

## **EL DAÑO MORAL**

### **en los proyectos de Reforma del Código Civil (\*)**

por

Luis MOISSET de ESPANES

---

#### **SUMARIO:**

- I.- Introducción.
  - II.- El daño moral y el Proyecto de Unificación de 1987.
  - III.- Los nuevos intentos de Unificación.
  - IV.- El daño moral en el Proyecto de la Cámara de Diputados.
    - a) El art. 522.
    - b) Artículos 1068 y 1078.
    - c) Artículo 1099.
  - V.- El daño moral en el Proyecto del Poder Ejecutivo.
    - a) La indemnización por daño moral: bien propio.
    - b) El daño moral y la intimidad personal.
    - c) El daño moral y las personas jurídicas.
    - d) El concepto de daño.
    - e) "Quantum" de la indemnización por daño moral.
    - f) Personas legitimadas.
  - VI.- Palabras finales.
-

(\*) Conferencia pronunciada el 15 de octubre de 1993.

## **I.- Introducción.**

Mi exposición de hoy ha de resultar poco lucida pues debo referirme a algo que no conozco y cuyo estudio es menester comenzar. Pero esa ignorancia del contenido de los Proyectos obliga, previamente, a refrescar un punto.

El Derecho Civil argentino, en materia de daño moral, fue precursor. El Código de Vélez es, quizás, el primer Código civil que consagra la indemnización por daño moral. Pero los precursores corren riesgos graves. Cuando Vélez, adelantándose a su época, en la cual no se admitía el resarcimiento por daño moral, incluye una norma expresa que contempla el problema, pone un límite, y lo acepta sólo en el campo de los delitos del derecho criminal (art. 1078, C. civil) (1). En la nota de esta norma se menciona como antecedente una Ley de la Partida Siete, pero -como bien lo indica Segovia (2)- se inspira en Aubry y Rau, que en el segundo párrafo del § 445, expresan que la reparación incluye, "al menos cuando se trata de un delito del Derecho Criminal, el daño moral que el delito ha hecho sufrir a la persona lesionada, sea turbándola en su seguridad personal o en el goce de su patrimonio, sea hiriendo sus afecciones legítimas" (3). Esa norma, que era de avanzada, se convierte luego en una valla, pues es interpretada de manera restrictiva por la doctrina mayoritaria (4) e impide el desarrollo de la jurisprudencia que, de manera creadora, en aquellos países cuyos códigos habían silenciado toda referencia al daño moral, avanzó mucho más allá de lo que nosotros podíamos hacerlo con la norma limitativa. El problema se plantea con cierta agudeza; algunos tribunales aceptan la tesis amplia de reparación y los juristas reclaman la modificación del Código para remover los obstáculos que se oponían a esta solución. Sobre el punto hay pronunciamientos en certámenes científicos. No puedo olvidar el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, que se reunió en Córdoba en octubre de 1961, uno de cuyos temas era precisamente: "La reparación del daño moral en los casos no previstos por el Código Civil" (5), pues allí se aprobó por unanimidad un despacho que aconsejaba hacer extensiva la indemnización del daño moral a todos los casos, tanto de responsabilidad contractual como extracontractual (6), en lugar de circunscribirla a los delitos del derecho criminal. Este pronunciamiento va a resultar decisivo algún tiempo después, e inspirará las modificaciones que la ley 17.711 introdujo a los arts. 522 y 1078 del Código civil. Esas reformas pusieron al día a nuestro Derecho en materia de indemnización por daño moral; pero, la redacción no fue del todo afortunada, sobre todo en el ámbito contractual, donde aparece un verbo: podrá (7), que crea problemas a la doctrina y jurisprudencia nacionales, y origina una polémica que no se ha agotado hasta el día de hoy y ha motivado que en más de una oportunidad en certámenes científicos se propongan interpretaciones de la norma que superen las dificultades del tan poco feliz podrá utilizado en el art. 522 (8). Ustedes habrán escuchado hablar de estos antecedentes en las exposiciones anteriores, por lo que no es menester que ahondemos en ellos, pero no podemos dejar de recordarlos porque van a incidir, se van a reflejar en las modificaciones

que se propongan en materia de daño moral, en los proyectos presentados en los últimos años. II.- El daño moral y el Proyecto de Unificación de 1987. Así, ya en 1987 cuando en la Cámara de Diputados se elabora el Proyecto de Unificación, con relación al daño moral se retoca sólo el art. 522, ubicado en el título destinado a las obligaciones en general, y se lo deja en un texto muy breve que hace desaparecer, precisamente, aquel verbo conflictivo, para hablar genéricamente de que la indemnización por el incumplimiento de las obligaciones comprende el daño moral (9). El laconismo del texto parece limar también otro punto de conflicto, pues desaparece la denominación de "agravio moral", esgrimida por algunos para justificar la diferencia de trato en el ámbito contractual, pues el art. 1078, en materia de actos ilícitos, habla de "daño moral". De esa forma se pretende borrar las dificultades de interpretación que habían surgido alrededor del podrá; pero eso es todo. El proyecto, que obtuvo aprobación a libro cerrado, sin gozar de la difusión y discusión previa que una buena técnica legislativa exige, no contempla ninguno de los otros problemas que se suscitaban, como por ejemplo los vinculados con las personas legitimadas, tanto activa como pasivamente. La única solución que se brinda, con miras a unificar la indemnización en el campo de lo contractual y lo extracontractual, es no hablar más de "agravio" y suprimir el "podrá" que habían sido utilizados por algún sector de la doctrina y de la jurisprudencia para justificar el "arbitrio" del juez y permitirle, en el ámbito contractual, que resolviera discrecionalmente si hacía o no lugar a la indemnización por daño moral. Personalmente tengo sobre este punto una particular interpretación pues entiendo que los problemas de indemnización del daño moral no son totalmente idénticos en el campo contractual y en el extracontractual, no porque me apegue a esas denominaciones tradicionales, sino porque hay una diferencia sustancial entre el incumplimiento de una obligación preexistente, y los perjuicios que nacen de ese incumplimiento, y los alcances que tiene una obligación nueva, que se genera en virtud de un hecho dañoso. Para determinar la extensión del resarcimiento en una y otra hipótesis es indispensable ahondar en el análisis del nexo causal, para determinar con precisión hasta donde llegan las consecuencias indemnizables, que guardan un "nexo de causalidad adecuada", con el hecho generador del daño. Y puede advertirse que muchas veces los jueces recurren al podrá para obviar el estudio del nexo causal.

En materia de actos ilícitos el daño moral suele ser una consecuencia "inmediata", o "mediata previsible" y, por consiguiente, queda comprendida sin ninguna duda entre los daños que deben indemnizarse. Pero cuando se trata del mero "incumplimiento de obligaciones preexistentes", no siempre el daño moral se presenta como una consecuencia inmediata, ni siquiera como consecuencia "mediata previsible" y, si no hay nexo de causalidad adecuada no corresponderá indemnizarlo. Cuando el magistrado se enfrenta con el problema, e intuitivamente percibe que el daño moral que se reclama no es una consecuencia próxima del incumplimiento, en lugar de analizar la "causalidad", para concluir sobre esta base que no corresponde la indemnización reclamada, le resulta más fácil negarla diciendo "puedo" negarla; de manera similar, cuando lo admite porque estima que corresponde, también suele afirmar "puedo" concederlo, sin detenerse a indagar si existe el nexo de causalidad adecuada. Sin duda que si se aprueba un texto como el que proponía el Proyecto de Unificación de 1987, haciendo desaparecer el podrá y disponiendo que la indemnización comprende el daño moral, subsistirá íntegramente el problema de analizar el caso para determinar si existe el nexo de causalidad adecuado, aspecto que en adelante no podrá ser soslayado por el magistrado en su sentencia.

### **III.- Los nuevos intentos de Unificación.**

Abortado el Proyecto de 1987, después de su sanción en el Senado en 1991, en razón del veto presidencial, se inician dos nuevos intentos de reforma, que marchan por caminos separados. Este hecho sinceramente me acongoja porque creo -y en esto sin duda coincidimos totalmente con Jorge Mosset Iturraspe, pues en alguna oportunidad lo he escuchado pronunciarse en sentido coincidente- que todos los juristas argentinos debemos aunar nuestros esfuerzos, y trabajar juntos por lograr para el futuro de nuestro país el mejor Derecho, en lugar de apresurarnos en pos de la aprobación de nuestro proyecto, antes que el proyecto de los otros. No se trata de enfrentar el proyecto de la Cámara de Diputados con el proyecto del Ministerio de Justicia, sino de dar una ley para el país, que se va a aplicar a todos, por lo que es indispensable trabajar de consuno para buscar las mejores soluciones. Me acongoja, insisto, en que estemos transitando el camino por carriles distintos, y que esto llegue a generar enfrentamientos que, lamentablemente, pueden tener una consecuencia frustrante: que no se apruebe ni uno ni otro proyecto. No desearía que eso ocurra. Preferiría que no prevalezca ni uno ni otro proyecto, sino que se logre amalgamarlos en uno solo, que reciba los mejores aspectos de uno y de otro, para obtener la reforma que el país necesita, con el aporte consciente de todos los que con sus conocimientos e inteligencia puedan hacer algo por el mejoramiento del Derecho argentino.

Pero la realidad es la que les describo: hay en este momento dos proyectos, uno elaborado en el seno de una Comisión designada por la H. Cámara de Diputados de la Nación, que integran como miembros -entre muchos otros- tanto Jorge Mosset Iturraspe como quien les habla. Pero debo reconocer que yo no he podido participar de manera activa, o sea que prácticamente no he realizado ningún aporte al proyecto del Congreso de la Nación. Soy, sin embargo, responsable por omisión de los defectos que haya, y no tengo derecho a compartir sus virtudes, pues en nada he contribuido a ellas. Frente a eso, en el ámbito del Ministerio de Justicia ha trabajado otra Comisión (10), que ha elaborado un proyecto sustancialmente diferente, hasta en su filosofía, aunque se encuentren soluciones coincidentes en muchos puntos. ¿Por qué digo que la filosofía de los proyectos es sustancialmente distinta? Porque el elaborado por la Comisión designada por la Cámara de Diputados, publicado en el Orden del Día 1322, sigue la línea de pensamiento que inspiró el Proyecto de Reforma de 1987 y se estructura sobre la base de la derogación del Código de Comercio, y retoques al Código Civil, pero manteniendo la estructura del viejo Código hasta en la numeración de los artículos, tocando sólo lo que se ha considerado indispensable, de manera que las reformas se integren dentro del cuerpo legal actualmente vigente. El intento podrá ser más o menos feliz, pero es destacable que su filosofía tiende a "poner al día al Código", respetando su estructura metodológica y su fisonomía. Ya he dicho que ésta fue la metodología de trabajo adoptada en 1987 por la Comisión que elaboró el Proyecto que fuera vetado por el Poder Ejecutivo, que expresaba en sus Notas Explicativas:

"El método elegido para la unificación del derecho privado fue:

1. Independizar del Código de Comercio la legislación que le estaba incorporada.
2. Modificar el Código Civil de modo que supla la derogación del Código de Comercio, y modernizar algunos de sus contenidos.
3. Modificar ciertas leyes especiales para adecuarlas a la nueva situación.
4. Derogar el Código de Comercio".

En cambio, si analizamos el Proyecto de Reformas elaborado por la Comisión designada por el Ministerio de Justicia, advertiremos sin dificultad que persigue como propósito la sustitución total del Código Civil. En efecto, vemos que se ha incorporado al Libro

Primero una Sección Tercera, destinada a legislar el régimen patrimonial del matrimonio; se ha remodelado totalmente el Libro Segundo, dando nueva redacción y numeración a todas sus normas; se ha sustituido también de manera íntegra la Sección Tercera del Libro Cuarto, que trata de la prescripción, incluyendo previsiones sobre caducidad de los derechos... Es decir, se realizan cambios estructurales, que afectan no sólo los contenidos, sino también la organización metodológica de las materias, y el lenguaje normativo, actitud que solamente se justifica si se persigue el propósito de encarar luego una reforma similar de los restantes libros del Código. No digo que esto sea malo; al contrario, puede ser el camino más correcto en este momento de la vida jurídica de nuestro país. Hace pocos días en Rosario, en un encuentro de Abogados Civilistas, he escuchado a alguno de los miembros de la Comisión reformadora del Ministerio de Justicia afirmar con énfasis que no son admisibles más reformas de "parche", y que debe realizarse una reforma orgánica e integral del Código. En realidad, si el Congreso se redujese a dar sanción a lo que hasta ahora ha elaborado esa Comisión, se trataría también de una reforma de "parche", pero no de "pequeños parches", sino de un "gran parche". Insisto, el Proyecto del Poder Ejecutivo sustituye íntegramente el Libro Segundo del Código y una Sección del Libro Cuarto, agregando otra al Libro Primero. Esta metodología de trabajo, aun que no se lo diga de manera expresa, responde a una concepción que impulsa el reemplazo total del Código vigente, por etapas, en una tarea de proyección escalonada, que debería cumplirse de manera similar a lo que Meijeers proyectó para Holanda, sin llegar a concluirlo personalmente, pero que ha sido proseguido por otros juristas y hoy -después de treinta años de trabajo- se ha completado: se han ido sustituyendo uno tras otro los distintos libros, para integrar un nuevo Código. Quizás el único defecto que tenga el empleo de este método por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo es el no enunciarlo claramente, porque en Holanda cuando se optó por este camino se lo hizo a conciencia y todos estaban advertidos que cada libro que se confeccionaba tendía a la unidad futura de un nuevo Código. En nuestro país esto no se ha dicho, sino que parece subyacer en el pensamiento íntimo de los integrantes de la Comisión, pero quien profundice en la filosofía que inspira su actuar no puede dejar de advertir esta realidad, ya que la forma en que se ha procedido a la sustitución total del Libro Segundo sólo puede tener sentido si lo que se pretende es realizar un nuevo Código. Insisto en que, para mí, esto no sería un defecto, si se expusiese claramente el proyecto de manera que todos los juristas argentinos tuviesen clara la meta que se persigue, y ello les permitiese aunar sus esfuerzos tras un objetivo común. En octubre del año 1989 el Proyecto de 1987 se encontraba en el "limbo", ya que luego de su aprobación por la Cámara de Diputados, y la designación por el H. Senado de una Comisión encargada de estudiarlo, se habían suspendido las tareas de la Comisión, por una decisión política del senador Alberto Rodríguez Saa, que no tenía interés en que se estudiase y aprobara el Proyecto. Tuve oportunidad entonces de conversar con el actual Presidente Provisorio del Senado, Eduardo Menem, para preguntarle si existía intención de seguir adelante seriamente con el estudio del Proyecto, porque de lo contrario sería perder el tiempo. Me comentó entonces que había estado conversando sobre el tema con Eduardo Zannoni, quien pensaba que lo conveniente era reformar íntegramente el Código Civil. Respondí: -Bueno; es una idea válida. Pero para hacerlo hay que trabajar seriamente, con la firme decisión política de llevar adelante la reforma, y un estudio a fondo de los problemas. Deben plantearse previamente, por vía de una Ley de Bases, las líneas estructurales del nuevo Código, en lugar de dejarlas en las manos, por más expertas que sean, de un solo técnico, que seguirá sus impulsos personales, sin satisfacer quizás lo que es el interés mayoritario, o la creencia generalizada -nunca pensemos en unanimidades- del pensamiento jurídico del país.

Eduardo Zannoni, que integra la Comisión designada por el Poder Ejecutivo, es partidario de la reforma total del Código Civil. En conocimiento de este hecho, y frente a la metodología elegida por ese Proyecto, extraigo la conclusión de que se trata simplemente de un paso hacia la reforma total, y en buena hora que así lo sea. Pero es menester que se tenga conciencia de ello, que se lo diga claramente, y que se definan previamente las líneas generales de esa reforma. Pido disculpas por haberme extendido en estos problemas introductorios, pero he estimado conveniente referirme a ellos para una mejor comprensión de las reformas que se proyectan.

#### **IV.- El daño moral en el Proyecto de la Cámara de Diputados.**

##### **a) El art. 522.**

Ocupémonos ahora de la forma en que se han plasmado las modificaciones propuestas en cada uno de los dos proyectos. En el de la Cámara de Diputados encontraremos retoques sustanciales a cuatro artículos: el 522, en la parte de obligaciones en general, y los artículos 1068, 1078 y 1099. Veamos que disponen cada una de estas normas y como justifican los cambios propuestos, los integrantes de la Comisión designada por la Cámara de Diputados. En el art. 522 encontramos una modificación y un agregado; procuremos analizar ambos. El primer párrafo, de manera escueta y genérica, expresa: "La indemnización comprende el daño moral". Se reemplaza de esta manera a la norma vigente que se refiere a la "responsabilidad contractual", utiliza el verbo "podrá", y no habla de "daño moral", sino de "agravio" (11). En el mensaje con que se acompaña el Proyecto encontramos algunas referencias a estos problemas, cuando nos dice: "El artículo 522 reproduce a la letra el texto que con el mismo número incluía el Proyecto de Código Único de 1987..." En rigor de verdad el mensaje debería decir: "El primer párrafo del nuevo texto del artículo 522, etc...", ya que luego se incluye un importante agregado que no se encuentra ni en la ley vigente, ni en el Proyecto de 1987. La redacción genérica que se da a ese párrafo, sin referencia alguna a la responsabilidad contractual, de manera que englobe tanto los actos ilícitos como los incumplimientos contractuales, es consecuencia del intento de unificar ambos ámbitos de responsabilidad y para justificar las modificaciones que ese primer párrafo introduce a la legislación en vigor, se explica en el mensaje: " ... De tal suerte se supera la discusión doctrinal que existió sobre todo en los primeros tiempos de vigencia del artículo 522 introducido por la ley 17.711, en tanto en cuanto en éste se dice que el juez "podrá" condenar al responsable a la reparación del "agravio moral" que hubiese causado. Parte de la doctrina sostuvo que existían diferencias entre la órbita contractual y la extracontractual a la hora de establecer el resarcimiento del daño moral, pues la dicción textual del artículo 522 -al utilizarse el giro "podrá"- consagraría una facultad o una potestad judicial para conceder la indemnización, a diferencia del carácter imperativo que tendría para los magistrados la norma del art. 1078" (12). En realidad este aspecto de la norma no es el más novedoso, ya que el <proyecto de 1987 le daba a ese primer párrafo la misma redacción, y el mensaje se reduce a comentar esa modificación, sin hacer mención a lo más importante, que es el agregado que introduce el segundo párrafo del texto que se propone para el art. 522: "En los casos de daños moral y patrimonial, causados por infracciones contractuales, será de aplicación la facultad morigeradora consagrada en el art. 1069". Estimamos que la interpretación de este agregado no ofrece mayores dificultades, ya que se limita a incorporar al texto legal algo que tanto doctrina como jurisprudencia aceptaban sin mayor discusión, es decir que la facultad morigeradora del juez no se limitaba al campo de las obligaciones nacidas de un acto ilícito, sino que también podía aplicarse en las hipótesis de incumplimientos contractuales (13).

## **b) Artículos 1068 y 1078.**

El artículo 1068 brinda de manera genérica el concepto de daño, comprendiendo tanto al material como al moral: "Art. 1068.- Hay daño cuando se lesione un interés ajeno, protegido por el ordenamiento jurídico, de naturaleza mora o material".

En realidad lo que se caracteriza aquí es el "daño resarcible", limitándolo a los casos en que el interés lesionado es "ajeno", ya que también hay verdadero perjuicio en los casos en que el interés lesionado es el propio, pero no genera un problema jurídico de reparación (14). Veamos cómo justifica la Comisión, en su informe, las modificaciones que propone a esta norma:

"El art. 1068 reemplaza al poco feliz texto actual -conectado con los artículos 519 y 1069, 1ª parte, no menos desacertados-, y aborda de forma directa el concepto de daño, a cuyo fin opta por proponer la tesis que entiende que es tal (es decir, que es daño), la lesión a intereses (15). Y especifica, por supuesto, que éstos para ser configurantes del concepto definido, deben estar amparados por el ordenamiento jurídico. ... "

El art. 1078 del Proyecto es más específico y dispone, en materia de actos ilícitos, que la obligación de resarcir los perjuicios que ellos han ocasionado comprende el daño moral:

"Art. 1078.- La obligación de resarcir los perjuicios causados por los actos ilícitos comprende el daño moral. ..."

A continuación la norma varía en algo el alcance de la legitimación para reclamar por daño moral, precisando quienes pueden hacerlo. Dice al respecto:

" ... La acción de indemnización del daño moral competirá al damnificado directo, y en vida de éste a sus padres, hijos y cónyuge. Si del hecho sobreviene la muerte de la víctima, tendrán acción sus ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos".

Entiende, pues, que a raíz del hecho ilícito además del damnificado directo pueden haber sufrido un daño moral resarcible los hijos, cónyuge y padres, y por ende gozarán de acción independiente para reclamar ese perjuicio, lo que equivale a considerarlos "damnificados directos" con respecto al daño moral. La redacción dada a esta norma no es quizás muy feliz, ya que al legitimar para accionar por daño moral de manera directa a los padres, hijos y cónyuge de quien sufrió un daño personal, lo hace sobre la base de que ellos han sufrido un daño moral "directo", aunque no hayan sufrido daño en sus personas. En definitiva, la norma está consagrando el principio de que el daño infligido a un sujeto en "su persona", le ocasiona tanto a él, como a los allegados que enumera, un daño moral. Se procura precisar la repercusión que puede tener un hecho dañoso en materia de "daño moral", restringiendo la esfera de los posibles damnificados, que en un caso -cuando la víctima está viva- alcanza al cónyuge y a quienes son parientes consanguíneos en primer grado (padres e hijos), y en otra hipótesis -cuando el hecho dañoso ha producido la muerte del sujeto- además del cónyuge alcanzará a todos los ascendientes y descendientes (parientes en línea recta), y también a sus hermanos, es decir los parientes consanguíneos colaterales en segundo grado. ¿Qué dice el informe sobre el texto propuesto? Se ha extendido largamente sobre el punto, procurando ilustrar las razones que justifican la solución que adopta. Comienza expresando:

"El artículo 1078 proyectado mantiene en el primer párrafo el resarcimiento amplio del daño moral que surge del texto actual. Y además, introduce en un segundo párrafo una ampliación de la legitimación para pretender tal perjuicio. Cabe destacar que la susodicha ampliación fue reclamada con insistencia por la doctrina, con minúsculas excepciones, primordialmente en los últimos tiempos. ..."

A continuación recuerda que la Comisión debió enfrentar una encrucijada, o permitir que cualquiera -pariente o no pariente del sujeto que sufrió un daño personal- estuviese legitimado para reclamar el daño moral que ese ilícito le ocasionaba, o "establecer límites" a esa facultad de reclamar. Y continúa diciendo:

" ... Es interesante remarcar que las opiniones de los autores especializados, vertidas en trabajos y en congresos y jornadas científicas, pese a coincidir en la necesidad de acrecentar el número de legitimados, no siempre fueron precisas a la hora de establecer en concreto los alcances o toques de la legitimación. ..."

Consideró, pues, la Comisión que debía actuar con prudencia, evitando que la ampliación excesiva de la legitimación provocara una "catarata de damnificados", razón por la cual se inclinó a establecer los límites que hemos reseñado más arriba, y reemplazar la expresión genérica actual de "herederos forzosos", por la específica de "ascendientes, descendientes y cónyuges". Se recuerda en el Informe que la expresión "herederos forzosos" había creado cierta confusión, pues si bien la opinión dominante estimaba que hacía referencia a los herederos "potenciales" y no a los que lo fuesen efectivamente al tiempo del llamamiento hereditario, "una minoría había sostenido lo contrario, confundiendo sin duda problemas de sucesión hereditaria con reparación de daños". Concluye la Comisión su extenso comentario afirmando:

"De todos modos, la cuestión debe aclararse en una reforma legislativa, no sólo por la incidencia que los diversos miramientos pueden tener cuando se establece quién está legitimado para pretender en un caso concreto, sino también debido a que el cónyuge no es heredero cuando concurre a la herencia con descendientes y los bienes son gananciales, a menos que se recurra a la figura del heres sine re...".

En definitiva, para evitar cualquier confusión y eliminar posibilidades de discusión, el Proyecto enumera de manera precisa las personas legitimadas para reclamar por "daño moral".

### **c) Artículo 1099.**

Finalmente, en vinculación con el tema que nos ocupa, el Proyecto de Diputados reforma también el art. 1099, que contempla la hipótesis en que si bien el hecho no ha provocado la muerte de la víctima, el sujeto fallece antes de haber deducido la acción:

"Art. 1099.- La acción para reclamar el daño moral cuando no ha sido deducida por el causante no pasa a los herederos, salvo que se demuestre que aquél estaba imposibilitado para accionar".

Como bien señala la Comisión en su Informe resulta indispensable modificar el viejo texto del art. 1099 ya que a partir de la amplitud que la ley 17.711 otorgó a la indemnización del daño moral, las previsiones de esa norma redactada por Vélez habían quedado desactualizadas. A la Comisión se le planteó entonces la disyuntiva de mantener la idea central que inspiraba a la norma, que impide el ejercicio de la acción cuando no fue ejercitada en vida por la víctima -que a nuestro criterio es la solución más correcta- o "autorizar el traspaso de esa acción a los herederos sin cortapisas". El problema fue motivo de arduas discusiones y se convino, finalmente en adoptar una solución que, manteniendo la regla general de la no transmisibilidad de la acción, admite sin embargo como excepción el caso en que el damnificado "estuvo imposibilitado para realizar el reclamo". La opinión de la mayoría de la Comisión se ve reflejada en su Informe, cuando sostiene:

"Esta excepción a la directriz básica es altamente valiosa, dado que contribuye en alguna medida a atenuar el riguroso personalismo de la pretensión por el daño al espíritu -mero resabio histórico-, en correspondencia con el carácter resarcitorio (y no punitivo que tiene el susodicho perjuicio)".

#### **V.- El daño moral en el Proyecto del Poder Ejecutivo.**

Las reformas introducidas por la Comisión que trabajó en el ámbito del Ministerio de Justicia son mucho más profundas ya que -como dijimos- ese Proyecto pretende reelaborar toda la estructura del Código.

Como el Proyecto del Ejecutivo incursiona sobre temas que exceden ampliamente el problema de la Unificación del Derecho Privado, como el régimen patrimonial del matrimonio, encontraremos allí una norma que se expresa que el las indemnizaciones por daño moral tienen el carácter de bien propio; además, se pronuncia sobre problemas que dividen a nuestra doctrina y jurisprudencia, inclinándose por una de las posturas en pugna, como sucede cuando niega la posibilidad de que las personas jurídicas se vean afectadas por un daño moral y reclamen su resarcimiento. Nos ocuparemos primero brevemente de estos dos aspectos.

##### **a) La indemnización por daño moral: bien propio.**

Ya hemos dicho que el Proyecto del Poder Ejecutivo incorpora al Libro Primero del Código una Sección Tercera, que consta de dos Títulos; el segundo de ellos, que comprende los artículos 514 a 571, está dedicado al Régimen de la Comunidad, y el primero de los artículos de su Capítulo II, el art. 515, determina cuáles son los bienes propios de cada uno de los cónyuges, en una larga enumeración que consta de 17 incisos. Entre esos bienes propios se incluye, en el inciso 14, a:

"Las indemnizaciones por daño moral y por daño físico causado a la persona del cónyuge, excepto la del lucro cesante correspondiente a ingresos que habrían sido gananciales".

Cabe destacar que algunos de los miembros de la Comisión designada por el Poder Ejecutivo (Belluscio y Le Pera), elaboraron algunas disidencias o salvedades. En las salvedades formuladas por Belluscio encontramos la misma previsión como inciso 14 del art. 511. Tanto el Proyecto de la Comisión, como las salvedades de Belluscio, citan las fuentes en que se ha inspirado esta norma, mencionando al Código civil francés (art. 1404)

(16), al Código belga (art. 1401, inciso 3) (17), y al Código de Quebec (art. 485) (18), acotando que han sido "completados". Al ocuparnos de este tema dijimos que "no habíamos tenido tiempo de corroborar las fuentes citadas por el Proyecto, para determinar si las tres se referían a hipótesis de indemnización de daño moral, o si trataban del daño físico causado a la persona del cónyuge, ya que no nos resultaba suficientemente clara y comprensible la redacción dada a la norma. Al estudiar luego el tema advertimos que los Códigos de Francia y Bélgica se refieren globalmente a las indemnizaciones por daño "corporal o moral", sentando la regla general de que son bienes propios. En el anterior Código de Quebec -que es el único que hemos podido consultar- el problema de los bienes propios se regulaba en los arts. 1266 e, hasta el 1266 n, y de ellos el que se vinculaba con el carácter de bien propio de las indemnizaciones es el 1266 i, que no mencionaba expresamente el daño moral, sino que hablaba de "injurias, daños personales o heridas corporales" (19).

Debo confesar que no me parece muy feliz la redacción del mentado inciso 14, pues en lugar de referirse como propio a las indemnizaciones por cualquier daño moral o físico que la persona haya sufrido, parece reducir la hipótesis a casos en que esos daños se han causado ¡a la persona del cónyuge!

Adviertan que si se trata de un daño físico ocasionado a la persona del cónyuge, será éste quien tenga legitimación de manera directa, salvo que haya muerto, y si hubiese muerto: ¿qué sentido tiene calificar la indemnización de propia? ¿Frente a quien se efectuará esta calificación, si ya no existe sociedad conyugal? La redacción que se ha dado a la norma propuesta ¿significa que se ha apartado deliberadamente de las fuentes que menciona? ¿Trata acaso de contemplar un supuesto de hecho distinto? ¿Qué calificación merecerán las indemnizaciones por daño moral cuando no provengan de daños causados a la persona del otro cónyuge, sino a él mismo? Sin afán de crítica resulta oportuno señalar lo difícil que es redactar normas claras, de significado unívoco y que describan con precisión el supuesto de hecho que en ellas se contempla.

#### **b) El daño moral y la intimidad personal.**

Merece destacarse muy especialmente la proposición que se formula de incorporar un nuevo Título a la Sección Primera del Libro Primero, que se ocuparía de los Derechos de la personalidad (20), problema que ningún Código moderno descuida, como lo podemos apreciar en el excelente Código peruano de 1984 que, sobre la base de una ponencia de Carlos Fernández Sessarego ha tratado especialmente estos problemas.

La primera norma contenida en este Título VIII es el art. 110, que expresa:

"Las personas de existencia visible, afectadas en sus derechos a la intimidad personal y familiar y al respeto de su honra o reputación podrán reclamar la reparación de los daños sufridos".

En realidad esta norma se refiere a daños que tradicionalmente la doctrina ha incluido dentro del denominado "daño moral". Vemos así que Brebbia, en su clásica obra sobre "Daño moral", en el Capítulo dedicado a clasificar esta categoría de perjuicios (21), menciona los ataques al honor (22), al nombre (23), y los producidos por violación del derecho de intimidad (24). Sin embargo no la consideramos redundante, sino que -como decíamos más arriba- refleja una tendencia de la codificación contemporánea, que se preocupa especialmente de los derechos de la personalidad, hecho que podemos corroborar si consultamos los últimos Códigos civiles iberoamericanos (25).

Creemos conveniente reproducir la Nota con que la Comisión ilustra el art. 110 de su proyecto:

"El artículo trata del derecho a la intimidad, el que se reconoce en favor de toda persona física, tal cual lo ha entendido la doctrina nacional, y ha tenido reflejo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación (in re "Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida", 12 diciembre 1984, L.L. 1985 - B - 121). Siguiendo los criterios de la doctrina nacional tejida alrededor del art. 1071 bis del Código Civil, se elimina el requisito de que el hecho no sea un delito del derecho criminal, la mención de la arbitrariedad y la alusión a la equidad como pauta de determinación de la indemnización. Asimismo, siguiendo una de las corrientes del derecho comparado, se elimina también la enumeración de ciertos actos que pueden ser considerados atentatorios de la intimidad (Cod. Civil francés, art. 9; Cod. Civil suizo, art. 28). Seguidamente la norma se ha referido a la protección del honor, para lo cual ha utilizado la fórmula del art. 11, inc. 2, in fine, de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, absteniéndose también de definir qué se entiende por honra".

Entendemos que en manera alguna la Comisión ha pretendido restringir la indemnización del daño moral, cuando se atenta contra derechos de la personalidad, a las hipótesis de ataques contra la honra y la intimidad... Siempre serán aplicables las disposiciones genéricas de los artículos 1565, 1567 y 1571 del Proyecto, a los que nos hemos de referir más adelante. El propósito que inspira a la Comisión, sin duda, ha sido acentuar esta hipótesis por la frecuencia que ha adquirido, y la difusión masiva del hecho dañoso en los "medios" publicitarios, por lo que incluye previsiones complementarias en el art. 116 del Proyecto (26). Se advierte sí, una limitación importante: por tratarse de derechos de la "personalidad", se ha entendido que sólo gozan de ellos "las personas de existencia visible". Quedan excluidas las "personas jurídicas" que, sin duda, no tienen "intimidad familiar", y quizás tampoco personal ni pueda hablarse de su "honra", pero, cabe preguntarse: ¿Esos entes de ficción, que a veces cumplen finalidades altruistas de gran beneficio para la sociedad, no poseen acaso "reputación"? Nos ocuparemos de este problema en el próximo punto.

### **c) El daño moral y las personas jurídicas.**

La posición restrictiva adoptada en materia de "derechos personalísimos" concuerda con la solución que de manera general consagra el art. 1596 del Proyecto, negando legitimación para reclamar cualquier "daño moral" a las personas jurídicas:

"Art. 1596.- La acción por indemnización del daño moral compete a la persona física que lo ha sufrido. ...".

Señalemos de paso que en el art. 110 se hablaba de "personas de existencia visible", y aquí se alude a "personas físicas". Podemos considerar que se trata de expresiones sinónimas. En la siempre difícil tarea de dar normas que rijan la vida jurídica futura, el legislador enfrenta a menudo problemas que dividen a la doctrina y puede optar por dos caminos: guardar silencio, dejando que la jurisprudencia resuelva el conflicto, cuando se plantee, o zanjar el diferendo optando por una de las posiciones en pugna. Cualquiera sea el camino que adopte, siempre recibirá críticas: en un caso por no haber resuelto el problema; en el otro, de parte de aquellos que sustentan una posición contraria a la que adoptó.

Además corre el riesgo de que el camino adoptado, con el transcurso del tiempo se convierta en una traba para la correcta evolución de las ideas, como le sucedió a Vélez Sársfield, precisamente en materia de "daño moral", cuando limitó su resarcimiento a los "delitos del derecho criminal".

La Comisión del Ejecutivo, al negar acción por daño moral a las personas jurídicas, punto que divide a la doctrina nacional(27) y extranjera(28), se inclina implícitamente por una concepción del daño moral que se reduce a la existencia de "dolor" o "sentimientos heridos", mientras que nosotros estimamos que el llamado "daño moral" comprende todo menoscabo a derechos subjetivos que, pese a su carencia de contenido patrimonial, son dignos de tutela jurídica (29).

Es cierto que, como decíamos más arriba, no se concibe que una persona jurídica pueda ser titular del derecho de "intimidación familiar", pero la persona jurídica tiene derecho a su "nombre", a la "reputación" e incluso, en sentido lato, a la "honra". Según las actividades que desempeñe tendrá derecho también a que se proteja el "secreto profesional".

Si alguien atenta contra estos "intereses", para utilizar el léxico que emplean ambos Proyectos, debe resarcir el daño que causa, aunque ese perjuicio carezca de contenido patrimonial, y aunque el damnificado no sea una persona física, sino una persona jurídica.

Quienes sólo reconocen una indemnización cuando el ataque al nombre, la reputación o el secreto profesional de la persona jurídica se ha traducido, además, en un perjuicio económico -disminución de ingresos, pérdida de clientela, etc.- tienen un concepto excesivamente "economicista" de las personas jurídicas, y parecen olvidar que muchos de estos entes no persiguen en manera alguna fines de lucro. Resulta paradójico advertir que si se ataca el "buen nombre" de una sociedad comercial, ella puede lograr una indemnización aduciendo la pérdida de ingresos, y que si se mancha la reputación de una entidad como la "Cruz Roja", como ese ataque no se traduce en pérdida de ingresos, o de clientela, no obtenga ninguna reparación y el autor del hecho ilícito pueda liberarse de toda responsabilidad.

Debe tenerse muy en cuenta que numerosas personas jurídicas son asociaciones sin fines de lucro (clubes deportivos, por ejemplo), o -más aún- fundaciones que persiguen exclusivamente el cumplimiento de finalidades de bien público, como la instituida por Nobel para premiar las más elevadas manifestaciones de la ciencia y el arte. Aunque sean "personas ideales", el derecho les reconoce "su nombre", y una esfera de actuación digna de protección (30). Por ello nos preguntamos: ¿es correcto que se niegue acción a las personas jurídicas para reclamar la indemnización del daño que provocan esos atentados? Item más: el proyecto, en su art. 116, reconoce a las personas físicas la facultad de reclamar el cese de esos ataques, y yo pregunto: aunque las acciones previstas en esa norma están concebidas para las personas físicas, ¿podrá negarse a una persona jurídica la facultad de solicitar que cese el ataque que afecta su nombre, honra o reputación? ¿Podrá sostenerse que carece de derecho para solicitar y lograr que se efectúen publicaciones aclaratorias, a costa del ofensor? Dejo pendientes estos interrogantes, con la esperanza de que los miembros de la Comisión redactora del Proyecto puedan contestarlos.

#### **d) El concepto de daño.**

Efectuaré previamente una breve digresión sobre el Plan de materias del Proyecto del Ejecutivo que, como hemos dicho, reformula totalmente el Libro Segundo del Código. Se destina la Sección Tercera del mencionado libro a las fuentes de las obligaciones, y se la divide en cuatro partes. La última, integrada por tres títulos, regula los problemas de responsabilidad civil, con fórmulas aplicables tanto al ámbito contractual, como al

extracontractual, expresando que "los principios que subyacen en la regulación proyectada" se inspiran en "la unidad del fenómeno resarcitorio", propiciada ya por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil (31) reunido en Córdoba en 1961, principio que, como recuerdan los miembros de la Comisión, ha sido reiterado en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 1971), y en las Duodécimas (Bariloche, 1989), como también en las Jornadas Australes de Derecho (Comodoro Rivadavia, 1980), en las Segundas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil (Junín, 1986), y en las Terceras Jornadas de Derecho Civil y Comercial de La Pampa (Santa Rosa, 1991). Dentro del Título Primero de esta Sección, el Capítulo IV (arts. 1565 a 1578), se ocupa específicamente del daño. El concepto que nos brinda en la primera de esas normas reconoce parcialmente como fuente el actual art. 1068 pero, al igual que el Proyecto de Diputados incorpora la noción de intereses, "conforme la posición doctrinal prevaleciente":

"Art. 1565.- Existe daño siempre que se cause a otro algún perjuicio a su persona, a su patrimonio o a sus intereses no reprobados por la ley. Es indemnizable el daño cierto y personal del damnificado".

Un poco más adelante el art. 1567 aclara que "la indemnización comprende el daño material y el moral".

e) "Quantum" de la indemnización por daño moral.

El art. 1571 del Proyecto del Poder Ejecutivo, citando como antecedente las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (año 1984), y el Cuarto encuentro de Abogados Civilistas (Santa Fe, 1991), afirma que la indemnización por daño moral no debe vincularse con el daño material sufrido, y que el juez, para determinar el monto, debe tomar en consideración "la índole del hecho generador y demás circunstancias del caso" (32). Consideramos acertada la desvinculación del monto indemnizatorio respecto al daño material, pues pese a que éste último sea ínfimo, o no exista, el patrimonio moral de la víctima puede haber resultado seriamente menoscabado; y a la inversa, hay casos en que los daños materiales son cuantiosos y no existe ningún daño moral resarcible. Las otras "directivas" que se incorporan para apreciar el perjuicio son muy imprecisas, pero no le reprochamos a la Comisión esa vaguedad, pues las características mismas del daño moral, y la multiplicidad de hipótesis que abarca, tornan imposible brindar orientaciones más concretas. Sin hacer referencia especial para el daño moral, y con carácter abarcador de cualquier tipo de perjuicios, el art. 1572 concede al magistrado la facultad de atenuar la indemnización "si fuere equitativo" (33), de manera que en definitiva la solución es coincidente con la propuesta por la Comisión de Diputados en el art. 522, como lo hemos visto más arriba.

#### **f) Personas legitimadas.**

Para concluir nos referiremos al art. 1596 que -como ya hemos visto- en su primer párrafo limita la legitimación activa para reclamar la indemnización por daño moral, concediéndola únicamente "a la persona física que lo ha sufrido", de manera que excluye a las personas jurídicas (34). A continuación se plantea el problema de que existan otras personas, distintas de la víctima, que puedan haber sufrido un daño moral como consecuencia del hecho y, a diferencia del Proyecto de Diputados que establece un límite objetivo, concediendo la acción de manera limitada a los parientes en primer grado, y al

cónyuge, se inclina por dejar en manos de los magistrados la facultad de establecer si procede o no indemnizar ese perjuicio. El texto propuesto nos dice:

" ... Los jueces valorarán la procedencia del resarcimiento del daño moral sufrido por otros damnificados distintos a la víctima. ..."

Se inclina de esta manera a recoger propuestas formuladas en el Segundo Congreso Internacional de Daños (Buenos Aires, 1991), y en las Jornadas de La Pampa, del mismo año, ampliando el elenco de personas legitimadas para reclamar "daño moral", sin poner límites precisos, difiriendo de esta manera a la jurisprudencia la tarea de establecer en cada caso concreto si el reclamo es o no procedente. A continuación, en el mismo párrafo del art. 1596, consagra la regla de que la acción es intransmisible y sólo pasa a los "sucesores universales del damnificado", cuando ya estaba interpuesta por éste antes de fallecer, en lo que coincide con el Proyecto de Diputados, pero no contiene la previsión que vimos incluye aquél, respecto a las hipótesis de "imposibilidad".

En principio, pues, si la víctima muere sin haber intentado la acción, está ya no puede ser ejercitada por sus herederos, con una sola excepción, que la muerte hubiese resultado del hecho dañoso, hipótesis en la que se admite con alguna amplitud el ejercicio de la acción, de acuerdo a lo previsto en el segundo párrafo del art. 1596.

Esta norma, al igual que la proyectada por Diputados, no habla de los "herederos" o "sucesores" del damnificado muerto, sino que especifica que las personas legitimadas son los "ascendientes, descendientes y cónyuge"; pero mientras en el Proyecto de Diputados a esa enumeración se agregan los "hermanos", el Proyecto del Ejecutivo en lugar de los hermanos incluye "a las personas que convivían con la víctima al tiempo del hecho".

Por una parte se reduce el círculo de los parientes legitimados; por otro se amplía la nómina incluyendo a los "convivientes", de forma amplia, incluso sin establecer el límite que ponen otras legislaciones, concediendo la acción a quienes se encontraba "alimentariamente" a cargo de la víctima. No se toma en cuenta ese vínculo, sino el hecho mismo de "convivir" cualquiera sea la razón de esa convivencia y exista o no parentesco entre la víctima y el "conviviente", sin que el vocablo se reduzca, tampoco, a las hipótesis en que se "hace vida en común", al margen de la institución matrimonial. Pareciera que la idea de los autores del Proyecto es conferir la acción a aquellas personas que, sean o no parientes y existan o no vínculos legales, se encuentran compartiendo con la víctima una relación de vida que podríamos denominar "cuasi-familiar", lo que haría presumir que su deceso, provocado por el hecho dañoso, les infiere un "daño moral", que se considera indemnizable.

## **VI.- Palabras finales.**

Razones de espacio y tiempo me impiden extenderme más. He procurado no criticar, ni alabar, las normas proyectadas, sino simplemente efectuar una primera búsqueda que nos ilustre sobre el estado de la cuestión en los dos Proyectos que en estos momentos están a consideración del Senado de la Nación, y permita luego -sobre la base de este conocimiento- buscar la armonización de los textos proyectados para, de esa manera, dar al país las normas que parezcan más adecuadas.

## **NOTAS**

1. Texto originario del Código: "Art. 1078.- 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 sus afecciones legítimas".

2. Lisandro SEGOVIA: "El Código civil de la República Argentina. Su explicación y crítica bajo la forma de notas", nueva edición, Buenos Aires, 1933, T. I, art. 1079, p. 307.

3. "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 sûreté personnelle ou dans la jouissance de son patrimoine, soit en la blessant dans des affections légitimes" (C. AUBRY y C. RAU, "Cours de Droit civil français", 4ª ed., París, 1871, T. IV, § 445, p. 748).

4. BREBBIA que, pese al tenor literal del viejo artículo 1078 ha luchado denodadamente por una interpretación amplia que permitiese indemnizar en todos los casos el daño moral, menciona como seguidores de la tesis restrictiva a Salvat, Orgaz, Cammarota, Aguiar, Imaz, Ovejero, Llambías, Rezzonico y Legón (ver "El daño moral", 2ª ed., Orbir, Rosario, 1967, p. 179, nota 310=).

5. Ver el Tema N° 8, y su consideración: "Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil", Imp. Universidad Nacional, Córdoba, 1962, T. II, p. 649 y ss., a partir de una ponencia de Roberto H. Brebbia. Hubo además dictámenes preliminares del propio Brebbia, Borda y los profesores de Córdoba: Edgard A. Ferreyra, Rolando Moroni Petit, y Enrique C. Banchio, y observaciones de Acdeel E. Salas y Jorge Joaquín Llambías.

6. La Recomendación N° 17 del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, aprobada el 14 de octubre de 1961, 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" (ver "Tercer Congreso...", T. II, p. 779).

7. "Art. 522 (ley 17.711).- En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado..."

8. Ya en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, septiembre de 1969), en el punto 3, de lege ferenda, de la ponencia de Jorge MOSSET ITURRASPE se propicia que se esclarezca el alcance del art. 522, que "parece acordar a los jueces una facultad discrecional... respecto a la indemnización del daño moral debidamente probado" (p. 362); mientras que María Antonia LEONFANTI, en su "dictamen preliminar", estima que "conviene que intervenga el criterio jurisprudencial", y que el daño moral "en materia contractual queda librado al juez, como lo dispone el art. 522" (p. 365). El punto dividió a la comisión. a punto tal que 11 de sus miembros proponían una modificación del art. 522, y otros 11 que se mantuviese (ver palabras de Guaglianone, p. 380), razón por la cual no se formuló despacho ni se discutió en el plenario. En las Jornadas Australes de Derecho (Comodoro Rivadavia, 1980), al tratar el tema "A": "Extensión del resarcimiento en la responsabilidad objetiva", al tratar el ámbito contractual se interpretó que "La extensión de la reparación en la responsabilidad objetiva debe abarcar el resarcimiento de todos los daños en relación de causalidad adecuada", y que "la indemnización o resarcimiento del daño moral procede en todos los casos, por aplicación del art. 522 del Código civil". Posteriormente, en las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1984), al tratar el Tema VI: "Daño moral", se recomendó mayoritariamente el reemplazo de "podrá" por "deberá". También en el Quinto Encuentro de Abogados Civilistas (Santa Fe, 1991) se sostuvo que "el vocablo podrá contenido en la fórmula del art. 522 del Código civil, no debe interpretarse en el sentido que queda librado incausadamente al arbitrio del magistrado acordar o no la indemnización por daño moral".

9. "Art. 522 (Proyecto de Unificación de 1987).- La indemnización comprende el daño moral".

10. La Comisión fue designada por decreto 468/92, y estuvo integrada por Augusto César Belluscio, Salvador Darío Bergel, Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci, Sergio Le Pera, Julio César Rivera, Federico Videla Escalada y Eduardo A. Zannoni.

11. "Art. 522 (texto ordenado por la ley 17.711).- 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".

12. En el Mensaje se agrega: "Es más, se dijo que en la esfera del contrato se acuerda al perjudicado una indemnización de "equidad", mientras que en la esfera del acto ilícito (aquiliano) se le reconoce una indemnización de "justicia". En los últimos años los juristas especializados en la materia -cuando menos en mayoría- restaron toda importancia a este afirmado distingo, emanado de una interpretación formalista del artículo 522 vigente en estos momentos, que contradice el sentido histórico y finalista de la ley. No obstante, y para despejar toda duda, se impone reformar el susodicho artículo 522 en el sentido propuesto".

13. La Comisión, en su Informe, realiza una breve referencia al art. 1069 del Proyecto, expresando que "reproduce la facultad moderadora de los jueces para atenuar las indemnizaciones, cuando el daño no sea atribuible al agente a título de dolo. Consecuentemente, deja inalterado el segundo párrafo del actual precepto". Y a ese segundo párrafo es al que remite el art. 522.

14. El Código de Vélez, con gran sabiduría, contempla casos en que el menoscabo causado en los bienes propios puede generar acciones de terceros, cuando con ese daño se crea la "posibilidad" de ocasionar perjuicio a intereses de terceros. Recordamos en este sentido lo dispuesto en materia de hipotecas en los artículos 3157 a 3159.

15. El Informe dirige un duro reproche a estas normas del Código, quizás justificado, pero debe destacarse que esos conceptos, aunque la doctrina los considere desacertados, no han impedido brindar justicia en los casos litigiosos. Por ello me limitaría a expresar el deseo de que la nueva formulación del concepto de daño, aunque pueda llegar a merecer críticas en el siglo venidero, tampoco constituya un obstáculo en la tarea de administrar justicia.

16. "Código civil francés: Art. 1404.- Forment des propres par leur nature, quand même ils auraient été acquis pendant le mariage, ... les actions en réparation d'un dommage corporel ou moral, ...". (Integran los propios por su naturaleza, aunque hayan sido adquiridos durante el matrimonio... las acciones de reparación de un daño corporal o moral...").

17. Como es sabido el Código belga sigue casi textualmente al Código Napoleón.

18. El art. 485 del Código de Quebec, citado por la Comisión, corresponde al Código de 1991. Lamentablemente nosotros contamos con una edición del año 1979, que corresponde al Código anterior, en la que esa norma se refiere a un problema de usufructo.

19. "Código de Quebec: Art. 1266 i.- Son également propres à l'époux les indemnités perçues après la célébration du mariage à titre de dommages-intérêts pour injures, torts personnels ou blessures corporelles, ainsi que le droit à ces indemnités et les actions qui en découlent". (Son igualmente propias de los esposos las indemnizaciones percibidas después de la celebración del matrimonio en carácter de daños y perjuicios por injurias, daños personales o heridas corporales, así como el derecho a estas indemnizaciones y las acciones que de ellas emanan).

20. Sería el Título VIII, y comprendería los artículos 110 a 125.

21. Roberto H. BREBBIA, "El daño moral", 2ª ed., Orbir, Rosario, 1967,

Cap. XII, p. 253 a 313.

22. Autor y obra citados en nota anterior, N° 131, p. 260. Nos dice allí que "la lesión o el menoscabo sufridos por una persona en su honor configura uno de los casos más típicos de agravio moral".

23. Brebbia, obra citada, N° 132, p. 265.

24. Brebbia, obra citada, N° 141, p. 297.

25. Citaremos en orden cronológico los siguientes Códigos: Portugal, de 1967, que dedica una Sección a los "derechos de la personalidad" (artículos 70 a 81), del cual destacamos el inciso 1 del art. 70, según el cual "la ley protege los individuos contra cualquier ofensa ilícita o amenaza de ofensa a su personalidad física o moral". Bolivia, de 1975, que trata el tema en el Capítulo III del primer título del Libro Primero (artículos 6 a 23), mencionando el derecho al honor (art. 17) y a la intimidad (art. 18), para culminar el Capítulo expresando que "los derechos de la personalidad son inviolables y cualquier hecho contra ellos confiere al damnificado la facultad de demandar el cese de ese hecho, aparte del resarcimiento por el daño material o moral" (art. 23). Perú, de 1984, que consagra el Título II (artículos 3 a 18), de la Sección Primera del Libro Primero, a los derechos de la persona, declarando que estos derechos son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión (art. 5), protegiendo la intimidad de la vida personal (art. 14), y concediendo acción para exigir la cesación de los actos lesivos, con responsabilidad solidaria para los autores (art. 17). 26. "Art. 116 (Proyecto del Ejecutivo).- Además de lo dispuesto por el art. 110, el damnificado por atentados contra su personalidad tiene derecho a:

1) Exigir que el atentado que ha comenzado a ser ejecutado cese inmediatamente, sin necesidad de acreditar culpa o dolo del autor.

2) Solicitar las publicaciones que le sean satisfactorias. En caso de fallecimiento del titular las acciones podrán ser continuadas por sus herederos."

27. El punto fue objeto de debate en las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil y dividió a los delegados. Jorge Mosset Iturraspe, que se cuenta entre los que niegan a las personas jurídicas indemnización por daño moral, menciona en apoyo de esta postura a Bueres, Trigo Represas, Orgaz, Pizarro, Zavala de González (ver "Responsabilidad por Daños - T. IV, Daño moral", Ediar, Buenos Aires, 1985, N° 76, p. 224).

Entre los que consideran que puede inferirse un daño moral resarcible a las personas jurídicas se cuentan Brebbia, Goldenberg, Banchio, Vallespinos y el autor de estas líneas.

En especial nos parece conveniente consultar sobre este punto la colaboración de Brebbia en el libro Homenaje a Morello, titulada "La persona jurídica como sujeto pasivo del agravio moral" (ver "Temas de Responsabilidad Civil", La Plata, 1981, p. 55 y ss.).

28. Mosset Iturraspe, en la obra citada en la nota precedente, reconoce que la mayor parte de la doctrina francesa "es ampliamente favorable al reconocimiento de esta posibilidad a los entes ideales" (p. 227), citando en tal sentido a los Mazeaud, Savatier, Lalou, Givord y Carbonnier. Es también la opinión predominante en la doctrina italiana, con la excepción de Scognamiglio, a cuyas ideas adhiere Mosset Iturraspe (p. 228). En la doctrina española Rafael ALVAREZ VIGARAY sostiene que "pueden causarse daños morales a las personas jurídicas" (ver "La responsabilidad por daño moral", A.D.C., 1966 - I, p. 83).

29. Conf. Rafael Alvarez Vigaray, quien nos dice: "... el concepto de daños morales no debe reducirse solamente a los dolores o sufrimientos injustamente ocasionados, sino que en él ha de incluirse todo perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona (salud, libertad, hon estidad, honor, etc.) o de sus sentimientos y afectos más elevados" (ver "La responsabilidad por daño moral", A.D.C., 1966 - I, p. 85).

30. Hemos expuesto nuestra opinión en un comentario a fallo titulado: Daño moral y personas jurídicas", publicado en Zeus-Córdoba, T. 4, año 1985, p. 134.

31.- El punto 1 de la Recomendación N° 14 de dicho certamen científico, aprobada el 14 de octubre de 1961, expresa: "La reparación ha de sancionarse según fórmula integral y unificada, aplicable tanto a la responsabilidad contractual, cualquiera sea la naturaleza de la prestación, como a la extracontractual, sea que los hechos configuren o no delitos del derecho criminal" (ver "Tercer Congreso... ", Imp. Univ. Nac., Córdoba, 1962, T. II, p. 778).

32.- "Art. 1571 (Proyecto del Poder Ejecutivo).- El juez debe determinar el monto del daño moral con independencia del daño material sufrido, tomando en consideración la índole del hecho generador y demás circunstancias del caso".

33. "Art. 1572 (Proyecto del Poder Ejecutivo).- El juez podrá considerar la situación patrimonial del deudor, atenuando la indemnización si fuese equitativo; esta facultad no será aplicable si el daño fuere imputable a dolo o malicia del responsable".

34. Reproduciremos íntegramente en esta nota el texto del artículo 1596, cuyos distintos dispositivos deben ser analizados fraccionadamente: "Art. 1596 (Proyecto del Poder Ejecutivo).- La acción por indemnización del daño moral compete a la persona física que lo ha sufrido. Los jueces valorarán la procedencia del resarcimiento del daño moral sufrido por otros damnificados distintos a la víctima. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del damnificado si fue interpuesta por éste. Si del hecho dañoso hubiese resultado la muerte de la víctima, están legitimados el cónyuge, los descendientes, los ascendientes y las personas que convivían con ella al tiempo del hecho".