

# **UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21**

## **LEGITIMACION ACTIVA DE LOS CONCUBINOS PARA EL RECLAMO DEL DAÑO MORAL EN CASO DE HOMICIDIO DE UNO DE ELLOS**

**Abogacía  
2011**

**Gonzalo Sebastián Vítale**

### **LEGITIMACION ACTIVA DE LOS CONCUBINOS PARA EL RECLAMO DE DAÑO MORAL EN CASO DE HOMICIDIO DE UNO DE ELLOS**

En el presente trabajo se analiza la particular situación del concubino/a supérstite, como damnificado indirecto, al intentar reclamo judicial por el daño moral sufrido como consecuencia del homicidio de su pareja.

Vivimos en una era de cambios que obligan a los operadores del derecho a adaptarse a los mismos. Frente al cambio social se hace menester que el derecho acompañe esa dinámica, de lo contrario, los hechos rebasan el contenido normativo y se corre el riesgo de que los pleitos que se generen no puedan ser dirimidos de idéntica manera dado que la solución dependerá de la mera opinión de los jueces por falta de regulación apropiada.

En la actualidad, uno de esos cambios lo constituye la existencia cada vez mayor de matrimonios de hecho o concubinos. Ante esta situación, el derecho debe ajustarse a las transformaciones sociales para no dejar sin protección jurídica a estas personas. Si bien hay ciertos aspectos en los que se regula la cuestión del concubinato, un tema pendiente es la

legitimación del concubino superviviente para reclamar daño moral en caso de muerte de su pareja.

El artículo 1078 del Código Civil que en este trabajo va a analizarse reza: “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 solo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.”

Dispone la posibilidad de reclamar por el daño moral ocasionado, dando legitimación al damnificado directo y solo en caso de muerte de esta, a sus herederos forzosos. Así, se entiende por heredero forzoso casi unánimemente a que la ley le reserva una parte de la herencia de la que no puede ser privado, salvo causas legales de desheredación; o sea, heredero forzoso es el heredero legitimario, el que goza de legítima (art.3592 del C.C).

Existen fallos resonantes en nuestro país que han cuestionado la limitación establecida por el artículo 1078 como son los dictados por la Sala II de la Excelentísima Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Mar del Plata, y el de la Sala II de la Cámara Primera de Apelación en lo civil y comercial de San Isidro que apartándose de la fría y cerrada letra de el Artículo 1078 de nuestro Código Civil vigente, resolvieron conceder a la concubina legitimación para el reclamo por daño moral, el primero declarando la Inaplicabilidad del artículo y el segundo expresando la Inconstitucionalidad del mismo.

El motivo de estudio está en el desarrollo del injusto que significa el sistema que nuestra legislación establece para la *legitimación activa* en el caso de daño moral padecido por los concubinos ante el homicidio de su pareja en el artículo 1078 Código Civil.

No se puede negar que muchas personas sufren un menoscabo moral por el fallecimiento de su pareja. Más aun cuando han convivido durante años y llevado a cabo una vida en conjunto.

Más allá del injusto antes mencionado, la importancia del tema a desarrollar radica en que se encuentran en juego derechos reconocidos por nuestra Constitución Nacional.

## “Active legitimation of concubines in the claim for moral damages in the case of the murder of one of them”.

In this work it is examined the particular situation of the male or female cohabiting surviving as an indirect victim, trying to judicial claim for moral damages suffered as a result of the murder of his or her partner.

We live in an era of changes which requires to the operators the right to adapt to them. To cope with social changes, it is completely necessary that the right accompanies this dynamic, otherwise the facts beyond the normative content runs the risk that lawsuits which are generated can not be settled in the same way because the solution will depend on the mere opinion of the judges for the lack of the appropriate regulation.

Nowadays, one of those changes is the growing existence of marriages of facts or cohabiting. In this situation, the law must be adapted to the social transformations and people can obtain legal protection. While there are certain aspects in which the issues of cohabitation have some rights, one issue is the legitimacy of the surviving cohabitant to claim moral damages for the death of his or her partner.

The article 1078 of the civil code, which is analyzed in this work, says:” The obligation to compensate the damage caused by unlawful acts include: the compensation for losses and interests and the repair of moral outrage caused to the victim. The action for compensation of moral damages could only be up to the direct injured person if from this had resulted the death of the victim, only the heirs will be in action”.

It has the possibility to claim for moral damages caused legitimacy to those directly affected and only in the case of the death of the cohabiting, to his or her heirs. Thus , the legal apparent

almost unanimously to the law for who is reserved a portion of the inheritance that can not be private, unless legal reasons for disinheritance, that is, the legal heir is who has all the legal rights.(art.3592 C.C).

There are important judgements in our country who have questioned the limitation provided by section 1078 as are dictated by the second division of the honorable court of appeals of the city of Mar del Plata and the division of San Isidro that stray from the cold and closed words of the article 1078 of our Civil code, they decided to give to the concubinate the legitimation to claim for moral damages, the first declaring the inapplicability of the article and the second d expressing the unconstitutionality of it.

The reason of this research is the development of the unfair that means the system that our legislation provides for legitimation in the case of moral damage suffered by cohabitants in the murder of his or her partner in the article 1078 of the civil code. There is no denying that many people have a moral prejudice witch the death of his or her partner. Moreover, when they have lived for years and carried out a life together.

Apart from the unfair reason previously mentioned, the importance of the topic to develop is that the rights recognized by our national constitution are at stake.

# **Capitulo: I**

# **INTRODUCCION**

# INTRODUCCIÓN

## Planteo del tema

Vivimos en una era de cambios que obligan a los operadores del derecho a adaptarse a los mismos. Frente al cambio social se hace menester que el derecho acompañe esa dinámica, de lo contrario, los hechos rebasan el contenido normativo y se corre el riesgo de que los pleitos que se generen no puedan ser dirimidos de idéntica manera dado que la solución dependerá de la mera opinión de los jueces por falta de regulación apropiada.

En la actualidad, uno de esos cambios lo constituye la existencia cada vez mayor de matrimonios de hecho o concubinos. Ante esta situación, el derecho debe ajustarse a las transformaciones sociales para no dejar sin protección jurídica a estas personas. Si bien hay ciertos aspectos en los que se regla la cuestión del concubinato, un tema pendiente es la legitimación del concubino supérstite para reclamar daño moral en caso de muerte de su pareja.

El artículo 1078 del Código Civil que en este trabajo va a analizarse reza: “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 solo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.”

Dispone la posibilidad de reclamar por el daño moral ocasionado, dando legitimación al damnificado directo y solo en caso de muerte de esta, a sus herederos forzosos. Así, se entiende por heredero forzoso casi unánimemente a que la quien la ley le reserva una parte de la herencia de la que no puede ser privado, salvo causas legales de desheredación; o sea, heredero forzoso es el heredero legitimario, el que goza de legitima (art.3592 del C.C).

Es justamente el tema de los herederos forzosos el primero que fue sometido a debate, pues, se enfrentaron quienes sostenían que la norma tenía un carácter restrictivo y, dándole un sentido de materia hereditaria al asunto, opinaron que se debería seguir el orden de preferencia previsto por las normas del régimen sucesorio, quedando excluidos los herederos de preferencia más bajo, aunque potencialmente pudieran constituirse en herederos forzosos. La contrapartida, que domina en estos momentos, considera que no es una cuestión sucesoria y que solo alcanzaba con la vocación hereditaria para estar legitimado a reclamar por el daño moral que hubiera ocasionado la muerte de la víctima, y esto desde que no se reclama en base a derecho que dejara la víctima a manera de parte del acervo sucesorio, sino que, se reclama a un derecho propio. [1]

Es evidente que el sufrimiento por la muerte de una persona no se limita a los herederos forzosos, aunque sea razonable presumir que serán estos quienes estén más expuestos a padecerlo. Sin embargo, la norma vigente excluye la posibilidad de que otras personas que puedan acreditar debidamente un daño ejerzan la acción indemnizatoria.

## Antecedentes

El problema de la legitimación en el daño moral no es reciente y menos lo es en el caso del concubinato. En esta investigación se abordará en general y como marco teórico el tema del concubinato y los derechos reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico a quienes lo ejercen, para luego tratar el tema que dominará este trabajo como

lo es “La legitimación activa de los concubino supérstite para el reclamo de daño moral sufrido como consecuencia del homicidio de su pareja”.

En lo que a las uniones no matrimoniales respecta, se hará un recuento sobre sus antecedentes históricos en nuestro país; diferenciará las diferentes posturas existentes en cuanto a su regulación y destacará la posición adoptada por la Argentina, y por último, se enunciarán los derechos dispersos en nuestra legislación reconocidos a los convivientes.

Será importante para la comprensión acabada de nuestro tema principal realizar una reseña de lo que se entiende por daño moral y la situación de los damnificados indirectos ante el reclamo del mismo.

Cumplimentadas las etapas mencionadas, la investigación se concentrará en el análisis que hace doctrina y jurisprudencia del artículo 1078 del Código Civil y su implicancia en el tema de las uniones de hecho.

Se cotejará el artículo en cuestión con los derechos reconocidos por nuestra Constitución Nacional.

También será interesante, traer a colación el criterio utilizado para el otorgamiento de la indemnización por daño moral en diferentes fallos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por último y como solución futura al problema, se propondrá una reforma al controvertido artículo en cuestión.

## **Delimitación del problema**

En el presente trabajo se analiza la particular situación del concubino/a supérstite, como damnificado indirecto, al intentar reclamo judicial por el daño moral sufrido como consecuencia del homicidio de su pareja.

Existen fallos resonantes en nuestro país que han cuestionado la limitación establecida por el artículo 1078 como son los dictados por la Sala II de la Excelentísima Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Mar del Plata, y el de la Sala II de la Cámara Primera de Apelación en lo civil y comercial de San Isidro que apartándose de la fría y cerrada letra de el Artículo 1078 de nuestro Código Civil vigente, resolvieron conceder a la concubina legitimación para el reclamo por daño moral, el primero declarando la Inaplicabilidad del artículo y el segundo expresando la Inconstitucionalidad del mismo.

## **Planteamiento del problema**

A partir de estas delimitaciones, se propone el siguiente problema de investigación: *Legitimación activa de los concubinos para el reclamo de daño moral en caso de homicidio de uno de ellos.*

## **Justificación e importancia del problema**

El motivo de estudio está en el desarrollo del injusto que significa el sistema que nuestra legislación establece para la *legitimación activa* en el caso de daño moral padecido por los concubinos ante el homicidio de su pareja en el artículo 1078 Código Civil.

No se puede negar que muchas personas sufren un menoscabo moral por el fallecimiento de su pareja. Más aun cuando han convivido durante años y llevado a cabo una vida en conjunto.

Más allá del injusto antes mencionado, la importancia del tema a desarrollar radica en que se encuentran en juego derechos reconocidos por nuestra Constitución Nacional.

## Objetivos

Para dar cuenta de esta problemática, se proponen como **objetivos**:

### **Objetivo general**

Desarrollar el régimen jurídico reconocido a los concubinos en nuestro derecho positivo para luego especificar la situación actual en nuestra legislación cuando uno de los convivientes intenta el reconocimiento judicial por daño moral por el homicidio del otro.

### **Objetivos específicos**

- a) Señalar el debate doctrinario y jurisprudencial existente en nuestro derecho en torno al Artículo 1078.
- b) Analizar fallos jurisprudenciales y sus connotaciones particulares sobre el tema.
- c) Exponer la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- d) Dilucidar los Derechos Constitucionales en juego

## Metodología

El trabajo final de graduación consistirá en la exposición de los derechos reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico a los concubinos para luego ilustrar el debate doctrinario y jurisprudencial que gira en torno al Artículo 1078 y la no inclusión en el mismo de los convivientes para el reclamo de daño moral en caso de homicidio de uno de ellos.

Este trabajo se encuentra enmarcado dentro de la metodología cualitativa de investigación, y en este sentido, se utilizó como técnica básica de recolección de datos, el análisis, recolección y fichado de fuentes documentales y bibliográficas diversas. Entre ellas, bibliografía de autores importantes, fallos relevantes al tema, Códigos Argentinos, Constitución Nacional Argentina, proyectos de ley, entre otras.

Por otra parte, también es menester enmarcar esta investigación dentro del reglamento interno de nuestra universidad. Lo que este informe refleja puede encuadrarse dentro de lo que se denomina *proyecto de investigación aplicada*. Es decir, se trata de una investigación que aborda una problemática determinada desde un cuerpo teórico y metodológico ya existente.

## Estructura del trabajo

El informe final que sintetiza este trabajo se encuentra organizado en siete capítulos.

Este primero en el que se expone la introducción del estudio, esto es, tema, problema, justificación, objetivos, metodología. El segundo, destinado a desarrollar que se entiende por concubinato, su causa y el régimen normativo vigente. El tercero orientado a conceptualizar la Responsabilidad Civil. El cuarto hace una revisión pormenorizada de los presupuestos de la responsabilidad civil, para explicar el concepto de daño. El quinto, es una síntesis de los conceptos de legitimación, damnificado directo e indirecto y concubinato, para así llegar y desarrollar en el capítulo sexto la problemática de la legitimación activa de los concubinos para el reclamo de daño moral. En el séptimo capítulo se expondrá la conclusión final y la bibliografía utilizada.

# *Capítulo: II*

# **CONCUBINATO**

## **CONCUBINATO**

### **1- Terminología**

Este tipo de uniones es conocido con diferentes denominaciones, como por ejemplo: Concubinato, Unión libre, matrimonio de hecho, unión de hecho, entre otras.

Por considerarlo indistinto, todos los términos antes mencionados serán utilizados en el mismo sentido.

### **2- Definición**

Son múltiples las definiciones que se pueden encontrar en doctrina, por lo cual se expondrán algunas:

- Situación de hecho en que se encuentran dos personas de distinto sexo que hacen vida marital sin estar unidas en matrimonio. Se trata pues, de una unión de hecho con caracteres de estabilidad y permanencia; Quedan indudablemente excluidas de su concepto tanto la unión transitoria de corta duración, cuanto las relaciones estables, pero no acompañadas de cohabitación. [2]
- Es la unión permanente de un hombre y una mujer que sin estar unidos por matrimonio, mantienen una comunidad de habitación y vida, de modo similar a la que existe entre los cónyuges.[3]
- El concubinato se identifica con la cohabitación prolongada entre dos personas, que reviste apariencia de matrimonio, sin que exista dicho vínculo entre ellas. [4]
- Por su parte el diccionario de la Real Academia Española, aludiendo al concubinato, o más precisamente a la concubina, dice: “manceba o mujer que vive y cohabita con un hombre, como si éste fuera su marido”.

De estas definiciones se desprenden los **elementos** que caracterizan esta institución, a saber:

A) *Cohabitación*: Quedan excluidas las meras relaciones sexuales, aun cuando las mismas fuesen estables.

B) *Publicidad*: La unión debe ser conocida por el resto de la sociedad.

C) Unión no marital: A diferencia del matrimonio en el cual las partes manifiestan entre sí tomarse por marido y mujer, en el concubinato la unión es de hecho ya que se origina con la convivencia.

D) *Estabilidad y Permanencia*: La relación se debe prolongar en el tiempo y no ser ocasional o de breve lapso.

La importancia de la exposición de lo que se entiende por concubinato como también de sus elementos radica en poder diferenciarlo de otras figuras que no tienen nada que ver con el mismo.

### 3- Causas

CECILIA GROSSMAN indica que en la Argentina como sucede en la mayor parte de los países de América Latina y en Europa, el número de uniones de hecho ha aumentado considerablemente. Así, según el INDEC desde 1980 a 1991 en la franja de 20 a 39 años. Su proporción aumento del 15,1 % al 26,6 % en todo el país. El total de uniones de hecho, de acuerdo con el censo de población de 1960 era de 74,3%, en 1980 ascendió al 11,5% y actualmente alcanza un 18%, proporción que acrece en algunas provincias como Jujuy y Chaco. [5] Es por esto que cabe preguntarse ¿Cuáles son las causas que motivan el incremento de las uniones de hecho?

Grossman señala que pueden encontrarse en una cuestión cultural, que toma como natural el juntarse, el unirse prescindiendo de toda forma matrimonial. Destaca como otra causal a la

situación económica y dentro de ella enuncia a la falta de trabajo, los magros sueldos como un valladar para quienes desean solemnizar su unión. Expresa también como motivo el gran número de divorcios, que desalienta a los posibles contrayentes.

MAZZINGHI dice que, tratándose de una situación de hecho, no es fácil identificar con alguna precisión las causas que conducen al establecimiento de una relación concubinaría, pero lo cierto que se trata de una costumbre en expansión.[6]

BOSSERT opina que el incremento puede adjudicarse en gran medida a la carencia en nuestra legislación hasta junio de 1987, del divorcio vincular, lo que llevaba a quienes habían fracasado en el matrimonio, a constituir un nuevo hogar, una segunda pareja, que al no poder ser regularizada matrimonialmente, se mantenía a través de los años como una unión concubinaría.[7]

## **4- Tratamiento Legislativo**

El concubinato ha existido desde el nacimiento mismo de la humanidad perdurando por milenios, siendo perseguido negándose derechos, omitiendo o ignorado, o admitido inferiormente en ciertos aspectos, hasta que, poco a poco, fue permeabilizándose en las sociedades, dejando de ser considerado el tabú mal visto de la tradicional familia, para así plasmarse lentamente hasta alcanzar legítimos reconocimientos.

La opinión mayoritaria, tanto en doctrina como en jurisprudencia de distintos países considera a la relación extramatrimonial como un valor negativo, por causas éticas, religiosas o por la afectación al orden social.

Es así que en la legislación pueden apreciarse distintas posiciones respecto a la regulación de este instituto, a saber:

A) Tesis Abstencionalista: Ignora al concubinato, omitiendo toda mención sobre esta figura. Fue adoptada por el código de Napoleón ejerciendo su influencia sobre los códigos americanos y europeos del siglo XIX.

Quienes están alineados en esta postura –no excluyente del dictado de normas específicas reguladoras de efectos parciales del concubinato– consideran que la mejor forma de combatirlo es ignorarlo legislativamente y así negarle toda trascendencia jurídica.

Nuestro país se enrola detrás de estas ideas.

B) Tesis Sancionadora: Los que comparten esta posición consideran necesaria la intervención de la ley, pero no para su regulación sino como un modo de combatir el concubinato.

C) Tesis Reguladora: Sostiene que al concubinato no solo se lo combate ignorándolo legislativamente, sino que adoptando tal posición, produce efectos desfavorables en el plano jurídico, resultando en consecuencia, la conveniencia de la regulación legal de los efectos que puede producir.

## **5-Normas en las distintas ramas del derecho**

Desde el punto de vista legislativo, se advierte lo siguiente:

- **Artículo 3573 Código Civil:** La sucesión deferida al viudo o viuda en los tres artículos anteriores, no tendrá lugar cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes, salvo que el matrimonio se hubiese celebrado para regularizar una situación de hecho.

El artículo dispone en su primer párrafo, que el derecho hereditario conferido al cónyuge superviviente no tendrá lugar cuando el matrimonio se hubiese celebrado hallándose enfermo el premuerto y el fallecimiento hubiese acaecido de la misma enfermedad dentro de los treinta días siguientes a la celebración (según la nota de Vélez al pie del artículo, se trata de evitar la captación de herencias mediante el matrimonio con una persona enferma que presumiblemente morirá). Con la reforma de la ley 17.711, si bien la exclusión hereditaria del artículo subsiste como norma general, el art. 3573 deja a salvo el caso en que el matrimonio se hubiese celebrado para regularizar una situación de hecho.

- **Artículo 277 Código Civil:** El concubinato de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción hará presumir su paternidad, salvo prueba en contrario.

Si durante el plazo legal de la concepción (es decir los 120 primeros días de los 300 anteriores al nacimiento) los padres vivieron en concubinato se presume que la paternidad del hijo concebido en ese período es del concubinario de la madre.

**Según la ley 23.264**, los hijos nacidos de personas no unidas en matrimonio tienen iguales derechos que los hijos matrimoniales (derecho a percibir alimentos, régimen de patria potestad, igualdad en la vocación hereditaria que los matrimoniales).

-**Ley 24.193.Artículo 15:** Solo estará permitida la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho años, quien podrá autorizarla únicamente en caso de que el receptor sea su pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su cónyuge, o una persona que, sin ser su cónyuge conviva con el donante en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres años, en forma inmediata continua e ininterrumpida. Este tipo de lapso se reducirá a dos años si de dicha relación hubieren nacido hijos.

La ley permite la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante, siempre que el receptor sea pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su cónyuge o una persona que sin ser cónyuge, conviva con el donante en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida. Este lapso se reducirá a dos años si de dicha relación hubieren nacido hijos.

- **Ley 23.091.Artículo 9.Continuos del locatario.**

En caso de abandono de la locación o fallecimiento 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 del mismo ostensible trato familiar.

Este artículo 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 la persona que acredite haber convivido con el locatario.

**- Ley 24.241. Sistema integrado de Jubilaciones y Pensiones.**

Reconoce el derecho a pensión a favor del conviviente del afiliado en el caso de que hubiere convivido en aparente matrimonio durante los cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento, plazo que se reduce a dos si hubiere descendencia reconocida por ambos concubinarios.

**- La ley 20.628. Impuesto a las Ganancias.**

Permite a los concubinos la liquidación individual del mismo, mientras que los cónyuges tienen un sistema híbrido de liquidación individual pero acumulando en cabeza del marido ciertas rentas gananciales que, de acuerdo a la ley civil, son obtenidas y administradas por la esposa. El resultado de este sistema injusto es un aumento de la carga fiscal, por la acumulación de rentas y la aplicación de alícuotas progresivas que castiga a los contribuyentes por el simple hecho de contraer matrimonio, resultando más favorecidas las uniones concubinarias.

**- Régimen Contrato de trabajo. Ley 20.744. Regimen de licencias especiales. Art. 158.**

El trabajador gozará de las siguientes licencias especiales:

- a) Por nacimiento de hijo, dos (2) días corridos.
- b) Por matrimonio, diez (10) días corridos.
- c) Por fallecimiento del cónyuge o de la persona con la cual estuviese unido en aparente matrimonio, en las condiciones establecidas en la presente ley; de hijo o de padres, tres (3) días corridos.
- d) Por fallecimiento de hermano, un (1) día.
- e) Para rendir examen en la enseñanza media o universitaria, dos (2) días corridos por examen, con un máximo de diez (10) días por año calendario.

Este artículo establece, entre las licencias especiales, tres días corridos por fallecimiento del cónyuge o del o de la conviviente del trabajador.

Por su parte, **el art. 248 de esta ley**, otorga la indemnización por extinción del contrato en caso de muerte del trabajador a la mujer que hubiere convivido públicamente con el mismo, en aparente matrimonio durante un mínimo de dos años anteriores al fallecimiento.

**- Ley de Protección contra la violencia familiar. Ley 24.417. Artículo 1:** "Toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar podrá denunciar estos hechos en forma verbal o escrita ante el juez con competencia en asuntos de familia y solicitar medidas cautelares conexas. A los efectos de esta ley se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho"

# Capítulo: III

# RESPONSABILIDAD CIVIL

## RESPONSABILIDAD CIVIL

### 1- La responsabilidad.

La voz responsabilidad proviene del latín responderé que significa prometer, merecer, pagar. Así, responsabilidad significa el que responde (Fiador). En un sentido más restringido responsable significa el obligado a responder de algo o alguien.[8]

Cuando se habla de responsabilidad no se hace alusión a una idea autónoma, sino a un término complementario de una noción previa: la de deber u obligación.

La responsabilidad es la consecuencia de la acción por la cual el hombre expresa su conducta frente a ese deber u obligación. Si se actúa dentro de los cánones prescriptos, el hecho no acarrea deber alguno, simplemente porque se cumplió con la obligación previa.

La responsabilidad hace su aparición en la violación de la norma u obligación consistiendo en el

deber de soportar las consecuencias a las que se ve expuesto el autor de la trasgresión.

Se ha definido a la responsabilidad como un enunciado en el que se expresa un juicio de valor negativo (un reproche jurídico) sobre una conducta de un sujeto que ha transgredido una norma de un ordenamiento determinado, manifestándose mediante la consecuencia que acarrea, en principio, la obligación de reparar el daño. [9].

## **2- Responsabilidad civil y daño moral**

Según TRIGO REPRESAS Y LOPEZ MESA[10], el derecho y la moral constituyen dos conceptos cercanos en su fundamento. En ambos subyace una idea común de rectitud, corrección. El derecho es territorio de realidades y de acciones, mientras que la moral puede reprochar los malos pensamientos pero no puede establecer resarcimientos. Las valoraciones morales son subjetivas y unilaterales, y las jurídicas son objetivas y bilaterales.

La moral se refiere a la interferencia subjetiva de acciones, en tanto que el derecho dice como debe ser la interferencia ínter subjetiva; es decir, que la moral considera los actos humanos en relación al sujeto mismo que los efectúa, mientras que el derecho tiene en consideración las acciones humanas en relación con los actos de otros sujetos.

La moral procura lograr un orden dentro de la propia conciencia del individuo, persigue la faz inferior; por su parte, la norma jurídica considera las acciones humanas no en su valor absoluto moral, sino en su valor para la coexistencia y cooperación sociales, va en busca de la faz externa de la sociedad.

Siguiendo a TRIGO REPRESAS Y LOPEZ MESA[11], la moral es autónoma, la obligación moral se la impone el propio individuo a sí mismo, surge de una convicción íntima y no existe subjetivamente, en tanto la conciencia no la reconoce como tal; por el contrario, el derecho es heterónomo, le es impuesto al individuo, sin atención a sus convicciones y juicios subjetivos.

La moral supone y requiere libertad en su cumplimiento, en tanto que, para que una conducta pueda ser objeto de un juicio moral, es necesario que la persona la realice por sí misma, su inobservancia solo trae aparejado el remordimiento o la reprobación pública. De esta manera la sanción de la responsabilidad moral se da en un plano meramente interno.

Se ha sostenido que la responsabilidad moral se opone a la responsabilidad jurídica, más o menos completamente; para que haya responsabilidad jurídica, es necesario una acción o una abstención: el pensamiento debe exteriorizarse y en los dos casos esta sanción o abstención debe haber causado un perjuicio.

En síntesis, como dice VAZQUEZ FERREYRA, “puede haber responsabilidad jurídica o civil sin responsabilidad moral, y viceversa”[12]

## **3- Responsabilidad civil.**

“Responder significa dar a cada uno cuenta de sus actos”. [13]

Responder civilmente, *latu sensu*, es el deber de resarcir los daños ocasionados a otros por una conducta lesiva antijurídica o contraria a derecho.

Responsabilidad civil es la forma de dar a otro del daño que se le causara.[14]

La responsabilidad se traduce en el deber de reparar o resarcir los perjuicios ocasionados. Esta obligación de reparar nace cuando alguien resulta perjudicado como consecuencia de la violación a un deber jurídico preexistente, con el alcance de observar el deber de cumplir las normas o abstenerse a las consecuencias derivadas del incumplimiento que consiste, en este caso, en la indemnización de los daños y perjuicios.

### 3.1 Funciones de la responsabilidad civil. [15]

#### 1) Función de reparación.

Esta función consiste en brindar a quien sufre un daño injusto, los medios jurídicos necesarios para obtener una reparación o una compensación. El fin de la responsabilidad civil es el de fijar la distribución o el reparto de daños ocasionados en la vida social. La finalidad de la responsabilidad civil, como reacción del ordenamiento jurídico ante el daño y constitutiva de la obligación de repararlo, no es más, que la puramente reparadora.

#### 2) Función demarcatoria.

La responsabilidad civil tiene una clara función demarcatoria entre aquello que está permitido, es decir, dentro del libre ámbito de actuación y aquello que está prohibido por la norma.

Se delimitan las fronteras entre el ámbito de actuación y el territorio donde se protegen ciertos bienes e intereses. Se debe demarcar el segmento de terreno en que los agentes económicos pueden moverse libremente, de aquel en el cual sus conductas generan obligación resarcitoria.

#### 3) Función de prevención del daño.

Es la actuación ex antes de que el daño ocurra, de evitación de que el perjuicio suceda.

En la realidad si nos atenemos a la letra del principio alterum non laedere, lo que este ordena primero es precisamente no dañar al otro, lo que puede perfectamente entenderse como actuar antes de que se dañe. Consiste en la evitación o disminución del número y dañosidad de los siniestros sobre la base de remedios de tipo inhibitorios que frente a situaciones de peligro de daño apto para perdurar, posibiliten la evitación, o en su caso la cesación de las actividades nocivas.

### 3.2 Principios fundamentales de responsabilidad

Siguiendo el esquema de PIZARRO Y VALLESPINOS[16], se encuentran como principios fundamentales los siguientes:

1. Nemi laedere: No dañar a nadie. La regla es que todo daño causado a otro se presume antijurídico, salvo que medie causa de justificación.

2. Necesidad de factor de atribución: Es indispensable la presencia del mismo, sea objetivo o subjetivo, formulándose en base a parámetros axiológicos.
3. Principio de reserva: Este principio se conjuga con el nemi laedere. Supone que no hay deber ni transgresión sin norma que lo imponga.(Artículos 19 y 53 de la Constitución Nacional;1066 y 1974 del Código Civil).
4. Principio de prevención: Toda persona debe adoptar en cuanto de ella dependa,
5. Principio de la reparación plena o integral: Supone una relación razonable entre el daño y la reparación. Se sustenta en base a reglas:
  - > daño fijado al tiempo de la decisión,
  - > indemnización no menor al perjuicio
  - > su apreciación debe formularse en concreto
  - > reparación no superior al daño sufrido.

#### **4-Responsabilidad contractual y extracontractual.**

Siguiendo la definición de responsabilidad de BUSTAMANTE ALSINA como: “el deber de dar cuenta a otros del daño que se le ha causado” [17] se debe aclarar que la misma encuentra su origen en el incumplimiento contractual o el incumplimiento genérico de no dañar.

Estas dos circunstancias llevan a diferenciar las dos clases de responsabilidad: responsabilidad contractual (obligacional) y responsabilidad extracontractual (aquiliana).

#### **5- Presupuestos de la responsabilidad civil.**

La responsabilidad es un fenómeno jurídico que importa el deber de reparar el daño causado, ya que puede tener su origen en el incumplimiento contractual (responsabilidad contractual) o en el incumplir de un deber jurídico de no dañar (alterum non laedere) que implicara una responsabilidad extracontractual.

Presupuestos indispensables para la concurrencia de responsabilidad son:

- a) el daño,
- b) la antijuricidad,

c) nexu causal,

d) el factor de atribución.

## **Capitulo: IV**

# **PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

# PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad civil es un fenómeno jurídico que importa el deber de reparar el daño causado, ya que puede tener su origen en el incumplimiento contractual (obligacional) o en el incumplimiento de un deber jurídico de no dañar (*alterum non laedere*) que implicara una responsabilidad extracontractual.

Los presupuestos indispensables para la concurrencia de la responsabilidad son:

- 1- el daño,
- 2- la antijuricidad,
- 3- la relación de causalidad,
- 4- el factor de atribución.

## Hecho humano generador del daño.

Este hecho puede asumir dos formas distintas: una positiva y una negativa; puede consistir en un hacer o en un omitir. Ahora bien, para que un acto externo se considere acción es necesario el concurso de la voluntad.

Según establece el artículo 897 del Código Civil argentino, los hechos humanos pueden ser voluntarios o involuntarios; Se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad.

A su vez, los hechos voluntarios pueden ser lícitos o ilícitos; son actos lícitos las acciones voluntarias no prohibidas por la ley, de la que puede resultar alguna adquisición, modificación o extinción de derechos. (Artículo 898 Código Civil).

Los hechos que fueron ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por sí obligación alguna (artículo 900).

A partir de lo expuesto, se puede observar que los artículos 898 y 900 del Código Civil, excluyen como regla la responsabilidad por los daños causados por los hechos involuntarios; en relación con ellos el artículo 907 del Código Civil original establecía: “cuando por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y en sus bienes, solo se responderá con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido”.

La reforma del decreto-ley 17.711/68 ha agregado al artículo 977 del Código Civil un segundo párrafo: “cuando por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes (...) los jueces podrán (...) disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima”.

## 1-El daño

El daño es el presupuesto central o motor de la responsabilidad civil, puesto que está recién puede plantearse cuando existe un daño, un perjuicio sufridos sin embargo, la sola presencia de un daño no da lugar a su indemnización si no concurren, al menos mínimamente, los demás presupuestos.

La palabra daño proviene la voz latina *damnum*, que significa deterioro, menoscabo, destrucción, ofensa o dolor que se perfecciona en la persona, cosas, valores morales o sociales de alguien.

VAZQUEZ FERREYRA cita sostiene que “el daño es la lesión a un interés jurídico” y que “el interés es el núcleo de la tutela porque los derechos, los bienes en general, están regulados en vista de la satisfacción de intereses de la persona”.[18]

Siguiendo a TRIGO REPRESAS y LOPEZ MESA[19], puede definirse al daño como todo detrimento, mengua o menoscabo que sufre una persona en sus bienes patrimoniales o económicos, en ciertas condiciones (daño material), y en hipótesis particulares la lesión al honor o a las afecciones íntimas, o en general a los llamados derechos de la personalidad o personalísimos (daño moral o extramatrimonial).

Por su parte, en BUSTAMANTE ALSINA[20], se encuentra el siguiente concepto de daño: “nadie está autorizado a desbordar su órbita de facultades e invadir la ajena. Si ello ocurre se configura el daño en sentido lato, pero cuando la lesión recae en los bienes que, constituyen el patrimonio de una persona, la significación del daño se contrae y se concentra en el sentido estricto en daño patrimonial.

## 1.1 Requisitos para la resarcibilidad del daño.

Para que el daño resulte jurídicamente indemnizable, es necesaria la reunión de requisitos, a saber:

1) Certeza: el daño debe ser cierto, por oposición a lo hipotético o eventual.

Debe haber certidumbre en cuanto a la existencia misma del daño actual; o suficiente probabilidad, de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos, de que el mismo llegue a producirse, en la hipótesis de daño futuro. El daño debe ser real, cierto y existente. Es decir que cuando un daño no se prueba como cierto o existente, no es reparable.

“La certidumbre del daño se relaciona con la consecuencia que genera la acción lesiva y también con la índole del interés lesionado” [21]

2) Personalidad: el daño debe ser propio de quien lo reclama, es decir, personal. Nadie puede pretender ser indemnizado por un daño sufrido por otro.

El daño personal puede ser directo o indirecto. Es directo el que se produce cuando el acto lesivo recae sobre la persona o bienes del damnificado, que es, a la vez víctima del hecho, y es indirecto cuando el acto ataca los bienes o la persona de la víctima y se refleja en el patrimonio de otra que resulta damnificado. [22]

3) Antijuricidad: El daño debe ser ilegítimo, antijurídico o no justificado, en tanto que si así no fuere, la víctima tendría el deber de soportarlo y el dañador no podría ser responsabilizado.[23]

4) Causalidad: el daño debe estar relacionado causalmente con el hecho dañador.[24]

5) Resarcibilidad: el daño reclamado debe encuadrar en una categoría legal resarcible. No todo daño resulta indemnizable, nuestro código civil contempla un doble régimen indemnizatorio, recortando la órbita indemnizatoria del daño contractual. El artículo 520 del código civil dispone: “En el resarcimiento de los daños e intereses solo se comprenderán los que fuesen consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación”. Y, en materia contractual, no se indemnizarán las consecuencias mediatas, salvo que fueran causadas maliciosamente. [25]

6) Trascendencia: el daño debe ser serio, valorable o de identidad. Es decir, no debe ser

insignificante .No cualquier molestia genera un daño moral que merezca ser indemnizado, sino que para ello requiere que posea cierta entidad. [26]

7) Legitimidad: el derecho lesionado debe ser legítimo. Esto es, el daño debe consistir en una lesión a un interés legítimo tutelado por la ley misma o a un simple interés de hecho, no ilegítimo, del damnificado.[27]

8) Subsistente: el daño no debe haber desaparecido en el momento en que debe ser resarcido. El daño que originalmente se causo pero que luego dejo de existir, no puede ser resarcido. [28]

## 1.2 Clases de daño

En base a una clasificación utilizada por BUSTAMANTE ALSINA[29], el daño puede ser clasificado de la siguiente manera:

### 1.3 Daños en la responsabilidad contractual.

- Daño compensatorio y daño moratorio

Daño compensatorio supone que la obligación principal ha quedado sin cumplirse definitivamente o ha sido ejecutada en forma parcial o imperfecta dejando insatisfecho el derecho del acreedor.

Aquí, la indemnización entra en sustitución de la prestación originaria objeto de la obligación.

Daño moratorio es aquel que implica la falta de satisfacción oportuna de la obligación. Se está en presencia de una demora o retardo en el cumplimiento de la obligación (artículo 509). De esta manera, el resarcimiento moratorio tiene por objeto sancionar el retardo en el cumplimiento por el deudor y brindar al acreedor el equivalente de la ventaja que debía obtener del cumplimiento temporáneo de la obligación.

- Daño común y daño particular o propio.

Daño común es el que habría experimentado cualquier persona con motivo del incumplimiento de la obligación.

Daño particular o propio es aquel que perjudica al acreedor por sus condiciones especiales o por su situación singular.

Demostrado el daño común, siempre es reparable. En cambio, el daño propio, aun probado, solo sería resarcible si hubiera sido conocido por el deudor al contraer la obligación.

- Daño intrínseco y daño extrínseco.

Daño intrínseco es el que afecta al bien objeto de la obligación. Por su parte, el daño extrínseco es el que no se limita al objeto de la obligación sino que repercute en los demás bienes del acreedor. [30]

### 1.4 Daños en la responsabilidad extracontractual.

- Daño directo e indirecto.

Cuando se habla de daño directo se hace referencia al perjuicio experimentado por la víctima inmediata. Cuando el agravio es sufrido por otra persona distinta de la víctima inmediata se habla de daño indirecto.

La víctima inmediata, es decir, el damnificado directo, es el titular del interés tutelado por el derecho que le ha sido lesionado. El damnificado indirecto es la persona que sufre un daño propio por repercusión o reflejo del actuar antijurídico respecto del otro. Dentro de esta segunda clase de damnificado es donde encontramos el ejemplo del daño patrimonial y moral indirecto experimentado por los familiares de la persona fallecida como consecuencia del hecho ilícito.

- **Daño legítimo e ilegítimo.**

Daño legítimo hace lugar a la acción dañosa que se adapta a los parámetros permitidos por el derecho, lo que le quita el componente de antijuricidad. Aquí la obligación de resarcir, como principio general no existe, siendo la excepción la separación de un daño justificado.

El segundo de ellos, es aquel que es producido en violación a lo establecido por una norma mediando dolo o culpa, todo daño ilegítimo genera la obligación de resarcir.

## 1.5 Daño patrimonial o material y daño extramatrimonial o moral.

El daño consiste en el detrimento o menoscabo de los valores materiales o económicos en ciertas condiciones –daño patrimonial-. El artículo 1068 código civil establece: “Habrá daño siempre que se causare a otro un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas susceptibles de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades”.

Es el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen, Es el perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria. O bien, en hipótesis particulares, consiste en la lesión al honor o a las afecciones legítimas, o en general, a los derechos inherentes a la personalidad-daño extramatrimonial o moral-(artículo 1078).

### 1.5.1 Daño patrimonial.

El daño patrimonial es el que sufre el damnificado en la esfera de su patrimonio, es decir, en el conjunto de bienes y derechos de naturaleza patrimonial.

El término de daño patrimonial hace alusión a la noción de menoscabo, lesión o agravio al concepto de patrimonio; provoca una disminución de utilidad que es compensable en dinero o con bienes intercambiables por dinero.

Para que proceda la indemnización de este daño, es necesario:

- . que haya un sujeto que sea titular de un patrimonio;
- . que sea posible traducir el daño en dinero;
- . que exista un nexo causal.

Se encuentran dos clasificaciones de daño patrimonial:

1. Según los derechos de la naturaleza de los derechos lesionados:

\*Directo: Cuando se destruyen cosas del patrimonio de otro o en la posesión del mismo.( artículo 1068 código civil)

\* Indirecto: Cuando el mal es hecho a la persona, derechos o facultades, pero que repercuten en el patrimonio (artículo 1068c.civil).

2. Según los sujetos legitimados:

\*Directo: Si lo reclama la víctima (artículo 1079 c. civil)

\*Indirecto: Si lo reclama otra persona que sufrió perjuicio en un interés propio y legítimo.

El daño patrimonial se exterioriza de dos modos:

\* Daño emergente: el perjuicio efectivamente sufrido. Comporta un empobrecimiento del patrimonio en sus valores actuales por la pérdida o disminución de valores económicos (art. 1069 cód. civil).

Este daño se refiere al costo de la reparación necesaria del daño causado y a los gastos en que se ha incurrido en ocasión del perjuicio. Ahora bien, ¿Cual es el límite de su separación? No basta con que estos daños se prueben, sino que además, han de quedar justificados en el contexto en que el daño se ha producido, no pudiendo el damnificado aprovechar la situación para incurrir en mejoras o gastos excesivos.

\*Lucro cesante: ganancia de que fue privado el damnificado. Consiste en la frustración de una ganancia o de la utilidad que haya dejado de percibir, sea la víctima de un delito o un acreedor de una obligación por el incumplimiento de lo acordado (artículo 1069).

El lucro cesante traduce la frustración de un enriquecimiento patrimonial: a raíz del hecho se impide a la víctima que obtenga deber minados beneficios económicos.

## 1.5.2 Daño extrapatrimonial o moral.

### 1.5.2.1 Concepto. Distintas corrientes de opinión

a) *Daño moral es todo daño no patrimonial.*

Esta postura sostiene que la noción de daño moral es todo detrimento que no puede ser considerado como daño patrimonial[31].

Aquí se utiliza la expresión daño extramatrimonial en lugar de daño moral, a la que se asigna un alcance más amplio.

Según esta corriente los daños morales son los que no entrañan por si mismos una pérdida económica, una disminución del patrimonial[32]. Ello importa negar la existencia de daño moral cuando el detrimento repercute en forma indirecta sobre el patrimonio de la persona. Esta corriente acude a un criterio simplista al definir por negación.

El daño moral debe ser calificado por lo que es antes que por lo que no es. El daño moral tiene un contenido propio que puede y debe ser precisado en términos positivos.

b) *El daño moral se determina por la índole extramatrimonial del derecho lesionado*

El daño moral consiste en una lesión a un derecho extrapatrimonial ; en contraposición, el daño patrimonial es pura y exclusivamente la lesión a bienes materiales.

La distinción se basa en el distinto carácter del derecho lesionado y guarda relación con la gran división de derechos.

Así como la lesión de un derecho patrimonial debería generar un daño de esa naturaleza, la lesión a los derechos extramatrimoniales tendría que producir un daño moral[33].

c) *Doctrina que toma en consideración el carácter no patrimonial del interés lesionado.*

El daño moral consiste en la lesión a un interés de carácter extramatrimonial, que es presupuesto de un derecho.

En contraprestación, el daño material debe ser definido como una lesión o un menoscabo a un interés de orden patrimonial.

La distinción entre daño patrimonial y daño moral no radica en el "... distinto carácter del derecho lesionado sino en el diverso interés que es presupuesto de ese derecho"[34].

Y como un mismo derecho puede tener como presupuesto intereses de distinta índole –patrimoniales o extramatrimoniales-, es esto último lo que debería computarse a la hora de determinar si el daño asume uno u otro carácter.

*d) Doctrina que toma en cuenta el resultado o consecuencia de la acción que causa el detrimento.*

Siguen las afirmaciones de ORGAZ, [35] el daño moral debe ser determinado siguiendo el camino que se utiliza para definir al daño moral resarcible. Para ello, es necesario realizar una distinción que surge de la letra y del espíritu de nuestra legislación: lesión (daño en sentido amplio) y daño resarcible.

1-En un sentido amplio se lo identifica con la ofensa o lesión a un derecho o interés no ilegítimo de orden patrimonial o extramatrimonial. Así concebido, todo acto ilícito, por definición, debería producirlo, pues la acción u omisión ilícita presupone siempre una invasión en la esfera de derechos ajenos, lo que determina que el autor debe cesar en su acción y restablecer el equilibrio alterado. Este es el alcance que en el derecho penal suele asignarse a la expresión daño.

Por su parte, el derecho civil pone su mira en este daño entendido en sentido amplio, especialmente a la hora de prevenir o hacer cesar conducta lesiva para los derechos o intereses individuales y colectivos.

2-No obstante, el código civil atribuye otro significado a la expresión daño, al tiempo de considerarlo como elemento o presupuesto de la responsabilidad civil (daño resarcible; arts.1068, 1069 y concordantes.).

En tal caso, el daño ya no se identifica con la sola lesión a un derecho de índole patrimonial o extrapatrimonial, o a un interés que es presupuesto de aquel, sino que es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. Entre la lesión y el daño existe una relación de causa a efecto. El daño resarcible es esto último.

En el ámbito patrimonial, el daño resarcible no es la lesión a un derecho de esa naturaleza, o a un interés de índole patrimonial que es presupuesto de aquel, sino el detrimento de valores económicos o patrimoniales que se produce a raíz de la lesión.

Por tal motivo, cuando se menoscaba el patrimonio de una persona, sea en sus elementos actuales, sea en sus posibilidades normales, futuras y previsibles, estamos ante un daño patrimonial.

Para brindar un concepto de daño moral, no hay que adoptar un criterio distinto.

En uno y otro supuesto, el daño resarcible es siempre una consecuencia disvaliosa, un menoscabo, derivado de la lesión a un interés no patrimonial. Por lo tanto, la esencia de uno y otro detrimento debe ser buscada tomando en cuenta las repercusiones que produce la acción lesiva.

Así, no resulta adecuado definir el daño moral resarcible como mera lesión a un derecho extrapatrimonial; o a un interés legítimamente protegido; o a un interés no patrimonial(o espiritual) que es presupuesto de un derecho subjetivo, con tal criterio se confunde daño

en sentido amplio (o lesión) con daño resarcible.

De este modo, el concepto de daño moral debe ser buscado siguiendo el mismo camino para el daño patrimonial. Y este, no es otro que el de las consecuencias o repercusión que la acción dañosa provoca en la persona.

El daño moral debe necesariamente derivar de una lesión a un interés no patrimonial, por lo que ambos componentes deben aparecer necesariamente amalgamados, a tal punto que la ausencia de cualquiera de ellos impide que se configure.

El daño moral importa una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir consecuencia de la lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial[36].

### 1.5.2.2 Denominación.

Tanto en el derecho comparado como en nuestro país, el daño moral también suele ser denominado perjuicio moral, daño espiritual, daño no patrimonial, agravio moral, daño extramatrimonial o daño a la integridad espiritual.

El daño moral es siempre un daño jurídico, cualquiera sea su denominación, en tanto que genera consecuencias preventivas y resarcitorias previstas por el derecho.

La invocación a la moral no debe ser tomada como referencia a un ámbito que está al margen del orden jurídico, sino en el sentido que lo hace el diccionario de la real academia española en una de las acepciones de la voz moral: como el “conjunto de facultades del espíritu”. Por eso el daño moral es un daño espiritual de la persona humana.

### 1.5.2.3 Prueba del daño moral

En materia extracontractual, el daño moral no requiere de una prueba directa de su existencia y entidad, en tanto se manifiesta in re ipsa, es decir por la propia calidad de la conducta y la condición del afectado, lo que permite inferir la trascendencia del agravio espiritual padecido.

En materia contractual esta presunción es iuris tantum, de forma tal que el responsable podrá liberarse demostrando la existencia de una situación objetiva excluyente en el caso.

### 1.5.2.4 Reparación del daño moral.

El debate sobre la reparabilidad del daño moral es de larga data.

SAVIGNY se pronunció por la negativa afirmando que los bienes ideales se encuentran fuera del comercio, son inenajenables e inembargables y, por ende, no pueden ser objeto de obligaciones. Añadió que ninguna persona puede negociar sobre su salud, honor, afectos, y si se pacta algo sobre ellos, podría incumplirse impunemente en tanto que su cumplimiento no podría obtenerse compulsivamente por tratarse de algo moral o intelectual. Y agrega que sería inmoral compensar con dinero la pérdida de la reputación, la vida, el honor, etcétera; y además, implicaría un enriquecimiento sin causa, atento que la víctima obtendría un incremento de su patrimonio sin haber sufrido como contrapartida disminución alguna de este[37].

Por su parte, VON IHERING se pronunció a favor de la reparabilidad afirmando que cualquier interés, aunque sea moral, es merecedor de protección por parte del derecho. El dinero no siempre cumple una función de equivalencia, ya que esta solo se da cuando se trata de prestaciones de contenido patrimonial; en el resto de los casos, el

dinero cumple una función satisfactoria, posibilitando al titular del derecho violado la obtención de otros goces o sensaciones agradables que lo distraigan y le hagan olvidar o mitiguen los padecimientos sufridos.[38]

### 1.5.2.5 La reparación del daño moral en el Derecho Civil Argentino [39] 1.5.2.5.1 Antes de la reforma de la ley 17.711.

El Código Civil Argentino consagra expresamente el principio de la reparación de los daños morales, en su artículo 1078, el cual establecía: “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 afecciones legítimas”.

No obstante ello, la doctrina y la jurisprudencia se dividió en la interpretación de los supuestos contenidos en el ámbito de la aplicación de tal principio. De esta manera encontramos:

#### V Reparación solo en los delitos civiles que fuesen al propio tiempo delitos criminales

En este supuesto se basan las opiniones de AUBRY Y RAU[40], quienes, si bien no negaban la reparación del daño moral, la admitían solo cuando había sido causada por un delito penal. Sostuvieron que el fundamento de esta tesis es congruente con el de la sanción que tiene el sentido de una pena y con la naturaleza represiva y no resarcitoria de la reparación del agravio moral.

#### V Reparación en todos los delitos criminales, sean delitos o cuasidelitos

Esta postura parte de lo prescripto por el artículo en cuestión. Según ORGAZ[41], la limitación que el Código Civil impone a la reparación del agravio moral no puede dar lugar a duda alguna. El artículo 1078 impone una condición para la procedencia de esa reparación “si el hecho fuese un delito de derecho criminal...”, y sería imprescindible la existencia de otro u otros preceptos explícitos para que dicha expresión se considerase de valor solo accidental y secundario. Y no hay, al parecer, ningún otro precepto en el Código que modifique el sentido categórico de aquella disposición. Y que, por ende, declarar la indemnización en los delitos penales, con exclusión de los delitos o cuasidelitos puramente civiles, significa respetar el sentido que inequívocamente surge del único precepto general del Código.

#### V Resarcimiento pleno de toda clase de hechos ilícitos.

Esta tesis se fundamenta en una interpretación amplia del artículo 1068 del Código Civil[42], que parecía abarcar las dos categorías de daños (materiales y morales), y en lo establecido en los artículos 1067, 1075 y 1108 del mismo código que establecen, respectivamente, que no habrá acto ilícito punible si no hubiese daño causado; que todo derecho puede ser materia de un delito, bien sea un derecho sobre un objeto exterior, o bien se confunda con la existencia de la persona; y que las disposiciones contenidas en el capítulo de los delitos, entre las que cuenta el artículo 1075, son aplicables a los cuasidelitos( art. 1108 hoy derogado).

Se sostuvo que no hay acto ilícito sin que exista daño y todo derecho, inclusive aquellos que se confunden con la existencia de la persona, pueden ser materia de un delito, no cabe más que concluir que la violación de uno de esos derechos personales son susceptibles de producir un daño que origine el deber de reparar.

### 1.5.2.5.2 Después de la reforma de la ley 17.711

La reforma de la ley 17.711 ha puesto final a todas las polémicas.

El actual artículo 1078 reza: “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 solo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.”

El nombrado artículo establece ahora la indemnización del daño moral en todos los actos ilícitos.

### 1.5.2.6 Doctrinas sobre la reparación del daño moral.[43]

#### 1-Doctrinas que niegan la admisibilidad de la reparación del daño moral.

- Tesis negativa clásica.

Entre sus defensores se distinguen Gabba, Savigny [44], en el derecho comparado, y Biliboni.

Desde un punto de vista jurídico, se afirma que la reparación del daño moral se dirige en contra de los principios de la reparación civil, en tanto se indemnizaría un perjuicio inexistente. La reparación solo resulta admisible en caso de daños patrimoniales. Si se admite el pago de una indemnización pese a no existir daño material, la función reparadora quedaría desvirtuada. Habría, en tal caso, un enriquecimiento indebido de la víctima.

Desde un punto de vista ético se sostiene que es inmoral establecer precio alguno al dolor o afectos. Importaría degradar los más importantes sentimientos humanos si los dolores físicos o espirituales pudiesen ser “remediados o aplacados por los sucedáneos placeres que el dinero puede comprar; cuando lamentablemente está presente, aun de modo inconsciente, en tantas manifestaciones de nuestro tiempo”. [45]

Desde un punto de vista religioso, se sostiene que la reparación al agravio moral implica una negación del orden sobrenatural, al minimizar la felicidad del hombre a valores puramente terrenales. Convertir el dolor en una fuente de enriquecimiento importaría prostituirlo y degradar los valores más excelsos de la persona.

- Tesis negativa moderna

Según esta tesis, se concibe a la reparación del daño moral como una exteriorización del espíritu burgués, donde todo se reduce a dinero y se encuadra dentro de los límites de la compra venta.

#### 2) Doctrinas que aceptan la reparación del daño moral.

- La doctrina de la pena o sanción ejemplar

Para esta tesis, la reparación del daño moral no consiste justamente en ello, reparación. Por el contrario, afirman que implica una pena civil por la cual se reprobaba de manera ejemplar la falta cometida por el ofensor.

Esta postura centra su enfoque en el castigo a la conducta dolosa del autor del daño, no así en la protección de la víctima o menoscabo producido por la lesión.

Parte de esta doctrina sostiene que, en los casos de daños causados culposamente, correspondería la reparación del daño moral. Pero cualquiera sea el modo de producir la lesión, dolosa o culposamente, siempre estaríamos frente a una sanción con finalidad preventiva.

- Doctrina del “resarcimiento” del daño moral.

Esta tendencia admite el carácter resarcitorio de la indemnización del daño moral.

Esta tesis distingue la diferente función que cumple el dinero en los casos de reparación del daño patrimonial y moral. En el primer caso, asume una función de equivalencia que permite restablecer el equilibrio patrimonial alterado por el menoscabo. En materia de daño moral, el dinero cumple una función satisfactoria para la víctima.

Tal como sostiene PIZARRO[46], la doctrina del resarcimiento propone una solución justa y equitativa en tanto pondera con criterio realista la situación de la víctima en función del menoscabo por ella experimentado. Se centra en torno al daño injustamente sufrido, provenga este de conductas antijurídicas dolosas, culposas o riesgosas.

## 2. Antijuricidad.[47]

La antijuricidad o ilicitud consiste en un proceder o actuar que infringe un deber jurídico preestablecido en una norma o regla de derecho y que causa un daño a otro, obligando a su reparación a quien resulte responsable en virtud de una imputación o atribución legal del perjuicio.

Es la contradicción entre el hecho de una persona y el ordenamiento jurídico, considerado este en forma integral.[48]

La antijuricidad consiste en un juicio objetivo de desaprobación hacia el ordenamiento, abarcando las leyes, la costumbre, los principios del sistema, entre otros. Y se constituye por la lesión de un interés que se encuentra jurídicamente protegido.

No es otra cosa que el causar un daño a otro sin una causa de justificación.

### 2.1 Antijuricidad subjetiva y objetiva

Desde un punto de vista formal, la antijuricidad es la contradicción con los que establece el derecho. Es una categoría general predicable de cualquier conducta humana contraria a lo establecido por el ordenamiento. Se trata de una noción donde la ilicitud equivale a la oposición de una conducta con una norma dictada por el legislador.

Materialmente, existen dos formas de entender la antijuricidad, la subjetiva y la objetiva.

Esta postura sostiene que la finalidad principal de las normas jurídicas es resolver conflictos de intereses estableciendo, en cada caso, el interés que se considera predominante y determinadas consecuencias jurídicas.

La antijuricidad objetiva se apoya en la idea de que la norma jurídica es un juicio de valor. Este juicio de antijuricidad consiste en el disvalor que recae sobre el hecho en el caso de que contravenga el interés declarado preponderante por la norma jurídica. En este juicio no se consideran componentes subjetivos, los cuales serán analizados en un juicio posterior de culpabilidad.

Por su parte, la antijuricidad subjetiva se fundamenta en el entendimiento de la norma jurídica como un imperativo de conducta. Según esta posición, las normas jurídicas no resuelven conflictos de intereses, sino que la resolución de los mismos le compete al legislador. Así, luego de haberse concedido preponderancia a un interés en un conflicto determinado, se dicta una norma mediante la cual se prohíbe a los particulares que realicen cualquier conducta que, por sus características subjetivas, pudiesen vulnerar el interés protegido.

Para los partidarios de esta tesis, el juicio de antijuricidad es un juicio de disvalor sobre el comportamiento que contraria las ordenes contenidas en la norma. De esta manera, solo las acciones dolosas o negligentes serán constitutivas de injusto.

El Código Civil argentino en su artículo 1066 establece que: “Ningún acto voluntario tendrá el

carácter de ilícito si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; Y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto”.

Cuando se hace referencia al carácter de ilícito de los actos, se quiere significar a “aquellos actos que fueren prohibidos por las leyes, los reglamentos municipales u otros dictados por la autoridad competente” (artículo 864 inc.1 proyectos de reformas de 1936)[49]; como así también cuando se ejecute un hecho que por culpa o negligencia del autor ocasione un daño a otro.

Se han hecho interpretaciones diversas al artículo 1066 del C.C. En una primera etapa, se aludía a una interpretación literal del mencionado artículo; se requería que la ilicitud estuviera consignada explícitamente y en forma específica por algún texto legal.

A posteriori, la doctrina[50] entendió que para que haya ilicitud no es necesario que haya una norma expresa que prohíba determinadas conductas, bastando que la prohibición legal surja del artículo de la ley. Por ello el carácter expreso de la prohibición implica que donde debe estar estipulada por la ley a través de términos claros, inequívocos.

Actualmente, la doctrina argentina[51] se inclina por una concepción material de la antijuricidad. La ilicitud va mas allá del limitad criterio de la contradicción de las normas expresas, por lo que, para categorizar un acto como ilícito, se recurre a distintos elementos del orden jurídico.

### **3. La relación de causalidad.**

“La relación de causalidad jurídicamente se la puede definir como la vinculación externa, que enlaza el evento dañoso y el hecho de la persona o de la cosa”.[52]

Se puede decir que la relación de causalidad es un enlace material o físico entre un hecho antecedente y un resultado consecuente. Lo que se busca es encontrar una relación de causa a efecto entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa a los cuales se atribuye su producción.

Es necesario saber que se entiende por causa. En la producción de todo suceso confluyen un conjunto de factores o condiciones que unidos provocan un determinado resultado. La causa no cada una de esas condiciones sino todas ellas en su conjunto. Para que deba responderse por un daño, es necesario que el mismo hay sido causado por una acción u omisión de su autor. Al derecho le interesa concretamente el acto humano como fuente productora de daños.

En cuanto a la función de la relación de causalidad, la jurista KEMELMAJER DE CARLUCCI [53] sostiene que en el cambio de la responsabilidad, la relación de causalidad cumple dos funciones: permite determinar con rigor científico a quien atribuírsele un resultado dañoso, y brinda los parámetros objetivos indispensables para calibrar la extensión del resarcimiento mediante un régimen predeterminado de imputación de consecuencias.

#### **3.1 Causalidad y culpabilidad.**

Ambas se asientan sobre el concepto común de previsibilidad.

En la causalidad, la previsibilidad se aprecia en abstracto según la normalidad de las consecuencias; en la culpabilidad, ella se aprecia en concreto, de acuerdo a la situación propia del autor frente al acto.

La relación de causalidad es puramente objetiva, se limita un enlace material entre un antecedente y un resultado. Si la conducta es causa mediata o inmediata del daño existe entonces causalidad adecuada; en cambio, la culpabilidad es puramente subjetiva. La culpabilidad es la situación psicológica en la que se encuentra el sujeto en el momento de la

acción con respecto al hecho que produjo.

La relación de causalidad precede al análisis de culpabilidad, el examen causal es previo a la indagación de factores objetivos o subjetivos de atribución, y solo funciona si existe relación causal entre el hecho culpable y el accidente.

Por último, la relación e causalidad es cuestión ajena a toda valoración sobre la injusticia y la reprochabilidad sobre la causación del daño. En la culpabilidad, lo que se analiza es la legitimidad o ilegitimidad de un resultado dañoso; se analiza si existe alguna causa de justificación o excusa absoluta.

### 3.2 Teorías sobre la relación de causalidad [54]

#### > Teoría de la equivalencia de las condiciones

Esta teoría conocida también con la expresión *conditio sine qua non*, considera que la causa de un suceso es la suma de las condiciones necesarias para producirlo; condiciones que resultan ser equivalentes ya que si faltara cualquiera de ellas, el suceso no se habría producido.

Cada condición es causa de todas las subsiguientes y se apoya en todas las anteriores, por lo que toda la coactividad genera toda la consecuencia.

#### >Teoría de la causa próxima

Esta postura llama causa solamente a aquella que, con criterio temporal, se halla más próxima a ese resultado, denominando condiciones a todas las anteriores. Causa es la condición que se ha sumado última a todas las restantes y que temporalmente se halla más próxima al resultado.

#### >Teoría de la causa eficiente

Dentro de esta teoría encontramos dos posturas:

1. Los que buscan la eficiencia en la condición que sea más activa o eficaz siguiendo un criterio de tipo cuantitativo. Si bien reconoce que todas las condiciones son necesarias en tanto han contribuido a la producción de un determinado resultado, existe entre ellas diferencias de eficacias.
2. Los que se basan en un criterio cualitativo. En esta postura se distingue, por una parte, siguiendo el criterio del jurista KOHLER entre condiciones estáticas, dinámicas y fuerzas impulsoras, siendo condiciones propiamente dichas las primeras y encontrándose la causa entre las últimas, puesto que de ella dependerá el ser o no ser del daño y la forma concreta de él. Y por otro lado, STOPATTO distingue entre causa, condición y ocasión, todas las cuales concurren necesariamente a la producción del daño, pero desempeñando un rol muy diferente. La condición es la que permite que actúe la verdadera causa, y la ocasión traduce una coincidencia que la favorece, al paso que la causa genera el daño.

#### >Teoría del equilibrio o la condición preponderante

Se sostiene que existen condiciones positivas y negativas, siendo causa la condición o condiciones de mayor peso que rompen el equilibrio entre los factores favorables y adversos a la producción del daño.

#### >Teoría de la causa humana.

El ser humano se encuentra provisto de conciencia y voluntad. Hay un conjunto de fuerzas que el hombre puede dominar de manera tal que los resultados puedan considerarse causados por él.

La nombrada teoría sostiene que en la relación causal hay un hecho positivo otro negativo. El positivo, consiste en que el ser humano haya puesto con su actividad una condición del resultado; el negativo, radica en que ese resultado no sea debido a la actuación de factores excepcionales con eficacia decisiva sobre su esencia.

#### **>Teoría de la causalidad adecuada.**

Se considera aquí que no todas las condiciones concurrentes se pueden equiparar, debiendo distinguirse entre la causa y la mera condición.

Para esta teoría no basta que un hecho haya sido condición sine qua non del daño sino que se requiere, además, que resulte la causa adecuada de ese daño en virtud de un juicio de probabilidad. Así, causa es solamente la condición que según el curso normal y ordinario de las cosas es idónea para producir un resultado.

En nuestra doctrina y jurisprudencia [55] la teoría de la causa adecuada es la más relevante, siendo receptada en el artículo 906 C.C: “En ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad.”

## **4. Factores de atribución.**

Cuando se habla de factor de atribución se hace mención al fundamento que la ley toma en consideración para atribuir jurídicamente la obligación de indemnizar un daño, haciendo recaer su peso sobre quien en justicia responde.

Siguiendo las ideas de ZAVALA DE GONZALEZ, los factores de atribución son las razones que justifican que el daño que ha sufrido una persona sea reparado por alguien, se traslade económicamente a otro. Los factores de atribución constituyen la explicación axiológica de la obligación de impedir o de resarcir el perjuicio.[56]

### **4.1 Clasificación de los factores de atribución**

Los factores de atribución se clasifican en subjetivos y objetivos.

Los primeros se basan en la reprochabilidad de la conducta del dañador. Este reproche puede ser formulado a título de dolo (delito) o bien a título de culpa (cuasidelito).

Los factores objetivos se sustentan en motivos ajenos a un juicio de reproche subjetivo; se tienen en cuenta valoraciones sociales, políticas, económicas, etcétera. Entre ellos, se ubican, la garantía, el riesgo creado, la equidad y el abuso en el ejercicio de los derechos.

### **4.2 Los factores subjetivos de atribución.**

Los factores subjetivos son el dolo y la culpa.

En la culpa, la intencionalidad no alcanza el resultado, es decir, la intención consiste en actuar de determinada manera, y el resultado sobreviene por negligencia o descuido, mientras que en el dolo el resultado dañoso es aceptado al menos como algo más que posible o directamente buscado a designio.

#### **4.2.1 Dolo**

Siguiendo las palabras de DELGADO ECHEVERRIA, podemos definir al dolo en general: “el dolo supone la voluntad de realizar un acto antijurídico con conocimiento de su ilegalidad; sabiendo que puede ser dañoso a los demás; pero sin necesidad de que el agente haya previsto o podido prever todos y cada uno de sus posibles efectos”.[57]

El vocablo dolo es utilizado en el Código Civil argentino en tres acepciones diferentes[58]:

**1) dolo-vicio:** dolo como vicio de la voluntad en la formación del acto jurídico. Conduce al ardid, maquinación, artificio por medio de los cuales alguien se propone sorprender, defraudar, engañar a otro (art.931 C.C.);

**2) dolo-delictual:** Según el artículo 1072 del C.C un acto es ilícito cuando se ejecuta a sabiendas y con la intención de dañar la persona o los derechos de otro.

Dos elementos configurativos:

>La ejecución del acto a “sabiendas”: elemento cognoscitivo o intelectual consistente en que el agente tenga conocimiento del hecho que va a cometer.

>Intención de dañar (elemento volitivo) : para que el hecho sea doloso, además de que el autor se lo haya representado como ilícito y lo haya conocido en sus características externas, se requiere que el autor lo haya querido , en el sentido de que la voluntad del sujeto debe estar dirigida a su realización.

#### 4.2.1.1 Tipos de dolo delictual [59]

##### a) **Dolo directo**

El autor actúa con dolo directo cuando comete el delito queriendo un resultado preciso, determinado, con el deseo de que ocurra aquello en que el delito consiste.

El sujeto busca provocar el daño, y son atribuibles a esa forma de dolo todos los daños que aparezcan necesariamente en su previsión al realizarlo.

##### b) **Dolo indirecto**

En este caso el autor sabe y advierte como seguro que su actuar dará lugar al delito, este se le presenta como una consecuencia necesaria. El autor asume que alcanzar la meta de su acción implica necesariamente la producción de otro resultado, que inclusive puede serle diferente o no desear.

##### c) **Dolo eventual.**

Aquí no se actúa para dañar, sino que el autor se representa la posibilidad de resultado dañoso, y no lo descarta.

El dolo eventual exige:

\*la representación del resultado como posible;

\*el consentimiento en que se produzca;

\* La condición de que, de haber estado convencido el agente de la producción de dicho resultado, habría omitido su acto.

##### **3) Dolo-obligacional:** dolo en el cumplimiento de la obligación. Artículo 521 C.C.

Esta clase de dolo se configura por la inejecución deliberada de la prestación: consiste en no querer cumplir pudiéndolo hacer, sin que interese que la inejecución persiga el perjuicio del acreedor. El deudor no cumple con la obligación porque no quiere. Se trata de un incumplimiento con mala voluntad.

#### 4.2.1.2 Prueba del dolo.

La prueba del dolo en el incumplimiento de la obligación incumbe al acreedor. Por su gravedad, por su carácter excepcional, el dolo no puede presumirse y debe ser probado por quien lo alega, aunque en algunos supuestos, el dolo surge de los propios hechos.

## 4.2.2 Culpa[60]

La culpa puede significar el quebrantamiento de un deber jurídico, comprendiendo tanto la violación dolosa como la culposa propiamente dicha.

Como factor subjetivo de atribución, la culpa se refiere en el sentido de negligencia, imprudencia, falta de precaución, es decir, de daños cometidos sin intención, actuando con descuido, apuro, etcétera.

La culpa siempre lleva implícito un defecto de conducta. Se funda en no haber tomado medidas para evitar un daño que aparecía como previsible, como así también en que el sujeto debía hacer algo distinto de lo que hizo y le era exigible en esas circunstancias: consiste en no prever el daño, no obstante ser previsible; o bien, en preverlo pero sin tomar los recaudos u observar la conducta necesaria para evitarlo.

A diferencia del dolo, aquí no hay intención ni propósito deliberado de incumplir o dañar. Se daña simplemente por imprevisión, por no haber tenido el cuidado de adoptar las medidas necesarias para ejecutar la prestación o el acto.

Se afirma que la culpa puede presentarse de tres maneras, como *negligencia*, por no haberse hecho o haberse hecho menos de lo debido; como *imprudencia* por haberse hecho lo que no correspondía, en un obrar precipitado o irreflexivo que no tuvo en cuenta las consecuencias que de ello podía derivarse; o como impericia, si se desconoce o conoce mal la teoría y la práctica de una profesión, arte u oficio, que impongan obrar con previsión y diligencia con ajuste a las reglas y métodos pertinentes.[61]

### 4.2.2.1 Clases de culpa [62]

#### 1) Culpa consciente

Cuando el autor del hecho ha previsto las posibles consecuencias dañosas, pero sin embargo, actúa con la esperanza de que alguna favorable casualidad ajena a su hacer determinará que el daño suceda.

#### 2) Culpa con previsión

En este caso, el agente también ha previsto las consecuencias dañosas pero espera evitar tales consecuencias con su habilidad.

#### 3) Culpa inconsciente

En ella no media previsión de las posibles consecuencias, por no haber empleado la debida atención. Esta es la clase de culpa que interesa desde un punto de vista práctico, en tanto que las anteriores se refieren a procesos mentales que es casi imposible desentrañar con certeza.

### 4.2.2.2 Prueba de la culpa

En las obligaciones contractuales, como principio general, el incumplimiento de la prestación hace presumir la negligencia del deudor y por ende, al acreedor le basta con alegar el incumplimiento, sin necesidad de demostrar que el mismo se ha debido a culpa del obligado.

En las obligaciones de fuente extracontractual, incumbe al acreedor, en principio, la prueba de la culpa del agente.

La jurisprudencia[63] ha sostenido que la culpa o el dolo deben ser probados por quien los alega, es decir, por quien demanda el resarcimiento.

## 4.3 Factores objetivos de atribución

### 4.3.1 La equidad

BREBBIA [64] ha expuesto que los conceptos de equidad y justicia se confunden hasta identificarse: lo equitativo es lo justo y lo justo es lo equitativo.

En lo que respecta a la equidad dentro del derecho de daños en la Argentina, la reforma de 1968 al Código Civil de la ley 17.711 hace referencia a ella en los siguientes artículos:

Art.907 del C.C: “*Cuando* por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona o bienes, solo se responderá con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido.

Los jueces podrán disponer también un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la circunstancia personal de la víctima.”

Art. 1069: “El daño comprende no solo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este código se designa por las palabras pérdidas e intereses.”

BUSTAMANTE ALSINA expresa la incidencia de la equidad en el derecho de daños: “... la equidad a través de las normas legales sirve excepcionalmente como instrumento para atribuir al juez la facultad de individualizar el principio general de la responsabilidad, creando la norma particular para los casos concretos contemplados en ella.”[65]

La equidad es una forma de justicia ajustada a las especiales circunstancias de cada caso, que las normas generales no pueden prever con amplitud o exactitud.

Los principales supuestos de aplicación de este factor son: daño involuntario (art.907C.C, Último párrafo); daño necesario (art. 34 C. Penal); el perjuicio sufrido por quien espontáneamente presta auxilio necesario a un tercero, entre otros.

KEMELMAJER DE CARLUCCI y PARRELLADA sostienen que el art. 907 C.C se aplican tanto al ámbito contractual como al extracontractual, en tanto que el mismo se ubica en la parte general de los hechos jurídicos y por otra parte, es posible que una persona capaz celebre un negocio válido, pero al momento de la ejecución se haya tornado incapaz, en cuyo caso, esta norma puede dar solución equitativa al problema planteado en el incumplimiento.[66]

### 4.3.2 La garantía

Otro factor de atribución objetivo es la garantía. La misma implica la seguridad que alguien brinda a terceros, de que al producirse un daño, dentro de ciertas y determinadas circunstancias, el garante afrontara su resarcimiento.

Implica, para el garante, el deber de procurar la evitación del daño y , ante el acaecimiento del resultado lesivo , da lugar a la obligación resarcitoria. Generalmente, aun cuando el demandante acredite que desplego una actuación diligente, ello no lo liberara de responsabilidad, en tanto la garantía lleva implícita una obligación de resultado.

En el ámbito contractual, la garantía se exterioriza a través de una obligación de seguridad, que puede ser principal o accesoria a la que constituye el objeto directo del convenio. En este campo hay garantía por evicción y por vicios redhibitorios. La garantía por evicción hace referencia a la privación o turbación de los derechos transmitidos y genera la responsabilidad del enajenante. Por su parte, la garantía por vicios redhibitorios se refiere a los defectos ocultos de la cosa que la hacen impropia para su destino (art.2146 C.C).

En el ámbito extracontractual, hay garantía del principal por los daños que causen los que están bajo su dependencia (art.1113, 1ra. Parte, C.C), caso en el que la prueba de haber

obrado con diligencia no libera al principal.[67]

### 4.3.3 El riesgo creado

La responsabilidad por el riesgo creado es una responsabilidad socializada y responde a la necesidad productiva de valerse de cosas peligrosas. Se basa en el principio de que, quien goza de las ventajas, no puede excluir su responsabilidad por las pérdidas.

El riesgo creado encuadra, por una parte, en la justicia conmutativa, cuando se trate de reparar un daño causado por el propio responsable, o bien en la justicia distributiva, cuando se trate de reparar un daño no causado por el responsable. Se hace una distribución del daño entre las personas que se considera más equitativo que lo satisfagan.

LORENZETTI [68] define al riesgo de la cosa sosteniendo que “se configura cuando esta aumenta la posibilidad de daño; esta potencia puede ser normal o habitual, y por ello se presume, o bien haberlo sido especialmente en el caso, y por ello hay que probarla”.

El riesgo creado se caracteriza por:

\*Su fundamento se halla en la equidad y en la justicia distributiva:

\*Presupone un cierto grado de peligro (riesgo específico de la cosa de circunstancias objetivas).

\*Debe existir tolerancia de peligro por todos y el perjudicado carecer de medios para defenderse.

\*En cuanto al daño, este sobreviene en relación interna con la fuente del riesgo.

\* Se produce una fijación de máximos indemnizatoria; no se trata de una responsabilidad ilimitada ni una reparación plena.

### 4.3.4 Abuso del derecho[69]

Quien ejerce abusivamente un derecho, no ejerce derecho alguno. El abuso del derecho se sienta en el art. 1071 del C.C: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerara tal al que contrarié los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuesto por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.”

Según una concepción subjetiva, el ejercicio abusivo del derecho se define por la intención perjudicial del agente. Cuando su titular lo ejerce sin ninguna utilidad propia y con daños para otros o bien, cuando entre dos caminos, escoge el más perjudicial y también sin interés que así lo justifique.

La orientación actual es finalista y atiende a las razones objetivas que condicionan la legitimidad del ejercicio de los derechos con prescindencia de la reprochabilidad de la conducta abusiva.

Se estima que hay abuso del derecho cuando se lo ejercita en contra de los fines que la ley tuvo en miras al reconocerlo, o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Al que los demás factores de atribución, los efectos del abuso del derecho consisten en impedir o hacer cesar los efectos del acto dañoso (prevención), reponer las cosas al estado anterior (reparación en especie) e indemnizar los perjuicios ocasionados (reparación dineraria).

## Capítulo: V

# LEGITIMACION ACTIVA PARA EL RECLAMO DEL DAÑO MORAL. SITUACION DE LOS DAMNIFICADOS DIRECTOS E INDIRECTOS

## LEGITIMACION ACTIVA PARA EL RECLAMO DE DAÑO MORAL.SITUACION DE LOS DAMNIFICADOS DIRECTOS E INDIRECTOS

### 1. Legitimación. Aspectos generales

La legitimación es la aptitud legal de la persona para reclamar por sus derechos o intereses.

El artículo 1068 de nuestro Código Civil establece: “*Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión , o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades*”.

A partir del mencionado artículo, el cual tiene en cuenta el objeto del daño, se puede inferir que *damnificado directo* es quien experimenta una minoración en su patrimonio, sea en su composición actual, o en sus proyecciones futuras normales y previsibles. *Damnificado indirecto* es aquel que sufre un perjuicio en sus bienes jurídicos extrapatrimoniales(derechos de la personalidad. [70] Ambos tipos de detrimentos (directo e indirecto) pueden generar daño patrimonial o moral.

Otra acepción es la que considera como *damnificado directo* a quien sufre en calidad de víctima la lesión de un interés patrimonial o extrapatrimonial propio, y en virtud de ello experimenta un perjuicio patrimonial o moral.[71]

En cambio, *damnificado indirecto* es la persona que padece un daño propio, derivado de un ilícito que tiene por víctima a un tercero, respecto de quien existía un interés patrimonial o extrapatrimonial, que resulta conculcado.

En este caso existe un interés espiritual de afección, propio del damnificado indirecto, ligado a la persona de la víctima. El daño se produce de rebote.

## **2. Legitimación activa en el daño moral**

### **2.1 Legitimación del damnificado directo**

Considerando las palabras del Dr. PIZARRO, encontramos diversos sistemas en el derecho comparado y Derecho Argentino en cuanto al reconocimiento de legitimación del damnificado directo.[72]

#### **En el derecho comparado.**

- a- Sistema que reconoce con amplitud el derecho del damnificado directo a obtener la reparación del daño moral.

Una primera tendencia, mayoritaria, en la que se incluyen los Códigos de Francia (art.1384), Chile (arts.2314, 2331, in fine) , Perú de 1984 (art.1984) , Paraguay de 1986 (art.1835) y Brasil de 2002(art.927) entre otros, reconoce en forma expresa o implícita, con total amplitud, el derecho de todo damnificado a obtener la reparación del daño moral, derivado de hechos ilícitos y, en algunos casos, también de incumplimientos obligacionales(contractuales)[73].Rige plenamente el principio de atipicidad del daño moral resarcible[74].

- b- Sistema que consagra el principio de la tipicidad del daño moral y solo admite su reparación en los casos expresamente previstos por la ley.

Un criterio más restrictivo siguen los Códigos de Alemania (art.253), Suiza (Código de las obligaciones, arts.28 y 47), Austria (arts.1325 y 1331), Polonia (Código de las obligaciones, arts.157, 165 y 166) entre otros, que solo legitiman activamente al damnificado directo por dolo moral en los casos expresamente previstos por la ley. Se consagra, de tal modo, un rígido sistema de tipicidad del daño moral, cuya insuficiencia ha determinado la irrupción de pretendidas nuevas categorías de daños, orientadas a mitigar la estrictez del sistema.

#### **En el derecho Argentino.**

El art.1078 del Cód. Civil su redacción originaria solo reconocía legitimación activa por daño moral al damnificado directo cuando el hecho generador constituía un delito del derecho criminal.

La reforma introducida por la ley 17.711 a los arts. 522 y 1078 del Cód. Civil ha expandido su legitimación activa reconociéndole el derecho de obtener reparación cualquiera sea la fuente generadora del detrimento (contractual o extracontractual) o el factor de atribución aplicable (subjetivo u objetivo). Es una modificación acertada que ha merecido la aprobación unánime de nuestra doctrina.

## 2-2-La legitimación activa del damnificado indirecto

### En el derecho comparado

- Planteo de la cuestión.

Como hemos señalado precedentemente, no solo la víctima de un hecho dañoso puede experimentar un perjuicio moral; también pueden resultar damnificados ciertos terceros que sufren una minoración espiritual derivada de la lesión a intereses económicos (daño patrimonial) o extrapatrimoniales (daño moral) con motivo de un hecho ilícito que tiene por víctima a otra persona.

El daño moral puede, de tal modo, “proyectarse más allá del ocasionado a la víctima directa, repercutiendo en la esfera de otros sujetos vinculados a ella por lazos afectivos”[75].

- La cuestión en el derecho comparado.

En el derecho comparado es posible distinguir tres sistemas en materia de legitimación activa de los damnificados indirectos por daño moral.

1-Sistema que admite con amplitud la legitimación activa de los damnificados indirectos por daño moral.

Dentro de esta vertiente, se destaca el Derecho francés, cuya doctrina y jurisprudencia han interpretado con total flexibilidad los textos legales del *Code*. 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 ocasionado ilícitamente a la víctima inmediata”[76]. Se toma en cuenta, principalmente, la existencia de sentimientos de afección lesionados, cuya ponderación es efectuada como un criterio muy liberal por los tribunales franceses[77].

Dada la inexistencia de normas limitativas en materia de legitimación activa por daño moral, resultan aplicables los principios generales de la reparación, particularmente, la certidumbre del daño y su carácter personal.

Dicho criterio es admitido con amplitud en todos los casos de *muerte de la víctima*, ámbito en el que los precedentes jurisprudenciales han reconocido legitimación activa no solamente a los parientes más próximos, sino también a los amigos íntimos, a la novia o el novio y, más recientemente, a la concubina. Tratándose de parientes próximos el menoscabo se presume; en los demás supuestos se exige una demostración de la entidad del daño.

A fin de evitar excesos, y el peligro de una multitud de acciones derivadas de un accidente mortal, doctrina y jurisprudencia han procurado, con igual dosis de pragmatismo, señalar los límites en materia de legitimación activa de los damnificados indirectos.

Cierta jurisprudencia ha exigido la demostración de un quebrantamiento espiritual grave, o muy profundo en los supuestos en los cuales no existe un vínculo de parentesco cercano, descartando el carácter resarcible de los perjuicios espirituales indirectos que no asumen tal carácter[78].

En los casos de *supervivencia de la víctima*, el camino recorrido hasta alcanzar la legitimación activa de los damnificados indirectos ha sido más complicado.

La Corte de Casación condiciona la legitimación activa del damnificado indirecto por daño moral a la existencia de un detrimento espiritual grave de carácter *excepcional*, descartando pretensiones que no asumieren tal condición y coloco en cabeza del actor la prueba categórica de los extremos de su acción.

En los últimos años, sin embargo, se han flexibilizado sensiblemente tales criterios, a punto que la propia Corte de Casación ha revocado sentencias que exigían la prueba del mentado carácter excepcional, por considerarlas carentes de sustento normativo dentro de un sistema que solo exige que el daño moral resarcible sea personal, directo y cierto [79].

2-Sistema que solo admite restringidamente la legitimación activa de los damnificados indirectos.

Se ubican aquí aquellos códigos que únicamente admiten legitimación activa por daño moral en los casos de *muerte de la víctima*, circunscribiéndola en forma exclusiva a ciertos damnificados, objetivamente determinados. El reconociendo de la legitimación activa no se funda de tal modo “en un elemento individual subjetivo como el afecto, sino en uno objetivo y de existencia legal, como el parentesco”[80]. Así, se reconoce legitimación activa por daño moral indirecto a “la familia del muerto”; o a los “parientes, afines cónyuges”[81]; “o al cónyuge no separado judicialmente de persona o bienes, a sus hijos otros descendientes; a falta de estos a los padres u otros ascendientes; y por último a los hermanos o sobrinos que los representen”[82]; o a los parientes, afines o cónyuge”[83]; o de los “herederos forzosos”<sup>24</sup>

3-Sistema que no reconoce legitimación activa de los damnificados indirectos.

Finalmente están aquellos códigos que, con criterio todavía más circunscripto, descartan la legitimación activa de los damnificados indirectos por daño moral, inclusive en los casos de homicidio.

Esta es la solución del Código Aleman\_arts.253, in fine, 847.1300- y la regla tradicional, hoy fuertemente flexibilizada, que imperaba en una importante cantidad de Estados de los Estados Unidos de Norteamérica.

## **En el derecho civil Argentino.**

### **1-El panorama antes de la reforma de 1968**

El antiguo art.1078 del Cód. Civil establecía un criterio limitativo en materia de

resarcimiento de daño moral, circunscribiéndolo exclusivamente a los supuestos en los que el hecho generador fuese un delito del derecho criminal. La norma, sin embargo, no contenía ninguna restricción en materia de legitimación activa, hecho que llevo a buena parte de nuestra doctrina a sostener que tanto el damnificado directo cuanto los damnificados indirectos estaban ampliamente facultados para reclamar la reparación.

Esta explicación se robustecía cuando se interpretaba el art.1078 en armonía con los arts. 1079 del Código Civil(“ La obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no solo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta”) y 29, inc.1º del Cód. Penal (en cuanto dispone que la sentencia condenatoria podrá condenar al pago de la “indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero...”)[84]

Sin embargo, pese a la amplitud de dichos textos legales, la doctrina y jurisprudencias mayoritarias coincidían en la necesidad de poner límites por entender que, de interpretarse literalmente el texto del art.1079 del Cód. Civil en cuanto legitima a “toda *persona*” que hubiese sufrido un daño indirecto, podía llegarse a consecuencias desmedidas, tanto desde el punto de vista jurídico como económico[85].

A la hora de fijar esos límites prudenciales, el panorama revelaba una gran anarquía.

Algunos acudieron a la relación de causalidad como instrumento apto para restringir la legitimación activa, exigiendo que el daño guardare relación de causalidad adecuada con la conducta del autor; otros procuraron fijar los límites en torno a la culpabilidad del responsable; un importante sector de la doctrina acudió a la idea de la lesión a un interés jurídicamente protegido o a un derecho subjetivo como pauta de limitación. “Damnificados, en sentido jurídico, son únicamente...los terceros que han sido lesionados en sus derechos indirectamente por el mismo acto. El simple perjuicio que resulta de los efectos reflejos, no es suficiente para demandar reparación”[86].

Dentro de este orden de ideas, la tesis dominante en materia de daño moral parecía orientarse a exigir un vinculo legal de *parentesco* con la victima inmediata, “lazo jurídico este protégelos sentimientos de afección de los integrantes de la familia”[87].

## 2. La reforma de 1968 de la ley 17.711

La reforma introducida por la ley 17.711 al art.1078 del Código Civil ha resuelto de manera categórica la cuestión relativa a la legitimación activa de los damnificados indirectos por daño moral.

Así, en principio, solo el damnificado directo tiene legitimación activa por daño moral. Sin embargo se reconocen dos excepciones:

A-Cuando en virtud del hecho dañoso hubiere resultado la muerte de la víctima. La ley legitima activamente, por derecho propio, solo a los herederos forzosos, como damnificados indirectos.

B-El derecho del marido y los padres de reclamar los daños y perjuicios derivados de injurias a la mujer y a los hijos (art1080 C.C).

A partir de las excepciones enunciadas, podemos inferir que los artículos 1077 y 1079

del Código Civil no se aplican en materia de daño moral.

Como se ha expuesto, en caso de muerte de la víctima, a los únicos damnificados indirectos que se les reconoce legitimación activa por daño moral, es a los herederos forzosos. Y como tales, le compete una acción iure proprio y no iure hereditatis.

### 3. ¿Qué se entiende por herederos forzosos?

El art. 3714 del C.C define a los herederos forzosos “*Son herederos forzosos, aunque no sean instituidos en el testamento, aquellos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto una porción que de no puede privarlos, sin justa causa de desheredación*”.

Todo orden hereditario está integrado por el conjunto de consanguíneos del causante en referencia a líneas o ramas específicas de parentesco.

En nuestro derecho, la proximidad del parentesco se establece por líneas y grados. Siendo el *grado* el vínculo jurídico creado por la generación biológica; se llama *línea* a la serie ininterrumpida de grados. De esta manera, es que hay tres líneas: descendente, ascendente y colateral.

A partir de la ley 23.264, el esquema de los órdenes hereditarios es el siguiente:

- El primer orden está integrado por los descendientes del causante, trátase de sus hijos matrimoniales o extramatrimoniales, o de los descendientes de estos que acudirán por representación. A su vez, los descendientes excluirán a los ascendientes.
- El segundo orden es el de los ascendientes, fueren matrimoniales o extramatrimoniales. Heredan a falta de los descendientes. El ascendiente de grado más próximo excluye al más remoto; no operando, así, el derecho de representación.
- El tercer orden es el del cónyuge supérstite, quien concurre con los descendientes y también con los ascendientes. El cónyuge no es excluido por ninguno de los anteriores sino que concurre con ello. [88]

En cuanto al alcance que hace el art. 1078 C.C al referirse a herederos forzosos, y continuando con la exposición de PIZARRO, encontramos distintas doctrinas que se exponen al respecto: [89]

#### 1) *Doctrina del grado preferente de acuerdo al orden sucesorio en el momento del fallecimiento*

Para esta posición solo se deben considerar legitimados activos a quienes revistan en concreto la calidad de herederos al momento de la muerte de la víctima, y no indiscriminadamente de quienes tuvieran la eventual posibilidad de serlo por estar incluidos en la remisión del art. 3592 del C.C.

Las normas del derecho sucesorio determinan que las personas dentro de un orden hereditario excluyen a las del subsiguiente y que el pariente más cercano en grado excluye al más remoto.

Adhieren a esta postura Borda, Mosset Iturraspe, Cichero, entre otros.[90]

#### 2) *Doctrina que considera herederos forzosos a todos los que invisten potencialmente*

*ese carácter en el momento del fallecimiento.*

Siguiendo la exposición de PIZARRO, y tal como lo indica el título, en esta posición se consideran herederos forzosos, en los términos del artículo 1078C.C, a todos quienes potencialmente invisten dicha calidad al momento de la muerte de la víctima. No obstante ello, la posibilidad de quedar desplazados en la sucesión por otros herederos de grado preferente o más próximo.

En apoyo a esta doctrina, so sostiene que quienes reclaman la reparación del daño moral no lo hacen a los efectos de logra la reparación propiamente dicha sino de *la minoración espiritual personal que deriva de la lesión de un interés no patrimonial, también propio, logado a la persona del damnificado directo.*

Por otra parte, al hacer una interpretación más amplia que la doctrina anterior en cuanto a *“herederos forzosos”*, *se debe dejar en claro que lejos se está de querer abrir el abanico de eventuales reclamos y vulnerar la letra de la ley o los principios del derecho sucesorio. El juez siempre podrá valorar, cualitativa y cuantitativamente, las pretensiones resarcitorias de aquellos legitimados que no tengan vocación hereditaria actual.*

Participan de estas ideas LLambias, Zannoni, Pizarro, Trigo Represas, Kemelmajer de Karducci, entre otros[91].

## ***Capítulo: VI***

# **LEGITIMACION ACTIVA DE LOS CONCUBINOS PARA EL RECLAMO DE DAÑO MORAL EN CASO DE HOMICIDIO DE UNO DE ELLOS**

## **LEGITIMACION ACTIVA DE LOS CONCUBINOS PARA EL RECLAMO DEL DAÑO MORAL EN CASO DE HOMICIDIO DE UNO DE ELLOS**

### **1. Introducción**

*El aumento de uniones de hecho en nuestro país es una realidad que ya no puede ocultarse. Como se dijo en el Capítulo II del presente trabajo, este tipo de uniones civiles no cuentan con un ordenamiento jurídico integral regulatorio.*

Un aspecto que ha generado polémica es la restricción impuesta por la ley 17.711 a personas damnificadas indirectamente y carentes del status de herederos forzosos para incoar

judicialmente su reclamo indemnizatorio por daño moral; la modificación estableció en el artículo 1078, párrafo 2do: "...La acción por indemnización del daño moral solo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos".

*En consecuencia, en el presente capítulo se analizara la particular situación del concubino/a supérstite, como damnificado indirecto, al intentar el reclamo judicial por daño moral sufrido como consecuencia del homicidio de su pareja.*

## 2. Situación actual de los concubinos. Artículo 1078 Código Civil.

*El artículo 1078 del Código Civil dispone: "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, solo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos".*

Como se observa, la norma habilita en su primer parte del segundo párrafo, al damnificado directo, o sea la víctima del ilícito.

En el último párrafo, adopta un sistema cerrado de legitimados habilitados para reclamar la reparación del agravio moral, que como expresa la Dra. Kemelmajer de Carlucci, nos permite afirmar que el ordenamiento civil recepta, aquí el *numerus clausus*[92], acordando legitimación al damnificado directo y vedando en caso de sobrevivencia de este último, la posibilidad de impetrar tal reclamo, a cualquier persona, por mas real, intenso y profundo que fuese el padecimiento espiritual sufrido por ellos, facultando a solicitar satisfacción económica, en caso de fallecimiento de la víctima, solamente a sus herederos forzosos, condición que al no revestir la concubina, le impide obtener indemnización alguna para compensar semejante quebranto.

Restricción que fue impuesta por la reforma a nuestro Código Civil, efectuada mediante la ley 17.711 y obedece a una necesidad normativa impuesta por la experiencia jurisprudencial nacional de establecer límites al reclamo por agravio moral, con la única finalidad de evitar la llamada "catarata de damnificados", que tendría lugar de no existir dicho límite, pudiendo llegarse al absurdo de conceder acción a cuantos sufran por muerte[93].

Esta modificación, trae entre sus consecuencias, la de establecer diferencias arbitrarias y discriminatorias entre las personas enlazadas por medio de matrimonio, quienes pueden ejercer el reclamo, y aquellos que no lo están, a quienes se les niega tal derecho, tratando así de modo desigual a quienes están en igualdad de condiciones y colisionando con el artículo 16 de nuestra Constitución Nacional. Argumento receptado por los magistrados, integrantes de la sala II de la Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro [94] y que atenta contra la noción de familia, que conceptualmente excede a la constituida desde bases matrimoniales, puesto que

comprende también a la originada en una situación de hecho no marital[95].

El legislador resolvió de forma diferente, no solo, teniendo en cuenta la existencia o no de un vínculo legal, sino también desde el ámbito dentro del que pretenda la reparación del perjuicio dañoso padecido, ya que en el artículo 1079, regulatorio del daño patrimonial, se los habilita al concubino como damnificado indirecto al reclamo del mismo pero no ocurre lo mismo cuando el menoscabo es moral.

Disparidad de tratamiento, que tal como lo señalan Bueres y Highton, implica una desigualdad ante la ley y por ello no debería superar con éxito el control de constitucionalidad. (Artículo 16 de la Constitución Nacional)[96].

La ley, tal como lo ha expresado la Corte Suprema, debe ser igual para iguales en igualdad de circunstancias[97].

### 3. Derecho comparado.

La cuestión en el derecho extranjero tampoco se resuelve de manera uniforme.

*En el derecho francés*, la jurisprudencia, desde hace tiempo admite la acción cuando es intentada por “parientes” que sufren el perjuicio a consecuencia de la muerte de una persona querida. “La fuente de su perjuicio es el aprecio que tenían al difunto. Se podría por lo tanto, haber intentado sostener que son víctimas de sus propios sentimientos”[98]

El artículo 1389 del Código Civil Francés, establece que cualquier hecho del hombre, que cause a otro un daño, lo obliga a reparar la falta que aquel ha generado. El criterio que subsiste en Francia desde el fallo de la Chambre Mixte del 27 de febrero de 1920, en los autos: “Gaudras C. Dangereux” [99], consiste en la reparación cuando el concubinato es estable ya que no es motivo de rechazo la ausencia de un vínculo jurídico entre los convivientes.

Por su parte, *la Corte de Casación Civil de Italia*, Sección III, el 23 de Abril de 1998, en los autos: “Pinna c. Peluchi [100] y en pleno el 7 de enero de 2002 en los Autos: “A.S.c. Clinica S. [101] reconocen legitimación para el reclamo del daño moral a los parientes cercanos de una persona y fundamentan su postura en la reconsideración del nexo de causalidad. La doctrina y la jurisprudencia identificaron la figura del llamado daño reflejo aun sobre la jurisprudencia francesa que habla de “daño rebote”. El principio que aplican es el de la regularidad causal y consideran que no existen obstáculos para concebir un daño extrapatrimonial reflejo en el hecho de que el art.2043 del Cód. Civil italiano lo desarrolle con respecto al daño patrimonial.

*Por otra parte y en concordancia con lo establecido por nuestro legislador*, se encuentran el *derecho alemán e inglés* donde no se admite prima facie la reparación del daño moral por propio derecho; por su lado, *el derecho portugués* determina una serie de legitimados por ramas y en orden a sus características de herederos del causante.

### 4. Doctrina y Jurisprudencia nacional

Conforme el diseño trazado por el artículo 1078 Código Civil, queda al margen de indemnización, el daño moral ocasionado al concubino/a por el homicidio de su pareja.

Volcando la mirada sobre Doctrina y Jurisprudencia Nacional, se podrá observar posiciones adoptadas por los doctrinarios de nuestro país como también los decisivos

trascendentes y sus respectivos fundamentos efectuados por diferentes tribunales en lo que al tema en cuestión se refiere. Así podemos observar que:

En **doctrina** hay dos posiciones: una restrictiva y otra que proclama la amplitud de legitimados.

La primera sostiene, que la solución adoptada por la ley 17.711 sería correcta y debería mantenerse[102]. La redacción del art.1078 resultaría defendible “por haberse buscado una pauta precisa, que en la mayor parte de los casos resulta razonable”[103]. Otro argumento en defensa de esta posición consiste en la incertidumbre sobre los posibles damnificados y el peligro de la multiplicidad de reclamaciones[104]

Ahora bien, como hemos visto supra, a la época de la sanción de la ley 17.771, nuestro país se inscribió en una postura de defensa del matrimonio legal. Sin embargo, la sociedad evoluciona, es perceptible el incremento de casos de uniones no maritales, es por ello que empezaron a aparecer voces en contra de esta corriente, por calificar a la restricción irrazonable, discriminatoria, injusta, violatoria de derechos fundamentales al no considerar la particular y dolorosa situación en la que se encuentran las personas no casadas pero si unidas por lazos afectivos fuertes, que no pueden desconocerse, por la simple situación de no estar unida por un lazo matrimonial:

- En primer término, cabe destacar la recomendación emitida en las jornadas de San Juan, suscripta por los Dres. Bueres, Pizarro, Zavala de Gonzales, Chiapero de bas, Junyent de Sandoval, Lloverás de Resk y Stiglitz, donde se expresa: “se aconseja ampliar en una futura reforma del Código Civil el ámbito de legitimados indirectos para reclamar la reparación del daño moral”.
- El mismo camino se ha adoptado en distintas ponencias, tales como las jornadas de Responsabilidad Civil en caso de muerte o lesión de personas (Rosario, 1979), el II congreso internacional de derecho de daños (Buenos Aires, 1991), III jornadas de derecho civil y comercial de La pampa (1991) y XIV jornadas nacionales de derecho civil (Tucumán, 1993), entre otras.
- Por su parte, Zavala de Gonzales [105] considera que “Ninguna razón de política jurídica debería impedir la compensación de un daño real e injustamente padecido. Con la limitación (artículo 1078) queda excluido no solo el reconocimiento jurídico del sufrimiento de una persona por la muerte de otra con quien compartió la vida y hasta pudieron tenerse hijos comunes, sino también el del pesar en muchas otras hipótesis de profundo relieve espiritual: el del guardador por el fallecimiento del menor a quien crio y educo como hijo, el del novio o novia de años y con perspectiva de un matrimonio, el del hermano que convivía con la víctima y eventualmente era su único pariente vivo, y tantos similares y de análoga gravedad”.

Por el lado de la **Jurisprudencia Nacional**, uno de los primeros fallos que se atreve a contradecir la postura imperante, fue resuelto en autos:

**“Salinas Nélida Esther c/ Milanesi Ricardo Emilio y otros/ Daños y Perjuicios”, por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, sala segunda de Mar del Plata. Sentencia dictada con fecha 24/05/07.[106]**

Aquí se señaló, entre los puntos más relevantes que: “resulta injusto que tratándose de la muerte de la persona con quien se ha estado unido por lazos de afecto, el daño y la consecuente indemnización pueda ser presumido en caso de matrimonio y negado a quien, por no mediar la institución matrimonial, se encuentra en iguales condiciones de convivencia estable y de formación de una progenie”.

La limitación contemplada en el artículo 1078 C. Civil, resulta inaplicable en particular, por ser lesivo de derechos fundamentales y garantías de raigambre constitucional, como lo son la protección integral de la familia y la igualdad ante la ley, en la certidumbre de que la muerte del compañero ha conculcado en la concubina un derecho legítimo, proveniente de su emplazamiento existencial y suficientemente acreditado a partir de la relación estable y prolongada mantenida con la víctima.

Existe otro precedente en el que los jueces no acataron la normativa vigente, y concedieron la requerida legitimación. Decisión a la que arribaron, recorriendo un camino diferente al del tribunal marplatense, ya que en este caso declararon la inconstitucionalidad de la norma y no su inaplicabilidad. La solución fue tomada en Autos: **“Hernández, María Rosa c/ Witomski, Mario Norberto y otros s/daños y perjuicios”, por la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro. [107]**

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro confirmó una sentencia que había reconocido legitimación a la concubina para reclamar por el daño moral causado por la muerte de su pareja. El tribunal entendió, que el límite dispuesto por el art.1078 del Código Civil vulnera la garantía de igualdad ante la ley dispuesta por el art. 16 de nuestra Constitución Nacional.

La actora (concubina) planteó la inconstitucionalidad del citado artículo, considerando que vulnera las garantías que la ampararían conforme a los arts. 16, 17 y 19 de la Constitución Nacional.

El magistrado declaró que: “estando acabadamente demostrado en el caso, inclusive con instrumentos públicos, que existió un concubinato entre la actora y el muerto, con notorios visos de perpetuidad y calificado por la cohabitación, por la fidelidad y la asistencia recíprocas, y causando el homicidio, a la primera, padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria (daño moral), no indemnizarlos por no ser ella heredera forzosa del segundo(art.1078 C. Civil) vulneraría la garantía de igualdad ante la ley (art.16 C. Nacional) debiendo en ese aspecto confirmarse lo decidido.”

## 5. Jurisprudencia Supraestatal. Corte Interamericana de Derechos Humanos

No se puede perder de vista, que partimos de los derechos consagrados por la Constitución Nacional, como eje respecto del cual, las leyes reglamentarias de tales prerrogativas deben adecuada sujeción a los lineamientos previstos por aquella. Un elemento a tener en cuenta lo constituye la incorporación a la Carta Magna, a través de la reforma de 1994, de una serie de tratados internacionales, los cuales gozan de jerarquía constitucional. En ese sentido, se inscribe como paradigma fundamental, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica), ratificada por nuestro país por la ley 23054. La convención establece la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órgano competente para decidir si hubo violación de un derecho o libertad protegidos por la convención y para disponer que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados (artículo 63). A pesar de mediar sobrevida de la víctima inmediata, la jurisprudencia de la corte no se afianza en rígidos moldes de concesión del resarcimiento del daño moral exclusivamente al damnificado directo, sino que adopta un criterio amplio extendiendo el resarcimiento a damnificados indirectos.

En relación a los daños padecidos por damnificados indirectos, en la causa Loayza Tamayo [108], la víctima fue privada de su libertad en condiciones infrahumanas, y exhibida a la prensa como “delincuente terrorista”, la Corte realiza un escrutinio de los posibles perjudicados por el evento dañoso atendiendo a quienes integran el círculo de “familiares de la víctima”. Se entiende el término como “un concepto amplio que abarca a todas aquellas personas vinculadas por un parentesco cercano”. Una vez determinados los familiares, se indaga en concreto la procedencia del reclamo resarcitorio. Así, se otorgó indemnización del daño moral a los hijos, padres y hermanos de la víctima. Como se sabe, los hermanos no son herederos forzosos y no es un dato menor a los efectos de considerar una futura reforma de nuestro cerrado número de legitimados para el reclamo del daño moral; respecto de los mencionados la corte dijo que “como miembros de una familia integrada, no podían ser indiferentes a las graves aflicciones de la señora Loayza Tamayo”.

En Cantoral Benavides[109], se concede indemnización por daño moral a la madre y hermanos de un estudiante encarcelado durante cuatro años y sometido a crueles tratos.

En Tibi[110], fueron resarcidos la ex compañera, hijos e hijastras de la víctima detenida ilegal y arbitrariamente. En Bulacio c. República Argentina[111], fueron resarcidos material y moralmente, los padres y hermanos de la víctima asesinada como consecuencia de golpes recibidos por agentes policiales. En el mismo sentido se pronunció la Corte en el caso Garrido y Baigorria c. Argentina[112], indemnizando entre otros a los hermanos por daño moral.

Como puede observarse, la Corte concede indemnización a personas distintas de la víctima inmediata, sin sostener criterios restrictivos.

## 6. Derechos constitucionales en juego

La doctrina de los fallos refiere en sus fundamentos a derechos constitucionales contrariados por el artículo 1078, a saber:

### 1. Igualdad ante la ley (Artículo 16.C.N).

El artículo 1078 de nuestro Código Civil merece ser analizado a la luz del principio de igualdad desde dos puntos de vista.

En los fallos antes analizados, Se señala que la limitación contenida por el art. 1078 del Código Civil establece diferencias arbitrarias entre personas unidas por el vínculo matrimonial, a quienes se los legitima para un reclamo indemnizatorio y, aquellos que ejerciendo el concubinato, fueron omitidos por la letra del artículo en cuestión.

Por su parte en doctrina, Zavala de González [113] destaca que, la solución adoptada por el legislador es inequitativa en comparación con la legitimación activa que se acuerda en materia de daño patrimonial. Respecto de este, rige el precepto del artículo 1079 del Código Civil, el cual con amplia fórmula establece que: “la obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no solo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de manera indirecta”.

De tal modo, de la lectura que se hace del sistema resarcitorio actual, se priorizan intereses económicos sobre los morales. En esa línea, Zavala de González se pregunta: “ Porque en ciertos perjuicios rigen restricciones legitimantes (artículo 1078) y en otros no (artículo 1079), si todos ellos son en lo básico menoscabos injustos, cualquiera sea la esfera-espiritual o material-en que se constatan?”,y concluye” no encontramos la respuesta lógica ni axiológica que pueda justificar la discriminación lesiva del principio de igualdad jurídica”[114].

### 2. Protección integral de la familia (Artículo 14 Bis C.N).

Si bien el matrimonio es la esencia de la familia, ello no ha de ser entendido como la única forma de unión que merece protección por parte de la ley, pues existen otras formas de familia.[115]

La limitación contenida en el Código Civil atenta también contra la noción de familia que nuestra Constitución Nacional proclama y conceptualmente excede a la constituida desde bases matrimoniales, ya que comprende también a las originadas en uniones de hecho[116]. En el mismo sentido se pronuncian la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 16; el Pacto de San José de Costa Rica, en el artículo 17.2; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 10.1.

El derecho de daño y el derecho de familia actuales, confluyen en la misma solución en lo que respecta al derecho del conviviente para reclamar por daño moral ante la muerte de su pareja. Las diferentes normas constitucionales perfilan una nueva orientación

jurisprudencial que, de a poco, va reconociendo el daño moral a los convivientes[117], ya sea por vía del derecho de daños, ya sea por los nuevos modelos de familia.

En los fallos analizados, se ha efectuado una interpretación del artículo 14 bis con un alcance que excede al matrimonio, comprendiendo también a los unidos en concubinato.

### 3. Alterum non laedere

Tal como está redactado en la actualidad, el artículo 1078 del Código Civil, colisiona con el principio de reparación plena consagrado en nuestra carta magna, el cual ha sido emplazado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos fallos, cuyo punto de partida puede ser el día 5 de agosto de 1986, fecha en la cual, la Corte Suprema dictó sentencia en 3 causas distintas, a saber:

V En “Santa Coloma” [118] ,el más alto tribunal, en ocasión de juzgar la exigüidad del monto acordado en concepto de daño moral por los padres de tres niñas fallecidas en un accidente ferroviario, sostuvo que: “Al fijar una suma cuyo alegado carácter sancionatorio es-por su menguado monto-meramente nominal y al renunciar expresamente y en forma apriorística a mitigar de alguna manera –por imperfecta que sea- el dolor que dice comprender, la sentencia apelada lesiona el principio alterum non laedere que tiene raíz constitucional (artículo 19 Constitución Nacional) y ofende el sentido de justicia de la sociedad , cuya vigencia debe ser afianzada por el tribunal en el preámbulo de la carta magna.

V En el decisorio recaído en “ Gunther”[119], se expresó que: “La responsabilidad que fijan los artículos 1109 y 1113 del Código Civil solo consagra el principio general establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los “hombres” perjudicar los derechos de un tercero” y que “ el principio del alterum non laedere, extrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado , sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica”.

V Y más recientemente, la Corte Suprema en “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A” [120]insistió en los mismos conceptos.

## 7. Posición de la Corte Suprema de Justicia de la

# Nación

**Autos: “Folgan, Roberto c. Rivero, Edgardo S. y otro “.Corte Suprema de Justicia de la Nación. 02/12/2003.[121]**

En un juicio por daños y perjuicios, la Cámara de Apelaciones modificó la sentencia de primera instancia y redujo de \$50.000 a \$1.000 el monto de la indemnización otorgada al co-actor en concepto de valor vida por la muerte de su concubina.

La Cámara valoró conjuntamente la pretensión del co-actor y de la madre de la víctima y concluyó que la presunción del art.1084 del Código Civil no regía para el concubino, quien entonces debía acreditar que vivía del auxilio y recursos de la víctima.

La alzada además, rechazó el reclamo por daño moral y el psicológico. El actor dedujo recurso extraordinario, cuya denegatoria motivo la queja. La Corte Suprema admite el recurso en lo relativo a la indemnización por valor vida y daño psicológico y deja sin efecto la sentencia.

Por otra parte, se sostuvo admisible el rechazo de la indemnización del daño moral reclamada por el concubino de una persona fallecida, ya que tal indemnización es privativa de los herederos forzosos según el artículo 1078, último párrafo, del Código Civil, cuya constitucionalidad no fue atacada por el recurrente.

En este último caso, se puede observar con claridad, que si el co-actor hubiese atacado la inconstitucionalidad del art.1078 del C.C, es probable se hubiese dado lugar a la indemnización por daño moral por la muerte de su conviviente. Al no cuestionar el Artículo 1078 del Código Civil, el más alto tribunal de nuestro país decidió acatar rígidamente el claro mandato del artículo sin traer a colación el debate existente en doctrina como también los antecedentes jurisprudenciales existentes.

Luego de analizar la bibliografía y jurisprudencia, se desprende que, para poder obtener el concubino indemnización por daño moral, el único remedio hasta el momento es solicitar se declare la inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil. Cuando en realidad, una opción que terminaría de solucionar el problema debatido es extender la legitimación en el caso de daño moral indirecto a los concubinos.

## 8. Propuesta de reforma.

A partir de lo expuesto en los capítulos anteriores, en donde se hace referencia a la situación legislativa, jurisprudencial y doctrinaria en la que están situados los concubinos como también se desarrollo el tema de la responsabilidad civil, los tipos de responsabilidad y sus presupuestos necesarios, entre ellos, el daño y, en particular, el daño moral, es que considero necesaria la realización de una reforma al artículo 1078 del Código Civil argentino en cuanto a la legitimación activa para reclamar la reparación del daño moral sufrido.

Teniendo en cuenta la tendencia de la doctrina en materia de daños en cuanto a tomar como centro de atención a la víctima, sosteniendo que la reparación es en atención a un daño injustamente sufrido y no injustamente causado, es que se debe desligar al daño moral a la

muerte de la víctima y de la calidad de herederos forzosos puesto que es solo un instrumento objetivo y arbitrario de limitación para la fijación de los titulares de la acción.

Lo que realmente hay que considerar, es el dolor real, o sea, el daño sufrido, ya que este no conoce de parentesco, y eliminar toda limitación objetiva de titularidad de la acción, para dejar a criterio de los jueces la determinación de quien ha sufrido realmente un daño.

Ya no se puede negar el reconocimiento paulatino que el derecho mismo hace a las "uniones de hecho". Así, es necesario recordar las posibilidades de un concubino hoy en el orden patrimonial, dirigidas a proteger a su pareja: la pensión le corresponde legalmente si convivió los últimos 5 años o dos si hay hijos de la unión; el derecho a continuar la locación lo tiene desde la ley 16.739; pueden libremente adquirir cosas en condominio; ser copropietarios de bienes; entre otros.

Es posible divisar en leyes civiles (en materia de locaciones), laborales y previsionales, que han reconocido derechos emergentes de estas relaciones. Así mismo, la modificación efectuada por la ley 17.711 al artículo 3573 del Código Civil otorga efectos jurídicos a la posesión de estado matrimonial amparando un interés legítimo frente al caso de matrimonio in extremis.

Así mismo, nuestra constitución nacional en su artículo 14 bis[122] y diversos tratados internacionales con rasgo constitucional, como el "Pacto de San José de Costa Rica", el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos," "La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer" y "La convención sobre los derechos del niño", tienden a la protección integral de la familia matrimonial y extramatrimonial, legítima o ilegítima.

A lo que cabe agregar que uno de los preceptos esenciales de la libertad jurídica, consagrada en el Preámbulo y en el Artículo 19 de la Constitución Nacional, consiste en afirmar que "...todo aquello que no esté prohibido, está permitido". En este sentido, en la nota al artículo 325 del Código Civil, la postura de Vélez Sarsfield es contundente: "Las leyes no castigan la unión de personas libres".

Por todas las razones dadas, es que creo necesaria una reforma al artículo 1078 de nuestro Código Civil, imponiendo un límite al supuesto del concubinato: otorgar legitimación para reclamar indemnización por daño moral ante la muerte del concubino/a si se convivió los últimos 5 años anteriores al fallecimiento.

A partir de lo expuesto sugiero el siguiente enunciado:

"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 solo competará al damnificado directo. Si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, tendrán derecho a la acción los herederos forzosos y la o el conviviente que al tiempo de la muerte de la víctima hubiere vivido en concubinato por un tiempo no inferior a cinco años."

La justificación de la inclusión de los convivientes ha sido desarrollada a lo largo de las últimas páginas del presente trabajo. Resta aclarar porque se incluye en el artículo, la restricción de "concubinato por un tiempo no inferior a cinco años". En mi opinión, esta cláusula se justifica por lo siguiente:

Considero que es un tiempo prudencial y suficientemente prolongado en el que se puede cristalizar un proyecto de vida común y se respetan las condiciones de estabilidad, publicidad, notoriedad, continuidad, singularidad, es decir, una convivencia en aparente matrimonio.

Como antecedentes de la inclusión del periodo de los cinco años encontramos la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 que en su artículo 248,2º párrafo dice: "... Tratándose de un trabajador casado y presentándose la situación antes contemplada, igual derecho tendrá la mujer del trabajador cuando la esposa por su culpa o culpa de ambos estuviere divorciado separada de hecho al momento de la muerte del causante, siempre que esta situación se hubiere mantenido durante los 5 años anteriores al fallecimiento..."[123]. Y la Ley 22.248 Régimen Nacional del Trabajo Agrario, que en su artículo 73, 2º párrafo sostiene: "...Igual derecho corresponderá a la mujer que hubiere vivido en aparente matrimonio con el trabajador fallecido, soltero o viudo, durante los dos (2) años inmediatamente anteriores al fallecimiento, o cuando tratándose de un trabajador casado, mediare divorcio o separación de hecho por culpa de la esposa o ambos cónyuges, siempre que la convivencia se hubiere mantenido durante los cinco (5) años anteriores al fallecimiento. Estas situaciones de hecho deberán ser acreditadas mediante información sumaria judicial..." Finalmente, El Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones N° 24.241, Art. 53 " En caso de muerte del jubilado, del beneficiario del retiro por invalidez o del afiliado en actividad, gozaran de pensión los siguientes parientes del causante: a)La viuda; b)El viudo; c)La conviviente; d)El conviviente; e)Los hijos solteros, las hijas solteras y las hijas viudas siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva(...) En los supuestos de los incisos c) y d) se requerirá quien él o la causante se hallase separado de hecho o legalmente, o haya sido soltero, viudo o divorciado y hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco (5) años inmediatamente anteriores al fallecimiento." [124]

Hoy en día el concepto de familia se ve ampliado ante las diferentes modalidades de uniones que las personas, a su voluntad eligen para sus vidas. Y, entre esas elecciones, perfectamente se puede incluir, luego del desarrollo del presente trabajo, a las uniones de hecho.

En virtud de las razones expuestas y principalmente en la libertad que tienen las personas para elegir su forma de vida, es que afirmo mi postura de no encontrar razón alguna para acortar el plazo de cinco años de convivencia en aparente matrimonio y estabilidad para poder reclamar daño moral por muerte del concubino/a.

## ***Capítulo: VII***

# **CONCLUSION**

# CONCLUSION

A la época de la sanción de la ley 17.711, nuestro país se enrolo en una posición de fuerte defensa del matrimonio legal, no incluyendo en la regulación normativa a los concubinos, como forma de resguardar a las parejas casadas.

Sin embargo, la realidad demuestra que la situación cambio, hoy es notable la cantidad de parejas que conviven sin estar casadas. Es por ello que en la actualidad hay un gran número de habitantes que se encuentran desprotegidos legalmente, debido a que no cuentan con un ordenamiento jurídico integro en nuestro país.

Es sabido que los motivos que llevan a las personas a unirse en concubinato son muy variados (económicos, culturales, entre otros). También es claro que, como en el matrimonio, una unión estable sin vínculo jurídico, igualmente conforma un patrimonio fruto del esfuerzo y de la lucha diaria.

Con la modificación a la Constitución Nacional realizada en 1994, donde los tratados internacionales de Derechos Humanos pasan a ser normas de cumplimiento obligatorio para nuestro país, la noción de familia cambio, antes aludía exclusivamente al matrimonio como única forma de vida en pareja, hoy recepta otros modelos de familia.

En lo referente a la legitimación activa para el reclamo por daño moral de los concubinos, se sabe, como se ha expuesto supra, que en el artículo 1078 del Código Civil se recepta en nuestro derecho positivo a las personas con viabilidad para el requerimiento del daño moral por los actos ilícitos en el caso de muerte de la víctima y solo habilita la legitimación de "herederos forzosos", de acuerdo a la modificación fijada por la ley 17.711. Esta norma margino a muchos familiares, que en casos puntuales, se ven afectados por la muerte producida por un hecho ilícito. Entre ellos encontramos al concubino/a supérstite.

Es evidente que el sufrimiento por la muerte de una persona no se limita a los herederos forzosos. Sin embargo, la norma vigente excluye la posibilidad de que otras personas que puedan acreditar debidamente un daño, ejerzan la acción indemnizatoria.

La vinculación del daño moral causado por la muerte de la víctima y la calidad de herederos forzosos, es solo un instrumento objetivo de fijación de los titulares de la acción que ha demostrado ser arbitrario.

La realidad del concubinato no escapa a ninguna sociedad, sin embargo, la polémica que se genera en torno a la legitimación activa de los concubinos para el reclamo por daño moral, tiene su razón de ser en la inexistencia de un interés legitimo jurídicamente protegido, ante el silencio del codificador. Pero de ahí, no ha de concluirse que ambas realidades no sean merecedoras de la protección de un marco legal que le posibilite la producción de efectos jurídicos propios.

Entiendo que a partir del presente trabajo es necesaria una reforma al artículo 1078 del Código Civil, por varias razones, a saber:

En primer lugar, en virtud del paulatino reconocimiento que se le está otorgando al concubino en cuanto al reclamo del daño patrimonial sufrido a consecuencia de la muerte de su pareja, tanto indemnizatorio como previsional, a lo que se suma la extensión de la obra social, derecho a continuar en la locación de la vivienda, entre otros.

A su vez, considero necesaria la reforma porque el rechazo de la legitimación a convivientes se parece más a una sanción a una conducta contraria a derecho (y ello no es así), que una adecuada respuesta de conformidad con el artículo 19 de la Constitución Nacional[125].

Por otra parte, porque el objetivo de la ley de restringir la cantidad de legitimados para no multiplicar el número de reclamantes, no puede llegar al extremo de desconocer el inexplicable dolor de quien se encuentra en una evidente afectación de los valores de paz, seguridad, tranquilidad, justicia.

A pesar que no fue objeto de discusión en los fallos tratados anteriormente, es de importancia mencionar que a los concubinos se les está impidiendo, por medio de una norma de derecho sustancial, como lo es el artículo 1078 de nuestro Código Civil, el derecho de peticionar ante las autoridades, regulado en un cuerpo de normas jerárquicamente superior al mencionado Código, más precisamente en el artículo 14 de nuestra Constitución Nacional.

Finalmente, no parece razonable y justo que ante la misma situación de hecho, como lo es una unión estable, pública, mediando fuertes lazos afectivos, se presuma por el lado del matrimonio legal que los cónyuges sufren moralmente y, por otra parte, los concubinos tengan obstaculizada la puerta de acceso a la justicia para el reclamo por el mismo sufrimiento. Mas irrazonable se torna esta situación si, por un lado, el concubino tiene legitimación para solicitar judicialmente reparación por daño patrimonial (artículo 1079 del Código Civil) y no cuenta con el mismo derecho si el daño es moral. ¿y qué consecuencia acarrea esto? No quedan dudas que conlleva a la violación del artículo 16 de nuestra carta magna, donde esta receptado el principio de igualdad.

El concubinato y su reclamo indemnizatorio por daño moral por el fallecimiento de su pareja, es una realidad entre nosotros y sus efectos jurídicos, por la importancia que reviste, no pueden permanecer por tiempo que fuera de una adecuada reglamentación legal.

Los legisladores no pueden ignorar tales situaciones y continuar cerrando los ojos ante una realidad que acarrea infinidad de injusticias a quienes resultan víctimas de esta situación irregular.

Más allá de la necesidad de reforma, hoy como están la situación y hasta tanto que una modificación solucionadora al artículo se realice, el camino para superar con éxito el escollo legal planteado por la ley 17.711 es la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1078 por todos los motivos vertidos tanto, durante el desarrollo del trabajo como también en la propuesta de reforma.

# BIBLIOGRAFIA

BELLUSCIO, Augusto César, "Manual de derecho de familia". t. II. De palma. Buenos Aires, 1991.

Borda, Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones, t .I, nº176

BORDA, "La reforma de 1968 al Código Civil", Ed. Perrot,

BOSSERT, Gustavo A., Régimen jurídico del concubinato", Astrea, Buenos Aires, 1982

Bossert Gustavo y Zannoni, Eduardo; Manual de Derecho de Familia". Editorial Astrea, 5ta. Edición actualizada y ampliada. Bs. As., 1998.Pag.36.

Bueres Alberto, El daño injusto y la ilicitud de la conducta en "Derecho de daños", primera parte, "Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe", Editorial La Rocca, Bs. As., 1996, N°3.

Bustamante Alsina, Jorge. "Teoría general de la responsabilidad civil", Editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 1993,9ª Edición ampliada y actualizada.

Cazeaux-Trigo Represas "Derecho de las obligaciones", Tomo I, Editorial Platense, Bs. As. 3ra. Edición ampliada y actualizada.1987.

García Lopez, Responsabilidad por daño moral. Doctrina y jurisprudencia

Kemelmajer de Carlucci, en Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Augusto C. Belluscio (Dir.) – Eduardo A. Zannoni

Llambias, Jorge J.; "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones"; Editorial Abeledo Perrot; Buenos Aires, 1973, Tomo I

MAZZINGHI, Jorge A., "Derecho de Familia. El matrimonio como acto jurídico", Tomó 1. Ed. Abaco de Rodolfo De palma, Buenos Aires, 1995.

Moisset de Espanes, "El daño moral en los proyectos de reforma del Código Civil" en Daño moral.

Mazeaud, H. y L.-Tunc, Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, t.i-i, Nº 324-2

Mosset Iturraspe, Jorge, "Responsabilidad por daños. Tomo I: Parte General", Editorial Rubinzal- Culzoni, 1998

Orgaz Alfredo, "El daño resarcible", Ed. Lerner, Bs. As. 1980

Pizarro, Ramón Daniel y Vallespinos Carlos Gustavo, "Instituciones de derecho privado –Obligaciones", Ed. Hammurabi.1999.Bs. As. Tomo II.

Pizarro, Ramón Daniel, "Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho". Editorial Hammurabi, 2da edición, 1996

Revista de Derecho de Daños "Daño moral" Ed. Rubinzal- Culzoni

Trigo Represas-López Mesa, "Tratado de la responsabilidad civil". Tomo I.

Vázquez Ferreira, Roberto, "Responsabilidad por daños-elementos", Editorial Desalma, Bs. As., 1993

Zannoni, Eduardo A., "El daño en la responsabilidad civil", Editorial Astrea, Bs. As. 2005.3ra ed.

Zavala de González, Matilde M "Daño moral por muerte". Ed. Astrea.

### **Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación**

Este formulario estará completo sólo si se acompaña de la presentación de un resumen en castellano y un abstract en inglés del TFG

El mismo deberá incorporarse a las versiones impresas del TFG, previa aprobación del resumen en castellano por parte de la CAE evaluadora.

#### Recomendaciones para la generación del "resumen" o "abstract" (inglés)

“Constituye una anticipación condensada del problema que se desarrollará en forma más extensa en el trabajo escrito. Su objetivo es orientar al lector a identificar el contenido básico del texto en forma rápida y a determinar su relevancia. Su extensión varía entre 150/350 palabras. Incluye en forma clara y breve: los objetivos y alcances del estudio, los procedimientos básicos, los contenidos y los resultados. Escrito en un solo párrafo, en tercera persona, contiene únicamente ideas centrales; no tiene citas, abreviaturas, ni referencias bibliográficas. En general el autor debe asegurar que el resumen refleje correctamente el propósito y el contenido, sin incluir información que no esté presente en el cuerpo del escrito.

Debe ser conciso y específico”.

#### Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	Vitale,Gonzalo Sebastian	
E-mail:	Gonzavitale24@hotmail.com	
Título de grado que obtiene:	Abogado	

#### Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	Legitimacion activa de kis concubinos para el reclamo de daño moral en caso de homicidio de uno de ellos.	
Título del TFG en inglés	Active legitimation of concubines in the claim for moral damages in the case of the murder of one of them.	
Integrantes de la CAE	Daniel Nini Zalazar-Sonia Cabral	
Fecha de último coloquio con la CAE	27/05/2011	
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	Legitimacion activa de los concubinos para el reclamo de daño moral en caso de homicidio de uno de ellos. Documento de Word 97-2003	

#### 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)

-----  
[1] Cámara Nacional en lo Civil en pleno en la causa “Ruiz, Nicanor y otro C/ Russo, Pascual.” EL 28/2/94.

[2] BELLUSCIO, Augusto César, “Manual de derecho de familia”, t.II, P.421, Depalma, Buenos Aires, 1991.

[3] BOSSERT, Gustavo A., Régimen jurídico del concubinato”,P.36,Astrea , Buenos Aires, 1982

[4] MAZZINGHI, Jorge A., “Derecho de Familia. Tomó 1.El matrimonio como acto jurídico”, p.344, Ed. Abaco de Rodolfo De palma, Buenos Aires, 1995.

[5] GROSSMAN, Cecilia “Debe regularse a las convivencias de pareja?”JA,1998-80 A -240

[6] MAZZINGHI, Jorge A., “Derecho de Familia. El matrimonio como acto jurídico”, Tomó 1p.345, Ed. Abaco de Rodolfo De palma, Buenos Aires, 1995

[7] BOSSERT, Gustavo A., Régimen jurídico del concubinato”,P.425,Astrea , Buenos Aires, 1982

[8] Trigo Represas-López Mesa “Tratado de la responsabilidad civil-El derecho de daños en la actualidad: Teoría y práctica”. Tomo 1.Ed. La Ley .2004.Pág.2

[9] Trigo Represas-López Mesa “Tratado de la responsabilidad civil. Óp. Cit. Tomo 1. Pág. 3.

[10] Trigo Represas-López Mesa “Tratado de la responsabilidad civil. Óp. Cit. Tomo 1. Pág. 3

[11] Trigo Represas-López Mesa, “Tratado de la responsabilidad civil” . Tomo 1. Óp. Cit. Pág. 7.

[12] Vázquez Ferreira, Roberto, “Responsabilidad por daños-elementos”, Editorial Desalma, Bs. As., 1993, Pag. 36

[13] Bustamante Alsina, Jorge. “Teoría general de la responsabilidad civil”, Editorial Abeledo Perrot,

Bs. As., 1993,9ª Edición ampliada y actualizada. Pág. 72.

[14] Bustamante Alsina, Jorge. “Teoría general de la responsabilidad civil”, Op. Cit. Pág.73.

[15] Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J. “Tratado de la responsabilidad civil. El derecho de daños en la actualidad: Teoría y práctica”. Tomo 1.Pág. 60 a 66.

[16] Pizarro, Ramón Daniel y Vallespinos Carlos Gustavo, “Instituciones de derecho privado –Obligaciones”, Ed. Hammurabi.1999.Bs. As. Tomo II. Pág. 4666 a 467.

[17] Bustamante Alsina, Jorge.”Teoría general de la responsabilidad civil.”Op. Cit. Pág.73.

[18] Vázquez Ferreyra, Roberto A.”Responsabilidad por daños. Elementos”, Editorial De palma, Bs.As., 1993.Pag.21.

[19] Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J. “Tratado de la responsabilidad Civil. El derecho de daños en la actualidad: Teoría y Practica”. Tomo I. Pág. 456.

[20] Bustamante Alsina, Jorge. Teoría general de la responsabilidad civil”. Pag.84.Op.Cit.

[21] Zanonni, Eduardo A.,” El daño en la responsabilidad civil”, Editorial Astrea, Bs. As. 2005.3ra ed.pag.81.

[22] Bustamante Alsina, Jorge. “Teoría general de la responsabilidad civil”, pag.173.Op. Cit.

[23] Remisión Capitulo 4: Presupuesto de la responsabilidad civil. Punto 2 del presente trabajo.

- [24] Remisión capítulo 4: Presupuesto de la responsabilidad civil. Punto 3 del presente trabajo
- [25] Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de la Ciudad de Córdoba (República Argentina),  
<http://www.acader.unc.org.ar/doctrina/.../artcuantificaciondelosdaños/at.../file>
- [26] Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J. "Tratado de la responsabilidad civil..." Tomo I. Op.Cit.Pag.506 y 507.
- [27] Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J. "Tratado de la responsabilidad Civil..." Tomo I. Op. Cit.Pag.506.
- [28] Bustamante Alsina, Jorge. "Teoría general de la responsabilidad civil", . Op. Cit.Pag.171
- [29] Bustamante Alsina, Jorge. "Teoría general de la responsabilidad civil". Op. Cit. Pág. 176/180
- [30] Cazeaux-Trigo Represas "Derecho de las obligaciones", Tomo I, Editorial Platense, Bs. As. 3ra. Edición ampliada y actualizada.1987, pag.397, N°252.-Bustamante Alsina, Jorge. "Teoría general de la responsabilidad civil". Op. Cit. Pág. 176.
- [31] Pizarro, Ramón Daniel, "Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho". Editorial Hammurabi, 2da edición, 1996.Pag 36. Citando a Fuego Laneri, El daño extrapatrimonial y su indemnización especialmente en materia contractual
- [32] Pizarro, Ramón Daniel, "Daño moral. Prevención" .Op. Cit. pag. 37. Citando a Starck-Ronald-Boyer,Droit Civil.Obligations.Responsabilite, delictuelle.2ed; t I,n° 110, pag 62.
- [33] Pizarro, Ramón Daniel, "Daño moral. Prevención...."Op. Cit. pag.39.Citando Cfr. Orgaz, El daño resarcible.P.200, TEXTO Y NOTA6. Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños.T.IV, P.89.
- [34] Pizarro, Ramón Daniel, "Daño moral. Prevención...."Op. Cit. pag.42.Citando Zannoni, "El daño en la responsabilidad civil", Editorial Astrea, Bs. As. 1981, 2° edición, apartado 85 , pag.288.
- [35] Orgaz Alfredo, "El daño resarcible", Ed. Lerner, Bs. As. 1980, pag.200/232
- [36] Pizarro, Ramón Daniel, "Daño moral. Prevención...."Op. Cit. pag.47.Definicion sostenida en ponencia en "II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil", 1984 en colaboración con los Dres. Zavala de Gonzales; Chiapero de Bas ; Sandoval y Junjent de Sandoval. La propuesta fue elaborada por la Dra. Zavala de Gonzales y compartida por los restantes ponentes.
- [37] Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo. "Tratado de la responsabilidad civil". Op. Cit. Tomo I.Pag.481.
- [38] Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo. "Tratado de la responsabilidad civil". Op. Cit. Tomo I.Pag.488.
- [39] Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo. "Tratado de la responsabilidad civil". Op. Cit. Tomo I.Pag.488.

[40] Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo. "Tratado de la responsabilidad civil". Op. Cit. Tomo I.Pag.489.

[41] Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo. "Tratado de la responsabilidad civil". Op. Cit. Tomo I.Pag.490.Citando a Orgaz "El daño resarcible". Pág. 240 y ss.

[42] Artículo 1068 del C.C: "Habrà daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión , o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades."

[43] Pizarro, Ramón Daniel, "Daño moral. Prevención...."Op. Cit. Pag.94 a 115.

[44] Pizarro, Ramón Daniel, "Daño moral. Prevención...."Op. Cit Pág. 94 Citando a Savigny, Traite de droit Romani, Tomo I, Pag. 330 y ss.; Gabba "resarcibilita dei danni morali", en questioni di diritto civile, tomo II, Pag. 225.

[45] Llambias, Jorge J.; "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones"; Editorial Abeledo Perrot; Buenos Aires, 1973, Tomo I, n° 261, pag.335.

[46] Pizarro, Ramón Daniel, "Daño moral. Prevención...."pag.105.Op.Cit.

[47] Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo. "Tratado de la responsabilidad civil". Op. Cit. Tomo I.Pag.809 a 821.

[48] Bueres Alberto, El daño injusto y la ilicitud de la conducta en "Derecho de daños" , primera parte, "Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe", Editorial La Rocca, Bs. As., 1996, N°3,pag.148.

[49] Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo. "Tratado de la responsabilidad civil". Op.Cit.Tomo I.Pag.819

[50] - Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo. "Tratado de la responsabilidad civil". Op. Cit. Tomo I. Pág. 821. Citando a Gesualdi , Dora M., De la antijuricidad a las causas de justificación, pag.145.

[51] Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo. "Tratado de la responsabilidad civil". Op. Cit. Tomo I. Pág. 821. Citando a Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños,cit.,T.I,p.37;Boragina,J.C.,Breves consideraciones en torno a la antijuricidad en la responsabilidad civil, cit.,p.75;Ossola, La antijuricidad ¿ presupuesto de la responsabilidad civil?,cit.,p.72 y ss.

[52] Bustamante Alsina, Jorge. "Teoría general de la responsabilidad civil", Op. Cit.Pag.276.

[53] Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo. "Tratado de la responsabilidad civil". Op. Cit. Tomo I. Pág. 590. Citando a Kemelmajer de Carlucci: SC Mendoza, Salas, 26/3/92 " buel c. Compañía de perforaciones Rio Colorado". La Ley, 1992-C-115, DJ, 1993-2-490 Y ED.

[54] Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo. "Tratado de la responsabilidad civil". Tomo I.Pag.594 a 612.Op.Cit.

[55] Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo. "Tratado de la responsabilidad civil". Op. Cit. Tomo I. Pag.608. Citando a CNCiv., Sala A, 30/08/91, "Castaño Juan C. y otra c. Folta Jorge D", La Ley, 1992 B-353 y DJ, 1992-I-1119, entre otros.

[56] Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo. "Tratado de la responsabilidad civil". Op. Cit. Tomo I. Pag.637. Citando a Zavala de Gonzales, Matilde. "Resarcimiento de daños", Hammurabi, Bs. As. , 1999, Tomo 4 , Pág. 335.

[57] Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J. "Tratado de la responsabilidad Civil". Op. Cit. Tomo I. Pag.655

[58] Cazeaux, Pedro N.- Trigo Represas, Félix A.; "Derecho de las Obligaciones"; Op. Cit. Tomo I. Pág. 311.

[59] Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J. "Tratado de la responsabilidad Civil". Pág. 660 a 667. Op. Cit.

[60] Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J. "Tratado de la responsabilidad Civil". Op. Cit. Tomo I. Pag.678.

[61] Mosset Iturraspe, Jorge, "Responsabilidad por daños. Tomo I: Parte General" , Editorial Rubinzal-Culzoni, 1998, pag.69 y ss.

[62] Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J. "Tratado de la responsabilidad Civil". Tomo I. Pag.723. Op. Cit.

[63] Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J. "Tratado de la responsabilidad Civil". Op. Cit. Tomo I. Pag.733. Citando a la Cam.1ra. C.C Mar del Plata, Sala 1ra, 6/5/99, "Hernández, María Cecilia c. López, Orlando Eliseo", Juba 7 sum. B1351825

[64] Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J. "Tratado de la responsabilidad Civil". Tomo I. Pag.761. Op. Cit.

[65] Bustamante Alsina, Jorge. "Función de la equidad en la realización de la justicia", La Ley, 1990- E-633.

[66] Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J. "Tratado de la responsabilidad Civil". Op. Cit. Tomo I. Pag.768.

[67] Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J. "Tratado de la responsabilidad Civil". Op. Cit. Tomo I. Pag.775 a 786.

[68] Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J. "Tratado de la responsabilidad Civil". Op. Cit. Tomo I. Pag.776. Citando a Lorenzetti, estudios sobre la nueva concepción normativa del riesgo creado en el derecho argentino, en "Derechos de daños. Homenaje al profesor doctor Félix A. TRIGO REPRESAS", segunda parte, Ediciones La Rocca, Bs .As., 1993, p.351

[69] Cazeaux, Pedro N.- Trigo Represas, Félix A.; "Derecho de las Obligaciones"; Op. Cit. Tomo I., Pag.140.

[70] Zannoni, Eduardo. "El daño en la responsabilidad civil". Op.Cit.pag.231.

[71] Bustamante Alsina, Jorge. "Teoría general de la responsabilidad civil". Pág. 276.Op. Cit.

[72] Pizarro, Ramón Daniel, "Daño moral. Prevención..." Op.Cit.Pag.210/212.

[73] Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, t.IV, p.215 y siguientes.

[74] Como bien lo señala Bueres, "...el interés afectado puede ser típico, cuando está tasado, prefijado por la ley... o bien atípico, en supuesto de que se le contemple con amplitud desde el punto de vista referencial de la justicia" (voto ampliatorio en CNCiv., en pleno, 4/4/95, "Fernández, María C. y otro c. El Puente S.A.T y otros"), JA, 1995-ii-201.

[75] García López, Responsabilidad por daño moral. Doctrina y jurisprudencia, p.247.

[76] Orgaz, El daño resarcible,nº91,p. 242.

[77] Vease Mazeaud,H. y L.-Tunc, Tratado teórico practico de la responsabilidad civil delictual y contractual,t.I-I,nº322,p.448;Starck-Roland-Boyer, Droit civil.Obligations. Responsabilite delictuelle,t. I,nº111 y ss.,p.62 y ss.;Flour- Aubert,Droit civil.Les obligations,vol.II,nº640 y ss., p. 153 y siguientes.

[78] Mazeaud, H. y L.-Tunc, Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, t.i-i, Nº 324-2, P.450.

[79] En palabras de Mazeaud, H.y L.-Tunc (Tratado teórico practico de la responsabilidad civil delictual y contractual, t. I-I, nº325-2, p.459): "El único limite a la multiplicación de las acciones debe buscarse...en la exigencia de un pesar real suficientemente profundo". Asimismo: Flour-Aubert,Droit civil.Les obligations, vol. II, nº653,ps.168 y 169;Viney-Markesinis, La reparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droit anglais et francais, nº68 y ss.; García López, Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia, p.251.

[80] Orgaz, El daño resarcible, nº91, p.243.

[81] Cód. Venezolano, art. 1196.

[82] Cód. Portugués, art. 496.

[83] Cód. Venezolano de 1942, art. 1196.

[84] Moisset de Espanes, "El daño moral en los proyectos de reforma del Código Civil", en Daño moral, p.51 y siguientes.

[85] Borda, Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones, t .I, nº176, p. 183.

[86] Orgaz, El daño resarcible, nº92, p.245.

[87] Brebbia, El daño moral, nº 125, p 243; Orgaz, El daño resarcible, nº 92, p.245 y siguientes.

[88] Bossert Gustavo y Zannoni, Eduardo; Manual de Derecho de Familia". Editorial Astrea, 5ta. Edición actualizada y ampliada. Bs. As., 1998.Pag.36.

[89] Pizarro, Ramón Daniel, "Daño moral. Prevención..."Op. Cit Pág. 224/227.

[90] Pizarro, Ramón Daniel, "Daño moral. Prevención..."Op. Cit Pag.224.Op.Cit. Citando a Borda, "Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones". T.I, nros.177 y 179, p.184y ss.-Mosset Iturraspe, "Responsabilidad por daños", T.IV, nº75, p.221, texto y nota 15.-Cichero, "La reparación del daño moral y la reforma civil de 1968, ED, 66-157.

[91] Pizarro, Ramón Daniel, "Daño moral. Prevención..."Op. Cit Pág. 226. Citando a Llambias, Tratado de derecho civil. Obligaciones, T IV-A, nº2365. Pag.108.Zannoni, referencia a su opinión efectuada por la Dra. Kemelmajer de Carlucci en "Código Civil y leyes complementarias..."Trigo Represas- Compagnucci de caso, Responsabilidad civil por accidentes de automotores, t. 2, p.573. Kemelmajer de Carlucci, en Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado. T5, art.1078, pag.116.

- [92] Trabajo confeccionado por la Dra. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida Rosa titulada: "Legitimación activa para reclamar daño moral en caso de muerte de la víctima. Publicado en ED, 140-892/97.
- [93] BORDA, "La reforma de 1968 al Código Civil", Ed. Perrot, números 133,134. TRIGO REPRESAS, en examen y crítica de la reforma del Código Civil, volumen 2, Ed. Platense 1971, ps. 167 y siguientes.
- [94] Autos: "Hernández, María Sorac. Witomski, Mario Roberto y otros s. Daños y perjuicios" de fecha de febrero de 2007.
- [95] BOSSERT-ZANNONI, "Manual de Derecho de Familia" N°2 p.5 y siguientes; voz de familia; en Enciclopedia jurídica Omeaba, XI, p.978; GROSSMAN, C. P., "Alimentos a los hijos y Derechos Humanos", Ed. Universidad. Bibliografía citada en el voto del Doctor Oteriño en autos, integrante de la sala II de la Cámara de apelaciones en lo civil y comercial de Mar del Plata, en autos caratulados: "R.S.E. c. Bustos, Esteban y A.A. c. Bustos Esteban s. Daños y perjuicios" de fecha 23 de Noviembre de 2004.
- [96] BUERES y HIGHTON, conf. Código Civil, Hammurabi, Buenos Aires, primera edición, tomo III, A,p. 181.
- [97] Conf. CSJN, Fallos 16:118, id 200:424; id 1198: 122, id 312: 826, id 200: 428; conf. QUIROGA LAVIE, H. y otros "Derecho constitucional argentino" Rubinzal Culzoni, primera edición, Buenos Aires, tomo I p. 376; GELLI, M. A "Constitución de la nación argentina", La Ley, Buenos Aires, 2001, p.70.
- [98] RIPERT, Georges-BOULANGER, Jean, "Tratado de derecho civil. Obligaciones" 2ª parte, t.V, p.94 y sigtes. La Ley, Buenos Aires, 1965.
- [99] RCyS, 2000-1155.
- [100] RCyS.1999-1357.
- [101] RCyS, 2002-1428.
- [102] En este sentido: Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, t. IV, n° 75, p. 222; Borda, Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones, t.I, nros. 177 y 179; Llambias, Tratado de derecho civil. Obligaciones, t.I, n° 270 bis. 352; Kemelmajer de Carlucci, en Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Augusto C. Belluscio (Dir.)- Eduardo A. Zannoni (coord.), t.5, art.1078, p.118.
- El tema fue abordado en las "Jornadas sobre temas de Responsabilidad Civil por Muerte o Lesión de Personas", Rosario, 1979, donde se formularon dos despachos no coincidentes, de lege feranda:
- El despacho "A", suscripto por los doctores Brebbia, Corbella y Barbero sostuvo: "La acción por indemnización del daño moral correspondería también, de acuerdo con lo establecido en el art. 1079 del Cód. Civil, a los parientes que acrediten haber sufrido una lesión en sus intereses legítimos, aunque del hecho ilícito no hay derivado la muerte de la víctima". El despacho "B", suscripto por los Dres. Mosset Iturraspe, Kemelmajer de Carlucci y Molinas expresaba: "No es conveniente la modificación de la segunda parte del art. 1078 del Código Civil".
- [103] Kemelmajer de Carlucci , en Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Augusto C. Belluscio(dir.) – Eduardo A. Zannoni (coord...),t.5, art. 1078,p.118.
- [104] Llambias, Tratado de derecho civil. Obligaciones, 1976, t.IV-A, p.109.
- [105] Zavala de González, Matilde M "Daño moral por muerte". Ed. Astrea. Pág. 393..
- [106] Autos: "Salinas Nélide Esther c/ Milanesi Ricardo Emilio y otros/Daños y perjuicios" , por la Excma... Cámara de Apelaciones en lo civil y comercial, sala segunda, de Mar del Plata. Sentencia dictada con fecha 24/5/2007. Disponible en [www.scba.gov.ar/noticias/nuevas/descarga.asp?id=1186&n=134758.doc](http://www.scba.gov.ar/noticias/nuevas/descarga.asp?id=1186&n=134758.doc) . y anexos del presente trabajo.
- [107] Autos:" Hernández, María Rosa c / Witomski, Mario Norberto y otros s/daños y perjuicios " , por la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro. Disponible en anexos del presente trabajo.

- [108] Caso Loayza Tamayo c. Perú, sentencia del 27/11/1998.
- [109] Caso Cantoral Benavidez c. Perú, sentencia del 3/12/2001
- [110] Caso Tibi c. Ecuador , sentencia del 07/09/2004
- [111] Bulacio c República Argentina, Sentencia 17/09/2003
- [112] Garrido y Baigorri c. Argentina Sentencia de 2 de febrero de 1996.
- [113] Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de Daños, Daños a las personas, Integridad sicofísica, T.2 a,p. 649 a 659; Resarcimiento ,cuanto por daño moral, La indemnización en desequilibrios existenciales,T.5 a,p.215 a 220.
- [114] Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de Daños, Daños a las personas, Integridad sicofísica, T.2 a, p.656.
- [115] SOLARI, Néstor E.:”Protección constitucional de la familia”, LA LEY, 2002-E, 1108.
- [116] BOSSERT-ZANNONI, “Manual de Derecho de Familia” N°2 p.5 y siguientes; voz de familia; en Enciclopedia jurídica Omeaba, XI, p.978; GROSSMAN, C. P., “Alimentos a los hijos y Derechos Humanos”, Ed. Universidad. Bibliografía citada en el voto del Doctor Oteriño en autos, integrante de la sala II de la Cámara de apelaciones en lo civil y comercial de Mar del Plata, en autos caratulados: “R.S.E. c. Bustos, Esteban y A.A. c. Bustos Esteban s. Daños y perjuicios” de fecha 23 de Noviembre de 2004.
- [117] En esta orientación, puede verse, Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II,23/11/2004.LLBA,2005-134;Camara 2ª de Apelaciones en lo Civil de Mar del Plata, 26/12/2007, Camargo, Mónica y otro c. Lima, Roberto y otra”, La Ley Online; C1a. Apel. Civil y Comercial de San Isidro, sala II, 27/02/2007, “Hernandez, María R.c Witomska, Mario”. Salinas *Nélida Esther c/ Milanese Ricardo Emilio y otros/ Daños y Perjuicios*”, por la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, sala segunda de Mar del Plata. Sentencia dictada con fecha 24/05/07.
- [118] CSJN, 5/8/66, “Santa Coloma, Luis F. y otros c. Ferrocarriles Argentinos”, CSJN-Fallos, 308:1160; JA, 1986-IV-625.
- [119] CSJN, 5/8/86, Gunther, Fernando c. Gobierno Nacional”, CSJN-Fallos; 308:1118; JA, 1987-IV-653.
- [120] CS, 2004-09-21, DT, 2004-B, 1288.
- [121] Autos: “Folgan, Roberto c. Del Rivero, Edgardo S. y otro”. Corte Suprema de Justicia de la Nación. 02/12/2003. Disponible: <http://ar.vlex.com/vid/40161727>.Disponible en Anexos del presente trabajo.
- [122] Artículo 14 bis Constitución Nacional: “...En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.
- [123] Compendio de legislación del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial la Ley, 2007.
- [124] Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones N°24.241. Disponible en : [http://www.redseguros.com/descargas/Ley\\_24241-93.pdf](http://www.redseguros.com/descargas/Ley_24241-93.pdf)
- [125] Artículo 19 Constitución Nación: “Las acciones privadas de los hombre que de ningún modo ofendan al hombre y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

-----  
Después de..... mes(es)

Publicación electrónica: Inmediata

Firma del alumno