebbia, *El daño moral*, cit., No. 123, p. 240; Llambias, *Trat. Oblig.*, cit., t. I, No. 271, p. 354 y ss.

²⁹ Sobre el daño moral contractual, Pizarro, *Daño moral contractual*, en "J.A." 1986-IV- 923; Mosset Iturraspe, *Daño moral originado en el incumplimiento contractual*, en "J. A." 1972- 16- 412; Zavala de González, *Cod. civ.*, cit., coment. al art. 522, t. II- A, p. 228; Cazeaux- Trigo Represas, *Derecho de las oblig.*, cit., t. I, No. 317, p. 482. Alterini- Ameal- Lopez Cabana, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Ed. Abeledo- Perrot, Bs. As. 1995, No. 669, p. 292; Stiglitz, G. y Echevesti, C., *Daño moral*, en el libro, *Responsabilidad civil* (Mosset Iturraspe : director), ed. Hammurabi, Bs. As. 1992, p. 25, No. 124; CNCiv. S. B, en "E.D." 101- 653; CNCiv. S. A, en "J.A." 1996- I- Sint.

³⁰ Cazeaux- Trigo Represas, *Derecho de las oblig.*, cit., T. V, No. 3099, p. 774; Compagnucci de Caso, R., *Manual de obligaciones*, cit., No. 103, p. 160; Brebbia, *El daño moral*, cit., No. 20, p. 66; Bustamante Alsina, *Teoría general*, cit., No. 574, p. 184 / 185; CNCiv. S. G, en "L.L." 1993- E- 463; Cam. Fed. LP., S. I, en "E.D." 107- 439.

El resarcimiento del perjuicio extrapatrimonial a los carentes de discernimiento como los incapaces absolutos de obrar, dementes y menores impúberes, y también a las personas de avanzada edad que padecen de "reblandecimiento cerebral", o privados temporalmente de razón, ha suscitado una ligera polémica entre nuestros autores³¹. Sin embargo, ya el profesor Roberto Brebbia hace algún tiempo pudo contestar afirmativamente la procedencia de la reparación para esos casos. Es que como indica el eminente jurista citado, " ... lo que caracteriza a los daños extrapatrimoniales no es el sufrimiento de carácter particular sino la violación de los derechos inherentes a la persona..."³².

Si bien juzgo que el daño deberá ser analizado por su resultado, ello no impide pensar que "conforme al curso de los acontecimientos", y en orden " a lo que normalmente acaece", esas personas son destinatarias del hecho que motiva su reparación y merecen ser atendidas como el resto. No es una cuestión que deba ser analizada en los casos concretos, sino a considerarse con un criterio de objetivación y, como indican numerosos fallos de nuestros tribunales, aplicársele a la especie una presunción del perjuicio ante la acción antijurídica y demás circunstancias del evento.

VI. DAMNIFICADOS INDIRECTOS

Establecer si los damnificados indirectos tienen derecho a la reparación del agravio moral, y, además, quiénes son los legitimados para ello, es una cuestión que por sí arrastra una suprema dificultad. Y es tanto así que los mismos sistemas legislativos dejan de mostrar so-

³¹ Zannoni, *El daño*, cit., No. 111, p. 366. Mosset Iturraspe, *Resp. por daños*, cit., t. IV, p. 217.

³² Brebbia, *El daño moral*, cit., No. 124, p. 242. Mosset Iturraspe, *Resp. por daños...*, cit., t. IV, p. 218. Zannoni, *El daño...*, cit., p. 366, sostiene que la reparación viene a satisfacer un interés extrapatrimonial, afrenta y agravio, y lo sufre tanto el menor como el demente en igual medida que un mayor de edad o un cuerdo.

luciones uniformes y pacíficas, a veces por la propia inexistencia de textos legales que las prevean, y otras por la diversidad de concreciones.

Es tal la incertidumbre que suscita el tema, por lo menos en su abstracta consideración, que el maestro Orgaz proponía dar dos tipos de enfoques y maneras de resolver el interrogante: uno, fundando el derecho en las relaciones y vínculos de afecto entre la víctima y el accionante; mediante lo cual cualquier persona que pudiera demostrar y justificar una lesión real a lo intangible del patrimonio moral, tendría acción para su reclamo. Y otro más técnico y preciso, a la par que objetivo e individual, apoyado en el parentesco. La acción les pertenece a los "parientes" de la víctima quienes, en principio, no necesitan arrimar la prueba del dolor o de las afecciones heridas³³.

Lo cierto es que en situación casi similar al del damnificado "directo", en el supuesto de los damnificados indirectos se pueden anotar en el derecho comparado dos tendencias extremas y una intermedia.

a. Sistema francés (amplio).

Las soluciones en el derecho francés han sido objeto de especial tratamiento por la amplitud con que se ha considerado el resarcimiento del daño moral a los damnificados indirectos. Así refieren los Mazeaud que se ha admitido que el carácter de "certeza" del perjuicio se brinda no sólo entre quienes tienen lazo de parentesco, sino también entre aquellos que no poseen ningún vínculo de afinidad o de consanguinidad. Que la cuestión a plantear es si el demandante ha sufrido o no un verdadero pesar, y que debe ser reparado sea quien sea el que lo sufra, pariente cercano o lejano o incluso algún amigo³⁴.

³³ Orgaz, *El daño resarcible*, cit., No., 68, p. 264.

³⁴ Mazeaud - Tunc, *Tratado*, cit., t. I, v. I, No. 323, p. 450; Starck - Roland - Boyer, *Droit civil*, cit., t. I, No. 111, p. 62; Savatier, *Traité*, cit., t. II, No. 531, p. 96.

En una obra más reciente, Geneviève Viney analiza la evolución jurisprudencial, desde que la "Chambre de Requetes" exigió que la acción tuviera fundamento en un interés de afección nacido del vínculo de parentesco o del ligamen que unía a la víctima del hecho con los herederos que reclamaban³⁵, hasta soluciones mucho más amplias y liberales donde se ha concedido la reparación a personas ajenas a la familia del muerto que podían probar un atentado grave a sus sentimientos, extendiéndose a los vínculos de hecho, como novias, amigos, etc³⁶. Aunque se ha considerado que existe una diferencia entre los parientes y los allegados, y es la prueba; los primeros se ven beneficiados con una presunción de perjuicio, que no tienen los segundos que deben demostrar, como se dijo, un perjuicio grave e importante³⁷.

Sin embargo, y a pesar de haberse tratado de limitar la extensión, han primado más las razones de orden sentimental que jurídico, que llevaron a reparar el daño moral por la muerte de un animal³⁸, o el mentado caso de la princesa de Broglie, que fuera indemnizada por habersele impedido el uso de vestidos escotados en reuniones sociales³⁹, o el atentado a la autoridad marital por un director de teatro que hacía trabajar a una actriz a pesar de la prohibición de su marido⁴⁰, o la condena a una sociedad cinematográfica que había ridiculizado en un film a una familia tradicional montenegrina⁴¹, o el atentado a un lazo de afección entre el propietario y su coche⁴², etc.

³⁵ Cour de Casation, fallo del 2- II- 31, en D. H. 1031- 113. Idem en Sirey 1931- I- 123; Viney, G., *Traité de droit civil* (dir. J. Ghestin), Les obligations. La responsabilité: conditions, Ed. L.G.D.J., Paris 1982, t. IV, No. 267, p. 329.

³⁶ En favor de los "beau frères", ou "belles soeurs", "neveux et nièces", Civ. II, fallo del 20- VII- 67, en J.C.P. 1968- II- 15.510. Crim. fallo del 6- VII- 55, en "G.P." 1955- II- 159.

³⁷ Capitant, H., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10ème edic. par: Francois Terré e Yves Laquette, Ed. Dalloz, Paris 1994, p. 467.

³⁸ Civ. fallo del 7- I- 72, en Dalloz 1962- 199, con nota de Rodière. Civ. Ira. fallo del 27- I- 82, en J.C.P. 1983- 19.923, con nota de Chabas.

³⁹ Lalou- Azard, *Traité*, cit., No. 53, p. 98. Gazette du Palais 1937- II- 792.

⁴⁰ Idem en Dalloz Periodique 1909- II- 13.

⁴¹ Trib. Civ. du Seine, en Gazette du Tribunal 1930- VIII- 30.

⁴² Trib. Le Mans fallo del 14- X- 66, en Gazette Palmaire 1967- I- 29.

Con respecto a las relaciones concubinarias y las acciones que les podrían corresponder, la jurisprudencia civil francesa se ha mostrado desde siempre reacia a su admisibilidad⁴³. Se ha juzgado que se trata de una relación irregular y de carácter ilegítimo, habiéndose consagrado excepciones en algunas jurisdicciones de tribunales inferiores en los casos en los que la relación extramatrimonial presenta cierta estabilidad y no se apoya en situaciones contrarias a la ley. Pero es dable señalar que la Corte de Casación en forma sistemática ha negado la indemnización en favor de la concubina⁴⁴.

b. Sistema intermedio (Méjico, Suiza, Venezuela).

Este sistema, que podría ubicar como intermedio, es el que siguen los códigos de: Méjico (art. 1916), Venezuela (art. 1196), y Suizo de las obligaciones (art. 47), donde el derecho a ser indemnizado por el daño moral sufrido en forma refleja, se concede a la familia del muerto⁴⁵, a los parientes afines y cónyuge⁴⁶, o a los miembros más próximos de esa familia.

Por otra parte, para el derecho italiano y, conforme la autorizada opinión de De Cupis, con respecto al resarcimiento del daño no pa-

⁴³ Mazeaud- Tunc, *Tratado*, cit., t. I, v. I, No. 327, p. 463; Weill et Terré, *Droit civil. Les obligations*, 3ra. edic., Ed. Dalloz, Paris 1980, No. 615, p. 690.

⁴⁴ La evolución y los nuevos fallos de la Chambre Civil y Criminel, se pueden ver en Capitant, *Les grands arrêts de la jurisprudence*, cit., No. 111 / 112, p. 477. Civ. 22- II- 44, en Dalloz 1945- 293. Idem fallo del 17- VI- 53, en Dalloz 1953- 596.

⁴⁵ El art. 47 del código de las obligaciones suizo dice: " Le juge prends en tenant compte de circonstances particulieres alouer à la victime des lésions corporelles ou en cas de morte d'homme à la famille une indemnité equitable à titre de réparation morale".

⁴⁶ El art. 1196 del Cod. Civil de Venezuela establece: " La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito. El juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o a los de su familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada. El juez puede igualmente conceder una indemnización a los parientes, afines o cónyuge como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima".

trimonial casi no puede haber excepción en favor de los terceros. Excepciones que no pueden llegar a la amplia gama de amigos, simpatizantes o admiradores de todo cuyo interés moral esté fundado en vínculos éticos. Sólo considera que pueden ser comprendidos en una limitada categoría de personas, a los familiares o más ajustadamente a los "parientes más próximos", ya que se estaría en presencia no sólo de una relación ética, sino de un vínculo ético-jurídico de naturaleza familiar⁴⁷.

c. Sistema rígido (Código civil alemán y brasileño).

Y como muestra del régimen más restrictivo, donde se niega cualquier legitimación en favor de terceros, parientes o no, y sólo en favor de la víctima directa del daño, se puede ejemplificar con lo que disponen las legislaciones alemana y brasileña (art. 1537 del Cod. Civil Brasileño).

Este último cuerpo legal preceptúa (art. 1537 Cod. civ. brasileño) "A indemnizao o caso de homicidio consiste: 1) No pagamento das despesas com o tratamento da vitima seu funeral e o luto da familia. 2) Na prestacao da alimentos as pessoas a quem o defunto os devia".⁴⁸

En cuanto al derecho germano, Ennecerus indica que la pretensión sólo compete al perjudicado inmediato y no al mediato, y se dirige siempre a una indemnización equitativa en metálico cuyo importe debe ser fijado equitativamente⁴⁹.

⁴⁷ De Cupis, *El daño...*, cit., No. 120, p. 657 / 658, dice que el derecho de estas personas a parte del interés económico, está fundado en un interés moral muy respetable por su afecto familiar, alimentado en la comunidad de vida doméstica y en las tradiciones comunes de la familia. Idem en Sconamiglio, *Il danno moral*, en "Riv. de diritto civile" 1957-I- 320.

⁴⁸ De Aguiar Dias, J., *Da responsabilidade civil*, Ed. Forense, 7ma. edic., Rio de Janeiro 1983, v. II, No. 246, p. 882 y ss.

⁴⁹ Ennecerus L. - Lehmann, H., *Tratado de derecho civil. Derecho de obligaciones*, trad. española de J. Pérez González y J. Alguer, 3ra. edic., adaptada para el derecho español de Ferrandis Vilella, Ed. Bosch, Barcelona 1966, t. II, v. II, 2da. parte, No. 250, p. 1158.

VII. EL DAMNIFICADO INDIRECTO EN EL DERECHO ARGENTINO

Con anterioridad a la reforma del año 1968 existía en la legislación nacional una cierta incertidumbre sobre quiénes podían ser legitimados indirectamente para reclamar por el daño moral. Así, verbi-gracia, el art. 29 del Código penal (inc. 1), establece que la "Sentencia condenatoria podrá ordenar : 1) La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero...". Por su parte, la norma del art. 1079 del Código Civil cuando incluye como facultado para el reclamo a "toda persona que por el (delito) hubiere sufrido aunque sea de una manera indirecta...". Textos que contribuían a una laxitud que ninguna luz ni claridad traían para resolver la legitimación consiguiente⁵⁰.

Ante esta disparidad legislativa, Orgaz proponía interpretar las normas concediendo sólo acción a los damnificados indirectos, es decir aquellos lesionados en sus afecciones legítimas a consecuencia del delito. Y en el caso del homicidio, otorgarla en favor del cónyuge y los hijos menores y solteros, y sólo a falta de ellos, a los padres, abuelos y nietos, a fin de no "multiplicar excesivamente a los damnificados"⁵¹. Cuestión a la que sin fijar los sujetos titulares, adhieren Cazeaux y Trigo Represas al sostener la necesidad de "poner un límite a la infinita acumulación de posibles responsabilidades..."⁵².

La jurisprudencia de los tribunales nacionales y los autores trataron de poner coto a la posible multiplicidad de damnificados indirectos, y así tomaron en cuenta la "relación de causalidad" como ele-

⁵⁰ Es así que el maestro Orgaz, *El daño resarcible*, cit., No. 69, p. 267, hace notar que el sistema presenta mucha vaguedad y que las normas citadas se refieren tanto al daño patrimonial como moral conjuntamente; es una solución perturbadora e inadecuada lo cual impediría tomar literalmente las disposiciones de ambos artículos.

⁵¹ Orgaz, *El daño*, cit., No. 70, p. 273. Llambías, *Trat. Oblig.*, cit., t. I, No. 265 b), p. 341, analiza la opinión de Orgaz en la nota 17, p. 341- 343.

⁵² Cazeaux- Trigo Represas, *Derecho de las oblig.*, cit., t. V, No. 3093, p. 766; Zannoni, *El daño*, cit., No. 110, p. 365; Mosset Iturraspe, *Resp. por daños*, cit., t. IV, No. 74, p. 215.

mento justificante del daño en vinculación directa con la muerte⁵³, o bien el sentido de "daño cierto" y la culpa del autor⁵⁴, o también con mayor sustento la corriente mayoritaria entendía que sólo podía reclamar el "damnificado de derecho", es decir, quien tuviera y probara una relación legítima con el muerto y consecuentemente un interés que la ley resguarda⁵⁵. De esa manera quedaban comprendidos los parientes que tenían un lazo de afecto y vínculo jurídico, quienes eran los amparados y se les reconocía el derecho a reclamar.

La ley 17.711 vino a modificar el art. 1078 que ahora en su segunda parte establece: "... La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiese resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos". Mediante lo cual es observable que la legitimación directa se brinda en favor de la propia víctima, y la indirecta sólo se da en el supuesto del delito de homicidio y para los "herederos forzosos o legitimarios".

De esa manera se reconoce el derecho a los "herederos forzosos", es decir a todos aquellos que resultan legitimarios en el grado sucesorio (arts. 3591 y ss. del Cod. Civ.). Tratándose, como bien señala Pizarro, de una acción "iure proprio", y no "iure hereditatis", ya que se solicita la reparación del daño moral personal, y no a título de heredero como se daría en los supuestos de continuar una acción que hubiere sido promovida en vida por el causante⁵⁶.

⁵³ CNFed., S, civ. y com., "G.F.", 224-256.

⁵⁴ CNCiv., S. F., en "E.D." 21- 228. Y en "L.L." 127-151.

⁵⁵ Brebbia, *El daño moral*, cit., No. 125, p. 243; Pizarro, *El daño moral*, cit., p. 220; Salvat - Acuña Anzorena, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, ed. Tea, Bs. As. 1958, t. IV, No. 2921, p. 242; Cazeaux- Trigo Represas, *Derecho de oblig.* cit., t. V, No. 3096, p. 769.

⁵⁶ Pizarro, *El daño moral*, cit., No. 41, p. 223; CNFed. civ. y com, S. III, en "J.A." 1992- IV- 567. CNCiv. S. D, en "J.A." 1986- IV- Sint; Idem S. D, en "L.L." 1975- A- 64; Idem S. F, en "L.L." 146- 647; Idem S. A, en "L.L." 1976-C-545. Idem S. F, en "L.L." 1978- A- 523. S.C.B.A., en "DJBA" 128-282.

Y por último, ha quedado planteado como interrogante si sólo les corresponde el derecho a ser indemnizados a los herederos de grado preferente es decir a los de llamamiento actual, o también pueden hacerlo aquellos que potencialmente tienen el carácter de herederos forzosos⁵⁷, o denominados de llamamiento eventual.

La primera postura es sostenida por distinguidos juristas como Cichero, Belluscio, Mosset Iturraspe y Borda, y consideran que sólo tienen derecho al resarcimiento aquellos herederos forzosos que tienen concretamente tal carácter al momento del fallecimiento, para ello deben aplicarse las disposiciones del derecho sucesorio y por lo tanto en el orden hereditario el pariente más cercano excluye al más remoto⁵⁸.

La otra corriente considera que tienen acción todos los herederos forzosos sin exclusiones que al deceso del causante tenían vocación potencial. Parte de la doctrina autoral sigue esta idea : Llambías, Kemelmajer de Carlucci, Trigo Represas, Andorno, Zannoni, Bueres, Bossert, Jorge Alterini, y quién esto escribe; de esa forma entiendo que, al accionarse por los herederos "iure proprio" estos piden por un padecimiento no patrimonial que han sufrido, sin que la cuestión pueda ser remitida al campo hereditario; y además, sin riesgos de excesos pues la jurisprudencia ha sabido otorgar con razonabilidad las reparaciones ante el reclamo de variedad de sucesores⁵⁹.

⁵⁷ Trigo Represas - Compagnucci de Caso, R., *Responsabilidad por accidentes de automotores*, Ed. Hammurabi, Bs. As. 1986, t. II, p. 573; Pizarro, *El daño moral*, cit., No. 41, p. 224; Mosset Iturraspe, *Resp. por daños*, cit., t. IV, No. 75, p. 221, Cazeaux- Trigo Represas, *Derecho de las oblig.*, cit., t. V, No. 3100, p. 777.

⁵⁸ Cichero, *La responsabilidad del daño moral y la responsabilidad civil*, en "E.D." 66- 157; Mosset Iturraspe, *Resp. por daños*, cit., t. IV, No. 75, p. 221; Borda, G., *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*, Ed. Perrot, 3ra. edic., Bs. As. 1971, t. II, No. 177 / 179, p. 184 y ss; Kemelmajer de Carlucci, A., su coment. en el *Cod. civ. anot.* de Belluscio- Zannoni, Ed. Astrea, Bs. As., t. V, p. 117. La S.C.B.A., ha mantenido este criterio, fallo del 3- V- 94, en "DJBA", 146-2709. Idem in re: "Monzón Carlos", en "L.L.", 1991- D- 289. Idem en fallo del 20- XI- 90, en "DJBA", 142-944.

⁵⁹ Kemelmajer de Carlucci, en *Cod. civ. anot.* cit., t. V, p. 117; Llambías, *Trat. Oblig.*, cit. t. IV- A, No. 2365, p. 108; Pizarro, *Daño moral*, cit., No. 41, p. 224; Trigo Represas

La Corte Suprema Nacional en diversos pronunciamientos ha resuelto : " ... si bien es cierto que el art. 1078 del C.C. admite el reclamo del daño moral sufrido como consecuencia del fallecimiento de una persona sólo respecto de los herederos forzosos, corresponde asignar a tal mención una interpretación amplia de modo que alcance a todos aquellos que son legitimarios con vocación eventual, aunque de hecho pudieron quedar desplazados de la sucesión por la concurrencia de otros herederos de mejor grado, comprensión que se compadece con el carácter "iure proprio" de esta pretensión resarcitoria y, además, satisface la necesidad de evitar soluciones disvaliosas"⁶⁰.

en Cazeaux- Trigo Represas, *Derecho de las oblig.*, cit., t. V, No. 3100, p. 778; Zannoni, en el *Cod. civ. anot.* de Belluscio- Zannoni. cit., t. V, p. 1078. Los votos de los Dres. Jorge Alterini, Bueres y Bossert, en el fallo plenario de la CNCiv., del 28- II- 94, en "J.A." 1994- II- 679; Andorno, L. O., *Legitimación activa " iure proprio" amplia de los herederos forzosos por reclamo de daño moral indirecto*, en "L.L." diario del 21- IX- 98.

⁶⁰ C.S.Nac., fallo del 9- XII- 93, en "L.L." 1994- C- 546. Idem fallo del 10- XII- 96, in re: "Bustamante c/ Pcia. de Bs. As.". Idem fallo del 7-VIII- 97, in re: "Badin c/ Pcia. de Bs. As.", en diario "L.L." del 21- IX- 98.

DAÑO MORAL Y DAÑO PSÍQUICO

Ernesto E. Nieto Blanc

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

Entre los elementos que integran el concepto de responsabilidad civil, durante los últimos tiempos, el daño ha tomado relieve principal, en su análisis doctrinario y jurisprudencial, con criterio que sobrepasa el ámbito de nuestro derecho positivo.

El núcleo de atención ha cesado de constituirlo el aspecto patrimonial, desplazándolo a la persona en sí misma, con todos sus atributos. Prueba de ello es que el Segundo Congreso Internacional de Derecho de Daños (1991), por su primera Comisión rotuló el tema: "Daño a la persona", agregando como premisa definitoria: "de la tesis de la inviolabilidad del patrimonio a la inviolabilidad de la persona". Resultó evidente que los códigos civiles del siglo pasado (como el nuestro, vigente desde el 1 de enero de 1871), centraban su normación sobre la responsabilidad civil, en el aspecto económico-patrimonial, de lo que daban testimonio los institutos básicos que se contemplaban bajo la denominación de "daño emergente" y "lucro cesante", de evidente connotación patrimonial. Ello fue propio del espíritu de la época que, por la incidencia de factores diversos, co-

menzó a variar durante el curso del siglo actual, que termina, de perfil esencialmente humanístico, el que confiablemente predominará y se acentuará durante el curso del siglo siguiente.

No se deja de advertir que comprometen esas conclusiones las guerras habidas durante el siglo que corre, con toda su secuela de muertes y lesiones y parejos desbordes de tendencias racistas innegables, pero en el balance final, desde el punto de vista del derecho, la consideración del respeto a la vida humana, que pondera la doctrina de los autores y preside la tendencia de los fallos jurisprudenciales sobre la materia, conduce a la conclusión optimista expuesta.

Lo cierto es que la tendencia señalada de valorar la persona con todos sus atributos, es real y apreciable y se concreta, en nuestro tema, en un notable incremento de los daños a resarcir por quien injustamente los causó, que apuntan a la propia persona, su integridad psicofísica, incluyendo otros aspectos circunstanciados como el daño estético o la vida de relación en general. Actualmente, en los repertorios de jurisprudencia, es común encontrar numerosos casos en que se computa el daño psíquico o psicológico, con prescindencia de calificarlo autónomamente o como comprendido en los daños tradicionales (patrimonial o moral, según su incidencia). Por ello se ha considerado útil realizar un enfoque tendiente a comparar el daño psíquico con el daño moral, al que más se aproxima, dado que tanto la doctrina como los fallos judiciales que se han ocupado del tema no muestran uniformidad en sus análisis y conclusiones, observándose vacilaciones que deberán superarse para afianzar el sentido que evidencia ese reconocimiento del respeto que merece la persona, en los daños no sólo patrimoniales que la afecten en su esencia y existencia.

II. OBJETO DEL PRESENTE ESTUDIO

Con lo expuesto queda perfilada la finalidad del presente estudio esquemático, que tiende a confrontar el daño psíquico con el daño moral, para determinar si participan de la misma naturaleza o existen

diferencias fundamentales, mostrándolas, y, en tal caso, establecer si el primero adquiere autonomía normativa que permita separarlo del daño moral y del daño patrimonial. Como se dijo, el propósito del análisis es esquemático, es decir, atendiendo a los aspectos más significativos, sin pretensiones dogmáticas y con proyección práctica que pueda ser útil al tiempo de tener que aplicar los conceptos. Asimismo, se precisarán los caracteres que distinguen el daño psíquico, en su novedad invasora.

III. LOS CONCEPTOS DE CADA DAÑO MENCIONADO

La distinción entre daño moral y daño psíquico se hace dificultosa por dos circunstancias principales, dado, por una parte, que ambos daños inciden sobre el equilibrio espiritual de la persona que los sufre, y por la otra, que la doctrina discrepa especialmente en el caso del daño moral, sobre los caracteres que perfilan sus respectivos conceptos, los que de todos modos deben afrontarse para determinar si hay una real coincidencia final o resultan diferentes, con particular referencia a su enfoque normativo.

En cuanto al daño psíquico la opinión de los autores no es significativamente discrepante y apunta a señalar que lo distingue una perturbación de la personalidad de quien lo sufre, de carácter transitorio o continuo, que altera su equilibrio espiritual al tiempo de producirse el hecho causante o agravando el desequilibrio espiritual ya entonces existente, con la particularidad de tener carácter patológico, que asumiría el signo relevante que permite diferenciarlo del daño moral. Supone, entonces, un estado de "enfermedad" en la víctima, de naturaleza psicológica. La existencia de ese estado patológico requiere, necesariamente, la opinión médica que es la que puede establecerlo con idoneidad. Por ello, todo reclamo indemnizatorio en sede judicial, del daño psíquico, obliga a producir la pericia respectiva, que es el medio técnico del que sólo podrá valerse el sentenciante, para admitir o no su existencia.

En cambio, el daño moral, que no llega a la patología, tiene extensión mayor a su vez, medida por la naturaleza que se asigne a su concepto, desde el punto de vista jurídico. Como es sabido las concepciones sobre la esencia del daño moral son variadas, lo que influye en su extensión según se tome como directiva el atentado a un derecho de la personalidad o el menoscabo de un derecho extra-patrimonial o la naturaleza del interés lesionado, de carácter no patrimonial, o en suma atenerse a los resultados de la lesión y causados por ella. Así, en cuanto a esta última, que parece prevalecer en la doctrina más reciente, que centra esas consecuencias en la "modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir" (Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, año 1984), proporciona gran amplitud al daño moral al extender su ámbito a todo desmedro del espíritu no sólo en lo que hace al sentimiento (dolor, angustia, sufrimientos en general, etc.), sino extendiéndolo a otros aspectos de la subjetividad del lesionado, incluyendo el entendimiento y la volición, lo que confiere mayor amplitud al concepto, tornándose más dificultosa la diferenciación con el daño psíquico, que asumiría modalidad cuantitativa más que cualitativa, centrándose en que el segundo se configura cuando el desequilibrio espiritual toma carácter patológico, no necesario para la estructura del daño moral. De tal manera, los dos conceptos tienen similitud pero no son coincidentes, con la particularidad de que el daño psíquico es un factor que acrecienta la resarcibilidad del daño moral, al que necesariamente presupone, es decir, que puede existir daño moral sin mediar daño psíquico, pero en cambio la presencia de éste deriva en un daño moral, sin perjuicio de la proyección económica (patrimonial) que también pueda asumir, como consecuencia de la incapacidad que origine. Lo expuesto se vincula con la problemática que hace a la autonomía, o no, del daño psíquico frente al daño moral y al daño patrimonial, a considerar en los párrafos que siguen.

IV. AUTONOMÍA NORMATIVA

Se discute, en doctrina y jurisprudencia, si el daño psíquico constituye un "tertium genus" que debe ser considerado separadamente del daño patrimonial y del daño moral, aun con valor por sí mismo y como tal indemnizable. La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "Levaton, David c/Sindicato de Encargados y Apuntadores Marítimos" en sentencia dictada el 23 de mayo de 1989 (ver Fallos 312-1, pág. 752, en extracto que allí se lee -ya que la sentencia no está transcrita-) declaró: "Cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de su actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable" (es evidente que al aludir en la parte final a la "integridad física", comprende en esta última expresión la integridad "psíquica", referida antes cuando al mencionar la disminución de las aptitudes equipara las "físicas" a las "psíquicas", pues no sería lógico ni congruente el omitir éstas al referir la "integridad" como valor indemnizable "per se").

Esta respuesta positiva tiene cobertura en el artículo 1068 del Código Civil, cuando incluye como perjuicio el causado "indirectamente por el mal hecho a su persona (del damnificado) o a sus derechos o facultades", y en el artículo 1075 cuando dispone que "todo derecho puede ser la materia de un delito, bien sea un derecho sobre un objeto exterior o bien se confunda con la existencia de la persona". A ello responde la posición negativa, contraria a dicho criterio, que el Código Civil sólo distingue, en concreto, dos especies de daño: el patrimonial y el moral, con cita de los artículos 519, 522, 1068, 1069 y 1078, no dando lugar a una tercera clase. La discusión sobre el tema, que existe desde hace años, no está aún aplacada, como lo evidencian los últimos fallos judiciales consultados a título de espécimen, sin hallarse los debidos y necesarios fundamentos en que se apoye la opinión.

-Como solución *positiva*: Cámara Nacional Civil, Sala M, Capital Federal, en "P. de P. N., D. c/ M. R. A." en fallo del 15 de octubre de 1997 en "La Ley", Tº 1997, F-p.953 ("El daño psíquico debe ser indemnizado como diferenciado del físico y del moral, si de la pericia surge la existencia de una alteración emocional que repercute patológicamente en la faz psíquica, como consecuencia del accidente padecido. De este modo, el daño psíquico no depende de las secuelas físicas incapacitantes, ya que ambos son compartimentos independientes en la salud de una persona y que, pese a su innegable vinculación, no se correlacionan necesariamente"); Cámara Nacional de Comercio, Sala E, en "Winograd, Marcos c/Calvino, Alberto G.", fallo del 13 de mayo de 1997, en "La Ley", TP 1998-A-30/31 ("El daño psicológico no integra el daño moral, pues el interés jurídico tutelado tiene distinto alcance en cada caso." "El daño psíquico es susceptible de ser apreciado científicamente por los síntomas que evidencian una situación traumática", pero "El daño psíquico integra el llamado daño material, razón por la cual no corresponde adicionar una suma independiente por tal daño, que debe considerarse incluida en el monto otorgado como resarcimiento por daño material"); Cámara Nacional Civil, Sala L, Capital Federal, en "Méndez, Ricardo J. c/Instituto de Servicios Sociales Bancarios", fallo del 8 de julio de 1996, publicado en diario "La Ley", del 23 de setiembre de 1998, año LXII, N° 181, pág. 7, N° 24 ("El daño psicológico sólo debe ser indemnizado en forma autónoma en tanto derive en una incapacidad que importe una lesión de tal entidad que implique una grosera alteración y perturbación profunda del equilibrio emocional de la víctima, cuya consecuencia entrañe una significativa descompensación que afecte gravemente su normal integración al medio social"); Cámara Nacional Civil, Sala L, Capital Federal, fallo del 27 de noviembre de 1995, en "La Ley", Tº 1997-E-ps. 614/618 en "N.N. c/Municipalidad de Buenos Aires y otros" ("El daño psicológico sufrido como consecuencia del contagio de SIDA queda comprendido dentro del rubro de incapacidad sobreviniente y no constituye un daño diferente resarcible a título extrapatrimonial, salvo que importe una lesión de tal magnitud

que implique una alteración o perturbación profunda del equilibrio emocional de la víctima").

-Como solución *negativa* (que es la que prevalece): Cámara Nacional Federal Civil y Comercial, Sala II, fallo del 17 de julio de 1997, en "O., L.R. c/Ministerio del Interior, Policía Federal", en "La Ley", tº 1997, F.201/04 ("IV...el daño psíquico (no los gastos de tratamiento) y la lesión estética no constituyen categorías autónomas respecto de la clasificación del daño en patrimonial y moral, sino que poseen -según los casos- proyecciones en una u otra esfera o en ambas a la vez" -con amplia cita de doctrina y de jurisprudencia-); Cámara Nacional Federal Civil y Comercial, Sala III, fallo del 15 de julio de 1997 en "P.M.R. c/Fuerza Aérea Argentina", "La Ley", tº 1997-F-158/159 ("Las lesiones físicas o psíquicas no resultan indemnizables en sí mismas si de ellas no emanan consecuencias patrimoniales". "Los daños psíquicos y estéticos carecen de autonomía y resultan subsumibles dentro del daño material o moral, según los casos, sobre la base de las derivaciones patrimoniales o morales que pudieran producir. Se trata de que el daño sea integralmente resarcido, independientemente de la categorización que pudiera corresponderle").

Cámara Nacional Civil, Sala D, Capital Federal, fallo del 14 de julio de 1997 en "L.G. c/Municipalidad de Buenos Aires", "La Ley", tº 1997-E-ps.53/58 ("... esta Sala ya ha tenido oportunidad de expedirse sobre el asunto, sosteniendo que el daño psicológico carece de autonomía y que, además, se trata de un detrimento que puede tener proyecciones -potencialmente- en el daño material o en el daño moral"); Cámara Nacional Civil, Sala H, Capital Federal, fallo del 2 de julio de 1997, "González, Juan G. c/Corporación Médica del Sur y otro", en "La Ley", tº 1998-A-ps.10/20 ("...analizada la responsabilidad civil con una visión realista no puede negarse que, como regla general, la lesión a la integridad psico-física del ser humano genera un daño moral", dado que el juez de grado fijó la indemnización "por incapacidad psico-física" del actor, "no corresponde adicionar otra indemnización por secuela psicológica pues ello implicaría acumu-

lar dos indemnizaciones por idéntico daño, lo que no resulta admisible”); Cámara Nacional Civil, Sala J., Capital Federal, fallo del 11 de diciembre de 1997, “D.G.B. y G.S. c/Ferrocarriles Metropolitanos S.A.”, “La Ley”, ejemplar del 2 de setiembre de 1998, Año LXII, N° 166, ps. 6/9 (“... a criterio de esta Sala, el daño psíquico no constituye un daño autónomo, sino un aspecto a considerar dentro del rubro incapacidad sobreviniente, pues configura una disminución de aptitudes o repercusión en el patrimonio y la vida de relación del damnificado. Por ello, resulta aplicable el criterio sostenido con relación a la estimación del daño por incapacidad sobreviniente, en el sentido de que no sólo abarca las limitaciones en el ámbito laboral específico, sino en cuanto pueda afectar la capacidad laborativa genérica y el desarrollo normal de la vida de relación”).

Como se aprecia, se exponen criterios contrapuestos, pero en ningún caso se desarrollan los fundamentos que den apoyo objetivo y certeza legal a las afirmaciones y conclusiones a que se arriba.

El daño psíquico a la persona supone una lesión que lo causa, afectando sus derechos “interiores”, los que por sí mismos carecen de valor pecuniario y quedan apartados del carácter patrimonial propio de los bienes. Así ocurre, esencialmente, con el derecho a la vida y a la integridad personal, pero la modalidad es extensiva a los demás derechos personalísimos (derecho a la intimidad, al honor, a la libertad, etc.). Ya así se lo aceptaba en el derecho romano, leyéndose -entre otros textos similares- en comentario de Gayo (*Digesto*, Libro IX, título III, ley 7), considerando la acción de quienes derramaren o arrojaren alguna cosa: “Cuando con lo que se hubiere arrojado o derramado hubiera sido lesionado el cuerpo de un hombre libre, el juez computa los honorarios pagados al médico y los demás gastos que se hicieron en la curación; y además el importe del trabajo, de que estuvo privado, o de que haya de estar privado porque quedó inútil. Mas no se hace estimación alguna de las cicatrices, o de una deformidad, porque el cuerpo de un hombre libre no admite estimación alguna” (“quia liberum corpus nullam recipit aestimationem”). Esa inestimabilidad económica (pecuniaria), como carácter propio de lo

que es objeto del derecho personalísimo, por ejemplo de la vida o de la integridad física de la persona, hace inviable la determinación de su eventual daño por la lesión producida. Por ello, el importe que el juez manda pagar a favor de la víctima, en presencia de un daño moral, no tiene valor de equivalencia resarcitoria, sino que lo otorga a título de compensación o de calidad satisfactoria, librado a su criterio y equitativo arbitrio, dando vigencia al imperio de justicia, al no encontrar otro medio más adecuado para imponer la reparación necesaria que requiere el daño moral (extrapatrimonial) producido por la lesión causada, imputable al victimario. Distinto es cuando por el ejercicio de sus derechos extrapatrimoniales, insusceptibles por sí de estimación pecuniaria, la persona obtiene que posean o puedan tener utilidad económica, bienes así posibles pero con los cuales no se confunden ni asimilan aquellos derechos. Entonces sí puede haber el resarcimiento equivalente, pero ya no se está en la esfera específica del daño llamado “moral” (calificación que tiene en mira el daño mismo y no la conducta de quien lo causa, y que parte de la doctrina tiende a encasillar como “daño extrapatrimonial”, de alcance más amplio, e ilustrativo de su real naturaleza), sino en lo que la misma ley perfila como “daño indirecto”, que es un daño patrimonial y no moral, regido por las normas de aquél (art. 1068 del Código Civil, que contemplando el daño patrimonial, lo conceptualiza como el que causa a otro “algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria”, ya sea “directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades”). En tales casos los derechos personalísimos actúan como instrumentos que el titular ejercita en ámbitos productivos, que le permiten adquirir, o le dan la oportunidad de obtener, beneficios económicos, con los cuales aquéllos no se confunden.

De tal manera, el denominado daño psíquico o psicológico no tiene autonomía conceptual en relación con el daño patrimonial y el daño moral, pues si puede producir cualquiera de ellos o ambos a la vez, ello no le confiere categoría “ontológica”, como se ha dicho por autorizada doctrina, sino a lo sumo autonomía “etiología”, es decir,

que el daño psíquico no configura una especie de daño moral o patrimonial, sino que constituye una causa -separada- de los mismos. Con aquella terminología la pregonada autonomía sería de orden causal o etiológico, pero no conceptual u ontológico, lo que no permite ubicar el daño psíquico como un *tertius genus* y adicionar a aquellos daños que existan -patrimonial y/o moral-, esta nueva presunta especie, ya que de otro modo se corre el riesgo de duplicar el resarcimiento en relación con un mismo daño. Pero la relativa distinción efectuada no tiene cariz meramente científico-legal, sino también importancia práctica al tiempo de fijar la respectiva indemnización, la que se incrementará en la medida que el juzgador considere apropiada, pues si bien cada categoría de daño es única en su dimensión final, interesa computar cada uno de los elementos que inciden en su composición; de ahí que es imprescindible que se lo invoque en la respectiva demanda para evitar que la sentencia a dictar lo soslaye y juzgue improcedente su cálculo. Por otra parte, si se admite el daño patrimonial "per se", sin necesidad de probar incidencia económica concreta y específica, el resarcimiento debería fijarse en modo uniforme para todos los casos (la vida y la integridad física -v.gr.-, como tales, tienen vigencia para todas las personas), usando valores medios y generales, que la ley no especifica ni contempla.

Asimismo, valorar el daño psíquico como categoría autónoma (separada del daño material y del moral), merece otros reparos y crea dificultades frente a cómo nuestro ordenamiento de fondo organiza la responsabilidad civil y los presupuestos que exige su secuela resarcitoria (arts. 1066 a 1068 del Código Civil). El artículo 1067 citado exige como elemento independiente, que exista un "daño causado u otro acto exterior que lo pueda causar". Es decir, que el acto ilícito será "punible" cuando, además de la violación de la ley, exista la presencia del elemento "daño", disposición que no se explicaría si el tal "daño" queda involucrado automáticamente con la sola comisión del acto ilícito. Por lo demás, al probar la ejecución del delito o cuasidelito, quedaría cumplida la exigencia del presupuesto daño, lo que no parece ajustarse a la exigencia legal indicada, además de que,

a la indemnización del daño emergente o lucro cesante, cuya existencia se pruebe, debería sumarse el resarcimiento del daño físico o psíquico, que iría implícito en el reclamo y siempre debería prosperar, no advirtiéndose que ello ocurra en la práctica judicial, ni contienen tal pretensión las demandas que se interponen. Las expuestas son observaciones que, por lo general, no contempla ni discute la teoría "positiva" cuando considera que el daño psíquico (lo que es extensivo al daño estético, entre otros) merece reparación "per se" y tiene autonomía existencial que obliga a contemplarlo, cuando se lo prueba, separadamente del daño patrimonial y del daño moral.

Ese criterio, cabe reconocerlo, tiene la ventaja de eludir la disposición estricta del art. 1078 (y su correlativo 522) con respecto al daño moral, que *iure condito*, sólo puede invocarlo la víctima que lo sufre, y si muere -sin promover en vida el reclamo- "únicamente tendrán acción los herederos forzosos *iure proprio*". Es una disposición que contradice la amplitud del artículo siguiente (1079), pero a la que se atienen en general la doctrina y la jurisprudencia, habiendo bregado por su reforma de *iure condendo*, los diversos Congresos y Jornadas que han tratado el tema. De ahí la tendencia jurisprudencial que a veces se aprecia, de extender los supuestos de responsabilidad patrimonial, derivada de un daño psíquico, no obstante que el mismo produzca siempre un daño moral, por la vía de juzgar aquella responsabilidad como indirecta, pero de todos modo patrimonial, siendo inaplicable, a su respecto, el artículo 1078 antes mencionado. Es una actitud que también se aprecia en Italia, por ejemplo, donde su derecho positivo tiene restricciones en cuanto al daño moral, que llama extrapatrimonial, estableciendo el art. 2059 del Código Civil del año 1942, que en cuanto a ese daño el resarcimiento se limita a los casos determinados por la ley, destacando la doctrina que esos casos, en suma, son aquellos en que el acto dañoso constituye un delito (art. 185 del Código Penal Italiano, que era la solución de nuestro Código Civil dada por el art. 1078 antes de su reforma por la ley 17.711 del año 1968).

Se explica, así, que la jurisprudencia italiana, más aun ante la vigencia del art.32 de la Constitución de Italia, que confiere una amplia tutela a la salud del ser humano, haya avanzado en la aplicación de esa tutela, creando la teoría del “daño biológico”, con la afirmación de que toda lesión psico-física, por su sola existencia, supone un daño resarcible, de consistencia patrimonial, siendo por lo tanto inaplicable, en ese aspecto, el art. 2059 citado, tratándose de un daño patrimonial y no extrapatrimonial (moral). Con ese argumento hermenéutico se llega a acoger como materiales (o patrimoniales), daños que no lo son frente al derecho científico. Ese apoyo constitucional no existe en nuestro caso, por lo que la tendencia es mantener la aplicación del art. 1078 del Código Civil que nos rige, no obstante considerarlo injusto en lo que regla con respecto a la legitimación activa para reclamar el resarcimiento del daño moral. Ello sin perjuicio de destacar que se han dictado pronunciamientos judiciales tendientes a acotar la severidad de la norma legal en cuanto a la legitimación activa indicada, como el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, del 28 de febrero de 1994 (“La Ley”, 1994-B-484) en “Ruiz N. y otro c/Russo P.P.” (“J.A.”, 1994-11-678), en cuanto a los herederos forzosos de la víctima, como posibles titulares de dicha legitimación, que recientemente convalidó la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fallo del 7 de agosto de 1997 en “Badin, Ruben y otros c/Pcia. de Bs. As.” “La Ley”, del 21.09.98, N° 139 ps 1/2, con nota aprobatoria de Luis O. Andorno). Por último, procede señalar que nuestro legislador civil, con la ley 21.173, hizo un agregado al art. 1071 del Código Civil (art. 1071 bis) como protección al derecho personalísimo de la intimidad, imponiendo el reclamo indemnizatorio contra quien lo afecte, por parte de la víctima, sin exigir a ésta la acreditación de que hubo un desmedro económico. La excepción dispuesta convalida la regla.

V. OTROS ASPECTOS A INDAGAR

El tema analizado se complementa con cuestiones vinculadas que también corresponde examinar, dada su importancia normativa. Se consideran las que siguen:

1) *Ambito de vigencia según el tipo de responsabilidad juzgada.*

Con las reformas dispuestas por la ley 17.711 en cuanto respecta al daño moral, el mismo es extensivo no sólo a la responsabilidad extracontractual (art. 1078 del Cód. Civil), sino también a la responsabilidad contractual (art. 522), lo que antes de dicha reforma constituía un tema sujeto a ardua discusión. El interrogante es si el daño psíquico resulta también extensivo a ambos tipos de responsabilidad. La doctrina y la jurisprudencia, dados los textos de ambas disposiciones legales (arts. 522 y 1078 citados), son prudentes y en cierto modo restrictivas en cuanto a la admisión del daño moral con respecto a la responsabilidad que emane del incumplimiento contractual, teniendo en cuenta que el art. 522 confiere al juez la facultad de hacer lugar, o no -según las circunstancias-, al resarcimiento del agravio moral que se hubiere causado; en cambio, el art. 1078 para la responsabilidad extra-contractual (delictual o cuasidelictual), impone la reparación del daño moral ocasionado a la víctima. Dada su naturaleza, de origen por lo común traumático y de carácter patológico, el daño psíquico -“en principio”, como prudentemente acota la doctrina especializada- resulta indemnizable sólo dentro de la responsabilidad extracontractual, de acuerdo con la pauta que proporciona el art. 1068 del Código Civil, pero la misma no imposibilita su admisión, en casos muy especiales, por ejemplo, la ruptura incausada de un importante contrato de concesión, que causa al damnificado una reacción vivencial anormal de carácter psicogenético, pese a su normal personalidad anterior al hecho que origina el trauma, cuyos efectos pueden ser duraderos, con secuelas psicológicas que no sólo produzcan daño

moral, sino también económicos configurados como daño patrimonial (perjuicio emergente o lucro cesante, que la realidad muestra como posibles).

2) *Legitimación activa*

Tiene conexión con lo ya analizado. Si la lesión produce un daño psíquico, con resonancias materiales para quien lo sufre, el daño se juzgará como patrimonial indirecto, no siendo aplicable, en ese aspecto, el art. 1078 del Código Civil con las limitaciones que contiene, pero sí lo sería en cuanto al daño moral a que da lugar el daño psíquico, al negarse el carácter autónomo de este último, con vigencia para el primer supuesto -daño patrimonial indirecto- del art. 1079, con su amplitud normativa, que sólo acota, para el daño moral, el citado artículo 1078 en su contenido actual (ley 17.711).

3) *Naturaleza de la condena*

Es conocida la discusión sobre si la condena que se impone al causante del daño moral sufrido por la víctima, tiene carácter de sanción (pena privada) o meramente resarcitorio e indemnizatorio. La reforma del art. 1078 del Código Civil por la ley 17.711 ha cerrado prácticamente la disparidad doctrinaria y jurisprudencial que existía en la materia, ya que habla de la obligación de "resarcir" el daño causado, comprendido el agravio moral, mencionando la segunda parte del artículo la acción por "indemnización" que compete a los legitimados que indica. La condena no tiene, pues, naturaleza sancionatoria o punitiva para el causante del daño moral, sino resarcitoria para la víctima. Este carácter es indudable en cuando hace al daño psíquico, por lo que al respecto el resultado es coincidente.

4) *El aspecto probatorio*

En materia de daño moral la jurisprudencia de nuestros tribunales viene adoptando una actitud liberal en lo que hace a la carga probatoria, declarando en reiteradas oportunidades que su cuantía no ha menester de ser acreditada, ya que por su naturaleza no es susceptible de valor económico.

Se trata de una prueba *in re ipsa*, bastando la demostración de los hechos generadores que lo han producido, presumiéndose así la existencia de aquél, ya que el dolor -v. gr.- no es valuable en dinero. En suma, el daño moral se tiene por probado por la mera comisión del acto ilícito, el que sí debe ser acreditado. El daño psíquico, en razón de su carácter patológico y traumático debe, como principio, ser objeto de prueba, que consiste básicamente, dada su indicada naturaleza, en la pericial, a ser solicitada por quien lo alega.

La doctrina especializada suele aludir a "ciertos casos límites" en que ese daño psicológico puede presumirse, pero la excepción no es admisible si el mismo recae sobre intereses de consistencia patrimonial, ya que bajo ese aspecto le alcanza la regulación del daño material (patrimonial).

5) *Relación con el daño patrimonial*

Vinculado con el tema anterior está la cuestión de que el daño moral, como lo tiene resuelto reiteradamente la jurisprudencia judicial, es independiente del daño patrimonial, no constituyendo un accesorio del mismo ni tiene por qué guardar relación con su cuantía, destacándose, inclusive, que puede no mediar perjuicio patrimonial, circunstancia que no impide la procedencia del daño moral. Surge, entonces, el interrogante sobre si igual solución normativa cabe para el daño psíquico, siendo la respuesta afirmativa si se valora el mismo como productor de un daño moral (siempre lo origina según se manifestó "supra"), pero no cuando repercute y se traduce, además, en un

perjuicio material, actuando como daño patrimonial indirecto, en cuyo caso puede tener incidencia, según las circunstancias, en la determinación de ese daño patrimonial.

BIBLIOGRAFIA ESPECIAL CONSULTADA

ACOGLIA, María M., BORAGINA, J. C. y Meza, J. A. *La fractura del nexo causal. La lesión psíquica y el daño moral*, nota a fallo judicial, publicada en "La Ley" del 2 de septiembre de 1998, ps. 6-7.

AZPEITIA, G. A., LOZADA, E. y MOLDES, A. J. E., *El daño de las personas*, ed. Abaco de R. Depalma, Buenos Aires, 1998.

BONASSI BENUCCI, Eduardo, *La Responsabilidad Civil*, traducción por J.V. Fuentes Lojo y J. Paré Raluy, J. M. Bosch, Editor, Barcelona, 1958.

BREBBIA, Roberto M., *El Daño Moral*, 2da. ed., «Orbir», Rosario, 1967.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972.

CIPRIANO, Néstor Amilcar, *El daño psíquico (Sus diferencias con el daño moral)*, en "La Ley", 1990, D, Secc. Doctrina, pgs. 678/681.

DARAY, Hernán, *Daño Psicológico*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1995.

DE CUPIS, Adriano, *Il Danno-Teoria Generale de la Responsabilità Civile*, Dott. A. Giuffré, Editore, Milano, 1946.

DE CUPIS, Adriano, *I Fatti Illeciti*, Casa Ed. Dr. Francesco Vallardi, Milano, 1961.

DE CUPIS, Adriano, *I diritti della personalità*, t. I, Dott. A. Giuffré, ed., Milano, 1959.

DUBOIS, Maurice, *Pretium Doloris*, Lib. Gén. de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1935.

GIUSIANA, Enrico, *Il Concetto di Danno Giuridico*, CEA, Milano, 1944.

MARIANETTI, José Enrique, *El Daño Psíquico-El Daño Psíquico y el Daño Moral*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1997.

MINOZZI, Alfredo, *Studio sul Danno non Patrimoniale (Danno Morale)*, Terza Edit., Società Editrice Libreria, Milano, 1917.

ORGAZ, Alfredo, *El Daño Resarcible (Actos Ilícitos)*, 2da. ed. Edit. Bibliográfica Argentina S.R.L., Buenos Aires, 1952.

PIZARRO, Ramón Daniel, *Daño Moral. Prevención, Reparación, Punición*, Hammurabi-José L. Depalma, Editor, Buenos Aires, 1996.

RAVAZZONI, Alberto, *La Riparazione del Danno non Patrimoniale*, Dott. A., Giuffré-Editore, Milano, 1960.

"Revista de Derecho Privado y Comunitario", t. I, *Trabajos Varios*, en especial los de Mosset Iturraspe, Jorge; Kemelmajer de Carlucci, Aída; Lorenzetti, Ricardo Luis; Pizarro, Ramón Daniel-Roitman, Horacio; y Bueres, Alberto J., Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1998.

SANTOS BRIZ, Jaime, *Derecho de daños*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

ZANNONI, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, 2da. ed., Astrea, Buenos Aires, 1993.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de Daños*, tomo 2 a, 2a. ed., 3a. reimpresión, Hammurabi- José Luis Depalma, Editor, Buenos Aires, 1996.

DISTINTOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO DE FAMILIA

Eduardo A. Sambrizzi

INTRODUCCIÓN

En este trabajo analizaremos distintos supuestos de responsabilidad que se presentan en el ámbito del Derecho de familia, la mayoría de los cuales se han ido planteando en los últimos años, y cuya procedencia -de alguno de ellos- ha sido muchas veces cuestionada.

El tema no es sencillo, fundamentalmente porque la relación se presenta entre personas que tienen vínculos a veces paterno-filiales, o conyugales, que dentro de lo posible conviene preservar -o por lo menos, no ahondar la discrepancia- en beneficio de la familia toda, y como consecuencia, de la sociedad en su conjunto¹, circunstancia que

¹ Con acierto señalan Alterini y López Cabana que la solución jurídica en esta especie de reclamos indemnizatorios no debe perder de vista que debe estar sometida a criterios básicos de validez, entre los cuales se halla el axiológico, que impone tener en cuenta el peso relativo de los valores en juego, como el de los intereses individuales del damnificado, los intereses generales de la familia y de su estabilidad -entre los cuales cabe destacar el de la solidaridad familiar y la piedad filial-, y el sentimiento general de la comunidad, cuyo sentido de justicia debe ser orientativo (Alterini, Atilio Aníbal y López Cabana, Roberto M., *Cuestiones de responsabilidad civil en el derecho de familia*, "L.L.". 1991-A-955. 6, y pág. 956, III).

hasta hace poco tiempo llevó a ser muy restrictivos en cuanto a la procedencia de las acciones indemnizatorias entre miembros de una misma familia. Pero hoy en día, cuando la relación entre los distintos integrantes de una familia se entiende de una manera un tanto distinta, por haberse desdibujado en parte el principio de autoridad, y ganado espacio la correlación entre los derechos y los deberes familiares, así como debido al hecho de haberse colocado a lo que se considera la *necesidad* de la reparación del perjuicio ocurrido en una especie de sitial inexpugnable, donde siempre tiene que haber alguien que pague por el daño ajeno, por más injusto que ello pueda ser para el que paga², la cuestión de la responsabilidad en el ámbito del Derecho de familia ha cobrado nueva vida, con una virulencia tal que en ocasiones amenaza con salirse de cauce.

No se trata, como se ha dicho, de acotar a la familia dentro de un plano invulnerable a las normas que imponen reparar el perjuicio ocasionado, ni de conceder mutuamente a los miembros de la familia el derecho a dañar sin responsabilidad³, sino, simplemente, de tener en cuenta una serie de pautas tales como la necesidad de preservar en lo posible la relación familiar, así como también el hecho de hacer responsable de un determinado perjuicio a quien realmente lo es, teniendo en cuenta el marco general del orden jurídico y la licitud o ilicitud de la conducta de aquel a quien se quiere responsabilizar, y no imputando responsabilidad con el prácticamente único fundamento de la "necesidad" de reparar -sí o sí- el perjuicio sufrido por el reclamante⁴.

² Ver sobre esto lo expresado por Guillermo A. Borda en la nota *A propósito de las cosas riesgosas en la responsabilidad médica*, "L.L.", 1993-B-693, donde afirma, ciertamente con razón, que "llegado el momento de elegir quién debe afrontar la reparación, no debe olvidarse nunca la justicia, que es el centro del derecho. Imputar responsabilidad a quien ni la razón ni la justicia indican que debe afrontar la reparación, no sólo es contrario a ese sustento básico del derecho, sino que también es inferirle a él un daño injusto, como sería pagar la indemnización".

³ Makianich de Basset, Lidia N. y Gutiérrez, Delia M., *Procedencia de la reparación del daño moral ante la omisión de reconocimiento voluntario del hijo*, "E.D.", 132-480.

⁴ Claro que esto no siempre es así, admitiéndose inclusive el otro extremo, según el cual no siempre quien causa un daño injusto debe repararlo, habiendo casos en que se niega la

Debe por otra parte quedar en claro que en los distintos supuestos de responsabilidad que analizaremos no cabe la responsabilidad objetiva, no pudiendo por tanto -al no tratarse del incumplimiento de una obligación contractual- obviarse la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad extracontractual de carácter subjetivo, esto es, la antijuridicidad del acto, la culpa en sentido lato, el daño causado, y la relación de causalidad entre este último y la conducta del responsable, sea por acción o por omisión⁵.

Pues bien, aclarados esos aspectos, cabe señalar, de una manera general, que a los distintos supuestos de responsabilidad que se presentan en el Derecho de familia deben en principio aplicarse -aunque no de una manera indiscriminada y automática⁶- las normas generales en materia de responsabilidad civil⁷, no siendo el que rige en ese ámbito, un régimen autosuficiente de responsabilidad. Lo cual no obsta, como es natural, a la aplicación de normas especiales, como la establecida en el artículo 225 del Código Civil -referente a la indemnización de daños en el supuesto de nulidad de matrimonio-, siendo esto último así con fundamento en la aceptación por parte de la doc-

acción resarcitoria con fundamento en la exigencia legal de un factor especial de atribución, tal como, por ejemplo, el del dolo o la culpa grave (Véase al respecto, entre otros, Alterini, Atilio Aníbal y López Cabana, Roberto M., *Cuestiones de responsabilidad civil...*, cit., "L.L.", 1991-A-951 y sig., y 955, 7, II).

⁵ Conf., entre otros, Méndez Costa, María Josefa, *Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente*, "L.L.", 1989-E-572; Barbero, Omar U., *La responsabilidad civil en el derecho de familia*, "J.A.", 29-175-623 y 624, IV, a); Brebbia, Roberto H., quien señala que dentro del derecho de familia se exige una reprochabilidad real y no inferida (*El daño moral en las relaciones de familia*, en Derecho de Familia, Libro homenaje a la Profesora Dra. María Josefa Méndez Costa, Santa Fe, 1991, pág. 356).

⁶ Conf., Tobías, José W., *Acerca de la viabilidad de la pretensión resarcitoria de hijos contra padres por la transmisión de enfermedades*, "L.L.", 1992-B-828.

⁷ Conf., entre otros, Alterini, Atilio Aníbal y López Cabana, Roberto M., *Cuestiones de responsabilidad civil...*, "L.L.", 1991-A-955, 7, I. Di Lella piensa, en cambio, que el derecho de daños no se aplica a las relaciones y obligaciones personales derivados de los vínculos parentales, salvo -agrega- que el legislador disponga en forma expresa otra cosa (*Derecho de daños vs. Derecho de familia*, "L.L.", 1992-D-872).

trina en general, del principio de especialidad en lo relativo a las nulidades matrimoniales⁸.

Es importante asimismo destacar que la reparación en las distintas responsabilidades que derivan del derecho de familia es preponderantemente en razón del daño moral producido, por cuanto el acto ilícito con fundamento en el cual se acciona, por lo general lesiona los más íntimos sentimientos de la persona dañada. Aunque, cabe aclarar, ello no implica que no deban repararse los daños patrimoniales ocurridos y debidamente probados.

Debemos por último señalar que con los supuestos que estudiaremos, no pretendemos agotar ni mucho menos los distintos casos de responsabilidad que pueden darse en el Derecho de familia, pues existen muchos otros, como podría ser, por ejemplo, la responsabilidad que se deriva de los daños causados por el incumplimiento de la promesa de matrimonio⁹; o del régimen de visitas¹⁰; del abandono de los hijos¹¹; del incumplimiento de los deberes de asistencia familiar; del exceso en el ejercicio del derecho de corrección respecto de los hijos (art. 278, Código Civil); de lesiones al ejercicio de la patria potestad¹²; de daños derivados de un hecho ilícito causado por el hijo dota-

⁸ Conf., entre otros, Rivera, Julio César, *Daño moral derivado de los hechos que causaron el divorcio (¿Permite el plenario las indemnizaciones de equidad?)*, "J.A.", 1994-IV-579.

⁹ Ver al respecto, Borda, Guillermo A., *¿Es indemnizable la ruptura de la promesa de matrimonio?*, "E.D.", 149-841, quien se pronuncia al respecto en forma negativa; como también nuestra nota *Sobre la procedencia de la indemnización en caso de ruptura de la promesa de matrimonio*, "E.D.", 151-763, donde manifestamos una posición distinta. Conf., entre otros, con la posición que admite la reparación, Brebbia, Roberto H., *El daño moral en las relaciones de familia*, cit., págs. 364 y 365; Lagomarsino, Carlos A. R., *Responsabilidad por la ruptura de la promesa de matrimonio*, en Derecho de Familia. Libro homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, cit., págs. 371 y sigs.

¹⁰ Véase sobre el tema, Makianich de Basset, Lidia N., *Marco normativo del derecho de visitas y derecho judicial. Incumplimiento y sanciones civiles y penales. El abuso de derecho*, "E.D.", 143-907, IV.

¹¹ Véase, Brebbia, Roberto H., *El daño moral en las relaciones de familia*, cit., pág. 360, 12.

¹² Véase al respecto, Brebbia, Roberto H., *El daño moral en las relaciones de familia*, cit., págs. 359 y 360; *La lesión del patrimonio moral*, libro en homenaje al Prof. Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Bs. As., 1989, pág. 249, 19.

do de discernimiento, contra uno de los padres; del hecho de revestir el reclamante, el carácter de hijo extramatrimonial¹³; o los distintos supuestos de responsabilidad que pueden derivar de la inseminación artificial¹⁴; así como la responsabilidad que surge con motivo del contagio de enfermedades al cónyuge, tales como el SIDA o enfermedades venéreas¹⁵; etc., etc.

¹³ Es conocido el caso "Zepeda v. Zepeda", resuelto en el año 1963 por un Tribunal de Apelaciones de Illinois, EE.UU., que rechazó el pedido que efectuara un hijo adulterino (el padre era casado, lo que ignoraba la madre), para que se le indemnizaran los perjuicios que esa circunstancia le habría causado, consistentes en habérselo privado de su derecho a ser un hijo legítimo, a gozar de una casa normal, a contar con un padre legítimo, y a heredar de él y de sus ascendientes; el menor protestaba por el acto original que derivó en el nacimiento, y además, contra su mismo nacimiento. El Tribunal rechazó la acción, no obstante sostener que la acción del demandado había sido ilícita y había causado daños al demandante, lo que hizo con fundamento en el resultado profundo al que podría arribarse en el supuesto del progreso de la demanda, debido al impacto social que podía causar la procedencia de una acción de esa naturaleza, el que -según se señaló- podía ser conmovedor, estimulándose a iniciar juicio a quienes nacieran bajo condiciones que podían ser consideradas adversas, tales como por el color, o por la raza, o por haber nacido afectado por una enfermedad hereditaria, o por haber heredado características familiares desafortunadas, o por haber nacido en una familia numerosa y desprotegida, o porque uno de sus padres tenía mala reputación. Se dijo, también, que el interés de la sociedad se encontraba tan involucrado, que los criterios requeridos para corregir el acto ilícito deberían ser establecidos por los representantes del pueblo. Hemos seguido al respecto el comentario efectuado sobre ese fallo por Cueto Rúa, Julio C., *Lógica y experiencia en el derecho (A propósito de Zepeda v. Zepeda)*, "L.L.", 1991-D-954.

¹⁴ Véase, Parellada, Carlos Alberto, *Una aproximación del derecho de daños frente al manipuleo genético*, en Derecho de Familia. Libro homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, cit., págs. 407 a 409, y 413 y sigs.; Zannoni, Eduardo A., *Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil (Con especial referencia a la manipulación genética y fertilización asistida)*, en libro homenaje a Mosset Iturraspe, cit., págs. 624 y sigs., N° 3, y 629 y sigs.

¹⁵ CC1a. Cap., "J.A.", 19-236; idem, "J.A.", 42-1079, cits. por Parellada, Carlos A., *Una aproximación del derecho de daños...*, cit., pág. 411 y nota 26.

I. DAÑOS DERIVADOS DE LA NULIDAD DE MATRIMONIO

1. Normas aplicables

En el Capítulo XV del título I, Sección II del Libro I del Código Civil, que legisla sobre los efectos de la nulidad del matrimonio, se contemplan, como distintas alternativas, que el matrimonio anulado hubiera sido contraído de buena fe por ambos cónyuges, o de buena fe por uno de ellos y de mala fe por el otro, y por último, que ambos hubieran actuado de mala fe (arts. 221 a 223).

A su vez, el artículo 224 dispone que la mala fe de los cónyuges consiste en el conocimiento que hubieren tenido, o debido tener, al día de la celebración del matrimonio, del impedimento o circunstancia que causare la nulidad. Aclara la norma que no habrá buena fe por ignorancia o error de derecho, ni tampoco por ignorancia o error de hecho que no sea excusable, a menos que el error hubiera sido ocasionado por dolo.

Por último, modificando el alcance establecido en el artículo 91 de la ley 2393, que sólo contemplaba el supuesto de error¹⁶, el artículo 225 de la actual normativa dispone en forma amplia, que *el cónyuge de buena fe puede demandar, por indemnización de daños y perjuicios al de mala fe y a los terceros que hubiesen provocado el error, incurrido en dolo o ejercido la violencia.*

Cabe además señalar que aparte del artículo 91 recién mencionado, la ley 2393 también contenía otra norma que se refería a la indemnización por nulidad del matrimonio, el artículo 109, cuyo texto -interpretado aisladamente y en forma exegética- podía llegar a entenderse en el sentido de que la reparación por daño moral no procedía cuando el matrimonio había sido disuelto en casos tales como el dolo o la impotencia de uno de los cónyuges, supuestos éstos que

¹⁶ Dicha norma establecía que "el cónyuge de buena fe puede demandar al cónyuge de mala fe y a los terceros que hubiesen provocado el error, por indemnización de daños y perjuicios".

causaban la nulidad, pero que no se hallaban enumerados entre los impedimentos matrimoniales del artículo 9 de esa ley, al que se refería el artículo 109. No obstante, la interpretación predominante era la amplia, de la que resultaba que la reparación comprendía todos los supuestos de nulidad de matrimonio¹⁷.

2. Fundamento de la responsabilidad

Resulta claro que el cónyuge que, a sabiendas de la existencia de un impedimento dirimente para contraer matrimonio, lo mismo lo contrae con quien, por un error de hecho excusable, ignoraba la existencia de ese impedimento y, como consecuencia, que el matrimonio era susceptible de nulidad, comete un acto antijurídico¹⁸. Y como tal, debe resarcir los perjuicios causados¹⁹, no sólo por aplicación de las normas generales de responsabilidad extracontractual (arts. 1068, 1077, 1078, 1109 y concordantes del Código Civil), sino también en virtud de la específica disposición más arriba transcrita, establecida en el artículo 225.

Cabe poner de relieve que el fundamento extracontractual de la responsabilidad no se ve cuestionado por el carácter contractual que se le ha querido endilgar al matrimonio, con fundamento en el hecho de requerirse el consentimiento de ambos esposos para su celebración. Es que si bien el acto celebratorio del matrimonio es un acto

¹⁷ Ver sobre esto, Fassi, Santiago Carlos, *Débito conyugal y daño moral*, "L.L.", 129-550 y 551, III, y fallos allí citados.

¹⁸ Conf., Zannoni, Eduardo A., *Derecho de Familia*, 2a. edición actualizada, Bs. As., 1989, t. I, pág. 336, parágr. 262; Mazzinghi, Jorge A., *Derecho de familia*, 3a. ed. act., t. 1, Bs. As., 1995, pág. 457, d).

¹⁹ Específicamente con relación al contagio del SIDA, en las Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones, realizadas en homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, se sostuvo en forma unánime que eran indemnizables los daños materiales y morales causados por la nulidad del matrimonio declarada por el ocultamiento del SIDA que padece uno de los contrayentes.

jurídico bilateral, el mismo no constituye un contrato²⁰, no obstante encuadrar en la definición que del contrato establece el art. 1137 del Código Civil²¹. Para lo cual es una valla infranqueable no sólo el hecho de constituir el matrimonio una integración de carácter personal, formada por dos personas vinculadas en su diferenciación sexual, sino además la inexistencia en el acto de celebración del matrimonio de un objeto de carácter patrimonial, como necesariamente exige para los contratos -en el caso de nuestro país- el art. 1169 del Código²².

²⁰ Conf., entre muchos otros, Acuña Anzorena, Arturo, *Naturaleza de la responsabilidad y régimen de prescripción de la acción resarcitoria ejercida por uno de los cónyuges contra el otro por causa de nulidad del matrimonio*, "L.L.", 78-190, I. Como recuerda Belluscio, la tesis de la existencia de un contrato llegó a su máxima expresión legislativa en Francia, en la Constitución de 1791, que estableció que la ley no consideraba al matrimonio sino como un contrato civil (*Manual de Derecho de Familia*, 5a. ed. act., Buenos Aires, 1991, t. I. pág. 145, N° 59 inc. c). Lo cual tenía su razón de ser por la necesidad de los juristas de fundamentar la posibilidad del divorcio, pues al tratarse de un contrato, los esposos podían dejarlo sin efecto por una declaración de voluntad común en ese sentido; conf. Zannoni, *Derecho de familia*, cit., t. I., pág. 127, N° 92, el que, no obstante, aclara que no había consenso entre los sostenedores de la tesis contractualista, sobre el papel de la voluntad en la disolución del matrimonio, citando al efecto las ideas expuestas en tal sentido por Grocio, Hobbes y Locke. Similar es lo expresado por Ripert y Boulanger, quienes, no obstante, afirman que, en realidad, nadie soñó con asimilar el matrimonio a un contrato, puesto que, de no ser así, ninguna diferencia de naturaleza existiría entre el concubinato y el matrimonio, que, en cambio, es *perpetuo* y, en principio, *indisoluble*, siendo esto último -según afirman dichos autores-, lo que ha dado al matrimonio moderno su carácter peculiar (Ripert, Georges y Boulanger, Jean, *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, Bs. As. 1963, t. II, vol. I, pág. 176, N° 1114).

²¹ Mazzinghi afirma que lo que existe en común entre el contrato y el matrimonio es la acción de la voluntad como factor generador de un sistema de derechos y obligaciones que, con motivo del matrimonio, nacen entre las partes (*Derecho de familia*, cit., t. I, pág. 110). No obstante, hay legislaciones que, al menos formalmente, han calificado de *contrato* al matrimonio, como por ejemplo el Código Civil de Venezuela, que titula el Capítulo II, Tít. IV, del Libro 1º, *De las formalidades que deben preceder al contrato de matrimonio*. Esto también fue así en el Dec.-ley de matrimonio civil de Venezuela del año 1873, y en el art. 68 del anterior Cód. Civil venezolano.

²² Conf. Belluscio, quien afirma que la noción de *contrato* es ajena a la de los actos jurídicos familiares personales, debido a que constituye un concepto esencialmente patri-

Por otra parte, y permítasenos extendernos un tanto en este aspecto, contrariamente al contrato, en que las partes deciden la mayoría de sus cláusulas, jugando un papel más o menos relevante la autonomía de la voluntad, pues las disposiciones consideradas de orden público y por tanto limitativas de esa voluntad, constituyen una excepción, en el matrimonio, en cambio, las partes sólo prestan su consentimiento, pues ellas nada deciden en cuanto a los derechos y obligaciones que tienen, los que se encuentran preestablecidos en disposiciones legales que no pueden ser dejadas de lado por los contrayentes²³.

monial; por esa razón es que también desecha la expresión "contrato de derecho de familia": *Manual de Derecho de familia*, cit., t. I, pág. 148, N° 59 inc. f). Ver también sobre el tema: Spota, Alberto G., *Tratado de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de Familia*, vol. 1 (11), Buenos Aires 1962, págs. 90 y 91, N° 11, nota 52; Javier Hervada y Pedro Lombardia, *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho Canónico*, Pamplona, 1973, t. III, pág. 215, 3a), y pág. 216, b'), donde sostienen que "la estructura jurídica del matrimonio no es otra cosa que las exigencias y dinamismo de la *inclinatio natural* y, dentro de ella, del amor conyugal, plasmados en exigencias y en una relación jurídica", y dado que la *inclinatio natural* del varón y la mujer es la de la unión en una comunidad personal, que se funda en la concordia y que se manifiesta en posesiones comunes y en relaciones de solidaridad, "no tiene demasiado sentido reducir el vínculo matrimonial a una relación bilateral de intercambio de prestaciones. Por el contrario, es la estructura jurídica de una *comunidad* y, en consecuencia, pertenece al género de las relaciones jurídicas comunitarias".

²³ Conf. Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, t. I, págs. 51 y 52, N° 51; Ripert y Boulanger, *Tratado de Derecho Civil*, cit., t. II, vol. I, pág. 177, N° 1117; Höffner, Joseph, nota en *Gran Enciclopedia Rialp*, Madrid 1981, t. XV, pág. 295; Mazzinghi, Jorge A., *Derecho de familia*, cit., t. I, págs. 110 y 111, quien afirma que además de la existencia de un sistema de normas imperativas que las partes no pueden modificar, en el matrimonio no existe -como en el contrato-, la facultad rescisoria, aun cuando la liberalización del divorcio -añade- oscurece en forma considerable esta diferencia. Los sostenedores de la tesis contractualista manifiestan, sobre dicho aspecto, que las normas que prohíben la regulación convencional de la relación matrimonial son consecuencia de la naturaleza especial de la convención, del contrato de matrimonio, pero no destruyen su esencia contractual (ver sobre ello, Grisanti Aveledo de Luigi, Isabel, *Lecciones de Derecho de Familia*, 5a. edición, Venezuela, 1991, pág. 94). Barbero también cuestiona la tesis contractualista, debido a los efectos personales de la institución -que, como tales, dice, no son susceptibles de apreciación pecuniaria-, aunque entiende, no obstante, que la reforma de la ley 23.515 ha hecho que el matrimonio se parezca cada vez más a un contrato, considerando dicho autor que se halla en curso o rumbo de llegar a serlo, en el futuro (Barbero, Omar U., *Naturaleza del Matrimonio en el Derecho Civil Argentino*, en "Derecho de Familia", libro homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, cit., págs. 122 y 123).

Ripert y Boulanger ponen el acento en el hecho recién señalado de la obligatoriedad de las reglas que rigen el matrimonio, que constituye la familia, la que además de a los esposos, también interesa a los terceros. Manifiestan además sobre el tema, que el contrato sólo vincula a las partes por un tiempo y puede ser revocado por su consentimiento mutuo, mientras que el matrimonio es perpetuo, y según la religión católica, indisoluble, pudiendo disolverse según la ley civil, con intervención de los jueces y sólo por determinadas causas²⁴.

Zannoni recuerda la existencia, en la actualidad, de una concepción contractual, en la que se caracteriza al matrimonio como un *contrato de derecho familiar*, que, a nuestro juicio, de contrato tiene poco, pues carece de las características de éstos, interviniendo la voluntad, como dijimos, únicamente en la constitución del vínculo matrimonial. Los autores italianos que cita Zannoni no llegan a convencernos de la bondad de esa caracterización, en especial cuando afirman que "el contrato de matrimonio... es un contrato de derecho familiar perfectamente distinto de todos los otros contratos de carácter patrimonial", afirmación que, por sí misma, está demostrando la inexistencia de un verdadero contrato²⁵.

En el fallo de la Sala B de la Cámara Nacional Civil, dictado con fecha 18 de agosto de 1978, el vocal Dr. Alfredo Di Pietro afirmó que el matrimonio no es un contrato sino una verdadera institución, basada en el orden natural, puesto que hombre y mujer aparecen dispuestos para ser *duo in carne una*, tal como lo dice el precepto bíblico, no pudiendo por tanto el mismo ser considerado como un mero "negocio jurídico"²⁶.

Es que una vez celebrado el matrimonio se crea para los cónyuges un estado de familia, que podría ser llamado *estado matrimonial*, del cual no pueden las partes apartarse válidamente y en el cual, además de los esposos, también se halla interesada la sociedad en su conjun-

²⁴ *Tratado de Derecho Civil*, t. II, vol. I, cit., págs. 176 y 177, N° 1115.

²⁵ *Derecho de familia*, cit., t. I, págs. 128 y 129, N° 93.

²⁶ "L.L.", 1979-C-8.

to, habiendo surgido discrepancias en doctrina sobre la naturaleza jurídica de ese estado, que debe ser claramente diferenciado del acto celebratorio del matrimonio, y que tiene ciertas características especiales. La mayoría de la doctrina -en especial en nuestro país-, se ha inclinado por considerarlo como una *institución*, adhiriendo, de tal manera, a la célebre teoría que no obstante haber tenido algunos antecedentes en Hegel, en realidad puede considerarse como nacida a comienzos de este siglo, por mérito de Lefèbre, en un artículo publicado en el año 1902²⁷. Con posterioridad, tanto Renard como Maurice Hauriou la desarrollaron, precisamente para dar cabida en lo que este último autor denominó *institución*, a una serie de figuras jurídicas cuyas características no encajaban adecuadamente en los moldes clásicos, y que pone el acento -en lo referente al matrimonio-, en el hecho de la inderogabilidad de las normas a las cuales quedan ellos sometidos como consecuencia de su celebración²⁸.

La teoría de la institución, que, como resulta de lo hasta aquí dicho, no se refiere sólo al matrimonio, se aplicó como una reacción frente a la doctrina contractualista del matrimonio, siendo la única función que en esa teoría se le da al contrato, la de que el consentimiento o pacto conyugal *funda* (en el sentido de que da nacimiento), a cada matrimonio en particular, fundación que "trasciende el fin que subjetivamente se hayan propuesto los contrayentes, al insertarse en un contexto jurídico humano, social y religioso que desborda sus voluntades"²⁹.

²⁷ Ripert y Boulanger, sin embargo, afirman que la idea de la institución ya había sido concebida por los juriconsultos romanos (*Tratado de Derecho civil*, cit., t. II, vol. I, pág. 177, N° 1116).

²⁸ Conf. Belluscio, *Manual de Derecho de familia*, cit., t. I, págs. 147 y 148, N° 59 incs. d) y f). Acuña Anzorena ha señalado, a su vez, que desde el momento en que el matrimonio adquiere categoría de "institución social", con un régimen estatal preconstituido, deja de ser contrato (*Naturaleza de la responsabilidad...*, cit., "L.L.", 78-191, I, 2).

²⁹ Javier Hervada y Pedro Lombardia, *El Derecho del pueblo de Dios...*, cit., t. III, pág. 214, N° 55, donde recuerdan la definición que el canonista Giménez Fernández da de la institución, de la que dicen que es un "sistema de vinculaciones jurídicas preestablecidas en orden a su finalidad y públicamente conocidas".

Siguiendo lo expresado por Vélez Sarsfield en la nota puesta al título del matrimonio, Borda también se muestra de acuerdo en caracterizarlo como una institución³⁰, considerándolo Mazzinghi como la "comunidad de vida, establecida entre dos personas, por libre decisión de su voluntad y con carácter indisoluble, con el objeto de procrear hijos y educarlos, y de asistirse recíprocamente"³¹.

Cabe asimismo señalar que la teoría de la institución para caracterizar al matrimonio fue adoptada por la Constitución Pastoral "Gaudium et Spes", del Concilio Vaticano II, que, entre otros conceptos, expresa que "del acto humano por el que los esposos se dan y se reciben mutuamente nace, aún ante la sociedad, una institución confirmada por la ley divina".

En definitiva, como se advierte, resulta claro que la especial relación que surge entre los esposos con motivo de la celebración del matrimonio no puede ser caracterizada como un contrato, lo que hace que su nulidad no pueda dar lugar a una responsabilidad de carácter contractual.

3. La acción resulta procedente sólo luego de haberse declarado la nulidad del matrimonio

Se plantea la cuestión de si la reparación de los daños causados sólo resulta procedente en el supuesto de que el matrimonio hubiera sido anulado, o también cuando no obstante no haberse declarado la nulidad, existen causas que la hacen procedente, sea que se trate de un supuesto de nulidad absoluta, o relativa.

³⁰ *Tratado de Derecho Civil. Familia*, cit., t. I, pág. 52, N° 51. Remitimos a lo expresado sobre las notas diferenciales entre contrato e institución, que ha puesto de relieve Georges Renard en su libro *La Theorie de l'institution*, París 1930, págs. 363 y sigs., que resume Borda en la pág. 53.

³¹ *Derecho de familia*, cit., t. I, pág. 94.

Nosotros creemos que la indemnización sólo puede ser reclamada cuando la nulidad hubiera sido declarada, pero no cuando ello no hubiera ocurrido³², por cuanto la acción sólo le corresponde al esposo de buena fe, lo cual debe ser determinado en la sentencia. Por otra parte, el artículo 225 se encuentra legislado dentro del capítulo referente a los "efectos de la nulidad del matrimonio", por lo que dicha norma contempla, específicamente, el supuesto de que se anule el matrimonio.

En el Código Civil español la solución resulta de la propia norma, pues el artículo 98 establece que "el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización..."³³.

4. Alcance de la reparación

El artículo 225 del Código nada aclara al respecto, por lo que corresponde la aplicación del artículo 1078, que en su primera parte establece que *la obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima*.

Fácilmente se advierte la existencia, en el caso de la anulación de un matrimonio, de una lesión en los sentimientos del esposo de buena fe que inducido engañosamente por el otro a contraer matrimonio, se encuentra de pronto con que la unión, en la que había depositado de por vida sus legítimas esperanzas de desarrollo en comunidad, de asistencia material y espiritual recíprocas, de procreación y, en fin,

³² Conf., Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, 9a. ed., t. I, pág. 181, N° 216; Vidal Taquini, Carlos H., *Matrimonio Civil. Ley 23515*, Bs. As., 1991, pág. 700, parágr. 2; CNCivil, Sala B, "J.A.", 1955-II-435.

³³ Carlos María Entrena Klett señala al respecto al analizar dicha norma, que la determinación del derecho a la indemnización "deberá hacerse en la sentencia en la que se declare la nulidad del matrimonio y la buena fe de uno de los esposos, así como la mala fe del otro..." (*Matrimonio, separación y divorcio. En la legislación actual y en la historia*, 3a. ed., Pamplona, 1990, pág. 516).

de satisfacción del amor, se ve trunca por una acción del otro cónyuge. En igual sentido, Brebbia señala que en el caso de la nulidad del matrimonio, el daño moral consiste en la frustración de los fines extrapatrimoniales perseguidos al contraer matrimonio, tales como el de la procreación y educación de la prole, la satisfacción del amor, la mutua compañía y asistencia, a través de la constitución de una familia³⁴.

Pero sin perjuicio del daño moral, también pueden haberse producido al esposo de buena fe daños de carácter patrimonial, que pueden ser de variada índole, como, por ejemplo, los resultantes de los gastos de todo tipo en que hubiera incurrido para la celebración del matrimonio, como, entre otros, los efectuados con motivo de la fiesta de casamiento; los derivados del alquiler de una vivienda con la finalidad de constituir allí el hogar conyugal, que no hubiera hecho de no haberse casado; los del viaje de bodas; etc., etc. En otro orden de cosas, también el esposo de buena fe pudo haber perdido oportunidades de trabajo con motivo del casamiento, o tenido que renunciar a un empleo remunerado que se hallaba desempeñando, etc.³⁵.

Zannoni afirma, a su vez, que el ámbito del daño moral es más vasto que el de los daños materiales, estimando dicho autor que la nulidad del matrimonio provoca, además de un daño moral genérico, un agravio moral específico, en función del supuesto que ha producido la nulidad³⁶. Vidal Taquini coincide con lo recién expresado, y además afirma que para determinar el monto de la reparación, que no debe ser meramente simbólico, deben ponderarse adecuadamente las condiciones personales y particulares de los cónyuges, como tam-

³⁴ *El daño moral en las relaciones de familia*, cit., pág. 366, 19.

³⁵ Fassi menciona, sin que ello signifique una enumeración taxativa, a los gastos de matrimonio y días de trabajo perdidos (*Débito conyugal y daño moral*, cit., "L.L.", 129-551, III).

³⁶ *Derecho de familia*, cit., t. I, pág. 336, parágr. 262; Fassi, Santiago C., *Débito conyugal y daño moral*, "L.L.", 129-550. Conf. en cuanto a que el daño moral suele ser en estos supuestos de mayor significación que el daño patrimonial: Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, t. I, págs. 180 y 181, n° 215.

bién la repercusión social que en el medio donde actúa el esposo de buena fe ha tenido la difusión de lo ocurrido³⁷.

5. Prueba del daño

Con relación a la prueba del daño, creemos que debe efectuarse una distinción entre el daño de carácter patrimonial y el daño moral, debiendo aplicarse con relación al primero las reglas generales del *onus probandi*, entre ellas, la necesidad de la acreditación del daño.

Distinta es a nuestro juicio la solución cuando se trata de la reparación del daño moral, cuya existencia entendemos que debe ser presumida, dada la evidente frustración que normalmente se produce en toda persona que por una circunstancia ajena a ella, ha visto destrozadas sus legítimas esperanzas y sus anhelos de fundar una familia³⁸.

Sin embargo, también creemos que esa presunción es *iuris tantum*, o sea que admite prueba en contrario, pudiendo haber ocurrido que, por circunstancias especiales, en el caso particular no se hubiera producido un daño moral, lo cual debe ser debidamente acreditado, debiendo en tal caso la prueba ser interpretada con estrictez, dada la presunción a la que aludimos, de la existencia de daño moral. También se puede alegar la existencia de circunstancias que agravan o que limitan el daño, todo lo cual también debe probarse.

6. Quiénes deben responder

El artículo 225 es claro, en cuanto dispone que son responsables de los daños causados tanto el esposo de mala fe, como también los terceros que hubiesen provocado el error, incurrido en dolo o ejercido la violencia que, en definitiva, llevó al cónyuge de buena fe a la celebración del matrimonio.

³⁷ Vidal Taquini, Carlos H., *Matrimonio Civil*, cit. pág. 699.

³⁸ Conf., Fassi, Santiago Carlos, *Débito conyugal y daño moral*, cit., "L.L.", 129-554, IX.

Cuando hubiera más de un responsable, la responsabilidad es de carácter solidario, por aplicación de los principios generales (arts. 1081 y 1109, Código Civil).

7. Prescripción de la acción

Al no tratarse de un incumplimiento de obligaciones convencionales sino de una responsabilidad de carácter extracontractual, la acción prescribe a los dos años (arts. 4037, Cód. Civil)³⁹.

Creemos, además, que ese plazo debe contarse desde que la sentencia de nulidad del matrimonio haya pasado en autoridad de cosa juzgada, y no, en cambio, desde que la causa de nulidad fue conocida por el esposo de buena fe, por cuanto la acción que se inicia con fundamento en el artículo 225 del Código, sólo se halla expedita desde que la sentencia se encuentra firme, dado que los daños de que se trata son los que derivan de la nulidad del matrimonio -mientras ella no se declare, la acción carecerá de causa-, que sólo se produce a raíz del dictado de la sentencia de nulidad (art. 339, *in fine*)⁴⁰. No juega en este caso el principio -que no es de carácter absoluto- que dispone que la acción emergente de un acto ilícito comienza a correr desde que el hecho se produce, o desde que el mismo haya llegado a conocimiento del damnificado, por cuanto ello es así siempre que el ejercicio de la acción indemnizatoria no quede supeditado a una previa declaración judicial, como nos parece que es el caso, en que debe antes decretarse la nulidad del matrimonio⁴¹.

³⁹ Conf., CNCivil, Sala B, "L.L.", 78-189, con nota aprobatoria -en el aspecto reseñado en el texto- de Acuña Anzorena, Arturo, *Naturaleza de la responsabilidad...*, cit.; Belluscio, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, cit., t. I, pág. 322, N° 171; Vidal Taquini, Carlos H., *Matrimonio Civil*, cit., pág. 700, parágr. 2.

⁴⁰ Conf., Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*, cit., t. I, pág. 181, N° 216; Belluscio, Augusto C., *Manual de Derecho de familia*, cit., t. I, pág. 322, N° 171. Las normas que en la ley 2393 resolvían el tema, eran los arts. 91 y 109, disponiendo este último que debía haberse "producido su nulidad" (la del matrimonio).

⁴¹ Conf. Acuña Anzorena, Arturo, *Naturaleza de la responsabilidad...*, cit., "L.L.", 78-193, 8.

Por otra parte, conforme resulta del artículo 3969 del Código, la prescripción no corre entre marido y mujer, por lo que mientras no se decreta la nulidad del matrimonio, ambos continúan siendo cónyuges y, en consecuencia, dicha norma resulta aplicable.

8. Derecho comparado

Por aplicación del artículo 129 del Código Civil italiano, modificado por la ley del 19 de mayo de 1975, si el juez anula el matrimonio contraído por ambos esposos de buena fe, puede disponer a cargo de uno de ellos y por un plazo no superior a tres años, la obligación de satisfacer al otro sumas periódicas de dinero, en proporción a sus posibilidades, siempre que el beneficiario no haya contraído un nuevo matrimonio. El artículo siguiente, 129 bis, contempla el supuesto de buena fe por parte de uno sólo de los esposos, caso en el cual tanto el esposo de mala fe como el tercero al que también le haya sido imputable la nulidad, deben abonar en forma solidaria -siempre que hubiera habido concurrencia en el acto ilícito- una indemnización al cónyuge de buena fe, sin que a éste le sea necesario probar el daño. La indemnización consistirá en una suma que resulte suficiente para el mantenimiento del esposo de buena fe por el término de tres años; además, el esposo de mala fe tiene la obligación de prestarle alimentos al de buena fe, en el supuesto de que no hubiera otra persona obligada. A su vez el artículo 139 del Código establece una multa de escaso monto, que el esposo de mala fe debe pagar al de buena fe, por no haberle informado sobre la existencia de la causa de nulidad.

Más arriba ya hemos recordado lo normado en el artículo 98 del Código Civil español, donde se establece el derecho a una indemnización a favor del cónyuge de buena fe⁴² cuyo matrimonio haya sido

⁴² Si bien parece claro que si ambos cónyuges son de buena fe, entre ellos no podrían reclamarse la indemnización a la que se refiere esta norma (conf., González Poveda, Pedro, *De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*, en *La Ley del Divorcio. Experiencias de su aplicación*, 4a. ed., Madrid, 1992, pág. 105; Clemente Meoro, M., *Derecho de*

declarado nulo y que hubiera convivido con el de mala fe, debiendo para la determinación de la indemnización atenderse a las circunstancias que prevé el artículo 97 para la fijación de una pensión a favor del esposo al que la separación o el divorcio le hubieran producido un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implicara un empeoramiento en relación a su situación anterior en el matrimonio. Además, en la segunda parte del artículo 95 se establece que el cónyuge que hubiera obrado de buena fe puede optar por aplicar, en la liquidación del régimen económico matrimonial, las disposiciones relativas al régimen de participación, no teniendo el de mala fe derecho a participar en las ganancias obtenidas por el otro esposo.

El Código Civil del Paraguay también contiene -al igual que el nuestro- una norma que admite la procedencia de la indemnización en el supuesto de nulidad del matrimonio. En tal sentido, en la tercera parte del artículo 186 se establece que "el contrayente de mala fe deberá indemnizar al de buena fe de todo daño resultante de la nulidad de matrimonio".

En el año 1963 se redactó en Bolivia un Anteproyecto de Código de Familia, en el cual se preveía una norma que además de establecer una multa a cargo de quienes contraían matrimonio sabiendo que se encontraban legalmente impedidos para ello, así como también a cargo del cónyuge que no le comunicara al otro la existencia del impedimento que causaba la nulidad del matrimonio, disponía que "en caso de declararse la invalidez del matrimonio el cónyuge inocente puede obtener el resarcimiento del daño moral y material que haya sufrido".

Familia, 2a. ed., Valencia, 1995, pág. 174 y 175), hay autores que opinan lo contrario, con fundamento principal en que si en relación con el divorcio la idea de la culpabilidad no es decisiva para que nazca el derecho a la pensión compensatoria, sería inconsecuente -según afirman- concluir que en los casos de nulidad sólo habría de indemnizar el esposo de mala fe, más aún teniendo en cuenta que la indemnización del art. 98 es compensatoria de las consecuencias de la nulidad, a la que han sido ajenos ambos esposos (Lasarte Alvarez, Carlos y Valpuesta Fernández, María del Rosario, coment. al art. 98 del Código Civil, en *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo título IV del libro I del Código Civil*, coordinados por Lacruz Berdejo, José Luis, Madrid, 1982, págs. 776 y 777, III; Reina, Víctor, *Culpabilidad conyugal y separación, divorcio o nulidad*, Barcelona, 1984, págs. 195 y 196).

No obstante, esta última parte no fue incluida en el Código de Familia sancionado en el año 1972 -pero que tuvo vigencia desde el mes de agosto de 1977-, a pesar de que este cuerpo de leyes sigue en gran parte el contenido del mencionado Anteproyecto.

Siguiendo la pauta establecida por el artículo 156 del Código del año 1936, el actual Código Civil del Perú, del año 1984, establece en su artículo 283 que "son aplicables a la invalidez del matrimonio las disposiciones establecidas para el caso de divorcio en lo que se refiere a la indemnización de daños y perjuicios". Por su parte el artículo 351 admite, como una facultad del juez, el conceder una suma de dinero únicamente en concepto de reparación del daño moral, cuando los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente.

Por su parte el Código Civil uruguayo dispone, para el supuesto de que la mala fe en la nulidad del matrimonio hubiera sido de parte de sólo uno de los esposos, que éste recobrará sus bienes propios, pero perderá la mitad de gananciales y todas las donaciones y ventajas matrimoniales (art. 211, inciso 3°).

De conformidad al artículo 261 del Código Civil para el Distrito Federal de Méjico, declarada la nulidad del matrimonio, se procederá a la división de los bienes comunes, y si hubiera habido buena fe por parte de uno sólo de los cónyuges, se aplicarán íntegramente a éste los productos repartibles. Además, quedarán sin efecto las donaciones prenupciales que hubiera hecho el cónyuge inocente al culpable, debiendo las mismas ser devueltas a aquél, con todos sus productos (art. 262, II).

II. DAÑOS DERIVADOS DE LA SEPARACIÓN PERSONAL Y DEL DIVORCIO

1. Planteamiento de la cuestión

Se ha controvertido la procedencia de la indemnización a favor del cónyuge inocente de la separación personal y del divorcio, por los daños y perjuicios tanto materiales como morales que el mismo hubiera sufrido no sólo con motivo de los hechos que llevaron a una sentencia que inculpó de la ruptura conyugal sólo a uno de los esposos o a ambos, sino también por los derivados del hecho mismo de la separación o del divorcio⁴³.

La doctrina se encuentra dividida al respecto, existiendo varias posiciones, desde la que niega la indemnización, pasando por quienes la admiten únicamente si los hechos ocurridos son muy graves, o aquellos que la admiten sólo por los daños que resultan de los hechos ilícitos que se constituyeron en causas de separación o de divorcio, o la tesis más amplia, que afirma que no sólo estos últimos daños deben ser resarcidos, sino también aquellos que se han producido como consecuencia de la separación o del divorcio considerados en sí mismos.

Pero en lo que existe un consenso unánime entre quienes admiten la procedencia de la indemnización⁴⁴, es en lo relativo a que ella sólo resulta procedente cuando la separación o el divorcio se han decretado por causas culpables, pero no, en cambio, cuando lo han sido por causales de tipo objetivo, como cuando se decreta con fundamento en la existencia de enfermedades mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la droga; o por separación de hecho

⁴³ En cuanto a la distinción referida en el texto, ver, entre otros, a Zannoni, Eduardo A., *Derecho de familia*, cit., t. II, pág. 213, N° 744. López del Carril cita a conocidos autores franceses -tales como Planiol-Ripert y Carbonnier-, que han considerado como daños materiales indemnizables la desaparición del derecho hereditario y la disolución anticipada de la comunidad de bienes entre marido y mujer (*Régimen del matrimonio. Separación personal y divorcio*, Bs. As., 1989, págs. 312 y 313, N° 268, notas 591 y 592).

⁴⁴ En cuanto a las discrepancias, véase lo expresado al respecto por Molina Quiroga, Eduardo, *La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio*, "L.L.", 1995-B-348, nota 51.

sin voluntad de unirse por un determinado período de tiempo; o cuando se trata de la presentación conjunta de los cónyuges solicitando que se decrete su separación personal o su divorcio con fundamento en la existencia de causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común.

2. Posición de la doctrina

a) Doctrinas negatorias de la indemnización

Como veremos, varias de las críticas contra la procedencia de la indemnización se han orientado a cuestionarla con fundamento en el hecho de la inexistencia por parte del esposo culpable de la separación o del divorcio, de una obligación que el mismo deba cumplir con motivo de estar unido en matrimonio, que tuviera significación patrimonial y cuyo incumplimiento, en consecuencia, pudiera derivar en un daño producido en el patrimonio del otro cónyuge⁴⁵.

También se ha dicho que la procedencia del resarcimiento implicaría que frente a un mismo hecho se sancionaría dos veces al responsable, debido a que la reparación estaría configurada por la cuota alimentaria, que debe satisfacer el esposo declarado culpable a favor del inocente, cuando se da la situación que contemplan las normas legales para su procedencia.

Otro de los fundamentos de la posición negatoria de la indemnización consiste en la afirmación de la especialidad del derecho de familia y la consiguiente inaplicabilidad, en ese ámbito, de normas generales de responsabilidad que no habrían sido dictadas para supuestos

⁴⁵ Ver sobre ello Di Lella, Pedro, *Derecho de daños vs. Derecho de familia*, cit., "L.L.", 1992-D-863 y sigs. Aclara no obstante dicho autor que si la violación de algún deber específico derivado del matrimonio implica además la comisión de algún acto ilícito civil que obligue a reparar, entonces la reparación derivará de esa disposición, pues el derecho de familia no puede constituir una especie de *bill de indemnidad* para realizar actos ilícitos (págs. 872 y 873, VIII). Este último concepto es destacado especialmente, entre otros, por Patricia Valeria Aréchaga, *¿Es la noción de culpa de la responsabilidad civil subjetiva idéntica a la culpa en el divorcio?*, "L.L.", 1993-E-1151; y Liliana Alejandra Zabala, *Criterios de atribución de responsabilidad por los hechos que dieron lugar al divorcio*, "L.L.", 1991-E-906.

como el del matrimonio, en cuya regulación legal no se explicita la posibilidad de una indemnización para los supuestos de separación personal o de divorcio. Se afirma que, a diferencia de lo establecido para la nulidad de matrimonio en el actual artículo 225 -que tal como hemos visto, admite la procedencia del reclamo por daños y perjuicios al cónyuge de mala fe y a los terceros que allí se indican-, nada se establece al respecto en la ley 23.515 con relación a los supuestos de separación personal y de divorcio, como tampoco se lo hacía en la anterior ley de matrimonio⁴⁶.

Siguiendo esas pautas, Santos Cifuentes ha manifestado que el régimen de sanciones que reglamenta el divorcio es autónomo, no resultando del Código de Vélez ni de las leyes 2393 ó 23.515 una remisión al sistema reparatorio común por responsabilidad contractual o extracontractual, ni tampoco una regulación independiente al respecto, por la cual se consagre la reparación por causa del divorcio y el establecimiento de la culpa al declararlo⁴⁷. Y por el contrario -agrega Cifuentes-, para el supuesto de nulidad del matrimonio se establece expresamente la posibilidad de reclamar una indemnización, de lo cual se desprendería que el silencio en el caso del divorcio y de la separación personal, no podría ser interpretado en el sentido de la posibilidad de la procedencia de la indemnización. Sin embargo, Cifuentes admite una excepción a esa regla, en los supuestos en que los hechos que dieron lugar al divorcio tuvieran una fuerza dañadora muy punzante ya sea en el prestigio, en las esencias comunes espirituales, en lo físico u orgánico del otro cónyuge, superiores en su gra-

⁴⁶ Vidal Taquini, Carlos H., *Matrimonio Civil*, cit., pág. 516. Conf. Díaz de Guijarro, Enrique, *Improcedencia del resarcimiento del daño moral en el juicio de divorcio y su admisibilidad en la nulidad de matrimonio* ("J.A.", 1983-III-625), donde dicho autor fundamenta su negativa al resarcimiento en la especialidad del derecho de familia y la inexistencia en la ley 2393 de normas que, contrariamente a lo previsto en el supuesto de nulidad de matrimonio, dispongan una indemnización para el caso de divorcio; Zabala, Liliana Alejandra, *Criterios de atribución de responsabilidad...*, cit., "L.L.", 1991-E-904 y sigs.

⁴⁷ Contrariamente a ello, sostiene Mosset Iturraspe que la vida en comunidad, donde tiene vigencia plena el deber de no dañar, y por tanto y como contrapartida, la responsabilidad por los perjuicios ocasionados en relación adecuada de causalidad con el hecho antijurídico, no puede fraccionarse, no siendo posible sostener -agrega- que el matrimonio es una comunidad con su propio plexo normativo autónomo y cerrado (*Los daños emergentes del divorcio*, "L.L."; 1983-C-354, IX).

vedad a las que produce la mera ruptura del matrimonio, casos en los cuales podría corresponder la reparación de la lesión causada al bien moral, que debe ser compensada en forma autónoma. Tales casos se darían, por ejemplo, manifiesta dicho autor, cuando se endilgaran en público inmoralidades muy bajas; en el adulterio desembozado, manifestado de modo que se produzca un rebajamiento ante otros, un ataque a la dignidad del cónyuge; los golpes que dejan marcas y entrañan sufrimientos muy graves, hospitalizaciones, incapacidades, etc. En esos supuestos -o similares- se habría sobrepasado la protección que consagran las normas matrimoniales con relación a los derechos del cónyuge inocente⁴⁸.

Por su parte, Alejandra Zabala entiende en lo referente a la violación de los deberes emergentes del matrimonio, que allí la culpa no es tan nítida como en la responsabilidad civil en general, lo que la lleva a oponerse a la aplicación automática de las reglas que rigen esta última. Considera dicha autora como suficiente reparación, los efectos que la ley establece para el supuesto de divorcio declarado por culpa de uno de los cónyuges⁴⁹.

Borda afirma con relación a este tema, que en virtud del principio de la especialidad del Derecho de familia, no se puede tratar de la

⁴⁸ *El divorcio y la responsabilidad por daño moral*, "L.L.", 1990-B-807 y siguientes. Conf. su voto en disidencia en el fallo de la CNCivil, Sala C., "L.L.", 1988-D-376. Ferrer, que ubica a Cifuentes en una posición intermedia entre las doctrinas negatorias y las que se hallan a favor de la procedencia de la indemnización, considera que la doctrina expuesta por dicho autor lleva a un resultado injusto, además de que, a su juicio, encierra una contradicción, derivada del hecho de considerar autosuficiente el régimen de efectos del divorcio, y a su vez aplicar reglas generales de responsabilidad ajenas al derecho de familia, cuando la gravedad del daño llegue a ser superlativa; ello aparte de que en nuestro régimen jurídico -agrega- la obligación de reparar el daño no depende de su mayúscula gravedad, sino de la existencia misma del daño, importando únicamente la gravedad a los efectos de la fijación del *quantum* de la indemnización (*Daños resarcibles en el divorcio*, Bs. As., 1997, págs. 45 y sigs.). Carlos Raúl Sanz, por su parte, afirma que si bien la posición de Cifuentes resulta atractiva, es difícil de vehicular en la práctica, pues ella llevaría a sopesar el grado de intensidad de la afección, la sensibilidad de la víctima y la deliberación del ofensor, todo ello para fijar un resarcimiento, de suyo insusceptible de ser determinado con precisión (*Los daños derivados del divorcio. Precisiones metodológicas en torno a un plenario inevitable, con un epílogo para abogados*, "E.D.", 146-103, II, 2).

⁴⁹ *Criterios de atribución de responsabilidad...*, cit., "L.L.", 1991-E-908.

culpa en el divorcio con el mismo criterio con el que se la juzga en todo daño del derecho propiamente patrimonial. Añade Borda que, no obstante que en general la culpa en el divorcio o la separación es atribuible a ambos cónyuges, el juez puede encontrar culpable a sólo uno de ellos, resultando difícil dilucidar cuál es el cónyuge verdaderamente culpable, o si los hechos en virtud de los cuales se declaró la culpabilidad de uno de ellos no tuvieron como causa otros hechos del otro esposo, igualmente constitutivos de causales de separación, que no se han podido acreditar en el juicio. Por todo lo cual y en razón de que, a su juicio, la reparación ya resulta del derecho por parte del cónyuge inocente de percibir del otro esposo alimentos (art. 207), así como de continuar ocupando el inmueble que fue asiento del hogar conyugal e impedir que el mismo sea liquidado o partido (art. 211), entiende que no se pueden añadir a ello otras reparaciones no contempladas por la ley, lo cual piensa que sería abusivo. Salvo, añade, que el o los hechos que se imputaran a uno de los cónyuges consistieran en lesiones físicas o atentado contra la vida del otro esposo o la de sus hijos, supuestos en los cuales la reparabilidad de los daños no se fundaría en la causal de divorcio sino en el delito criminal cometido⁵⁰. En cuanto a la dificultad -a que se refiere Borda- para determinar quién es el cónyuge

⁵⁰ *Tratado de derecho civil. Familia*, t. I, pág. 516 y sigs., N° 604 y sigs.; y *Reflexiones sobre la indemnización de los daños y perjuicios en la separación personal y en el divorcio*, "E.D.", 147-813. Contra, Méndez Costa, María Josefa, *Separación personal, divorcio y responsabilidad civil. Sus fundamentos*, en libro en homenaje a Mosset Iturraspe, cit., pág. 652; dice dicha autora que el sistema de consecuencias que debe soportar el esposo culpable es típicamente sancionador y justificadamente amplio, pero no es reparador, no comporta una neutralización del daño sufrido ni una compensación satisfactoria que suplante por sus particularidades la del art. 1078 del Cód. Civil. Siendo juez de 1a. Instancia en lo Civil, por sentencia de fecha 3 de julio de 1957 Borda rechazó una demanda de daños y perjuicios iniciada por el marido contra el cómplice de su mujer, que había cometido adulterio, por considerarla contraria a la moral y las buenas costumbres. Sostuvo Borda, parafraseando a Bibiloni, que la conciencia moral se subleva ante los reclamos del marido que pretende cobrarse el precio de su honor lastimado, lo cual -añade- es indigno desde el punto de vista de la sensibilidad argentina ("L.L.", 89-708, con nota de Colombo, Leonardo A., *Indemnización del daño producido por el adulterio de la esposa*). En dicha nota Colombo se pronuncia en forma afirmativa con respecto a la reparación del daño que hubiera sido causado, lo que sostiene con fundamento en el hecho de constituir el adulterio un acto ilícito (Cód. Penal, art. 113), y lo establecido al respecto en los arts. 1077, 1079 y 1081 del Código Civil.

verdaderamente culpable del divorcio, remitimos asimismo a lo expresado en igual sentido por Aréchaga⁵¹.

Yendo más allá de la dificultad de encontrar al culpable de la quiebra del matrimonio, al cuestionar la posibilidad de declarar la culpabilidad exclusiva por parte de uno de los esposos en el divorcio, Mizrahi critica la existencia misma de la culpa, lo que lo lleva a afirmar que no se puede calificar de *ilícitos* a los hechos configurativos de las causales tradicionales de divorcio, pues es precisamente la culpa -concluye- lo que tinte a esos hechos de ilicitud⁵².

También Llambías se ha pronunciado en contra de la indemnización por los daños resultantes del divorcio, con fundamento en el hecho de que la prestación objeto de la obligación debe tener un contenido susceptible de apreciación pecuniaria, lo cual sería ajeno a los deberes de asistencia y fidelidad que derivan del matrimonio. Ello hace -añade- que el incumplimiento de tales deberes, constitutivos a su vez de causas que dan lugar al divorcio, no sean una consecuencia de la violación de una obligación -técnicamente considerada-, lo que lo lleva a concluir en la inexistencia de una obligación resarcitoria⁵³.

Vidal Taquini manifiesta que tanto en el Código de Vélez y en la posterior ley 2393, como también en la actual redacción del Código, se determinan en forma expresa en materia de matrimonio los supuestos en los que procede la indemnización de los daños causados, tal como resulta de los artículos 234 de la primitiva redacción del Código, 8, 34, 35, 91 y 109 de la ley 2393, y 225 de la actual redacción. De lo que resultaría que cuando nada se dice -como ocurre con relación a los daños derivados del divorcio o de la separación personal-, no procedería indemnización alguna, debiendo tal silencio ser interpretado en el sentido de la voluntad del legislador de no acordar

⁵¹ Aréchaga, Patricia Valeria, *¿Es la noción de culpa de la responsabilidad civil subjetiva idéntica a la culpa en el divorcio?*, "L.L.", 1993-E-1150.

⁵² Mizrahi, Mauricio Luis, *Familia, matrimonio y divorcio*, Bs. As., 1998, págs. 198 y 199.

⁵³ Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Bs. As., 1967, t. I, págs. 27 y sigs.

resarcimiento en esa materia⁵⁴. Sin embargo, cabe señalar que dicho autor también recuerda en apoyo de su interpretación el artículo 166 de la primitiva redacción del Código, similar al artículo 8° de la ley 2393, normas que en realidad y siguiendo el razonamiento -que no compartimos- de Vidal Taquini, podrían ser interpretadas en sentido contrario a la postura sustentada por este último, pues en ellas expresamente se establecía que no se admitiría demanda por indemnización de perjuicios causados con motivo de los esponsales, de lo cual podría deducirse la necesidad de la existencia de una norma expresa que prohíba la indemnización, para que ésta resulte improcedente⁵⁵.

b) Doctrinas que admiten el resarcimiento

Belluscio se pronuncia en forma afirmativa con relación a la procedencia de la indemnización, siempre que los hechos que dan lugar a la separación personal -o al divorcio-, que en sí mismos constituyen un acto ilícito, ocasionen un daño al otro cónyuge, correspondiendo asimismo la indemnización -agrega dicho autor- por los daños resultantes del divorcio en sí mismo. No advierte Belluscio que sea inmoral el reclamo de una indemnización por esos motivos, pues de lo que se trata -dice- es de resarcir los perjuicios ocasionados en forma directa o indirecta por la conducta del cónyuge culpable, y no, en cambio, de obtener un beneficio⁵⁶.

⁵⁴ *Tratado de derecho civil. Familia*, cit., t. I, págs. 517 y 518. Zannoni, en cambio, interpreta dichas normas en forma distinta, pues afirma que el hecho de que la ley prevea la reparabilidad de los daños en determinadas situaciones, no excluye la reparación de los que ocurran en situaciones que, aunque distintas y no contempladas en forma expresa, son similares, lo cual permite una eventual aplicación analógica (*Derecho de familia*, cit., t. II, pág. 215, N° 745).

⁵⁵ En cuanto a la posición de Vidal Taquini, debemos hacer notar que el mismo está de acuerdo en la procedencia de la indemnización -por aplicación de las normas generales en materia de responsabilidad extracontractual-, cuando existan daños derivados de la ruptura de los esponsales (*Matrimonio civil*, cit., págs. 48 y sigs.), y ello a pesar de que tampoco en este caso existe, en materia matrimonial, una norma expresa que establezca la indemnización.

⁵⁶ *Manual de derecho de familia*, cit., t. I, págs. 439 y 440, N° 276. Agrega Belluscio que la cuestión adquiere relevancia frente a las modificaciones introducidas en el Código por las

En forma análoga, Zannoni manifiesta que a fin de determinar la reparabilidad de este tipo de daños, debe partirse del principio general en materia de responsabilidad civil, contenido en el artículo 1109 del Código, y hacer aplicación de las normas de los artículos 1068, 1077, 1078 y concordantes; agrega dicho autor que las causales de divorcio revisten el carácter de hechos ilícitos, en tanto implican una violación de los deberes matrimoniales, los cuales, aunque técnicamente no constituyen obligaciones de contenido patrimonial, ocasionan un daño que debe ser indemnizado, aunque el contenido del deber fuera, en su origen, de carácter extrapatrimonial⁵⁷. Lo cual es así sea que se trate de daños inmediatos (art. 901, 1ª parte, Código Civil), como puede ser el daño moral que es provocado por la lesión de derechos subjetivos o intereses legítimos del cónyuge inocente; o de daños mediatos (art. 902, 2ª parte, Código Civil), los cuales serán imputables al esposo culpable cuando el mismo los previó o cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlos (art. 904, Código Civil). Entre estos últimos daños Zannoni enumera a gastos tales como los de alquiler de otra vivienda, los de mudanza, etc., que provocó la exclusión del hogar del cónyuge que finalmente fue declarado inocente; los perjuicios que le provoca al cónyuge inocente tener que dividir los bienes gananciales, cuando esa circunstancia le impide proseguir con una actividad comercial o industrial productiva, como cuando se liquida un fondo de comercio; etc.⁵⁸.

leyes 17.711 y 23.515, en cuanto la disolución de la sociedad conyugal se produce necesariamente por el dictado de la sentencia ya sea de divorcio o de separación personal, y debido a que el divorcio le hace perder también al cónyuge inocente la vocación hereditaria. Ya Belluscio había expresado esa misma opinión en sus notas *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, "L.L.", 105-1043 (Ver especialmente págs. 1054 y sigs.); y *Los daños y perjuicios derivados del divorcio frente a la reforma del Código Civil*, "L.L.", 134-1429 y sigs., donde, entre otros conceptos, afirma la procedencia de la reparación de los daños derivados de la disolución de la sociedad conyugal motivada por la culpa del cónyuge (pág. 1433).

⁵⁷ *Derecho de familia*, cit., t. II, pág. 215, N° 745. Ver, del mismo autor, *El divorcio vincular en la Argentina. Sus bases programáticas*, Bs. As., 1983, págs. 117 y 118. Conf. Mosset Iturraspe, Jorge, *Los daños emergentes del divorcio*, cit., "L.L.", 1983-C-349, II.

⁵⁸ Págs. 213 y 214, N° 744.

También Mazzinghi es partidario de la procedencia de la reparación de los daños y perjuicios producidos por los hechos -que califica de ilícitos⁵⁹- que dan lugar a la separación o al divorcio por culpa de uno de los cónyuges, debiendo repararse tanto el daño material como el daño moral. Agrega dicho autor que no corresponde, en cambio, la reparación del daño moral derivado de la sentencia de divorcio, pero sí los daños materiales derivados de una sentencia de esa naturaleza, en cuanto sean daños ciertos que constituyan una consecuencia directa de ese pronunciamiento, y estén apoyados en pruebas que demuestren sin lugar a duda su existencia y entidad; tales serían, por ejemplo, los daños derivados de la disolución de la sociedad conyugal, que se produce en forma ineludible por la sentencia (conf., artículo 1306, Código Civil)⁶⁰.

López del Carril, por su parte, considera que la especialidad del Derecho de Familia -doctrina que dicho autor comparte- no constituye óbice para la aplicación de las normas del Código que establecen la reparación del daño material y del daño moral que configuran actos ilícitos, no debiendo existir ilicitud -agrega- sin que haya una reparación del daño sufrido⁶¹. Siguiendo la doctrina mayoritaria, dicho autor se muestra partidario de la indemnización, con fundamento en los artículos 225, 898, 902, 1068, 1072, 1075, 1080, 1109 y 3969 del Código Civil⁶², y agrega más adelante que la procedencia de la indemnización resulta del hecho de no existir una norma expresa que la prohíba, debiendo, en consecuencia, insistir, aplicarse las normas generales⁶³.

⁵⁹ Conf. en cuanto a la ilicitud de esos hechos, entre otros, Ferrer, Francisco A. M., *Daños resarcibles en el divorcio*, cit., pág. 59.

⁶⁰ *Derecho de familia*, cit., t. III, págs. 364 y sigs., N° 597. Aclara Mazzinghi que la indemnización del daño moral no es admisible en los supuestos de los artículos 203, 204, 1a. parte, 214, inciso 1°, y 215, pues en tales casos no se le puede enrostrar culpa a ninguno de los esposos.

⁶¹ *Régimen del matrimonio*, cit., págs. 310 y 311, N° 263.

⁶² *Régimen del matrimonio*, cit., pág. 154. Conf. Brebbia, Roberto H., *El daño moral en las relaciones de familia*, cit., pág. 366.

⁶³ *Régimen del matrimonio*, cit., pág. 310, N° 261.

Brebbia, a su vez, afirma que tanto el adulterio como la tentativa contra la vida del otro cónyuge o de los hijos, la instigación a cometer delitos, las injurias graves y el abandono voluntario y malicioso, constituyen delitos civiles que conculcan el patrimonio moral de los esposos y originan el deber de resarcir el daño moral producido, cuya existencia resulta de la vulneración misma, sin que sea necesario demostrar que en el damnificado se produjeron sentimientos de pena, aflicción, dolor, disgusto, etc., los cuales se infieren por la sola violación de los deberes que surgen del acto jurídico matrimonial. Manifiesta Brebbia que a los efectos de la reparación debe también tenerse en cuenta los daños que produce al cónyuge inocente el divorcio en sí mismo, integrando en tal sentido la reparación, por ejemplo, la soledad resultante de la frustración de la vida en común, la privación total o parcial del trato con los hijos, las alteraciones que el cónyuge sufre en el ritmo de vida, etc.⁶⁴.

Mosset Iturraspe señala que con la indemnización derivada de los perjuicios resultantes de las causales de divorcio no se castiga dos veces el mismo comportamiento -como resulta de la argumentación más arriba recordada de Borda-, pues cada sanción aprecia un aspecto distinto del obrar antijurídico: el divorcio el aspecto familiar, y la indemnización el aspecto patrimonial, "que significa quitarle a uno de los esposos la plenitud moral o económica, haciéndolo víctima de un detrimento o menoscabo"⁶⁵. Agrega Mosset Iturraspe que el factor

⁶⁴ *El daño moral en las relaciones de familia*, cit., págs. 368 y 369, N° 21. No obstante, Brebbia sostiene que el divorcio en sí mismo no configura un hecho ilícito, sino que es la consecuencia inmediata del hecho ilícito que la ley prevé como causal de divorcio (*El daño moral en las relaciones de familia*, cit., pág. 366, 20).

⁶⁵ *Los daños emergentes del divorcio*, cit., "L.L.", 1983-C-350, III. En similar sentido, Lidia N. Makianich de Basset afirma que las ventajas que la ley establece a favor del cónyuge declarado inocente no compensan ni reparan los perjuicios materiales y espirituales que las actitudes que tipifican las causales de divorcio le han causado, como tampoco las que la frustración del matrimonio le acarrearán (*Otra acertada acogida del derecho a reparación de los daños ocasionados por el cónyuge culpable de divorcio*, "E.D.", 115-847). Lagomarsino y Uriarte afirman al respecto que con el resarcimiento se compensa en alguna medida el detrimento sufrido, no afectándose ningún principio moral ni tampoco las buenas costum-

de atribución debe ser doloso, pues las causas que llevan al divorcio son efectuados a sabiendas y con intención⁶⁶.

Por su parte, Lagomarsino y Uriarte afirman que, en caso de separación personal, son fuente de reparación patrimonial entre cónyuges tanto los daños materiales y morales derivados de los hechos o conductas constitutivas de las causales contempladas en el artículo 202 del Código, como también los provocados por la separación personal en sí misma. Y agregan que no corresponde, en cambio, resarcimiento alguno, cuando la separación personal es decretada por alguna de las causales objetivas reguladas en los artículos 203, 204 -sólo en su 1er. párrafo- y 205 del Código Civil, aunque en este último caso, manifiestan, el resarcimiento que no corresponde es el relacionado con los daños derivados de la separación en sí misma, pero sí el relativo a los perjuicios que resultan de los hechos que constituyen la causal de separación por culpa de ambos esposos⁶⁷.

Levy, Wagmaister e Iñigo de Quidiello también entienden que la reparación procede en relación con los daños resultantes tanto de los hechos constitutivos de las causales de divorcio, como del divorcio en sí mismo, y agregan que consideran posible encuadrar el tema en la responsabilidad objetiva, no siendo necesario -dicen- que la relación de causalidad exista entre la culpa y el daño, sino, simplemente, entre el divorcio y el daño⁶⁸.

bres, pues el reclamo de indemnización constituye una pretensión válida por parte de quien fue perjudicado por el accionar doloso o culposo del otro cónyuge (*Separación personal y divorcio*, pág. 472, N° 269).

⁶⁶ *Los daños emergentes del divorcio*, cit., "L.L.", 1983-C-348, VI. Sin embargo, existen hechos injuriosos que constituyen causales de divorcio o de separación, con independencia de la intención del esposo que los produjo.

⁶⁷ *Separación personal y divorcio*, cit., pág. 470, N° 269. Manifiestan Lagomarsino y Uriarte que la obligación de reparar resulta, básicamente, de la violación del deber jurídico de no dañar, residiendo la responsabilidad extracontractual en la concurrencia del daño, la antijuridicidad, la imputabilidad y la relación causal. Conf., asimismo, Uriarte, Jorge Alcides, *Reparación del daño moral derivado de los hechos constitutivos del divorcio*, "J.A.", 1988-III-390.

⁶⁸ Levy, Lea; Wagmaister, Adriana M.; e Iñigo de Quidiello, Delia B., *La situación de divorcio como generadora de responsabilidad civil entre cónyuges*, "L.L.", 1990-C-901 y

Por su parte Méndez Costa afirma que la reparación de los daños resultantes tanto de las causales culpables contempladas en el artículo 202 del Código, como también de la separación y del divorcio considerados en sí mismos, constituye una forma de protección a la familia, por ser un medio adecuado para favorecer la permanencia del matrimonio en la plenitud de sus efectos. Dice dicha autora que es innecesario demostrar que esas causales culpables lesionan los derechos subjetivos del esposo ofendido, como el derecho a la fidelidad, en el caso del adulterio; el de ser moralmente asistido, en el de las injurias graves y en la instigación a cometer delitos; el derecho a la convivencia, en el abandono; además de otros derechos anteriores e independientes al matrimonio, como el derecho a la vida, en el atentado contra la misma, el derecho al honor, en las injurias, y la violación de intereses del padre o madre, cuando se atenta contra la vida del hijo. Además, agrega, se vulneran los derechos del cónyuge a la perduración en el tiempo, del *status* que asumió al celebrar el matrimonio⁶⁹.

902, II. Esta objetivación del daño, que deja de lado a la culpa para enfocar la atención únicamente hacia el perjuicio, ha sido admitida por varios Códigos modernos, como el francés, luego de la reforma del año 1975, que admite el pago de una indemnización de acuerdo con la duración de la vida en común y la colaboración prestada por uno de los esposos a la profesión del otro, cuando el rechazo de una compensación pecuniaria resultaría manifiestamente inequitativa (art. 280-1). También el Código Civil de la provincia de Quebec, en Canadá, del año 1994, establece al legislar sobre los efectos del matrimonio (Libro X, de la Familia, Título I, del Matrimonio, Capítulo IV), tanto para el caso de separación, como para el de divorcio y el de nulidad de matrimonio, y sin que se tenga en cuenta la culpa en la que hubieran incurrido, que uno de los cónyuges puede requerirle al otro -o a sus herederos- una prestación pagadera al contado o de otra manera, en compensación por los aportes que el primero realizara ya sea en bienes o en servicios, y que hayan enriquecido el patrimonio o a una empresa del otro cónyuge, lo cual puede ser probado por todos los medios. De no ponerse los esposos de acuerdo en el monto, la prestación será fijada por el tribunal (Sección IV, arts. 427 a 430).

⁶⁹ *Separación personal, divorcio y responsabilidad civil. Sus fundamentos*, cit., págs. 658 y 659, y 663 y sig.

Al igual, asimismo, que Salas⁷⁰, Acuña Anzorena⁷¹, Videla⁷², Medina⁷³, Ferrer⁷⁴, Velazco⁷⁵, Ippolito y Liz⁷⁶, Taraborrelli⁷⁷, Perrot y Romano⁷⁸, Manchini⁷⁹, García de Ghiglino⁸⁰, y Rivera⁸¹, entre otros, también Bustamante Alsina se muestra partidario de la indemnización, y afirma que a ello no se opone el hecho de que no exista una norma expresa que regule los efectos resarcitorios de los daños cau-

⁷⁰ Salas, Acdeel Ernesto, *Indemnización de los daños derivados del divorcio*, "J.A.", 1942-II-1011.

⁷¹ Acuña Anzorena, Arturo, *Responsabilidad civil del cónyuge adúltero y su cómplice por causa de adulterio*, "L.L.", 27-212.

⁷² *Efectos de la separación personal y del divorcio vincular*, en *Nuevo régimen de matrimonio civil*. Ley 23.515, Bs. As., 1989, pág. 176, e).

⁷³ Medina, Graciela, *Daños y perjuicios derivados del divorcio (Evolución jurisprudencial. En espera de un Plenario)*, "J.A.", 1994-IV-837.

⁷⁴ Ferrer, Francisco A. M., *Daños resarcibles en el divorcio*, cit., pág. 43. Afirma dicho autor la aplicabilidad de las normas que regulan la responsabilidad civil por hechos ilícitos (arts. 1078, 1109 y concs.), sin necesidad de recurrir a la aplicación analógica del artículo 225 del Código Civil.

⁷⁵ Velazco, José Raúl, *La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio*, "L.L.", 1991-A-1034, quien admite la distinción entre los daños derivados de los hechos constitutivos de las causales de separación personal y divorcio, por un lado, los cuales deben a su juicio ser indemnizados cuando esos hechos causaren un perjuicio al otro esposo, con fundamento en los artículos 1077, 1078, 1109 y concs. del Código Civil, y por el otro, los perjuicios derivados del divorcio o de la separación personal en sí mismos.

⁷⁶ Ippolito, Silvia C. y Liz, Carlos Alberto, *Perjuicios futuros indemnizables derivados del divorcio*, "L.L.", 1991-E-1051 y sigs.

⁷⁷ Taraborrelli, José Nicolás, *Responsabilidad civil derivada del cónyuge culpable en la separación personal y en el divorcio*; "L.L.", 1990-C-1100, quien piensa que la reparación es procedente tanto por los daños derivados de los hechos que dieron lugar a la separación o al divorcio, como también por la disolución del matrimonio, en sí misma. Ver también del mismo autor, la nota *¿Son resarcibles los daños causados a los hijos por el divorcio en sí?*, "J.A.", 1991-III-346.

⁷⁸ Perrot, Celina Ana y Romano, Claudio Gustavo, *Los daños y perjuicios emergentes del divorcio*, "L.L.", 1991-D-1016 y sigs., donde afirman que son reparables los daños y perjuicios tanto materiales como morales, causados por los hechos que dieron lugar al divorcio o a la separación personal.

⁷⁹ Manchini, Héctor L., *Resarcimiento de daños y perjuicios a causa de divorcio*, "J.A.", 1986-I-728, III, y pág. 730, IV.

⁸⁰ García de Ghiglino, Silvia S., *¿Es indemnizable la pérdida de la vocación sucesoria del cónyuge inocente (o enfermo por la conversión de la separación personal en divorcio vincular?)*, "L.L.", 1991-B-776.

⁸¹ Rivera, Julio César, *Daño moral derivado de los hechos que causaron el divorcio ¿Permite el plenario las indemnizaciones de equidad?*, "J.A.", 1994-IV-576.

sados al cónyuge inocente por los hechos ilícitos que constituyeron la o las causales que dieron lugar a la separación. Agrega dicho autor que esos hechos son verdaderos actos ilícitos o antijurídicos, debido a que son violatorios de los deberes legales que impone el matrimonio, de fidelidad, asistencia y convivencia, lo que otorga al esposo ofendido el derecho de pedir la separación personal o el divorcio por culpa del otro cónyuge, y que el amplio espectro de la responsabilidad civil que resulta del artículo 1109 del Código Civil, suple la inexistencia en materia de divorcio o de separación personal, de una norma que imponga en forma específica como sanción, el deber de resarcir⁸².

Makianich de Basset, por su parte, manifiesta, siguiendo esas mismas pautas, que la conducta ilícita del cónyuge culpable puede aparejar lesiones a los derechos subjetivos en general, o a los que derivan de las relaciones familiares, ya sean de naturaleza personal o material, las cuales reclaman una adecuada reparación, más allá de que dicha conducta resulte eficiente para a su vez obtener una sentencia que decrete por tal culpa la separación de los cónyuges⁸³.

Cabe asimismo recordar que en las Ias. Jornadas Australes de Derecho celebradas en Comodoro Rivadavia en el año 1980, se recomendó lo siguiente, de acuerdo con el despacho mayoritario suscripto por los Dres. Belluscio, Freytes, Kemelmajer de Carlucci, Méndez Costa y Zannoni: "1) En nuestro derecho positivo son indemnizables los daños y perjuicios patrimoniales y el daño moral que al cónyuge inocente irroga el divorcio. Se entiende por daños, tanto los derivados de los hechos o conductas constitutivas de la causal de divorcio,

⁸² *Daños y perjuicios. Responsabilidad civil derivada del divorcio*, en Enciclopedia de Derecho de Familia, dirigida por Carlos A. R. Lagomarsino y Marcelo U. Salerno, t. I, Bs. As., 1991, págs. 764 y 765. Conf. la nota de dicho autor, *Divorcio y responsabilidad civil*, "L.L.", 1988-D-376. Conf., entre muchos otros, en cuanto al carácter de hechos ilícitos con relación a las causales culpables de separación, Méndez Costa, María Josefa, *Separación personal, divorcio y responsabilidad civil. Sus fundamentos*, cit., págs. 653 y sigs.; Mazzinghi, Jorge A., *Derecho de familia*, cit., t. III, pág. 364, N° 597, a), quien manifiesta que en el campo matrimonial resultan aplicables los artículos 1077 y 1109 del Código Civil.

⁸³ *Otra acertada acogida del derecho a reparación...*, cit., "E.D.", 115-849.

como los que provoca el divorcio mismo"; 2) la indemnizabilidad del lucro cesante no comprende la reparación de perjuicios estimados sobre la base de los ingresos o la fortuna del cónyuge culpable, de lo que habría continuado participando también el cónyuge inocente en el futuro si la unión matrimonial se hubiese mantenido; 3) es indemnizable al cónyuge inocente el perjuicio cierto que provoca la liquidación anticipada de la sociedad conyugal; 4) no es procedente la reclamación de daños y perjuicios en el caso de que los cónyuges hayan requerido el divorcio por el procedimiento del artículo 67 bis de la ley de matrimonio civil, aun cuando se admitiere la atribución de culpa unilateral". En cuanto a los distintos despachos producidos en las Jornadas de homenaje a Jorge Bustamante Alsina, y a la Dra. María Josefa Méndez Costa, remitimos a lo informado al respecto por Eduardo Molina Quiroga⁸⁴. Con relación a los despachos aprobados por las Primeras Jornadas de Derecho de Familia de Morón, del mes de agosto de 1989, puede verse su transcripción en la nota citada de José Raúl Velazco⁸⁵.

c) Nuestra opinión

Nosotros también participamos de la opinión favorable al resarcimiento tanto del daño material como moral⁸⁶, pues creemos que cuando la conducta dolosa o culposa de uno de los cónyuges, en violación de una disposición legal, tiene una relación adecuada de causalidad con el daño provocado al otro cónyuge, debe resarcirse el perjuicio ocasionado.

⁸⁴ *La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio*, cit., "L.L.", 1995-B-346 y 347, nota 40. Véase, asimismo, en lo relacionado con las Jornadas de Responsabilidad por Daños en homenaje al Dr. Jorge Bustamante Alsina, la reseña efectuada por Perrot, Celina Ana y Romano, Claudio Gustavo, *Los daños y perjuicios emergentes del divorcio*, cit., "L.L.", 1991-D-1023 y sigs., V.

⁸⁵ *La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio*, cit., "L.L.", 1991-A-1036.

⁸⁶ Cifuentes afirma con relación al daño moral, que la índole resarcitoria perteneciente al derecho civil asienta en la idea de satisfacción y descarta la de la equivalencia, que es propia del daño material (*El divorcio y la responsabilidad por daño moral*, cit., "L.L.", 1990-B-806).

La procedencia de la indemnización resulta de los artículos 1109 - y concordantes- del Código Civil, que constituye una norma general de carácter expansivo, que en principio se aplica a todas las situaciones -aunque, como antes dijimos, no de una manera indiscriminada y automática-, aun cuando las mismas ocurran dentro del Derecho de familia, debiendo al respecto señalar que para determinar su inaplicabilidad a algún supuesto en particular, debería haber existido una norma expresa que así lo hubiera determinado, lo que no ocurre.

El silencio del legislador en materia de matrimonio sólo puede ser interpretado, en consecuencia, en el sentido de una remisión a las normas generales en materia resarcitoria, conclusión a la cual no se opone el principio de especialidad del Derecho de familia, que no puede ser entendido de una forma tan amplia como para llegar hasta excluir la aplicación del principio que prohíbe dañar a otro.

De lo expresado resulta, asimismo, que no se trata simplemente de una responsabilidad derivada del incumplimiento de una obligación nacida ya sea del deber de convivencia, del de asistencia o del de fidelidad, sino de una *responsabilidad de origen extracontractual*⁸⁷, que se deriva de los hechos violatorios de esos deberes, debiendo no obstante tenerse presente que la sola violación de esos deberes no lleva aparejada una responsabilidad resarcitoria, sino en tanto y en cuanto produzca daños ya sean materiales o morales.

Y como bien dice Bustamante Alsina, la cuestión no tiene que ver con el hecho "de proyectar la sanción más allá de su órbita natural, sino de hacerla funcionar dentro del derecho de daños donde tiene cabida como efecto resarcitorio necesario de la lesión a un interés jurídicamente protegido, sea éste material o moral"⁸⁸. No se puede en absoluto afirmar que exista una superposición de efectos sancionatorios derivados del divorcio o de la separación, pues la re

⁸⁷ Conf., entre otros, Ferrer, Francisco A. M., *Daños resarcibles en el divorcio*, cit., págs. 57 y sigs.; Brebbia, Roberto H., *El daño moral en las relaciones de familia*, cit., pág. 367, quien manifiesta que apoya esa afirmación el hecho de que el matrimonio no constituye un contrato, y que, por tanto, su ruptura con motivo del divorcio no asume los caracteres de un incumplimiento contractual.

⁸⁸ *Daños y perjuicios. Responsabilidad civil derivada del divorcio*, cit., pág. 765.

paración está orientada a aspectos distintos tanto del alimentario (art. 207), como del de la continuación de la ocupación de la vivienda (art. 211), del de la revocación de las donaciones hechas a la mujer en convención matrimonial (art. 212), o del de la pérdida de la vocación hereditaria, en el supuesto de la separación personal culpable (art. 3574).

Además, no resulta razonable admitir que un esposo pueda dañar al otro sin tener que resarcir con la pertinente indemnización el daño que efectivamente le hubiera causado, siendo la obligación de indemnizar una cuestión ajena al hecho de, por ejemplo, tener además que pasarle alimentos al otro esposo, obligación esta última cuya causa es ciertamente distinta, pues los alimentos sustituyen la contribución económica que el alimentante aportaba durante la convivencia⁸⁹. Adviértase, además, que podría darse el caso de que el esposo culpable no se encontrara obligado a prestarle alimentos al otro, lo que ocurriría cuando, por ejemplo, los recursos del cónyuge inocente fueran superiores a los del culpable, o cuando por cualquier otro motivo, los alimentos no le resultaren necesarios; pues bien, en tal supuesto no se podría afirmar que los alimentos -que en esa hipótesis, no se prestan- constituyen la reparación de los perjuicios.

Por otra parte, es conveniente destacar que el hecho de que para la procedencia de la indemnización resulte necesario -en nuestro Derecho y como principio general- que se haya actuado con culpa, lleva a la inmediata conclusión de que la reparación sólo procede cuando la separación o el divorcio se hayan fundamentando en la culpa del otro cónyuge, y ella hubiera sido decretada en la sentencia⁹⁰. Por lo cual,

⁸⁹ Conf. Mosset Iturraspe, Jorge, *Los daños emergentes del divorcio*, cit., "L.L.", 1983-C-350, III.

⁹⁰ No obstante, Ferrer considera que aun cuando uno de los cónyuges no hubiera demandado o reconvenido al otro esposo imputándole culpa ya sea en la separación o en el divorcio -lo cual procesalmente impide decretar la culpabilidad de este último-, si en el juicio se hubiera acreditado la culpa de éste, y que aquél, en cambio, no ha incurrido en culpa, "igualmente la víctima tendrá derecho a obtener la pertinente reparación por haberse probado en autos que el cónyuge ... incurrió en hechos ilícitos violatorios de los deberes matrimoniales impuestos por la ley, siempre que concurren los restantes requisitos de la responsabilidad civil conforme a los principios generales ...", pues tales ilícitos probados judicialmente, si han ocasionado un daño, tienen virtualidad por sí solos para generar el derecho a la indem-

la indemnización no resulta procedente en los supuestos de la separación personal con fundamento en el artículo 203 -alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la droga- o en las acciones de separación o de divorcio por presentación conjunta con fundamento en la existencia de causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común (arts. 205, 215 y 236, Código Civil)⁹¹, así como tampoco cuando la causal invocada es la separación de hecho sin voluntad de unirse por los períodos mínimos que determinan los artículos 204 y 214, inciso 2º del Código, salvo en este último caso, cuando uno de los esposos hubiera alegado y probado no haber dado causa a la separación (artículo 204, última parte). Lo cual es así debido a que, como dijimos, el fundamento de la reparación consiste en la existencia de hechos culpables -en sentido lato- que fundamentan la sentencia que decreta la separación personal o el divorcio, no planteándose esa situación en los supuestos en los cuales no se debate la culpabilidad de los cónyuges⁹².

Distinto es el caso en que en un juicio contencioso ambos esposos hubieran sido declarados culpables, supuesto en el cual y tal como más adelante veremos, a nuestro juicio no es indemnizable el daño moral sufrido por los esposos, ni los daños que les fueron causados con motivo del divorcio en sí mismo, pero sí, en cambio, los daños materiales derivados de los hechos constitutivos de las causales de divorcio.

nización" (*Daños resarcibles en el divorcio*, cit., págs. 64 y 65). No coincidimos con esa solución, por el hecho de admitir la declaración de culpabilidad de uno de los esposos en la separación o en el divorcio, fuera del ámbito que es propio a esa declaración.

⁹¹ Conf. Ferrer, Francisco A. M., *Daños resarcibles en el divorcio*, cit., pág. 61. Jorge Mosset Iturraspe también sostiene que la indemnización por los daños causados no podría ser reclamada en el supuesto de que la separación o el divorcio hubiera sido decretado en un juicio por presentación conjunta de los cónyuges, debido a que en esa especie de juicios no puede haber imputación a alguno de los cónyuges de una determinada conducta, ya sea activa o pasiva, juzgándose en el mismo objetivamente sobre la existencia de una situación conyugal insostenible (*Los daños emergentes del divorcio*, cit., "L.L.", 1983-C-350 y 351, IV).

⁹² Conf., entre otros, Brebbia, Roberto H., *El daño moral en las relaciones de familia*, cit., pág. 368, 5º; Méndez Costa, María Josefa, *Separación personal, divorcio y responsabilidad civil. Sus fundamentos*, cit., pág. 656.

Tampoco nos parece inmoral -como se ha sostenido- la actitud de quien reclama la reparación del daño ya sea material o moral producido con motivo de los hechos contemplados en el artículo 202 del Código, o derivados del divorcio o la separación personal en sí mismos. Y por el contrario, pensamos que lo inmoral sería que esos daños quedaran sin resarcir, con lo cual se consagraría una especie de inmunidad en favor de la conducta ilícita del esposo culpable.

3. La jurisprudencia

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha ido evolucionando hacia la procedencia de la indemnización, aunque con una cierta lentitud y sin haber todavía adoptado soluciones del todo firmes. En un fallo de la Cámara Civil 2ª de la Capital, del 23 de marzo de 1943, citado por Vidal Taquini⁹³, se rechazó la indemnización pedida con fundamento en la falta de acreditación del daño material, y además, por no corresponder la indemnización por daño moral en virtud de la inexistencia de un delito del derecho criminal⁹⁴, habiéndose agregado que la sentencia favorable ya implicaba una reparación para el cónyuge inocente.

En un conocido fallo de primera instancia dictado con fecha 3 de julio de 1957 por el Dr. Guillermo Borda, se rechazó la demanda por indemnización que había iniciado el marido contra el cómplice del adulterio que había cometido su mujer, no sólo por el hecho de no haber el actor probado los hechos en los que fundó la acción, sino además por haberse considerado que eran indignos los litigios en los cuales el marido exhibía ante los tribunales las miserias de la vida conyugal, sobre la base de lo cual pretendía cobrar en dinero su deshonra, no resultando aplicable -se sostuvo- el artículo 1109 del Cód-

⁹³ Vidal Taquini, *Matrimonio civil*, cit., págs. 506 y 507.

⁹⁴ Recordemos que hasta la reforma del artículo 1078 del Código Civil por la ley 17.711, para que el daño moral fuera indemnizable, el hecho debía consistir en un delito del derecho criminal.

go Civil, porque aun cuando había existido un hecho ilícito y, además, eventuales perjuicios económicos, la acción con la cual se pretendía lucrar con la deshonra, según se dijo, sería contraria a la moral y a las buenas costumbres⁹⁵.

Con fecha 11 de diciembre de 1970 la Sala D de la Cámara Nacional Civil resolvió rechazar el reclamo de indemnización por daño moral pedida por la esposa en un incidente de liquidación de la sociedad conyugal, con fundamento en que el demandado no había actuado en el juicio con la intención de vejar a su esposa, y que el hecho de que el divorcio fuera declarado por su culpa, no bastaba para condenarlo a pagar una indemnización como la requerida⁹⁶.

El 7 de abril de 1983 un tribunal de la ciudad de La Plata, la Cámara 1a. Civil y Comercial, Sala II, al revocar la resolución de primera instancia, hizo lugar al reclamo de indemnización por daño moral derivado del adulterio de la esposa -que, además, había incurrido en injurias graves y abandono del hogar-, en razón de que aunque el deber de fidelidad que deben guardarse los esposos no tiene naturaleza patrimonial, su infracción por el adulterio cometido había producido en el otro esposo padecimientos psíquicos y sanciones sociales -al adquirir estado público dentro de su círculo de actuación-, que no podían sino valorarse como agravio moral, cuya reparación se halla prevista expresamente en el artículo 1078 del Código Civil⁹⁷.

⁹⁵ "L.L.", 89-708, con nota crítica de Colombo, Leonardo A., *Indemnización del daño producido por el adulterio de la esposa*, quien afirma que el adulterio constituye un acto ilícito, lo que lleva a la necesidad de la indemnización de los daños tanto materiales como morales que resulten del mismo, con fundamento en los artículos 1077, 1079, 1081 y concordantes del Código Civil. De otra manera -agrega Colombo-, "se abriría una puerta más, mediante la impunidad poco menos que asegurada, a la mala fe y la traición conyugales". Sostiene Colombo que en el caso no se trata de especular con algo tan sagrado y respetable como la honra, la reputación, la virtud, etc., sino de algo más profundo y sano, como es el hecho de enmendar la ofensa producida, de suprimir los efectos de la antijuridicidad, de volver las cosas, dentro de lo posible, al equilibrio en el cual se encontraban antes del acto ilícito.

⁹⁶ "L.L.", 143-517 y "E.D.", 38-797.

⁹⁷ C1a.CC La Plata, Sala II, "L.L.", 1983-C-348, con nota de Mosset Iturraspe, Jorge, *Los daños emergentes del divorcio*, cit. En el fallo, que también se publicó en "E.D.", 105-

Unos pocos años después, en un fallo dictado el 8 de agosto de 1986, la Cámara 2a. Civil y Comercial de La Plata, Sala II, denegó una acción de indemnización de daños en un divorcio, por considerar que el silencio que al respecto guardaba la ley 2393, en ese entonces vigente, no podía sino significar -a juicio del tribunal- que en ese ordenamiento parcial del derecho se había querido excluir la aplicación de las normas generales de responsabilidad extracontractual, no pudiendo los jueces -se dijo- atribuirse facultades legislativas de las que carecen, ni interpretar la ley de manera tal que equivalga a prescindir de la regulación que gobierna la cuestión de cuyo juzgamiento se trata⁹⁸.

Al finalizar ese mismo año 1986, en un fallo dividido, la Sala B de la Cámara Nacional Civil decretó el divorcio e hizo lugar a la indemnización del daño moral que se había reclamado⁹⁹.

Luego de la sanción de la ley 23.515, la Sala B de la Cámara Nacional en lo Civil resolvió, con fecha 29 de abril de 1988, que en los juicios de divorcio no correspondía resarcimiento por daño moral, alegando varios motivos: en primer lugar, que el principio establecido en el artículo 1078 no resultaba aplicable a una materia tan específica como era el Derecho de familia; que desde la sanción del Código Civil, en ningún momento se había establecido una indemnización para el divorcio, pero sí, en cambio, para la nulidad de matrimonio, supuestos que no podían ser asimilados; que los diversos disgustos,

213 y "J.A.", 1984-II-368, se sostuvo que la reparación de los padecimientos psíquicos y sanciones sociales no es, en modo alguno, contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres, ni incompatible con el espíritu de la legislación argentina, ni con la idiosincrasia del Derecho de familia. Cabe señalar que también se había reclamado la reparación del daño material, lo que fue rechazado por falta de pruebas sobre su existencia. Poco tiempo después del fallo el Dr. Omar U. Barbero se refirió en forma elogiosa al mismo, en la nota *La primera sentencia argentina que condena a reparar el daño moral derivado de un divorcio*, "E.D.", 107-925.

⁹⁸ "L.L.", 1986-E-589.

⁹⁹ "E.D.", 122-607. Se trataba de una demanda de nulidad de matrimonio, y reconvencción por divorcio más daños y perjuicios. El juez que votó en primer término lo hizo en el sentido de la procedencia de la nulidad, con más el resarcimiento reclamado en la demanda por daño moral; el segundo juez, en cambio, hizo lugar al divorcio y otorgó la reparación del daño pedido; el tercero, por último, también hizo lugar al divorcio, pero votó por el rechazo de los daños demandados.

humillaciones, etc., que se sufren con motivo de un divorcio, constituyen una circunstancia posible que debe admitirse como tal cuando una persona contrae matrimonio, y soportarlo si ocurre, todo lo cual debe sopesarse antes de casarse; que admitir una indemnización por el motivo de que se trata constituiría algo así como asegurarle a quien se equivoca en la elección del cónyuge, una especie de reparación paliativa de los agravios sufridos; y, por último, que la ley 23.515 no había incorporado una indemnización por este supuesto, cosa que se hubiera hecho en forma expresa, si el legislador así lo hubiera querido¹⁰⁰.

Pocos días después de ese fallo, con fecha 17 de mayo de 1988, la Sala C de esa misma Cámara resolvió, con disidencia del Dr. Santos Cifuentes, hacer lugar a la indemnización por daño moral derivado de los actos ilícitos que determinaron el divorcio, no siendo óbice a ello -se señaló- el silencio que la ley guarda al respecto en materia de divorcio. La mayoría del tribunal estableció la doctrina de que, si bien el resarcimiento tiene una conexión circunstancial con el divorcio, en realidad no constituye un efecto de éste, sino de los actos ilícitos que lo determinaron, por lo cual la ausencia de normas particulares en materia de divorcio no podía ser aducida para inhibir la indemnización, debiendo aplicarse los principios generales de la responsabilidad civil (artículos 1077, 1078, 1109 y concordantes del Código Civil). Agregó el tribunal que "los padecimientos y aflicciones de la esposa por la desatención de sus deberes maritales por parte del marido, que culminaron con el abandono voluntario y malicioso y la negativa al débito alimentario, conforman agravios morales resarcibles según el artículo 1078 del Código Civil", y que "así como no está vedado a un cónyuge denunciar o querellar penalmente al otro, culpable de delitos de lesiones, injurias, adulterio, tentativa de homicidio, etc., y no se negaría la indemnización correspondiente en sede civil o criminal, tampoco hay obstáculo legal para la indemnización de los daños provenientes de delitos o cuasidelitos civiles". Se

¹⁰⁰ "J.A.", 1988-IV-244.

dijo, asimismo, que no cabía sentar una pauta general que conciba como inmoral o repugnante a las costumbres toda pretensión indemnizatoria de daños que tengan adecuada relación de causalidad con los hechos que dan lugar al divorcio, por lo que si esos hechos son ilícitos y existe un daño cierto, no puede ser inmoral reclamar la indemnización; ello sin perjuicio -se agregó- de rechazar el reclamo cuando en un caso concreto la pretensión resarcitoria se presenta como inmoral o abusiva¹⁰¹.

Pero al año de dictado ese fallo, la Cámara 1a. Civil y Comercial de La Plata, por medio de la Sala I, resolvió rechazar la indemnización pedida, con fundamento en el hecho de que las conductas que dan lugar al divorcio no constituyen, por sí mismas, actos ilícitos de los que pudiera derivar una acción indemnizatoria; además -se dijo- de que el Código guarda silencio al respecto cuando se ocupa del divorcio, lo cual constituiría una manifestación clara e inequívoca de la ley de excluir la aplicación a esa materia, de los principios que gobiernan la responsabilidad civil extracontractual; lo que, en cambio, no es así -se señaló-, en lo relativo a la nulidad del matrimonio¹⁰².

La solución admitida por este último fallo fue seguida por una sentencia del 13 de junio de 1990, dictada por la Sala B de la Cámara Nacional Civil¹⁰³, resolviendo pocos meses después lo contrario la

¹⁰¹ "L.L.", 1988-D-376, con nota de Bustamante Alsina, Jorge, *Divorcio y responsabilidad civil*; y "J.A.", 1988-III-376, con nota de Uriarte, Jorge A., *Reparación del daño moral derivado de los hechos constitutivos del divorcio*.

¹⁰² Cit. por Vidal Taquini, *Matrimonio Civil*, pág. 513. Debemos recordar que tanto el artículo 234 de la primitiva redacción del Código Civil, como el artículo 91 de la ley 2393, habían establecido -al igual que el actual artículo 225- que el cónyuge de buena fe podía demandar al de mala fe y a los terceros por los perjuicios sufridos por la nulidad del matrimonio, aunque a diferencia de esta última disposición, aquéllas sólo se referían a quienes hubieran provocado el error, omitiendo los supuesto de dolo y de violencia, que también daban lugar a la nulidad. Con lo cual parecían descartar los daños derivados de esas y de otras causales de nulidad (conf. Vidal Taquini, *Matrimonio Civil*, cit., pág. 517).

¹⁰³ "J.A.", 1990-IV-398; "L.L.", 1991-D-216, con nota de Uriarte, Jorge Alcides, *Rechazo de la indemnización del daño moral por el adulterio de uno de los cónyuges*; y "E.D.", 139-269, con nota crítica de Suares, Roberto César, *Responsabilidad civil del cónyuge culpable de la separación personal y del divorcio vincular*, quien en concordancia con el despacho mayoritario de las Jornadas Australes de Derecho y de las I Jornadas de Derecho de Familia de Morón, del año 1989, considera que deben ser reparados tanto los daños materia-

Sala F de esa misma Cámara (fallo del 22 de noviembre de 1990), que consideró aplicables al caso, donde se había acreditado la violación del deber de fidelidad, los principios generales sobre responsabilidad civil, en virtud de los cuales debía procederse a la reparación de los daños causados, tanto por efecto de los hechos mismos violatorios de los deberes matrimoniales, como también con motivo de la declaración del divorcio. En este fallo se sostuvo que la probada violación al deber de fidelidad lesiona bienes extrapatrimoniales del cónyuge, tal como su derecho a la paz en el ámbito de la familia y al bienestar y la felicidad en la relación conyugal, así como también su sentimiento de autoestima, lo que torna procedente la indemnización del daño moral¹⁰⁴.

Esa misma Sala F resolvió en un fallo dictado el 21/5/1993, relativo al reclamo de indemnización efectuado por la esposa cuyo marido vivía en concubinato, que la obligación de reparar por parte del declarado culpable del divorcio deriva de los principios generales atinentes a la responsabilidad civil, conforme a los cuales quien causa un daño a través de una conducta antijurídica, como es la violación de los deberes derivados del vínculo matrimonial, tiene la obligación de resarcirlos; pero no procede, en cambio, frente a actos y modos de conducta que son expresiones de desamor, de pérdida del vínculo afectivo, debiendo el resarcimiento quedar reservado únicamente a las conductas que implican auténticos agravios al otro cónyuge. Se admitió en el fallo la reparación del agravio moral, el cual puede de-

les como los morales derivados de los hechos ilícitos que dan lugar a la declaración de separación personal y de divorcio, como también los derivados del divorcio o de la separación en sí mismos. Cabe señalar que poco más de un año más tarde, la misma Sala B de la Cámara Nacional Civil hizo lugar a la reparación del daño moral sufrido con motivo de un divorcio que se decretó con fundamento en el adulterio del otro cónyuge ("E.D.", 146-98, con notas de Sanz, Carlos Raúl, *Los daños derivados del divorcio...*, cit.; y de Bidart Campos, Germán J., *Indemnización por daño moral en caso de adulterio*).

¹⁰⁴ "L.L.", 1991-A-275, y "J.A.", 1991-II-586. Igual solución se admitió en el fallo del 11/10/90, de la CCiv. y Com. de Morón, Sala I, "J.A.", 1991-III-340, con nota ya cit., de Taraborrelli, José Nicolás, *¿Son resarcibles los daños causados a los hijos por el divorcio en sí?*

rivarse -se sostuvo- de una lesión en bienes extrapatrimoniales, como el derecho al bienestar, a la vida conyugal en paz, a la convivencia, a obtener el respeto del otro cónyuge, etc. Asimismo, la Cámara afirmó la procedencia de la indemnización de los daños materiales por la disolución anticipada de la sociedad conyugal, en los supuestos en que se prueba concretamente el daño que produce la liquidación de un bien ganancial productor de rentas, no cabiendo en cambio indemnización -se agregó- cuando en la sociedad conyugal no había bienes productores de renta que debieran liquidarse. También señaló la Cámara que no era indemnizable la pérdida de la vocación sucesoria con motivo del divorcio, por tratarse de una expectativa meramente eventual sujeta en el devenir del mundo futuro a innumerables circunstancias. Se señaló, asimismo, que la reparación de los daños derivados del divorcio constituía una materia distinta a la obligación de abonar la cuota alimentaria que el artículo 207 pone a cargo del esposo culpable de la separación o del divorcio, cuando el otro es inocente y le resulta necesaria su percepción¹⁰⁵.

Antes de ese fallo, la Sala E de la Cámara Civil había rechazado un reclamo de indemnización, en una sentencia del 30 de octubre de 1992¹⁰⁶, mientras que la Sala B de ese mismo Tribunal resolvió que era procedente la indemnización por daño moral, que había sido causado por el adulterio del esposo¹⁰⁷. Por su parte, en un fallo del 11 de octubre de 1990, la Sala 1a. de la Cámara en lo Civil y Comercial de Morón resolvió con fundamento en las normas generales de responsabilidad civil, hacer lugar a la reparación del daño moral sufrido por la esposa, correspondiendo la reparación -se señaló- cuando los hechos que configuran las causales de divorcio tienen una fuerza dañadora muy punzante, como en el caso en examen, en que la esposa había sido abandonada por su marido, junto con sus cinco hijos en edad escolar, a

¹⁰⁵ CNCivil, Sala F, "E.D.", 157-527, y "L.L.", 1995-B-334, con nota de Molina Quiroga, Eduardo, *La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio*, cit.

¹⁰⁶ "J.A.", 1993-II-338.

¹⁰⁷ "J.A.", 1992-I-167.

los que privó en un comienzo de asistencia económica, además de haber retirado del hogar diversos elementos de confort indispensables¹⁰⁸.

Finalmente, con fecha 20 de setiembre de 1994, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil dictó un fallo plenario, cuya doctrina es la siguiente: "En nuestro derecho positivo es susceptible de reparación el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio"¹⁰⁹. Como se advierte, el Tribunal sólo se pronunció -respetando el tema de la convocatoria a tribunal plenario- con relación al daño ocasionado por los hechos que llevaron al divorcio, pero no, en cambio, en cuanto a los daños materiales, ni tampoco a los causados por el divorcio en sí mismo.

El voto de la mayoría de ese Tribunal se fundamentó en que los hechos constitutivos de las causales de divorcio enumeradas en el artículo 202, constituyen hechos ilícitos, siendo su consecuencia el deber de reparar los daños que ellos ocasionaron, por aplicación de los artículos 1077, 1078, 1109 y concordantes del Código Civil. Se rechazó el argumento tantas veces expresado, de que la reparación de los daños significaría una doble sanción al culpable -la restante sería el pago de los alimentos-, pues el carácter asistencial de éstos¹¹⁰ constituye una cuestión distinta al carácter resarcitorio de la reparación. Rechazó asimismo el tribunal el argumento de la inmoralidad del reclamo, que relevante doctrina había afirmado.

¹⁰⁸ "J.A.", 1991-III-340, con nota cit. de Taraborrelli, José Nicolás, *¿Son resarcibles los daños causados a los hijos por el divorcio en sí?*. Entre otras afirmaciones, sostuvo la Dra. Ludueña en su voto que el deber de no dañar está más cerca de las relaciones de familia que de otras esferas del campo civil, y que el daño producido por un miembro de la familia a otro debe constituir un agravante en la medida en que son mayores los deberes de actuar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 902, Código Civil).

¹⁰⁹ "L.L.", 1994-E-538. Con relación al alcance del plenario, véase Mizrahi, Mauricio Luis, *Los daños y perjuicios emergentes del divorcio y el plenario de la Cámara Civil*, "L.L.", 1996-D-1702 y sigs.

¹¹⁰ Mazzinghi señala al respecto que tanto no constituye una sanción la prestación de alimentos, que ellos no resultan procedentes en el supuesto de que el cónyuge inocente tuviera un patrimonio que hiciera innecesaria su percepción para mantener un nivel de vida equivalente al que el esposo inocente gozaba hasta la separación (*El fallo plenario sobre daño moral en el divorcio*, "E.D.", 162-963, IV).

Con relación a la tesis minoritaria del plenario, Rivera afirma -entre otros conceptos-, para refutar el argumento de la inadmisibilidad de la aplicación de normas de otras ramas del derecho privado, como es el patrimonial, que "el derecho de familia debe adecuar sus normas al derecho civil constitucional y respetar el rango superior del principio jurídico de no dañar de jerarquía constitucional y supranacional". Por otra parte, dice Rivera, la especialidad que se le reconoce al Derecho de familia no crea una rama distinta del Derecho, ni tampoco impide la aplicación de los principios generales, entre ellos, las reglas generales en cuanto a la responsabilidad, no habiendo esa especialidad impedido -agrega- indemnizar los daños causados en materia de filiación, como el que deriva del no reconocimiento de un hijo extramatrimonial, y ello a pesar de la inexistencia de una norma específica. Manifiesta Rivera que la explicación de que en materia de nulidades matrimoniales se hubiera establecido una norma expresa que admite la responsabilidad, resulta del hecho de la aceptación doctrinaria de la absoluta especialidad en esa materia y la no aplicación a ella de la teoría general de las nulidades, por lo que al bastarse a sí mismo el régimen de nulidades, era necesario establecer en forma expresa únicamente en ese supuesto, la responsabilidad por daños, lo cual no es así -dice- en el resto del Derecho de familia¹¹¹.

Con posterioridad al plenario de la Cámara Civil, se ha dictado algún fallo acotando de alguna manera la procedencia de la indemnización. Y así, se ha resuelto que "el comportamiento merecedor de la sanción por daño moral no está dado por la sola configuración de alguna de las causales de divorcio, sino por el obrar malicioso de clara y excluyente inspiración nociva hacia el otro cónyuge. Por ello, no procede la indemnización del daño moral dado que, aunque la conducta del marido fue injuriosa, los actos desdorosos se llevaron a cabo después de la separación de hecho, de modo que no afrentaron

¹¹¹ Daño moral derivado de los hechos que causaron el divorcio..., cit., "J.A.", 1994-IV-576 y sigs.

públicamente a la esposa, hiriendo injustamente sus valores físicos o espirituales"¹¹².

4. Supuesto de que ambos cónyuges hayan sido declarados culpables

En el supuesto de que ambos cónyuges hubieran sido declarados culpables, se presenta la cuestión de si procede la reparación de los perjuicios sufridos por ellos.

Creemos que hay que hacer una distinción entre los daños morales y los patrimoniales, pues en el primer caso consideramos, siguiendo la doctrina emanada del fallo plenario al que más arriba nos referimos, dictado el 20 de setiembre de 1994 por la Cámara Nacional Civil, que no resulta procedente la reparación¹¹³. Ello, en razón de que al haber cada uno de los esposos incurrido en una o más de las causales que contempla la ley, no puede ninguno de ellos moralmente pretender que el daño que recibió deriva de la conducta del otro, cuando él mismo ha incurrido en una conducta similar.

También Mazzinghi considera que no corresponde la indemnización del daño moral cuando se declara la culpa de ambos cónyuges, lo cual es así -añade- salvo supuestos excepcionales, como cuando las culpas son enteramente desproporcionadas, como por ejemplo ocurre cuando uno de los esposos hubiera atentado contra la vida del otro, y éste únicamente lo hubiera injuriado en juicio¹¹⁴. Nosotros pensamos, en cambio, que si la causal es suficientemente grave como

¹¹² CNCivil, Sala A, "L.L.", diario del 26/8/98, fallo N° 97.720, con nota cit. de Tanzi, Silvia Y. y Alterini, Juan Martín, *Los límites de la defensa y las injurias vertidas en el juicio de divorcio*.

¹¹³ Conf., CNCivil, Sala J, "E.D.", diario del 17/2/1998, pág. 8, fallo 48.449, con nota aprobatoria de Álvarez, Osvaldo Onofre, *Reflexiones sobre las sanciones jurisprudenciales en el ámbito del Derecho de familia*, quien cita como fundamento el principio establecido en el artículo 1111 y concordantes del Cód. Civil; Cifuentes, Santos, *El divorcio y la responsabilidad por daño moral*, cit., "L.L.", 1990-B-805 y 806, quien, sin embargo, manifiesta que el principio de descartar la procedencia del daño moral cuando ambos esposos son culpables del divorcio o de la separación, podría llegar a tener derivaciones insospechadas, según la base reparatoria en que se coloque el pensador, o bien según la ley positiva vigente.

¹¹⁴ *Derecho de Familia*, cit., t. III, pág. 371, N° 599.

para que con fundamento en ella pueda decretarse la separación o el divorcio, el cónyuge que incurrió en ella no puede -por un fundamento de carácter ético- reclamar una reparación por daño moral, aun cuando el otro cónyuge hubiera incurrido en una causal todavía más grave, objetivamente considerada.

Borda, por su parte, piensa que es inadmisibles que, en la hipótesis considerada, cada uno de los cónyuges deba indemnizar los daños ya sea materiales o morales causados al otro. Suponiendo -dice Borda- que ambos cónyuges hubieran sido adúlteros, repugnaría al sentido común y a la moral otorgarle acción a uno de ellos para reclamar los daños morales que le ha causado el adulterio del otro. Y añade que, en cuanto a los daños materiales, uno de los cónyuges no se puede agraviar contra la conducta del otro, cuando él mismo ha incurrido en una causal suficiente para que se decrete el divorcio o la separación personal¹¹⁵.

Contrariamente a lo dicho por Borda en lo que se refiere a los daños patrimoniales, nosotros creemos que en ese supuesto la solución debe ser distinta, no siendo en tal caso aplicable el fundamento moral en virtud del cual entendemos que es improcedente la reparación de los daños morales. Pensamos que cuando se trata de reparar los daños patrimoniales efectivamente sufridos por uno o por ambos esposos, derivados de los hechos constitutivos de causales de separación o de divorcio, cada uno de ellos debe responder -aún habiendo sido ambos declarados culpables-, por los perjuicios que se le causaron al otro esposo¹¹⁶. Pero la reparación se limita, a nuestro juicio, a los daños que cada uno de los esposos causó al otro con motivo de esos hechos, no siendo reparables, en cambio, los daños que derivan del divorcio en sí mismo, al cual -por hipótesis- han contribuido am-

¹¹⁵ *Tratado de Derecho Civil. Familia*, cit., t. I, págs. 517 y 518, N°604-I.

¹¹⁶ Conf., Velazco, José Raúl, *La reparación de los daños y perjuicios...*, cit., "L.L.", 1991-A-1036, quien, no obstante, aclara que si se trata de un solo hecho al cual ambos esposos han contribuido, deberán aplicarse los principios relativos a la concurrencia de culpas, por haber ambos participado en el ilícito del que nace la obligación de reparar.

bos esposos, por lo que no se pueden recíprocamente demandar una reparación¹¹⁷.

Esa distinción también es aceptada por Lidia N. Makianich de Basset, quien la fundamenta en que "los distintos hechos en que incurren los cónyuges..., al ser independientes originarán en ambos la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados al otro por su actuar dañoso"¹¹⁸. Similar es, también, la posición de Brebbia¹¹⁹.

Ferrer, en cambio, considera que no corresponde indemnización en el supuesto de que ambos esposos hubieran incurrido en culpa, lo que afirma con fundamento en el hecho de que, a su juicio, en tal caso ambas culpas se neutralizarían, se anularían recíprocamente¹²⁰.

5. Responsabilidad de terceros

Cuando junto con el esposo culpable hubieran actuado terceros, ya sea como coautores, consejeros o cómplices, éstos también serán responsables del pago de la indemnización, lo que es así cuando con relación a ellos hubieran existido los requisitos de la responsabilidad civil, siendo esa responsabilidad de carácter solidario, por tratarse de un hecho ilícito.

En ese sentido, el artículo 1081 del Código Civil establece que *la obligación de reparar el daño causado por un delito pesa solidariamente sobre todos los que han participado en él como autores, con-*

¹¹⁷ En sentido análogo, el art. 266 del Cód. Civil francés, al admitir la reparación de los daños tanto materiales como morales derivados de la disolución del matrimonio -no de las causales que llevan al divorcio-, sólo contempla el supuesto de que el divorcio haya sido pronunciado por culpa exclusiva de uno de los esposos, de lo que puede deducirse que esos daños no procederían cuando la culpa hubiera sido atribuida a ambos cónyuges.

¹¹⁸ *Otra acertada acogida del derecho a reparación...*, cit., "E.D.", 115-851, VI, B y C. Agrega la Dra. Makianich de Basset que no resultan procedentes los daños y perjuicios en el supuesto del artículo 67 bis de la ley 2393 (actual art. 236 del Cód. Civil), por no haber en ese supuesto inocentes ni culpables.

¹¹⁹ *El daño moral en las relaciones de familia*, cit., pág. 369, N° 22.

¹²⁰ *Daños resarcibles en el divorcio*, cit., págs. 67 y sigs.

sejeros o cómplices, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el derecho criminal (conf., asimismo, art. 1109).

El supuesto típico lo constituye el adulterio, aunque no es el único, pues también con relación a las restantes causales se puede dar la posibilidad de la intervención de un tercero, con el alcance a que se refiere el artículo 1081.

6. Daños resarcibles

En cuanto a este aspecto, creemos que al igual que con relación a la procedencia de los daños, también se aplican las normas generales en materia de responsabilidad civil, lo que nos lleva a afirmar que, tal como resulta del análisis hasta aquí efectuado, deben ser indemnizados tanto los daños materiales como los daños morales causados por uno de los esposos al otro¹²¹.

Asimismo, hemos sostenido y reiteramos, que deben ser indemnizados tanto los daños que resultan de los hechos que constituyen causales culpables ya sea de separación o de divorcio, como también los daños que se producen con motivo de la separación o del divorcio, considerados en sí mismos.

Méndez Costa señala que las manifestaciones de daño patrimonial y moral, son múltiples. Afirma dicha autora que hay daño patrimonial en los menoscabos que afectan la reputación e incidan en la actividad laboral del esposo inocente, disminuyendo las expectativas razonables de obtener ingresos, así como en las lesiones físicas o psíquicas sufridas; en el contagio de enfermedades o la destrucción de bienes. También lo hay con motivo de la sentencia ya sea de separación o de divorcio, por la disolución de pleno derecho de la sociedad conyugal, con la consiguiente secuela de la partición de los gananciales, que puede ser requerida también por el esposo culpable; o por el

¹²¹ Conf., entre muchos otros, Velazco, José Raúl, *La reparación de los daños y perjuicios...*, "L.L.", 1991-A-1035 y 1036. Esto fue aceptado, por otra parte, en las Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones en homenaje a la Dra. Méndez Costa.

desplazamiento del nivel socio económico de vida llevado hasta ese momento; o por la eventual necesidad de la mujer de tener que emprender una tarea remunerada fuera del hogar; o por los gastos extraordinarios que se derivan del cuidado de los hijos, que ya no puede continuar haciendo en forma personal la esposa, que debe salir a trabajar. El daño moral resulta -dice Méndez Costa- por la afección a los sentimientos y afecciones del cónyuge, a su honor y dignidad y a su seguridad personal; por la pérdida de las esperanzas de una vida matrimonial normal; por la pérdida de la asistencia moral que se confió en recibir del otro esposo, así como de la asistencia en la educación de los hijos; o en la repercusión en el padre o la madre, que los efectos de la separación o del divorcio tienen sobre los hijos; o por el hecho de verse privado de la tenencia de los mismos¹²².

Por su parte, Velazco afirma que el daño moral se encuentra configurado, por ejemplo, por la soledad a que es constreñido el esposo inocente por el abandono, o por la desconsideración que el cónyuge inocente puede sufrir ante las injurias en el medio social en el cual se desenvuelve, o por la ausencia de apoyo espiritual en la labor de educación de los hijos¹²³. Ferrer dice al respecto que todos los supuestos de hecho que constituyen causales de separación personal o divorcio, son susceptibles de provocar daños morales, por la naturaleza de los derechos lesionados y el carácter profundamente afectivo de los sentimientos heridos, pudiendo perjudicar gravemente la integridad espiritual, psíquica y moral de los esposos. Agrega dicho autor que también la separación en sí misma es susceptible de ocasionar daño moral, como podría ocurrir por la frustración de un proyecto de vida,

¹²² *Separación personal, divorcio y responsabilidad civil. Sus fundamentos*, cit., págs. 659 y sigs.

¹²³ *La reparación de los daños y perjuicios...*, cit., "L.L.", 1991-A-1035 y 1036. Afirma Velazco que los daños resultantes de la separación personal o del divorcio, considerados en sí mismos, podrían estar constituidos por la pérdida de la vocación sucesoria, la disolución anticipada de la sociedad conyugal, los gastos para la obtención de vivienda o para la atención de los hijos, la pérdida del nivel social y económico por parte de la esposa con relación al que gozaba durante el matrimonio, etc. los cuales, a juicio de dicho autor, hallan su fuente reparatoria a través de disposiciones del Código Civil, en especial en el artículo 207, que establece la obligación alimentaria a cargo del esposo culpable y a favor del inocente.

lo que puede derivar en agobio y depresión por la pérdida de una vida conyugal normal, o por la pérdida de la compañía y asistencia espiritual de su cónyuge, que lo puede llevar a la soledad, así como de su colaboración para la educación de los hijos, pudiendo asimismo sufrir alteraciones profundas en sus hábitos de vida social o profesional, etc. Entre los daños derivados de las causales de separación o de divorcio Ferrer menciona, como ejemplos, los daños ocasionados a raíz de lesiones sufridas, de tratamientos psicológicos, los gastos efectuados para servicio doméstico, o para alojamiento de los hijos más pequeños en guarderías, o de internación en colegios, de traslados y mudanzas, de alquiler¹²⁴. Por su parte Lagomarsino y Uriarte enumeran entre esos daños los derivados de lesiones, difamación, contagio de enfermedades, escándalos promovidos públicamente y adulterio, entre otros¹²⁵.

En un caso citado por Ferrer, la Sala E de la Cámara Nacional Civil no hizo lugar al reclamo por daño moral derivado de un adulterio, por el hecho de haberse producido en forma "discreta", lo que llevó al tribunal a afirmar que no se había producido un daño grave susceptible de reparación¹²⁶. Manifiesta Ferrer, creemos que con razón, que lo que importa para que proceda la indemnización no es la publicidad o discreción del adulterio, sino el sufrimiento y el menoscabo espiritual inferido al esposo burlado, que es padecido en su intimidad y puede afectarlo psicológicamente¹²⁷. Lo cual no significa que la difusión del hecho, en especial en los ambientes en los que actúa el esposo ofendido, no pueda acarrear un mayor sufrimiento, como es natural que efectivamente ocurra.

¹²⁴ *Daños resarcibles en el divorcio*, cit., págs. 84 y sigs.

¹²⁵ *Separación personal y divorcio*, cit., pág. 470, N° 269.

¹²⁶ "L.L.", 1993-A-452.

¹²⁷ *Daños resarcibles en el divorcio*, cit., pág. 88. Recuerda asimismo Ferrer que en el fallo plenario de la Cámara Civil del 20/9/1994 al que antes hemos hecho referencia, la Dra. Borda señaló -aunque, en este caso, enfocado desde el ángulo del esposo que sufrió el hecho- que el atentado a la dignidad, así como la ofensa y la humillación, se producen igualmente sin necesidad de que el sufrimiento que provoca el hecho se exteriorice en forma pública.

Pero con independencia de los daños materiales y morales, hay quien ha sostenido que también debe ser indemnizado como un rubro distinto, el daño psicológico inferido al cónyuge inocente por el esposo culpable¹²⁸. Sin pretender entrar al análisis de los argumentos en pro y en contra de la consideración del daño psicológico como un rubro distinto, sólo diremos que en el supuesto de llegarse a una solución afirmativa, también correspondería que fuera indemnizada esa especie de daños.

Bustamante Alsina, a su vez, enumera en lo relativo a los daños derivados de las causales constitutivas de la separación o del divorcio, los daños morales que resultan de los padecimientos sufridos durante la subsistencia del matrimonio, determinados por los comportamientos ilícitos del otro cónyuge; o los que resultan de la angustia de la soledad y la crisis de la vida afectiva en un hogar destruido, aunque se conserve el cariño de los hijos. Entre los perjuicios patrimoniales, menciona dicho autor los resultantes de un lucro cesante por parte del esposo inocente, desalentado y hasta desacreditado en su vida de relación; los derivados de la necesidad de un tratamiento médico para la recuperación de la personalidad psíquica de uno de los esposos, que resultó alterada por el comportamiento del otro; o los daños resultantes de la disolución anticipada de la sociedad conyugal, que lleva a la necesidad de liquidar bienes para hacer efectiva la partición de los bienes gananciales¹²⁹.

En lo relacionado con la procedencia de los daños que se producen con motivo de la separación o del divorcio considerados en sí mismos, ya hemos visto que existe discrepancia en la doctrina, pues hay quienes niegan su procedencia, ya sea con fundamento en que esos daños son resarcibles únicamente por medio de la prestación alimentaria a la que el esposo declarado culpable se encuentra obli-

¹²⁸ Taraborrelli, José Nicolás, *Responsabilidad civil derivada del cónyuge culpable...*, cit., "L.L.", 1990-C-1103, III.

¹²⁹ *Daños y perjuicios. Responsabilidad civil derivada del divorcio*, cit., en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, cit., t. I, págs. 764 y 765. Conf., asimismo, lo dicho por Bustamante Alsina en la nota *Divorcio y responsabilidad civil*, cit., "L.L.", 1988-D-376.

gado con respecto al otro cónyuge, o directamente debido a que los mismos no serían indemnizables en razón de que los únicos actos ilícitos pasibles de indemnización serían los hechos constitutivos de las causales que llevaron a esa consecuencia, no siendo ni la separación ni el divorcio un acto ilícito en sí mismo, que genere la obligación de indemnizar. A lo que puede replicarse que si la situación derivada de la separación o del divorcio generó un daño a uno de los esposos, no se advierte la razón para que ese perjuicio no sea indemnizado.

Entre los daños derivados de la separación o del divorcio, en sí mismos, Ferrer menciona el menoscabo de la actividad profesional o laboral debido a trastornos espirituales, lesiones psíquicas o físicas sufridas por el esposo; o por la condición de divorciado; las dificultades y costos de un cambio de residencia y reinstalación; el alquiler de otra vivienda, la destrucción de bienes; los perjuicios derivados de la disolución anticipada de la sociedad conyugal y de la consiguiente partición de los bienes gananciales; la pérdida del eventual derecho a pensión; la pérdida de la vocación sucesoria (con el alcance de pérdida de una *chance*), aunque agrega que este último daño no sería indemnizable si el esposo inocente solicitara la conversión de la separación personal en divorcio¹³⁰.

Uriarte enumera como constitutivos de los daños derivados de la separación o del divorcio en sí mismos, los ocasionados por la disolución anticipada de la sociedad conyugal; los gastos que deba hacer efectivos uno de los esposos para afrontar situaciones no presentes con anterioridad al divorcio, como ser la contratación del esposo abandonado de una doméstica para que atienda las tareas del hogar; los gastos de internación de los hijos en una guardería o en un establecimiento escolar por parte del esposo que debe ocuparse de su trabajo habitual; los gastos de mudanza; y los daños resultantes de la pérdida de un empleo¹³¹.

¹³⁰ *Daños resarcibles en el divorcio*, cit., págs. 84 y sigs. Conf. con la procedencia de la indemnización de esos daños, Ippólito, Silvia C. y Liz, Carlos Alberto, *Perjuicios futuros indemnizables derivados del divorcio*, "L.L.", 1991-E-1052 y sigs.

¹³¹ Uriarte, Jorge Alcides, *Reparación del daño moral derivado de los hechos constitu-*

Con relación a los ilícitos que en materia matrimonial originan daños resarcibles, la Dra. Makianich de Basset manifiesta que están configurados por las acciones antijurídicas culposas -en sentido amplio- constitutivas de las causales de divorcio, que tienen un nexo de causalidad adecuado con el daño, comprendiendo la indemnización los daños personales, patrimoniales y extrapatrimoniales. Agrega que el daño puede reconocer dos fuentes: los ilícitos que tipifican las causales de divorcio, y el divorcio en sí mismo. En cuanto a los primeros -dice-, pueden ser extrapatrimoniales, consistentes en "los agravios a los sentimientos, a la dignidad, las humillaciones, vejámenes, el dolor no físico, lesiones a la seguridad personal, que los actos constitutivos de las causales pueden ocasionar al otro cónyuge. Los patrimoniales pueden quedar configurados por menoscabos o deméritos provocados en la reputación del cónyuge y que disminuyan sus posibilidades de obtener ingresos, el descrédito profesional, las lesiones físicas o psíquicas ... contagio de enfermedades -especialmente las venéreas-, amén de cualquier destrucción de bienes o lesiones patrimoniales..." En cuanto a los daños resultantes del divorcio en sí mismo, Makianich de Basset menciona el daño moral derivado de "la soledad a que se ve constreñido el cónyuge, la vida aislada y retraída que deberá observar en virtud del deber de fidelidad y honestidad que la ley y la moral le imponen, por la eventual desconsideración que en algún medio social pueda existir por el divorcio, por la pérdida del derecho a una nueva unión legal debido a los efectos no disolutorios del vínculo, etc. Patrimonialmente -agrega- el divorcio en sí puede ocasionar a causa de la disolución *ipso iure* del régimen patrimonial matrimonial ... un daño importante, por la partición de bienes productores de frutos, o ... cuando el patrimonio ganancial está en cabeza del inocente y éste se ve forzado a dividirlo; la pérdida por la mujer del nivel social y económico que gozaba durante la unión; los gastos extraordinarios que pueda originar al padre por ej.: la interna-

tivos del divorcio, cit., "J.A.", 1988-III-391 y 392, III. Conf., del mismo autor, *Rechazo de la indemnización del daño moral...*, cit., "L.L.", 1991-D-216. Lo mismo afirman Lagomarsino y Uriarte en *Juicio de Divorcio*, 2a. ed., Bs. As., 1993, págs. 238 y siguientes.

ción de los hijos en establecimientos educativos, por no poderlos atender personalmente debido a sus ocupaciones"¹³².

7. Monto de la reparación

También en esta cuestión deben seguirse las normas generales vigentes en materia de reparación de los perjuicios, tanto con relación al daño material como al moral. Y si bien no será posible fijar con razonable certeza la cuantía de este último, lo cierto es que tal inconveniente comprende a todos los supuestos de reparación de esa especie de daño¹³³.

Los jueces, en definitiva, tienen un amplio margen para la fijación de la suma indemnizatoria por daño moral, debiendo atenderse especialmente como pauta indicativa, la gravedad del o de los hechos que llevaron a la ruptura matrimonial, y la repercusión que ellos tuvieron en el esposo que los sufrió¹³⁴.

8. Oportunidad para hacer el reclamo y competencia del juez

Si bien parece razonable efectuar el reclamo con posterioridad a la sentencia por la que se decreta el divorcio o la separación personal, la acción mediante la cual se reclama la indemnización de los perjuicios puede, a nuestro juicio, ser iniciada con anterioridad o junto con la iniciación de la acción de divorcio o de separación. No obstante, de haber sido iniciada antes, sólo puede ser resuelta luego de dictada

¹³² *Otra acertada acogida del derecho a reparación...*, cit., "E.D.", 115-850 y 851, V.

¹³³ Conf. entre otros, Makianich de Basset, Lidia N., quien aclara que en materia de daño moral debe combatirse la reparación simbólica, que implica el pago de una ínfima suma de dinero (*Otra acertada acogida del derecho a reparación...*, cit., "E.D.", 115-853, X).

¹³⁴ Julio J. López del Carril cita a Georges Ripert en su conocida obra *La règle moral dans les obligations civiles*, cuando éste afirma, refiriéndose a los daños en caso de divorcio, que cuando los tribunales acuerdan una reparación por daño moral, "lo que persiguen es mucho menos la satisfacción de la víctima que el castigo del autor del hecho" (*Régimen del matrimonio*, cit., pág. 312, N° 266).

aquella sentencia, debiendo el juez al resolver hacer mérito de la misma, por aplicación de la doctrina que resulta del artículo 163, inciso 6° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En cuanto a la competencia, corresponde, por razones de conexidad, la del Juez que entendió en el juicio de separación personal o de divorcio¹³⁵.

9. Prescripción de la acción

Por aplicación del artículo 3969 del Código Civil, que establece que *la prescripción no corre entre marido y mujer, aunque estén separados de bienes, y aunque estén divorciados por autoridad competente*, la acción por indemnización de los daños y perjuicios sufridos con motivo de los hechos constitutivos de las causales de separación, o por la separación en sí misma, es imprescriptible.

No obstante, dicha norma resulta inaplicable en el caso de divorcio, en razón de que los cónyuges han dejado de ser marido y mujer, siendo en ese supuesto el término de prescripción el de dos años, por aplicación del artículo 4037 del Código Civil, reformado por la ley 17.711¹³⁶. Ese plazo fue, también, el aceptado como término de prescripción en las Jornadas de responsabilidad por daños en homenaje al Dr. Bustamante Alsina, celebradas en la ciudad de Buenos Aires en 1990.

En cuanto a la fecha en que la prescripción comienza a correr, corresponde la aplicación de los principios generales, por lo que el plazo de dos años se cuenta desde que la acción se encuentra expedida, lo cual ocurre cuando la sentencia de divorcio queda firme¹³⁷.

¹³⁵ Conf. Makianich de Basset, Lidia N., *Otra acertada acogida del derecho a reparación...*, cit., "E.D.", 115-852, VIII.

¹³⁶ Conf. Brebbia, Roberto H., *El daño moral en las relaciones de familia*, cit., pág. 367, 4°. Makianich de Basset recuerda que la acción no prescribe entre cónyuges, no haciendo salvedad alguna con respecto al supuesto en que hubiera existido disolución del vínculo (*Otra acertada acogida del derecho a reparación...*, cit., "E.D.", 115-852, IX).

¹³⁷ Conf. Taraborrelli, José Nicolás, *Responsabilidad civil derivada del cónyuge culpa-*

10. Derecho comparado

El la legislación comparada se admite en general el derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios derivados ya sea de los hechos que dieron lugar al divorcio o a la separación personal, o por dichas situaciones en sí mismas. A ello nos referiremos a continuación.

a) Código Civil francés

Por aplicación del artículo 1382 del Código Napoleón, que establece que todo hecho del hombre que cause a otro un daño obliga a aquél a repararlo, por la culpa en que ha incurrido, la jurisprudencia francesa admitió desde los primeros tiempos la condena al pago por parte del cónyuge culpable -así como también de su cómplice-, de los daños y perjuicios que con motivo del adulterio cometido, sufriera el otro esposo¹³⁸.

Con posterioridad se fueron ampliando -aunque en forma pausada- las causas que daban lugar a la reparación, llegando a admitírsela cualesquiera que hubieran sido los hechos que llevaron al divorcio¹³⁹. Pero siempre con la limitación de que la reparación correspondía únicamente con motivo de los daños resultantes de las causales que habían llevado al divorcio.

ble..., cit., "L.L.", 1990-C-1103, quien, no obstante, considera -a pesar de la expresa disposición del artículo 3969- que la prescripción también corre en caso de separación personal.

¹³⁸ Ver al respecto los casos que cita Rébora, Juan Carlos, *El daño moral*, "J.A.", t. 14, sec. doctr., pág. 99.

¹³⁹ Remitimos a los fallos de la jurisprudencia francesa que recuerda Belluscio, Augusto César, en *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, cit., "L.L.", 105-1044 y sigs. Recordamos, asimismo, la reseña que efectúa Salas, Acdeel Ernesto, en *Indemnización de los daños derivados del divorcio*, cit., "J.A.", 1942-II-1011, y entre otros, un fallo de la Corte de Casación del 21/6/1927, en el que se resolvió que independientemente de la pensión alimentaria contemplada en el art. 301 del Código Civil, el esposo en provecho del cual se ha pronunciado el divorcio puede obtener una indemnización por aplicación del art. 1382 y en las condiciones del derecho común, si de los hechos que lo motivaron resulta un perjuicio material o moral distinto del que deriva para él de la ruptura del lazo conyugal y que la pensión para alimentos indicada por aquella norma tiene por fin reparar (pág. 1013).

Por la reforma producida en Francia en el año 1941 al régimen matrimonial¹⁴⁰, se estableció la facultad a favor del esposo inocente del divorcio, de ser indemnizado por los daños tanto materiales como morales derivados de la disolución del matrimonio, habiéndose extendido esa solución al caso de la separación personal por una ley del 29 de mayo de 1948, que modificó el artículo 311 del Código Civil.

Luego de la reforma del Código por la ley del 11 de julio de 1975, el artículo 266 dispone que *cuando el divorcio se pronuncia por culpa exclusiva de uno de los esposos, éste puede ser condenado al pago de daños y perjuicios materiales o morales que la disolución del matrimonio hace sufrir a su cónyuge*. Y se agrega que este último sólo puede demandar la indemnización de los daños y perjuicios al interponer la acción de divorcio. López del Carril manifiesta que dicha norma es la consecuencia de la interpretación hecha por la Corte de Casación con fecha 21 de junio de 1927 en el caso "Dedies c/ Colere", con respecto al artículo 301 del Código Civil, donde ese tribunal estableció que con independencia de la pensión alimentaria prevista en la norma recién citada, el esposo que ha sido declarado inocente del divorcio puede obtener por aplicación del artículo 1382 del Código Civil, el resarcimiento ya sea material o moral, de los daños e intereses que hayan sido el resultado de los hechos que motivaron el divorcio¹⁴¹.

No obstante y al igual que en nuestro Derecho, en la legislación francesa tampoco existe una norma específica que establezca la reparación de los daños causados al cónyuge inocente no ya por el divorcio mismo -lo cual se halla contemplado en el artículo 266 transcripto-, sino por la conducta ilícita del esposo declarado culpable, que dio lugar a la o las causales por las cuales se decretó el divorcio. No

¹⁴⁰ La ley del 2/4/1941, convalidada por la Ordenanza del 12/4/1945, agregó el siguiente párrafo al artículo 301 del Código Civil: "Independientemente de todas las otras reparaciones debidas por el esposo contra el cual el divorcio ha sido pronunciado, los jueces pueden conceder al cónyuge que ha obtenido el divorcio, daños e intereses por el perjuicio material o moral causado a él por la disolución del matrimonio".

¹⁴¹ *Régimen del matrimonio*, cit., pág. 318, N° 276.

obstante, siguiendo a la doctrina, la jurisprudencia predominante inclusive posterior al año 1975, es partidaria en tal supuesto de la procedencia del resarcimiento, con fundamento en la norma genérica de reparación establecida por el artículo 1382 del Código Civil, fuente de nuestro artículo 1109¹⁴².

b) Derecho italiano

Antes de la reforma del año 1975, en el Derecho italiano la cuestión era planteada únicamente con relación a los daños y perjuicios tanto materiales como morales que se derivaban del adulterio de uno de los cónyuges, quien junto con su cómplice eran considerados responsables en forma solidaria hacia el cónyuge ofendido.

Luego de la reforma, que no contempla en forma expresa el tema, la jurisprudencia ha negado que el daño derivado del divorcio sea resarcible, y ello no obstante la conducta dolosa o culposa de uno de los esposos.

Cabe además señalar que de acuerdo con la ley 74, del año 1987, la asignación periódica que se establece a favor del esposo que no tenga medios o que no pueda procurárselos, no es considerada como resarcitoria, sino meramente asistencial.

¹⁴² Bustamante Alsina cita un fallo de la Corte de Casación del 9/11/1965, que resolvió que "conforme con el artículo 1382 del Código Civil, independientemente del divorcio o de la separación de cuerpos y de sus sanciones propias, el esposo que invoca un perjuicio ajeno al resultante de la ruptura del vínculo conyugal puede demandar a su cónyuge por reparación de acuerdo al derecho común" (*Daños y perjuicios. Responsabilidad civil derivada del divorcio*, cit., pág. 765). Ver también los fallos de la jurisprudencia francesa citados por Bustamante Alsina en su nota *Divorcio y responsabilidad civil*, cit., "L.L.", 1988-D-378, en especial uno de la Corte de Casación del 27/2/1980, que reitera la jurisprudencia anterior a la modificación de la ley de matrimonio del año 1975. Sobre esta última jurisprudencia remitimos a lo expresado al respecto por Colombo, Leonardo A., en *Indemnización del daño producido por el adulterio de la esposa*, cit., "L.L.", 89-714, donde recuerda un fallo de la Corte de Casación del 21/6/1927, que declara procedente la indemnización si de los hechos que motivaron el divorcio resulta un perjuicio material o moral distinto del que le ocasiona la ruptura del vínculo matrimonial y que la prestación que resulta de la pensión del art. 301 del Código Civil tiene por finalidad resarcir.

c) Derecho español

Si bien en el Derecho español tampoco se contempla en forma expresa la cuestión, se ha considerado que la pensión compensatoria que de acuerdo con el artículo 97 del Código Civil -con la reforma de la ley de 1981- se le debe otorgar al cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro esposo, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene fundamentalmente un carácter resarcitorio -aunque su otorgamiento nada tiene que ver con la ausencia de culpa-, considerándose, asimismo, que esa pensión es sustitutiva de los alimentos, por lo que no se admite que coexista con la pensión alimentaria¹⁴³.

d) Código Civil alemán

En el Código Civil alemán no se contempla la cuestión de los daños y perjuicios derivados del divorcio, no obstante lo cual tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten que ellos proceden, pero con fundamento en la ilicitud de los hechos constitutivos de alguna causal de divorcio.

e) Código Civil portugués

En el Código Civil de Portugal, reformado en el año 1977 -aunque en vigencia desde 1978-, el cónyuge culpable, o el declarado *principal culpable* ya sea del divorcio o de la separación, debe reparar los daños morales sufridos por el otro esposo con motivo de la sentencia, debiendo la acción de indemnización ser deducida junto con la de divorcio o separación (art. 1792).

¹⁴³ Conf. Ferrer, Francisco A. M., *El daño resarcible en el divorcio*, cit., págs. 116 y 117; Lasarte Álvarez, Carlos y Valpuesta Fernández, María del Rosario, coment. al art. 97 del Código Civil, en *Matrimonio y Divorcio...*, coordinados por Lacruz Berdejo, José Luis, cit., págs. 749 y 750; López Alarcón, Mariano, *El nuevo sistema matrimonial español. Nulidad, separación y divorcio*, Madrid, 1983, pág. 357; Torres Lana, José Ángel, comentario al artículo 101 del Código Civil, en *Matrimonio y Divorcio...*, coord. por Lacruz Berdejo, cit., pág. 791, 4; Pons González, Manuel y del Arco Torres, Miguel Ángel, *Separación, divorcio y nulidad matrimonial: régimen jurídico*, Granada, 1995, págs. 312 y 313; González Poveda, Pedro, *De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*, cit., págs. 80, 100 y 104.

Esa misma solución se aplica con relación al esposo que solicitó el divorcio o la separación con fundamento en la alteración de las facultades mentales del otro, al que debe indemnizar.

f) Código Civil belga

Por aplicación del artículo 301 del Código Civil belga, el juez puede fijar a favor del esposo inocente una pensión alimentaria a cargo del culpable, de manera de asegurar a aquél una existencia en condiciones análogas a las que gozaba durante la vida en común. La pensión no se fija si ambos cónyuges son declarados culpables.

Esa pensión, que no puede exceder de la tercera parte de los bienes del deudor -aunque puede ser reemplazada por un capital- y que se extingue a la muerte de éste, tiene un carácter indemnizatorio, y tiende a resarcir al esposo inocente los perjuicios que le fueron causados por la supresión de la vida conyugal y las ventajas que ella le producía.

g) Código Civil suizo

El artículo 151 del Código Civil suizo del año 1907 reconoce el derecho a la indemnización tanto del daño material como del daño moral, al establecer que "el esposo inocente cuyos intereses pecuniarios, aun eventuales, son comprometidos por el divorcio, tiene derecho a una equitativa¹⁴⁴ indemnización de parte del cónyuge culpable", agregándose en la segunda parte de dicha norma que si los hechos que determinaron el divorcio han causado un grave ataque a los intereses personales del esposo inocente, el juez puede concederle, además, una suma de dinero a título de reparación moral¹⁴⁵.

La reparación se admite únicamente en caso de divorcio, pero no de separación¹⁴⁶, pues esta última se dicta al solo fin conciliatorio, por lo

¹⁴⁴ Al tener que ser *equitativa*, no se computan la totalidad de los daños sufridos.

¹⁴⁵ El daño moral debe ser indemnizado únicamente cuando adquiera una gravedad especial que exceda la medida habitual.

¹⁴⁶ Salvo entre cónyuges extranjeros, cuando la ley de su país les impide la obtención del divorcio.

que si la conciliación no se logra, se transforma en divorcio. Tampoco se admite la reparación si ambos esposos hubieran sido declarados culpables.

Si se concedió una renta vitalicia a título de daños y perjuicios, reparación moral o alimentos, el beneficiario deja de tener derecho a ella si contrae nuevo matrimonio (art. 153), salvo que éste fuera anulado.

Para la procedencia de la reparación del daño material -que puede ser eventual-, se requiere además de la existencia del daño, que el demandado haya incurrido en culpa, así como también que exista relación de causalidad entre el hecho y el daño; la acción se considera que es personalísima, con todos los efectos que de ello derivan.

h) Derecho griego

De acuerdo con la primera parte del artículo 16 de la ley griega de divorcio del año 1920, se admite la reparación del daño moral derivada del divorcio -doctrina que fue ampliada años más tarde, en 1946-, al establecer que "si el hecho que ha constituido la causa del divorcio ha sido ejecutado en condiciones que comportan una grave ofensa a la persona del esposo no responsable del divorcio, el tribunal puede, al pronunciar éste, obligar al cónyuge que ha sido único culpable del divorcio a pagar al otro una suma de dinero a título de reparación moral".

i) Códigos latinoamericanos

El artículo 288 del Código Civil de México para el Distrito Federal, dispone en la última parte que "cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito"¹⁴⁷.

Al legislar sobre los efectos del divorcio, el artículo 144 del Código de Familia de Bolivia establece, siguiendo a la letra el artículo 151 del Anteproyecto de Código Boliviano de Familia del año 1965, que

¹⁴⁷ Al comentar dicha norma, Rafael Rojina Villegas sostiene que toda causa de divorcio culpable se convierte en hecho ilícito, y que en el Derecho mexicano se comprenden los daños y perjuicios de orden patrimonial y moral, siempre y cuando este último no exceda la tercera parte de aquél (*Compendio de Derecho Civil*, t. I, 26a. ed., Méjico, 1995).

independientemente de la "pensión de asistencia" a que se refiere el artículo 143, *el cónyuge culpable puede ser condenado al resarcimiento del daño material y moral que haya causado al inocente por la disolución del matrimonio.*

Más limitada es la aceptación del daño que se efectúa en el artículo 351 del Código Civil del Perú del año 1984 -similar al artículo 264 del Código de 1936-, donde se admite como una facultad del juez, el conceder una suma de dinero únicamente en concepto de reparación del daño moral, cuando los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente.

III. DAÑOS POR ENFERMEDADES TRANSMITIDAS GENÉTICAMENTE A LOS HIJOS

1. Preocupante doctrina que invade el derecho a la intimidad y la privacidad de los padres

Se discute en doctrina sobre la procedencia de una indemnización por parte de los padres a favor del hijo, por la enfermedad grave que le hubieran transmitido genéticamente, siempre que hubieran tenido conocimiento de la enfermedad al tiempo de tener relaciones aptas para la procreación, así como de la posibilidad de su transmisión al hijo¹⁴⁸.

¹⁴⁸ También se ha planteado -en Francia, donde se admite el aborto- un supuesto que casi se podría calificar de *contrario* al contemplado en el texto, que es recordado por Gabriel Mazzinghi en su nota *Una sentencia injusta, pero justa*, "E.D.", 151-925, en el cual se reclamó una indemnización por el daño sufrido, pero no por el hijo con motivo de haber nacido con una grave enfermedad transmitida genéticamente por uno o ambos padres, sino por la madre que reclama al médico que practicó en forma deficiente un aborto, por el hecho de haber nacido el hijo perfectamente sano. Con buen criterio, la Corte de Casación rechazó la acción, lo que hizo con fundamento en el hecho de que el solo nacimiento del hijo no deseado no hace presumir, para la madre, un perjuicio jurídicamente reparable. Otro supuesto también distinto, y que excede los límites de este trabajo, es el que se presentaría con relación a la responsabilidad del médico que, consultado sobre la posibilidad del nacimiento de un hijo todavía no concebido, con una determinada enfermedad, lo niega erróneamente -no obstante la posibilidad cierta de detectarla-, a raíz de lo cual el hijo nace con esa enfermedad.

Se sostiene que el derecho a la procreación que tienen los padres, consustanciado con su derecho a la intimidad, tendría un límite, que estaría dado por la posibilidad cierta de transmitirle genéticamente a su hijo una enfermedad grave, y que cuando ello ocurre por un obrar negligente o doloso, deben asumir una responsabilidad hacia el hijo, consistente en la reparación por equivalente de los daños que se le causaron, los cuales hacen que se haya visto frustrada su existencia normal.

Es conocida la sentencia dictada en el año 1950 por un Tribunal de Piacenza, Italia, que hizo lugar al reclamo de indemnización efectuado por una hija contra su padre, por haberle contagiado sífilis a su madre durante el período de gestación, lo que llevó a que también ella contrajera esa enfermedad¹⁴⁹.

Con fundamento último en la concepción moderna del Derecho de daños, de la que resulta que donde existe un daño injustamente sufrido se trata por lo general de encontrar un responsable, con independencia de si medió culpa o negligencia por parte de aquel a quien se considera responsable, e inclusive de si el acto realizado fue lícito o ilícito¹⁵⁰, Banchio sostiene, en el supuesto considerado, la viabilidad de la pretensión indemnizatoria del hijo en contra de sus padres¹⁵¹. Según afirma Parellada, en el caso estaríamos ante un supuesto de

¹⁴⁹ Véase la crítica efectuada a dicha sentencia por Zannoni, Eduardo A., en *Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil...*, cit., págs. 627 y sigs., y autores citados tanto a favor como en contra de la misma. Expresa Zannoni, entre otros conceptos, que la sentencia constituye un avance sobre la intimidad o privacidad de hombre y mujer, y que de no entenderse así, si se considerara como ilícito al acto de procreación de quienes por ese acto pueden transmitir enfermedades, se debería en tal hipótesis impedirlo por ley, y como consecuencia de ello, se podría llegar a justificar la esterilización compulsiva de miles de seres humanos que pueden transmitir taras o enfermedades.

¹⁵⁰ Parellada señala que en la actualidad no puede sorprender que ello ocurra, pues el derecho de daños -afirma- reconoce muchos supuestos en que existe responsabilidad por una determinada conducta que en sí misma constituye un acto lícito, pero que convoca a la responsabilidad, con fundamento en la injusticia del daño (*Una aproximación...*, cit., pág. 410).

¹⁵¹ Banchio, Enrique Carlos, *Daño genético y responsabilidad civil*, en *Responsabilidad por Daños*. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina, t. II, Bs. As., 1990, págs. 164 y sigs. La doctrina pone de relieve que debe tratarse de supuestos de gravedad, que frustran la posibilidad de una vida normal, y no, en cambio, de simples transtornos, como podría ocurrir, por ejemplo, según señala Parellada, con las tendencias a contraer ciertas enfermedades, que son propias del riesgo de la existencia (*Una aproximación...*, cit., pág. 409, 6).

omisión en la acción, lo que ocurre cuando el sujeto realiza una acción determinada con falta de previsión o desprecio de sus consecuencias, sin tomar las precauciones para evitarlas¹⁵².

Taraborrelli también se halla de acuerdo en la procedencia de la reparación, al afirmar que "con fundamento en el nuevo marco filosófico, antropológico, cultural, biológico, sociológico, económico y jurídico", los padres deben responder por el hecho de concebir un hijo enfermo de SIDA, en el supuesto de que ellos hubieran conocido que eran portadores o enfermos infectados del mal¹⁵³.

La reparabilidad del daño fue, asimismo, la solución aceptada por la mayoría de la Comisión, en las Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones celebradas en la provincia de Santa Fe en el año 1990 en homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, así como en otras diversas Jornadas que son recordadas por Di Lella, quien, como más adelante veremos, se muestra contrario a la procedencia de la reparación de que se trata¹⁵⁴.

2. Nuestra opinión

No estamos de acuerdo con la procedencia de un resarcimiento en la situación en análisis, que indirectamente implicaría -bajo pena de tener que hacerse cargo de una indemnización- la prohibición para los padres de tener relaciones sexuales entre sí, en el supuesto de que alguno de ellos tuviera una enfermedad grave, transmisible genéticamente. Relaciones de las cuales difícilmente se pueda asegurar que necesariamente tengan como resultado el nacimiento de un hijo enfermo, y que, por otra parte, son plenamente lícitas, pues no sólo no existe una norma que las prohíba, sino que, además, del deber de convivencia que tienen los cónyuges, consagrado en el artículo

¹⁵² *Una aproximación...*, cit., pág. 411.

¹⁵³ Taraborrelli, José Nicolás, *¿Son resarcibles los daños causados a los hijos por el divorcio en sí?*, cit., "J.A.", 1991-III-347, a).

¹⁵⁴ *Derecho de daños vs. derecho de familia*, cit., "L.L.", 1992-D-870, nota 35.

199 del Código Civil, resulta implícitamente consagrado el derecho al débito conyugal¹⁵⁵.

Además, parece claro que teniendo los padres pleno derecho de planificar su descendencia, no podrían a nuestro juicio esas relaciones -aún cuando como consecuencia de ellas pudiera nacer un hijo con una enfermedad grave- ser calificadas de ilícitas. También Zannoni afirma que el acto procreador de los padres no es nunca un acto ilícito¹⁵⁶, lo cual lleva como consecuencia ineludible al rechazo de la reparación.

En la solución del tema propuesto no pueden dejarse de lado una serie de valoraciones de diverso tipo, tanto éticas como también morales y religiosas, además de sociales e individuales, sin olvidar los aspectos de justicia involucrados en la cuestión. Resulta por demás evidente la repercusión negativa que la aceptación de la procedencia de una indemnización, en la circunstancia que se analiza, tendría con relación a la unidad y la cohesión de la familia, cuyo seguro deterioro puede adivinarse sin demasiado esfuerzo, así como el traslado de esa situación a la sociedad en su conjunto¹⁵⁷. Debemos al respecto recordar que en el conocido caso "Zepeda v. Zepeda", al que más arriba nos hemos referido, uno de los elementos que tuvo en cuenta el Tribunal de Apelaciones de Illinois para el rechazo de la acción del menor que había demandado a su padre por los perjuicios derivados de ser un hijo adulterino, consistió en el hecho de que, de hacerse lugar a la acción, se estimularían nuevas acciones judiciales por parte de, entre otras personas, aquellas que hubieran nacido afectadas con una enfermedad hereditaria.

Además, y en el hipotético supuesto de que se aceptara el derecho a la reparación, cabría preguntarse cuáles serían las pautas para admi-

¹⁵⁵ La aceptación del derecho a la reparación podría llevar a admitir que las relaciones sexuales serían susceptibles de la aplicación de la teoría del riesgo creado, y sus efectos consiguientes. Ver lo expresado al respecto por Zannoni, Eduardo A., *Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil...*, cit., pág. 628 y nota 19.

¹⁵⁶ *Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil...*, cit., pág. 628.

¹⁵⁷ Ver al respecto lo expresado en ese mismo sentido por Tobías, José W., *Acerca de la viabilidad de la pretensión resarcitoria...*, cit., "L.L.", 1992-B-825 y 826.

tirlo. Así como también y en esa misma situación, sería lícito dudar sobre la razón por la cual la indemnización únicamente resultaría procedente en el supuesto de que la enfermedad transmitida fuera *grave*. Es que por aplicación de la solución que criticamos, no habría ninguna razón por la cual no pudiera también efectuarse un reclamo -naturalmente que de menor cuantía- si la enfermedad fuera leve. Y por otra parte, qué pasaría, nos preguntamos, si el hijo naciera, por ejemplo, con el síndrome de Down; ¿se podría en tal caso reclamar una reparación a los padres que lo concibieron a una edad madura, porque las estadísticas demuestran que cuanto mayor sea la edad de los progenitores, mayor también será la posibilidad de que el hijo nazca con esa enfermedad? Además, ¿estamos seguros de que esto último es efectivamente así? Desde otro ángulo, ¿se nombrará luego a una persona distinta a los padres, para que administre el monto indemnizatorio cobrado por el hijo declarado incapaz?

También Tobías se plantea el interrogante del nacimiento de un hijo con el síndrome de Down, como también la cuestión del enanismo, y se pregunta sobre la verdadera magnitud del alcance del tema, que podría extenderse -dice- a otras transmisiones dañosas relacionadas, por ejemplo, con la estética de la persona, o sus caracteres morales o condiciones sociales, lo que lleva, según manifiesta, a un retorno de teorías aberrantes en materia de raza y eugenesia¹⁵⁸.

Borda critica, asimismo, la procedencia de una indemnización en el supuesto considerado, importando tal doctrina -señala- estimular juicios de los hijos contra sus padres, lo cual es destructor de la unidad de la familia, resultando además repugnante a una sana política familiar¹⁵⁹.

¹⁵⁸ *Acerca de la viabilidad de la pretensión resarcitoria...*, cit., "L.L.", 1992-B-826 y nota 11. Se pregunta también este autor sobre la procedencia de la reparación en el supuesto de transmisión de otras enfermedades y deficiencias físicas y psíquicas, o de características físicas que provoquen complejos o sufrimientos, cuando la posibilidad de la transmisión del problema familiar sea importante y conocida por los padres.

¹⁵⁹ *Tratado de derecho civil. Familia*, cit., t. II, pág. 86. Dice Borda que por aplicación de esa doctrina, también deberían separarse a los hijos de sus padres cuando éstos tuvieran una enfermedad grave, para dejarlos en manos, para su cuidado, de otros parientes, o de establecimientos especializados, lo que repugnaría al más elemental sentido común.

La cuestión en análisis se halla de alguna manera relacionada con los impedimentos eugenésicos para contraer matrimonio, que son aquellos que prohíben la celebración del matrimonio entre personas de las cuales al menos una de ellas se encuentra afectada de alguna de ciertas enfermedades establecidas por la ley, tratándose por medio de esos impedimentos de evitar que dichas enfermedades se transmitan ya sea entre los cónyuges o a los hijos nacidos de esa unión, mediante el contagio o, en el caso de los hijos, por aplicación de las leyes de la herencia¹⁶⁰.

Ya hemos expresado que a pesar de que el derecho a contraer matrimonio es un derecho natural, que queda librado a la voluntad de los contrayentes, ello no significa reconocerle un carácter absoluto, pudiendo establecerse determinadas limitaciones para su ejercicio, debiendo en todo caso el impedimento para contraer matrimonio establecerse únicamente cuando existe la certeza de que la enfermedad es transmisible al cónyuge o a los descendientes, y siempre que la misma fuera de carácter grave, debiendo tenerse presente que desaparecida la posibilidad del contagio, debe también desaparecer el impedimento¹⁶¹.

Pero si los esposos se casaron sin infringir ninguna norma existente al respecto, no se les puede prohibir tener relaciones sexuales aptas para la procreación, no pudiendo, en consecuencia, admitirse la posibilidad de que los hijos les reclamen a sus padres una indemnización pecuniaria por haberseles transmitido genéticamente una enferme-

¹⁶⁰ Ver sobre ello el Capítulo VI de nuestro trabajo *Impedimentos Matrimoniales*, Bs. As., 1994, págs. 235 y sigs., donde se analizan los impedimentos eugenésicos. Parellada sostiene que el criterio de postular la reparación por los daños transmitidos genéticamente, no implica postular en forma directa o indirecta, prácticas eugenésicas (*Una aproximación...*, cit., pág. 413).

¹⁶¹ *Impedimentos Matrimoniales*, cit., pág. 237. Conf. Méndez Costa, María Josefa, *Derecho de Familia*, Santa Fe, 1990, t. I, págs. 129 y 130, N° 19, c); Mazzinghi, Jorge A., *Derecho de Familia*, cit., t. I, págs. 186 y 187, N° 78; Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, págs. 93 y 94, N° 81, quien considera que la postergación del casamiento hasta que pase la enfermedad constituye una medida prudente y beneficiosa para todos, aunque aclara que la legislación sobre esta materia debe ser sumamente prudente, para no chocar contra los sentimientos morales y religiosos del pueblo.

dad, no debiendo dejarse de lado en el análisis que, no obstante la transmisión de la enfermedad, también se le dio al hijo -entre otras muchas cosas- nada menos que la vida. Y no creo que nadie pueda afirmar con seguridad que no pueda ser una vida feliz. Como bien ha dicho Llambías, "para esos hijos siempre será un bien mayor que la nada, la vida con todas sus expectativas, naturales y sobrenaturales, aun esa vida, por precarias que sean las condiciones en que advenga, por la capacidad casi infinita de adaptación a las circunstancias que tiene el ser humano... En fin, tampoco es dable asegurar que la proge- nie del enfermo representará un mal para la sociedad, porque no se sabe qué destello de genialidad puede haber en ella, ni qué aporte decisivo para el progreso de la humanidad pueda traer, tal vez, un individuo con taras físicas innegables: sabido es que la historia está jalonada por hombre célebres que sobrellevaron las taras hereditarias de sus progenitores"¹⁶².

También creemos importante señalar con relación a este tema, que en la Encíclica *Casti Connubi*, del 31 de diciembre de 1930, Pío XI recordó, al criticar los impedimentos eugenésicos, que "los hombres no se engendran principalmente para la tierra y el tiempo, sino para el cielo y la eternidad"¹⁶³.

Las razones hasta aquí expresadas nos llevan a desechar en forma vigorosa y sin duda alguna, la posibilidad de un reclamo a los padres por la causa a la que nos venimos refiriendo. Es que como dice Di Lella, de aceptarse una solución distinta, cuando dentro de unos años contemos con un mapa genético, podría llegar a obligarse a las perso-

¹⁶² *Estudio de la Reforma del Código Civil. Ley 17.711*, Bs. As., 1969, pág. 352, nota 409. En el mismo sentido de Llambías, sobre que la vida, en sí misma, es un bien superior a la salud, y por tanto que resulta preferible que nazcan hijos con déficit físicos o mentales a que no nazcan, se pronuncia Viollet, Jean, *Le Mariage*, París 1932, citado por Mazzinghi, Jorge A., *Derecho de Familia*, cit., pág. 184. Leclercq, Jacques, también citado por Mazzinghi (pág. 185, nota 163), manifiesta, en cambio, que lo recién expresado es efectivamente así, pero sólo a partir de la concepción del niño; no antes.

¹⁶³ Mazzinghi recuerda que frente a las conjeturas más o menos científicas, la Iglesia opuso tradicionalmente su confianza en la Providencia divina, y sostuvo que la vida era, de por sí y a pesar de ciertos déficit, un bien mayor que el de evitar el nacimiento de un enfermo (*Derecho de Familia*, cit., t. I, pág. 182).

nas a un estudio previo para determinar quiénes son aptos para transmitir la vida, y quiénes no. Se pregunta asimismo dicho autor si resulta posible obligar a los cónyuges a abstenerse de tener relaciones sexuales para evitar la posibilidad de transmitir al hijo determinadas enfermedades, o a tener que recurrir a métodos anticoncepcionales contra su propia convicción religiosa¹⁶⁴.

Se ha sostenido asimismo que en la transmisión de la enfermedad al hijo no existe un daño, que para ser tal debe consistir en la lesión o menoscabo a un interés jurídico. Lo que se fundamenta en que si la enfermedad se contrae en el acto de la concepción, no puede hablarse de daño, pues a ese momento no existía un interés jurídico a proteger, aunque de aceptarse su existencia, el mismo se identificaría con el interés o derecho a no ser concebido, no pudiendo afirmarse que exista un derecho a no ser¹⁶⁵. Esta posición de la inexistencia de daño por la falta de un interés jurídico protegido ha sido también expuesta por Tobías, quien se pregunta al respecto si el ordenamiento jurídico puede tutelar un derecho de no ser concebido, y si el hecho de haber nacido con una enfermedad importa un cambio desfavorable con relación a la situación de no haber sido; y agrega que si no ha existido una situación previa modificada por una acción externa, sino que el origen de la acción generadora de la enfermedad se identifica con la acción que dio origen a la vida, no podría sino concluirse que para admitir la pretensión resarcitoria, se debería calificar como ilícita a la acción generadora de la vida¹⁶⁶. Lo cual no parece concebible.

¹⁶⁴ *Derecho de daños vs. derecho de familia*, cit., "L.L.", 1992-D-870 y 871.

¹⁶⁵ Minyersky, Nelly y Lambois, Susana, *Responsabilidad y SIDA*, en Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Prof. Dr. Atilio A. Alterini, Bs. As., 1997, pág. 695. Manifiestan dichas autoras que se impone la pregunta de si es mejor nacer enfermo o no nacer. Y agregan que tampoco puede decirse que el hecho de nacer enfermo sea desfavorable en relación a la situación preexistente, de no haber sido concebido. Parellada sostiene, en cambio, la innecesariedad de la existencia del sujeto en el momento de la conducta dañosa, pues lo que interesa para generar la responsabilidad -dice- es la relación de causalidad entre la conducta y el daño, y que concurra el factor de atribución (*Una aproximación del derecho de daños...*, cit., pág. 411).

¹⁶⁶ *Acerca de la viabilidad de la pretensión resarcitoria...*, cit., "L.L.", 1992-B-830.

3. *Fundamento de la responsabilidad*

Quienes sostienen que los daños graves causados por transmisión genética de enfermedades deben ser reparados, manifiestan que el factor de atribución de la responsabilidad está dado por la culpa, en sentido lato, siendo esa responsabilidad de carácter extracontractual¹⁶⁷.

4. *Prescripción de la acción*

Por tratarse de una responsabilidad extracontractual, resulta aplicable el plazo de prescripción de dos años contemplado en el artículo 4037 del Código Civil, el cual comienza a correr, a nuestro juicio, desde que el hijo llega a la mayoría de edad, en que se le otorga plena capacidad jurídica para actuar, no obstante que puede hacerlo antes, por medio de un representante.

IV. DAÑOS DERIVADOS DE LA NEGATIVA A RECONOCER AL HIJO EXTRAMATRIMONIAL

1. *La reparación es procedente cuando la omisión del reconocimiento es culposa*

Si bien no existe en nuestro Derecho una norma legal expresa que resuelva la cuestión, como por ejemplo el artículo 340-5 del Código Civil francés, que admite explícitamente la acción de daños y perjuicios, hay unanimidad de pareceres en reconocer al hijo extramatrimonial una acción contra su padre que no lo reconoció, por la reparación de los daños que le fueron causados con motivo de la negativa al reconocimiento, en tanto que -cabe aclarar de entrada- esa negativa haya sido dolosa o culposa.

¹⁶⁷ Entre otros, Parellada, Carlos A., *Una aproximación del derecho de daños...*, cit., págs. 411 y 412.

Lo que es así debido a la violación, en tal supuesto, del derecho de todas y cada una de las personas a tener su propia identidad, y como consecuencia de ello, a gozar del uso del nombre y de la nacionalidad que le corresponde, así como de integrarse en el seno de su propia familia. De lo cual resulta el derecho del hijo a ser reconocido por sus padres, y la consiguiente acción en ese sentido, así como también para reclamar los perjuicios que le hubiera producido la omisión culposa en el reconocimiento.

Como veremos seguidamente, se han dictado varios fallos que han hecho lugar a la reparación de los daños resultantes de la falta de reconocimiento por parte del padre, pero si bien esa jurisprudencia es relativamente reciente, el tema de la responsabilidad por dicha omisión ha sido planteada por la doctrina varios años antes de que se dictara la primera sentencia en ese sentido, recordando entre otros autores a Barbero, quien calificaba a esa actitud de reprochable, agregando que la misma podía ocasionar perjuicio, "aunque sea sólo daño moral"¹⁶⁸.

En una sentencia que Bidart Campos ha calificado con razón de *estupenda*, con fecha 9 de marzo de 1988, la jueza a cargo del Juzgado de 1a. instancia en lo Civil y Comercial de San Isidro¹⁶⁹, Dra. Delma Beatriz Cabrera, resolvió que era procedente la indemnización solicitada con fundamento en el daño moral sufrido por la hija de 13 años, por haber su padre negado en forma maliciosa o culposa su paternidad, obligándola a iniciar la correspondiente acción de reclamación de estado para obtener el reconocimiento. Afirmó la sentenciante que el daño moral ocasionado por la falta de reconocimiento constituye un hecho notorio, debido a que el "hijo de madre

¹⁶⁸ Barbero, Omar U., *La responsabilidad civil en el derecho de familia*, cit., "J.A.", 29-175-623, III, d). Dice Barbero que también cabría la reparación por aplicación de los principios generales.

¹⁶⁹ "E.D.", 128-330, con nota aprobatoria de Bidart Campos, Germán J., *Paternidad extramatrimonial no reconocida voluntariamente e indemnización por daño moral al hijo: un aspecto constitucional*. Dicho autor también se pronuncia en forma favorable a la procedencia de la reparación por daño moral en el caso en análisis, en la nota *La negatoria a someterse a pruebas biológicas en el juicio de filiación*, "E.D.", 157-258, 6.

soltera" conlleva un tono de minusvalía social, en especial cuando se forma parte de la llamada clase media; pero más importante aún que el dolor moral sufrido socialmente -se dijo-, es el de saberse negada por su padre: el sentimiento de inferioridad, de desprotección espiritual e inseguridad que ha de experimentar quien no puede contar con la figura paterna cierta, visible, responsable.

Se señaló además en el fallo, que la falta de reconocimiento de la filiación configuraba una conducta antijurídica, desde el momento en que la ley otorga una acción a la víctima de la omisión, para reclamar ante la justicia el restablecimiento del orden jurídico, acción que no se concedería si fuera lícito no reconocer a un hijo. Por otra parte -se afirmó-, el artículo 1109 del Código Civil reputa ilícito todo actuar que por culpa o negligencia ocasione un daño a otro, no pudiendo caber duda de que media culpa por parte de quien ante la vehemente sospecha de haber engendrado un hijo, elude su reconocimiento; antijuridicidad que resulta, asimismo, de lo normado por el artículo 3296 bis del Código Civil, que sanciona con la incapacidad -por indignidad- para suceder al hijo, a los padres que, entre otros actos omisivos, no lo hubieran reconocido voluntariamente durante la menor edad.

Cabe asimismo recordar que de la segunda parte del art. 249 del Código Civil, en la redacción de la ley 23.264, resulta la ilicitud de la conducta del padre que sólo reconoce al hijo después de que éste hubiera fallecido, lo que dicha norma sanciona con la pérdida de la vocación hereditaria. Igualmente, del artículo 287 del Código surge la ilicitud de la conducta del progenitor que omite reconocer al hijo, al disponer que "el padre y la madre tienen el usufructo de los bienes de sus hijos matrimoniales, o de los extramatrimoniales voluntariamente reconocidos, que estén bajo su autoridad..."

Puede afirmarse que prácticamente no existen discrepancias en la doctrina, en cuanto a que la ilicitud de una conducta no resulta únicamente de la realización de una acción, sino que también puede resultar de una omisión, aún cuando no existiera una disposición explícita de la ley que impusiere al sujeto la obligación de cumplir el hecho

omitido (art. 1074, Código Civil). Lo cual es así, pues la ilicitud puede también resultar de la violación de una conducta implícitamente prohibida que hubiera violado la esfera del derecho ajeno, como es el hecho de no reconocer a un hijo, causándole de tal manera un perjuicio cierto¹⁷⁰.

La sentencia del Juzgado N° 9 de San Isidro fue confirmada por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de esa ciudad, con un voto del Dr. Roland Arazi¹⁷¹, que, entre otros conceptos, puso de relieve el derecho subjetivo familiar que tiene toda persona al emplazamiento tanto paterno como materno, lo que implica el derecho de usar el apellido que le corresponde, siendo tanto el apellido como la filiación, atributos de la personalidad. Se señaló asimismo en la sentencia, que quien no obstante conocer la existencia de su hija, dejó de reconocerla durante diez años y medio, le ha inferido un daño que no requiere prueba.

Al comentar lo resuelto en el fallo, las Dras. Makianich de Basset y Gutiérrez señalaron que si bien la actora sólo reclamó indemnización por daño moral, también hubiera correspondido -de haber sido ese rubro demandado y acreditado- la reparación de los perjuicios materiales que pudieron habersele causado. Dicen dichas autoras que si la orfandad produce un razonable impacto en cualquier ser huma-

¹⁷⁰ María Josefa Méndez Costa manifiesta al respecto, al analizar la especie de responsabilidad que estamos analizando, que hay necesidad de obrar no sólo cuando existe un mandato explícito al respecto, sino también cuando el ordenamiento jurídico imponga una sanción al sujeto inactivo, o cuando existe un abuso de la libertad de abstenerse (*Derecho de Familia*, en colaboración con D'Antonio, Daniel Hugo, t. III, Santa Fe, 1991, pág. 83). O sea, dicho en otras palabras, cuando exista, como también señala dicha autora en otra publicación, una prohibición implícita, deducida de los "principios éticos de convivencia, políticos, económicos, que sustentan la justicia en las relaciones humanas y la existencia ordenada y pacífica de la comunidad" (*Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica...*, cit., "L.L.", 1989-E-575). Véase asimismo sobre el tema, entre otros, Bueres, Alberto J., *El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta*, en *Derecho de daños*, libro en homenaje al Prof. Dr. Jorge Mosset Iturraspe, cit., págs. 156 y sigs.

¹⁷¹ "E.D.", 132-473, con nota de Makianich de Basset, Lidia N. y Gutiérrez, Delia M., *Procedencia de la reparación del daño moral ante la omisión de reconocimiento voluntario del hijo*; y "L.L.", 1989-E-562, con nota ya cit. de Méndez Costa, María Josefa, *Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica...*

no, cuando la ausencia del padre es el resultado de un abandono voluntario, a la pérdida se le suma la sensibilización del rechazo, del repudio sin justificación; a lo que debe agregarse -afirman- la vulneración del derecho al emplazamiento en el estado de hijo de determinado padre, y consecuentemente, de los derechos subjetivos familiares que de ello resulta, al carecer de tutela jurídica para exigirlos. También Méndez Costa señala en su comentario al fallo la posibilidad del reclamo tanto del daño material como del moral, aunque aclara que este último es preeminente, debido al tipo de perjuicios -no patrimoniales- que resultan de la falta del reconocimiento, entre otros el hecho de no poder usar el apellido del padre, la violación del respeto a la dignidad personal, el menoscabo en la consideración social que la persona merece -lo que se sufre en la interioridad-, todos ellos, como se advierte, característicos de la violación de los derechos de la personalidad¹⁷².

Pocos años después, con fecha 28 de abril de 1994, la misma Sala I de la Cámara de Apelaciones de San Isidro, también con un voto del Dr. Arazi, rechazó el reclamo de daño moral efectuado por la madre en nombre de la menor que no había sido reconocida por su padre, con fundamento en el hecho de que ningún daño se había probado, y que a la fecha de la iniciación del juicio aquélla tenía tan solo 6 meses de edad, teniendo a la fecha de la sentencia de primera instancia poco más de dos años, por lo que -se sostuvo- en tan corto lapso de vida la falta de reconocimiento paterno no pudo haber repercutido en forma desfavorable en la menor, máxime si luego del juicio la misma contará con apellido paterno y quedará insertada en el medio social como hija del demandado¹⁷³.

Luego de la sentencia dictada en el año 1988, que constituyó -al menos por lo que conocemos- un verdadero *leading case*, se dictaron

¹⁷² Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica..., cit., "L.L.", 1989-E-572 y 573. Ver asimismo sobre el tema, Brebbia, Roberto H., *La lesión del patrimonio moral*, cit., págs. 250 y 251, 21.

¹⁷³ C1a.CC San Isidro, Sala I, "E.D.", 159-183, con nota de Mazzinghi, Jorge Adolfo, *Renuncia paterna a la prueba hematológica*.

otras similares, entre las cuales recordamos una dictada cerca de un año después, en octubre del año 1989, por la Sala F de la Cámara Nacional en lo Civil, que también condenó a un padre que no reconoció a su hija, de cinco años de edad, a pagarle una indemnización por el daño moral que esta última había sufrido por no haber contado con el apellido paterno, y no haber sido considerada, en el ámbito de las relaciones humanas, hija de su progenitor. Se rechazó, en cambio, el pedido de reparación por daño patrimonial, por no haber sido acreditado¹⁷⁴. En su comentario al fallo, Zannoni destaca con relación al carácter de *voluntario* con que se suele calificar al reconocimiento, que el mismo no alude al libre arbitrio del reconociente -en el sentido de estar facultado para reconocerlo o no-, sino al carácter unilateral o individual de ese acto, lo que significa -agrega- que no cabe que una persona que reconoce a su hijo, atribuya a otra la maternidad o paternidad que esta última no ha asumido en forma voluntaria (conf., art. 250, 1a. parte, Cód. Civil). Señala asimismo Zannoni que el derecho por parte del hijo a obtener un emplazamiento familiar, supone el deber de reconocerlo, por parte del progenitor que no lo reconoció, siendo buena prueba que el reconocimiento no es indiferente, el hecho de que se confiera al Ministerio Público de Menores el deber de procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre (art. 255, Cód. Civil).

Cinco meses después de ese fallo, la misma Sala F de la Cámara Nacional Civil determinó la procedencia del reclamo de daño moral efectuado por una menor de 8 años, que no había sido reconocida por su padre¹⁷⁵. Con fecha 10 de marzo de 1994, la Sala III de la Cámara Civil y Comercial de la Plata también hizo lugar a un reclamo por daño moral con motivo del desconocimiento de la paternidad¹⁷⁶.

¹⁷⁴ "E.D.", 135-445, con nota de Bidart Campos, Germán J., *Cuestiones sustanciales y procesales en un juicio de filiación por ausencia de reconocimiento paterno*; y "L.L.", 1990-A-1, con nota de Zannoni, Eduardo A., *Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo*.

¹⁷⁵ "E.D.", 139-101.

¹⁷⁶ Cit. en "E.D.", diario del 15/1/98, pág. 4.

Con fundamentos análogos a los del Tribunal de San Isidro más arriba recordados, con fecha 23 de diciembre 1994, la Sala L de la Cámara Nacional en lo Civil hizo lugar, al revocar la sentencia de primera instancia, al reclamo de daño moral efectuado por una menor de 16 años, cuya filiación había sido negada por su padre¹⁷⁷. Un día antes de este fallo, el 22 de diciembre de 1994, un tribunal de San Nicolás también había hecho lugar al reclamo de daño moral efectuado por un menor que tampoco había sido reconocido por su padre, por considerar que se lo había privado de una pertenencia que era reclamada agudamente por el menor, la cual se estimó que constituía una condición para su crecimiento y desarrollo sin sobresaltos de su personalidad psicológica¹⁷⁸.

En septiembre de 1995, la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Junín condenó a un padre que no había reconocido a su hijo -que al momento del fallo definitivo todavía no había cumplido los seis años-, a indemnizarlo por el daño moral que éste había sufrido por esa actitud¹⁷⁹.

Recordamos también una sentencia de la Sala III de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Entre Ríos, dictada en el mes de noviembre de 1996, en la cual, a la par de hacer lugar a la acción de filiación de tres hijos no reconocidos, declaró la procedencia de la reparación -con fundamento en los artículos 1068, 1078 y 1109 del Código Civil- de los daños morales ocasionados por la falta de emplazamiento de los demandantes en el estado de hijos, por no haber mediado reconocimiento voluntario por parte del padre. Se sostuvo

¹⁷⁷ "L.L.", 1995-E-10, con nota de Gregorini Clusellas, Eduardo L., *Daño moral. Su reparación y determinación en la negativa de filiación*. Con fecha 14/4/1994, la misma Sala, con la disidencia del Dr. Polak, rechazó un reclamo efectuado por la madre por el daño moral que ella sufrió -no por el sufrido por su hijo-, por la negativa del padre de reconocerlo. Fundamentó la Cámara el rechazo, en el principio establecido en el artículo 1078 del Código, que dispone que el daño moral sólo puede ser reclamado por el damnificado directo ("E.D.", 159-188 y "L.L.", 1995-C-404, con nota de Gregorini Clusellas, *El daño moral en la negativa de filiación y la legitimación al resarcimiento*).

¹⁷⁸ C1a.CC San Nicolás, "L.L.", Rep. 1995, A-I, pág. 653, N° 52.

¹⁷⁹ "E.D.", 169-22, con nota de Álvarez, Osvaldo Onofre, *Poseción de estado en los juicios de filiación extramatrimonial*.

que el daño moral debía presumirse, resultando el mismo del hecho de verse obligados a llevar el apellido de la madre -lo que constituye, según el tribunal, un *sello* de la *ilegitimidad* de origen-, lo que los colocaba en desventaja en su vida de relación, particularmente por ser hijos de una directora de escuela y, por tanto, formar parte de un estamento social en donde esas cuestiones aún son sinónimo de minusvalía social; como también resultaba el daño moral -se agregó por el hecho de saberse negados por su padre, así como por el sentimiento de inferioridad, de desprotección espiritual e inseguridad que ha de experimentar quien no puede contar con la figura paterna¹⁸⁰.

Por su parte la Corte Suprema de la provincia de Buenos Aires rechazó con fecha 28 de abril de 1998, en un fallo dividido, los recursos interpuestos contra una sentencia de la Sala I de la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, que había hecho lugar a los reclamos de filiación y daño moral efectuados por un hijo que al tiempo de la sentencia tenía 17 años de edad, contra el padre que se había negado en forma obstinada y sin razón a reconocerlo^{180 bis}. Señaló la Corte que el carácter voluntario del reconocimiento de un hijo no lo convierte en un acto arbitrario, lo cual tiene su fundamento en el derecho que la ley reconoce al hijo a reclamar su filiación, así como en el castigo que consagra el artículo 3296 bis del Cód. Civil a quien no reconociera voluntariamente a su hijo durante su menor edad; ello -dijo la corte- convierte en ilícito la omisión del reconocimiento, y da derecho al hijo a la reparación del agravio moral, cuya existencia resulta de la naturaleza misma de la preterición que se repara, no pudiendo las particularidades del derecho de familia servir de sustento para denegar la indemnización, ya que los principios de la responsabilidad civil están determinados con carácter general, por lo cual su inaplicabilidad a las violaciones o incumplimientos de las obligaciones de la instalación paternal, requiere de una norma expresa al respecto.

¹⁸⁰ "E.D.", diario del 15/1/1998, fallo N° 48.404.

^{180 bis} "E. D.", diario del 16/2/1999, fallo N° 49.018.

Debemos asimismo recordar con relación al tema, que en las Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones, en homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, celebradas en la ciudad de Santa Fe en noviembre de 1990, la mayoría de la Comisión pertinente sostuvo que eran indemnizables los daños materiales y morales causados por la falta de reconocimiento de la filiación.

2. *Carácter subjetivo de la responsabilidad*

La obligación de reparar los daños causados al hijo no reconocido tiene fundamento en la responsabilidad extracontractual¹⁸¹, requiriéndose la existencia de culpa -en sentido lato- en la omisión del reconocimiento¹⁸².

La exigencia de la culpa lleva a que, tal como señalamos al comienzo, se considere improcedente la indemnización cuando la negativa a reconocer al hijo hubiera tenido motivos serios, como ocurriría en el supuesto de tener el padre fundadas dudas sobre su paternidad, por ejemplo, por el hecho de haber la madre vivido o tenido relaciones sexuales con terceros en la época de la concepción, y no haberse efectuado por razones que le son ajenas, los pertinentes análisis sanguíneos para determinar la paternidad¹⁸³. Claro que esa duda

¹⁸¹ Lo cual es así por provenir de la violación de un deber legal, y no, del incumplimiento de un contrato. Conf. Brebbia, Roberto H., *El daño moral en las relaciones de familia*, cit., pág. 356.

¹⁸² Conf., entre otros, Brebbia, Roberto H., *El daño moral en las relaciones de familia*, cit., pág. 358, 10; Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial*, en libro homenaje a Mosset Iturraspe, cit., pág. 671, c); Gregorini Clusellas, Eduardo L., *El daño moral en la negativa de filiación...*, cit., "L.L.", 1995-C-409, IV, quien descarta en forma expresa la procedencia de la responsabilidad objetiva. La aceptación de la culpa como factor de atribución, fue también declarada en las Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones, en homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa.

¹⁸³ Conf., Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*, cit., t. II, págs. 84 y 85, Nº 260-1.

no bastaría para eximirse de responsabilidad, si luego de iniciado el juicio por el que se reclama la filiación, no contribuyó en el mismo a despejarla, prestándose, por ejemplo, a los pertinentes estudios de histocompatibilidad.

La expuesta es, entre otros autores, la posición de Zannoni, quien señala al respecto que se atribuirá responsabilidad a quien habiendo sido declarado padre, no pueda justificar un error excusable que obste a su culpabilidad¹⁸⁴.

3. *Daños resarcibles*

Como se advierte de lo hasta aquí expresado, con fundamento en el principio de la reparación integral de los perjuicios sufridos, se admite la indemnización tanto de los daños materiales, como también del daño moral sufrido por el hijo con motivo de la omisión del reconocimiento por parte de su progenitor, debiendo los daños, siguiendo las pautas generales sobre el tema, tener una adecuada relación de causalidad con la omisión incurrida ya sea por el padre o la madre¹⁸⁵.

Ciertamente con razón, señala Méndez Costa¹⁸⁶ que en la reparación de los perjuicios derivados de la mencionada omisión ha predominado el daño moral, resultante del menoscabo que esa circunstancia le ha producido al hijo en la consideración social que merece, que

¹⁸⁴ *Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo*, cit., "L.L.", 1990-A-4, IV. Ejemplifica Zannoni con los supuesto de la ignorancia del padre sobre que la mujer había quedado embarazada y dado a luz a un hijo, y el de la creencia razonable en la propia esterilidad, con fundamento en fehacientes análisis anteriores.

¹⁸⁵ Conf., entre otros, Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial*, cit., pág. 674, f); Gregorini Clusellas, Eduardo L., *Daño moral. Su reparación...*, cit., "L.L.", 1995-E-10.

¹⁸⁶ Méndez Costa, María Josefa, *Derecho de Familia*, cit., págs. 81 y 82. Recuerda esta autora a Brebbia, en su clásica obra sobre daño moral, cuando este último afirma que cualquier lesión o ataque al derecho al estado civil origina un daño moral, que resulta del hecho de negar "malicioso o culpablemente el estado civil de una persona obligándola a iniciar las correspondientes acciones de reclamación de estado para obtener el reconocimiento del carácter de hijo".

constituye un bien jurídico no patrimonial, habiendo la omisión incurrida perturbado al hijo en el goce de los derechos que dependen de la determinación de ese carácter de hijo, incluyendo el uso del apellido que le corresponde¹⁸⁷. Derechos que han sido reconocidos por la Constitución Nacional, y reiterados tanto por el Pacto de San José de Costa Rica, como por la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁸⁸, que han subrayado el respeto de la dignidad personal, el de la protección de la integridad moral, el derecho a la identidad, al nombre.

Zannoni pone el acento en lo referente a los daños, a la lesión a un interés extrapatrimonial -por el desconocimiento del estado de familia- del hijo cuyo padre lo desconoce, constituyendo ese estado un atributo de la personalidad. El hecho de impedirle al hijo quedar emplazado en el estado de familia que le corresponde, y por consiguiente, de ejercer los derechos que son inherentes a ese estado, menoscaba su derecho, causándole un evidente daño moral, que debe ser reparado¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Brebbia incluye expresamente al derecho al nombre, entre los bienes personales que componen el aspecto objetivo del patrimonio moral, cuya violación configura una lesión susceptible de ser reparada (*La lesión del patrimonio moral*, cit., págs. 246 y 247).

¹⁸⁸ Ratificadas por las leyes 23.054 y 23.849, respectivamente, e incorporadas a la Constitución Nacional.

¹⁸⁹ *Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo*, cit., "L.L.", 1990-E-4 y 5, V. Aclara Zannoni que, en cambio, no podría pretenderse la reparación del desamor, de la carencia afectiva o la falta de apoyo espiritual por parte del padre no reconociente. Esos estados del espíritu -señala- no trascienden en categorías jurídicas mientras no se traduzcan en el incumplimiento de deberes que establece la ley, tales como el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, los malos tratamientos, el abandono, el poner en peligro la salud física o psíquica del hijo, o su moralidad, etc. Conf. el voto del Dr. Gustavo A. Bossert en el fallo de la CNCivil, Sala F, "L.L.", 1990-A-1. En el caso "Zepeda v. Zepeda" al que nos referimos al comienzo, el Tribunal señaló, en igual sentido, que un hijo carecía de acciones contra sus padres por carencia de afecto, por omisión de establecimiento de un hogar placentero, por alteración de la vida familiar o por ser responsable de un divorcio destructor del hogar.

4. Prueba de los perjuicios sufridos

Al igual que lo ya dicho al comienzo con relación a la prueba de los daños sufridos por el esposo de buena fe con motivo de la nulidad del matrimonio, los daños patrimoniales deben probarse, mientras que el daño moral se presume¹⁹⁰, siendo esta presunción de carácter *iuris tantum*¹⁹¹.

5. Prescripción de la acción

En razón de que la omisión voluntaria y culpable de reconocer al hijo constituye un acto ilícito de carácter extracontractual, la acción para reclamar los daños derivados de la falta de reconocimiento prescribe a los dos años a contar del acto de determinación de la filiación, ya sea que ésta se produzca mediante un reconocimiento tardío por parte del progenitor, o por una sentencia judicial (art. 4037, Código Civil)¹⁹².

Esa solución, cabe señalar, ha sido aceptada en forma unánime en las Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones, celebradas en la ciudad de Santa Fe en el año 1990.

6. Derecho comparado

Varias son las legislaciones que de alguna manera han contemplado la reparación de los daños resultantes del desconocimiento de la paternidad. Y así, el artículo 340-5 del Código Civil francés establece que además del reembolso de la totalidad o parte de los gastos de

¹⁹⁰ Conf., Gregorini Clusellas, Eduardo L., *Daño moral. Su reparación...* cit., "L.L.", 1995-E-10; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial", cit., pág. 674, f.

¹⁹¹ CApel. CC Entre Ríos, Sala III, "E.D.", diario del 15/1/1998, fallo n° 48.404.

¹⁹² Conf., entre otros, Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial*, cit., pág. 676.

la maternidad y de mantenimiento durante los tres meses anteriores y los tres posteriores al parto, se puede condenar al padre a pagar los daños e intereses causados, por aplicación de los artículos 1382 y 1383 del Código.

Por su parte, el Código Civil suizo establece la posibilidad de condenar al padre a abonar además de los gastos del embarazo y del parto, los del mantenimiento del menor en los cuatro meses anteriores y posteriores al parto, y cualquier otro gasto derivado de la relación, reconociendo además a la madre la indemnización por daño moral cuando el padre no hubiera cumplido la promesa de matrimonio, cuando el embarazo derivó de acto criminal o abuso de autoridad, y cuando la madre hubiera sido menor de edad al tiempo de la concepción.

Más limitativo es el artículo 96 del Código de Familia de Costa Rica, que establece que el Tribunal que acoja la acción de declaración de paternidad podrá en la sentencia condenar al padre a reembolsar a la madre según principios de equidad, los gastos de maternidad y los alimentos del hijo durante los tres meses posteriores al nacimiento.

BIBLIOGRAFIA

ACUÑA ANZORENA, Arturo, *Responsabilidad civil del cónyuge adúltero y su cómplice por causa de adulterio*, "L.L.", 27-212.

- *Naturaleza de la responsabilidad y régimen de prescripción de la acción resarcitoria ejercida por uno de los cónyuges contra el otro por causa de nulidad del matrimonio*, "L.L.", 78-189.

ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Cuestiones de responsabilidad civil en el derecho de familia*, "L.L.", 1991-A-950.

ALTERINI, Juan Martín y TANZI, Silvia Y., *Los límites de la defensa y las injurias vertidas en el juicio de divorcio*, "L.L.", diario del 26/8/98.

ÁLVAREZ, Osvaldo Onofre, *Reflexiones sobre las sanciones jurisprudenciales en el ámbito del Derecho de familia*, "E.D.", diario del 17/2/98.

ARECHAGA, Patricia Valeria, *¿Es la noción de culpa de la responsabilidad civil subjetiva idéntica a la culpa en el divorcio?*, "L.L.", 1993-E-1149.

BANCHIO, Enrique Carlos, *Daño genético y responsabilidad Civil*, en *Responsabilidad por Daños*, libro en homenaje al Dr. Jorge Bustamante Alsina, t. II, Bs. As., 1990, pág. 157.

BARBERO, Omar U., *La responsabilidad civil en el derecho de familia*, "J.A.", 29-175-623.

- *Naturaleza del Matrimonio en el Derecho Civil Argentino*, en *Derecho de Familia*, libro en homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, Santa Fe, 1991.

- *La primera sentencia argentina que condena a reparar el daño moral derivado de un divorcio*, "E.D.", 107-925.

BELLUSCIO, Augusto César, *Manual de Derecho de Familia*, 5a. ed. act., Buenos Aires, 1991.

- *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, "L.L.", 105-1043.

- *Los daños y perjuicios derivados del divorcio frente a la reforma del Código Civil*, "L.L.", 134-1429.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Indemnización por daño moral en caso de adulterio*, "E.D.", 146-99.

- *Paternidad extramatrimonial no reconocida voluntariamente e indemnización por daño moral al hijo: un aspecto constitucional*, "E.D.", 128-330.

- *La negativa a someterse a pruebas biológicas en el juicio de filiación*, "E.D.", 157-255.

- *Cuestiones sustanciales y procesales en un juicio de filiación por ausencia de reconocimiento paterno*, "E.D.", 135-445.

BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, 8a. ed., Bs. As. 1989.

- *A propósito de las cosas riesgosas en la responsabilidad médica*, "L.L.", 1993-B-693.

- *¿Es indemnizable la ruptura de la promesa matrimonial?*, "E.D.", 149-841.

- *Reflexiones sobre la indemnización de los daños y perjuicios en la separación personal y en el divorcio*, "E.D.", 147-813.

BOULANGER, Jean y RIPERT, Georges, *Tratado de Derecho Civil*, según el Tratado de Planiol, Bs. As. 1963, t. II, vol. I.

BREBBIA, Roberto H., *El daño moral en las relaciones de familia*, en *Derecho de familia*, libro en homenaje a la Profesora Dra. María Josefa Méndez Costa, Santa Fe, 1991.

- *La lesión del patrimonio moral*, en *Derecho de Daños*, libro en homenaje al Prof. Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Bs. As., 1989.

BUERES, Alberto J., *El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta*, en *Derecho de daños*, libro en homenaje al Prof. Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Bs. As., 1989.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Daños y perjuicios. Responsabilidad civil derivada del divorcio*, en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, dirigida por Carlos A. R. Lagomarsino y Marcelo U. Salerno, t. I, Bs. As., 1991.

- *Divorcio y responsabilidad civil*, "L.L.", 1988-D-376.

CIFUENTES, Santos, *El divorcio y la responsabilidad por daño moral*, "L.L.", 1990-B-805.

CLEMENTE Meoro, M., *Derecho de Familia*, 2a. ed., Valencia, 1995.

COLOMBO, Leonardo A., *Indemnización del daño producido por el adulterio de la esposa*, "L.L.", 89-708.

CUETO RÚA, Julio C., *Lógica y experiencia en el derecho (A propósito de Zepeda v. Zepeda)*, "L.L.", 1991-D-954.

DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, *Improcedencia del resarcimiento del daño moral en el juicio de divorcio y su admisibilidad en la nulidad de matrimonio*, "J.A.", 1983-III-625.

DI LELLA, Pedro, *Derecho de daños vs. Derecho de familia*, "L.L.", 1992-D-862.

ENTRENA KLETT, Carlos María, *Matrimonio, separación y divorcio (En la legislación actual y en la historia)*, 3a. ed., Pamplona, 1990.

FASSI, Santiago Carlos, *Débito conyugal y daño moral*, "L.L.", 129-550.

FERRER, Francisco A. M., *Daños resarcibles en el divorcio*, Bs. As., 1997.

GARCÍA DE GHIGLINO, Silvia S., *¿Es indemnizable la pérdida de la vocación sucesoria del cónyuge inocente (o enfermo) por la conversión de la separación personal en divorcio vincular?*, "L.L.", 1991-B-776.

GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*, en *La Ley del Divorcio. Experiencias de su aplicación*, 4a. ed., Madrid, 1992.

GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., *El daño moral en la negativa de filiación y la legitimación al resarcimiento*, "L.L.", 1995-C-405.

- *Daño moral. Su reparación y determinación en la negativa de filiación*, "L.L.", 1995-E-10.

GRISANTI AVELEDO DE LUIGI, Isabel, *Lecciones de Derecho de Familia*, 5a. edición, Venezuela, 1991.

GUTIÉRREZ, Delia M. y MAKIANICH DE BASSET, Lidia N., *Procedencia de la reparación del daño moral ante la omisión de reconocimiento voluntario del hijo*, "E.D.", 132-473.

HERVADA, Javier y LOMBARDIA, Pedro, *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho Canónico*, Pamplona, 1973.

HÖFFNER, Joseph, *Gran Enciclopedia RIALP*, Madrid 1981, t. XV, pág. 295.

IÑIGO DE QUIDIELLO, Delia B., WAGMAISTER, Adriana M. y LEVY, Lea, *La situación de divorcio como generadora de responsabilidad civil entre cónyuges*, "L.L.", 1990-C-900.

IPPÓLITO, Silvia C. y LIZ, Carlos Alberto, *Perjuicios futuros indemnizables derivados del divorcio*, "L.L.", 1991-E-1051.

LAGOMARSINO, Carlos A. R., *Responsabilidad por la ruptura de la promesa de matrimonio*, en *Derecho de Familia*, libro en homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, Santa Fe, 1991.

LAGOMARSINO, Carlos A. R. y URIARTE, Jorge A., *Separación personal y divorcio*.

- *Juicio de Divorcio*, 2a. ed., Bs. As., 1993.

LAMBOIS, Susana y MINYERSKY, Nelly, *Responsabilidad y SIDA*, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, libro en Homenaje al Prof. Dr. Atilio A. Alterini, Bs. As., 1997, pág. 690.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos y VALPUESTA FERNÁNDEZ, María del Rosario, *Coment. al art. 97 del Código Civil, en Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo título IV del libro I del Código Civil*, coordinados por Lacruz Berdejo, José Luis, Madrid, 1982.

LEVY, Lea, WAGMAISTER, Adriana M., e IÑIGO DE QUIDIELLO, Delia B., *La situación de divorcio como generadora de responsabilidad civil entre cónyuges*, "L.L.", 1990-C-900.

LIZ, Carlos Alberto e IPPÓLITO, Silvia C., *Perjuicios futuros indemnizables derivados del divorcio*, "L.L.", 1991-E-1051.

LOMBARDIA, Pedro y HERVADA, Javier, *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho Canónico*, Pamplona, 1973.

LÓPEZ ALARCÓN, Mariano, *El nuevo sistema matrimonial español. Nulidad, separación y divorcio*, Madrid, 1983.

LÓPEZ CABANA, Roberto M. y ALTERINI, Atilio Anfbal, *Cuestiones de responsabilidad civil en el derecho de familia*, "L.L.", 1991-A-950.

LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J., *Régimen del matrimonio. Separación personal y divorcio*, Bs. As., 1989.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Bs. As., 1967.

- *Estudios de la Reforma del Código Civil. Ley 17.711*, Bs. As., 1969.

MAKIANICH DE BASSET, Lidia N. y GUTIÉRREZ, Delia M., *Procedencia de la reparación del daño moral ante la omisión de reconocimiento voluntario del hijo*, "E.D.", 132-473.

MAKIANICH DE BASSET, Lidia N., *Marco normativo del derecho de visitas y derecho judicial. Incumplimiento y sanciones civiles y penales. El abuso de derecho*, "E.D.", 143-903.

- *Otra acertada acogida del derecho a reparación de los daños ocasionados por el cónyuge culpable de divorcio*, "E.D.", 115-844.

MANCHINI, Héctor L., *Resarcimiento de daños y perjuicios a causa de divorcio*, "J.A.", 1986-I-727.

MAZZINGHI, Gabriel, *Una sentencia injusta, pero justa*, "E.D.", 151-925.

MAZZINGHI, Jorge A., *Derecho de familia*, 3a. ed. act., t. 1, Bs. As., 1995.

- *Renuncia paterna a la prueba hematológica*, "E.D.", 159-181.

- *El fallo plenario sobre daño moral en el divorcio*, "E.D.", 162-959.

MEDINA, Graciela, *Daños y perjuicios derivados del divorcio (Evolución jurisprudencial. En espera de un Plenario)*, "J.A.", 1994-IV-837.

MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Derecho de Familia*, en colaboración con D'Antonio, Daniel Hugo, Santa Fe, 1990.

- *Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente*, "L.L.", 1989-E-563.

- *Separación personal, divorcio y responsabilidad civil. Sus fundamentos*, en libro en homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Bs. As., 1989.

MINYERSKY, Nelly y LAMBOIS, Susana, *Responsabilidad y SIDA, en Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, libro en Homenaje al Prof. Dr. Atilio A. Alterini, Bs. As., 1997, pág. 690.

MIZRAHI, Mauricio Luis, *Familia, matrimonio y divorcio*, Bs. As., 1998.

- *Los daños y perjuicios emergentes del divorcio y el plenario de la Cámara Civil*, "L.L.", 1996-D-1702.

MOLINA QUIROGA, Eduardo, *La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio*, "L.L.", 1995-B-334.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Los daños emergentes del divorcio*, "L.L.", 1983-C-348.

PARELLADA, Carlos Alberto, *Una aproximación del derecho de daños frente al manipuleo genético*, en *Derecho de Familia*, libro en homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, Bs. As., 1991.

PERROT, Celina Ana y ROMANO, Claudio Gustavo, *Los daños y perjuicios emergentes del divorcio*, "L.L.", 1991-D-1016.

PONS GONZÁLEZ, Manuel y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel, *Separación, divorcio y nulidad matrimonial: régimen jurídico*, Granada, 1995.

RÉBORA, Juan Carlos, *El daño moral*, "J.A.", t. 14, sección doctrina, pág. 98.

REINA, Víctor, *Culpabilidad conyugal y separación, divorcio o nulidad*, Barcelona, 1984.

RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil*, según el Tratado de Planiol, Bs. As., 1963, t. II, vol. I.

RIVERA, Julio César, *Daño moral derivado de los hechos que causaron el divorcio (¿Permite el plenario las indemnizaciones de equidad?)*, "J.A.", 1994-IV-579.

ROJINO VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, t. I, 26a. ed., Méjico, 1995.

ROMANO, Claudio Gustavo y PERROT, Celina Ana, *Los daños y perjuicios emergentes del divorcio*, "L.L.", 1991-D-1016.

SALAS, Acdeel Ernesto, *Indemnización de los daños derivados del divorcio*, "J.A.", 1942-II-1011.

SAMBRIZZI, Eduardo A., *Impedimentos matrimoniales*, Bs. As., 1994.

SANZ, Carlos Raúl, *Los daños derivados del divorcio. Precisiones metodológicas en torno a un plenario inevitable, con un epílogo para abogados*, "E.D.", 146-98.

SPOTA, Alberto G., *Tratado de Derecho Civil. Derecho de familia*, t. II, vol. 1 (11), Buenos Aires 1962.

SUARES, Roberto César, *Responsabilidad civil del cónyuge culpable de la separación personal y del divorcio vincular*, "E.D.", 139-269.

TANZI, Silvia Y. y ALTERINI, Juan Martín, *Los límites de la defensa y las injurias vertidas en el juicio de divorcio*, "L.L.", diario del 26/8/98.

TARABORRELLI, José Nicolás, *Responsabilidad civil derivada del cónyuge culpable en la separación personal y en el divorcio*, "L.L.", 1990-C-1100.

- *¿Son resarcibles los daños causados a los hijos por el divorcio en sí?*, "J.A.", 1991-III-346.

TOBIÁS, José W., *Acerca de la viabilidad de la pretensión resarcitoria de hijos contra padres por la transmisión de enfermedades*, "L.L.", 1992-B-824.

TORRES LANA, José Ángel, *Comentario al artículo 101 del Código Civil*, en *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo título IV del libro I del Código Civil*, coordinados por Lacruz Berdejo, José Luis, Madrid, 1982.

URIARTE, Jorge Alcides, *Reparación del daño moral derivado de los hechos constitutivos del divorcio*, "J.A.", 1988-III-376.

- *Rechazo de la indemnización del daño moral por el adulterio de uno de los cónyuges*, "L.L.", 1991-D-216.

URIARTE, Jorge A. y LAGOMASINO, Carlos A. R., *Separación personal y divorcio*.

- *Juicio de Divorcio*, 2a. ed., Bs. As., 1993.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, María del Rosario y LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Comentario al art. 97 del Código Civil*, en *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo título IV del libro I del Código Civil*, coordinados por Lacruz Berdejo, José Luis, Madrid, 1982.

VELAZCO, José Raúl, *La reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio*, "L.L.", 1991-A-1034.

VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Matrimonio Civil. Ley 23515*, Bs. As., 1991.

VIDELA, Jorge Ricardo, *Efectos de la separación personal y del divorcio vincular*, en *Nuevo régimen de matrimonio Civil. Ley 23.515*, Bs. As., 1989.

WAGMAISTER, Adriana M., LEVY, Lea, e IÑIGO DE QUIDIELLO, Delia B., *La situación de divorcio como generadora de responsabilidad civil entre cónyuges*, "L.L.", 1990-C-900.

ZABALA, Liliana Alejandra, *Criterios de atribución de responsabilidad por los hechos que dieron lugar al divorcio*, "L.L.", 1991-E-904.

ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de Familia*, 2a. edición actualizada, Bs. As., 1989.

- *Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil (Con especial referencia a la manipulación genética y fertilización asistida)*, en libro en homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Bs. As. 1989.

- *El divorcio vincular en la Argentina. Sus bases programáticas*, Bs. As., 1983.

- *Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo*, "L.L.", 1990-A-1.

CASOS DUDOSOS DE LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA ACCIÓN POR RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL

Félix A. Trigo Represas

I. CARACTERIZACIÓN DEL DAÑO MORAL

A los fines de poder encarar debidamente la "quaestio" de fondo, de los casos dudosos de legitimados activos en la acción indemnizatoria por daño moral, nos parece oportuno como un primer paso, considerar lo referente a la caracterización de dicho daño; punto sobre el cual existen varias opiniones dispares, según se verá a continuación.

a) Ha sido bastante frecuente considerar que el daño moral es el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual y, en general, los padecimientos infligidos a la víctima por el evento dañoso. Es la tesis de Savatier en Francia, Messineo en Italia y entre nosotros de Cammarota y Ovejero¹; existiendo siempre sentencias que ocurren a

¹ Savatier, René, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2a. ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, t. II, p. 92, n° 525; Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. Santiago Sentís Melendo, Bs. As., Ediciones Jurídicas Europa América, 1955, t. VI, p. 566, n° 53, § 169; Cammarota, Antonio, *Responsabilidad extra-contractual. Hechos y actos ilícitos*, Bs. As., Depalma, 1947, t. I, p. 102, n° 82; Ovejero, Daniel, *El daño civil y su reparación* en "J.A.", t. 53, secc. doctrina, p. 68, n° 4.

esta caracterización, aunque algunas veces lo hagan combinando este criterio con algún otro².

Como objeción a tal entendimiento, cabe señalar ante todo la enorme dificultad, y a veces más propiamente la imposibilidad, de la determinación sobre si un sujeto ha podido o no sufrir algún dolor espiritual, como consecuencia de un hecho dañoso. Sin perjuicio de que, además, ese tipo de conmociones desagradables de orden psíquico o físico, también pueden darse en el caso de un daño patrimonial; ya que, verbigracia, ¿acaso no lo sufre quién regresando a su casa, encuentra que la misma ha sido arrasada y saqueada?. Pudiendo recordarse, a mayor abundamiento, que ya Ihering aludía al dolor moral que le provoca a cualquier persona, el desconocimiento de sus derechos³.

b) Otra tendencia intenta diferenciar el daño patrimonial del moral, teniendo en cuenta no la naturaleza del hecho dañoso o índole de los derechos lesionados, sino el resultado o efectos de la violación del derecho y del interés ligado al bien protegido. Si, por ejemplo, de un ataque al honor se derivan perjuicios patrimoniales -pérdida de clientela, por ejemplo-, se configuraría un daño patrimonial y no uno moral; y viceversa, la destrucción, verbigracia, de cartas privadas, que en principio sólo originaría un daño moral, puede provocar sin embargo uno patrimonial, si tenían un valor económico por pertenecer a un autor de renombre. Es la postura de Demogue y de Alfredo Minozzi y en nuestro país de Alterini, Ameal y López Cabana y de

² Entre otros fallos más o menos recientes, mencionamos: Cam. Nac. Civil, Sala E, 7/12/87, "Rodríguez c/ Turlan S.A.", "L.L.", 1988-C-107; idem Sala G, 29/5/92, "Muruchi c/ Estado Nacional", "L.L.", 1993-D-543, Jurispr. Agrup. 9296; idem Sala J, 14/4/93, "Brelis c/ Empr. La Cabaña Línea 624", "L.L.", 1993-E-52; id. 21/5/92, "Morell c/ Maiocci", "L.L.", 1993-C-114; idem Sala L, 29/11/93, "Carballo Rivas c/ Empr. Ferrocarriles Metropolitanos SA", "L.L.", 1994-E-698, Jurispr. Agrup. 9.990; Cam. Nac. Especial Civ. Com., Sala I, 18/9/87, "Coria c/ Cocuzza", "L.L.", 1988-C-27; Cam. Nac. Federal Civ. y Com., Sala III, 14/11/89, "Pajón c/ Estado Nacional", "L.L.", 1990-A-489; etc.

³ Ihering, Rudolph von, *La lucha por el derecho*, trad. de Adolfo Posada, Bs. As., ed. Tor, s/f., ps. 79 y ss.

los profesores cordobeses: Alfredo Orgaz, Pedro León, Ramón Daniel Pizarro y Matilde Zavala de González⁴.

El doctor Galdós, en un fallo del 22 de octubre de 1996 de la Sala IIa. de la Cámara Civil y Comercial de Azul⁵, ha manifestado su personal adhesión a esta tendencia, aunque remozada con un nuevo entendimiento formulado en los últimos tiempos: el de que el daño consiste en toda afectación de un "interés lícito, patrimonial o extrapatrimonial", haciendo hincapié en que el interés es el núcleo de la tutela jurídica (daño-evento), pero dejando a salvo que lo resarcible es en rigor el "daño-consecuencia", es decir los efectos o resultados del hecho lesivo y no éste considerado en sí mismo⁶.

⁴ Demogue, René, *Traité des obligations en général*, Paris, Libr. Arthur Rousseau, 1924, t. IV, p. 45, n° 403; Minozzi, Alfredo, *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*, Milano, Società Editrice Libreria, 1901, ps. 31 y ss., § 13; Alterini, Atilio A. - Ameal, Oscar José - López Cabana, Roberto M., *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1995, p. 216, n° 487; Orgaz, Alfredo, *El daño resarcible*, 2a. ed., Bs. As., Ed. Bibliográfica Omeba, 1960, p. 223, n° 55-b); Pizarro, Ramón Daniel, *Daño moral*, Bs. As., Hammurabi, 1996, ps. 44 y ss., § 2-e); idem *Caracterización y contenido del daño moral en Daño moral* de Jorge Mosset Iturraspe, Luis Moisset de Espanés, Ramón Daniel Pizarro y José Eduardo González, Córdoba, ed. Alveroni, 1994, ps. 25 y sigte., n° 5; Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños*, Bs. As., Hammurabi, 1990, t. 2-a, ps. 26 ss., § 6.

⁵ In re "Municipalidad de Tandil c/ T. A. La Estrella SA", en: "E.D.", 171-378, con nuestra nota: "Un caso de daño moral colectivo"; "La Ley Buenos Aires", 1997, ps. 272 y ss. con nota de Matilde Zavala de González, *Los daños morales colectivos y su resarcimiento dinerario*; "J. A." 1997-III, semanario del 3/9/97, con nota de Ricardo Lorenzetti, *Daño moral colectivo: su reconocimiento jurisprudencial*; y "Jurisprudencia Provincial Buenos Aires", Año 1996, N° 10, ps. 861 y ss., con nota de Jorge Mosset Iturraspe, *Daño moral colectivo originado en la lesión a un bien cultural. La Municipalidad como legitimada activa*. Ver además: Bustamante Alsina, Jorge, *El daño moral colectivo es daño jurídico resarcible*, en "L.L.", 1998-A, ps. 1.033 y ss.

⁶ De Lorenzo, Miguel F., *El daño injusto en la responsabilidad civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1996, p. 18, nota 11; Lorenzetti, Ricardo Luis, *La lesión física a la persona. El cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante* en el N° 1 de la "Revista de Derecho Privado y Comunitario", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, ps. 103 y sigte., n° 2); Bueres, Alberto J., *El daño moral y sus conexiones con las lesiones a la estética, a la siquie, a la vida de relación y a la persona en general*, en el N° 1 de la "Rev. de Derecho Privado y Comunitario" cit., ps. 240 y ss., n° I-c), d) y e), quién sin embargo sostiene luego que "existe homogeneidad entre el daño y su consecuencia. Si el interés minorado es patrimonial la consecuencia ha de ser de igual índole, y si el interés que se conculca es espiritual lo propio ocurrirá con la secuela" (ps. 244, n° I-f), y 359, n° I-n).

Nosotros pensamos que para establecer la naturaleza del perjuicio sufrido, no se pueden tener en cuenta las consecuencias, a veces incluso incidentales, de la lesión a un derecho personalísimo. Adviértase en este sentido el absurdo que significaría, verbigracia, que el ataque a un bien tan característicamente personal como lo es el "honor" (recuérdese el art. 1099 del Cód. Civil), pudiese ser tenido como daño patrimonial, por la mera circunstancia de que también traiga aparejado al sujeto pasivo un perjuicio apreciable en dinero. Por otra parte, la aceptación de tal postura prácticamente vendría a poner fin al distinguo entre daño patrimonial y moral, ya que es obvio que muchas veces el mismo evento dañoso provoca ambos tipos de perjuicios⁷.

c) Givord en Francia y Lafaille entre nosotros, sostuvieron que el daño es extrapatrimonial toda vez que el pago de una suma de dinero no sea susceptible de constituir una adecuada reparación del perjuicio⁸.

Creemos que constituye un criterio insuficiente e inexacto, dado que igualmente existen daños patrimoniales, como los futuros o las pérdidas de "chances", que tampoco pueden ser reparados en dinero con exactitud, atento que en razón de la incerteza propia de lo que es futuro o por la difícil determinación y evaluación de lo que constituye una mera chance, todo resulta a su respecto necesariamente aproximativo, con un mayor o menor grado de probabilidad según los casos⁹.

d) Otra importante corriente doctrinaria, en la que se enrolan en Francia Lalou, los hermanos Mazeaud y Tunc, Ripert y Boulanger;

⁷ Fischer, Hans A., *Los daños civiles y su reparación*, trad. W. Rocés, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1928, p. 3, n° I-II.

⁸ Givord, François, *La réparation du préjudice moral*, tesis, Grenoble, Imprimerie Boissy & Colomb, 1938, p. 8, n° 1; Lafaille, Héctor, *Tratado de derecho Civil. Obligaciones*, Bs. As., Ediar, 1950, t. I, p. 213, n° 229.

⁹ Fischer, ob. cit., ps. 121 y ss.; Cazeaux, Pedro N., *Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance en Temas de responsabilidad civil en honor del doctor Augusto M. Morello*, La Plata, Libr. Ed. Platense, 1981, ps. 23 y ss., n°s. 10 a 15.

De Cupis en Italia; y en Argentina Zannoni y Horacio de la Fuente¹⁰, define al daño no patrimonial atendiendo al valor negativo de su misma expresión literal, como todo aquél que no pueda comprenderse en el daño patrimonial. Tal parece ser, además, la postura de uno de los dos despachos propiciados en la Comisión 6 de las "Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil" de 1984¹¹.

Pero apunta Brebbia que la condición de extrapatrimonialidad es sólo una de las varias notas de los derechos cuya violación genera daños morales, los que además tienen otras: se adquieren y pierden con independencia de la voluntad de sus titulares, están fuera del comercio jurídico y son "absolutos", en cuanto resultan oponibles *erga omnes*. Por lo que, aunque en parte correcta, no puede menos que tenerse como incompleta a la caracterización que nos ocupa¹².

e) Finalmente otros, a quiénes nos sumamos, consideran que daño moral es el que se infiere al violarse alguno de los "derechos personalísimos" o "de la personalidad", que protegen como bien jurídico a los presupuestos o atributos de las "personas" en cuanto tales: de una parte la paz, la privacidad, la libertad individual, y sobre todo

¹⁰ Lalou, Henri, *Traité de la responsabilité civile*, 4a. ed., Paris, Dalloz, 1949, ps. 101 y ss., n° 149; Mazeaud, Henri y Léon - Tunc, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, trad. de la 5a. ed. francesa por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Bs. As., Ediciones Jurídicas Europa América, 1961, t. I, vol. I, p. 425, n° 293; Mazeaud, Henri - Léon - Jean, *Lecciones de derecho civil*, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Bs. As., Ediciones Jurídicas Europa América, 1960, Parte II, t. II, ps. 67 y ss., n° 417; Ripert, Georges - Boulanger, Jean, *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, trad. de Delia García Daireaux, Bs. As., La Ley S.A. Editora e Impresora, 1965, t. V, p. 94, n° 998; De Cupis, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, trad. de la 2a. ed. italiana de Angel Martínez Sarrión, Barcelona, ed. Bosch, 1975, p. 122, n° 10; Zannoni, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, 2a. ed., Bs. As., Astrea, 1987, ps. 289 y ss., § 86; De la Fuente, Horacio H., *Concepto jurídico del daño. Daño patrimonial y daño moral*, en "El Derecho", t. 87, ps. 920 y ss., n° 6.

¹¹ Ver despacho letra A) en *El Derecho Privado en la Argentina. Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos treinta años*, Bs. As., ed. Universidad Notarial Argentina, 1991, p. 79, punto I "Concepto".

¹² Brebbia, Roberto H., *El daño moral*, Bs. As., Ed. Bibliográfica Argentina, 1950, ps. 72 a 75, n° 23 y p. 86, n° 30.

la salud y la integridad psicofísica de los seres humanos, es decir todo lo que puede resumirse en el concepto de "seguridad personal" del primitivo texto del art. 1078 del Código Civil; y de otra el honor, la honra y pudor sexual, los sagrados afectos, etc., o sea todo lo que se conoce como "afecciones legítimas", también según la primigenia redacción del mismo artículo precitado. Fue la postura adoptada en el otro despacho de la Comisión 6 de las "Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil"¹³, siendo además seguida por buena parte de nuestra doctrina: Aguiar, Brebbia, Bustamante Alsina, Cammarota, Cazeaux, Cifuentes, Morello, Vázquez Ferreyra¹⁴, y de la jurisprudencia¹⁵.

¹³ Ver despacho letra B) en *El Derecho Privado en la Argentina. Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos treinta años*, cit., p. 79, punto I "Concepto".

¹⁴ Aguiar, Henoch D., *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, Bs. As., Tea, 1951, t. IV, ps. 93 y ss., n° 13; Brebbia, ob. cit., ps. 69 y ss., n° 22 y ps. 223 y ss., n° 104; Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8a. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1994, p. 167, n° 319; Cammarota, ob. cit., t. I, ps. 69 y ss., n° 57; Cazeaux, Pedro N. en Cazeaux, Pedro N. - Trigo Represas, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, 3a. ed., La Plata, Librería Editora Platense, 1987, t. I, ps. 460 y sigte., n° 302; Cifuentes, Santos, *Los derechos personalísimos*, Bs. As. - Córdoba, ed. Lerner, 1974, ps. 359 y ss.; Morello, Augusto Mario, *Indemnización del daño contractual*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1967, t. II, p. 10, nota 163-I; Vázquez Ferreyra, Roberto A., *Responsabilidad por daños (Elementos)*, Bs. As., Depalma, p. 182, n° 6-B). En Alemania: Fischer, ob. cit., ps. 251 y ss., n° 20-1-1; en España: Santos Briz, Jaime, *Derecho de daños*, Madrid, ed. Revista de Derecho Privado, 1963, p. 122, § 2-A; idem "La responsabilidad civil", 2a. ed., Madrid, ed. Montecorvo, 1977, p. 142, letra c)-a)-2; en Francia: Le Tourneau, Philippe, *La responsabilité civile*, 2a. ed., Paris, Dalloz, 1976, ps. 174 y ss., n° 477 y ss.; Starck, Boris, *Droit civil. Obligations*, Paris, Librairies Techniques, 1972, ps. 58 y ss., n° 117; Starck, Boris - Roland, Henri - Boyer, Laurent, *Obligations*, 4a. ed., Paris, Litec, 1991, t. 1, ps. 70 y ss., n° 111 y ss.; en Italia: Messineo, ob. cit., t. VI, ps. 566 y ss., n° 57.

¹⁵ Entre los fallos más recientes: Cam. Nac. Comercial, Sala C, 23/6/93, "Pérez Leiros c/ Plan Rombo SA de ahorro para fines determinados", "L.L.", 1994-C-103 y "E.D." 157-165; Cam. Nac. Civil, Sala A, 13/5/82, "Abad c/ Fed. Arg. de Tiro", "L.L.", 1982-D-415; idem Sala C, 14/11/82, "Pérez de Vilaboy c/ Belluscio", "E.D.", 103-721; idem F, 4/11/80, "Cavaliere c/ Bovino" "E.D." 92-365; idem Sala G, 4/6/80, "Cuccio c/ Munic. Bs. As.", "J.A.", 1981-I-38 y "E.D.", 90-512; idem Sala K, 15/4/92, "Iglesias c/ Transportes Automotores Callao SA (Línea 12)", "L.L.", 1993-D-544, Jurispr. Agrup. 9297; Cam. Nac. Esp. Civ. y Com., Sala V, 8/7/88, "Melo c/ Del Pozo", "L.L.", 1989-C-523; S.C.B.A., 13/6/89, "Miguez c/ Comarca SA", "Ac. y Sent.", 1989-II-391; 9/5/89, "Orellano de Miranda c/ Empr. de Transporte", "Ac. y Sent.", 1989-II-15; 26/10/76, "Turienzo c/ Varise", "L.L.", 1977-D-316; "J.A.", 1977-I-208, "E.D.", 72-149 y "D.J.B.A.", 110-83; Cam. 1a. Civ. Com. San Isidro, Sala I, 2/3/87, "Sciarrotta c/ Riccitelli", "Doctr. Jud.", 1987-1-913; Cam. Civ. Com. Rosa-

II. PRESUPUESTOS DEL DAÑO MORAL RESARCIBLE.

Un segundo paso lo constituye la consideración de los presupuestos o requisitos del daño moral resarcible.

Pizarro ha señalado con acierto que, aunque la mayor parte de los estudios que se han efectuado sobre los requisitos o presupuestos del daño resarcible, suelen circunscribirse de manera principal al daño patrimonial, lo cierto es que esos mismos requisitos son los necesarios para que se configure el daño moral indemnizable. Ellos son: debe ser cierto, personal (aunque no exclusivo) del accionante, y derivar de la lesión a un interés suyo no ilegítimo; debiendo el mismo estar además investido, por expresa disposición legal, de la calidad de damnificado moral contemplada en el art. 1078 del Código Civil¹⁶.

El daño moral debe, pues, ser ante todo cierto, por oposición a lo puramente hipotético, eventual o conjetural, y por ende no indemnizable -doctrina del art. 1132 del Cód. Civil.-; lo cual significa que debe mediar certidumbre en cuanto a su existencia misma en el caso de daño actual, o, en el supuesto de daño futuro, suficiente probabilidad de que llegue a producirse, de acuerdo con el curso natural y ordinario de los acontecimientos -art. 901 C.C.-, como previsible prolongación o agravación de un perjuicio ya en alguna medida existente.

Asimismo ha de ser personal, en el sentido de que debe haberlo sufrido el propio accionante, puesto que nadie puede pretender sino la reparación de un perjuicio que le es propio. No obstante lo cual ello no significa que el perjuicio deba ser "exclusivo" del damnificado directo; ya que por ejemplo es también "personal" del padre o del marido, en cuanto "damnificados indirectos", la acción que se les confiere por el art. 1080 del Código Civil, por las injurias inferidas a sus hijos o a su esposa.

rio, sala 2a., 14/10/81, "La Tercera Cía. Seguros c/ Sandroni de Silovich", "Zeus", v. 25, secc. jurisprud., fallo 4.217; etc.

¹⁶ Pizarro, Ramón Daniel, *Daño moral por pérdida de chances*, en Rev. "Juris", Rosario, t. 93, p. 824, n° I; idem *Daño moral*, cit., p. 124, § 18; Orgaz, *El daño resarcible*, cit., ps. 257 y ss., n° 64 y ss.

Y por último debe existir una lesión jurídica, ya no necesariamente a un interés legítimo jurídicamente protegido, como se exigiera anteriormente; sino sólo a un simple interés de hecho, no ilegítimo, del damnificado, como se lo decidió por amplia mayoría en la Comisión 1, sobre "El valor de la vida humana", de las "Primeras Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal de Junín" del año 1984¹⁷, y es hoy la tendencia predominante en la materia.

Sobre esto último, en efecto, en un primer momento se sostuvo que, como sólo correspondía la reparación de los "daños jurídicos", el perjuicio debía afectar a un interés legítimo jurídicamente protegido y no a cualquier interés de "hecho" del reclamante; pues el mero o "simple" interés no era suficiente, por respetable que fuese, atento que ellos sólo se habían de tomar en consideración cuando estuviesen "jurídicamente protegidos" y fuesen por ende, propiamente, "derechos". Con tal entendimiento cabía pues distinguir entre quienes sufrían un perjuicio meramente de hecho y quienes experimentaban un daño verdaderamente jurídico, en razón de mediar alguna vinculación *de iure* entre el damnificado indirecto y la víctima, puesto que solo estos últimos y no los primeros iban a estar legitimados para accionar por indemnización de daños y perjuicios; no bastando pues con el simple perjuicio resultante de los efectos reflejos del acto ilícito, ya que ese tipo de consecuencias suelen ser comunes a cualquier acto dentro de la vida en sociedad, siendo siempre numerosísimas las personas que de hecho sufren o se benefician por los contragolpes y las irradiaciones de los sucesos desdichados o afortunados ocurridos a otra, de los cuales nadie puede válidamente quejarse, ni tampoco ser objeto de reclamación alguna¹⁸. Así, por ejemplo, si el accionante

¹⁷ Ver *El Derecho Privado en la Argentina...* cit., ps. 98 y sigte., punto II de la Comisión del Tema I.

¹⁸ Aguiar, *Hechos y actos jurídicos...* cit, t. V, ps. 216-218, n° 97-1°-B; Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 5a. ed., Bs. As., Perrot, 1983, t. II, ps. 417 y sig., n° 1.581; de Abelleyra, Rodolfo, *El derecho a la reparación de los daños patrimoniales que se originan en el homicidio* en "L.L.", 114, ps. 962 y 964; Kemelmajer de Carlucci, Aída, en el *Código Civil y leyes complementarias. Anotado, comentado y concordado de*

no podía exigir en justicia contra la víctima el pago de alimentos o dádivas, aunque de hecho los recibiese de ella, mal podría reconocérsele una acción contra el autor del homicidio, para que éste le pagase una indemnización, que vendría a ser el sustitutivo de esos beneficios a los que no tenía "derecho".

En cambio, para quienes no comparten esa tesis, basta con la existencia de un mero interés de hecho lesionado por el acto ilícito, para que el culpable deba responder¹⁹; y de ahí que acepten, verbigracia,

Augusto C. Belluscio y Eduardo A. Zannoni, Bs. as., Astrea, 1984, t. 5, ps. 126 y sig., § 8-d); Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Bs. As., Perrot, 1967, t. I, ps. 279 y sig., n° 247-c) y d), notas 32 y 33; Orgaz, Alfredo, *El daño resarcible*, 2a. ed., Bs. As., ed. Bibliográfica Omeba, 1960, ps. 125-129, n° 32; idem, *El damnificado indirecto en Estudios de derecho civil*, Bs. As., Tea, ps. 235-237; Rezzónico, Luis María, *Estudio de las obligaciones*, 9a. ed., Bs. As., Depalma, 1961, t. II, p. 1417; Salvat, Raymundo M.; Acuña Anzorena, Arturo, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, 2a. ed., Bs. As., Tea, 1958, t. IV, p. 76, nota 22-c"; Vélez Mariconde, Alfredo, *Acción resarcitoria*, Córdoba, Lerner, 1965, p. 106, nota 26; De Cupis, *El daño*, cit., ps. 107 y ss., n° 8; Enneccerus, Ludwig - Lehmann, Heinrich, *Derecho de las obligaciones*, trad. de Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, Bosch, 1947, t. II, p. 645, § 227; Invrea, Francesco, *La nozione del torto*, en *Rivista del Diritto Commerciale e delle obbligazioni*, 1929, 1a. parte, ps. 266 y sig.; Josserand, Louis - Brun, André, *Derecho civil*, trad. de Santiago Cunchillos y Manterola, Bs. As., EJE, 1950, t. 2, vol. I, p. 305, n° 424; S.C.B.A., 7/5/68, "Centro Gallego de Bs. As. c/ Napolitano", "L.L.", 132-925, "J.A.", 1968-IV y "E.D.", 27-331; id. 30/4/63, "Zito c/ Stratta", "L.L.", 111-836 y "J.A.", 1963-V-446; id. 25/3/58, "Caratzu c/ Rousseau", "L.L.", 93-392; Cam. Nac. Civ., Sala A, 23/7/65, "Mansilla c/ Pérez Compagn", "L.L.", 119-664, "J.A.", 1965-V-587 y "E.D.", 13-607; etc.

¹⁹ Agogliá, María M. - Boragina, Juan C. - Meza, Jorge A. *La lesión a los intereses difusos, categoría de daño jurídicamente protegible*, en "J.A.", 1993-III, ps. 889 y sigte., n° V; Bueres, Alberto J., *El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta*, en *Derecho de daños. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe*, Bs. As., ed. La Rocca, 1989, ps. 182 y ss., n° 7, letras g), h) e i); Bustos Berrondo, Horacio, *Acción resarcitoria del daño causado por homicidio* en el N° 3 de la rev. "Jus", La Plata, ed. Platense, ps. 74 y ss.; Iribarne, Héctor Pedro, *De los daños a la persona*, Bs. As., Ediar, 1993, ps. 433 y ss., §§ 3 a 6; Mosset Iturraspe, Jorge, *Daño de hecho y daño jurídico. Perjuicio originado en la muerte del hermano* en "L.L.", 1982-A-71 y en *Estudios sobre la responsabilidad por daños*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1982, t. IV, ps. 18 y ss., n° 4; Spota, Alberto G., *Los titulares del derecho al resarcimiento en la responsabilidad aquiliana* en "J.A.", 1947-II-314; Stiglitz, Gabriel A., *La responsabilidad civil. Nuevas formas y perspectivas*, Bs. As., ed. La Ley, 1984, ps. 23, n° 12; 32 y sigte., n° 20; Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, cit., ps. 31 y ss., §§ 12-14.

que en el caso de muerte o incapacidad de una persona para el trabajo, estén legitimados para accionar por daños y perjuicios su concubina²⁰, o aún el lisiado que recibía una ayuda puramente voluntaria de parte de la víctima.

Dicho diferendo doctrinal tuvo por lo demás franca exteriorización en diversos encuentros jurídicos habidos en nuestro país, como las "Jornadas sobre temas de responsabilidad civil" de Rosario, año 1979, en cuya oportunidad un sector mayoritario recomendó que: "El damnificado mediato debe acreditar la lesión de un interés legítimo jurídicamente protegido" -Andorno, Brebbia, Barbero, Kemelmajer de Carlucci, Rodríguez-; y otro que: "para que el daño cierto sea reparable basta la lesión a un simple interés siempre que no sea ilegítimo, violatorio de la moral o del orden público" -Mosset Iturraspe, Zannoni y Molinas-²¹; en tanto que un tiempo más tarde, en las "Primeras Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal" realizadas en Junín en setiembre de 1984, en la Comisión uno que se ocupara de "El valor de la vida humana", volvió a darse, aunque con resultado inverso, similar dualidad de pareceres: "la acción de indemnización podrá ser intentada -iure proprio- por todos aquellos que acrediten una lesión patrimonial a un interés legítimo jurídicamente protegido" -Banchio, Chiapero de Bas, Trigo Represas, Repetti-; mientras que para otros podía serlo por todos los que "acrediten una lesión a un simple interés de hecho, no ilegítimo, a raíz del cual se determina un menoscabo patrimonial" -Venini, Mosset Iturraspe, Bueres, Goldenberg, Esteguy, Cerowsky, Stiglitz, Zannoni, Carreras, Instituto de Derecho Privado del Colegio de Abogados de Junín, Guerrieri, Aráoz Salguero, Di Franco, Castellanos, Monti, López

²⁰ Cammarota, *Resp. extracontractual*, cit., t. II, ps. 696 y sig., n° 513; Colombo, Leonardo A., *Culpa aquiliana (Cuasidelitos)*, 2a. ed., Bs. As., TEA, 1947, p. 818, n° 243; Salvat-Acuña Anzorena, ob. cit., t. IV, p. 245, n° 2923; Spota, Alberto G., *Los titulares del derecho al resarcimiento...* cit. en "J.A.", 1947-II, p. 306.

²¹ Borgonovo, Oscar, *El concubinato en la legislación y en la jurisprudencia*, Bs. As., Hammurabi, 1980, ps. 158 y ss.; Mosset Iturraspe, Jorge, *Daño de hecho y daño jurídico*, cit. en "L.L.", 1982-B, p. 176, nota 11 y en *Estudios sobre la responsabilidad por daños*, cit., t. IV, p. 22, nota 11.

Cabana, Garrido, Peralta, Aguinalde, Iribarne, Lezana, Carranza Latroubese²².

Y en los últimos tiempos se ha venido notando en nuestra jurisprudencia la aceptación del criterio más amplio, como ha sucedido por ejemplo con el reconocimiento de la calidad de damnificada indirecta y titular de la acción resarcitoria a la concubina del muerto en los casos de homicidio, tal como sucediera en un plenario de la Cámara Nacional en lo Civil de Capital Federal y en un fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires²³, lo que inclusive se ha extendido en algún supuesto al concubino²⁴; como igualmente al "guardador" de un menor de edad fallecido²⁵. Por el contrario, la Corte Suprema ha rechazado *ad libitum* un recurso extraordinario por arbitrariedad in-

²² Jurisprudencia Argentina 1985-I, ps. 812 y sigte., punto II-A y B; *El derecho privado en la Argentina*, p. 98, n° II-A y B.

²³ Cám. Nac. Civil en pleno, 4/4/95, "F., M.C. c/ El Puente SAT", "L.L.", 1995-C-642; idem Sala A, 17/6/94, "Villa c/ Arbizu", "L.L.", 1994-E-711, Jur. Agrup. 10.075; id. 31/3/87, "B., M. E. c/ Sindicato Unico de Serenos Prefectura Naval Argentina", "L.L.", 1987-D-518; idem Sala C, 4/6/77, "Chaparro c/ Adamo", "L.L.", 1977-D-437 y "E.D." 75-544; idem Sala F, 3/12/91, "Basilio c/ Bargiela González", "L.L.", 1992-E-2; S.C.B.A., 12/11/91, "A., E. E. c/ V., L.A.", "L.L.", 1992-E-173; Cám. 1a. Civ. Com. San Isidro, Sala Ia., 27/10.88, "G., T. A. c/ B., A. D.", "Doctr. Judicial", 1989-1-484; id. 23/2/88, "Z., M. I. c/ P., J. M.", en "Doctr. Judicial", 1988-2-203; Trib. Coleg. Juicio Oral N° 2 Rosario, 19/7/88, "R., R. C. c/ F., C. R.", "Juris", 81-709; Bustos Berrondo, *Acción resarcitoria del daño causado por homicidio*, cit. en el N° 3 de la rev. "Jus", p. 85, n° 38; Zannoni, Eduardo A., *Derecho de familia*, Bs. As., Astrea, 1984, t. II, ps. 287 y ss., § 677; de Aguiar Dias, ob. cit., t. II, ps. 444 y ss., n° 249; Mazeaud-Tunc, ob. cit., t. I, vol. I, p. 408, n° 279 y nota 1. Sobre la evolución operada en la jurisprudencia francesa, en lo que respecta a los derechos que nacen del concubinato, ver: Viney, Geneviève, *Les obligations. La responsabilité: conditions en el Traité de droit civil*, de Jacques Ghestin, Paris, L.G.D.J., 1982, t. IV, ps. 333 y ss., n°s. 272 y ss.

²⁴ Cám. Nac. Especial Civ. Com., Sala II, 14/9/84, "Lobos Velazco c/Ruzzene", "J.A.", 1985-I-573 y "L.L.", 1986-A-647, Juris. Agrup. 5540.

²⁵ Cám. Nac. civil, Sala C, 3/3/55, "Papa c/ Facorro", "L.L." 79-276; idem Sala E, 30/9/69, "Veyra de Alvarado c/ Heinz", "L.L.", 138-526; C.S.N., 11/9/86, "Montini c/ EFEA", "L.L.", 1987-A-374, aunque en este caso se trataba de una persona que había recibido legítimamente la guarda del poder público, y había cuidado y brindado vivienda, alimentos y educación al menor, después de la muerte de su madre y del abandono de que fuera objeto por parte de su padre.

tentado por la concubina de la víctima, que pretendía el resarcimiento del daño moral y patrimonial por ella sufrido²⁶.

III. LEGITIMACIÓN PARA ACCIONAR POR DAÑO MORAL

Una vez configurados los presupuestos de la responsabilidad civil, nace la obligación de resarcir el perjuicio causado, que puede exigirse judicialmente mediante el ejercicio de la respectiva acción resarcitoria. En materia de daño moral existen, sin embargo, algunos supuestos dudosos o controvertidos de legitimación para demandar la reparación de los perjuicios sufridos, los que constituyen el tema específico del presente trabajo que pasamos a considerar.

a) *El caso de las personas jurídicas.* Hemos de considerar bajo este acápite, si las personas de existencia ideal pueden o no ser sujetos pasivos de un agravio moral, y en su consecuencia, si tienen o no legitimación para accionar por indemnización de tal detrimento.

Entre nosotros primero Orgaz y, luego, Bueres, Bustamante Alsina, Cazeaux, Mosset Iturraspe, Pizarro, Roitman y Zavala de González, se han expedido en forma negativa. Ellos sostienen que las personas jurídicas no pueden ser pasibles de daño moral en su aspecto subjetivo, puramente afectivo, en razón de que carecen de subjetividad y mal pueden por ende ser alcanzadas en sus sentimientos, seguridad personal etc.; aunque sí puedan serlo de un ataque a derechos de índole extrapatrimonial, como el nombre o la reputación, pero con repercusión en su patrimonio, en cuyo caso se configuraría no un daño moral sino uno material²⁷. Y esta tendencia ha sido reiteradamente

²⁶ C.S.N., 22/12/93, "Navarrete c/ Estado Nacional", con disidencia de los Dres. Belluscio y Moliné O'Connor, "E.D.", 157-581, con nota de Jorge Bustamante Alsina: "El writ of certiorari negativo y el recurso extraordinario por sentencia arbitraria".

²⁷ Bueres, Alberto J., *El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general*, en el N° 1 de la Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, ed. Rubinzal-Culzoni, 1992, ps. 237 y ss.; Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, cit., 8a. ed., ps. 254 y sigte., n° 578;

sostenida por nuestra Corte Suprema al rechazar la reparación del daño moral pretendido por sociedades comerciales, por no parecer apropiado endilgarles un padecimiento de esa índole, dado que su capacidad jurídica está limitada por el principio de especialidad (art. 35 Cód. Civil y art. 2° ley 19.550), y que su finalidad propia es la obtención de ganancias (art. 1°, ley citada); o sea que todo aquello que pueda afectar su prestigio, o su buen nombre comercial, o bien habrá de redundar en la disminución de sus beneficios, o bien carecerá de trascendencia a los fines indemnizatorios, ya que se trata de entes que no son susceptibles de sufrir padecimientos espirituales²⁸; postura ésta que luego ha sido seguida, igualmente, por otros tribunales inferiores²⁹.

A su turno Cifuentes, en una postura intermedia, ha propuesto un distinguo según se trate de personas jurídicas con o sin fines de lucro; rechazando la posibilidad de la reparación del daño moral en el pri-

Cazeaux, Pedro N. en Cazeaux, Pedro N. - Trigo Represas, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, 3a. ed., La Plata, Platense, 1987, t. I, p. 491, n° 322; Mosset Iturraspe, Jorge, *¿Pueden las personas jurídicas sufrir un daño moral?*, en "L.L.", 1984-C, ps. 516 y ss., n° VIII-c) a f); id., *Responsabilidad por daños*, Bs. As., Ediar, 1986, t. IV, PS. 224 Y SS., N° 76; Orgaz, *El daño resarcible*, cit., ps. 275 y ss., n° 71; Pizarro, *Daño moral*, cit., ps. 257 y ss., § 49; Pizarro, Ramón Daniel - Roitman, Horacio, *El daño moral y la persona jurídica*, en el N° 1 de la "Revista de Derecho Privado y Comunitario" cit., ps. 215 y ss.; Zavala de González, Matilde, *Las personas sin discernimiento y las personas jurídicas como sujetos pasivos de daño moral*, en "J.A.", 1985-I, ps. 794 y ss.; id., *Resarcimiento de daños*, Bs. As., Hammurabi, 1994, t. 2-c), ps. 75 y ss., § 12-e).

²⁸ C.S.N., 3/11/92, "De la Matta c/ Gas del Estado", "L.L.", 1994-B-449; 23/2/90, "Kasdorf SA c/ Pcia. de Jujuy", "L.L.", 1991-A-52, "E.D.", 138-188 y "J.A.", 1990-IV-275; 18/9/90, "Brumeco SA c/ Pcia. de Bs. As.", "J.A.", 1990-IV-550; 30/6/77, "Industria Maderera Lanín SRL c/ Gob. Nac.", "E.D.", 73-717.

²⁹ Cám. Nac. Federal Civil y Comercial, Sala I, 7/4/82, "Efima SA c/ Hierro Patagónico de Sierra Grande SA", "L.L.", 1983-D-644 (36.462-S); 16/12/80, "Peters Hermanos SA c/ Transporte Coral SA", "E.D.", 94-180; idem Sala II, 8/10/71, "Sun Flame (Luz y Sol) Argentina SA c/ Rodríguez", "J.A.", 14-1972, p. 293; idem Sala III, 24/2/81, "Antonio Delgado SA c/ Alvitos", "J.A.", 1981-IV-240; Cám. Nac. Federal Cont. Adm., Sala IV, 1/3/88, "INTA c/ Arce Refrigeración SA", "L.L.", 1989-B-625, Jur. Agrup. 6056, y "J.A.", 1989-I-805; 2/7/85, "J.A.", 1986-I-346 y "L.L.", 1986-E-703 (37.460-S); Cám. Nac. Civil, Sala E, 28/7/83, "Cosmopolita SRL c/ Ed. Caymi", "L.L.", 1984-B-406; Cám. Nac. Comercial, Sala B, 24/7/89, "L.L.", 1990-A-345; Cám. Nac. Crim. y Correccional, Sala I, 26/6/84, "J.A.", 1985-II-377 y "L.L.", 1986-A-620 (37.091-S); etc.

mer caso, atento que atributos de tales personas jurídicas, como el nombre o el honor objetivo, carecerían en rigor de notas de extrapatrimonialidad, estando ligados por el contrario a la obtención de un lucro. "Las sociedades -ha dicho este autor- ... no tienen bienes... extrapatrimoniales que se puedan ver afectados... En efecto, las prestaciones económicas de su capital o patrimonio -aportes- ajenos al carácter patrimonial, y su fin de lucro, demuestran que cuando se ataca el buen nombre de estas entidades queda deteriorado el crédito, sea comercial, sea social, asunto que repercute en la posibilidad de ganancias". Obsérvese en este sentido, que aun los atributos como el nombre y la reputación de las personas jurídicas, no presentan en éstas las mismas características que tienen en relación con las personas físicas, ya que son "patrimoniales" y "disponibles"; puesto que, en efecto, el nombre comercial puede enajenarse juntamente con el fondo de comercio -art. 1º de la ley 11.867-, y la "reputación" o "crédito" es algo que forma parte del "valor llave" del negocio³⁰, el cual se incluye también o se toma en cuenta para la fijación del precio de venta del "fondo", según resulta implícitamente de lo dispuesto en el precitado art. 1º de la ley 11.867. En tanto que, tratándose de asociaciones o fundaciones sucedería lo contrario, puesto que ellas tienen fines altruistas y sí pueden por lo tanto resultar dañadas en su buen nombre o su honra, "pues estas entidades tienen buen nombre no mezclado con el fin de lucro", "por su nacimiento y destino tienen ese bien separado de todo contacto con la idea patrimonial"³¹.

Finalmente, Brebbia, Tale y Zannoni se han expedido por la afirmativa, sosteniendo que ello es así, siempre que el ataque que origine el daño sea dirigido contra bienes o presupuestos personales que las

³⁰ El *valor llave* es habitualmente definido como la mayor utilidad o valor que una empresa próspera tiene por sí, por sobre lo normal y corriente o con relación a otros negocios similares, en razón de un cúmulo de especiales circunstancias: ubicación, bondad de sus productos, precios razonables, clientela, nombre adquirido, etc.

³¹ Cifuentes, Santos, *El daño moral y la persona jurídica*, en *Derecho de daños. Homenaje al profesor Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, Bs. As., ed. La Rocca, 1989, ps. 409 y sigs., n°s. 4 y 5.

mismas puedan poseer, de acuerdo con la particular naturaleza del ente colectivo que sirve de substrato a su personalidad; citando como ejemplo entre sus atributos de orden personal susceptibles de ser vulnerados y de engendrar por ende un daño moral, al nombre y a la consideración. Por otra parte, sostienen, siempre se trataría, en suma, de "personas", atento que como tales las considera y trata nuestro Código Civil; por lo que no cabría entonces formular distingos que no resultan de la ley entre ellas y las otras personas de existencia visible, pues *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*³². Tal también lo resuelto por algunos tribunales de nuestro país³³. Pudiendo recordarse que en la doctrina francesa, que ha marcado rumbos en materia de responsabilidad civil por daños, se acepta también mayoritariamente, que los entes colectivos puedan ser sujetos pasivos de agravios morales³⁴.

Nosotros adherimos también a esta postura. Damos por sentado, ante todo, que hoy en día no cabe discutir la existencia *de iure* de las personas jurídicas³⁵; las que "denotan una realidad irreductible a las

³² Brebbia, Roberto H., *La persona jurídica como sujeto pasivo del agravio moral*, en *Temas de responsabilidad civil en honor al doctor Augusto Mario Morello*, La Plata, Platense, 1981, ps. 55 y ss.; Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, cit., ps. 446 y ss., § 124; Tale, Camilo *Daño moral a las personas jurídicas*, en "E. D.", t. 155, ps. 845 y ss. También las ponencias presentadas por Enrique C. Banchio y Carlos Gustavo Vallespinos, como así por la Dra. Emilia Lloveras de Resk, en las "IIas. Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil" de 1984.

³³ Cám. Nac. Civil, Sala A, 18/2/82, "La Salteña SA c/ Constructora Julio Hubscher", "L.L.", 1982-C-509, Jur. Agrup. 4682; 17/5/77, "Viajes ATI SACI c/ Munic. Bs. As.", "E.D.", 75-248; Trib. Sup. Córdoba, Sala Civil, Com. y Contencioso administrativa, 8/5/84, "Bracco c/ Marinotti", "L.L.", 1984-C-518; Cám. 1a. Civ. Com. Bahía Blanca, Sala II, 1/4/82, "Cámara Económica de Tres Arroyos c/ López Barbeito", "E.D." 100-625, "J.A.", 1982-IV-417 y "D.J.B.A.", 123-373.

³⁴ Demogue, *Traité...*, cit., t. IV, p. 55, 414 bis; Givord, *La réparation du prejudice moral* cit., n°s. 103 y ss.; Lalou, *Responsabilité civile*, cit., n° 570; Le Tourneau, *La responsabilité civile*, cit., p. 165, n° 447; Mazeaud-Tunc, *Tratado...*, cit., t. 2, vol. II, ps. 481 y ss., n°s. 1.878-18 y ss.; Savatier, *Traité...*, cit., t. II, ps. 137 y ss., n° 570; Viney, *Les obligations. La responsabilité: conditions*, t. IV del *Traité de Droit Civil*, de Jacques Ghestin, cit., p. 321, n° 260.

³⁵ Barcia López, Arturo, *Las personas jurídicas y su responsabilidad civil por actos ilícitos*, Bs. As., Valerio Abeledo, 1922, ps. 207 y ss., § III; Rivera, Julio César, *Instituciones de derecho civil. Parte general*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1993, t. II, ps. 191 a 194, n° 863.

manifestaciones meramente individuales de la acción humana³⁶ y a la vez se presentan como una exigencia ineludible de los individuos humanos, cuya negación constituiría una deformación arbitraria de la realidad de las conductas que el orden jurídico pretende pautar³⁷. Aceptado ello, cabe agregar que la condición de "persona" comporta siempre la existencia de ciertos atributos que indefectiblemente la acompañan, se trate de personas morales o de existencia visible; pudiendo mencionarse como atributos o presupuestos de la "personalidad" de los "entes ideales", siguiendo a Olivera, a los siguientes: a) protección del buen nombre, imagen o concepto público; b) libertad contractual, industrial y ante la ley; c) inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia privada, y exclusión de toda injerencia arbitraria, privada o pública, en los asuntos internos; d) derechos a la conservación y al ejercicio de su personería, y también como consumidor o usuario -art. 52 de la ley 24.240-; y e) garantía de la propiedad y a la protección del medio ambiente³⁸. Ahora bien, entendiendo nosotros que daño moral es el que se infiere al violarse alguno de los "derechos personalísimos" o "de la personalidad", que protegen como bien jurídico a los presupuestos o atributos de las personas, debemos igualmente concluir que siempre que se atente contra ellos, se puede llegar a configurar un verdadero agravio moral, independientemente de que el sujeto pasivo sea una persona física o una jurídica. Por otra parte, tampoco interesa por cierto indagar sobre la posibilidad de que las personas ideales pudiesen llegar a sentir o a experimentar algún especial estado emocional, ya que ello de ninguna manera resulta ser un elemento caracterizante del referido daño moral.

Y ya en concreta referencia a la tesis ecléctica de Cifuentes, pensamos que la distinción que propone no resulta adecuada y es por lo

³⁶ Olivera, Julio H., *Los derechos personalísimos de las personas jurídicas: un enfoque iuseconómico*, Anticipo del N° 36 de la Segunda Epoca de los "Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires", 1998, ps. 5 y sigte., n° 5.

³⁷ Rivera, *Instituciones de derecho civil. Parte general*, cit., t. II, p. 162, n° 850.

³⁸ Olivera, ob. cit. en Anticipo del N° 36 de la Segunda Epoca de los "Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires", p. 4, n° 3.

tanto inaceptable; dado que lo cierto es que tanto las personas jurídicas con fines de lucro, como aquéllas que carecen de esa finalidad, todas ostentan sin embargo "atributos" o "presupuestos" de la personalidad, que pueden ser infringidos y dar por lo tanto nacimiento a un derecho a indemnización.

b) *Las personas sin discernimiento.*

Igualmente se ha discutido entre nosotros, si las personas sin discernimiento y aquellas que se encuentran en un estado de vida vegetativa, pueden o no ser sujetos pasivos de un daño moral y resultar por ende titulares de la correspondiente acción resarcitoria.

Una posición minoritaria ha considerado que los menores de corta edad y las personas que no tienen la posibilidad de sentir, sea por causas patológicas o por un insuficiente desarrollo de sus facultades mentales, como sucede por ejemplo con los dementes o las personas en estado de vida vegetativa, carecen en verdad de capacidad para experimentar un daño moral; por lo que mal podrían ser titulares de la correspondiente acción indemnizatoria³⁹. "¿Cómo se puede hablar -se ha dicho- del sufrimiento íntimo de un imbécil o de un idiota en virtud del homicidio de un pariente próximo?"⁴⁰; ¿cómo justificar el resarcimiento del daño espiritual de quien carece de comprensión suficiente para calibrar la entidad del agravio?; ¿cómo reparar el dolor, la pena, el sufrimiento moral de quien, por distintas razones, no puede sentirlo?. Aunque se ha señalado por Pizarro⁴¹ que mientras algunos sostienen tales ideas de manera absoluta, otros en cambio muestran criterios más moderados o flexibles, aplicándolas sólo a los supuestos en los cuales el damnificado se encuentra verdaderamente

³⁹ Orgaz, *El daño resarcible*, 4ª. ed., Córdoba, Lerner, 1980, p. 247, n° 91; Nuñez, Jorge F., *Estado de vida vegetativo y daño moral*, en "J.A.", 1987-I, ps. 783 y sigte.; Cám. Apel. 5ª. Civ. y Com. Córdoba, 17/10/86, "Scagliotti c/ Munic. de Córdoba", sentencia n° 148 (iné dita) cit. por Pizarro, *Daño moral*, cit., p. 270, nota 27.

⁴⁰ Da Silva, Wilson Melo, *O dano moral e sua reparacao*, 3ª. ed., Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 657, n° 275.

⁴¹ Pizarro, *Daño moral*, cit., p. 271, § 50-a).

imposibilitado de sentir de una manera absoluta, como verbigracia en los casos de una persona descerebrada o en estado de vida vegetativa⁴².

Pero en nuestro derecho tiende a prevalecer la tesis contraria, que reconoce la legitimación activa por daño moral de tales personas carentes de discernimiento o imposibilitadas de sentir.

Así ha señalado Brebbia, en criterio que compartimos, que: "los incapaces de hecho poseen, al igual que los demás entes humanos, esos derechos inherentes a la personalidad, aun cuando muchas veces no puedan desplegar la actividad que constituye el contenido de los mismos. Un menor de diez años, por ejemplo, tiene derecho a la vida, a la integridad física, posee un honor y está unido por afectos, reconocidos por el derecho, con otras personas. Cualquiera lesión que sufra injustamente en dichos bienes o presupuestos personales originará un agravio moral que hará nacer, a su vez, el derecho a obtener una reparación"; añadiendo que: "La solución contraria sólo puede ser propiciada..., si se olvida que lo que caracteriza jurídicamente a los daños extrapatrimoniales no es ese sufrimiento de carácter particular a que se alude, sino la violación de algunos de los derechos inherentes a la personalidad de un sujeto"⁴³. Pronunciándose en parecidos términos Zannoni, quien expresa que: "La reparación del daño moral es satisfactoria de un interés extrapatrimonial que ha sufrido afrenta, agravio, y lo sufre el menor de escasa edad y el demente en igual medida que un mayor de edad, o un cuerdo. El resarcimiento, en estos casos, no debe considerarse como la reparación de un modo de sentir el agravio, sino como resarcimiento objetivo de un bien jurídico, que también se atribuye a los incapaces. A menos, por supuesto, que se suponga que estos sujetos son 'a-morales' *latu sensu*"⁴⁴.

Otros autores llegan en cambio a la misma solución aunque con otros argumentos. Se ha dicho así que la ausencia de discernimiento

⁴² Nuñez, Jorge F., ob. cit. en "J. A.", 1987-I, p. 788.

⁴³ Brebbia, *El daño moral*, cit., ps. 215 y sigte., n° 100.

⁴⁴ Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, cit., p. 446, § 123.

no excluye la posibilidad del daño moral, pues aquél es condición personal que se valora cuando se considera a una persona como agente de actos lícitos o ilícitos, pero no como posible víctima de un obrar ajeno⁴⁵. Agregando Pizarro que "el disvalor subjetivo que se produce en la persona (como consecuencia de un daño moral) está más allá de lo que siente; se proyecta sobre su espiritualidad, quebrantándola, y cercena sus posibilidades intelectuales. Por eso es también daño moral la parálisis, que importa una minoración o pérdida de los sentimientos o pérdida de la aptitud de sentir. La pérdida de los sentimientos o de la posibilidad de experimentarlos, y más aún, de la posibilidad de '...encontrarse en una situación anímica deseable' es daño moral"⁴⁶. A su turno Iribarne ha manifestado "que los menores de edad y los insanos pueden padecer sin duda alguna daño moral, entendido como el detrimento sufrido en sus sentimientos, afectos, gozos, deleites perdidos, valoraciones, etc."; en cuanto a los primeros "será necesario siempre preguntarse sobre la ultra-actividad de la afrenta, que en algunos casos perdurará toda la vida, y en otros puede desvanecerse más fácilmente que si se tratara de un adulto. La falta de conciencia actual de la pérdida de un padre, por ejemplo, por parte de un lactante, indemostrable por otro lado, no excluye el dolor permanente causado por su ausencia, apenas pueda tener noción expresable de ello. El daño moral causado a los insanos presenta otros matices, tan variados como diversos son los padecimientos mentales configurativos de demencia en sentido jurídico"⁴⁷.

⁴⁵ Pizarro, *Daño moral*, cit., p. 272, n° 2; Mosset Iturraspe, Jorge, *Daño Moral, causado a personas privadas de conciencia o razón. Los padres como damnificados indirectos*, en "J. A.", 1992-IV, ps. 559 y sigte.; Zavala de González, Matilde, *Las personas sin discernimiento y las personas jurídicas como sujetos pasivos de daño moral*, cit., en "J. A.", 1985-I, ps. 795 y sigte., n° II. Comparar: Vázquez Ferreyra, Roberto A., *El daño moral y los damnificados indirectos*, en "J. A.", 1992-III, ps. 105 y ss.

⁴⁶ Pizarro, *Daño moral*, cit., p. 273, § 50-b)-2; Zavala de González, ob. cit. en "J. A.", 1985-I, p. 796, n° II.

⁴⁷ Iribarne, *De los daños a las personas*, cit., ps. 611 y sigte., § 10.

Por lo demás, la jurisprudencia dominante de nuestro país se inclina en este sentido, admitiendo el derecho a la reparación del daño moral de niños de corta edad y de personas que se encuentran privadas de razón, por alteración de sus facultades mentales⁴⁸.

c) *Daño moral grupal, colectivo o difuso.*

1. *Los intereses difusos.* De los meros intereses "simples" o "de hecho", de los que ya nos ocupáramos precedentemente al tratar de los presupuestos o requisitos necesarios para que se configure el daño moral, a los intereses supraindividuales, que la doctrina coloca a la par de aquéllos, hay, según se habrá de ver, un solo paso, que nos introduce en el tema de la legitimación activa grupal o de conjunto.

Recientemente Lorenzetti ha precisado que en realidad pueden darse distintos supuestos de "intereses transindividuales", a saber: a) intereses plurindividuales homogéneos, en los cuales el interés y la legitimación es individual, pero como hay homogeneidad objetiva entre todos ellos, resulta factible obtener una sola decisión con efectos *erga omnes*; b) interés transindividual colectivo, cuando el titular del interés es el grupo en cuanto tal y no los individuos que lo componen, pudiendo aquél accionar en ese carácter obligando a sus integrantes a los efectos de la sentencia; y c) intereses transindividuales difusos, que importan a la sociedad en su conjunto, o bien a una generalidad indeterminada de sujetos, en los cuales "la titularidad es difusa porque no hay un vínculo directo entre una persona y ese tipo de interés"⁴⁹.

⁴⁸ Cám. Nac. Civil, Sala A, 2/6/94, "R., O. C/ Microómnibus Norte", "L. L.", 1994-D-506; Cám. Nac. Especial Civ. y Com., Sala IV, 25/10/83, "Hodesch de Marinelli c/ Colicchia", "J.A.", 1984-I, Índice p. 46, Síntesis n° 14; idem Sala V, 25/3/82, "Giménez c/ Roldán", "J.A.", 1984-I-487; Cám. Nac. Federal Civ. y Com., Sala III, 27/9/91, "Di Benedetto c/ Ulevicius", "J.A.", 1992-IV-556; idem 2/10/91, "Agüero de Abraham c/ Gas del Estado", "J.A.", 1992-IV-567; Cám. Nac. Federal Cont. Adm., Sala IV, 2/9/90, "Giménez c/ Estado Nacional", "E.D.", 140-667. En contra: Cám. Nac. Civil, Sala K, 28/2/92, "Bustamante de Vázquez c/ Blazquez", con voto en disidencia de la Dra. Estevez Brasa, "J.A.", 1992-III-103.

⁴⁹ Lorenzetti, Ricardo Luis, *Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos*, en "L.L.", 1996-D, ps. 1062 y ss., n° III-3.

Tales intereses "difusos", en efecto, pertenecen a una pluralidad de sujetos, en cuanto integrantes de grupos, clases o categorías de personas, ligados en la pretensión de goce de una misma prerrogativa, que es indivisible, por parte de cada uno de ellos; de forma tal que la satisfacción de la porción de interés de uno de los individuos se extiende por naturaleza a todos, del mismo modo que la lesión a uno afecta simultánea y globalmente a los demás integrantes del conjunto comunitario⁵⁰. Por lo que bien se ha podido decir que se trata de derechos de los que, por extraña paradoja, nadie resulta titular exclusivo, a la par que son varios: un grupo o una categoría, sus beneficiarios⁵¹. Siendo precisamente "en virtud de ello -apunta Lorenzetti- (que) se designa a un representante, el Estado, y se da a ese interés general el carácter de público. El titular es la comunidad, el legitimado es el Estado, el interés es público"⁵².

2. *Los daños colectivos.* En razón de lo precedentemente expuesto, hoy en día se acepta sin dificultad la idea de un daño colectivo, como noción con entidad propia⁵³.

Se ha señalado así, con acierto, que: "en un mundo amenazado por el riesgo de extinción o de detrimento significativo para la vida, se desdibuja y rectifica la calidad 'personal' o 'propia' de ciertos intere-

⁵⁰ Stiglitz, ob. cit., p. 24, n° 13; Trigo Represas, Félix A., *De la responsabilidad por culpa a la reparabilidad social por daños*, en el N° 25, año XXXII, 2a. Epoca de los "Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires", ps. 170 y sigte.; Zannoni, Eduardo A., *La reforma constitucional y la protección de los intereses difusos*, en el N° 7 de la "Rev. de Dcho. Privado y Comunitario" cit., p. 102, n° I; Cám. Federal La Plata, Sala IIIa., 8/8/88, "G., D. c/ Gob. Nacional", "J.A.", 1988-III-97 y "L.L.", 1989-C-117; Sup. Trib. Just. Santa Fe, 19/9/91, "Federación de Cooperativas Escolares (Dpto. Rosario) c/ Pcia. de Santa Fe", "J.A.", 1991-IV-294.

⁵¹ Morello, Augusto Mario - Hitters, Juan Carlos - Berizonce, Roberto O., *La defensa de los intereses difusos*, en "J.A.", 1982-IV, ps. 700 y ss., n°s. I y II.

⁵² Lorenzetti, *Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos*, cit. en "L.L.", 1996-D, ps. 1063 y sigte., n° III-3; Sup. Trib. Justicia Santa Fe, 19/9/91, "Federación de Cooperadoras Escolares (Dpto. Rosario) c/ Pcia. de Santa Fe", "J.A.", 1991-IV-294.

⁵³ Stiglitz, *La responsabilidad civil*, cit., ps. 39 y ss., n° 24 y sigte.; Stiglitz, Gabriel A. - Acciarri, Hugo A., *Legitimación procesal colectiva. Las acciones de clase. Reparación de daños*, en el N° 9 de "La Revista del Foro de Cuyo", Mendoza, Ed. Dike, 1993, ps. 242 y sigte., n° II-4.

ses. Estos no 'pertenecen al sujeto en el sentido clásico (como algo estrictamente suyo), y sí sólo de un modo diluido, desparramado entre él y muchos otros. Su titularidad se fragmenta entre una cantidad de indefinidos sujetos particulares, a veces con potencial repercusión en seres todavía inexistentes (el llamado 'daño a la tercera generación') y saltando, en suma, tiempos y fronteras... El daño al medio ambiente (extinción de especies, alteración del equilibrio ecológico, preservación de la pureza de la atmósfera, etc.), la amenaza nuclear, los vicios de los productos de consumo, la publicidad engañosa o deformante, y tantos otros problemas, atañen por igual a todos los miembros de la comunidad, o a determinados grupos dentro de ésta, indistinta y no exclusivamente. Los destinatarios del peligro no son ya las personas, en forma aislada, sino categorías o clases de sujetos, aunados por alguna calidad o característica que da trabazón al conjunto... El daño a resarcir entonces... no configura una suma de porciones identificables; es un daño colectivo como tal, que resulta aprehensible y experimentable desde un punto de vista global.-"; luego de lo cual se concluye que: "daño colectivo es el que surge a raíz de la lesión a un interés de esta naturaleza. Y colectivo es la calidad que 'tiene la virtud de recoger o reunir', por consiguiente, se trata de un factor aglutinante, que permite reconocer un daño que se podría considerar único intrínsecamente, en el cual el elemento afectado es de sustancia comunitaria o grupal, y que llega a los sujetos individuales 'de rebote' e indivisiblemente, por la inserción en el conjunto"⁵⁴.

3. *La legitimación activa grupal.* De ahí que procesalmente se haya podido aconsejar⁵⁵, por ejemplo: 1º) la concesión de legitimación activa a los grupos y asociaciones de consumidores, como también al

⁵⁴ Zavala de González, Matilde, *El daño colectivo*, en "Derecho de daños. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe", cit., ps. 439 y sigte., n° 1, y p. 448, n° 3.

⁵⁵ Barbosa Moreira, José Carlos, *La legitimación para la defensa de los intereses difusos en el derecho brasileño*, trad. de Augusto Mario Morello, en el N° 34 de la revista "Jus". La Plata, Librería Editora Platense, ps. 63 y sigte., n° II.

propio consumidor y a todo el que sufra un daño causado por el producto -Recomendación II, apartado 3-a), Comisión 1, de las "Cuartas Jornadas Rioplatenses de Derecho de Punta del Este", año 1986-⁵⁶, ello como un aspecto de un tema mayor, el de la legitimación activa de los "cuerpos intermedios adecuadamente representativos de la comunidad interesada", del que se habían ocupado antes las "Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil" de 1984 -Recomendación VI-B del Tema 6-⁵⁷; o, 2º) la creación de una figura como la del "fiscal público" u "Ombudsman" del régimen sueco⁵⁸, comisionado parlamentario representante de las acciones de clase, las que se dan ante la existencia de un número considerable de partes relacionadas por un problema genérico o común, pero difuso para cada uno en particular, en procura de evitar así la multiplicación de procesos y del logro de pronunciamientos con fuerza vinculante para todos los miembros del grupo de que se trate⁵⁹.

La legitimación procesal activa grupal o de conjunto, precisamente, ya había sido contemplada en forma expresa en el art. 52 de la ley de defensa de los consumidores 24.240, que permite accionar judicialmente "al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores constituídas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local y al ministerio público". Y además había sido tenida en cuenta en el Proyecto de Reformas al Código Civil, de la Comisión creada por el decreto 468/92 del Poder Ejecutivo nacional, en donde se acordaba tal legitimación inclusive a: "las asociaciones

⁵⁶ *El derecho privado en la Argentina*, cit., p. 157.

⁵⁷ *El derecho privado en la Argentina*, cit., p. 80.

⁵⁸ Gozaini, Osvaldo Alfredo, *El 'ombudsman'*, en "L.L." 1983-D, ps. 840 y ss.

⁵⁹ Cano, Guillermo J., *Derecho, política y administración ambientales*, Bs. As., Depalma, 1978, p. 50, n° 2, y ps. 91 y ss., n°s. 5, 25 y 26; Cappelletti, Mauro - Garth, Bryant, *El acceso a la justicia*, trad. de Samuel Amaral, La Plata, Colegio de Abogados del Dpto. Judicial de La Plata, 1983, ps. 156 y ss., n° 4; Gozaini, ob. cit. en "L.L.", 1983-D, p. 841, n° I; Morello-Hitters-Berizonce, ob. cit. en "J.A.", 1982-IV, p. 710, n° V; Rocca, Ival - Crivellari, Carlos, *Responsabilidad civil por contaminación ambiental*, Bs. As., Bias ed., 1983, p. 31, n° 1.1.

representativas de intereses colectivos (las que) están legitimadas para iniciar acciones preventivas vinculadas a su objeto" -art. 1549 in fine-⁶⁰.

Y a mayor abundamiento todo ello ha tenido finalmente recepción en la "acción de amparo" contemplada en el art. 43 de la Constitución Nacional de 1994, la cual puede ser deducida con relación a todos "los derechos de incidencia colectiva en general"; tal como lo propiciaran con anterioridad Morello⁶¹ y Sagués, este último en los siguientes términos: "El amparo puede ser un excelente vehículo para proteger intereses difusos, como los ecológicos, de los consumidores y del patrimonio artístico o histórico..."⁶². Tratándose de una acción que puede ser intentada por el propio "afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley..." -Art. 43, parágrafo segundo, de la Constitución Nacional-⁶³. Amén de que, asimismo, aparece ahora consagrada la figura del "ombudsman" en el art. 86 de dicha Constitución, bajo la denominación de "Defensor del Pueblo": "órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad", que es "designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras", "goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores", y ha de durar "en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez"; siendo su misión primordial "la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intere-

⁶⁰ *Reformas al Código Civil*, Bs. As., Astrea, 1993, p. 371.

⁶¹ Morello, Augusto Mario, *Los intereses difusos y el derecho procesal (Del amparo individual al colectivo)* en "J.A.", 1990-IV, p. 48, n° III-c).

⁶² Sagués, Néstor Pedro, *Acción de amparo, intereses difusos y acción popular*, en "J.A.", 1994-I, p. 525, n° IV).

⁶³ Lorenzetti, *Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos*, cit. en "L.L.", 1996-D, p. 1071 in fine, n° VI-2.-B). En el art. 20 inc. 2) de la nueva Constitución de la Provincia de Buenos Aires del año 1994, igualmente se prevé que: "La garantía de Amparo podrá ser ejercida por el Estado en sentido lato o por particulares, cuando por cualquier acto, hecho, decisión u omisión proveniente de autoridad pública o de persona privada, se lesione o amenace, en forma actual o inminente con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, el ejercicio de los derechos constitucionales individuales y colectivos..."

ses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas", contando para ello, por cierto, con "legitimación procesal"⁶⁴.

4. *El daño moral colectivo*. Hace ya más de una década que se señaló la posibilidad jurídica del daño moral colectivo, indicándose que muchos perjuicios tocan a categorías de personas: usuarios de teléfonos, la comunidad habitacional de un edificio, los consumidores de una propaganda desleal, etc.; de forma tal que puede existir un daño moral colectivo, en el que el "sujeto afectado no es ya 'la' persona física individual o concurrentemente, ni la de existencia ideal, sino un grupo o categoría que, colectivamente y por una misma causa global, se ve atacado en derechos o intereses de subida significación vital (la paz, la tranquilidad anímica, la libertad espiritual de grupos humanos íntegros), que sin duda, son tutelados de modo preferente por la Constitución y la ley"⁶⁵.

⁶⁴ Asimismo se encuentra en el art. 55 de la nueva Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1994: "El Defensor del Pueblo tiene a su cargo la defensa de los derechos individuales y colectivos de los habitantes. Ejerce su misión frente a los hechos u omisiones de la administración pública, fuerzas de seguridad, entes descentralizados o empresas del Estado que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario o negligente de sus funciones. Supervisa la eficacia de los servicios públicos que tenga a su cargo la Provincia o sus empresas concesionarias. Tendrá plena autonomía funcional y política. Durará cinco años en el cargo pudiendo ser designado por un segundo período. Será nombrado y removido por la Legislatura con el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara..."

⁶⁵ Morello, Augusto M. - Stiglitz, Gabriel A., *Daño moral colectivo*, en "L.L." 1984-C, ps. 1198 y ss., n° II; idem, *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*, La Plata, Librería Editora Platense, 1986, ps. 119 y ss., n° II. En igual sentido: Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Bs. As., Ediar, 1986, t. IV, ps. 228 y sigte., n° 77. Tales autores suscribieron además la Recomendación letra B), punto VI, del Tema VI sobre *Daño moral*, en las "Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil", año 1984, que reza: "La categoría del 'daño moral colectivo' ocasionado globalmente a íntegros grupos humanos, exige la previsión de una apertura legitimatoria para el ejercicio de la pretensión resarcitoria, en favor de los cuerpos intermedios adecuadamente representativos de la comunidad interesada" (Ver, *El derecho privado en la Argentina*, cit., p. 80).

No obstante existe también una postura negativa. Así Saux ha sostenido que: "la necesaria pluralidad de legitimados activos -a la que eventualmente podría adicionarse su inorganicidad, o el real desconocimiento de la cantidad de afectados que pudieran registrarse- torna sumamente riesgoso ponderar los singulares matices que el daño moral requiere en su cuantificación y en su prueba...", porque entonces: "o se calcula la asignación individual que por cada agravio moral se ha sufrido y se acciona por la sumatoria, dividiendo lo obtenido", lo cual sería impracticable, "o se globaliza el reclamo abarcando un litisconsorcio pasivo 'informe'", lo cual desnaturalizaría "totalmente el rol resarcitorio que el daño moral lleva en su esencia, y se aproxima nítidamente a la vieja idea de la sanción al dañador"⁶⁶. Y a dicho entendimiento ha adherido Pizarro, al afirmar que: "cuando se habla de daño moral colectivo, frecuentemente, se quiere hacer referencia a supuestos de lesión a intereses no patrimoniales colectivos o difusos, cuya lesión puede provocar una minoración en la tranquilidad anímica y espiritual de la comunidad", y que "cuando ello sucede, la expresión daño moral colectivo suele ser utilizada con sentido amplio, como equivalente a lesión a intereses colectivos no patrimoniales y no como daño en sentido estricto, esto es, como daño resarcible"; añadiendo que coincide "con Saux en que el daño moral -al menos tal como está legislado en nuestro sistema jurídico- es, por naturaleza, individual, esto es, ligado a la subjetividad (espiritualidad) de cada damnificado"⁶⁷.

Empero nuestra Constitución Nacional contempla y ampara bienes de naturaleza extrapatrimonial y de incidencia colectiva, en cuanto interesan a la comunidad toda, como sucede en su art. 43 con el "medio ambiente"; existiendo también otros bienes de ese mismo tipo reconocidos en la legislación infraconstitucional, como ocurre por

⁶⁶ Saux, Edgardo Ignacio, *Acceso a la tutela de los 'derechos de incidencia colectiva' dentro del nuevo texto constitucional*, en el N° 7 de la "Rev. de Dcho. Privado y Comunitario" cit., ps. 135 y sigte., n° 7.

⁶⁷ Pizarro, *Daño moral*, cit., p. 283, § 51-b).

ejemplo con la salud pública como tal, recogida en las leyes 23.660 y 23.661, y también con el acervo "cultural" de la población, compuesto por valores espirituales: artísticos, estéticos, históricos, religiosos, etc.⁶⁸. Y cuando se menoscaba a ese tipo de bienes de interés global e índole esencialmente no patrimonial, lo que se configura primordialmente es un daño moral por la lesión al bien en sí mismo, y con independencia de otras repercusiones de índole patrimonial que también pudiesen producirse.

Entonces, sin duda, el primer y principal damnificado es la sociedad en su conjunto, o bien una generalidad indeterminada de sujetos; sin perjuicio de que simultáneamente también puedan resultar afectados en forma particular, algunos de los individuos componentes del grupo, que cuenten en su personalidad moral con una "esfera social", integrada precisamente por los aludidos bienes de incidencia colectiva⁶⁹. Pero de todos modos no cabe la posibilidad de reclamos indemnizatorios plurales y separados por parte de distintos pretensos damnificados, ya que, según se viera, es característica de los intereses difusos su indivisibilidad; pues como el bien colectivo no es fraccionable entre quienes lo utilizan, y tampoco es factible dividir su goce, ello trae como consecuencia la imposibilidad de que existan distintos derechos subjetivos. Siendo sólo viable por ende la titularidad difusa del grupo o conjunto, en la que no hay ninguna relación de inmediatez, por no existir un vínculo directo entre una persona y ese tipo de interés⁷⁰. Y a mayor abundamiento ello es tanto más así en

⁶⁸ F. de De La Rúa, Angelina, *La protección de los llamados intereses difusos en la Constitución Nacional y la Constitución de la provincia de Córdoba*, en "L.L.", 1996-B, p. 790, n° II-c); Lorenzetti, *Responsabilidad colectiva...* cit. en "L.L.", 1996-D, p. 1070, n° VI-2-A); idem, *Las normas fundamentales de derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, ps. 457 y sigte., n° II.1; Sagüés, *Acción de amparo, intereses difusos y acción popular*, cit. en "J.A.", 1994-I, p. 525, n° IV; Cám. Federal de La Plata, Sala 3a., 8/8/88, "G., D. c/ Gob. Nac.", "J.A." 1988-III-97 y "L.L.", 1989-C-117.

⁶⁹ Lorenzetti, *Responsabilidad colectiva...*, cit. en "L.L." 1996-D, p. 1072, n° VI-2.-G).

⁷⁰ Lorenzetti, *Responsabilidad colectiva...*, cit. en "L.L." 1996-D, p. 1063, n° III-3 y p. 1071, n° VI-2-B); Pellegrini Grinover, Ada, *Acciones colectivas en tutela del ambiente y de los consumidores (La ley brasileña del 24 de julio de 1985, n° 7347)*, trad. de Gerónimo Seminara, en el N° 38 de la Revista "Jus" cit., p. 66, n° 4.

nuestro ordenamiento positivo, atento que conforme al art. 1078 del Código Civil, la acción por indemnización del daño moral sólo compete al damnificado directo, habiéndose procurado de ese modo evitar una eventual sucesión indefinida de damnificados indirectos⁷¹; de forma tal que en los supuestos que nos ocupan, tal acción sólo puede corresponderle a la "sociedad en general", o en su caso a algún "grupo indeterminado de individuos", en cuanto damnificados directos, estando totalmente descartado en consecuencia que puedan existir otros legitimados para demandar el resarcimiento del daño moral.

Siendo también correcta la solución propiciada en el ya citado pronunciamiento de la Sala Segunda de la Cámara Civil y Comercial de Azul del 22 de octubre de 1996, en los autos: "Municipalidad de Tandil c/ Transporte Automotor La Estrella SA"⁷², de que "el monto del resarcimiento por daño moral colectivo se destine a un patrimonio de afectación, para las obras de ornato y salubridad del presupuesto municipal"; lo cual resulta coincidente con lo que se ha propiciado desde nuestra doctrina⁷³, atento a que tal "modo" de satisfacción encuadra dentro de los términos latos del in fine del art. 1084 del Cód. Civil, aplicable por analogía.

⁷¹ Cazeaux, Pedro N., *La reforma del código civil en el derecho de las obligaciones*, en el N° 21 de la "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", año X, Julio-Diciembre de 1968, p. 173; Llambías, Jorge Joaquín, *Ley 17.711: reforma del código civil*, en "J.A.", 1968-V, p. 793; Trigo Represas, Félix A. en Cazeaux-Trigo Represas, ob. cit., t. V, 1996, p. 775, n° 3.099; Cám. Nac. Civil Sala G, 13/8/93, "Casafus c/ Romagnoli", "L.L.", 1993-E-463; Cám. Federal La Plata, Sala Ia., 31/8/83, "Segli c/ Empresa Gas del Estado", "E.D.", 107-439.

⁷² En: "E.D." 171-378; "La Ley Buenos Aires", 1997, ps. 272 y ss.; "J.A.", 1997-III, semanario del 3/9/97; y "Jurisprudencia Provincial Buenos Aires", Año 1996, N° 10, ps. 861 y ss. Ver además: Bustamante Alsina, Jorge, *El daño moral colectivo es daño jurídico resarcible*, en "L.L.", 1998-A, ps. 1.033 y ss.

⁷³ Lorenzetti, Ricardo Luis, *Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos*, en "L.L.", 1996-D, p. 1072, último párrafo; Stiglitz-Acciarri, *Legitimación procesal colectiva*, en el N° 9 de "La Revista de Foro de Cuyo" cit., p. 244, n° II-6.

INDICE

<i>La constitución de 1994 y el daño moral</i> , José Julián Carneiro.....	13
<i>La reparación pecuniaria del daño moral</i> , María L. Casas de Chamorro Vanasco	35
<i>Daño moral. Concepto y legitimación activa</i> , Rubén H. Compagnucci de Caso	61
<i>Daño moral y daño psíquico</i> , Ernesto Nieto Blanc	81
<i>Distintos supuestos de responsabilidad en el derecho de familia</i> , Eduardo A. Sambrizzi	99
<i>Casos dudosos de legitimación activa en la acción por resarcimiento del daño moral</i> , Félix A. Trigo Represas	191