

## DAÑO MORAL. LEGITIMACIÓN ACTIVA ✓

*Milena Ballatore\**

*María Cecilia Primo Carbel\**

*Sumario:* I. Introducción. II. Concepto de daño moral. III. Planteamiento del problema. Análisis de la normativa legal (art. 1078, CC). IV. Clasificación de los damnificados. V. Significación de la locución "heredero forzoso": A. El concepto de "heredero"; B. Aplicabilidad del criterio sucesorio a la cuestión del daño moral. VI. Legitimación activa en caso de muerte del damnificado directo. Análisis de casos particulares: A. Legitimación activa por daño moral de los descendientes; B. Legitimación activa por daño moral de los ascendientes; C. Legitimación activa por daño moral del cónyuge; D. Personas sin derecho a obtener reparación del daño moral en el caso de homicidio. VII. Consecuencias que genera la legitimación activa exclusiva del damnificado directo cuando media supervivencia: A. La regla general establecida por el art. 1078; B. Legitimación activa por daño moral del marido y de los padres por las injurias hechas a la mujer y a los hijos. VIII. Necesidad de una reforma en materia de legitimados activos por daño moral: A. Doctrina; B. La cuestión en jornadas y congresos; C. Los recientes proyectos de reforma al derecho privado argentino. IX. Conclusión: A. Legislación actual; B. Propuestas de reformas.

### I. Introducción

La cuestión de dilucidar quiénes son los legitimados para accionar por el daño moral sufrido, lejos de estar resuelta, plantea aún serias discusiones en el ámbito del derecho argentino.

---

\* Ayudantes alumnas de la Cátedra de Derecho Civil I, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Profesora titular: Amara Bittar de Duralde.

El constante cambio que experimenta la sociedad en sus valoraciones hace que este problema deba ser considerado dentro del plano jurídico general, para luego dilucidarse en el caso concreto.

Partimos de la tesis receptada por la mayor parte de la doctrina, que considera que el daño moral no se identifica con la lesión a un derecho extrapatrimonial, sino que es la consecuencia perjudicial o el menoscabo que se desprende de la aludida lesión; es decir que a la esencia del daño la encontramos en la repercusión que produce la acción lesiva.

A más de esta aclaración, no nos detendremos en lo que a cuestiones preliminares se refiere, sino que aportaremos un concepto de daño moral con su respectivo análisis, para luego introducirnos en el tema que nos atañe: *la legitimación activa por daño moral*.

En primer lugar plantearemos el problema, y luego analizaremos la normativa legal en el contexto jurídico, tanto en el supuesto de muerte como en el de supervivencia de la víctima de la acción lesiva, deteniéndonos en los casos particulares y en las distintas corrientes doctrinarias, delimitando su alcance y extensión.

Concluido el análisis del tema, y tomando como base los distintos proyectos, consideraremos la necesidad de reformar algunos de los casos previstos por la ley.

## II. Concepto de daño moral

Siguiendo a Pizarro y Zavala de González, que brindan un concepto aceptado por la mayoría de nuestros autores, podemos decir que el "daño moral es la modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a intereses no patrimoniales que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel en que se hallaba antes del hecho como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial".

Analizando esta definición podemos decir que:

1) Atiende a las consecuencias que produce la acción antijurídica, esto es, al daño considerado en sí mismo.

2) Pondera al daño moral por lo que es, y no por su contraposición con el daño material.

3) El detrimento se traduce en una modificación disvaliosa del espíritu, comprendiendo aspectos de la personalidad humana dignos de protección.

4) La ausencia de sensibilidad o de comprensión del dolor no excluye la posibilidad de existencia de daño moral.

Este disvalor subjetivo se determina por la comparación entre la situación que tenía la víctima antes y la que sobreviene después del hecho dañoso.

### III. Planteamiento del problema. Análisis de la normativa legal (art. 1078, CC)

Partimos del enunciado de que toda persona que sufre un daño tiene derecho a pedir su reparación.

Así, en el tema que nos atañe, el art. 1079 del Código Civil establece: *“La obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta”*.

La necesidad de reparar el daño causado está presente no sólo en el ámbito del derecho civil, sino también en el campo del derecho penal, tal como lo vemos en el art. 29 de ese Código: *“La sentencia condenatoria podrá ordenar:*

*”[...]2. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba [...]”*

En realidad, el art. 29 del Código Penal es una norma de derecho civil, que establece que el autor del delito, condenado penalmente, deberá reparar el daño causado, si existiere, además de responder penalmente.

Los sufrimientos que experimenta la persona sobre la que recayó la acción nociva pueden predicarse de otras en virtud de su vinculación afectiva con la que fue blanco del ataque. En otros términos, el dolor experimentado por un agraviado también lo sufren como propio otras personas (el cónyuge, los hijos, los padres, los hermanos, otros parientes, la concubina, el hijo de crianza, el amigo íntimo, el novio, etc.), resultando todos igualmente perjudicados<sup>1</sup>.

Si nos atenemos al sentido literal de los artículos una numerosa cantidad de personas se encontraría en condiciones de demandar una indemnización por haber sufrido, directa o indirectamente, las consecuencias perjudiciales de un acto ilícito. Por ello es necesario establecer un límite, ya que, de lo contrario, para el responsable nacerá una obligación que por su amplitud resultaría enormemente desproporcionada, conducirá a que quienes en mayor medida resultaron perjudicados no reciban la indemnización que les corresponde, creándose por lo tanto una situación injusta. Así, el art. 1078 del Código Civil marca el límite al establecer en su segunda parte: “[...] *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*”.

El art. 29 del Código Penal debe ser concordado con el citado art. 1078 del Código Civil, porque lo contrario establecería una legitimación activa mucho más amplia cuando el acto ilícito hubiera constituido un delito penal, e inversamente, sumamente restringida si el acto ilícito sólo hubiera constituido un delito o un cuasidelito civil.

#### **IV. Clasificación de los damnificados**

El texto de nuestro Código nos habla de damnificados directos e indirectos, y por ello creemos necesario explicar el alcance de ambos conceptos, siguiendo para ello al Dr. Pizarro:

<sup>1</sup> Pizarro, Ramón Daniel, *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición*, Bs. As., Hammurabi, 1996, p. 208.

1) Damnificado directo es quien sufre en calidad de víctima la lesión de un interés patrimonial o extrapatrimonial propio, y a raíz de ello experimenta un perjuicio patrimonial o extrapatrimonial.

2) Damnificado indirecto, en cambio, es la persona que padece un daño propio, derivado de un ilícito que tiene por víctima a un tercero, respecto de quien existía un interés patrimonial o extrapatrimonial que resulta conculcado. De tal modo existe un interés espiritual de afección, propio del damnificado indirecto, ligado a la persona de la víctima, que resulta lesionado. El daño se produce, en tales circunstancias de forma refleja<sup>2</sup>.

La ley 17.711, sancionada en 1968, estableció como principio general que **sólo** el damnificado directo puede reclamar la reparación del daño causado, y que como excepción, en el caso de que la víctima muera, tendrán acción los herederos forzosos.

## V. Significación de la locución “heredero forzoso”

### A. El concepto de “heredero”

“Heredero” es la persona que por testamento o por ley sucede a título universal en todo o en parte de una herencia, con ocasión de la muerte de quien la deja, y que está representada por el conjunto de derechos y obligaciones del causante, por lo cual se entiende que el heredero lo sustituye en su personalidad.

La locución “**heredero forzoso**” hace referencia a la persona a quien el causante no puede excluir de la sucesión, salvo causa legal de desheredación<sup>3</sup>. El concepto incluye a los ascendientes, descendientes y el cónyuge, según lo dispuesto por el art. 3565 y siguientes del Código Civil.

<sup>2</sup> Ossorio, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Bs. As., Heliasta, 1996, p. 270.

<sup>3</sup> Stiglitz, Gabriel A. - Echevesti, Carlos A., “La determinación de la indemnización”, en Mosset Iturraspe, Jorge (dir.) - Kemelmajer de Carlucci, Aída (coord.), *Responsabilidad civil 9*, Bs. As., Hammurabi, 1996, p. 252.

## B. Aplicabilidad del criterio sucesorio a la cuestión del daño moral

Llambías afirmaba que el supuesto de la muerte de la víctima no importa propiamente una excepción, pues la acción se acuerda a los herederos forzosos no como sucesores, en cuyo caso quedan sujetos a lo dispuesto en el art. 1099 del Código Civil, sino como damnificados directos<sup>4</sup>. Sin embargo, posteriormente este autor rectificó su postura y sostuvo que el homicidio no puede sino generar damnificados indirectos, sea el daño patrimonial o moral<sup>5</sup>.

Caseaux y Trigo Represas coinciden con esta última postura; opinan que en un caso de homicidio el damnificado directo es el propio muerto, aunque jurídicamente no pueda considerársele tal, puesto que no puede ya sufrir ningún daño, y es por eso que la acción por el agravio moral se acuerda, a título de excepción y teniendo en cuenta esa ausencia de damnificado directo, a los damnificados indirectos más inmediatos: los herederos forzosos<sup>6</sup>.

Cabe aclarar, y en esto la doctrina es pacífica, que estos parientes —los herederos forzosos— reclaman la reparación del daño moral como damnificados indirectos pero a título propio, y no *iure hereditatis*.

Distinto es el caso cuando el hecho lesivo no produce la muerte del damnificado directo, ya que iniciada la acción civil y producido su deceso, esta acción pasa a los herederos y sucesores universales (art. 1099, CC). Esto se justifica porque el ofendido ha optado por la instancia judicial para convertir en un resarcimiento pecuniario que integre su patrimonio, lo que hasta entonces era la lesión de un sentimiento reservado a su conciencia. Por esta misma

<sup>4</sup> Llambías, Jorge Joaquín, "Ley 17.711. Reforma del Código Civil", en *JA*, 1968-V-793-Secc. Doctrina, citado por Caseaux, Pedro N. - Trigo Represas, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, t. V, 3ª ed. amp. y act., La Plata, Platense, 1996, p. 776.

<sup>5</sup> Llambías, Jorge Joaquín, "La vida humana como valor económico", en *JA*, 1974-Secc. Doctrina-633, N° 6, nota 39, citado por Caseaux, Pedro N. - Trigo Represas, Félix A., *op. cit.*, p. 777.

<sup>6</sup> Caseaux, Pedro N. - Trigo Represas, Félix A., *op. cit.*, p. 776.

razón es que los acreedores del acreedor al resarcimiento por el daño moral no pueden ejercer por vía subrogatoria esa acción, reservada como está a la conciencia de la víctima (art. 1196, CC).

El derecho a accionar por daño moral es inherente a la persona dada la situación jurídica de su titular, y por lo tanto no es transmisible por vía hereditaria (art. 498, CC). Esto concuerda con lo establecido por el art. 3417 del Código Civil, que establece que el heredero que ha entrado en posesión de la herencia continúa la persona del difunto y es propietario, acreedor o deudor de lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor, con excepción de aquellos derechos que no son transmisibles por sucesión. A este tema también se refieren analógicamente los arts. 1195 y 1196 del Código Civil, que establecen que los efectos de los contratos, cuando fuesen inherentes a la persona, no se extienden ni activa ni pasivamente, a los herederos y sucesores universales.

Es controvertido el tema sobre si es necesario ser heredero con vocación hereditaria actual en el caso concreto, o si basta con ser heredero potencial, aunque se carezca de llamamiento actual a la herencia por existir otros herederos forzosos de un orden preferente; es el caso de los padres, por ejemplo (de segundo orden hereditario), que tienen vocación para heredar a sus hijos premuertos, pero que son desplazados si ellos poseen a su vez descendencia (herederos en primer orden), concurren o no éstos con el cónyuge supérstite<sup>7</sup>.

La doctrina del grado preferente de acuerdo al orden concreto al momento del fallecimiento, sostenida entre otros por Borda, Belluscio, Cicheno y Mosset Iturraspe, establece que deben ser considerados legitimados activos únicamente quienes revistan en concreto la calidad de herederos al momento de la muerte de la víctima. En apoyo de esta idea se sostiene que:

1) Las personas comprendidas dentro de un orden hereditario excluyen a las subsiguientes, y que el pariente más cercano excluye al más remoto.

<sup>7</sup>Caseaux, Pedro N. - Trigo Represas, Félix A., *op. cit.*, p. 777.

2) Herederos forzosos son quienes efectivamente resultan serlo como consecuencia de la muerte de la víctima, y no indiscriminadamente quienes tuvieran la eventual posibilidad de serlo por estar incluidos en la remisión del art. 3595 del Código Civil.

3) El criterio propiciado guarda coherencia con el resto del articulado, que consagra un criterio restrictivo en materia de legitimación activa.

En cambio, la doctrina que considera herederos forzosos a todos los que invisten potencialmente ese carácter en el momento del fallecimiento, es sostenida por Kemelmajer de Carlucci, Zannoni, Trigo Represas, Bueres y Alterini, entre otros. Se destaca, además, un reciente pronunciamiento de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>8</sup>, y un fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Civil<sup>9</sup>, en los que se afirmó que son herederos forzosos "*todos los que invisten potencialmente dicho carácter al momento de la muerte de la víctima*".

Apoyan esta postura las siguientes razones:

1) La acción indemnizatoria por daño moral es articulada por los herederos forzosos *iure proprio* y no *iure hereditatis*. La referencia que hace el art. 1078 del Código Civil no tiene aptitud para derivar la cuestión al ámbito del derecho sucesorio; se trata solamente de un parámetro objetivo que tiende a enunciar el catálogo de posibles damnificados indirectos.

2) El juez podrá valorar siempre de distinto modo, cualitativa y cuantitativamente, las pretensiones resarcitorias de aquellos legitimados que no tengan vocación hereditaria actual<sup>10</sup>.

Por nuestra parte, adherimos a este último criterio, porque sostenemos que la expresión "herederos forzosos" debe ser entendida e interpretada en sentido amplio, comprendiendo a todos los que

<sup>8</sup> CSJN, 09/12/93, "Frida A. Gómez Orue de Gaete y otra c/ Pcia. de Buenos Aires, s/ daños y perjuicios", LL, 1994-C-546, con disidencia de los Dres. Barra, Belluscio, Levene (h) y Boggiano.

<sup>9</sup> CNCiv., en pleno, 28/02/94, "Ruiz, Nicanor y otro c/ Russo, Pascual", JA, 1994-II-678; ED, 157-594; LL, 1994-B-484.

<sup>10</sup> Pizarro, Ramón Daniel, *op. cit.*, ps. 225 a 231.

revistan tal calidad con relación al damnificado directo fallecido, sobre todo teniendo en cuenta que la acción indemnizatoria no les corresponde como sucesores, sino por derecho propio, por el daño moral que han experimentado como consecuencia de la muerte de aquél.

## **VI. Legitimación activa en caso de muerte del damnificado directo. Análisis de casos particulares**

### **A. Legitimación activa por daño moral de los descendientes**

#### *1. Muerte de los padres*

Es plenamente resarcible el daño moral causado a los descendientes por la muerte de un ascendiente.

La edad de la víctima no debería ser computada como factor apto para reducir el *quantum* indemnizatorio por daño moral. Si el damnificado directo fallecido era una persona anciana, ésta no es razón suficiente para aminorar los efectos de la reparación, como lo dispuso cierta jurisprudencia, ya que lo que se tiene en cuenta no es la aptitud productiva de la víctima, sino los valores espirituales que no decrecen en el transcurso del tiempo.

En cambio, la edad del hijo que reclama la reparación si puede tener incidencia al momento de determinar el monto indemnizatorio por daño moral. Además, deben tenerse en cuenta otras circunstancias, tales como el estado de salud del damnificado indirecto, por ejemplo, una persona afectada por el Síndrome de Down puede experimentar un daño espiritual muy grave. La muerte del padre o de la madre también puede alterar gravemente la organización familiar y su economía.

Cabe aclarar que el daño "económico" es patrimonial, pero que, por ejemplo, la preocupación o el sufrimiento por el incierto futuro económico en razón de la muerte de uno o ambos padres podría ser considerado "daño moral".

## *2. Muerte de los padres adoptivos*

Cuando se trata de un caso de adopción plena, adoptante y adoptado son, recíprocamente, herederos forzosos, y están legitimados para accionar por daño moral, ya que por esta clase de adopción el adoptado deja de pertenecer a su familia de sangre, extinguiéndose los efectos jurídicos del parentesco con la misma (art. 323, CC, según ley 24.779).

En el caso de la adopción simple la solución es similar, ya que adoptante y adoptado también se encuentran legitimados para reclamar la reparación del daño moral en el caso de la muerte del otro, por que son considerados herederos forzosos (art. 333, CC, según ley 24.779), a pesar de que esta clase de adopción no crea vínculo de parentesco entre ambos (art. 329, CC, según ley 24.779)

## *3. Muerte de otros ascendientes: los abuelos*

Los nietos pueden reclamar el daño moral derivado de la muerte de su abuelo sin que obste a esta circunstancia el hecho de que en el orden sucesorio concreto puedan ser excluidos por su progenitor.

En materia de adopción plena se da la misma solución, y en el caso de la adopción simple los descendientes del adoptado heredan por representación al adoptante; en cambio, los descendientes del adoptado no son considerados herederos forzosos del ascendiente del adoptado, y por lo tanto carecen de acción por daño moral en caso de muerte del bisabuelo adoptivo (art. 334, CC, según ley 24.779).

# **B. Legitimación activa por daño moral de los ascendientes**

## *1. Muerte de los hijos*

Difícilmente pueda concebirse un supuesto de daño moral indirecto de mayor gravedad que el provocado por la muerte de un hijo, tanto por su intensidad como por su perdurabilidad.

Poco importa la edad del damnificado, y tanto la filiación natural como la adoptiva abren las vías de la reparación. Ello no obsta,

por cierto, a que el tribunal valore caso por caso, tomando en cuenta las particularidades del mismo, la existencia o inexistencia y entidad del perjuicio moral.

Con respecto a la prueba del daño moral, ésta se determina por vía presuncional a partir de la acreditación del vínculo y de la muerte del hijo, aunque también es útil incorporar ciertos elementos probatorios directos, cuya ponderación por el tribunal puede tener incidencia para potenciar el *quantum* indemnizatorio.

De la misma manera, el demandado como responsable puede desvirtuar esa presunción, demostrando, por ejemplo, que el ascendiente que reclama la reparación abandonó a su hijo cuando era niño, o se desentendió de su manutención, cuidado y educación.

## 2. Muerte de nietos

Los abuelos están legitimados para reclamar el daño moral derivado de la muerte de un nieto, sin que obste a esa conclusión la existencia de padres del menor y la exclusión de aquéllos como herederos en concreto. En estos supuestos parece razonable la necesidad de producir una prueba más categórica. En materia de filiación adoptiva son aplicables las reglas antes enunciadas<sup>11</sup>.

## C. Legitimación activa por daño moral del cónyuge

### 1. Daño moral derivado de la muerte del cónyuge

El cónyuge supérstite está legitimado para reclamar el daño moral derivado de la muerte de su cónyuge. Como nos dice Zavala de González: "Es que el matrimonio trasunta una profunda unión espiritual entre los esposos, con onda compenetración vital. Dentro de las regulares aspiraciones, ese vínculo se encuentra destinado a perdurar, en participación en las alegrías y penas que de-

<sup>11</sup> Pizarro, Ramón Daniel, *op. cit.*, ps. 232/239.

para la existencia. Las primeras se fomentan en compañía, las segundas se acrecientan en soledad"<sup>12</sup>.

El perjuicio espiritual es presumido a partir de la existencia del vínculo jurídico invocado y de la acreditación de la muerte del cónyuge.

### *2. Divorcio vincular*

Por aplicación de los principios generales que regulan el derecho sucesorio, el cónyuge divorciado vincularmente carece de vocación hereditaria y de la consiguiente legitimación activa por daño moral en el caso de la muerte del otro (arts. 217 y 3574, CC).

### *3. Separación personal*

El cónyuge no culpable de la separación personal mantiene la vocación hereditaria, y por lo tanto está legitimado activamente para reclamar por daño moral (arts. 202 y 3574, CC).

En el supuesto de que exista separación personal en razón de alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la droga de uno de los cónyuges, que provoquen trastornos de conducta que impidan la vida en común, como lo prevé el art. 203 del Código Civil, el cónyuge enfermo conserva la vocación hereditaria y la legitimación activa por daño moral.

### *4. Separación o divorcio por presentación conjunta*

Es el caso previsto en el art. 205 del Código Civil, según el cual transcurridos dos años de matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta, pueden manifestar al juez que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común, para pedir así la separación personal, por lo tanto ninguno de los cónyuges mantendrá la vocación hereditaria respecto del otro, y tampoco conservará la legitimación activa por daño moral (arts. 205 y 3573 CC).

<sup>12</sup> Zavala de González, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas (Pérdida de la vida humana)*, t. 2-b, Bs. As., Hammurabi, 1986, p. 338, § 73.

### 5. *Cónyuges separados de hecho por un término mayor de dos años sin voluntad de unirse*

En este caso se ha interrumpido el deber de cohabitación y los cónyuges solicitaron la separación personal, es decir que en principio ninguno de los cónyuges mantiene derechos hereditarios en la sucesión del otro. Sin embargo, existe una excepción: respecto del cónyuge que probó no haber dado causa a la separación, quien conserva su vocación hereditaria en la sucesión del otro, y por ende la legitimación activa, aunque estos derechos se perderán si éste viviese en concubinato o incurriese en injurias graves contra el otro cónyuge (arts. 204 y 3573, CC).

### 6. *Cónyuges separados de hecho*

El cónyuge que pruebe su inocencia en la separación de hecho, tendrá vocación hereditaria y legitimación activa por daño moral.

## **D. Personas sin derecho a obtener la reparación del daño moral en el caso de homicidio**

Dado lo estricto de nuestro sistema normativo en materia de legitimación activa por daño moral (art. 1078, CC), no son legitimados activos en caso de muerte los siguientes sujetos: hermano, amigo íntimo, novio o quien convivía con la víctima al momento del hecho<sup>13</sup>.

## **VII. Consecuencias que genera la legitimación activa exclusiva del damnificado directo cuando media supervivencia**

### **A. La regla general establecida por el art. 1078**

Los damnificados indirectos carecen de toda acción por daño moral, ya que en este caso sólo el damnificado directo puede ejer-

<sup>13</sup> Pizarro, Ramón Daniel, *op. cit.*, ps. 239 a 243.

ría la acción al marido y a los padres, pero no por derecho propio, sino en calidad de representantes legales. Esta doctrina tiene una justificación: en la época en que se auspició este criterio, todavía no se había sancionado la ley 11.357, que autorizó a la mujer casada a estar en juicio sin necesidad de autorización marital, y menos aún la ley 17.711, que privó al marido de la representación legal que tenía sobre la mujer.

La doctrina mayoritaria sostiene que el art. 1080 del Código Civil reconoce la legitimación activa como damnificados indirectos al marido y a los padres, por las injurias cometidas contra la esposa y los hijos. “Ello significa que en estos supuestos hay una dualidad de acciones resarcitorias: la del damnificado directo (la esposa o el hijo según el caso) y la del damnificado indirecto (esposo o padre según el caso)”<sup>15</sup>.

Cabe también aclarar que la legitimación activa indirecta comprende tanto el daño moral como el material.

En opinión de muchos, en el caso de daño moral a los hijos la edad de ellos no es relevante a fin de legitimar a los padres para reclamar por daño moral, ya que si éstos son mayores de edad el perjuicio espiritual de los padres no desaparece, y donde la ley no distingue no debemos distinguir, y claro está que si la injuria sólo afecta a los damnificados directos, los padres o el marido no estarán legitimados para accionar.

Cabe advertir que si un padre reclama por daño moral a raíz de una injuria cometida contra su hijo, no lo hace en función de la eventual patria potestad que pueda ejercer sobre él, sino que estará reclamando un daño propio que surge como consecuencia del daño a su hijo.

El art. 1080 del Código Civil mantiene plena vigencia y eficacia, y requiere de una interpretación razonable y armónica con la normativa incorporada por la ley 17.711, y por ello sólo puede ser

<sup>15</sup> Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. IV-B, Bs. As., Perrot, 1980, ps. 10 y 11, N° 2694, citado por Pizarro, Ramón Daniel, *op. cit.*, p. 245.

interpretado como una excepción al principio general del art. 1078 del mismo cuerpo legal.

No son pocos los autores que opinan que es menester una interpretación restrictiva del art. 1080 del Código Civil, lo que implica decir que la esposa no está legitimada para reclamar el daño moral propio experimentado a causa de la injuria realizada contra el esposo o sus hijos.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que Vélez Sársfield, al momento de la redacción de nuestro Código Civil, entendía que el daño moral en este caso recaía sobre todo el grupo familiar, y siendo el esposo o el padre el único con capacidad plena, fue a él a quien concedió el derecho para accionar.

A pesar de esto, y aunque sea un tema actualmente muy debatido en doctrina, el daño moral es propio y personal, lo que nos lleva a pensar que habría una incongruencia entre esta última opinión y el significado que Vélez Sársfield quiso darle a la norma.

## *2. Propuestas de reforma a la ley*

Es necesario, a nuestro entender, modificar la norma para ampliar el supuesto en análisis y extenderlo a la esposa, confiéndole la calidad de legitimado activo para reclamar el daño moral propio experimentado por la injuria cometida contra su marido o contra sus hijos. Nuestro fundamento es que ambos cónyuges o padres sufren por igual las consecuencias de este agravio. Cabe agregar que como ya no existen diferencias entre varón y mujer respecto de la capacidad, ambos deberían tener el mismo derecho a accionar.

Considerada la cuestión de esta manera, guarda coherencia con el proceso histórico que se ha desarrollado durante el siglo XX, en el sentido de eliminar las incapacidades y prohibiciones que pesaban sobre la mujer, considerada, en los comienzos de nuestra legislación civil, incapaz relativa de hecho. Tanto el padre como la madre, en el supuesto previsto en el art. 1080 del Código Civil, sufren igualmente daño moral, y no vemos razón valedera alguna para excluir a la

mujer en la cadena de los legitimados activos para solicitar el resarcimiento del daño sufrido.

### VIII. Necesidad de una reforma en materia de legitimados activos por daño moral

#### A. Doctrina

Para cierto sector, la solución adoptada por la ley 17.711 es correcta y debe mantenerse (Mosset Iturraspe, Borda, Llambías, Kemelmajer de Carlucci, Zanoni). La redacción del art. 1078 del Código Civil resulta defendible “por haberse buscado una pauta precisa, que en la mayor parte de los casos resulta razonable”<sup>16</sup>.

La doctrina mayoritaria, en cambio, ha exteriorizado su insatisfacción con la norma actual, y ha proclamado la necesidad de una modificación que brinde soluciones más flexibles en materia de legitimación activa por daño moral.

“La necesidad de pautas precisas en materia de legitimación activa por daño moral no debe ser utilizada como instrumento para minimizar el elenco de posibles damnificados, excluyendo injustificadamente de la tutela legal a numerosos supuestos que, razonablemente, deberían merecerlo”<sup>17</sup>.

Vázquez Ferreyra sostiene que el sistema vigente en el Código Civil no responde a un criterio de justicia. Este autor cree que “la única limitación o freno a las demandas por daño moral no debe derivar de la exclusión de algunos damnificados, en forma abstracta, sino más bien de exigir en cada caso concreto la presencia de los requisitos comunes a todo daño indemnizable, espe-

<sup>16</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Augusto C. Belluscio (dir.) - Eduardo A. Zannoni (coord.), t. 5, Bs. As., Astrea, 1994, art. 1078, p. 116, citado por Pizarro, Ramón Daniel, *op. cit.*

<sup>17</sup> Pizarro, Ramón Daniel, *op. cit.*

cialmente el de certeza, sumado todo ello a la vinculación causal adecuada”<sup>18</sup>.

Por nuestra parte, coincidimos con la opinión de la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci que afirma que no se debería excluir a determinados damnificados indirectos, y que, en cambio, debe permitirse al juez analizar el caso concreto.

Sin embargo, creemos positivo que la ley limite de alguna forma la cantidad de damnificados indirectos, para evitar así abusos perjudiciales, ya que la “catarata” de demandas en contra del responsable podría provocar su insolvencia y dejar sin reparación a quienes han sufrido mayores daños o tenían una vinculación más cercana con el damnificado directo.

## **B. La cuestión en jornadas y congresos**

La ampliación de *lege ferenda* de los legitimados activos para reclamar daño moral ha sido sostenida en forma absolutamente mayoritaria en los más recientes congresos y jornadas: “II Congreso Internacional de Derecho de Daños”, Buenos Aires, 1991; “III Jornadas de Derecho Civil y Comercial”, La Pampa, 1991; “XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, San Miguel de Tucumán, 1993, y “IV Congreso Internacional de Derecho de Daños”, Buenos Aires, 1995.

## **C. Los recientes proyectos de reforma al derecho privado argentino**

### *1. El Proyecto de 1987*

El Proyecto de Código Único de 1987 no propuso modificación alguna en materia de legitimación activa por daño moral.

---

<sup>18</sup> Vázquez Ferreyra, Roberto A., *Responsabilidad por daños (Elementos)*, Bs. As., Depalma, 1993, p. 187.

### *2. El Proyecto de la Comisión de Legislación General*

Este proyecto propone importantes modificaciones en materia de legitimación activa por daño moral.

El art. 1078 dispone: "La obligación de resarcir los perjuicios causados por los actos ilícitos comprende el daño moral. La acción por indemnización del daño moral competirá al damnificado directo 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."

Entendemos un acierto que se haya incluido, en el caso de supervivencia del damnificado directo, a los padres, hijos y cónyuge como legitimados para accionar, lo que implica un gran avance en esta materia. De todos modos, objetamos a esta solución el hecho de no haber incluido como legitimados activos a los hermanos, como lo hizo en el supuesto de muerte del damnificado directo. Sin embargo, nos parecería acertado haber incluido, entre los damnificados indirectos legitimados, a los concubinos en determinadas circunstancias (que junto a la víctima hayan llevado vida en común por un lapso razonable, tengan hijos, etc.).

### *3. El Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993*

Este proyecto se inclina por dejar en manos de los magistrados la facultad de establecer si procede o no indemnizar el perjuicio que pueden haber sufrido otras personas distintas de la víctima del daño moral. El texto propuesto nos dice:

"Art. 1596. 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 momento del hecho."

El proyecto se inclina de esta manera por recoger las propues-

tas formuladas en el II Congreso Internacional de Daños (Buenos Aires, 1991), y en las III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de La Pampa, del mismo año, ampliando el elenco de personas legitimadas para reclamar daño moral, sin poner límites precisos, difiriendo a los jueces la tarea de establecer en cada caso concreto si el reclamo es o no procedente.<sup>19</sup>

Aplaudimos la solución adoptada en el caso de supervivencia del damnificado directo, pero sostenemos que en el supuesto de su muerte no se deja en claro a qué personas se refiere con la frase “[...] personas que convivían con ella al momento del hecho”.

#### 4. *El Proyecto de Código Civil de 1998*

El art. 1600, inc. b, de este proyecto se refiere al daño moral como “daño extrapatrimonial”, y dispone que “[...] comprende al que interfiere en el proyecto de vida, perjudicando a la salud física o psíquica o impidiendo el pleno disfrute de la vida, así como al que causa molestias en la libertad, en la seguridad personal, en la dignidad personal, o en cualesquiera otras afecciones legítimas”.

En lo referente a la legitimación activa, el art. 1689 proyectado modifica sustancialmente la norma que actualmente se encuentra en vigencia, ya que amplía considerablemente la nómina de legitimados activos, haya fallecido o no el damnificado directo, con lo cual desaparece la distinción que efectúa actualmente el art. 1078 vigente del Código Civil.

Así, se dispone que si el damnificado directo sufre “gran discapacidad”, o del hecho dañoso resulta su muerte, tienen también acción el cónyuge, los descendientes, los ascendientes y quienes convivían con el damnificado directo recibiendo “trato familiar ostensible”. Incluso más, el juez tiene atribución para asignar legitimación a otros sujetos, “en los casos especiales en los que el hecho tiene un grado de repercusión en el reclamante que excede

<sup>19</sup> Mosset Iturraspe, Jorge - Pizarro, Ramón Daniel - Moisset de Espanés, Luis - González, José Eduardo, *Daño Moral*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 1994, p. 83.

el ordinario, habida cuenta de su vinculación con el damnificado y las demás circunstancias”.

La norma proyectada afina un poco más los conceptos, legitimando a quienes reciben un “trato familiar ostensible”. Entendemos que la solución propuesta no se limita únicamente al concubino, sino que puede extenderse a otros supuestos, como los hermanos, hijo del cónyuge, etc. Igualmente, suprime la locución “herederos forzosos” del actual régimen, con lo cual se concluye la discusión relativa a la naturaleza de la acción que ya hemos referido.

Además, extiende notablemente la legitimación a otras personas distintas de las ya mencionadas, aunque en “casos especiales”, que deberán ser valorados con suma prudencia por el tribunal, cuestión muy delicada y que, a nuestro entender, debe ser interpretada de manera restrictiva. Entendemos que el artículo proyectado orienta adecuadamente la cuestión al expresar que en estos casos sólo procederá la acción cuando el “grado de repercusión en el reclamante” exceda “el ordinario”.

Por último, el art. 1690 establece que la acción es transmisible “[...] por acto entre vivos. También lo es a los herederos del damnificado si éste la ha interpuesto en vida, o ha fallecido dentro de los seis (6) meses de sufrido el daño”.

## IX. Conclusión

### A. Legislación actual

#### 1. Caso de supervivencia del damnificado directo

a) El único legitimado para accionar por daño moral es el damnificado directo.

b) Otras personas, a pesar de su vinculación afectiva con el damnificado directo, no están legitimadas para accionar.

c) Este sistema impide la reparación del daño moral que sufren los damnificados indirectos, y que puede ser, tan grave como el sufrido por la propia víctima.



## *2. Caso de muerte del damnificado directo*

a) Los únicos legitimados para accionar por daño moral son los herederos forzosos, es decir, ascendientes, descendientes y cónyuge.

b) La acción se ejerce invocando un derecho propio y no un derecho hereditario. En razón de ello, los damnificados indirectos accionan individualmente, sin excluirse entre sí, a diferencia de lo que sucede en el derecho sucesorio. Basta la vocación hereditaria eventual.

c) Este sistema impide la reparación del daño moral de otras personas que igualmente sufren un daño, aunque no son herederos forzosos, como los concubinos, hermanos, etcétera.

## **B. Propuestas de reformas**

### *1. Caso de supervivencia del damnificado directo*

a) Sostenemos que debería permitirse accionar a los legitimados indirectos por la reparación del daño moral.

b) El Proyecto de la Comisión de Legislación General no considera en este supuesto el caso de los concubinos y hermanos, manteniendo un sistema rígido y sin tener en cuenta las circunstancias particulares de cada caso.

c) Coincidimos en términos generales con lo dispuesto para este supuesto por el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993.

d) La solución del Proyecto de 1998 es la más acertada, ya que además de ampliar adecuadamente la nómina de legitimados activos, suprime la distinción basada en la supervivencia o muerte del damnificado directo.

e) Así, sostenemos que el juez deberá tener en cuenta las características de cada caso concreto, analizando quiénes fueron las personas más afectadas y así otorgarles la reparación correspondiente.

### *2. Caso de muerte del damnificado directo*

a) Sostenemos que debería ampliarse el número de legitimados para accionar por daño moral en este supuesto.

b) El Proyecto de la Comisión de Legislación General extiende la legitimación activa también a los hermanos, pero deja de lado a las personas que convivían con la víctima al tiempo del hecho.

c) El Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993, en cambio, incluye a las personas que convivían con la víctima, pero debería ser más explícito y nombrar a qué personas se refiere.

d) Respecto al Proyecto de 1998, remitimos a lo expresado en el apartado anterior.

e) Así, sostenemos que se deberían incluir como legitimados activos por daño moral en este supuesto a los concubinos y hermanos que convivían con la víctima al tiempo del hecho, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso en particular.

## Bibliografía

BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 3ª ed. amp. y act., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997.

CASEAUX, PEDRO N. - TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *Derecho de las obligaciones*, 3ª ed. amp. y act., ts. I y V, La Plata, Platense, 1987 y 1996.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Augusto C. Belluscio (dir.) - Eduardo A. Zannoni (coord.), t. 5, Bs. As., Astrea, 1994.

MOSSET ITURRASPE, JORGE - PIZARRO, RAMÓN DANIEL - MOISSET DE ESPANÉS, LUIS - GONZÁLEZ, JOSÉ EDUARDO, *Daño moral*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 1994.

OSSORIO, MANUEL, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Bs. As., Heliasta, 1996.

PIZARRO, RAMÓN DANIEL, *Daño moral. Prevención. Reparación. Puni-*  
*ción*, Bs. As., Hammurabi, 1996.

STIGLITZ, GABRIEL A. - ECHEVESTI, CARLOS A., en *Responsabilidad Civil*, Jorge Mosset Iturraspe (dir.) - Aída Kemelmajer de Carlucci (coord.), Bs. As., Hammurabi, 1996.

VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., *Responsabilidad por daños (Elementos)*, Bs. As., Depalma, 1993.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas (Pérdida de la vida humana)*, Bs. As., Hammurabi, 1996.