

JOSE IGNACIO RIVERA

El Daño Moral
y la
legitimación para reclamar

Proyecto final de graduación

Alumno: José Ignacio Rivera

Carrera: Abogacía

Año: 2012

RESUMEN

En este trabajo se desarrolló la problemática sobre la legitimación activa del daño moral, es decir quiénes son las personas que ante el sufrimiento de un menoscabo espiritual, están facultadas para iniciar el reclamo indemnizatorio y quiénes no.

La investigación se tituló “*El daño moral y la legitimación activa para reclamar*”. A lo largo del mismo se abordó una problemática vigente en nuestro derecho, y que por el momento no encuentra una única solución.

El trabajo se centró en el análisis del texto del art. 1078, contemplando los distintos problemas que surgen de su redacción. Se demostró que contiene una doble restricción, primero dejando de lado a toda aquella persona distinta al afectado directo, cuando este permanece con vida luego del hecho dañoso; y en segundo lugar, ante el caso de muerte del damnificado directo, solo permitiendo el reclamo de aquellas personas que sean herederos forzosos.

Es decir que, el legislador consagró la postura que sostenía diversas exclusiones a la legitimación activa, que sin argumentos sólidos, imposibilitó el reclamo de los damnificados no autorizados por el texto legal.

Se analizó en los distintos capítulos del trabajo, cada uno de los supuestos excluidos, considerados de mayor relevancia y que generaron los distintos puntos de vista sobre la cuestión, como ser el caso del concubino/a, hermanos, amigos, guardadora, etc. Así como también la jurisprudencia que se refirió a cada supuesto en particular, obteniéndose en algunos de ellos la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078.

Producto de las posiciones encontradas surgieron proyectos de ley, que tuvieron por objetivo: lograr la modificación el texto actual. De este modo fue necesario llevar a cabo un análisis de cada trabajo, para identificar las cuestiones positivas y negativas de cada uno.

En conclusión, la tesis se basó en demostrar la contradicción manifiesta del art. 1078 del Código Civil, con la Constitución Nacional y la normativa Internacional que posee rango constitucional después de la reforma de 1994.

Principalmente demostrándose el enfrentamiento del texto legal con principios constitucionales reconocidos, como por ejemplo, el de: igualdad ante la ley, reparación integral, protección de la familia, alterum nom Laedere, entre otros. De esta forma demostrándose la inconstitucionalidad de la norma.

Palabras claves: daño moral, legitimación activa, artículo 1078, supuestos excluidos, inconstitucionalidad.

ABSTRACT

In this work was developed the issue related “rights inherent in a moral damage”, It means who are the conditions that allow the people to claim for an indemnity, when they are victims of a non-material damage.

The research was titled “Non-material damage and the legitimization to claim for a indemnity”. This issue was treated along these lines in how this problematic is dealt in our current law, where there is no one solution to solve them.

This work was focused on the text of the article 1078, analysing the different problems in its redaction. It was proved that is has a double restriction, on one hand excluding any other person apart of the real victim, when he is staying alive after the harmful event; On the second hand, in the case of death of the victim, allowing the inheritors of the victim to claim for a indemnity.

It means, when facing a non-material damage, the legislator consecrated on the legal text a position that held up different exclusions to the inherent right of compensation, that when no having solids arguments, every victim’s claim was refused.

In the chapters of work, it was analysed every excluded assumption that were considered as relevant and caused different points of view about the question. As example we can mention the cases of concubine, brothers, sisters, and closest friends. Every excluded assumption was taking an important place between the members of the Judiciary, and it caused a large list of judgement in contradiction with the present law. These judgments needed to be considered, even more those which have declared this law as unconstitutional.

As a result of the opposing views, several bills were carried out which aim is to modify the current rules. So that, it was necessary to analyse every case in order to identify eventual positive and negative sides in the law.

In conclusion, the aim of the thesis is to put in evidence the contradictions within the article 1078 of Civil Code, the National Constitution, and the international law which has a constitutional standing after the year 1994. This work will mainly show the confrontation between the law and the constitutional principles, such

as equality before the law, full compensation of harm, family protection, alterum nom Laedere, and others.

Key words: non-material damage, active legitimation, article 1078, cases excluded, un-constitutional.

PALABRAS PRELIMINARES

Inicie el trabajo sabiendo que es el último esfuerzo para terminar una importante etapa de mi vida, razón por la cual aparecen sentimientos encontrados, de tranquilidad y apuro al mismo tiempo.

Puedo afirmar que ha sido complicado el camino para llegar hasta aquí, no ha sido nada fácil, en el medio recibí premios y castigos, tristezas y alegrías, pero siempre convencido de que todo era parte de una formación integral, no solo como futuro profesional sino, lo más importante, como persona. Por esta razón he podido tomar de cada momento una enseñanza nueva, para volcar el día de mañana mi profesión.

Puedo decir que el conocimiento que he adquirido a lo largo de estos años me deja preparado para los desafíos de una vida profesional y personal, que espero sea con los mayores éxitos posibles.

Cada materia, cada clase, cada hora de estudio fue tomada con la mayor responsabilidad y conciencia, con la mirada puesta a largo plazo y no en el objetivo inmediato, sabiendo de los desafíos que la vida nos depara, y con la mayor motivación y entusiasmo de prepararme para enfrentarlos.

Con la misma responsabilidad inicie este trabajo, sabiendo que es la elaboración intelectual de mi carrera, “mi obra”, que me abre las puertas al tan ansiado logro, pero a su vez tiene un gusto especial, quizás sea esa sensación de sentirme por momentos autor de un libro.

El trabajo sigue puntos de vista de importantes doctrinarios, como Zavala de González, Zannoni, Ritto, Bueres entre otros, pero no podemos negar la influencia de nuestro eximio profesor, el Dr. Ramón Pizarro, no es casualidad que durante la lectura de uno de sus libros fue cuando surgió el tema de esta tesis. Pero su influencia no termina solo en el aporte de esa idea, sino que se sigue su pensamiento en casi la totalidad de la obra, partiendo del propio concepto de daño moral presentado por él en Las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil allá por 1984, siguiendo por las distintas teorías del daño moral, tomando su postura en relación a las

terceras categorías y abordando las soluciones por él planteadas a la problemática principal.

Este trabajo se titula “El daño moral y la legitimación activa para reclamar”, aborda la problemática que existe con el daño moral en relación a quienes pueden reclamarlo, adelantando que en nuestro ordenamiento jurídico no todas las personas pueden hacerlo.

No se pierde de vista que para poder entender el objeto principal del trabajo es necesario empezar de lo general hacia lo particular. Por esto se inicia con una mención al daño moral, su naturaleza jurídica y las teorías en cuanto a su reconocimiento. Por último se aborda el tema principal del trabajo, realizando un estudio histórico sobre su tratamiento no solo en nuestro país, sino en el derecho comparado, para finalmente exponer sobre los supuestos de mayor conflictividad.

Con todas estas herramientas y con el estudio realizado puedo decir que adquiriré un amplio conocimiento en la materia, que me han preparado para enfrentar diversas situaciones relacionadas con el mismo.

Por último no quiero dejar de agradecer a mi familia por el apoyo que me brindaron en todo este tiempo, a mi papá y en especial a mi mamá que fue la razón y motivación por la que hoy estoy a un paso de ser abogado.

José Ignacio Rivera.

INDICE GENERAL

Resumen.....	2
Abastract.....	4
Palabras preliminares.....	6
Índice general.....	8
Introducción.....	13

Capítulo I Consideraciones Generales El Daño Moral

1.	Introducción.....	16
2.	Daño patrimonial y daño moral.....	17
3.	Definición del daño moral.....	18
4.	Distinción entre daño patrimonial y daño moral.....	20
	a. Doctrina que identifica al daño con lesión a un derecho subjetivo...	20
	b. Doctrina que identifica al daño con lesión a un interés legitimo.....	21
	c. Doctrina que identifica al daño con el resultado o consecuencia de su acción.....	22
5.	Objeciones al daño moral.....	23
	a. Inmaterialidad.....	23
	b. El Precio del dolor.....	23
	c. Imposibilidad de tasarlo en dinero.....	24
	d. Imposibilidad de estimarlo de manera exacta bajo parámetro pecuniario.....	24
6.	Reparabilidad del daño moral.....	25
	a. Doctrina de la pena o sanción ejemplar.....	25
	b. Doctrina del resarcimiento del daño moral.....	26
	c. Doctrina de la doble posición.....	26
7.	El daño resarcible.....	27
	a. Requisitos del daño.....	27
	a. Cierto.....	27
	b. Personal.....	27
	c. Lesión a un derecho subjetivo-interés legitimo.....	28
8.	El simple interés.....	28

Capítulo II Tercera categoría de daños

9.	¿Nueva categoría de daños? Fundamentos.....	30
----	---	----

10.	Sus orígenes.....	31
11.	¿Es aplicable a nuestro derecho?.....	31

Capítulo III

La evolución histórica del daño moral en la legislación argentina

12.	El Código de Dalmasio Vélez Sarsfield.....	33
a.	Texto originario art. 1078.....	33
13.	Distintas interpretaciones del texto originario.....	34
a.	Resarcimiento pleno de toda clase de hechos ilícitos.....	34
b.	Resarcimiento solo en caso que exista delito criminal.....	35
14.	Nuestra opinión.....	36
15.	El daño moral en los proyectos de reformas anteriores a la Ley 17.711.....	36
a.	Anteproyecto Bibiloni.....	36
b.	Proyecto de reforma de 1936.....	37
c.	El anteproyecto de 1954.....	37
16.	Ley 17.711 y el nuevo artículo 1078.....	37
17.	Daño moral extracontractual y contractual.....	38
18.	Las restricciones del artículo 1078 se aplican a daños morales contractuales.....	39

Capítulo IV

Legitimación Activa

19.	Concepto de legitimación activa.....	41
20.	La legitimación activa del daño moral en el derecho comparado.....	41
a.	Sistema que admite con amplitud la legitimación activa de los damnificados indirectos por daño moral.....	42
b.	Sistema que admite con carácter restringido la legitimación activa de los damnificados indirectos.....	43
c.	Sistemas que no reconocen la legitimación activa de los damnificados indirectos.....	44
21.	La legitimación activa en el Código Civil Argentino.....	44

Capítulo V

La Problemática de la Legitimación Activa del Daño Moral en nuestro derecho

22.	Situación actual-Limitaciones.....	46
23.	Razones de la limitaciones.....	48
24.	Situaciones que pueden presentarse.....	48
a.	Muerte del damnificado directo.....	49
i.	Hermanos de la víctima.....	49
ii.	Concubinos.....	49
iii.	El novio/a.....	49

iv.	Benefactor.....	49
b.	Supervivencia del damnificado directo.....	50
i.	Padres/Abuelos/hijos.....	50
ii.	Esposos/Concubinos/Novios.....	50
26.	El alcance del término herederos forzosos.....	50
27.	El ejercicio de la acción iure proprio.....	52
28.	Oposición al contenido del art. 1078.....	52
29.	Reflexiones finales.....	53

Capítulo VI

Casos conflictivos de legitimación activa

30.	Introducción.....	55
31.	Los padres, hijos o cónyuge del damnificado directo, cuando	
32.	sobrevive al ilícito.....	55
33.	¿Justicia o injusticia del texto legal?.....	57
34.	Contradicción que genera el artículo 1080.....	58
35.	Necesidad de cambios.....	58
36.	Jornadas de derecho civil.....	60
37.	Jurisprudencia que reconoce legitimación de damnificados indirectos en caso de supervivencia.....	60
a.	“R., P. C. y otro c/ Centro Gallego de Buenos Aires y otros”.....	61
b.	“M., I. y otra c/ V. A y otros”.....	61
c.	“L.A.C. y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otros”.....	61
i.	Fundamento de los Sres. Ministros.....	63
38.	Nuestra opinión.....	66

Capítulo VII

La legitimación activa de los concubinos ante la muerte de su compañero

39.	Concepto de concubinato.....	68
40.	Derechos reconocidos al concubinato.....	69
41.	El resarcimiento del agravio moral de los concubinos.....	70
42.	Jurisprudencia.....	71
a.	"R. S. E. c. Bustos, Esteban y A. A. c. Bustos, Esteban s/Daños y perjuicios".....	73
b.	"Hernández, María Rosa c. Witomski, Mario Norberto y otros s/Daños y perjuicios".....	75

Capítulo VIII

Los hermanos

43.	Legitimación activa de los hermanos.....	77
44.	¿Reconocimiento en abstracto o bajo ciertas circunstancias?.....	77
45.	Jurisprudencia.....	79

Capítulo IX

Los novios y los amigos ¿Son damnificados indirectos?

46.	Introducción.....	82
47.	Novios.....	82
48.	Postura que niega titularidad en la acción indemnizatoria.....	83
49.	Posturas que admiten estos supuestos.....	84
50.	Jurisprudencia.....	84
51.	Nuestra opinión.....	85
52.	Amigos.....	86
53.	La guardadora.....	87
54.	Jurisprudencia.....	88
a.	“Veyra de Alvarado, Petrona c/Heins, Luis E s/ daños y perjuicios”.	88

Capítulo X

La legitimación activa del daño moral en los Proyectos de Reforma del Código Civil

55.	Introducción.....	89
56.	El proyecto de unificación de 1987.....	89
57.	Proyecto de la Comisión creada por Decreto 468/92.....	89
58.	Proyecto de la Comisión de la Cámara de Diputados de 1993.....	91
59.	El Proyecto de 1998.....	92
60.	Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012.....	93
61.	Proyectos iniciados en el Congreso de la Nación.....	96
a.	Proyecto de Binner, Hermes Juan - Sesma, Laura - Di Pollina, Eduardo - Zancada, Pablo.....	96
b.	Proyecto de Lauritto, José Eduardo - Solanas, Raúl - Genem, Susana - Garrido Arceo, Jorge - Godoy, Juan Carlos.....	98
c.	Proyecto de González, Nancy Susana.....	98
62.	Nuestra opinión.....	99

Capítulo XI

Soluciones a la problemática

63.	Introducción.....	100
64.	Claridad literal del artículo 1078.....	101
65.	Posibles caminos a seguir.....	102
a.	El daño moral se encuentra comprendido en el artículo 1079.....	102
b.	Nuevas categorías de daños.....	103
c.	Inconstitucionalidad del art. 1078.....	105
i.	Afecta el Principio de Igualdad.....	106
ii.	Afecta el Principio de Reparación Plena.....	106
iii.	Afecta la Integridad Familiar.....	107
iv.	Afecta normativa supranacional.....	108
66.	Reclamación de inconstitucionalidad o declaración de oficio.....	109
67.	Nuestra opinión.....	110

Capítulo XII
Reflexiones Finales

68.	Ideas Finales.....	111
69.	Propuesta normativa- Nuestra opinión.....	111
70.	Esperando la reforma.....	114
71.	Bibliografía.....	115

INTRODUCCION

El Código Civil Argentino en el art. 1078 regula la legitimación activa del daño moral. El artículo citado expresa: *“La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”*¹.

De su análisis podemos decir que el ejercicio de la acción, sólo corresponde al damnificado directo, es decir a quien sufre el daño como víctima, extendiéndose en caso de muerte de este, a los herederos forzosos (damnificados indirectos). En síntesis estos serían los únicos con legitimación activa.

Si tenemos en cuenta que el concepto de heredero forzoso es acotado (se extiende a los descendientes, ascendiente, cónyuge y algunos autores reconocen como tal a la nuera viuda sin hijos), quedan al margen de poder reclamar un amplio número de personas que efectivamente pueden haber sufrido daño moral, como ser: concubino, sobrino, hermano, amigos, novio/a, etc.

Pero el problema no se queda en esto, ya que la injusticia de esta norma no sólo se presenta ante la muerte del damnificado directo, sino que en ciertos casos, como puede ser ante una lesión discapacitante de carácter permanente y total, por ejemplo de hijos menores, padres, esposos que siguen con vida, pero que por la entidad del menoscabo quedan en estado vegetativo, y sus padres, hijos, esposos se ven imposibilitados de reclamar por el daño personal que ellos mismos sufren ya que expresamente lo impide la norma.

Creemos que nadie puede negar la existencia de daño moral de un padre por la muerte de su hijo, pero es muy difícil pensar en que el padre no transite por la misma situación al ver a su hijo postrado de por vida en una cama. ¿Es justo negar en estos casos la titularidad de la acción? ¿No estamos ante la presencia de un daño cierto?

¹ Art. 1078 Código Civil

En el mismo sentido, nos preguntamos: ¿no sufre daño moral una persona ante la muerte de su hermano? ¿Se ve afectada la concubina por la muerte o incapacidad de su compañero? ¿Se le puede negar indemnización por no tener el título de esposa?

Es evidente que la atadura a la letra de la ley, torna injusta muchas situaciones, en donde realmente está presente el daño moral. Esto nos genera muchas preguntas, que creemos, no tienen la respuesta adecuada por parte de la ley.

Por el contrario, se argumenta a favor del contenido actual del artículo 1078, que una ampliación desmedida de legitimados produciría multiplicidad de reclamaciones y que esto tornaría imposible que el dañador hiciera frente a todas ellas. ¿Realmente esto es así? ¿No contempla nuestro código herramienta alguna para evitar esta situación? ¿No puede pasar lo mismo si lo que se reclama es daño patrimonial? ¿Por qué el código no impone restricciones en este último caso?

Situación actual

Consideramos que el tema tiene una importante relevancia en la actualidad, si tenemos en cuenta que se han dictando fallos contradictorios sobre la materia, no sólo entre los distintos tribunales del país, sino contrarios al propio artículo 1078 del Código Civil.

En muchos de estos fallos se ha declarado la inconstitucionalidad o inaplicabilidad del citado artículo, dejando de lado la limitación en esos casos concretos y otorgando legitimación activa a los supuestos excluidos.

No sólo los tribunales se han expresado en la necesidad de un cambio, sino que la mayoría de la doctrina entiende que esto es conveniente, existiendo diferencias sólo en relación a la nueva extensión que se le daría a la legitimación del daño moral.

Camino a seguir

De manera que determinar si se debe ampliar la legitimación, y saber hasta qué punto sería conveniente es el objetivo al que vamos direccionados con este trabajo. A su vez determinar si el presente artículo es contrario a los principios constitucionales

En la primera parte, nos proponemos realizar una introducción al tema, abordando distintas temáticas de carácter general, como: las asepciones de la palabra daño, los distintos tipos de daños y sus diferencias, como también las teorías sobre el daño moral, la objeciones a su existencia, para poder de esta forma hacer una introducción teórica en el tema.

Luego empezaremos a especificar sobre el daño moral y la legitimación activa en particular. Abordaremos como fue tratado en el derecho comparado y por nuestro ordenamiento, analizando desde la redacción del Código por Velez Sarsfield, pasando por la reforma 17.711², y los nuevos intentos de modificación del texto legal.

Finalmente abordaremos la problemática que se produce al excluir damnificados, cuales son los casos controvertidos que se manifiestan como injustos, el tratamiento de los proyectos de reforma del código civil y por último expresaremos nuestras conclusiones y puntos de vista.

² Ley 17711 Reforma del Código civil (1968).

Capítulo Primero
CONSIDERACIONES GENERALES
EL DAÑO MORAL

1. Introducción

Referirnos al daño moral es una cuestión compleja, quizás porque son de aquellos temas en los que existen opiniones contradictorias en cuestiones básicas como su definición o naturaleza jurídica.

Responder ¿qué es el daño moral?, genera dificultad, no se presenta ante nuestra mente una idea clara e inmediata de la cuestión, es difícil de expresarlo en palabras. Esto no es solo una dificultad nuestra, importantes estudiosos del derecho han expresado lo mismo, razón por la cual muchos han decidido observar desde la negatividad a esta cuestión, acotando su importancia o inclusive desconociendo su existencia.

Creemos que esto se debe a la propia naturaleza del daño moral, a su manifestación en la subjetividad del ser, la dificultad de percepción y el alcance de su manifestación. Seguro esto pone en tela de juicio su existencia o más que la existencia lo que en realidad preocupa es la facilidad de simularlo, es decir, si cuando se reclama daño moral realmente es porque existió una afectación a la espiritualidad de una persona o solo se limita a la mera intención de obtener algún provecho económico. Esto llevo a Joaquín Llambias a titular “El precio del dolor” a escritos relacionados al tema, dejando manifiesta su idea de que las peticiones por daño moral solo encubren la intención de obtener sumas de dinero.

Pero nosotros entendemos que el daño moral es un detrimento que se manifiesta en la subjetividad de la persona, haciéndolo vivir de una manera peor a la que llevaba antes, y que toda persona así afectada debe ser reparada.

Todas estas cuestiones van a ser tratadas en las líneas siguientes.

2. Daño patrimonial y daño moral

El daño puede ser objeto de diversas clasificaciones, pero sin duda la más importante y con trascendencia práctica es la que distingue al daño en patrimonial y moral.

Ambos se encuentran reconocidos en distintos artículos del Código Civil; así el daño patrimonial en los arts. 519, 1068, 1079; y el moral en los arts. 522 y 1078.

Podemos decir que nos encontramos ante un daño patrimonial, también denominado material, cuando el detrimento tiene como objeto valores económicos o patrimoniales que se producen a raíz de la lesión. Cuando se menoscaba el patrimonio de una persona sea en sus elementos actuales, posibilidades normales, futuras y previsibles, estamos ante un daño patrimonial (Orgaz, 1980).

Este daño fue el que siempre fue reconocido por los tribunales y doctrina debido a su naturaleza material, a la facilidad de su constatación. Se entendía que era el único susceptible de comprobación, ya que podía ser observado, y se representaba por el valor perdido a raíz de la lesión. Poniendo un ejemplo, este daño estaría representado en un choque de vehículos, por el valor de los arreglos, o gastos por tratamiento terapéutico de algún herido.

Por el contrario, “cuando el acto ilícito no comporta por sí ningún menoscabo para el patrimonio, en su contenido actual o en sus posibilidades futuras, pero hace sufrir a la persona molestándola en su seguridad personal o en el goce de sus bienes o hiriendo sus afecciones legítimas, se tiene un daño moral o no patrimonial”(Orgaz, 1980, pág.19).

Por otro lado, es frecuente considerar que el daño moral es el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, la humillación, y, en general, los padecimientos que se han infligido a la víctima. Pero ¿qué son en verdad esos dolores, angustias, aflicciones, humillaciones y padecimientos? Si se analizan bien, podríamos decir, que sólo son estados del espíritu, consecuencia del daño.

a) Distinto tratamiento

Llama la atención el distinto tratamiento que el código hace de ambos, como por ejemplo en materia de legitimación, ya que en el daño patrimonial se la

reconoce en un sentido amplio (1079), y por el contrario el art. 1078 expresa una visión limitativa reconociendo en principio legitimación solo al damnificado directo.

Dice RITTO (2010): “La restricción responde a la filosofía racionalista de otros tiempos, en los que se protegían los derechos absolutos de la persona y a la propiedad, y solo se consideraba daño resarcible la lesión a un derecho subjetivo o interés legítimo” (2010, pág. 67).

Desde una concepción que considera que el daño moral tiene en cuenta las consecuencias que produce la acción lesiva, se manifiesta que ambos daños deben ser tratados de igual manera tanto en materia de legitimación, como en cuanto al resarcimiento. El camino para su determinación es igual en uno u otro caso, la diferencia que de ellos pueda surgir solo debe ser producto de las diversas consecuencias producidas.

Consideramos que el daño moral adquirió en nuestros días una relevancia notable, que lo pone a la par o inclusive por encima del daño patrimonial, ya que en muchos aspectos, lo importante y trascendente pasa a ser la reparación de la faz espiritual por sobre la patrimonial.

3. Definición del daño moral

Entendemos que la definición que mejor se adecua a la naturaleza del daño moral, es la que tiene en cuenta las consecuencias perjudiciales que deriva de la lesión a un interés no patrimonial.

Este camino fue marcado por el Dr. Orgaz, y seguido por amplia doctrina y jurisprudencia.

La definición que proponemos de daño moral, es la defendida por el Dr. Pizarro (1984, Agosto-Septiembre) “Daño Moral”. Ponencia presentada en Las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, en colaboración con los doctores Zavala de González, Sandoval, Chiappero de Bas y Junyent Sandoval:

“Es una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este, y anímicamente perjudicial” (Pizarro-Vallespinos, 1998, pág.).

Como bien lo expresa Ritto (2010), este es sin lugar a dudas el concepto de daño moral que reflejan la mayor parte de nuestros fallos jurisprudenciales y también el que con mayor frecuencia se emplea en la práctica profesional.

Reza la definición que el daño moral es una modificación disvaliosa del espíritu, con lo cual se pone de manifiesto un cambio en la espiritualidad de la persona, no va a estar en la misma situación anterior, sino en una perjudicial, negativa, se va a sentir de una forma diferente por los efectos del daño.

Con esta definición el daño no solo se queda en lo meramente afectivo, sentimental, en el dolor, sino que también se extiende a otros ámbitos de la personalidad como la capacidad de entender, querer. De esta forma se le da al daño moral un ámbito más amplio; contrario a autores que lo reducen a la existencia de dolor, sufrimiento, angustia, tristeza, que solo son modos en los que se puede manifestar, y seguro los más comunes pero no los únicos, por lo tanto puede presentarse daño aun frente a la ausencia de estos sentimientos.

“El daño moral no se reduce a sufrimientos, sino que tiene una perceptible dimensión objetiva: un empeoramiento existencial para quien acciona, susceptible de inferirse a partir de una confrontación entre su estado previo y el posterior hecho lesivo” (Zavala de González, 2010, pág. 441).

La definición al hacer expresión a consecuencia de una lesión, manifiesta su asentimiento con la teoría de las consecuencias de los hechos lesivos.

Necesariamente el detrimento en la subjetividad de la persona debe provenir de una lesión a un interés no patrimonial, por lo que siempre debe existir la lesión a un interés de este tipo para configurar el daño moral, con independencia de que el daño afecte un derecho de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial.

No influye en la existencia del daño la mera ausencia de sensibilidad o comprensión del mismo, debido a que por este concepto se objetiviza su existencia, pudiendo ser este perceptible a través del manifiesto modo de estar distinto al anterior y negativo para la víctima.

Con solo corroborar el disvalor subjetivo producido, que se exprese en un modo de estar distinto del que la persona tenía antes del hecho dañoso, se configuraría daño moral. (Pizarro-Vallespinos, 1998).

Zannoni (1993) explica que el resarcimiento, en estos casos, no debe considerarse como la reparación de un modo jurídico de sentir el agravio, sino como resarcimiento objetivo de un bien.

4. Distinción entre daño patrimonial y daño moral

Es controvertido el concepto de daño, debido que la doctrina y jurisprudencia no han llegado a un consenso en cuanto a su determinación.

La doctrina plantea distintas concepciones apoyadas cada una por autores de renombre por lo que no es fácil tomar posición por alguna de ellas; parece que esto también influyó en la jurisprudencia, ya que a través del tiempo los fallos se han manifestado en favor de una u otra posición.

Pizarro expresa: “Determinar que se entiende por daño constituye una cuestión de fundamental importancia, tanto para el damnificado como para el sindicado responsable. Los límites cualitativos y cuantitativos del primero y la obligación de resarcir del segundo pasan por la cuestión conceptual” (Pizarro- Vallespinos, 1998, tomo 2, pág. 636).

a. Doctrina que identifica al daño con lesión a un derecho subjetivo³: Esta teoría entiende que el daño patrimonial es aquel que afecta intereses o derechos subjetivos patrimoniales. Por otro lado, el daño moral es aquel que recae sobre derechos subjetivos de tipo extrapatrimonial. (Salas, 1968).

Siguiendo a Brebbia (1950): La persona por definición legal, es titular de derechos y facultades con que la norma la ha investido, que técnicamente se conocen como derechos subjetivos; hay daño jurídico cuando se agravia o menoscaba alguno de esos derechos o facultades que nacen de la norma, y que integran la esfera jurídica de una persona.

Esta teoría, si bien tuvo fuertes seguidores, no podía responder a los supuestos en los que un daño a un derecho subjetivo extrapatrimonial provocaba a su vez un daño patrimonial, como por ejemplo la afectación de la honra de una persona que podía incidir en su capacidad productiva futura.

³ CNCom., Sala C, “Pérez Leiros c. Plan Rombo S.A. de ahorro para fines determinados”, LL, 1994-C-103.

También de manera inversa el daño a un interés material, muerte de un animal por acto ilícito, podía generar daño moral debido a la afectación de los sentimientos de su dueño.

Dentro de esta posición, y con la finalidad de sobrepasar esas críticas, se distinguió entre daño moral puro y daño moral con proyección patrimonial. El primero se presentaba cuando la afectación a un derecho extrapatrimonial solo se veía reflejada en un daño moral. Pretendiendo, por medio de la segunda denominación, dar explicación a los daños materiales que se generaban conjuntamente con un daño moral. Encubriendo de esta forma un manifiesto daño patrimonial bajo un rotulo falso.

b. Doctrina que identifica daño con lesión a un interés legítimo⁴:

Como superación de la posición anterior, tratando de dar respuestas a las críticas, surge esta teoría. Esta entiende que el daño recae sobre un interés legítimo que es presupuesto de un derecho subjetivo y no sobre el derecho en cuestión.

De este modo, se reconoce la posibilidad de que un mismo derecho subjetivo contenga intereses de ambas naturaleza, por lo tanto independientemente de la clase de derecho podemos encontrarnos con daño patrimonial o moral.

Para entender la explicación que Bustamante Alsina hace de esta teoría, hay que tener en cuenta el concepto de bien jurídico e interés legítimo.

Bien jurídico son las cosas que constituyen objeto de los derechos patrimoniales y también son bienes jurídicos los atributos de la persona como sujeto de derecho y los valores que constituyen los derechos de la personalidad (vida, libertad, salud, honor, etc.).

Interés legítimo es aquel que impulsa al hombre para realizarse mediante la satisfacción de las exigencias físicas y espirituales consustanciales con la naturaleza humana. Todo interés goza de protección legal mediante los poderes de actuación que constituyen los derechos subjetivos.

De esta manera, si el daño recae sobre un bien jurídico material deteriorando o destruyendo una cosa que es objeto de un derecho patrimonial y afecta al mismo tiempo un interés legítimo de carácter económico porque altera la integridad del

⁴ Cam. CC Azul, Sala II, "Municipalidad de Tandil c. Transporte Automotores La Estrella s.a. y otro", LL, 1997-D-273.

patrimonio disminuyéndolo, estamos en presencia de un daño patrimonial directo. Si el mismo daño repercute en los sentimientos por el valor afectivo de la cosa atacada, produciendo un desequilibrio emocional a causa de la pena o la angustia de su pérdida, el daño es moral indirecto.

Si el daño recae sobre un bien jurídico inmaterial atacando la vida, el cuerpo, la salud, el honor o la libertad de una persona y afecta al mismo tiempo un interés jurídico no patrimonial, el daño es moral directo. Si el mismo daño repercute en el patrimonio por pérdida de un beneficio económico afectando así un interés jurídico patrimonial, el daño es patrimonial indirecto. (Bustamante Alsina, 1997, pág. 238 y 239).

c. Doctrina que identifica al daño con el resultado o consecuencia de su acción⁵: La mayoría de la doctrina defiende la postura que entiende que, para determinar si nos encontramos frente a un daño moral o patrimonial, no hay que tener en cuenta la índole del derecho que se lesiona, ni el interés legítimo presupuesto de un derecho, sino observar el resultado o consecuencia de la acción antijurídica (Orgaz, 1980; Pizarro- Vallespinos, 1998; Bustamante Alsina, 1997).

“El parangón (entre daño moral y daño patrimonial) solo es factible atendiendo a la concreta y ulterior consecuencia de la lesión: hay daño patrimonial, si el resultado es antieconómico; y daño moral si el resultado es antiespiritual” (Zavala de González, 1996, t2, pág. 27).

“Si lo que se quiere clasificar es el daño resarcible, no hay por qué atender a la naturaleza de los derechos lesionados, sino al daño en sí mismo, esto es, a los efectos o consecuencias de la lesión.”(Orgaz, 1980, pág. 201).

Por lo tanto el derecho lesionado queda fuera de análisis para esta teoría, ya que lo que le interesa es observar las consecuencias que produjo la acción, y a partir de estas, poder determinar la existencia de uno, otro o ambos tipos de daños.

De esta forma se admite la posibilidad que un mismo acto ilícito despliegue consecuencias dañosas tanto en la esfera patrimonial como en la extrapatrimonial, para su determinación se analizara ese caso particular y de acuerdo a las consecuencias existentes se tendrá por producido el daño.

⁵ Cam. Apel. Civ. y Com. Morón, Sala II, JA, 13/3/84.

Partiendo de esta teoría permite distinguir el concepto de daño entre daño en sentido amplio y daño resarcible.

Los sostenedores de estas ideas fundamentan su posición en los artículos (519, 1067/68/69) del Código Civil, debido a que ven en su propia letra la definición de daño de acuerdo a sus consecuencias. De esta forma el concepto de daño es normativo y no doctrinario como lo sostiene el Dr. Bueres (1992).

5. Objeciones al daño moral

Nuestro Código reconoce la existencia de daño moral y su indemnizabilidad tanto en materia contractual (art.522), como delictual (art.1078).

Esto no implica que para llegar a ese resultado no haya habido piedras en el camino, que por suerte se sortearon, para hoy reconocerlo en igualdad de condiciones que al daño patrimonial.

Si bien hoy en día su reconocimiento es amplio, no por eso dejan de existir autores que ven en él un resarcimiento injusto, y encuentran objeciones a su reconocimiento. Representantes de esta posición han sido Bibiloni en nuestro derecho, y en el derecho comparado Savigny.

a. Inmaterialidad: Se entiende que el daño material, se presenta ante nuestros ojos, de manera que es susceptible de apreciación, es palpable, sin dejarnos lugar a duda sobre su existencia y facilidad de determinar su cuantía. Por el contrario el daño moral, al identificarse con la subjetividad de las personas, al producir sus efectos en el interior del sujeto, se dice que no existe, que se resarce un daño inexistente. Por otro lado, también existe el problema de la prueba, si su manifestación es el modo de estar que la persona exterioriza, entonces sería fácil simular su presencia.

Sostienen que la reparación del daño moral atentaría contra elementales principios de la responsabilidad civil, al indemnizar un perjuicio inexistente.

b. El precio del dolor: Desde el punto de vista ético se ha sostenido que es inmoral y escandaloso poner precio al dolor o discutir el valor de los afectos.

Involucrar los sentimientos con cuestiones pecuniarias no es correcto, ambas cuestiones transitan por carriles distintos. Considerar que los dolores físicos o

espirituales se pueden comprar con el dinero es caer en un grosero materialismo (Llambias, 1955).

c. Imposibilidad de tasarlo en dinero: La forma común de volver las cosas al estado anterior es por medio del dinero, a través del pago del valor que representa el detrimento; por lo que el dinero vuelve la situación a idéntico estado al que se encontraba antes del daño, mediante la entrega de una misma cosa o el pago del valor del objeto. Es decir que el dinero cumple una función de equivalencia (Trigo Represas-Lopez Meza, 2004).

Caso distinto es el del daño moral, y que ha producido los más fuertes embates a su existencia. Si tenemos en cuenta que no es susceptible de apreciación ¿cómo podemos representarlo mediante una suma de dinero?

El error de esta postura esta en entender que el dinero cumple la misma función dentro de la reparación del daño moral y el material; en este último se puede pensar que el dinero es equivalente entre daño y reparación. Pero en la reparación del daño moral cumple un papel diferente: el de satisfacción o compensación, se trata de otorgarle a quien fue víctima del daño, una satisfacción por lo que tuvo que pasar. Si bien, puede ser insuficiente ya que no borra los efectos del daño, parece ser más justa, adecuada, frente a la ausencia de toda reparación, e ir en contra del principio de reparación plena reconocido por nuestro ordenamiento. La misma función de satisfacción y no de equivalencia desempeña el dinero en otros órdenes de la vida, sin que nadie formule reparo alguno (Orgaz, 1980).

En el mismo sentido Brebbia expresa: “Esta fuera de discusión que los daños morales no pueden ser tasados adecuadamente en dinero, ya que hemos señalado este hecho precisamente como una de sus características específicas, pero tal circunstancia no puede constituirse en impedimento para la reparación de los perjuicios morales” (Brebbia, 1950, pág. 102).

d. Imposibilidad de estimarlo de manera exacta bajo parámetro pecuniario: Derivada del punto anterior, se dice que en caso de aceptarse que se puede reparar por medio del dinero, nos enfrentamos al problema de saber cuánto se debe resarcir en cada caso particular. ¿Cuánto le corresponde a una madre por la muerte de su

hijo? ¿A cuánto asciende el valor de los afectos que una persona pueda tener por una cosa destruida?

No debe dejar de tener en cuenta la doctrina, que este problema no solo se presenta en el daño moral, y siempre estará sujeto a la libre apreciación del juez, en razón a lo que las circunstancias del caso le determinen.

En el daño patrimonial futuro, cuando el juez debe determinar el valor del mismo que aún no está presente, no se ha manifestado, también sucede algo similar, sin embargo no ha sido objeto de crítica como en este caso.

Es ejemplar la frase: “del hecho de que el juez no pueda conceder una reparación exacta, no se puede concluir que no debe conceder ninguna reparación” (Bustamante Alsina, 1997, pág. 208-citando a Laurent).

6. Reparabilidad del daño moral

En la actualidad, el reconocimiento del daño moral no presenta demasiados detractores. Si bien desde un principio fue receptado por nuestra ley, las objeciones planteadas supra son hoy en día retrogradas y están en clara retirada.

Entonces podemos afirmar que la procedencia del daño moral no se discute. Lo que si esta en controversia es el fundamento por el cual este es procedente, presentándose distintas teorías:

a. Doctrina de la pena o sanción ejemplar⁶:

La reparación del daño moral no constituye un resarcimiento sino una verdadera pena civil para reprochar de manera ejemplar la falta del ofensor.

Esta teoría reconoce la indemnizabilidad del daño moral, pero entiende que se debe llevar a cabo como una sanción que se le impone al que produjo el daño, con la intención de evitar comportamientos similares en el futuro.

El monto de la indemnización dependerá de la gravedad de la conducta, siendo mayor cuando es doloso, y atenuado ante un obrar culposo.

El problema de esta teoría es que pone el centro de atención en el castigo que le corresponde al infractor olvidándose de la víctima, por lo tanto se deja de lado la verdadera entidad del daño.

⁶ CNCiv., Sala A, “Barbosa, Herminia c. Arancibia, Alfredo R.”, LL 1980-D-7654.

Se le critica a la teoría de la sanción ejemplar que si el resarcimiento fuese una pena no se entendería que se entregue a la víctima, sino que debería serle entregada al Estado o alguna entidad de beneficencia.

También si fuese una pena, el resarcimiento debería extinguirse por la muerte de la víctima, debido al principio de personalidad de la pena, cuestión que no sucede en este caso debido a que se transmite a su principal o herederos.

Cabe señalar que nuestro máximo tribunal ha descalificado esta teoría en el fallo Santa Coloma⁷.

Esta posición fue fuertemente defendida por Llambias (1950).

b. Doctrina del resarcimiento del daño moral⁸

Admite el carácter netamente resarcitorio, y tiene en cuenta la situación de la víctima, debido a que para la determinación del daño se observa la verdadera magnitud que tuvo sobre la víctima.

De esta forma es relevante el resultado de la acción dañosa independientemente de la intención del infractor.

Esta postura es compartida por la mayor parte de la doctrina (Brebba, 1967; Zavala de González, 1994; Trigo Represas-Lopez Meza, 2004; Pizarro-Vallespinos, 1998)

c. Doctrina de la doble posición⁹

Entiende que las dos teorías anteriores son extremas, y por lo tanto no comprenden en su totalidad el fenómeno resarcitorio. Para que esto suceda no solo debe observarse como se llevó a cabo la acción por el autor, sino también el resultado que produjo en la víctima (Zannoni, 1987).

Compartimos los criterios de la teoría resarcitoria, debido a que es la que manifiestan el contenido de los artículos de nuestro Código Civil, la que protege la

⁷ CSJN, 5/8/86, "Santa Coloma, Luis F. y otros c. Ferrocarriles Argentinos", JA, 1986-IV-624.

⁸ CNCiv, Sala D, "Escudero, José G. c/Da Costa, Lauro A", LL 1992-C-242.

⁹ CNCiv. y com. Fed., Sala III, "Pajon, Luis O. c. Estado Nacional-Estado Mayor General de la Armada".LL.1990-A-489.

posición de la víctima y la sostenida por nuestra jurisprudencia a partir de Santa Coloma¹⁰.

7. El daño resarcible

No todo daño es resarcible, debido a que este debe presentar ciertas condiciones necesarias que podríamos decir funcionan como un “filtro” para evitar que cualquier situación que no cumpla con los requisitos sea admitida judicialmente.

Dice Orgaz (1980): El derecho no impone al autor del acto ilícito la obligación de responder por todas las consecuencias que de cualquier modo hayan derivado del acto, pues semejante responsabilidad sería gravemente desquiciadora de su actividad individual y de los intereses de la sociedad misma.

a. Requisitos del daño resarcible.

Se considera daño resarcible aquel que es cierto, personal- aunque no necesariamente exclusivo- del accionante y deriva de la lesión a un interés patrimonial o extrapatrimonial no ilegítimo del damnificado. Estas características son iguales en ambos tipos de daños aunque adquieren cierta particularidad, en este caso, por la naturaleza del daño moral.

i. El daño debe ser CIERTO, esto hace referencia a la posibilidad de constatar su existencia, de determinar cualitativamente su existencia, con independencia de su determinación cuantitativa.

En el ámbito patrimonial este requisito se obtiene a través de las pruebas presentadas que sirvan para acreditar el daño. Pero en el ámbito extrapatrimonial, por la naturaleza del daño, la certidumbre no se reduce a una cuestión de prueba, debido a que este se considera producido frente a la constatación de situaciones objetivas como la presencia de antijuridicidad y la titularidad de la acción. Se trataría de una prueba in re ipsa que surge inmediatamente de los hechos mismo, como por ejemplo: la muerte de un hijo; en este caso no es necesario acreditar la lesión ya que ella misma surge de los hechos.

ii. El daño es PERSONAL cuando solo la víctima de la lesión puede reclamar su resarcimiento, es decir aquel que lo ha sufrido. Por lo tanto no se puede

¹⁰ CSJN, 5/8/86, “Santa Coloma, Luis F. y otros c. Ferrocarriles Argentinos”, JA, 1986-IV-624.

reclamar daños sufridos por terceros, salvo en caso de representación legal o convencional.

Este carácter se manifiesta aun más en el daño moral que en el patrimonial, ya que la lesión se produce en los sentimientos del sujeto por lo que adquiere carácter personalísimo: “el dolor o, en general, la lesión a los intereses morales, es por su propia naturaleza, algo inherente a la persona misma del titular” (Orgaz, 1980, pág. 239).

Por lo tanto la acción no podrá ser cedida por acto entre vivos, ni pasada a los herederos, salvo que hubiese sido ejercida en vida por el causante. Tampoco podría ser ejercida por los acreedores por medio de la acción subrogatoria.

iii. Por último se debe producir LESION A UN DERECHO SUBJETIVO o a un INTERESES JURIDICAMENTE PROTEGIDO como presupuesto del daño resarcible.

Los defensores de esta postura, plantean dichas exigencias para limitar su reclamo a los titulares de dichos intereses o derechos. De esta forma pretenden poner freno a una eventual catarata de demandas que irían en contra de la patrimonialidad del responsable y atentarían contra la totalidad de sus bienes.

Es por esto que Orgaz (1980) defensor de esta posición plantea una distinción entre daño jurídico y daño de hecho. El primero estaría respaldado por un derecho subjetivo y habilitaría a su reclamo y por el contrario el de hecho queda fuera del ámbito de protección. Independientemente de esto no se niega la existencia del perjuicio de hecho, solo se desconoce su tutela legal (Mosset Iturraspe, 1998).

Esta posición se funda claramente en el limitativo artículo 1078, que deja de lado ciertos posibles perjudicados permitiendo legitimación solo a los herederos forzosos.

8. El simple interés

Con un criterio más flexible, otro sector de la doctrina (Bueres, 1999; Pizarro, 2000; Zannoni, 2005; Zavala de González, 2009), considera suficiente una lesión a un simple interés patrimonial o extrapatrimonial no contrario a derecho, es decir sería un interés de hecho, al que la teoría anterior le niega posibilidad de reclamar. Pero si bien el derecho expresamente no lo reconoce, no es un interés contrario al

ordenamiento sino que en ciertas situaciones posibilita la satisfacción de justos y nobles intereses que el ordenamiento no debe dejar de lado.

Consideramos correcta esta posición debido a que se adecúa a los actuales criterios del derecho de daños, vamos a volver a hacer referencia a ella durante el desarrollo del contenido principal de esta tesis.

Capítulo II

TERCERAS CATEGORIAS DE DAÑO

9. ¿Nueva categoría de daños? Fundamentos

Desde las últimas décadas, viene ganando espacio dentro de la doctrina y jurisprudencia, pretendidas nuevas categorías de daños distintas a la tradicional distinción entre daño patrimonial y daño moral.

Estas nuevas categorías surgen con el objeto de satisfacer o atender con mayor precisión los distintos aspectos del ser humano, es decir los distintos tipos de afecciones a los que puede estar sujeta, por lo que se apoyan en la apreciación del ser humano en su plenitud.

La visión sobre la persona sufre ciertos cambios, no solo es vista desde lo material, sino que se comprenden diversas facetas que van más allá de esto. Al entenderse que el ser humano es una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad, es recién que se percibe que la persona puede ser dañada en cualquier aspecto de la referida unidad psicosomática o en su libertad convertida en actos o conductas intersubjetivas, es decir, en su proyecto de vida, en su libertad fenoménica.

Esta visión es muy valiosa dentro de nuestra legislación, sobre todo teniendo en cuenta la visión patrimonialista de nuestro Código Civil.

Entre las distintas denominaciones de los nuevos daños se destacan: daño a la persona como el fenómeno más amplio, y dentro de esta, daño al proyecto de vida, daño a la vida de relación, daño estético, daño síquico.

Entienden que la concepción de daño moral deja de lado la problemática en su totalidad, y ciertos aspectos de la personalidad de un sujeto quedan al margen de tutela, como ser la estética, psiquis, el proyecto de vida, etc. Es así que postulan nuevas categorías, en las cuales se les da atención particular a estos aspectos abandonados.

Estos autores entienden que en el momento de determinar la cuantía de la indemnización, no solo se tendría en cuenta el daño moral o patrimonial, sino que, si

en el caso particular existiese daño estético, este debería ser indemnizados con un monto dinerario que solo comprenda este rubro independientemente de la tradicional dualidad, es decir con carácter autónomo.

10. Sus orígenes

Señalan que la tradicional clasificación bipartita de daños estaría agotada, y resultaría inapta para alcanzar soluciones justas en numerosos supuestos de la vida real. (Mosset Iturraspe, 1980).

Estas ideas han sido elaboraciones doctrinarias, luego admitidas por los tribunales en Estados donde el concepto de daño moral que imperaba era restringido. En particular fue en Italia donde se empezó a discutir sobre estas nuevas ideas, hasta que fueron acogidas legalmente.

Dice Ritto (2010) “En otros sistemas jurídicos, como en Italia, ante el carácter limitativo y punitivo del resarcimiento del daño moral en su art. 2059 del Código Civil es lógico que la doctrina haya elaborado soluciones que contemplen los daños que el acotado daño moral italiano no incluye” (2010, pág. 81).

La irrupción de nuevas formas de daños es justificable en aquellos países que (a diferencia del nuestro) consagran criterios estrechos e insatisfactorios en materia de reparación del daño moral, por ejemplo por la vigencia del sistema de tipificación del daño.

Parte de nuestra doctrina considera que estas ideas también deben ser aplicadas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, ya que el derecho de daños en la actualidad pone en el centro de atención a la persona por sobre cualquier otro valor, y con esta nueva clasificación se estaría atendiendo mejor su integridad.

11. ¿Es aplicable a nuestro derecho?

Otros autores (Pizarro, 2000; Zavala de González, 2009) entienden que la postura anterior no es aplicable en nuestro derecho, debido a que nuestra ley contempla una clasificación bipartita, y forzar la interpretación de los textos legales, haciéndole decir lo que no dicen, no es el modo de producir cambios en el derecho.

Creemos que nuestro ordenamiento es claro con respecto a la clasificación de los daños, o es patrimonial (519, 1068, 1079) o es moral (522, 1078).

Además la concepción del daño que explicamos supra y consideramos es la que se desprende del articulado del código es amplia, no restrictiva, por lo tanto no deja ámbito propio de aplicación a estas nuevas ideas, salvo cuando son incluidas como rubros dentro del daño moral o material.

Quienes valoran el daño a la persona como perteneciente a una tercera categoría, parten de la concepción de daño moral basada en el *pretium doloris*, reducida al dolor, sufrimiento, al padecimiento físico o síquico. Como dijimos antes el sufrimiento no es necesario para que se manifieste el daño moral, pero si la forma más común en la que se presenta.

En síntesis, en nuestro Código Civil solo se establecen dos grandes categorías de daños; daño patrimonial (emergente y lucro cesante) y daño moral (Pizarro- Vallespinos, 2008, pág. 293). Las lesiones a la estética, integridad sicofísica, a la vida de relación constituyen formas de lesividad, que pueden generar daño material o moral según los intereses afectados. Por ejemplo ante una lesión que afecte la estética de una persona, afectando su espíritu, haciéndolo vivir de una forma distinta a la que llevaba con anterioridad, configura claramente daño moral; ahora cuando esa lesión recae en una persona que vive de su belleza, esa lesión claramente la va a afectar desde el aspecto patrimonial, configurando de esta forma un daño material.

Más allá de lo expresado, estas nuevas denominación pueden ser útiles dentro de la concepción bipartita, para la valoración cualitativa y cuantitativa de ciertos perjuicios, imponiendo al juzgador el deber de considerar por separado, fundamentalmente, las diferentes facetas y repercusiones patrimoniales y morales de la acción lesiva (Pizarro- Vallespinos, 2008).

Capítulo III
LA EVOLUCION HISTORICA DEL DAÑO MORAL
EN LA
LEGISLACION ARGENTINA

12. El Código de Dalmasio Vélez Sarsfield

Hay que reconocer la vanguardia encabezada por Vélez Sarsfield, que en el año 1869, cuando terminó la tarea de redacción del Código Civil, tuvo en cuenta de manera expresa al daño moral. Hay que pensar que para la época en que se redactó, eran pocos los ordenamientos que lo admitían, por lo que se puede decir que nuestro Código evidenció un espíritu favorable a la reparación del daño moral.

Cabe recordar que en párrafos anteriores hemos explicado posturas doctrinarias que hasta hace no mucho tiempo, seguían sosteniendo la inexistencia de este daño. Si bien esta postura se encuentra en franco retroceso, hay que pensar lo vanguardista que fue en la época de redacción del Código Civil.

Queda claro que a pesar de que en el momento de la sanción del código civil, el daño moral era rechazado por la mayoría de la doctrina extranjera, en nuestro país se lo admitió expresamente.

Si bien la lectura del texto nos manifiesta una recepción restringida, tenemos que tener en cuenta, que para la época, era un precepto innovador y ejemplo a seguir por legislaciones que iniciaban el camino al reconocimiento del daño moral.

En relación a esto Pizarro dice: “El código Civil Argentino fue el primero de su tiempo que reguló en forma expresa la reparación del daño moral” (2004, pág. 154).

a. Texto originario art. 1078: *Si el hecho fuese un delito del derecho criminal, la obligación que de él nace no solo comprende la indemnización de pérdidas e intereses, sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la*

persona, molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas.

Esa fue la redacción del artículo incorporado por Vélez Sarsfield y que mantuvo vigencia hasta ser modificado por la ley 17.711. Como lo expresa Orgaz (1980), la norma se inspiraba en dos fuentes distintas, una es la que se hace referencia expresamente en su nota (Ley 8, Tít. 15, Part. 7°), y otra que es la obra de los prestigiosos juristas Aubry y Rau.

13. Distintas interpretaciones del texto originario

Debido a que el daño moral fue y sigue siendo un tema sujeto a controversias, este artículo fue objeto de distintas interpretaciones por parte de la doctrina y jurisprudencia, que prevalecieron unas sobre otras a través del tiempo de su vigencia, entre ellas:

a. Resarcimiento pleno de toda clase de hechos ilícitos: esta postura sostenía que la reparación del daño moral tenía que ser amplia, independientemente de la existencia de delito criminal.

Fundaban sus ideas en el texto del art. 1068, en el cual veían el reconocimiento tanto del daño material, como del moral; sostenían que cuando decía “por el mal hecho a su persona o a sus derecho o facultades”¹¹, estaba haciendo referencia al daño moral. Por lo tanto mas allá del incuestionable texto del art. 1078, y la exigencia de que exista delito criminal, esa mención, no tenía entidad suficiente para negar el daño moral en otras situaciones, ya que en dicho artículo solo se expresaba una situación particular y debía prevalecer la interpretación del art. 1068 por sobre el contenido del 1078.

Defensor de esta postura era Brebbia (1950), sostenía que por más que la ley afirme en uno de sus artículos la necesidad de que esté presente un delito del derecho criminal, no quería decir que niegue la procedencia de reparación en otros supuestos. También defendía su postura expresando que otros artículos también reconocían el daño moral como el 1075 y 1077.

¹¹ Art. 1068 Código Civil.

Un argumento definitorio para este autor, lo encontraba en la nota al art. 2312, en donde el Código, reconocía el resarcimiento del daño moral de manera amplia. Expresa dicha nota: “Hay derechos y los más importantes, que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc. Sin duda la violación de estos derechos personales puede dar lugar a una reparación que constituya un bien, jurídicamente hablando”.

Queda claro que esta postura era la más atrevida y la que custodiaba de mejor manera los intereses de los damnificados.

b. Resarcimiento solo en caso que exista delito criminal: la postura mayoritaria apoyándose en los términos precisos del art. 1078, sostenían que la reparación solo correspondía cuando además del hecho ilícito existía delito criminal. Era muy fuerte el texto de la ley: “Si el hecho fuese un delito del derecho criminal”, independientemente del hecho ilícito civil.

Además esta postura consideraba que el art. 1068 solo se refería al daño patrimonial y de la nota del art. 2312 la rebatían diciendo que no era parte del texto legal.

Por otro lado la calificación de que un hecho era un delito penal, no dependía del juez civil, sino de la declaración previa de los tribunales penales, respetando de esa forma la subordinación de la instancia civil a la penal (art. 1101/02/03¹²).

La procedencia de la indemnización cuando existe ilícito criminal, enrolaba a la indemnización en una cierta especie de pena, con las consecuencias explicada supra.

Esta doctrina predominó en la jurisprudencia¹³ de los tribunales hasta la reforma de 1968.

¹² Código Civil

¹³ Fallo plenario, CNCiv., 15/03/43, “Iribarren, Fernando c/Sáenz Briones y Cía.”, LL 29-704

14. Nuestra opinión

Se puede decir que en esta época era extraño el reconocimiento del daño moral en el derecho comparado, y nuestro Código era pionero en esta materia, ese reconocimiento, de acuerdo a lo que primo en la doctrina y jurisprudencia era limitado. Había una condición para poder reclamar daño moral, y era la existencia de un delito de derecho criminal, como expresamente contemplaba el originario art. 1078. Pero a esta limitación hay que valorarla de acuerdo a los tiempos de su sanción, en donde lejos de ser el texto limitativo, venía a innovar sobre una materia controvertida.

Si bien no quedan dudas de esta limitación legal, partiendo de una interpretación favorable a este artículo se podría sostener, que su limitación “no era tan grave”, porque si bien coincidimos que era necesaria la presencia de un delito, también se podría interpretar que si este se presentaba, la ley no hacía mención a ninguna limitación en cuanto a la damnificados indirectos, permitiendo reclamar tanto a herederos forzosos como a quienes no lo eran (Ritto, 2010).

Con la reforma de 1968, se eliminó la necesidad de presencia de delito criminal, pero expresamente se incorporaron otras limitaciones. Primero al permitir reclamar en principio solo al damnificado directo, quedando excluidos todos aquellos que sufran un daño pero por la supervivencia del afectado directo no pueden iniciar la acción; segundo, por limitar el reclamo, ante caso de muerte, solo a los herederos forzosos.

15. El daño moral en los proyectos de reformas anteriores a la Ley 17.711

a. Anteproyecto Bibiloni: Éste fue el primer proyecto de reforma integral del Código Civil, que tuvo lugar en 1926, y su redacción estuvo a cargo de Dr. Bibiloni.

El eximio jurista entendía que el daño moral no era resarcible, y solo admitía, en principio, la reparación del daño patrimonial, salvo que la ley expresamente lo aceptara o proviniese del incumplimiento de una obligación onerosa. Recuerda Llambias que Bibiloni: “era contrario decidido del resarcimiento de los daños morales y así lo hizo constar en términos patéticos al proyectar, en su Anteproyecto, el régimen de los hechos ilícitos” (Llambias, 1973, pág.365)

b. Proyecto de reforma de 1936: El proyecto tuvo como base el Anteproyecto de Bibiloni, pero se apartó de él en varios temas, uno de ellos fue el daño moral.

El proyecto reconoció el daño moral con criterio amplio tanto en el ámbito obligacional como en el aquiliano:

- ART. 596: *Cuando la obligación no cumplida proviene de actos a título oneroso, y en todos los demás casos en que la ley lo autorice, habrá lugar a resarcimiento, aunque el perjuicio no fuera patrimonial, debiendo el juez estimar su importe de acuerdo a las circunstancias.*

- ART. 866: *Existirá daño, siempre que se causare a otro un perjuicio en su persona, en las cosas de su dominio o posesión, en sus derechos o facultades. El deber de reparar se extiende a toda lesión material o moral causada por el acto ilícito.*

c. El anteproyecto de 1954: Este anteproyecto estuvo a cargo de Llambias. Su trabajo tuvo una postura restrictiva hacia la indemnización del daño moral, basado en la teoría de la pena o sanción ejemplar y consagrando la tipicidad del daño moral.

- ART. 884: *Cuando el perjuicio no sea patrimonial, solo tendrá lugar a indemnizaciones en los casos en que la ley expresamente lo disponga.*

- ART. 1075: *El daño moral será indemnizable cuando el agente hubiera actuado con dolo.*

16. **Ley 17.711 y el nuevo artículo 1078**

Acercándonos al tema principal de nuestra tesis, nos enfrentamos al meollo de la cuestión, que es el actualmente controvertido art. 1078. Cabe recordar que fue objeto de modificación por la ley 17.711¹⁴ y quedó redactado de la siguiente forma:

La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral

¹⁴ Reforma del Código Civil, 1968.

sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.

Se elimino la mención a la necesidad de existencia del delito del derecho criminal, “por lo que la reparación del daño moral procede ya en toda clase de actos ilícitos, sean penales o puramente civiles...” (Orgaz, 1980, pág. 217), abandonándose el régimen de tipicidad del daño.

También con la expresión “resarcir el daño” adopta la concepción resarcitoria dejando atrás la idea de pena o sanción.

Sin embargo se incorporo la 2º parte del artículo que lo ubica dentro de una posición restrictiva en cuanto a los habilitados para reclamar. Por lo tanto, podemos decir, abandonó la postura restrictiva, permitiendo petitionar daño moral ante todo hecho ilícito, sin importar la esfera del derecho que se afecte, pero ahora es limitativo en relación a las personas que pueden reclamar por esos hechos ilícitos. En síntesis salimos de un sistema restrictivo para ingresar en otro.

17. Daño moral extracontractual y contractual

La reforma de 1968 produjo los cambios explicados con anterioridad, pero no solo se quedo en esto, también hizo referencia al daño moral contractual, que antes no estaba contemplado por nuestro ordenamiento.

Dejo de ser importante la fuente generadora del hecho y se reconoció tanto en la órbita extracontractual, como en la obligacional.

Lo reguló en el art. 522, que dice: “*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*”.

Más allá del avance que esto significó, la cuestión no quedo resuelta con el artículo citado, debido a que por su defectuosa redacción dio lugar a distintas interpretaciones. Por un lado están aquellos que piensan que su reconocimiento es cuestión de discrecionalidad del juez¹⁵, apoyándose claramente en una interpretación literal. Defensores de una interpretación más amplia y acorde a los principios actuales del derecho de daños, “una postura viene sosteniendo que el juez “DEBE” (no solo

¹⁵ CNCom, Sala B, 28/9/98, “Enrique Raúl A. c/Plan Rombo S.A. y otro”, LL, 1999-B-846.

puede) reparar el daño moral cuando este existe, pues de lo contrario actuaría arbitrariamente, no discrecionalmente” (Trigo Represas-Lopez Meza, 2004, t 1, pag. 494).

Siguiendo esta línea se dijo en un fallo que “si bien el art. 522 C.C. dice: “el juez podrá...”, la doctrina mayoritaria se ha encargado de interpretarla correctamente resaltando que ello no implica que se les faculte arbitrariamente a otorgar una indemnización por daño moral, o desecharla en supuestos de incumplimiento contractual en que aparezca probada la existencia del perjuicio extrapatrimonial...¹⁶”.

El daño moral contractual se encuentra reconocido, de esto no hay dudas, pero la mención “podrá condenar”, deja mucho que desear, ya que da a entender que se trata de una discrecionalidad del juez reconocerla o no, sin tener en cuenta si realmente existió.

Creemos que la redacción debió omitir la palabra podrá, y en lugar de ella decir “deberá”. Así como pensamos que el daño moral debe ser valorado de igual forma que el patrimonial, entendemos que no puede existir diferencia dentro del propio daño moral, por presentarse en ámbitos distintos de responsabilidad.

Refuerza nuestro pensamiento la idea de ciertos autores, en el sentido de que las dos esferas de responsabilidad existentes en nuestro Código (art 1107) no tienen en la actualidad relevancia, quedando reducidas al aspecto didáctico, siendo conveniente superar esta dualidad con un régimen único (Pizarro-Vallespinos, 1998).

18. Las restricciones del artículo 1078 se aplican a daños morales contractuales

Algunos autores interpretan que el daño moral contractual no se encuentra sujeto a restricciones en su legitimación activa. Estos se basan en que el art. 1078 es aplicable solo a la esfera extrapatrimonial y en el art. 522, no se hace referencia a ningún tipo de limitación, por lo tanto, quedaría este liberado de las mismas.

De esta forma, si la muerte de un persona deriva de un incumplimiento obligacional previo, podrán accionar no solo los herederos forzosos, sino también

¹⁶ Cám.Civ. y Com. Rosario, Sala 1°, 14/12/93, “Speranza, Noemí c/Emp. Transp. U.P. Línea 4 y otros”, JA, 1994-IV-319

cualquier otra persona que se encuentre fuera de ese grupo y acredite un perjuicio existencial cierto.

Es difícil pensar que el legislador haya querido complicar la situación de esta forma, ya que los argumentos que sostienen la limitación del art. 1078 (evitar una catarsis de reclamos) no tendrían razón de ser, si ante una situación similar y ante el mismo eventual peligro de pluralidad de reclamantes, hubiese seguido un criterio distinto.

Creemos que el art. 1078 es el genérico que se aplica al daño moral independientemente que el mismo se produzca en la esfera contractual o extracontractual.

El solo análisis de un ejemplo deja al descubierto lo contradictorio que sería en caso de aplicarse estas ideas:

Si un niño o adolescente muere atropellado al salir de la escuela y cuando todavía se encontraba bajo el control de la autoridad educativa, sus hermanos podrán ejercer acción resarcitoria por daño moral contra el propietario del establecimiento, pues la responsabilidad es entonces contractual (art.1117), pero no en cambio contra el propietario del vehículo embistiente, cuyo deber indemnizatorio es extracontractual (art. 1113) (Zavala de González, 2010, pág. 75).

Capítulo IV

LEGITIMACION ACTIVA

19. Concepto de legitimación activa

En determinar quienes se encuentran autorizados a entablar una petición frente a los tribunales, consiste el problema de la legitimación. Esta puede referirse tanto a su faz activa, es decir quién pueden reclamar; o pasiva, es decir contra quien va dirigido un reclamo judicial. En este sentido sostienen Trigo Represas y Lopez Meza “que el problema de la legitimación consiste en la determinación de “a favor de quien” y “contra quien” se da el ejercicio de la acción indemnizatoria”. (2004, t.IV, pág.467)

El ejercicio de toda acción judicial requiere del cumplimiento de estos requisitos, es decir que sea instaurada por la persona titular de la acción, y que vaya dirigida contra el eventual responsable, en caso contrario será rechazada por excepción de falta de legitimación.

La expresión legitimación es un término preferentemente procesal, y desde este punto de vista constituye así un presupuesto de la pretensión para la sentencia de fondo, ya que determina quienes pueden y deben demandar y a quienes se puede o debe demandar. Dicho de otro modo, precisa quienes están autorizados para obtener una decisión de fondo sobre las pretensiones formuladas en la demanda, en cada caso concreto, y por tanto, si es posible resolver la controversia que respecto de esas pretensiones existe en el juicio entre quienes figuran en él como partes.

20. La legitimación activa del daño moral en el derecho comparado

La problemática de quien puede accionar ante un daño moral, ha sido tratada por la legislación de cada país de manera diversa, no existiendo un criterio único, por lo tanto varían las posiciones, entre las que encontramos: amplias, intermedias y otras restrictivas.

a. Cuando se habla de *damnificado directo*, parece hoy, haberse superado las discusiones en cuanto a su reconocimiento, siendo la postura mayoritaria y permitiendo que la persona que ha sido víctima del daño pueda realizar el reclamo indemnizatorio. Esta sería la posición amplia seguida por ejemplo por el Código de Francia.

Otra postura, solo reconoce la legitimación en aquellos casos en donde la ley admite de manera expresa el reclamo, encontrándose excluida en aquellos supuestos no comprendidos en la norma, rigiendo el principio de tipicidad del daño. Este criterio limitativo es el adoptado por los códigos de Austria, Italia, Alemania, Suiza, Turquía, en donde rige el principio de tipicidad del daño.

Esta es la posición en la que se encontraba nuestro derecho con anterioridad a la reforma de 1968.

b. Cuando nos referimos a los *damnificados indirectos*, la cuestión es mucho más controvertida, ya que no estamos ni cerca de lograr parámetros similares. Los criterios legislativos de cada país varían y la doctrina puja por lo que le parece más correcto, existiendo gran variedad de opiniones, unas amplias y otras limitativas.

Recordamos que el damnificado indirecto es aquel que padece un daño propio derivado de un ilícito que tiene por víctima a un tercero, con el cual tiene algún vínculo de parentesco o afectivo (Pizarro, 2004).

Cuando hablamos de damnificado indirecto hay que distinguir dos situaciones: cuando el damnificado directo fallece, en general se admite la legitimación de terceros con el que el lesionado tenía algún tipo de vínculos; distinto es el caso cuando el damnificado directo permanece con vida (lesión discapacitante), en donde el criterio es mucho más restrictivo, permitiéndole reclamar solo a este último.

En el derecho Comparado se distinguen, según afirma Pizarro (2000), tres sistemas en materia de legitimación activa de los damnificados indirectos:

a. Sistema que admite con amplitud la legitimación activa de los damnificados indirectos por daño moral.- En esta corriente es pionera el Derecho Francés, en donde la doctrina y jurisprudencia han interpretado de manera flexible los textos del Código Civil, reconociendo amplia legitimación activa por daño moral a todo

damnificado indirecto, pariente o no, que pueda invocar un dolor real y profundo como consecuencia del daño causado ilícitamente (Pizarro, 2000).

La interpretación amplia de la doctrina y que primo en la jurisprudencia, surge del art. 1382¹⁷ que dice: *“Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por culpa del cual ha sucedido”*.

Los autores entienden que cuando el artículo expresa la palabra daño, se refiere tanto al daño moral como al patrimonial, no impone ningún tipo de limitación y concede la acción a toda persona que haya sido perjudicada por el hecho ilícito.

Dice Orgaz que “la acción se concede a toda persona, pariente o no, que pueda invocar un dolor real y profundo como consecuencia del daño ocasionado ilícitamente a la víctima inmediata” (1980, pág. 242). El derecho Francés toma como parámetro para reconocer legitimación, el vínculo afectivo y no el parental o familiar como rige en nuestro derecho.

“Con este punto de partida, basta una cierta comunidad de vida entre la víctima y el que pretende la indemnización: relaciones de novia o novio, de madrastra, de legatario universal, aunque se trate de un extraño” (Orgaz, 1980, pág. 242).

Es así que la única limitación para que se admita el reclamo por daño moral es la demostración efectiva por parte de la persona que ha sufrido el daño de un dolor profundo.

En relación a la supervivencia de la víctima, fue un camino más complicado, pero el reconocimiento se fue abriendo pasos a través de las sentencias de la Corte de Casación, debía existir un menoscabo espiritual de carácter excepcional.

b. Sistema que admite con carácter restringido la legitimación activa de los damnificados indirectos.- En esta postura se enrolan los códigos que solo reconocen legitimación activa de los damnificados indirectos en caso de muerte de la víctima, fundándolo en la existencia de un elemento objetivo que es el parentesco. Ese elemento objetivo varía en cuanto a su extensión de una legislación a la otra.

Así en caso de homicidio, el código de Suizo de las obligaciones (art. 47) y el de México (art. 1916), conceden la reparación del daño moral a la “familia” del muerto; el código Civil de Venezuela (art. 1196) y el proyecto Franco-Italiano de los

¹⁷ Código Civil Francés.

obligaciones (art. 85) “ a los parientes, afines y conyugues”; el código de Polonia (art. 166), “ a los miembros más próximos de la familia del difunto, o a la institución por ellos designada”; el reciente código de Portugal, “en conjunto, al cónyuge no separado judicialmente de persona o bienes, y a los hijos y otros descendientes; a falta de estos a padres u otros ascendientes; y por último a los hermanos o sobrinos que lo representen”(Orgaz, 1980, pag.244).

Es de destacar que esta es la postura de nuestro art. 1078¹⁸ después de la reforma de la ley 17.711.

c. Sistemas que no reconocen la legitimación activa de los damnificados indirectos.- En esta última posición se encuentra el código de Alemania, el cual solo reconoce legitimación a los damnificados directos y no reconoce derecho de resarcimiento a los damnificados indirectos ni aun en la hipótesis de muerte.

Afirma este texto legal art 253¹⁹: “Para un daño que no es un daño patrimonial, la indemnización en dinero no puede ser intentada sino en los casos fijados por la ley”. En la actualidad el criterio se ha flexibilizado por obra de la jurisprudencia y por lo general se admite la indemnización de los familiares más próximos de la víctima.

21. La legitimación activa en el Código Civil Argentino

Desde la recepción del daño moral en el derecho Argentino, los legitimados para reclamar indemnización por el daño sufrido han ido variando y adaptándose a criterios jurisprudenciales, legislativos y doctrinarios imperantes en cada momento.

Podemos afirmar que al damnificado directo siempre se le ha reconocido la titularidad de la acción, tanto en el régimen originario como en el actual.

La diferencia entre estos es que el primero consagraba el principio de tipicidad del daño, reconociéndolo solo cuando exista delito del derecho criminal, por lo tanto ante un supuesto en el que no se presentara este requisito, la persona (a pesar de ser damnificado directo) no estaba legitimada sin importar si existía daño moral o no. En cambio en la actualidad, el damnificado directo es el principal legitimado,

¹⁸ Código Civil Argentino.

¹⁹ Código Civil Alemán.

habiéndose eliminado la exigencia de presencia de delito criminal, habilitándolo a reclamar ante cualquier situación que menoscabe sus intereses extrapatrimoniales.

En cuanto a los damnificados indirectos, en el Código de Vélez no existía ninguna limitación para que pudiesen pedir la correspondiente reparación, pero al igual que en el caso de los damnificados directos existía la exigencia de la presencia de delito criminal.

En conclusión parte de la doctrina defendía un criterio amplio de legitimación activa de los damnificados indirectos, siempre que se cumpliera con dicho requisito, por lo que entendían que eran titulares de la acción tanto los que fueren herederos forzosos, como los que se encontraban fuera de esta denominación.

“Esta explicación se robustecía cuando se interpretaba el art. 1078 en armonía con los arts. 1079 y 29, inc1° del CP” (Pizarro, 2004, pág. 214).

Sin embargo primó en doctrina y jurisprudencia otra postura que sostenía, que se debía poner límites a la posibilidad de efectuar reclamos, porque podía llegarse a consecuencias desmedidas, tanto desde el punto de vista económico como del jurídico (Borda, 1971).

En la actualidad, el código no deja margen a dudas y solo reconoce legitimación a los herederos forzosos y solo ante el caso de muerte del causante.

Capítulo V
LA PROBLEMÁTICA DE LA LEGITIMACION ACTIVA
DEL DAÑO MORAL EN NUESTRO DERECHO

22. Situación actual-Limitaciones

Como expresamos con anterioridad, la legitimación activa del daño moral se encuentra regulada en el art. 1078 del Código Civil, por lo tanto para el estudio del tema es necesario analizar dicho artículo.

Luego de la reforma de 1968²⁰, el texto legal quedo redactado de la siguiente manera: *“La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”*.

En la primera parte el código reconoce expresamente el resarcimiento del daño moral, adoptando la postura resarcitoria.

El tema de la legitimación es tratado en la segunda parte. El texto adoptó una posición restrictiva, permitiendo su reclamo, en principio solo al damnificado directo, y en caso de que este fallezca, será posible el ejercicio de la acción indemnizatoria por parte de los herederos forzosos.

El art. 1078 establece la regla que en principio solo la víctima del hecho puede reclamar por la lesión sufrida, y solo admite dos excepciones:

- Cuando el damnificado directo pierde la vida en virtud del hecho ilícito, el texto habilita al reclamo a sus herederos forzosos, ya nos referimos que esta habilitación es concedida por el daño propio y no por el daño del causante. Nos encontramos frente a otro caso cuando se continúa la acción ya iniciada por la víctima.

²⁰ Ley 17.711

- Caso extraño el del art. 1080 que habilita al marido y a los padres por las lesiones al honor que sufren su esposa o hijos. De esta forma admitiendo damnificados indirectos a pesar de que no se produjo la muerte del damnificado directo.

Dejando atrás estas excepciones, el texto legal se basa en un elemento objetivo para otorgar legitimación y es pertenecer a la categoría de heredero forzoso, por lo tanto toda persona que inicie acción, debe acreditar dicho extremo, caso contrario su petición será rechazada.

Esta segunda parte es la que ha despertado discusiones en la doctrina, por parte de aquellos que piensan que el daño moral debe ser reparado siempre que se presente, independientemente del carácter de heredero del afectado.

El Dr. Zannoni (2005) expresa que nuestro ordenamiento es doblemente limitativo, por un lado, no se admite la reparación del daño moral a aquellos damnificados indirectos que no fuesen herederos forzosos (por ejemplo: hermanos, concubinos), lo cual resiente el fundamento constitucional de no dañar y el principio de igualdad ante la ley; y por otro lado, tampoco acuerda resarcimiento en caso de damnificados indirectos que lo padecen en casos distintos al homicidio (lesiones discapacitantes, enfermedades contagiosas), lo cual fue objeto de críticas por parte de la doctrina mayoritaria.

Ya con anterioridad a la reforma, se discutía acerca de la extensión de los legitimados para reclamar, mas teniendo en cuenta que el contenido del artículo no ponía ninguna limitación a los reclamos que pudiesen plantearse.

Después de la reforma, la contundencia del nuevo artículo, dejó de lado las dudas y acalló las voces de aquellos que defendían una legitimación amplia de todo aquel que efectivamente demostrara el daño sufrido; es así que en la jurisprudencia primo la exigencia de la calidad de heredero, y el rechazo del reclamo si el afectado directo hubiese sobrevivido.

Pero al cabo de un tiempo, parte de la doctrina fundándose en las contradicciones que presentaba dicha norma, volvió a poner en discusión esta problemática exigiendo una solución de equidad al tema y acorde a los principios actuales del derecho de daños.

23. Razones de la limitación

Las razones que dieron origen a estas limitaciones, venían haciendo ruido dentro de la doctrina y jurisprudencia desde tiempo pasado, hasta que llegado el año 1968 con la reforma, se vieron logradas en el texto del art. 1078.

El miedo de los autores y jueces era “enfrentar una catarata de reclamos” o “un eventual semillero de pleitos”, por lo que la forma de poner freno a esto fue limitando la legitimación. Quizás esto se genero por la propia naturaleza del daño moral, su difícil percepción o comprobación, muestra de esto es que en el caso del daño patrimonial no existían los mismo miedos.

De este modo se sostenía:

“Es sensato limitar el resarcimiento del daño moral a los parientes más próximos (ascendientes y descendientes), aunque el dolor no ya de los hermanos, sino de los tíos, primos, amigos íntimos, novios y concubinos, sea no solo igual sino a veces superior al sufrido por aquellos a quienes la ley le acuerda ese derecho.

Un criterio contrario implicaría crear un verdadero semillero de pleitos, por pretendidos o reales daños morales; cada muerte puede originar una cantidad muy indefinida y numerosa de demandas y aplastar económicamente al responsable”²¹

Este es el criterio que triunfo en la reforma y por decisión de política legislativa se hizo ley.

24. Situaciones que pueden presentarse

Para lograr una distinción que nos ayude a comprender correctamente los distintos casos de exclusiones que pueden plantearse, deberíamos reconocer dos situaciones, primero, cuando se produce la muerte del damnificado directo, y segundo, cuando el damnificado directo sigue con vida.

²¹ CNCiv, Sala A, 5/7/02, E.D. 199-483.

a. Muerte del damnificado directo

Cuando se produce la muerte, el texto legal admitió de manera expresa legitimación, reconociéndoles acción a los herederos forzosos. Pero a pesar de esta admisión, no deja de ser restrictivo el artículo ya que utiliza la palabra “únicamente”, siendo claro, y por otro lado, no admitiendo ningún otro supuesto además de estos damnificados indirectos.

Por lo tanto, todo el que no posea el carácter de heredero forzoso se verá imposibilitado de reclamar. Es así que pueden plantearse varias exclusiones, entre las que se encuentran:

i. Hermanos de la víctima: a pesar de existir fuerte afecto y un vínculo importante, la pérdida de un hermano no puede ser resarcida en concepto de daño moral por no estar incluido dentro de los que se conocen como herederos forzosos. Es difícil pensar que la muerte de un hermano no genere menoscabo espiritual en toda una familia.

ii. Concubinos: otro supuesto excluido son las uniones de hecho, a pesar de ser considerada un paso previo e institución importante en la formación de la familia. Se castiga la informalidad del vínculo por sobre los afectos y relaciones entre ambos.

iii. El novio/a: similar al caso anterior, aunque sin el hecho de la convivencia, podría ser reconocidos en casos de inminente matrimonio o comprobada relación sentimental.

iv. Benefactor: aquella persona que se beneficia de otra, con la cual no posee ningún vínculo familiar o si existe no ingresa dentro de sus herederos. Como ser el caso de tíos o terceros que ante la falta de familia encuentran en personas un soporte económico, afectivo, etc.

b. Supervivencia del damnificado directo

Ante el caso que el damnificado permanezca con vida la situación se vuelve aun más dramática porque ni siquiera a los que son catalogados como herederos forzosos se les reconoce legitimación activa.

Los supuestos que se presentan como excluidos son:

i. Los Padres/Abuelos/hijos: ante el daño sufrido por su hijo se ven imposibilitados de reclamar por el hecho de que este permanece con vida, sin tener en cuenta que en muchos casos ante afectaciones importantes, como casos de cuadriplejía, parálisis, amputación de un miembro, por solo poner ejemplos, la situación de los progenitores es similar a vivir un calvario diario al ver a su hijo en ese estado.

Otro caso es la imposibilidad de ser resarcido ante el abuso sexual sufrido por un hijo.

ii. Esposos/Concubinos/novios: el daño sufrido en virtud del abuso sexual o violación a su esposa/o.

El no reconocimiento al reclamo proveniente del contagio de SIDA o de otra enfermedad grave o contagiosa.

La mala praxis o lesión que imposibilita la procreación entre la pareja.

Estos son algunos de los casos que pueden presentarse, y en donde la solución legal no condice con los principios de justicia y equidad.

Trataremos con la profundidad que se merece cada uno de estos supuestos en los próximos capítulos.

25. El alcance del término herederos forzosos

Acá se presenta un problema central, ya que el concepto de heredero forzoso es acotado, conteniendo en él solo a ciertos parientes próximos que son llamados por ley para suceder al causante y que solo quedan excluidos en caso de existir causal de desheredación. Entre ellos tenemos a descendientes, conyugue, ascendientes y algunos incorporan a la nuera viuda sin hijos.

Este concepto fue objeto de críticas y despertó posiciones encontradas en cuanto a su extensión, manifestándose dos posturas que fueron defendidas en distintos fallos y que produjo enfrentamientos en la doctrina.

Por un lado la posición restringida defendida por Borda (1994), Mosset Iturraspe (2009) e importante jurisprudencia²², considera que herederos forzosos solo hace referencia a quienes revisten la calidad concreta de herederos al momento de la muerte de la víctima, es decir que el padre tendrá derecho, en caso de que no exista un hijo que lo reemplace. Razonan que por aplicación de los principios del derecho sucesorio, las personas comprendidas dentro de un orden hereditario excluyen a las del subsiguiente y que el pariente más cercano en grado excluye al más lejano.

Otra posición defendida por Pizarro (2000), Kemelmajer (1995) y Zannoni (1996) entre otros, entiende que son herederos todos los que potencialmente invisten dicho carácter al momento de la muerte de la víctima, sin tener en cuenta el grado de preferencia de acuerdo al orden sucesorio.

Esta última postura se impuso a la anterior en diversos fallos. En el fallo “Frida Orue de Gaete”²³, se expreso: “corresponde asignar una interpretación amplia a la mención herederos forzosos que hace el art. 1078, de modo que alcance a todos aquéllos que son legitimarios potenciales, aunque --de hecho-- pudieran quedar desplazados de la sucesión por concurrencia de otros herederos de mejor grado”.

En el mismo sentido en Ruiz Nicanor²⁴ se dijo: “no caben dudas que la fórmula legal resulta limitativa de la legitimación activa para evitar la proliferación de reclamos, pero de ello no debe seguirse que deba continuarse por el mismo camino restrictivo cuando de la interpretación se trata, por cuanto la limitación ya es suficiente en los términos legales y sobrepasarlo implica negar la reparación del daño moral cuando éste realmente se verifica en alguno de los herederos mencionados, aunque en el ámbito sucesorio propiamente dicho hayan quedado desplazados” .

Afirma la doctrina mayoritaria, que para la interpretación del término herederos forzosos, no se debe someter su significado a los parámetros del derecho sucesorio sino analizarse el mismo dentro del ámbito obligacional.

²² CSJN, 26/08/75. “Noya, Alfonso y otro c/ provincia de buenos aires”. *laleyonline.com* (recuperado 06-09-2011). LL, 1980-c-475.

²³ CSJN, 9/12/93, “Frida A. Gómez Orue de Gaete y otra c/ Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios”. LL. 1994-c-546.

²⁴ CNCiv, “Ruiz Nicanor y otro c/ Russo, Pascual P s/daños y perjuicios”, E.D, I 157, p. 594.

26. Ejercicio de la acción iure proprio

Relacionado con lo anterior, surge otra cuestión que no se debe confundir, el ejercicio de la acción se realiza iure proprio, es decir que cada reclamante lo hace por el daño que el mismo sufrió, ya sea de manera directa o indirecta, no se trata de una acción *iure hereditatis* que permita reclamar a un heredero por el daño sufrido por el causante, es decir un daño ajeno, no personal.

Puede suceder que un heredero reclame el daño sufrido por el causante, ante la posibilidad de continuar el reclamo incoado por el propio damnificado, es decir que es condición necesaria que la acción por daño moral haya sido ejercida en vida por el causante para que pueda ser continuada por su heredero.

Es claro e indudable que la pretensión se ejerce "iure proprio". Es que no se trata del daño moral sufrido por la víctima, sino del padecido por sus herederos a causa de la muerte de aquélla.

27. Oposición al contenido del artículo 1078

Partiendo de una interpretación literal, no quedan dudas de la postura restrictiva que consagro el legislador. Esta sigue vigente hasta nuestros días quedando excluidas muchas personas que pueden ver afectadas su espiritualidad.

Pero desde hace un tiempo se empezó a manifestar en la doctrina primero y jurisprudencia después posiciones no concordantes o que van más allá de la letra de la ley, por lo que la interpretación literal dejo de ser suficiente frente a casos de manifiesta injusticia, en donde la solución legal necesitaba tomar otro rumbo.

Por ello, los opositores al art. 1078, plantearon ciertas contradicciones que surgen de su práctica, con el objeto lograr una posición superadora:

a. Las condiciones para tener legitimación activa que exige el art. 1078, no es la misma que la exigida por el art. 1079 cuando el daño es patrimonial. En este caso existe amplitud para reclamar a toda persona que por un hecho ilícito hubiese sufrido, aunque sea de manera indirecta; por lo que resulta irrazonable la solución legal.

Creemos que no tiene sentido esta solución debido a que ambos tipos de daños se encuentran en un plano de igualdad y no debería el Código valorizar más al daño patrimonial que al moral.

b. Parte de la doctrina pone en discusión el aspecto histórico y dice: “es mas enjuiciable el sistema vigente, dado que el art. 1078 antes de la reforma, si bien solo reconocía daño moral si el hecho fuese un delito del derecho criminal, consagraba la legitimación amplia de los damnificados” (Ritto, 2010, pág. 84).

c. Es cuestionable frente al principio de Reparación integral, dado que la norma impide que aquel que no es heredero forzoso reclame, así como también ante el caso de supervivencia de la víctima directa, persistiendo daños sin la debida reparación.

d. Es cuestionable frente al Principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 16 de nuestra Carta Magna, ya que permite reclamar a unos y no a otros generando desigualdades entre afectados, que se encuentran en las mismas condiciones.

e. También se contradice con los principios establecidos en los Tratados Internacionales, que adquirieron jerarquía constitucional con la reforma de 1994: Pacto de San José de Costa Rica: art. 2, art. 5, art. 11, art.19, art. 24; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: art. 3, art. 4, art. 10; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: art. 2, art. 3, art. 23, art. 24, art. 26.

28. Reflexiones finales

“En materia de legitimación del daño moral, nuestro sistema es tan claro como restrictivo” (Pizarro, 1998, t 2, pág. 685). La norma establece de manera expresa que el único posibilitado a reclamar reparación será la víctima del daño, y solo si esta pierde la vida en razón de ese hecho, habilitara a los herederos forzosos. Es así que a simple lectura no podría pretender un damnificado indirecto dicha reparación si la víctima no ha fallecido, como también en caso que esto suceda solo algunos lo podrán hacer, aquellos que según la ley sean herederos forzosos.

Es por esto que la doctrina mayoritaria ha mostrado su insatisfacción con la normativa actual, proclamando la necesidad de una reforma en materia de legitimación activa del daño moral.

Esta posición ha sido sostenida en distintos congresos y jornadas: II Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires, 1991); III Jornadas de

Derecho Civil y Comercial de la Pampa (1991); XIV Jornadas de Derecho Civil (Tucumán, 1993).

La situación actual genera varios supuestos de dudosa justicia y aparente contradicción con los principios constitucionales que pueden plantearse ante el contenido del texto legal, nos podríamos preguntar ¿por qué deben quedar excluidas personas que han sufrido un efectivo daño a pesar de no ser herederos forzosos? ¿Estas personas no pueden ser dañadas de igual manera o aun mayor, que un heredero forzoso? ¿No existen otros damnificados a pesar de la supervivencia del damnificado directo?

Nuestro código fue pionero en el reconocimiento del daño moral, es por esto que consideramos que las limitaciones existentes en la actualidad no reflejan el espíritu que tuvo en mente nuestro Codificador, que dos siglos atrás reconoció de manera expresa al daño moral.

Pensamos que las modificaciones legales tienen que ir en mejora de los derechos ya adquiridos y no poner límites innecesarios fundándolos en el temor de eventuales peticiones múltiples a las cuales no pueda hacer frente el responsable, menos sabiendo que nuestro derecho permite al juez tener en cuenta esa situación al momento de determinar el monto de la indemnización.

Desde ya que no nos encontramos de acuerdo con la limitación del artículo 1078 y pretendemos una solución superadora que contemple los supuestos excluidos.

En los próximos capítulos vamos a tratar cada uno de los supuestos excluidos y observar el avance de la jurisprudencia, así como también la posible recepción de cada uno de ellos en una futura reforma.

Capítulo VI

CASOS CONFLICTIVOS DE LEGITIMACION ACTIVA

29. Introducción

En líneas anteriores ya hemos abordado la faz teórica sobre el daño moral, su concepto, evolución histórica, sus fundamentos y el desarrollo que tuvo dentro de nuestro ordenamiento.

También hemos tratado la problemática sobre la legitimación activa y la regulación en nuestro derecho y en el derecho comparado.

Ahora nos toca ingresar en el tema principal de este trabajo, que son aquellos supuestos excluidos o que nuestro ordenamiento no reconoce acción para reclamar. Para esto seguiremos manteniendo la misma metodología, distinguiendo aquellas exclusiones que pueden plantearse ante el caso que sobreviva el damnificado directo, como las que se presentan ante su fallecimiento en razón del hecho ilícito.

Nos interesa ahora analizar la situación de los damnificados indirectos, en el caso de supervivencia de la víctima, a los que el texto legal le niega la posibilidad de entablar reclamo por el daño moral que los haya afectado. Cabe recordar que la norma expresamente otorga la titularidad de la acción a los damnificados indirectos pero solo ante caso de muerte del directamente afectado.

30. Los padres, hijos o cónyuge del damnificado directo, cuando sobrevive al ilícito.

Ante esta situación son varias las personas que se ven imposibilitadas de reclamar como ser padres, hijos, cónyuge ante lesiones discapacitantes, privación ilegítima de la libertad, mala praxis, contagio de una enfermedad, abuso sexual, todos hechos que puede tener como víctima al damnificado directo.

Zavala de González dice: “queda eliminada la legitimación de los damnificados indirectos o personas diferentes de la víctima inmediata de las lesiones,

inclusive en supuestos de innegable sufrimiento espiritual y aun cuando este pueda ser todavía más hondo que el del herido o incapacitado...” (1993, pág. 648).

En sentido coincidente, señala Mosset Iturraspe que el "dolor de los padres" es innegable frente al "mal causado a sus hijos" y que son aquéllos "las verdaderas víctimas" o son tan víctimas como los hijos. Y aunque teme una "catarata de reclamaciones" si se amplía la legitimación de damnificados indirectos (amigos, novios, socios, compañeros), opina que esta preocupación debe ceder frente a situaciones gravísimas "como la de los padres, que requieren una respuesta justa" (Mosset Iturraspe, 1992).

También con aguda sensibilidad, observa Vázquez Ferreyra (1992) cómo inundan los tribunales reclamaciones de allegados a víctimas, incapacitadas a raíz de accidentes y que dependen de terceros por el resto de sus vidas, como las cuadripléjicas.

Los familiares indirectos, además del dolor propio de ver postrado el ser querido, experimentan otros perjuicios de significativo valor que inciden en el desarrollo de la propia vida. Hay que tener en cuenta que el ambiente íntimo familiar debe acomodarse a la nueva y triste realidad combinando el despliegue normal de actividades con el cuidado al hermano, padre, madre, etc., incapacitado.

No obstante esos penosos cuadros se tropiezan con la limitación del art. 1078, ante este panorama sólo resta propiciar su reforma.

Esta restricción no admite excepción, estando vivo el damnificado directo solo él puede reclamar, aun cuando exista daño moral en otras personas. “Los damnificados indirectos en nuestra legislación no tienen acción en el supuesto de supervivencia de la víctima, aunque inclusive sufran un menoscabo mayor a sus intereses extrapatrimoniales por el mismo hecho ilícito...” (Ritto, 2010, pág.113).

La ley abandona la directiva de que los perjuicios injustos deben indemnizarse, confiriendo primacía al imperativo de desechar una “catarata de damnificados”, que pudiera causar la ruina del responsable (Zavala de González, 2007), siendo la norma protectora de la posición del dañador e imposibilitando el reclamo del lesionado.

Nos genera interrogante esta restricción en cuanto deja sin tutela a personas lesionadas efectivamente. No podemos negar la existencia de daño moral en un padre que ve el proyecto de vida de su hijo frustrado por un hecho ilícito que le

produjo una lesión discapacitante; o el esposo que en virtud de una simple operación mal realizada a su mujer ve frustrada la posibilidad de ser padre o por la violación de la que fue víctima su esposa.

31. ¿Justicia o injusticia del texto legal?

A pesar de haber anticipado nuestra opinión, existen posiciones doctrinarias que argumentan en defensa del contenido actual del art. 1078, por considerar que es la mejor forma de proteger los derechos afectados por el daño moral, ya que si del hecho no ha resultado la muerte, el único titular de la acción es el afectado, y si el propio interesado no se siente dañado, nadie puede intentar la acción en su lugar (Kemelmajer de Carlucci, 1990).

Pero no hay que confundir el carácter con que se pretende accionar, que es en virtud de la lesión propia, sin interesar el ejercicio de la acción por parte del damnificado directo, ya que se trata de acciones independientes y se ejercen de acuerdo a voluntad de cada afectado, por lo que la inacción de la víctima no imposibilita a los afectados por efecto reflejo a petitionar reparación.

Para evitar esta situación de inequidad, algunos autores han argumentado que el daño sufrido por los padres en virtud de la lesión discapacitante de un hijo, lo coloca en situación de damnificado directo por lo que el texto no contempla ninguna prohibición a su reclamo²⁵, de esta forma serían innecesarias las discusiones, ya que los padres al ser damnificados directos tienen reconocida la titularidad para accionar.

Pero consideramos que este criterio es incorrecto, ya que proviene de un concepto del término damnificado directo que no compartimos, y que provoca una confusión entre este y el carácter personal del daño.

Resultan damnificados indirectos los sujetos que, sin ser víctimas inmediatas del hecho, sufren igualmente un daño propio por lesión a sus intereses personales, con motivo de la conexión entre éstos y la situación de la víctima (Zavala de González, 2007). Los padres van a ser siempre damnificados indirectos por las lesiones que tienen como víctimas directas sus hijos, debido a que el daño se produce por efecto reflejo, por expansión sobre intereses que pertenecen a los padres.

²⁵ SCBA, "L.A.C. y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otros", LL 2007-E-345 (voto del ministro Negri)

La doctrina mayoritaria ha planteado la necesaria discusión sobre el tema, que lleve a obtener un texto legal conforme a los principios constitucionales de los que se impregna nuestro ordenamiento. Así expresa Pizarro: “No es menor el relieve que debería tener el derecho de los damnificados indirectos por daño moral en ciertos supuestos de especial gravedad, cuando media supervivencia de la víctima, ámbito en el cual prevalecen criterios excesivamente restrictivos” (2000, pág.176).

32. Contradicción que genera el artículo 1080 del Código Civil

La manifiesta contradicción que produce el art. 1078, no solo se presenta respecto al criterio amplio seguido en el daño patrimonial (art.1079), sino que también podemos observar contradicción con el art. 1080.

Este reconoce la titularidad de la acción en el marido y el padre ante hechos que injurien a su esposa o hijos. Este artículo reconoce legitimación en damnificados mediatos a pesar de existir supervivencia de la esposa o hijos (damnificados directos), por lo que nos podemos preguntar ¿con qué criterio el legislador determino que el impedimento rija frente a hechos que afecten la integridad psicofísica y se desconozca cuándo se afecta el honor de la víctima?

Por otro lado si tenemos en cuenta, que la norma genérica en la cuestión es el art. 1078, con qué sentido pocos párrafos después el legislador contemplo una excepción al terminante cierre de la legitimación activa.

Mas si tenemos en cuenta que los casos contemplados en el art. 1078 pueden generar situaciones mucho más graves, y por ende de un daño moral más profundo, que las que deriven de la afectación al honor de la víctima.

También es patente la contradicción del texto legal con derechos constitucionales como el de igualdad, reparación plena, alterum non Laedere, protección de la familia; a su vez el art. 1078 no respeta los principios que surgen de la normativa supranacional que a partir de la reforma del año 1994 obtuvieron rango constitucional.

33. Necesidad de cambios

En la actualidad la doctrina considera necesario un cambio en esta cuestión, una solución acorde a la equidad, que no deje sin protección a los afectados por el solo temor de que existan múltiples reclamos.

La doctrina considera que es insuficiente e innecesario limitar la legitimación del daño moral por el miedo a los efectos insuperables que podría producir una “catarata de reclamos”, sobre el patrimonio del dañador.

Esta limitación no tiene carácter ontológico sino que surge a partir de criterios de política legislativa (Boragina; Meza, 2007) que no encuentran explicación razonable y convierten al artículo en contradictorio, sobre todo si tenemos en cuenta que antes de la reforma esta limitación no existía.

Algunas razones que se conocen como justificativa a este sistema es la propia naturaleza del daño moral, la amplia dispersión de los efectos dañosos, la imposibilidad de establecer un criterio único para su determinación y la dificultad que existe sobre la prueba del daño moral.

Esto ha hecho que el legislador siga criterios dispares a la hora de determinar la legitimación del daño patrimonial (1079) y el moral (1078).

No comprendemos porque se ponen tantas vallas a los eventuales reclamantes de daño moral, si podemos llegar a los mismos efectos no deseados (afectar gravemente la economía del responsable) con el criterio amplio que impera en relación al daño patrimonial (art.1079).

Menos justificación encuentra si tenemos vigente en nuestro Código el art. 1069, 2° parte, en donde el juez debe tener en cuenta todas estas circunstancias al momento de determinar el monto de la indemnización.

Además, no hay que olvidar que previamente a toda indemnización es necesario acreditar la existencia de los presupuestos de la responsabilidad civil y los requisitos de reparabilidad del daño. El juez en el momento de valorar la petición examinará la existencia de daño, relación causal adecuada, antijuridicidad, factor de atribución, certidumbre del daño, etc. Gran parte de estos reclamos, seguramente, no podrán superar este análisis y, si lo hicieran, siempre cabe la posibilidad de aplicación del principio consagrado en el art. 1069 párr. 2° del Código Civil (Boragina, 2007).

Además pregonamos por la ampliación de la legitimación en caso de supervivencia del directamente afectado, de los padres, hermanos, conyugue y todo aquel que demuestre un vínculo importante y un profundo menoscabo en su espiritualidad, por lo que los eventuales titulares no pueden ser muchos, y si lo fueran, existe el remedio del art. 1069, 2° parte.

34. **Jornadas de Derecho Civil**

Así se ha planteado en las Jornadas sobre temas de Responsabilidad Civil en caso de muerte o lesión de las personas, que se llevo a cabo en Rosario en el año 1979, en donde se suscribió un despacho que propiciaba la modificación del art. 1078 del Código Civil, y abandonar la postura restrictiva que solo reconoce legitimación activa a los herederos forzosos en caso de muerte. Y se propuso la redacción de un nuevo artículo: “la acción por indemnización del daño moral corresponderá también, de acuerdo con lo establecido en el art. 1079 del Código Civil, a los parientes que acrediten haber sufrido una lesión en sus intereses legítimos, aunque del hecho ilícito no haya derivado la muerte de la víctima”. Entre los firmantes estaba el Dr. Brebbia, Corbella, Barbero.

También en las Jornadas de Derecho Civil de San Juan de 1984, surgió la postura doctrinaria que recomendaba en una futura reforma del Código Civil ampliar el ámbito de damnificados indirectos legitimados para reclamar daño moral. Entre los prestigiosos firmantes estaban los Dres. Bueres, Zavala de González, Pizarro, Stiglitz, Beatriz Junyent de Sandoval.

35. **Jurisprudencia que reconoce legitimación de damnificados indirectos en caso de supervivencia.**

No han sido pocos los casos en donde los tribunales miraron hacia otro lado al momento de hacer valer la prohibición existente en el art. 1078. Así fueron dictándose fallos contrarios al texto legal, ya sea declarando su inconstitucionalidad o meramente reconociendo la titularidad de los damnificados indirectos en otros textos.

Esto trajo problemas, debido a que el reconocimiento de la titularidad de la acción ya dependía del criterio seguido por cada tribunal y no por el texto legal, por lo que sentencias en distintos sentidos seguirán presentándose hasta que se modifique el texto ordenando una solución que respete la equidad e igualdad ante la ley.

a. CNCiv., Sala G, autos “R., P. C. y otro c/ Centro Gallego de Buenos Aires y otros”, LL, 2001-A-17.

La víctima y su cónyuge, reclaman la reparación de los daños sufridos, en virtud de una infección post-operatoria que produjo a la mujer afectaciones en su útero, que terminaron con se resección quirúrgica del útero de la mujer.

La demanda por daños y perjuicios fue entablada en contra del centro asistencial por no haber obrado con la debida diligencia.

El fallo se destaca por haber reconocido el carácter de damnificado indirecto del esposo, ya que este se veía afectado en sus posibilidades de procreación, por la lesión que tuvo como víctima a su esposa, reconociendo la titularidad de la acción por el daño moral reclamado, dejando de lado el impedimento del art 1078.

b. CNCiv., Sala C, autos “M., I. y otra c/ V. A y otros”, ED, 131-643.

Hechos: Los padres de una menor que sufrió daños en el momento de su parto, debido a la ausencia de una anestesista demandaron por daño moral. El a quo hizo lugar al resarcimiento y la Cámara lo confirmó debido a la ausencia de agravios.

La Cámara reconoce la limitación existente en el art. 1078, y expresa: “que ante la ausencia de fallecimiento de la damnificada directa no le corresponde a sus padres realizar esta petición...”, pero no desconoce el reclamo debido a la ausencia de agravio por parte de la demandada. Si bien en el fallo no se hace referencia a la contrariedad de esta limitación, inclusive se la reconoce, lo valioso es que fue dejada de lado por el tribunal.

c. SCBA, “L.A.C. y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, LL 2007-E-345

Este fallo ha sido el punto de partida para el asiento en la jurisprudencia de discusiones de vieja data dentro de la doctrina, muestra de ello es que recibió los comentarios de un gran número de autores: DJ 2007-II , 453, con nota de Marisa Gabriela López Bravo; RC y S 2007, 854 - LLBA 2007 (junio) , 505, con nota de Marisa Gabriela López Bravo; LA LEY 20/06/2007 , 8, con nota de Roberto A. Meneghini; LA LEY 2007-C-671, con nota de Roberto A. Meneghini; DJ 2007-II ,

680, con nota de Matilde Zavala de González; LA LEY 16/07/2007 , 5, con nota de Juan Carlos Boragina; Jorge Alfredo Meza; LA LEY 2007-D , 372, con nota de Juan Carlos Boragina; Jorge Alfredo Meza; LA LEY 07/09/2007 , 5, con nota de Matilde Zavala de González; LA LEY 2007-E , 345, con nota de Matilde Zavala de González; LLBA 2007 (setiembre) , 870, con nota de Graciela B. Ritto; Pedro Marcelo Sexe; LA LEY 19/10/2007 , 4, con nota de María M. Agoglia; LA LEY 2007-F , 73, con nota de María M. Agoglia; LLP 2008 (marzo) , 260, con nota de María M. Agoglia

Por lo tanto no quedan dudas de que ha sido un fallo importante sobre este tema y seguro marcará el camino en adelante.

Lo característico de este fallo ha sido la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 por parte de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, por considerar que en el estado actual de la cuestión este es el medio más adecuado para lograr superar el impedimento legal.

Hechos:

Un menor de cuatro años de edad sufre un traumatismo nasal en el jardín de infantes al que asistía y, de consuno, es trasladado por sus padres, para su atención, al Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano.

En dicha institución se le diagnostica fractura con hundimiento de tabique nasal derecho, indicándose intervención quirúrgica reparadora.

Durante el acto operatorio se produce en el paciente una bradicardia por inhalación excesiva de vapores anestésicos, atribuida al mal funcionamiento (por descalibración) del vaporizador, que entregaba altas concentraciones de anestesia, generándose lesiones cerebrales que provocaron un estado cuadripléjico irreversible, no progresivo y absoluto, por destrucción de tejidos nobles, con una incapacidad total y permanente del 100%.

La Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala II (modificando la sentencia de primera instancia) reconoció indemnización por daño moral para cada uno de los progenitores del damnificado directo, por considerar que resultaba indudable la entidad y permanencia del sufrimiento profundo y sucesivo que los padres conllevarían de por vida.

Deducido recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley contra la sentencia de Alzada, por parte del accionado Fisco de la Provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, por mayoría de fundamentos, resolvió desestimar el remedio, confirmando el decisorio recurrido, declarando la inconstitucionalidad del art. 1078 del C.C. en cuanto limita la legitimación activa para reclamar el daño moral derivado de un ilícito extracontractual.

i. Fundamento de los Sres. Ministros:

Por la importancia del fallo, marcando el precedente de un nuevo camino en la legitimación activa de los damnificados indirectos, es importante hacer referencia a los fundamentos vertidos por los Ministros. Destacándose entre ellos distintas posturas:

El Dr. Roncoroni fue quien planteo la inconstitucionalidad del artículo fundándolo en su contradicción con el principio de igualdad reconocido por nuestra Carta Magna (art.16).

Es de destacar los dichos de este Juez en relación al significado que tiene una lesión de este tipo en los integrantes de una familia, dice: “ no existe duda en el caso de autos de la entidad y permanencia del daño moral que han sufrido y seguirán sufriendo los actores, ante el deterioro vital que padece su hijo, producido cuando contaba con apenas cuatro años de edad... los padres fueron en busca de asistencia médica, para curar las lesiones sufridas por el niño, en un accidente ocurrido en el jardín de infantes, y obtuvieron a cambio una inadecuada prestación del servicio de salud, con consecuencias irreparables. *El solo pensar en las circunstancias de autos revela la existencia de un sufrimiento profundo y sucesivo que los padres conllevan de por vida y amerita ser de alguna forma restañado con una satisfacción económica, aunque cabe reconocer que no existe suma que pueda compensar semejante quebranto...*”²⁶ (la cursiva nos pertenece).

“No tiene posibilidades de desarrollar las tareas propias de las actividades diarias, motrices, recreativas, intelectuales, sociales, laborales, sexuales, entre otras. *Es una incapacidad para toda la vida, un problema médico, social, educacional y económico. Requerirá de por vida de ayuda de terceros* (enfermero u otra

²⁶ fs. 1374 vta. /1375

persona especializada), por su severo déficit motor-cognitivo, para la alimentación, higiene, movilización, vestimenta, traslado”²⁷.

Son notables las palabras del opinante en el siguiente párrafo: “...no puedo dejar de extrovertir la conmoción que embarga mi conciencia como ser humano y como juez de cara a la tragedia que se ha instalado en la vida de los progenitores del menor S. A. C. *Situación a mi modo de ver más lacerante y dramática que aquélla que pudiera derivarse de la muerte de un hijo* (la cursiva nos pertenece). Es que tener que afrontar diariamente la realidad que ha sido descrita por los expertos que dictaminaron en este proceso demanda, de quienes la deben afrontar, una cuota de sacrificio y heroísmo fuera de lo común. Son ellos quienes deben soportar recurrentemente el acicateo espiritual que les impone la presencia de ese querido cuerpo inerte, ese mismo que otrora, las horas previas a la intervención quirúrgica durante la cual se desencadenó el infortunio, condensaba en sí toda la vitalidad posible de un sano infante de cuatro años”.

El contenido de las palabras utilizadas por este Juez, no hacen más que ratificar nuestro pensamiento, la limitación existente en el art. 1078 genera situaciones de desprotección y desamparo, en donde el derecho en lugar de poner énfasis en la reparación de todos estos daños y tener como centro del sistema a la víctima, toma otro camino, el de la preocupación por el posible menoscabo económico que sufra el lesionado.

De acuerdo a la limitación del art. 1078, por permanecer con vida el menor, sus padres se encuentran imposibilitados para reclamar, pero si este hubiese muerto se encontrarían habilitados, ¿qué fundamentos siguió el legislador para autorizar legitimación en un caso y no en otro? Más si nos encontramos convencidos de que la supervivencia del menor en esa situación produce para los padres un estado de vida plagado de sufrimientos. Creemos que la muerte de un hijo representa para un padre el dolor más significativo al que puede ser expuesto, solo superable por tener que vivir junto a él una situación de postración total e irreversible por el resto de sus días.

En virtud de estas ideas, el Juez encuentra como única salida la declaración de inconstitucionalidad de la norma, debido a que choca con el principio de

²⁷ fs. 995/1001

igualdad ante la ley (art. 16 C.N.). Esta se genera por el distinto tratamiento que hace el código sobre la legitimación activa ante la presencia de daño patrimonial y moral.

Se trata en efecto de un caso de incompatibilidad material entre la norma inferior y la norma superior (art. 31 C.N.), al establecer la primera una diferenciación para la categoría de damnificados indirectos que no es razonable, pues si el daño es moral carecen ellos de la legitimación que sí se les concede cuando el daño sufrido es patrimonial. La ley, tal como lo ha expresado la Corte Suprema, debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias^{28 29 30}.

El Dr. Negri toma otro rumbo para reconocer la legitimación de los padres. Entiende que los progenitores en este caso particular, son damnificados directos y no indirectos, volviéndose inútil toda discusión acerca de la limitación porque ellos no se encontrarían comprendidos en la misma.

Dice: "... de la sentencia observo que el juzgador ha receptado como cierto el hecho del daño moral de los padres ("... un sufrimiento profundo...") por los sucesos que aquí se refieren y la postración de su pequeño hijo.

En esas condiciones, pensar que ellos no sean también damnificados directos, entender que su mortificación es sólo refleja, sería contrariar lo probado. Los padres están sufriendo por ellos mismos, en los afectos de su paternidad lastimada por lo acontecido. Y en ese sentido, son tan legitimados directos como su propio hijo³¹.

Esta postura surge de la confusión de conceptos, una cosa es perjuicio personal y otra ser damnificado directo. Muchas veces se confunden dichas nociones interpretándose que, si hay un daño personal, el damnificado es directo y no con motivo de una repercusión lesiva del ataque a otro. Es precisamente lo que sostiene en el fallo el doctor Negri: "el damnificado directo es el que por sí mismo sufre el daño moral. No es el lastimado en lo físico, sino el directamente lastimado en sus afectos (...) Aquí ha habido daño moral directamente causado a los padres de la víctima (Zavala de González, 2009).

A pesar del reconocimiento por parte de este Juez a la legitimación activa de los padres, no compartimos el camino que ha ofrecido, por la confusión de conceptos

²⁸ C.S.J.N., Fallos 16:118.

²⁹ C.S.J.N., 200:424.

³⁰ C.S.J.N., 1198:112.

³¹ Fs. 1376

que sostiene. El reclamo de cualquier daño requiere el carácter personal del mismo, es decir que haya influido negativamente en los intereses de la persona independientemente que sea damnificado directo o indirecto. Tanto el damnificado de manera directa como indirecta sufre un daño con carácter personal.

Zannoni expresa “que es posible hablar de un damnificado indirecto toda vez que por causa de un evento dañoso, quien no fue su víctima inmediata (directa) experimenta no obstante un daño propio en razón de su vinculación o relación con la víctima inmediata” (1993, pág. 168). Creemos que esta es la situación en la que se encuentran los padres, y no la de damnificado directo. No son víctima del daño sino que lo sufren por efecto reflejo, por expansión del daño que recayó sobre el directamente afectado.

El Dr. Lazzarí concuerda con los argumentos del Dr. Ronconi, y considera adecuada la declaración de inconstitucionalidad por considerar que se contradice con el art. 16 C.N. Pero además de esto el opinante hace mención a otras contradicciones.

Entiende que existe contradicción con el art. 19 de la C.N., en donde se reconoce el *principio alterum non Laedere*, por el cual todo hombre tiene la prohibición de dañar a otro; producido el menoscabo, nace la obligación de repararlo y esa reparación debe ser plena e integral, de lo contrario queda subsistente el perjuicio.

Pero dice el magistrado que independientemente que la doctrina considere a dicho principio arraigado en el citado artículo, no debemos olvidarnos de que se encuentra reconocido por normativa supralegal que posee rango constitucional y por lo tanto el art. 1078 no respeta dichos tratados.

Por último, para este Juez también existe contradicción con el art. 28 C.N., el que expresa que los derechos reconocidos por la carta magna no pueden ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. Si se reconoce la reparación integral en el ámbito constitucional, y supranacional podemos afirmar que el art. 1078 altera el contenido de dicha expresión al limitar su reparación a los damnificados indirectos solo en caso de muerte del lesionado inmediato, y sin observar si en otras situaciones se presenta un daño cierto.

Los demás Ministros votaron en el mismo sentido.

36. **Nuestra opinión**

Partiendo de un análisis literal, los padres no debían ser indemnizados por el daño moral sufrido en razón de la mala praxis que fue víctima su hijo. Esto por no haberse producido la muerte del menor y con ella cumplido la exigencia legal.

Asombra el criterio seguido por el legislador que desconoce la presencia de daño moral por el hecho de que el damnificado directo sobreviva, o si lo reconoce, asombra aun más por dejarlo sin posibilidad de reclamar.

Los fundamentos seguidos para establecer esta limitación se caen por sí mismos, no tienen fuerza la fuerza necesaria para defender situaciones injustas que se presentan en cada caso particular.

Es así que con la normativa vigente, la pérdida de un ser querido es invocable como daño moral, pero no su mutilación, incapacidad, violación, descerebración, lo que no deja de llamar la atención, quedando verdaderos afectados sin protección, ya que nadie puede negar el dolor y sufrimiento de un padre ante esta situación o de un esposo/a por la lesión de su pareja.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires sostuvo: “que debe declararse la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, en cuanto limita la legitimación activa para reclamar el daño moral en un acto ilícito y concederse una reparación por dicho concepto a los padres del menor que quedo cuadripléjico por la mala praxis médica, dado que la norma en cuestión confronta materialmente con el art. 16 de la Constitución Nacional”.

En este sentido se han expresados los prestigiosos Dres. Bueres y Highton (1999), afirmando que el único camino transitable para realizar justicia en el caso concreto, es el ejercicio de oficio del control difuso de constitucionalidad por parte de los magistrados.

Consideramos que el fallo es oportuno en los tiempos que corren, siendo la (declaración de inconstitucionalidad) forma adecuada de superar las barreras impuestas por el texto legal, hasta tanto se lleve a cabo la reforma por la que brega la doctrina mayoritaria.

Capítulo VII

LA LEGITIMACIÓN DE LOS CONCUBINOS ANTE LA MUERTE DE SU COMPAÑERO

37. Concepto de concubinato

La institución del concubinato adquirió trascendencia en la actualidad en virtud de los espacios que ha ido ganando en las últimas décadas, logrando de a poco una progresiva regulación.

Esto no quiere decir que se trate de un fenómeno nuevo, todo lo contrario es conocido de larga data. Ya desde los tiempos del Derecho Romano Clásico se denominaba concubinato a toda aquella unión fuera del matrimonio por personas que carecían del *iusconnubio*, es decir aquellos que no eran ciudadanos Romanos.

Esta institución se caracteriza por ser la unión entre dos personas con carácter permanente, que se identifica con la existencia de convivencia y sin carácter de legitimidad legal. Su existencia tiene razón de ser fuera de la institución matrimonial y de manera paralela a esta, lo que ha llevado a afirmar a sectores conservadores que se trata de prácticas inmorales e inconvenientes que van en contra del concepto tradicional de familia.

Graciela Medina (2002 pág. 245) define a las uniones de hecho como: “uniones de dos personas que mantienen una comunidad estable de habitación y de vida, que es conocida públicamente y tiene como caracteres: la convivencia, la singularidad, la publicidad y la estabilidad”.

No es una institución receptada por nuestro derecho, ya que la ley en principio incentiva la constitución del matrimonio como fin ideal al que debe llegar la unión de dos personas, el concubinato consiste en una situación similar pero sin regulación legal.

Sin duda el hecho de no tener su propia regulación no le otorga el carácter de ilegal o inmoral como algunos autores pretenden instaurar, todo lo

contrario, en los últimos tiempos ha adquirido importante trascendencia dentro de cada sociedad y se ha acomodado como práctica natural, sin olvidarnos que es el paso previo al matrimonio.

Por todo esto, es socialmente aceptado y cada día más practicado, ya sea por los inconvenientes económicos que muchas veces puede producir el matrimonio o directamente por el descredito en la institución conyugal.

38. Derechos reconocidos al concubinato

El ordenamiento Argentino no regulada de manera específica esta institución bajo un título o capítulo del Código Civil o en alguna ley especial, como lo hace por ejemplo con el matrimonio, patria potestad, tutela, entre tantas otras.

El concubinato fue adquiriendo regulación sobre temas particulares en distintas leyes de manera aislada, no sistemática. De esta forma la institución fue acompañando su recepción y práctica social con avances en distintos derechos reconocidos que legitimaban cada vez más esta unión de hecho.

Si analizamos el Código Civil, encontramos la palabra “concubinato” en muy pocos artículos, y no precisamente para conferirle derechos, sino todo lo contrario:

- Los artículos 210 y 218 privan de derecho alimentario a aquella persona separada o divorciada, que viva en concubinato.
- El artículo 223 le da el carácter de concubinato, a la unión de dos personas cuyo matrimonio se hubiera anulado.
- Por concubinato con un tercero, se pierde la vocación hereditaria de una persona respecto de aquel de quien no se estaba divorciado vincularmente.

Con estos ejemplos se puede afirmar que si bien no ha sido regulado detenidamente por nuestra legislación, dicho “estatus” produce en ciertas circunstancias efectos jurídicos.

Además Vélez Sarsfield hace referencia a esta unión en la nota del art 333, en donde reconoce su existencia y no lo cataloga como ilegítimo, razón por la cual autorizó su libre práctica pero no implemento su regulación.

Entre los derechos que se le reconocen:

- En materia previsional se regula el derecho a pensión en favor del conviviente, en el supuesto que el causante estuviese separado de hecho o hubiese convivido en aparente matrimonio durante 5 años anteriores al fallecimiento, o dos en caso de tener descendencia o el causante haya sido soltero, viudo, separado legalmente o divorciado.

- Indemnización por antigüedad art. 248 Ley Contrato de Trabajo: le otorga derecho a la indemnización del art 247, a quien hubiese convivido públicamente, en aparente matrimonio con el trabajador fallecido.

- Ley 24.411 sobre desaparición forzada de personas, en su art 4 regula: “Los efectos y beneficios de esta ley se aplicaran a las uniones matrimoniales de hecho que tuviesen una antigüedad de por los menos dos años anteriores a la desaparición o fallecimiento”.

- Ley 23.091 en su art. 9 establece: que en caso de muerte del locatario, el arrendamiento podrá ser continuado en las condiciones pactadas y hasta el vencimiento del plazo contractual por quienes acrediten haber convivido y recibido de aquél ostensible trato familiar.

- Ley 24.417 de violencia familiar, rescribe en su art. 1 que, a los efectos de esta ley, se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho.

- Ley 23.660, de obras sociales, en su art. 9: determina que quedan incluidos en la calidad de beneficiario “las personas que convivan con el afiliado titular y reciban del mismo ostensible trato familiar, según la acreditación que regule la reglamentación”.

39. El resarcimiento del agravio moral de los concubinos

El art. 1078 del Código Civil determina que solo le corresponde la titularidad para accionar a los herederos forzosos ante el fallecimiento del damnificado directo. Por ende si nos atenemos a un análisis literal de la norma sería inviable un reclamo de parte del concubino/a de la víctima debido a que no se encuentra amparado entre los sujetos que comprende el concepto herederos forzosos, dejando a los afectados por el daño sin poder petitionar su restitución a la situación que se encontraban con anterioridad a que este se produzca.

Al igual que los supuestos tratados en el capítulo anterior, existe injusticia e inequidad de la norma, en este caso con respecto a la persona que se encuentra en unión de hecho con la víctima directa del daño, que por inentendibles razones de política legislativa quedo excluida su posibilidad de reclamar ante un hecho ilícito.

Es llamativa la situación porque el impedimento solo existe en relación al daño moral, reconociéndosele legitimación activa a los concubinos en caso de daño patrimonial, aun cuando esto resulta ilógico si se quiere, porque el concubino no tiene obligación alimentaria con su compañero por lo tanto no debería el daño material ser amparado por ley.

Por otro lado pensamos que los fundamentos de esta limitación (evitar cataratas de reclamos) caen por su propio peso, debido a que se puede llegar al mismo resultado no deseado por reconocer legitimación en caso de daño patrimonial, ya que nada nos garantiza que en este caso los peticionantes no sean numerosos o sus pretensiones no sean elevadas para poner en situación complicada al infractor.

El impedimento parece ocultar un castigo a los convivientes por no ingresar a la institución conyugal, poniendo en plano de inferioridad y desamparo a la unión de hecho frente al matrimonio. Es notorio que nos encontramos ante casos similares en donde los sentimientos que son lesionados no tienen porqué ser menos valorizados por no cumplir con la formalidad del casamiento, a pesar de existir todas aquellas características por el que se lo reconoce como tal: estabilidad, convivencia, fidelidad, solidaridad, etc.

Más bien consideramos que se encuentran en un relativo plano de igualdad, en lo que al derecho de recibir indemnización se refiere, que exige reparación en ambos casos y con similares alcances. Así lo expresa el Dr. Pettigiani³²: “la affectio que nutre ambas clases de unión en ocasiones se confunde, no resultando fácil discriminar dos realidades que se presentan así sustancialmente idénticas, solo diferenciadas por el modo tácito o expreso que respectivamente habilita (sin formalidad alguna en un caso y con rigurosas solemnidades en el otro) una misma relación subyacente”.

³²SCJBA, “V., M. c. C., J. M. y otro s/Daños y Perjuicios”, LL 345-J- 2003

Alguna jurisprudencia sostuvo que el derecho del concubino no estaría reconocido en ninguna norma jurídica vigente y, por ende, no constituiría fuente de derechos entre sus integrantes³³, lo que pondría en evidencia que el concubinato habría sido repudiado por el Legislador quien, a pesar de la aparente evolución social, se ha negado sistemáticamente a abrirle las puertas al reconocimiento de la legitimación activa.

No compartimos esos argumentos y pensamos que la situación se plantea en sentido contrario, el legislador ha venido reconociendo, quizás de manera insuficiente, pero cada vez con reconocimientos de mayor importancia, lo que demuestra que es consciente de la práctica social que tiene esta institución y la necesidad de brindarle una regulación específica

Muestra de esto es que la Constitución Nacional protege integralmente a la familia, y tanto lo es la natural como la matrimonial, si bien por cierto esta última es particularmente alentada y reconocida como la más idónea para fundar una familia (así, p. ej. art. 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamado Pacto de San José de Costa Rica; art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, todos en función de la manda del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), esto no quiere decir que se excluya de nuestra legislación al concubinato.

Resulta evidente la intención del legislador de ampliar la base de eventuales reclamantes, lo que debe analizarse a la luz de los cambios ocurridos en nuestra Constitución, leyes y costumbres, siendo nuestra creencia que dentro de la misma deben ser incluidos los componentes de la llamada familia natural, que comprende en su concepto al concubinato, cuando éste presenta ciertas características que analizadas judicialmente le otorgan relevancia para ser merecedor de protección jurídica.

Por lo expuesto consideramos que en nuestro derecho existe una amplia base legal que, más allá de interpretaciones extremadamente restrictivas, posibilita la protección del núcleo conviviente no matrimonial, dentro de pautas de razonabilidad y prudencia, que pasan fundamentalmente por no intentar colocar a la par institutos que deben necesariamente guardar una diferenciación jerárquica perceptible, aunque no al

³³ CNCiv, "Fernández s/El Puente", LL, 1995-A, 136. (En pleno-posición de la minoría)

extremo de tornar inequitativo el trato que debe dispensarse a los convivientes extramatrimoniales, a los que no debe concederse excesivos favores pero tampoco sumirlos en un total desamparo, como en la actualidad produce el art. 1078.

40. Jurisprudencia

Haremos referencia a dos fallos que reconocieron legitimación activa al concubino, pero para llegar a este resultado se siguieron caminos distintos, primero la inaplicabilidad de la ley, y después la inconstitucionalidad.

a. Cámara Civil y Comercial de Apelaciones de Mar del Plata, sala II, "R. S. E. c. Bustos, Esteban y A. A. c. Bustos, Esteban s. Daños y perjuicios", 23/11/2004.

Hechos:

El Juez de primera instancia hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios deducidos por quien mantenía una relación concubinaria con la persona que falleció en el accidente de tránsito. Este decisorio fue confirmado por la Cámara Civil.

En dicho fallo se deja de lado el impedimento establecido por el art. 1078 del Código Civil, y se reconoce legitimación a la concubina pese a no ser heredera forzosa como lo exige dicho texto legal.

El tribunal considera que el artículo es contrario a los principios constitucionales, y decide resolver su inaplicabilidad, no tratando la inconstitucionalidad como en otros casos.

“La finalidad de la ley de restringir el cupo de legitimados, atendible *prima facie* para no multiplicar el número de los reclamantes comprendidos en la aflicción, no puede llegar al extremo de desconocer el explicable dolor de quien, al igual que el cónyuge supérstite, también ha visto zozobrar su patrimonio espiritual”

Dr. Oteriño: “En razón de lo expuesto, propongo la admisión del reclamo indemnizatorio de la concubina, con la consiguiente confirmación del decisorio de primera instancia, fundamentado en los preceptos constitucionales de protección a la familia (art. 14 bis C.N.; 17, 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica; 10 y 23 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), igualdad

ante la ley (art. 16 C.N.) y doctrina emanada del art. 1079 del Código Civil, en cuanto sienta el principio general de responsabilidad civil y a su amparo amplía el espectro de legitimados para reparar daño”.

Cabe observar que el Sr. Juez tomo como centro de reconocimiento del daño moral al art. 1079, cuestión que consideramos no es correcta, porque si bien en él se contempla amplia legitimación, es en referencia al daño patrimonial y no al moral que se rige por el art. 1078.

Para apartarse de la normativa legal el juez esbozó cinco fundamentos:

En primer lugar hizo mérito del paulatino reconocimiento de derechos que, en diferentes ámbitos, el ordenamiento legal acuerda a los concubinarios.

En segundo término sostuvo que es injusto presumir que la muerte produce daño extrapatrimonial cuando existe vínculo matrimonial y que en las mismas condiciones de hecho, no lo produce en caso de que no exista institución matrimonial mediante, no obstante tratarse de una relación comprobada y con carácter estable.

Como tercer argumento dice que el derecho a la indemnización se parece más a una sanción por haber convivido al margen del vínculo matrimonial que a una adecuada respuesta en el orden del derecho de daños.

Como cuarto fundamento afirma que la limitación legal choca con el criterio imperante en la materia profusamente abonado en nuestra legislación, esto es, la reparación integral de quien ha sufrido un daño injusto.

Finalmente, porque el objetivo de la ley de restringir el cupo de legitimados para no multiplicar el número de los reclamantes comprendidos en la aflicción, no puede llegar al extremo de desconocer el explicable dolor de quien ha visto zozobrar su patrimonio espiritual, con clara afectación de los valores paz, seguridad, tranquilidad y justicia.

El fallo se fundamentó en la inaplicabilidad del precepto, por resultar lesivo a los derechos y garantías de raigambre constitucional, como lo son la protección integral a la familia y la igualdad ante la ley.

b. Cámara Civil y Comercial de Apelaciones de San Isidro, Sala II, "Hernández, María Rosa c. Witomski, Mario Norberto y otros s. Daños y perjuicios", 26/02/2007

Hechos:

La causa tuvo su origen en un accidente de tránsito con la participación de un automóvil conducido por Mario Norberto Witomski, y de la bicicleta conducida por Brígido Tabaré Barboza González, quien falleció a consecuencia de las heridas que entonces sufriera.

La actora (concubina del occiso) demandó, de Witomski y del propietario del automóvil, el resarcimiento de los daños y perjuicios que le causó el ilícito.

La sentencia de primera instancia condenó a Mario Norberto Witomski, a “G.V.S. Sociedad Anónima” (propietaria), y a “Fata Seguros S.A.”, al pago de \$ 228.000.

Apelaron las partes y en Cámara se reconoció a la concubina tanto la legitimación del daño patrimonial, fundada en el art. 1079, como del daño moral, declarándose la inconstitucionalidad del art. 1078 por ser contrario a los preceptos constitucionales. A pesar de esto el monto indemnizatorio fue disminuido a la suma de \$ 150.000

El Juez Malamud expuso: “en realidad, la cuestión radica en que concede a las personas unidas en matrimonio civil un derecho que niega a quienes no lo están, con lo que la norma positiva establecería un privilegio o excepción que excluye a unos de lo que se acuerda a otros en igualdad de circunstancias, creando distinciones arbitrarias, injustas u hostiles contra determinadas personas o grupos de personas, lo que proscribe el art. 16 C.N.³⁴ esto es, dejando la ley de tratar de un modo igual a los iguales en igualdad de circunstancias”³⁵.

Sigue, “de acuerdo a los extremos acreditados en autos, inclusive con actuaciones judiciales ya añosas, existió entre la actora y el occiso hasta su muerte, un vínculo estable de fama cuasi-matrimonial, y no encuentro razón para no paliar los sufrimientos de aquella (verosíblemente no menores a los de una esposa), enriqueciendo

³⁴ CSJN, Fallos, 199:268.

³⁵ Fallos, 240:430; 246:45.

al victimario al liberarlo de indemnizarlos por la circunstancia de que no regularizara legalmente su situación de hecho, mantenida con ribetes de perpetuidad”.

La importancia de ambos fallos se manifiesta en el antecedente que generan para futuros reclamos, abandonando la postura de desprotección del concubino, quienes podrán reclamar la indemnización que corresponda, ya sea por inaplicabilidad de la norma o por la declaración de inconstitucionalidad. Además implica un reconocimiento a esta relación, poniéndola en situación similar al matrimonio, siempre que cumpla con ciertos parámetros como ser la convivencia por tiempo considerable, estabilidad de la relación, fidelidad, etc.

En conclusión, no se puede desconocer, como manifestamos en capítulos anteriores, que los concubinos tienen un interés simple no reprobado por el derecho, en el caso de muerte de su compañero, que es reconocido en la actualidad por la jurisprudencia en el ámbito de los daños patrimoniales y que se va abriendo espacio dentro del daño moral.

El problema que se presenta es la inexistencia de un criterio único por parte de los tribunales del país, por lo tanto mientras no se lleve a cabo la reforma del art. 1078 del Código Civil, el reconocimiento de la legitimación activa de los concubinos dependerá de la suerte de cada reclamante.

Capítulo VIII

LOS HERMANOS

41. Legitimación activa de los hermanos

Otro de los supuestos al que debemos hacer referencia es el de los hermanos de las víctimas directas del hecho. Estas se encuentran dentro de las exclusiones que contempla el art. 1078 del Código Civil, ya que no son herederos forzosos.

La claridad del texto legal, no deja lugar a dudas sobre la imposibilidad de accionar que pesa sobre ellos, convirtiéndose en otro de los casos que creemos injustamente ha sido excluido por el legislador.

Al no estar comprendidos dentro de los herederos forzosos, que son aquellos únicamente titulares de la acción, no son poseedores de un derecho subjetivo o interés legítimo, que dé cabida a un reclamo de su parte. Pero creemos con importante doctrina que nos avala, entre los que se destacan Pizarro (2004), Zannoni (2005), Zavala de González (2010) que estos damnificados son titulares de un interés simple no contrario a derecho y que ante ciertas circunstancias debe reconocérseles una indemnización por el mal injusto sufrido.

42. ¿Reconocimiento en abstracto o bajo ciertas circunstancias?

En principio es difícil pensar en la ausencia de daño moral por la muerte de un hermano, personas a la que no solo las une haber nacido de los mismos padres, sino que es aquel con el cual ha mantenido vínculo estrecho en los primeros años y seguramente a lo largo de su vida, existiendo trato familiar, afectos y sentimientos recíprocos que son susceptibles de sufrir daño efectivo.

Parte de la doctrina no acepta la idea, que por el solo hecho de poseer el título de hermano, se encuentre legitimado al reclamo por el daño moral sufrido. Lo

transcendente en este sentido es la demostración fehaciente del mismo daño por el que pretende ser resarcido y de todos los demás presupuestos de responsabilidad.

A partir de la existencia de ciertos elementos que se presenten en cada caso particular, como ser la convivencia, la ausencia de padres, o dependencia económica que un hermano pueda tener del otro, amerita ser analizado por el juez en el caso particular, y determinar la presencia de daño moral, ya que si bien en este caso no existe presunción, la experiencia común nos dice que es muy probable la presencia de dicho menoscabo.

En este sentido, la doctora Zavala de González dice que: "...No propugnamos que el hermano u otro pariente sobreviviente pueda invocar un daño resarcible en cualquier hipótesis, pero sí de concurrir alguna positiva e íntima relación afectiva, con supeditación al juicio del magistrado; por ejemplo, ausencia de otros familiares más cercanos, convivencia, recíproco apoyo material y espiritual, antes del hecho, etc..." (1993, pág. 232).

Por el contrario, pensamos que la presencia de daño moral en el caso de los hermanos es la regla y no la excepción, difícilmente se presente algún supuesto en donde el vínculo entre ambos no sea sólido como para ameritar una indemnización por dicha pérdida. Pero como toda regla puede tener sus excepciones, las cuales no solo se darán en este caso, sino que puede presentarse en alguno de los que están contemplados en el art. 1078, como por ejemplo en el caso de los abuelos.

Por esto entendemos que el caso de los hermanos debería gozar de las presunciones *iuris tantum* que existen para los herederos forzosos, de esa forma librar al supuesto afectado de su producción, cayendo la misma en cabeza del eventual responsable.

Dice Ritto (2010) que a este tema la actividad jurisdiccional lo ha analizado con variables en la línea jurisprudencial, pero lo real es que solo se ha logrado una aproximación al reconocimiento de la legitimación activa en el daño moral supeditado a la demostración, en el caso concreto, de la existencia de daño, prueba que pesa sobre los damnificados indirectos que no sean herederos forzosos, debido que respecto a ellos el daño no se presume.

Por último, como un argumento más que demuestra la contradicción de someterse a criterios rígidos en el afán de evitar cataratas de reclamaciones sin poner

énfasis sobre lo realmente trascendente al derechos de daños, se generan situaciones injustas que llevan a indemnizar a familiares que pueden haber tenido un contacto efímero con la víctima directa, pero que por acomodarse a los parámetros exigidos por la ley, se le reconoce titularidad en la acción; y por el contrario, aquellos familiares que no se encuentran dentro de los herederos forzosos ven impedida la reclamación, a pesar de poder tener un vínculo más estrecho y el daño haber repercutido con mayor fuerza en su persona. Esta situación la genera la propia ley, ya que el texto actual al referirse a ascendientes habilita al reclamo a un bisabuelo por ejemplo, y la niega a un hermano.

43. Jurisprudencia

Las soluciones que ha tomado la jurisprudencia han sido de las más variadas, se dividieron por caminos distintos para lograr el reconocimiento del daño moral, pero muy lejos se encuentra de existir un criterio único que otorgue previsibilidad a los justiciables.

Podemos tomar como primer antecedente del reconocimiento el “leading case” Santa Coloma³⁶ en el que la Corte consagro el carácter resarcitorio del daño moral. En este fallo en el momento de intervención de la Cámara Civil y Comercial Federal, con fecha 10 de abril de 1984, admitió la legitimación del hermano en concurrencia con los padres por las muertes de sus hermanas y dicho resarcimiento por daño moral no fue objeto de agravios. Por lo que la solución adoptada no aporta mucho en nuestro tema.

Después, en un fallo de la Cámara Nacional de Comercio³⁷, se argumento que los hermanos están comprendidos en el art. 1078 como legitimarios potenciales. En esta ocasión la Cámara dijo: “Corresponde asignar una interpretación amplia a la mención de herederos forzosos que hace el art. 1078 del Cód. Civil, de modo que alcance a todos aquellos legitimarios potenciales, aunque (de hecho) pudieran quedar desplazados de la sucesión, por concurrencia de herederos de mejor grado. Cuando del hecho resulte la muerte de la víctima, los herederos forzosos legitimados para reclamar la indemnización, no solo son los de grado preferente de acuerdo al orden sucesorio...”

³⁶ CSJN, “Santa Coloma, Luis F. y otro c/ Ferrocarriles Argentinos”, JA, 1986-IV-624.

³⁷ CNCom, Sala D, “Pinti de Navarro, Margarita Ana y otro c/ Luis Roberto Torres s/daños y perjuicios”, JA, 1996-II-248.

Otro fallo³⁸ del año 1996, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, al resolver sobre el reclamo de un sujeto por su hermano desaparecido expreso: que la limitación del art. 1078 debe analizarse en concordancia con el sistema general del Código Civil.

Si bien en estos tiempos podemos encontrar fallos en donde se legitima a los hermanos a reclamar daño moral, en principio la jurisprudencia es conteste en admitirla, este es el criterio seguido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que en un fallo³⁹ dijo: “Debe desestimarse la indemnización de daño moral que pretende recibir el hermano de la víctima que falleció en un accidente de tránsito, pues aquél no reviste el carácter de heredero forzoso del occiso, condición requerida por el art. 1078 del Código Civil para la procedencia del resarcimiento...”

Si bien en los fallos en donde se rechaza la legitimación activa del hermano, se fundamentan en el respeto de la letra de la ley y prima el análisis literal por sobre otro criterio, no debemos olvidar que ese análisis no solo debe realizarse de un único artículo, sino que también podríamos exigir la implementación de este método con los tratados incorporados en nuestra Constitución y que poseen rango constitucional y por ende es ley vigente para los jueces de nuestro país.

Otro fallo⁴⁰ que marca el camino al reconocimiento del daño moral en los hermanos se dijo: “solo una vez que en concreto se pruebe la existencia del daño moral del hermano de la víctima fatal, podría invalidarse la exclusión legitimatoria que prevé el art. 1078 del Código Civil...”

Se manifiesta en este fallo una solución más equitativa al pronunciarse sobre el reclamo del hermano y dejar de lado las limitaciones exigidas por el texto legal ante la presencia concreta de daño moral.

También en esta temática se transita por el camino que consideramos el adecuado hasta que sea modificado el art. 1078, que es declarar la inconstitucionalidad de dicha norma. En un fallo⁴¹ de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Matanza se dijo: “Resulta inconstitucional el art. 1078 del Código Civil, en cuanto limita la legitimación activa a los herederos forzosos en caso de muerte de la víctima,

³⁸ CNFed. Cont. Adm., Sala III, 9/2/96, “T., D. c/Estado Nacional y otro”, LL, 1996-C-438.

³⁹ CNCiv, Sala G, “Cárdenas, Marta María c/Negro, Alberto Carlos y otros”, LL, 2008.

⁴⁰ CApelCC, Sala II, Azul, “A.H.M. y otros c/Q.C. y otros s/daños y perjuicios” LL, 2008.

⁴¹ CCiv y Com, La Matanza, Sala I, 19/02/08, LLBA, 2008-422.

pues tratándose de un reclamo deducido por los hermanos del damnificado que lo cuidaron desde niño ante la ausencia de sus progenitores, aquella norma colisiona con el principio de igualdad ante la ley previsto por el art. 16 de la Constitución Nacional...”

Capítulo IX

Los novios y los amigos ¿Pueden ser damnificados indirectos?

44. Introducción

Hemos tratado distintos supuestos de damnificados indirectos (concubinos, hermanos), que si bien la norma los excluye de una posible titularidad en la acción, en la actualidad existen criterios jurisprudenciales, como los mencionados, que se fundan en la inconstitucionalidad del art. 1078 o por medio de la letra del art. 1079 del código civil, reconociendo a estos la posibilidad de reclamar ante la muerte del damnificado directo.

Pero existen otros casos en donde parece tan alejada la posibilidad de llegar a reconocer la existencia de daño moral, que ha sido poco tratado por la doctrina, y en principio la jurisprudencia rechaza su reconocimiento.

Siguiendo las palabras de la Dr. Ritto (2010) al tratar el tema dice: “ni siquiera podemos enunciarlos como conflictivos dado que la doctrina mayoritaria es conteste en negarles el derecho a la titularidad de la acción”. Nos referimos a los casos de los novios, amigos, guardadora.

45. Novios

“Se podría definir al noviazgo como la unión afectiva entre dos personas, sin distinción de sexo, que tienen en vista la posibilidad de matrimonio” (Zavala de González, 2010, pág.577).

Graciela Medina al referirse a la distinción entre noviazgo y unión de hecho dice: “El noviazgo, como reunión de personas de diferente sexo que no conviven maritalmente y que se han formulado promesa de contraer matrimonio y el concubinato, como unión de personas de diferente sexo que mantienen una comunidad de habitación y de vida similar al matrimonio” (2001, pág. 313). Al noviazgo se lo reconoce como menos estable, una pareja que está en proceso de conocimiento, al contrario del

concubinato que se trata de una relación afianzada, que ya ha pasado a la etapa de convivencia.

En este caso trataremos la posibilidad de ser indemnizado por daño moral debido a la ruptura del noviazgo por la muerte de uno de los novios derivada de hechos ilícitos.

46. Postura que niega titularidad en la acción indemnizatoria

La mayoría de la doctrina niega la posibilidad a los novios de entablar un reclamo por daño moral en virtud de la muerte de su compañero porque, “en nuestros días, las relaciones de noviazgo suelen ser fugaces, y podrían dar lugar a verdaderas aventuras judiciales por supuestos daños y perjuicios”⁴². Si consideramos que los sentimientos cambian muchas veces con facilidad o son sostenidos producto de equivocaciones o caprichos por lo que la relación de noviazgo no tiene la seriedad necesaria para ser el fundamento de un reclamo jurídico.

No caben dudas que analizando la cuestión normativamente, no se encuentra posibilidad para que este reclamo sea viable, por otro lado la doctrina nacional mayoritariamente lo rechaza, y por ultimo en la jurisprudencia se encuentran muy pocos precedentes.

“Es rechazada porque, al igual que los concubinos, los novios carecen de un interés legítimo, como requisito del daño defendido por buena parte de nuestra doctrina...” (Ritto, 2010, pág. 187/8). En el mismo sentido: “Se desconoce en general el derecho al resarcimiento por la muerte de su novio, por carecer de un interés jurídicamente protegido...” (Trigo Represas- Lopez Mesa, 2004, t IV, pág.507).

A esta postura se le enfrente aquella, que cada día gana mayor espacio, defendida por prestigiosos juristas de la talla de Zannoni (1993), Belluscio (1974), Pizarro (2000) que reconocen como requisito suficiente para la existencia de daño “el simple interés no reprobado por el derecho”, camino que entendemos es el que se debe seguir, sobre todo cuando desatender estas situaciones genera injusticia y desigualdad.

⁴² Borda, Guillermo A. “Muerte del novio en un accidente de tránsito”, E.D. 172-243.

47. Posturas que admiten estos supuestos

Podemos sostener que no encontramos autores que defiendan el reclamo de los novios por solo formar parte de esa relación, sino que exigen ciertas características que le otorguen un manto de seriedad y perduración a dicha relación, para que de esa forma se habilite al reclamo.

Como base de apertura a la discusión de este supuesto y su posible reconocimiento, se exige de la relación de noviazgo una cabal demostración de la seriedad de la unión y de la expectativa de materialización de una boda próxima, con preparativos ciertos y serios ordenados a ese fin, y presupone también la aptitud nupcial de los contrayentes (Iribarne, 1995).

Queda en claro que no existe posibilidad de introducir un reclamo de este tipo por medio del art. 1078, pero lo que hay que analizar es si realmente es razonable esa exclusión con alcance absoluto o si podría ser calificada como inconstitucional en algunos casos.

Dentro de esta postura se encuentra la Dra. Zavala de González (2010) que sostiene que siempre que esta relación presente ciertas características que la distinguan de una mera vinculación afectiva, como ser la promesa de matrimonio o la expectativa real de formar dicha unión en un tiempo próximo, es posible observar una situación de injusticia e inequidad que amerite la petición de inconstitucionalidad del art. 1078.

Volvemos a referirnos al ejemplo expresado con anterioridad, es al menos llamativo, enrolándonos en los términos del art. 1078, que una persona pueda reclamar daño moral por la muerte de su bisabuelo, cuya vida se encontraba por razones naturales próxima a extinguirse, y se niegue totalmente a un novio que tenía la expectativa de formar un proyecto de vida con la fallecida/o.

48. Jurisprudencia

a. Superior Tribunal de la Provincia de La Pampa, Sala A, “Bellido, Gabriela A. c/ Cerneli Andrés N.

En este fallo, la novia embarazada a punto de contraer matrimonio demanda por daños y perjuicios por la muerte de su futuro esposo a raíz de un accidente automovilístico.

La primera instancia acogió parcialmente la pretensión, aceptando solo el daño material y rechazando el moral. La alzada por mayoría revoca la sentencia. La actora plantea Recurso Extraordinario Provincial fundado en errónea aplicación de la ley, por medio del cual debía resolver el máximo tribunal de la provincia. Este hace lugar al reclamo en su totalidad, tanto por la pérdida de chance matrimonial, como por daño moral, por haberse verificado una errónea aplicación del art. 1079.

Alguno de los puntos que resaltan del fallo⁴³:

a. El fallo pone énfasis en la demostración de la seriedad de la relación y de la expectativa de materialización de la boda próxima con preparaciones ciertas y serias a tan fin.

b. El suceso que produjo la muerte del novio, se da ante una boda que se encontraba próxima, con preparativos ya realizados, por lo tanto no se resarce una eventual posibilidad matrimonial en abstracto, sino una expectativa matrimonial concreta e inmediata.

c. Los novios pocos días después del siniestro iban a contraer matrimonio a la vez que esperaban un hijo, el daño que se inflige a la actora es de notoria certidumbre, por cuanto deberá hacerse cargo exclusivamente de la crianza del niño, con todos los gastos que esto irrogara y sin la posibilidad de compartir la patria potestad con su esposo.

49. Nuestra opinión

Creemos que este supuesto es uno de aquellos, en donde ante ciertas circunstancias, el apego a una norma denota injusticia e insensibilidad con cuestiones que deben ser tenidas en cuenta por el juzgador.

No compartimos la normativa en que el tribunal fundó la indemnización, ya que entendemos que el art. 1079 hace referencia al daño material, si bien con un criterio amplio, esto no habilita a ver en él incorporado el daño moral. Este claramente se encuentra receptado en el art. 1078, por lo que el único camino posible hasta que se realice una modificación del mismo, es declarar su inconstitucionalidad.

⁴³ Suprema Corte LaPampa, SALA A, "Bellido, Gabriela A. c/ Cerneli Andrés N. s/ proceso sumario" (daños y perjuicios) 02/07/1996, ED, 172-243.

Es difícil pensar en la procedencia de un reclamo por parte del integrante de una relación de noviazgo, si esta no presenta elementos que demuestren seriedad, permanencia, estabilidad de la relación, por lo que en todos los casos será, una cuestión de prueba.

50. Amigos

El vínculo de amistad es otro de los que puede entrar en discusión, si partimos de ideas superadoras a las existentes en el Código Civil.

En este caso la discusión se torna mucho más compleja, ya que es difícil encontrar algún criterio jurídico que permita reparar el daño moral por la muerte de un amigo, es por ello que la doctrina mayoritaria no lo trata como supuesto excluido.

Este supuesto claramente no cumple con las exigencias del art. 1078 del Código Civil, recordando que este utiliza como base del reclamo del daño moral al vínculo del parentesco, ausente entre amigos. Entendemos que estamos nuevamente ante un simple interés, que debe ser resarcido en la medida que no sea contrario a la ley, ya que en el caso contrario el derecho se pone al servicio de situaciones injustas, permitiendo que estas sucedan y no generen ninguna consecuencia jurídica, situación que difícilmente concuerde con la finalidad principal a la que debe apuntar.

Esta situación es contemplada en derecho comparado, siendo la legislación Francesa el ejemplo en el caso, permitiendo a todo aquel que se considere afectado la posibilidad de reclamar, no poniendo una valla como sucede en nuestro derecho llamada “parentesco”.

Queda claro que en los supuestos autorizados por el art. 1078 del C.C., la existencia de daño se presume, por lo cual el demandado deberá destruir esa presunción.

No pretendemos que en el caso de los amigos, novios, concubinos, suceda lo mismo, sino que se otorgue a cada persona que se siente dañada la posibilidad de que por medio de pruebas demuestre ese daño real que sufrió y no el rechazo *in limine* de su petición. Ante esta situación sería innegable la admisión de la acción sino se estaría afectando derechos constitucionales de manera manifiesta (Carlos Gherzi, 2008).

La Dra. Zavala de González (2006) piensa que hay recaudos que deben imperar para que se admita el reconocimiento de la acción resarcitoria en este caso, los

cuales serian la existencia de convivencia persistente y notoria, despliegue de funciones habituales entre familiares, dignidad y seriedad de la convivencia.

Entendemos que en este caso se debería encontrar subordinada la legitimación, a la demostración efectiva del daño sufrido, cayendo sobre el afectado la carga probatoria. Pero con el contenido del texto actual, lo normal sería que la petición sea rechazada por falta de legitimación activa.

51. La guardadora

Como guardadora se conoce a aquella persona que se hace cargo de un menor desde su corta edad, ya sea por abandono o fallecimiento de sus padres, asumiendo dicha función en ausencia de ellos.

Pensamos que en este caso, sería devastador para la persona que cuida desde corta edad a un niño, el conocimiento de su muerte. El vínculo que ha estrechado a lo largo del tiempo es similar al de un progenitor, cumpliendo todas las cargas y obligaciones que pesan sobre estos. Los afectos que se han cultivado mutuamente, las vivencias que han compartido, la responsabilidad en el cuidado y crianza del menor, no dejan de ser una realidad innegable de la perturbación moral a la que se verá sometida/o el guardador. En este caso la injusticia de negar resarcimiento por daño moral es más evidente que en cualquiera de los casos analizados con anterioridad.

Siguiendo el inentendible criterio del art. 1078 del C.C. podrá reclamar su bisabuela, que seguramente tendrá un vínculo menos estrecho que el que desarrollo el guardador e inclusive siguiendo el curso normal y ordinario de las cosas está destinada a pasar un tiempo menos extenso al lado del menor.

Nos parece que en este caso la situación del guardador, debería ser asimilada a la de los progenitores, así con la sola demostración de haberse hecho cargo del menor y demostrar el cumplimiento de las obligaciones de padre por un lapso considerable de tiempo, su daño debería presumirse.

Sabemos que esto es una opinión aislada, y difícil de concretar, pero que consideramos es la que mejor se adapta a los parámetros seguidos por el derecho de daños en la actualidad, que exige la reparación de todos los daños de los que las personas son víctimas.

52. Jurisprudencia

a. CNCiv., Sala E, autos “Veyra de Alvarado, Petrona c/Heins, Luis E s/ daños y perjuicios”

La demandante y su esposo se hicieron cargo de un menor desde los tres meses de vida.

El menor producto de un accidente de tránsito perdió la vida en el año 1963. Ante esta situación la guardadora demandó por el hecho ilícito pidiendo ser resarcida, pero solo en relación al daño patrimonial.

En primera instancia se hizo lugar a la excepción de falta de acción de la accionante y rechazó la demanda. La Cámara revocó la sentencia apelada y ordenó el reenvío de los autos a primera instancia para que el a quo se pronuncie sobre las demás cuestiones objeto de la litis.

La Cámara tuvo en cuenta: “Debe indemnizarse a quien, siendo guardadora de un menor que le fue entregado por su madre a muy corta edad, sufre un indudable perjuicio con su muerte, acaecida en un accidente, pues ello corresponde tanto por el sacrificio de haber criado y educado a la víctima como por la frustración de su legítima esperanza de obtener una ayuda en su vejez, ya que en tal caso el daño tiene entidad suficiente para ser resarcido como una chance de que semejante ayuda se concretase...”(solo hace referencia al daño patrimonial).

En este caso no se planteó el resarcimiento del daño moral, y solo se reconoció el daño de la madre de crianza a título de pérdida de chance.

No existe en la jurisprudencia local antecedente que reconozca el daño moral en este caso particular, pero creemos que en caso de ser reclamado, basándose en la inconstitucionalidad del art. 1078 del C.C., debería ser reconocido por el Juez.

Capítulo X

LA LEGITIMACION ACTIVA DEL DAÑO MORAL EN LOS PROYECTOS DE REFORMA DEL CODIGO CIVIL

53. Introducción

El Código Civil en su redacción originaria reconocía el daño moral solo ante la presencia de delito criminal, criterio que fue cambiado a través de la ley 17.711⁴⁴, que adoptó la presente redacción con las conocidas limitaciones.

Tiempo después de la reforma aparecieron intentos de unificación del Código Civil con el Código de Comercio, idea que fue acompañada de distintos proyectos de unificación, en donde se trató el tema del daño moral y la titularidad en la acción para reclamar.

54. El proyecto de unificación de 1987

Fue elaborado por la Cámara de Diputados y no trató el tema de la legitimación de las acciones.

En relación al daño moral solo modificó el art. 522, en donde cambió la polémica mención “podrá”.

55. Proyecto de la Comisión creada por Decreto 468/92

Este proyecto estuvo a cargo de importantes juristas, entre los que se destacan: Cesar Belluscio, Aída Kemelmajer de Carlucci, Julio Cesar Rivera, Eduardo Zannoni. La comisión fue designada por el Ministerio de Justicia y tuvo como finalidad la modificación total del Código Civil.

En relación a nuestra temática, en el art. 1565 define al daño: “*Existe daño siempre que se cause a otro algún perjuicio a su persona, su patrimonio, o a sus*

⁴⁴ Ley 17.711 Reforma del Código Civil, 1968.

intereses no reprobados por la ley. Es indemnizable el daño cierto y personal del damnificado.”

Celebramos la definición que toma el Proyecto, ya se asienta el concepto de daño sobre la base del simple interés, permitiendo de este modo el reclamo de personas que generalmente eran excluidas, como el hermano, concubino, amigo, etc.

Con relación a la legitimación activa existen dos artículos genéricos referidos uno al daño material y el otro al daño moral. El art 1595 trata el daño moral: *“Los damnificados directos e indirectos están legitimados para reclamar el daño material. La acción es transmisibile”*.

En relación al daño moral el 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 solo se transmite a los sucesores universales del damnificado si fue interpuesta por este.*

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”.

Consideramos que es un avance en relación al texto actual y es digno de ser copiado en próximas modificaciones. Con respecto al caso de supervivencia de la víctima, no habilita únicamente al damnificado directo, sino que, cualquier damnificado indirecto puede ejercer la acción por el daño propio que sufre, previa evaluación de las circunstancias del caso por parte del juez. La facultad de determinar si en cada caso particular es conveniente que la acción sea ejercida por alguien más que el damnificado directo es una facultad del Juez. Quizás como crítica podría sostenerse, que la legitimación dependería del criterio de cada juzgador, no existiendo un parámetro que asegure su procedencia ante casos idénticos.

Por otro lado, ante el caso de muerte del damnificado directo, sostiene a las personas que en el actual texto tienen legitimación que son: cónyuge, ascendiente y descendiente, y también agrega a todo aquel que haya mantenido relación de convivencia. Este último agregado estaría dirigido a solucionar el problema de los concubinos (Pizarro, 2000), pero también podría extenderse a otros supuestos cuando se

cumpla con lo que exige la norma, que se daría en el caso de los hermanos, guardadores, amigos, etc. (Moisset de Espanés, 1994).

En síntesis el Proyecto de la Comisión designada por el Poder Ejecutivo Nacional, amplía la legitimación para reclamar daño moral tanto en los supuestos de supervivencia del damnificado directo, como ante el fallecimiento de este.

56. Proyecto de la Comisión de la Cámara de Diputados de 1993

Este proyecto ha sido formulado por los doctores Héctor Alegría, Jorge Horacio Alterini, Miguel Araya, Alberto Bueres, Félix Trigo Represas, Ernesto Wayar, Jorge Mosset Iturraspe, Luis Moisset de Espanés, entre otros.

La comisión se denominaba “Comisión Federal” y tenía como objetivo proyectar las reformas para la unificación de la legislación civil y comercial.

El proyecto fue tratado y aprobado por Diputados, pero el Senado nunca lo trató.

En el art 1068 define al daño de manera genérica, comprendiendo tanto el daño moral como el patrimonial. Dice: *“Hay daño cuando se lesione un interés ajeno, protegido por el ordenamiento jurídico, de naturaleza moral o material”*.

Con esta definición se entiende por daño toda afección a intereses de las personas, debiendo estos estar amparados por el ordenamiento para ser configurantes del concepto definido. Es así que a partir de este concepto no solo tiene cabida los llamados intereses legítimos que son presupuestos de un derecho subjetivo, sino que también los simples intereses o intereses de hecho, en tanto sean lícitos y serios y merezcan el amparo del derecho.

En lo relativo a la legitimación activa para reclamar 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, y en vida de este a sus padres, hijos y cónyuge. Si del hecho sobreviene la muerte de la víctima, tendrán acción sus ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos”*.

Es claro que la modificación es superadora del texto actual. Pizarro (2000, pág. 210) opina: “Acertadamente el texto proyectado extiende la legitimación activa a los damnificados indirectos cuando no se produzca la muerte de la víctima,

reconociendo el derecho de accionar a los padres, hijos y cónyuge y se excluye a nuestro modo de ver inadmisiblemente a la concubina y a los hermanos de la víctima”. Compartimos la opinión de nuestro maestro, el texto deja de lado a dos de los supuestos que mayor problemática generan, en cuanto a la injusticia de su exclusión.

Cuando sobreviene la muerte de la víctima, otorga acertadamente legitimación activa a los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos, superando con esta última inclusión la falencia apuntada al Proyecto de la Comisión 468/92.

Nos permitimos disentir en parte con los dichos del Dr. Pizarro, ya que entendemos que en el Proyecto de la Comisión del 92 al contemplar a todo aquel que conviva, en cierto sentido reconoce el resarcimiento del hermano, sobre todo en los primeros años de vida y durante su adolescencia cuando no hay dudas que en la mayoría de los casos se presenta esa convivencia, inclusive en muchos casos extendiéndose hasta edades considerables, por ejemplo cuando la convivencia se mantiene en razón de los estudios universitarios. Pero si es verdad que en algún momento la convivencia puede cortarse y los hermanos no estarían legitimados, por lo que hubiese sido conveniente la inclusión expresa de este supuesto.

Observando los fundamentos del proyecto, la comisión se encontraba entre la disyuntiva, a) posibilitar el reclamo de cualquier persona b) establecer límites a los reclamos.

A la vista de los antecedentes, la comisión optó por proponer la ampliación de los posibles pretensores con criterio muy moderado, pues más allá de las particulares opiniones de los miembros, no se perdió de vista el temor que siempre inspiró en algunos juristas la perspectiva de que una reforma permisiva en términos generales producirá una catarata de damnificados (Ritto, 2010, pág. 212).

57. El Proyecto de 1998

Este Proyecto estuvo a cargo de los Dres. Atilio Alterini, Horacio Roitman, Jorge Alterini, Héctor Alegría, Julio Cesar Rivera, Josefa Méndez Costa.

El proyecto unifica la legislación civil y comercial, responsabilidad contractual y extracontractual, extiende la responsabilidad objetiva y establece topes cuantitativos para la reparación del daño.

En los fundamentos del proyecto se explica: *“En atención a un insistente reclamo de la doctrina, se amplía la legitimación activa para la reparación de daños extrapatrimoniales.”*

Trato la legitimación del daño extrapatrimonial (así se lo denomina al daño moral en este proyecto) en el art. 1689: *“La persona humana damnificada directa tiene legitimación para accionar por la satisfacción de su daño extrapatrimonial. Si sufre gran discapacidad, o del hecho dañoso resulta su muerte, también tienen legitimación a título personal, según corresponda, conforme a las circunstancias, el cónyuge, los descendientes, los ascendientes, y quienes convivían con ella recibiendo trato familiar ostensible”.*

“Los tribunales tienen atribuciones 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 del ordinario, habida cuenta de su vinculación con el damnificado y las demás circunstancias”.

Es una postora superadora la de este proyecto, primero vemos como positivo el hecho de unificar los legitimados ante los casos de discapacidad o de muerte.

También mantiene a los que tradicionalmente han sido reconocidos para accionar: cónyuge, ascendiente y descendiente, pero hace un agregado amplio al comprender a toda persona que conviva y reciba trato familiar, por medio de la cual pueden verse legitimadas distintas personas sin hacer referencia a denominaciones en particular, así tendrían su lugar los concubino/a, la guardadora, etc.

Por otro lado, además de estos casos contemplados, la norma no posee un sistema cerrado que evite que alguien que sufre una lesión de este tipo sea tenido en cuenta para accionar, todo lo contrario, en el último párrafo le otorga facultades al Juez para que determine si, además de los expresamente reconocidos, hay algún caso particular que en virtud de la importancia de la lesión merece que se le reconozca titularidad en la acción, como ser el caso del hermano o amigos. De esta forma se llega a una protección amplia de los eventuales afectados.

58. Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012.

La Presidenta de la Nación, mediante el decreto N° 191/2011, dispuso la creación de una Comisión constituida por los doctores Ricardo Lorenzetti, Elena

Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci para unificación de los Códigos Civil y Comercial.

El proyecto tiene como objetivo unificar el Código Civil y Comercial, en un trabajo de aproximadamente 2500 artículos. No solo se trata de una unificación de legislaciones, sino que está acompañada de cambios resonantes, entre los que se destacan: incorporación de sociedades de un solo socio, se reconocen los derechos a la intimidad, imagen, honor y dignidad, se autoriza la reproducción humana asistida, dentro del matrimonio se incorpora la posibilidad de celebrar contrato prenupcial, se simplifican los trámites de divorcio y adopción, etc.

ARTÍCULO 1733.- Concepto de daño. *Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.*

El anteproyecto adopta una definición amplia de daño, reconociendo la afectación de un simple interés no reprobado por el derecho como antecedente de una eventual demanda judicial, logrando de esta forma una protección más extensa y receptando la teoría del simple interés. Se expresa en los fundamentos del Anteproyecto: “La comisión ha discutido si es necesario clasificar el daño patrimonial o moral, distinguiendo distintos supuestos, pero se ha considerado que es una tarea que corresponde a la doctrina y la jurisprudencia, ya que una norma general no podría dar cuenta de la enorme variedad de casos que se presentan”.

Cabe destacar que el anteproyecto no solo recepta el daño personal, sino que regula el daño de incidencia colectiva, por lo tanto se puede decir que hay daño cuando se causa una lesión a un derecho o a un interés que no sea contrario al ordenamiento, que comprende: a) el interés individual del legitimado sobre su persona o su patrimonio; b) el interés respecto de los derechos de incidencia colectiva.

ARTÍCULO 1737.- Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. *Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible.*

La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste.

El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.

Se expresa en los fundamentos del Anteproyecto: “El proyecto amplía la legitimación para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales que acogen la visión constitucional del acceso a la reparación y la protección de la familia. Por esta razón, si del hecho resulta la muerte o una gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con él recibiendo trato familiar ostensible”.

Es así que se hace expresa referencia a esta problemática, adoptándose una solución superadora del actual texto vigente. Siguiendo con la postura sostenida por el actual código y por las pretendidas reformas se reconoce legitimación a la víctima directa del hecho. Pero este proyecto es claramente superador al texto vigente, al reconocer legitimación a damnificados indirectos, tanto en caso de muerte o incapacidad del damnificado directo (quizás se preste a discusión el término utilizado “gran discapacidad”, pudiendo haberse evitado esta cuestión con una definición no tan amplia).

Entre los damnificados indirectos habilitados al reclamo, figuran los tradicionales supuestos reconocidos: ascendientes, descendientes y conyugue, reconociendo además los casos en que exista convivencia, en donde pueden quedar amparadas distintas personas, como ser: concubinos, hermanos, guardadores, amigos, etc.

Debido a la similitud de su redacción este texto ha tenido como fuente más próxima al proyecto de 1998, aunque en el actual se hace omisión del segundo párrafo del artículo 222, en donde el Juez tenía facultad para extender legitimación a los casos que considere apropiados. Pero esta omisión no desmerece el contenido del texto, ya que con la mención “quien conviva, recibiendo trato familiar ostensible”, protege la mayoría de casos en discusión.

ARTÍCULO 1738.- Atenuación de la responsabilidad. *El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del*

deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable.

Por si todavía existen defensores de posturas conservadoras basadas en el miedo a una catarata de reclamaciones, el anteproyecto otorga al Juez la facultad de atenuar la indemnización siguiendo los criterios definidos en el artículo. Esta inclusión es similar a la existente en el actual art. 1069, donde se encuentra plasmada la indemnización de equidad.

El Anteproyecto es superador del actual código en cuanto al número de eventuales reclamantes del daño moral, desde nuestra parte esperamos se convierta en ley y se concrete la solución que se merece la cuestión.

59. Proyectos iniciados en el Congreso de la Nación.

a. Proyecto de Binner, Hermes Juan - Sesma, Laura - Di Pollina, Eduardo - Zancada, Pablo.

Este proyecto intenta modificar el art. 1078 del C.C. partiendo de un texto similar. El nuevo texto toma como base el actual e implementa modificaciones que se pueden tildar como tímidas e insuficientes.

"La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización por pérdida e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.

La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos, no existiendo exclusión alguna entre los mismos a los efectos del ejercicio de la acción indemnizatoria reglada en el presente artículo. A falta de éstos, el precitado derecho de acción, podrá ser ejercido por los hermanos de la víctima.

Cuando existiere convivencia en aparente matrimonio continua e ininterrumpida por el término de cinco años como mínimo, podrá el concubino reclamar el daño moral a su persona ocasionado, en los términos y condiciones del presente artículo, supeditado ello a la inexistencia de vínculo matrimonial válido y vigente al momento de la muerte de la víctima".

Pensamos que se trata de un proyecto conservador, que no da muchos pasos en relación al texto actual. Sigue manteniendo como único legitimado al damnificado directo en caso de que sobreviva al hecho ilícito, de este modo no contempla las situaciones de incapacidad en donde la presencia de daño moral en los familiares es a veces mayor que en el caso de muerte, como lo manifestamos anteriormente.

Por otro lado define cual es el criterio para determinar a los herederos forzosos, cuestión que prácticamente ha sido superada por la doctrina y jurisprudencia, no excluyéndose los herederos entre sí por el orden preferente del derecho sucesorio, sino reconociéndoseles a todos los herederos eventuales el derecho a iniciar la acción, como ya lo marco sobrada jurisprudencia^{45 46 47}.

En caso que existen herederos forzosos solo ellos podrán reclamar, manteniendo la misma problemática que el texto actual, con el agregado que cuando no existan, la acción podrá ser ejercida por los hermanos. Creemos que esta situación no soluciona el problema ya que la presencia de uno u otro no implica la existencia o ausencia de daño moral en cada caso, debería haber contemplado ambas situaciones, sobre todo teniendo en cuenta que este agregado es uno de los reclamos principales de la doctrina.

Por último, también contempla al concubinato, siempre que el tiempo de convivencia sea no menor a cinco años. Acordamos con el texto, aunque dejamos abierto a discusión el tema de los años de convivencia, no estando seguros de la idea que exista una relación entre mayor tiempo de convivencia, mayor sufrimiento del daño moral, debiéndose valorar cada situación en particular.

Por otro lado deja duda la redacción del texto, en relación a si los concubinos siempre tienen la titularidad de la acción o si al igual que los hermanos solo en el caso de ausencia de herederos forzosos, en caso de ser esta última la mejora seria incompleta.

⁴⁵ CSJN, 26/08/75."Noya, Alfonso y otro c/ provincia de buenos aires", LL, 1980-c-475.

CNCiv, "Ruiz Nicanor y otro c/ Russo, Pascual P s/daños y perjuicios", E.D, I 157, p. 594.

⁴⁶ CSJN, 9/12/93," Frida A. Gómez Orue de Gaete y otra c/ Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios".LL. 1994-c-546.

⁴⁷ CNCiv, "Ruiz Nicanor y otro c/ Russo, Pascual P s/daños y perjuicios", E.D, I 157, p. 594.

b. Proyecto de Lauritto, José Eduardo - Solanas, Raúl - Genem, Susana - Garrido Arceo, Jorge - Godoy, Juan Carlos.

"La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho dañoso hubiese resultado la muerte de la víctima, están legitimados el cónyuge, los descendientes, los ascendientes y el conviviente que tuviere trato marital al tiempo del hecho"

Este proyecto al igual que el anterior, reconoce únicamente al damnificado directo la titularidad de la acción si permanece con vida después del hecho ilícito, dejando afectados sin protección en el caso de que se presenten lesiones discapacitantes o enfermedades que tengan efecto expansivo hacia otras personas.

Ante caso de muerte se tiene en cuenta a los herederos forzosos y al concubino/a, cuestión que es superadora del actual texto, pero no hace ninguna referencia a la problemática de los hermanos, dejando un vacío sobre uno de los casos conflictivos.

c. Proyecto de González, Nancy Susana.

Art. 1078. *"La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte o la incapacidad total y permanente de la víctima, tendrán también acción quienes acrediten sufrir un padecimiento moral a raíz del mismo"*.

El proyecto da un giro importante en la cuestión tomando como base la teoría imperante del Derecho Francés. Así deja de lado el vínculo de parentesco exigido por el texto actual y por todos los intentos de reforma, para reconocer titularidad en la acción, y le otorga la posibilidad a toda persona de demostrar el daño sufrido y poder ser resarcido en caso de que el Juez entienda que el perjuicio moral se encuentra acreditado.

Si bien la primera parte confunde su redacción al decir que la acción solo competará al damnificado directo, en la segunda parte, deja abierta la titularidad a todo aquel que pruebe la existencia de daño moral.

Pensamos que la postura del Proyecto es adecuada y la que mejor protege los intereses de los afectados, agrupándolos a todos dentro de los eventuales damnificados y otorgándole acción a aquel que pruebe el daño, por lo que el tema de la prueba se vuelve central para el reconocimiento de indemnización. Entendemos que debería persistir la idea de presunción del daño ante los supuestos de relación más estrecha con la víctima.

60. Nuestra opinión

La existencia de estos proyectos, no hace más que demostrar la preocupación que género este tema y la intención de superarlo, pero podemos decir que solo han quedado en buenas intenciones, nunca se pudo plasmar un nuevo texto sobre la materia, inclusive en aquellos proyectos que recibieron tratamiento parlamentario y llegaron a obtener aprobación de la cámara baja.

Pensamos que es cuestión de tiempo, para que el legislador modifique el texto legal, y también, que no nos encontramos muy lejos, ya que los propios tribunales al determinar la inconstitucionalidad del art. 1078, no hacen más que demostrar su desajuste social, poniendo en evidencia la necesidad de modificar del texto legal.

Por lo que la discusión debería reducirse a la nueva extensión que tendrá el texto legal, siendo este el tema de mayor problemática, ya que no es posible obtener un consenso único que deje conforme a todos, pero esperamos que se tome una decisión que proteja de manera amplia los derechos de las víctimas.

Cabe destacar el Anteproyecto 2012, cuya comisión está presidida por el Dr. Lorenzetti, ha avanzado notablemente en su tratamiento, habiendo ya recibido aprobación por parte de Diputados y siendo tratada en estos días por Senadores, por lo que es muy probable la pronta unificación de los códigos y la recepción de una posturas más amplia y superadora que la actual en cuanto a la legitimación del daño moral.

Capítulo XI

SOLUCIONES A LA PROBLEMÁTICA

61. Introducción

A lo largo del trabajo se han tratado distintos aspectos del daño moral, desde su naturaleza jurídica, historia, recepción en el derecho comparado como en el local, llegando por último al tema principal que es legitimación para accionar, analizando cada uno de los supuestos reconocidos por nuestro derecho y aquellos que se encuentran excluidos.

Llegar a una conclusión después del camino recorrido no es fácil, pero trataremos de poner en conocimiento la solución que consideramos adecuada, la cual no se basará en criterios caprichosos, sino partiendo del estudio realizado, compartiendo las opiniones de doctrinarios de relevancia, así como también nos permitiremos disentir con otros.

62. Claridad literal del artículo 1078

El art 1078 del Código Civil ha sido nombrado hasta el hartazgo en este trabajo debido a que regula la cuestión central del mismo, es decir la legitimación activa del daño moral.

El contenido del mencionado artículo siempre ha estado bajo discusión por parte de la doctrina y jurisprudencia, no solo desde la nueva redacción, sino ya desde el siglo pasado empezaron los cuestionamientos sobre el texto legal originario del código de Velez Sarsfield.

Pero como bien lo manifestamos anteriormente, se puede estar de acuerdo o no con el contenido del artículo 1078, pero lo que no se puede discutir es la claridad de sus términos⁴⁸.

⁴⁸ A excepción del término herederos forzosos que fue objeto de distintas interpretaciones, pero que en la actualidad han sido superadas, existiendo postura casi unánime en relación a su significado.

En este sentido la postura del legislador ha sido clara, intentó controlar, de la manera que considero adecuada, la posibilidad de que cualquier persona pueda reclamar por el daño moral sufrido, de esta forma dejo un campo acotado de eventuales legitimados. Como critica a este criterio la Dr. Zavala de González dice: “Un eventual semillero de pleitos, tan temido y esgrimido como obstáculo a la legitimación, solo puede evaluarse en concreto, y no para denegar la legitimación abstractamente, a priori y en cualquier caso” (2010, pág. 446).

Cabe recordar la razón fundamental de tal limitación que fue el intento por evitar una catarata de reclamaciones. Como dice la Dra. Zavala de González: “la ley abandona aquí la directiva de que los perjuicios injustos deben indemnizarse, confiriendo primacía a móviles prácticos: desechar una avalancha de reclamaciones que pudiera causar la ruina del responsable o impedir un resarcimiento cabal de la víctima inmediata o de los más allegados cuando ha muerto” (2009, pág.279).

Así al leer el artículo deja en claro que en caso de que el damnificado directo sobreviva al hecho ilícito, solo el podrá iniciar la acción para ser resarcido; y ante caso de muerte solo le compete a los herederos forzosos. “Lo expuesto implica que los damnificados indirectos nunca tienen derecho resarcitorio si aquella vive y, en caso de muerte, solo algunos gozan de ese derecho” (Zavala de González, 2009, pág.279).

Por lo tanto pensamos que la letra de la ley debe respetarse y no hacerle decir lo que el legislador no tuvo la intención de decir. De esto se encargaron teorías que intentaron ver en los damnificados directos a los que en realidad son damnificados indirectos y de esa forma habilitar el reclamo a un número más amplio de personas^{49 50}.

Nos parece ilógico que si el artículo dice lo que dice, se esfuercen algunos por hacer que diga otra cosa.

Repetimos que se puede estar de acuerdo o no, pero las limitaciones existentes surgen claramente de la letra de la ley.

63. Posibles caminos a seguir

Podemos decir que las soluciones que se han intentado para sobrepasar el vallamiento impuesto por el art. 1078 a la indemnización del daño moral han sido de las

⁴⁹ CCiv Com San Martín, Sala II, 18/5/00, JA, 2000-IV-617.

⁵⁰ CCiv, Sala C, 28/10/86, JA, 1987-IV-364.

más variadas. Tanto de parte de los jueces, como por parte de la doctrina, las soluciones han ido dirigidas a superar situaciones de injusticia e inequidad generadas por el rechazo de la titularidad en la acción a ciertos sujetos.

a. El daño moral se encuentra comprendido en el artículo 1079

No han sido pocos los fallos⁵¹ que han logrado indemnizar las lesiones a la espiritualidad, a través de la letra del art. 1079 del C.C.

Nos parece al igual que la mayoría de la doctrina, que después de la reforma de 1968⁵², esta norma regula el daño patrimonial, a partir de una postura amplia permitiendo accionar no solo a aquel que ha sido damnificado de manera directa, sino a toda persona (damnificado indirecto) que por un delito hubiese sufrido, sin exigir la muerte del damnificado directo.

En su redacción no se hace referencia a que tipo de daño se refiere, utilizando la mención daño a secas y posibilitando una interpretación amplia, es decir que abarque también al daño moral.

No estamos de acuerdo con dicha interpretación, ya que entendemos que la referencia del art. 1079 está dirigida al daño patrimonial, debido que cuando quiso referirse al daño moral lo hizo de manera expresa en el art. 1078, por lo que impera en este caso la regulación específica de este artículo por sobre el 1079. “La norma es específica para el daño moral y, por ende, prevalece sobre las genéricas o referidas a temas diversos y que, por lo tanto, pierden eficacia frente a aquella regulación puntual para hipótesis singularizadas” (Zavala de González, 2010, pág.73).

Por otro lado resultaría otra contradicción, que después de hacer referencia a la legitimación del daño moral, renglón seguido, el art. 1079 reconozca acción por los mismos daños a toda persona, lo que produciría una doble regulación sobre el tema y a su vez contradictoria.

Pensamos que de no existir el art. 1078, no habría problema en llevar a cabo esta interpretación, y que además protegería de una manera amplia a los afectados

⁵¹ Cám Civ y Com de Apelaciones de Mar del Plata, sala II, "R. S. E. c. Bustos, Esteban y A. A. c. Bustos, Esteban s. Daños y perjuicios",23/11/2004.

⁵² Ley 17711 reforma del Código Civil.

al permitirles que accionen con independencia de la muerte o supervivencia de la víctima y sin necesidad de demostrar algún vínculo particular.

b. Nuevas categorías de daños

Parte de la doctrina (Mosset Iturraspe; Lorenzetti, 2009) viene bregando desde hace unos años, por el afincamiento de nuevas formas de daño en nuestro derecho. Estas parten de la idea de una protección mayor y completa de la persona, al abandonar la concepción materialista que imperaba y volcarse al cuidado de los distintos aspectos tanto materiales como espirituales que integran al hombre, poniéndose así un mayor cuidado a esta última por medio del nuevo daño a la persona.

De este modo se dio vida al daño a la persona, que se postuló como una tercera categoría distinta de la tradicional bipartición, o a veces como especie o género del daño moral.

Esa nueva manifestación fue desgranándose y dio origen a daños específicos bajo rotulo nuevos y autónomos, como ser: daño a la vida de relación, daño estético, daño síquico, daño a la integridad psicofísica, etc.

Entonces la doctrina vio en ellos un buen mecanismo para superar las limitaciones del art. 1078, y poder disfrazar un daño moral, bajo cualquiera de estos nuevos ropajes. “Dentro de un contexto tan restrictivo, las nuevas formas de dañosidad se presentan como una herramienta útil para acceder a soluciones justas, pues permiten escapar a la rigidez del sistema” (Pizarro-Vallespinos, 2008, t. IV, pág. 292).

De este modo no existiría impedimento en que cualquier persona ejerza dicha acción y obtenga indemnización.

El camino que se pretende seguir es el que se llevo a cabo en Italia, en donde surgió en un principio, la discusión sobre estas ideas; inclusive fueron reconocidas por el máximo tribunal a través de diversos fallos, ya sea como una tercera categoría de daño, o como integrante del daño patrimonial o moral.

Pero la situación en Italia era distinta, debido a que no se había abandonado la idea de tipificación del daño moral (Ritto, 2010), por lo que solo podía ser indemnizado cuando estaba contemplado en la ley. El remedio a esta situación fue crear estas terceras categorías de daños para que de esa forma, frente a situaciones de

manifiesta injusticia y que no fuera posible peticionar daño moral, se tomara esta otra vía y se le diera solución a dichos reclamos.

En nuestro derecho no rige el principio de tipicidad del daño, por lo que es difícil observar la misma situación anterior, aquí solo se pretende eliminar por medio de estas peticiones las restricciones impuestas por el art. 1078 a la legitimación activa.

La discusión surge por la distinta postura y concepción del daño moral que defienden los autores.

Quienes defienden la aparición de terceras categorías, disminuyen el contenido del daño moral, circunscribiéndolo al *pretium doloris*, es decir al dolor, sufrimiento, angustia, por lo tanto para lograr una adecuada reparación es necesario acudir a otras figuras (nuevos daños) que llenen el vacío del concepto que defienden. Así lo que no puede reclamarse es el dolor, el sufrimiento que genera la situación, ya que esto sería daño moral y caería bajo el amparo del art. 1078, pero si podría reclamar daño estético, daño síquico, etc. ya que este surgiría del art. 1079, que sostiene un criterio amplio de legitimación.

Aclarando la cuestión los Dres. Pizarro y Vallespinos dicen: “Frente al corse normativo, se proclamaría que el daño espiritual sufrido por los progenitores a raíz de una lesión discapacitante de su hijo, no sería técnicamente daño moral, sino algo distinto (daño al proyecto de vida, daño a la persona, daño biológico). El *nomen iuris* sería irrelevante.” (2008, pág. 340)

Pero desde la postura que defendemos, junto a importantes doctrinarios (Pizarro, Vallespinos, 1998; Zavala de González, 1990), consideramos que el daño moral es una disminución en la subjetividad de la persona, negativa para él, y no representado por el dolor. “El sufrimiento no es un requisito indispensable para que haya daño moral, aunque sí una de sus posibles manifestaciones más frecuentes. Pero la sola pérdida de los sentimientos o de la posibilidad de encontrarse en una situación anímica deseable...es daño moral” (Pizarro-Vallespinos, 2008, t4, pág. 291).

Como manifestamos antes, pensamos que estas ideas no son trasladables a nuestro derecho, ya que aquí solo existen dos tipos de daño: patrimonial (lucro cesante-daño emergente) y moral, no siendo conveniente la creación de una tercera categoría que complique el tema.

El mayor problema que se presentaría sería la posibilidad de que se reclame doblemente bajo nombres distintos una misma cuestión, facilitado por la amplitud con la que se caracterizan estas nuevas manifestaciones.

Pensamos que se debe buscar la solución por otro lado y no complicar la situación con nuevos tipos de daño, que por ser abarcativos y a su vez no estar bien definidos, se prestan a confusión, posibilitando un doble resarcimiento por la misma afección bajo nombres distintos.

c. Inconstitucionalidad del art. 1078

La Dra. Zavala de González manifiesta que “en numerosos supuestos, las restricciones a la legitimación activa para accionar por daños morales aparecen como inequívocamente inconstitucionales” (2009, pág. 280). Es así que, otro de los caminos para lograr superar la barrera impuesta por el art. 1078, es su declaración de inconstitucionalidad.

Como vimos no han sido pocos los fallos⁵³ ⁵⁴ que optaron por este remedio para poner paños de justicia a las situaciones planteadas.

Por otro lado es la forma que la doctrina considera adecuada; entre ellos Pizarro y Vallespinos (2008) que al referirse entre la posibilidad de que nuestro derecho de cabida a terceras categorías de daño que pongan justicia a la cuestión, y la inconstitucionalidad del art. 1078, se decide por esta última posibilidad.

En cambio, Zavala de González dice: “es preferible reclamar la inconstitucionalidad del art. 1078....en lugar de conferir acción por trastornos psíquicos como si fueran ajenos a la norma. No obstante, razones de estrategia y eventualidad procesal aconsejan plantear ambas alternativa, en relación de subsidiariedad” (2009, pág. 287).

Consideramos que la solución más adecuada a la situación se logra, por medio de la declaración de inconstitucionalidad de la norma, por varias razones que pasamos a exponer:

⁵³ C.Apel.Civ. y Com. San Isidro, Sala II, "Hernández, María Rosa c. Witomski, Mario Norberto y otros s. Daños y perjuicios", 26/02/2007.

⁵⁴ SCBA, "L.A.C. y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otros", LL 2007-E 345.

i. Afecta el Principio de igualdad

En primer lugar el Código Civil pone en desigualdad de condiciones a quienes son damnificados directos e indirectos por daño moral: Un damnificado directo se encuentra habilitado para reclamar por daño moral ante cualquier lesión que sufra, por ejemplo la lesión a un animal de su propiedad, destrucción de un objeto que tenga valor sentimental. Pero esta misma persona se ve imposibilitada de iniciar una acción por las lesiones de la que es víctima su cónyuge o su hijo, en este caso bajo el rotulo de damnificado indirecto. Esto demuestra el trato desigual, ante personas damnificadas en el mismo tipo de daño, poniendo en mejores condiciones a quienes son damnificados directos, desconociendo muchas veces, por ejemplo ante lesiones discapacitantes definitivas y totales de su cónyuge o hijo sin que fallezcan, que puede ser más fuerte los efectos del daño moral cuando se encuentra como damnificado indirecto.

Por otro lado creemos que la igualdad también se ve afectada entre los mismos damnificados indirectos, ya que la norma, solo habilita al reclamo a los que son herederos forzosos, dejando desprotegidos a otros supuestos como por ejemplo: los hermanos, concubinos, novios, guardadores, etc. Produciéndose de esta forma, una elección anticipada de los damnificados sin atender a la existencia de daño afectivo en el caso concreto, y dejando de lado a personas que en principio tienen una relación más estrecha y prolongada con la víctima, como es el caso de los hermanos, y permitiéndolo en otros en donde el vínculo puede ser más lejano y acotado en el tiempo, como en el caso de un bisabuelo.

ii. Afecta el Principio de Reparación Plena

No quedan dudas que el art. 1078 al imponer sus limitaciones, deja sin la posibilidad de reclamar a las personas que resulten damnificadas, de esta forma los daños persisten, afectando el principio de reparación integral.

Este principio se encuentra íntimamente relacionado con otro que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, como máximo tribunal federal, reconoció jerarquía constitucional⁵⁵, es el principio *alterum non laedere*, y a partir de allí es claro que debe extremarse la plena vigencia de la reparación integral.

⁵⁵ CSJN, "Santa Coloma" del 5-8-86, ED, 120,

De acuerdo a la doctrina dicho principio encuentra recepción en el art. 19 de la Constitución Nacional: “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”.

Los Dres. Pizarro y Vallespinos (1998) enuncian a ambos como dos de los principios fundamentales de la responsabilidad por daños.

De la relación que existe entre ambos podemos decir que toda persona tiene prohibido producir algún daño a un tercero; si incumple con este mandato, que además de ser jurídico es natural, debe reparar el daño causado; a su vez esa reparación debe ser suficiente para dejar al lesionado en las mismas condiciones que se encontraba con anterioridad al hecho dañoso, ni en mejor situación, ni mucho menos en peor.

El principio de Reparación Integral exige que todo daño sea indemnizado, pero el *quantum* indemnizatorio es fundamental para dar cumplimiento a este principio. Por un lado no debe ser inferior al daño sufrido ya que persistirá parte del menoscabo que será soportado por la víctima; y por otro lado, tampoco puede ser superior, ya que en ese caso el daño se traslada al responsable quien se verá obligado a satisfacer en una suma superior a la que le correspondía. Entonces es fundamental la tarea de los Jueces en la determinación del monto indemnizatorio.

Solo ante el cumplimiento de estos mandatos podemos decir que no se afecta a la víctima de un daño, cuestión de la que claramente se aparta el art. 1078, al excluir de la posibilidad de reclamar el daño sufrido a quien no sea damnificado directo (en caso de supervivencia), y también al limitar solo a los herederos forzosos en caso de muerte. Frente a ambos supuestos es innegable la existencia de perjuicios que no son reparados por la existencia de las conocidas limitaciones.

iii. Afecta la integridad familiar

El texto legal muestra desinterés en la protección de la familia al negar indemnización en supuestos en donde el vínculo familiar es estrecho y comprobado, quedándose atado a conceptos sobre la familia que no es el que impera en nuestro tiempo.

Ritto expresa: “Es inaplicable con fundamento en los preceptos constitucionales de protección de la familia (art. 14 bis. y ccs. de la Constitución Nacional; 17, 27 y ccs. De la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10 y 23 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...” (2010, pág. 231).

En un fallo⁵⁶ la Cámara Civil de La Matanza expreso: “Entiendo que el artículo 1078 en su redacción actual carece de dimensión para comprender la trascendencia de la familia actual cuyo concepto amplio fluye de las relaciones afectivas y solidarias sin que corresponda ceñirlas al estricto orden sucesorio...El otrora señero texto que al plasmarse en el código originario dio la impronta para la regulación en el daño moral en contraste con las demás legislaciones que no lo comprendían, ha quedado sin respuesta actual a las diversas relaciones familiares...”.

iv. Afecta normativa supranacional

Es innegable la contradicción que existe entre el Código Civil y los tratados con jerarquía constitucional.

Cabe recordar que luego de la Reforma Constitucional del año 1994, los Tratados que celebra nuestra Nación son ley vigente en nuestro país, por lo tanto, estos deben ser observados al momento de dictar una sentencia, fundar un recurso, contestar una demanda, etc.

El no “acomodamiento” de la legislación interna a los preceptos supranacionales no hacen más que demostrar una manifiesta contradicción entre normas de diversa jerarquía, que demuestra el incumplimiento de esos Tratados.

La protección de la integridad de las personas y el pertinente derecho resarcitorio encuentran respaldo en tratados que integran el sistema constitucional (art. 75, inc. 22, Const. Nacional y, entre otras normas internacionales, como las de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Pizarro sostiene que: “para valorar si la limitación contenida en el artículo 1078 en materia de legitimación activa resulta compatible con la Constitución Nacional, resulta útil considerar a la normativa vigente en el derecho supranacional,

⁵⁶ CCiv. y Com. (La Matanza), Sala I, “Gómez, Lucía Beatriz y otro c. Transporte Ideal San Justo S.A. y otros/daños y perjuicios”, 19/02/2008, DJ 05/08/2009, 2143.

especialmente los tratados sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional..."⁵⁷.

Por lo tanto la existencia de estas diferencias deben ser borradas a través de la labor judicial, el Juez al resolver el caso concreto deberá bregar por la normativa de mayor jerarquía, en respeto del principio de supremacía consagrado en el art. 31 C.N. y declarar la inconstitucionalidad del art. 1078, pensamos que obrar de otro modo significaría no aplicar la norma adecuada para resolver una cuestión.

64. Reclamación de inconstitucionalidad o declaración de oficio

Entre la doctrina existen integrantes que defienden ambas posturas, no existiendo una posición que prime sobre la otra, dependiendo sobre todo del criterio de cada tribunal.

Por un lado los defensores de que toda petición debe ser realizada por parte interesada, requieren que el actor enuncie y fundamente el perjuicio que le ocasiona el art. 1078, pidiendo en tal sentido su inconstitucionalidad para ese caso particular.

Uno de los argumentos más fuertes de esta posición es que el derecho resarcitorio por daño moral es disponible para el interesado, por lo cual debe expresar su petición en ese sentido, y así otorgar a la demandada la posibilidad de expresarse sobre el tema, en caso contrario se pondría en peligro su derecho defensivo.

“Es menester una reclamación inequívoca de la actora que puntualice la injusticia del art. 1078 en el caso que promueve...A título ejemplificativo, bastará un cuestionamiento sobre que el precepto infringe la reparación plena, la igualdad entre damnificados...” (Zavala de González, 2009, pág. 287). No es necesario realizar esta petición en términos sacramentales.

En este sentido la jurisprudencia dice: “No es descalificable el rechazo de la indemnización del daño moral reclamada por el concubino de una persona fallecida, ya que la indemnización es privativa de los herederos forzosos según el art. 1078, parr. último, del Código Civil, cuya constitucionalidad no fue atacada por el recurrente”⁵⁸.

⁵⁷ PIZARRO, Ramón Daniel. "Modernas fronteras de la responsabilidad civil: El derecho a la reparación desde la perspectiva constitucional", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

⁵⁸ CSJN, “F., R. c/Del Rivero, Edgardo S., y otro”, LL, 2004-C-430.

En otra línea de ideas, existen aquellos que sostienen que no es necesario que el interesado realice manifestación alguna en relación a la inconstitucionalidad, sino que el tribunal puede declararla de oficio. Así se ha expresado:

“En el marco de una acción incoada por la madre y la hermana del damnificado que se encuentra en estado vegetativo a causa del accidente, dada la referida situación excepcional, no resulta necesario peticionar la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil para permitir satisfacer el daño moral infligido a aquellas, aun cuando no sean directamente damnificadas en el evento”⁵⁹.

No compartimos en su totalidad ninguna de las dos posturas y creemos que se deben acomodar de acuerdo al caso en concreto.

En principio defendemos la primer postura, debe ser pedido por cada litigante para ser analizado por el tribunal. Pero creemos que en caso de manifiesta injusticia, de vínculos estrechos, donde el daño sea patente, el no pedido de parte interesada no puede ser considerado como una formalidad que impida el dictado de inconstitucionalidad de oficio por el tribunal.

65. Nuestra opinión

Creemos que mientras se mantenga la vigencia del texto actual del art. 1078, el camino para lograr una solución justa a los casos que se planteen, es su declaración de inconstitucionalidad.

Esta es la postura sostenida por importante doctrina: Pizarro, Vallespinos (1998), Zavala de González (2009), Ritto (2010).

Dice Ritto: “Hasta tanto no se concretara la reforma legislativa anhelada por buena parte de la doctrina, el único camino hacia la reparación del menoscabo a intereses simples extrapatrimoniales serios, lícitos y justos queda en manos del juez, en el caso concreto” (2010, pág. 221).

⁵⁹ CCiv, Neuquén, Sala I, 9/9/08, LLPatagonia, 2008-596-S-807.

Capítulo XII

REFLEXIONES FINALES

66. Ideas Finales

Entendemos que el art. 1078 se encuentra en disonancia con el art. 1079 del Código Civil y con los Tratados Internacionales que tienen jerarquía constitucional. El código sostiene una visión patrimonialista, permitiendo el reclamo de todo tipo de damnificados en el caso de que el daño sea patrimonial y poniendo reparo ante la existencia de daño moral.

“Nos parece inaudita esa perduración de un atavismo inconfesadamente patrimonialista que adjudica exclusiva significación jurídica a objetos materiales y no cuando se trata de menoscabos inmateriales, donde puede producir tremendo impacto la lesión a seres humanos próximos al reclamante” (Zavala de González, 2009, pág. 281).

Es decir se valoriza más el daño patrimonial, que el moral, principalmente bajo la excusa de una eventual catarata de reclamos, como si algo garantizara que en el caso del daño patrimonial esto no sucediera.

Esta excusa no justifica la exclusión de damnificados de manera abstracta (*a priori*) sin evaluar el caso particular, pudiendo existir casos en donde la persona se encuentre en concubinato y no posea ningún heredero forzoso o inclusive teniéndolo, este no reclame. Ante dicha situación es difícil pensar en ese resultado no querido.

Pero como si esto fuera poco, si la situación se plantea como no desean aquellos temerarios del reconocimiento amplio de legitimación, el código contempla remedios adicionales: la indemnización de equidad del art. 1069, 2º párrafo, y el art. 1071, ambos a disposición del Juez ante situaciones que ameriten su utilización.

Pero no solo observamos contradicción con nuestro propio código, sino también con el orden supranacional. Como manifestamos antes, esta legislación debe ser respetada en cada fallo que se dicte en nuestro país, porque esta normativa a partir de la reforma constitucional del año 1994 tiene jerarquía constitucional.

Es clara la necesidad de modificar el contenido del art. 1078, para así compatibilizarlo con el art. 1079 y con el ordenamiento jurídico en general.

Por otro lado una restricción como la existente va en contra de los principios actuales del derecho de daños, concebir en un país civilizado la existencia de limitaciones que pongan en jaque principios constitucionales, manifiesta la falta de actualización del contenido del texto legal. No podemos concebir que la propia ley sea contraria a los principios de igualdad, de reparación integral, el alterum non Laedere, etc.

Por otro lado pensamos que la contradicción también se da con la idea de justicia, equidad, buena fe. El derecho no puede amparar situaciones de manifiesta injusticia, que son palpables con el sentido común y mucho menos puede legalizarla por medio de una norma vigente.

Estamos convencidos que todos los supuestos que fueron tratados ameritan recibir otro trato de parte de la propia ley, estos manifiestan situaciones injustas, de desprotección, donde solo la actividad del juzgador puede echar un manto de justicia a la situación.

67. Propuesta normativa- Nuestra opinión

Esta problemática no surgió en los últimos años, sino que desde tiempo prolongado viene siendo objeto de discusión dentro de la doctrina y en el último tiempo se ha ganado lugar dentro de la jurisprudencia.

Es por ello que esta problemática, como lo explicamos con anterioridad, fue tratada por diversos proyectos de ley, que tuvieron el objetivo de concretar los pedidos de la doctrina y dar solución al tema.

Hubo trabajos que pecaron de conservadores, solo incluyendo pocas diferencias con el texto actual, y no dando soluciones adecuadas, como el proyecto de ley del diputado Binner.

Otros que por el contrario fueron innovadores y atrevidos en su redacción, como el Proyecto Comisión creada por Decreto 468/92, el Proyecto de 1998, el de la diputada Nancy Susana González y el Anteproyecto que se encuentra en actual tratamiento.

Con respecto al criterio que proponemos seguir en una futura modificación del artículo, sostenemos que debe ser lo suficientemente amplia como para abarcar todos los supuestos problemáticos que existen en la actualidad.

No somos defensores de que el parámetro para que proceda la titularidad en la acción debe estar asentado en el parentesco o vínculo familiar, sino que exigimos una solución más completa, que abarque también aquellos casos en donde a pesar de la inexistencia de un vínculo de este tipo, el daño se presenta indiscutible como en el caso de amigos de la infancia, novios, etc.

Sin duda que el parentesco nos sirve para propiciar una presunción sobre la presencia de daño moral, pero ello no quita que exista por fuera de este vínculo reales sentimientos que ameriten reparación.

Entendemos que en una nueva normativa, deben reconocerse expresamente aquellos supuestos, en los que por la naturaleza del vínculo existente, es menester presumir la presencia del daño moral con el solo hecho de la constatación del daño, produciéndose en este caso una inversión de la carga probatoria en cabeza del demandado, quien podrá demostrar la inexistencia de perjuicios por medio de la producción de pruebas. Entre estos supuestos se encuentran: ascendientes, descendientes, conyugues, hermanos y concubinos.

Pero como sostuvimos a lo largo del trabajo, no somos defensores de una exclusión sin análisis previo, de ningún supuesto en el que pueda existir manifestaciones del daño moral, por el contrario, creemos que todo aquel que se considere afectado, tiene el derecho reconocido por nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales, a petitionar al Juez la reparación de cualquier daño sufrido.

Así es que somos partidarios del reconocimiento de legitimación activa a todo aquel damnificado indirecto que pruebe en el caso concreto la existencia de daño moral, quedando bajo el criterio del juez, que es quien imparte justicia, el encargado de acuerdo a su leal saber y entender, de determinar la veracidad del pedido y la extensión del daño. En esta oportunidad nos referimos a los supuestos que no se encontrarían contemplados expresamente en la norma, y por ende, no gozarían de la presunción iuris tantum de existencia de daño. Pero lejos estamos de creer que por esta ausencia de presunción se niegue derecho a la acción, entendemos que todo reclamo debe ser admitido, pero deberá el peticionante probar el menoscabo sufrido.

Entendemos que los peligros a esta amplitud en la legitimación son hipótesis en abstracto, que no necesariamente deben cumplirse, y como manifestamos en caso que suceda el propio código contempla soluciones a la cuestión. El juez será quien tome protagonismo en la situación debiendo evaluar en el caso particular la presencia de todos los requisitos del daño, como los presupuestos de la responsabilidad civil que son dos filtros por los que debe pasar previamente todo reclamo indemnizatorio. Por lo que las herramientas para alejar aquellos miedos se encuentran a disposición de cada magistrado.

Así de esta forma, al decir de Ritto:

El quid de la problemática sería entonces la prueba del daño, que en el caso de los herederos forzosos... se presume, y en los supuestos de los demás damnificados indirectos exigiría la demostración de su existencia y le competará al sindicado como responsable desvirtuar las presunciones que conducen a tener por cierto el menoscabo espiritual padecido. (2010, pág. 232)

68. Esperando la reforma

Hasta que se lleve a cabo la ansiada reforma, está en manos del juez aplicar la norma correcta para decidir la litis, y de enfrentarse a una norma inconstitucional, así habrá de declararla, aunque no exista petición de parte.

Es este el rol que cumplieron los jueces, que en los fallos analizados no vacilaron en declarar la inconstitucionalidad, de las limitaciones impuestas por el actual artículo 1078 del código civil.

Esperamos con ansia la requerida reforma.

BIBLIOGRAFIA

- Brebbia, Roberto H. (1950) El daño moral. Doctrina. Legislación. Jurisprudencia. Precedido de una teoría jurídica del daño (1°ed). Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- Bueres Alberto. Highton Elena (1998) Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Buenos Aires: Hammurabi.
- Bueres, Alberto J. (1997) Responsabilidad por daños. Homenaje al profesor doctor Bustamante Alsina. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Bustamante Alsina J. (1997) Teoría general de la Responsabilidad Civil (9ªed). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Ghersi, Carlos A. (2003) Teoría General de la Reparación de Daños (3°ed) Ciudad de Buenos Aires: Astrea.
- Kemelmajer de Carlucci, Aida (1990) Código Civil, comentado, anotado y concordado, tomo 5. Ciudad de Buenos Aires: Astrea.
- Llambias Jorge (1980) Tratado de Derecho Civil, Obligaciones. tomo 1. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Orgaz Alfredo. (1980) El Daño Resarcible. Córdoba: Lerner.
- Pizarro Ramón D. (2004) Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición(2°ed). Buenos Aires: Hammurabi.
- Pizarro Ramón D. Vallespinos Gustavo (1999) Instituciones de Derecho Privado, tomo 2. Buenos Aires: Hammurabi.
- Pizarro Ramón D. Vallespinos Gustavo (2009) Instituciones de Derecho Privado, tomo 4. Buenos Aires: Hammurabi.
- Ritto, Graciela (2010) El daño moral y la legitimación activa (1°). Buenos Aires: Universidad.
- Trigo Represas F.-Lopez Meza M. (2004) Tratado de la Responsabilidad Civil, tomo 3 (1°ed). Buenos Aires: La Ley
- Trigo Represas F.-Lopez Meza M. (2004) Tratado de la Responsabilidad Civil, tomo 4 (1°ed). Buenos Aires: La Ley
- Zannoni, E. (1993). El daño en la responsabilidad civil (2°ed). Ciudad de Buenos Aires-Astrea.

-
- Zavala de González M. (1994) Daños a la persona, tomo 2c. Buenos Aires: Hammurabi.
 - Zavala de González M. (1994) Resarcimiento de Daños, tomo 2b. Buenos Aires: Hammurabi.
 - Zavala de González M. (2009) Resarcimiento del daño moral (1°ed) Ciudad de Buenos Aires: Astrea.
 - Zavala de González M. (2010) Daño moral por muerte (1°ed) Buenos Aires: Hammurabi.
 - Zavala de González Matilde (2006). Indemnización del daño moral por muerte. Tratado de Derecho Resarcitorio, tomo 1. Rosario, Santa Fe: editorial Juris.
 - Mosset Iturraspe, J. Daño moral. Noción. Crítica a la denominación. Daño extrapatrimonial. Daño a la persona, "Revista de derecho de daños", n°6, p.22.

Artículos de doctrina:

- Aranguren, Beatriz E. "Daño moral a favor de la concubina. Avances jurisprudenciales", LLLit 2006-168.
- Benavente, María I. "Daño moral y damnificados indirectos ¿La limitación del art. 1078 C. Civil es inconstitucional?", J.A. 2005-IV-288.
- Boragina, Juan C.- Meza, Jorge L. "Inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil", Responsabilidad Civil y Seguros, 2007-591.
- Borda, Guillermo A. "Muerte del novio en un accidente de tránsito", E.D. 172-243.
- Llambias Jorge "El precio del dolor", J.A. 1954.III-358.
- Mosset Iturraspe, Jorge. "Daño moral a personas privadas de conciencia o razón. Los padres como damnificados indirectos", J.A. 1992-IV-559.
- Ritto, Graciela B. "Acerca de la legitimación activa para reclamar daño moral de los hermanos como damnificados indirectos", LL, 2008-E-496.
- Ritto, Graciela B. "Declaracion de inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil y legitimación activa de la concubina para el daño moral", LL, 2008-C-553.
- Vázquez Ferreira, Roberto. "El daño moral y los damnificados indirectos", J.A. 1992-111-105 y ss.

Legislación:

1. Código Civil Argentino.
2. Proyecto de Ley. (2006) Sesma Juan, Binner Hermes Código Civil: Modificación del Art 1078(Resarcimiento del daño causado por ilícitos: reparación del daño moral). *Honorable Cámara de Diputados de la Nación*. Recuperado (06/09/2011) <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=5522-D-2006>.
3. Proyecto de Ley. (2011) González Nancy. Código Civil: Modificación del Art 1078. Sobre obligación de resarcir el daño moral al damnificado directo. *Honorable Cámara de Diputados de la Nación*. Recuperado (06/09/2011). <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=3356-D-2011>.
4. Proyecto de Ley. (2010) Stolbizer, Milman. Código Civil: Modificación del Art 1078. Sobre la obligación de resarcir el daño causado por actos ilícitos. *Margaritastolbizer.com.ar*. Recuperado (06/09/2011). <http://www.margaritastolbizer.com.ar/noticia.php?id=430>.

Jurisprudencia:

1. C.Apel.Civ. y Com. San Isidro, Sala II, "Hernández, María Rosa c. Witomski, Mario Norberto y otros s. Daños y perjuicios", 26/02/2007.
2. Cam. Apel. Civ. y Com. Morón, Sala II, JA, 13/3/84.
3. Cámara Nac. DE Apelación, Sala K, 23-10-09."B.A.E y otro c/A.M.J y otros / daños y perjuicios. LL, 2010-c-122.
4. Cam. Apel. Civ. y Com, Sala II, Azul, "A.H.M. y otros c/Q.C. y otros s/daños y perjuicios" LL, 2008.
5. C.Civ. y Com. San Martín, Sala II, 18/5/00, JA, 2000-IV-617.
6. CCiv y Com, La Matanza, Sala I, 19/02/08, LLBA, 2008-422.
7. CNCiv., "Fernández s/El Puente", LL, 1995-A, 136.
8. CNCiv., "Ruiz Nicanor y otro c/ Russo, Pascual P s/daños y perjuicios", E.D, I 157, p 594.
9. CNCiv., Sala C, 28/10/86, JA, 1987-IV-364.
10. CNCiv., Sala D, "Escudero, José G. c/Da Costa, Lauro A", LL 1992-C-242.

-
11. CNCiv., Sala G, “Cárdenas, Marta María c/Negro, Alberto Carlos y otros”, LL, 2008.
 12. CNCiv. y com. Fed., Sala III, “Pajon, Luis O. c. Estado Nacional-Estado Mayor General de la Armada”.LL.1990-A-489.
 13. CNCom, Sala D, “Pinti de Navarro, Margarita Ana y otro c/ Luis Roberto Torres s/daños y perjuicios”, JA, 1996-II-248.
 14. CNCom., Sala C, “Pérez Leiros c. Plan Rombo S.A. de ahorro para fines determinados”, LL, 1994-C-103.
 15. CNFed. Cont. Adm., Sala III, 9/2/96, “T., D. c/Estado Nacional y otro”, LL, 1996-C-438.
 16. CSJN, “F., R. c/Del Rivero, Edgardo S., y otro”, LL, 2004-C-430.
 17. CSJN, 07-04-99.”Villalba, Julio Martin y otro c/ Provincia de Santiago del Estero y otro”. LL, 2000-c-300.
 18. CSJN, 26/08/75.”Noya, Alfonso y otro c/ provincia de Buenos Aires”. LL, 1980-c-475.
 19. CSJN, 5/8/86,”Santa Coloma, Luis y otros c. Ferrocarriles Argentinos”, JA, 1986-IV-624.
 20. CSJN, 9/12/93,” Frida A. Gómez Orue de Gaete y otra c/ Provincia de Buenos Aires”.LL, 1994-c-546.
 21. SCJ, BS AS.16-05-07.”L.A.C. y otros c/ Prov. De Buenos Aires y otro.” LL, 2008-c-656.
 22. SCJBA, “V., M. c. C., J. M. y otro s/Daños y Perjuicios”, LL 345-J- 2003.

Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	RIVERA JOSE IGNACIO
E-mail:	ig_rivera@hotmail.com
Título de grado que obtiene:	ABOGADO

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	EL DAÑO MORAL Y LA LEGITIMACION PARA RECLAMAR
Título del TFG en inglés	THE MORAL DAMAGES AND THE LEGITIMACY TO CLAIM
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	PIA
Integrantes de la CAE	DRA. MIRIAM MENDEZ- DR. CARLOS VILLANUEVA
Fecha de último coloquio con la CAE	16 DE AGOSTO
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	PDF

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

Autorización de Publicación electrónica:

- Si, inmediatamente**
- Si, después de mes(es)**
- No autorizo**

Firma del alumno