



UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL
SIGLO 21

Daño Moral y Concubinato

*La legitimación activa del concubino supérstite para
reclamar por daño moral.*

UES21

Abogacía

2014

Pardo Carola

Agradecimientos

*A Lucas, mi familia, mis amigos
y a todos los que de un modo
u otro me ayudaron en este camino.*

Gracias.

Resumen

En la Argentina el concubinato es reconocido como una institución familiar pero aun no cuenta con regulación legal. Aun así se le reconocen ciertos derechos y obligaciones que surgen en torno a estas uniones.

En este trabajo haremos referencia a una situación particular y muy controvertida, la legitimación para reclamar por daño moral.

Sabido es que nuestro Código Civil otorga legitimación para reclamar por este rubro solo a los herederos de la víctima si ésta fallece.

En este sentido, el concubino supérstite no se encuentra legitimado para reclamar por daño moral ante la muerte de su pareja por un hecho ilícito. Frente a esta situación ¿nos encontramos ante una violación de los derechos de igualdad, intimidad y libertad de la persona que sufre la muerte de su compañero y se encuentra incapacitado para reclamar por daño moral?

El presente trabajo busca dar respuesta a este interrogante. Para ello analizaremos los textos de importantes autores referidos a la responsabilidad civil, estudiaremos la doctrina y rescataremos jurisprudencia que nos permitan dar cuenta de cuál es la situación actual y hacia qué estado deberíamos avanzar a fin de que, en caso de existir una lesión a los derechos de los convivientes, ésta deje de existir.

Abstract

In Argentina concubinage is recognized as a family institution but it hasn't legal regulation yet, although there are rights and obligations arising from these relations.

In this paper we will refer to a particular controversial situation: the legitimation to claim for moral damages.

Is well known that our Civil Code allow to claim for this item just to the heirs of the victim, if he or she dies.

In this sense, the surviving cohabitant is not legitimated to claim for moral damages derivatives of his partner death's, if it occurs as a result of a criminal act. Facing this situation, are we in front of a violation of the rights of equality, privacy and freedom of the person that suffers the death of his partner and is unable to claim for moral damages?

This research is looking for the answer to that question. We will analyze the texts of major authors referred to civil liability, we will study the doctrine and rescue jurisprudence that allow us to realize the actual situation and where to move so that, in case there is an injury to the rights of cohabitants, it ceases to exist.

Índice

Introducción

Presentación y propósito.....	01
Justificación.....	02
Objetivos.....	03
Hipótesis de trabajo y preguntas de investigación.....	04

Capítulo I

Concubinato o Uniones Convivenciales

1. Terminología y definición.....	07
2. Características.....	09
3. Proyección histórica de las uniones convivenciales como unidad familia merecedora de tutela	
a. El concepto de familia y su desarrollo.....	11
b. El concubinato en el código civil, sus modificaciones y otras leyes importantes.....	12
c. La reforma de la Constitución Nacional de 1994 y leyes posteriores.....	15
d. Las uniones convivenciales en el proyecto de Reforma del Código Civil de 2012.....	17

Capítulo II:

La responsabilidad Civil

1. El derecho de daños	23
2. La responsabilidad Civil.....	24
a. Evolución de la responsabilidad civil: de la culpa como fundamento de la responsabilidad al daño como eje del sistema	24

b. Principio alterum non laedere y reparación plena e integral.....	27
c. Presupuestos de la responsabilidad civil: Breves consideraciones al respecto:	
i. Antijuridicidad: el Incumplimiento.....	28
ii. Factor de Atribución.....	29
• Factores subjetivos de atribución	
• Factores objetivos de atribución	
iii. Relación Causal.....	33
iv. Daño	33
d. La reparación del daño.....	34
i. La reparación por equivalente y en especie.....	35

Capítulo III

El daño

1. Concepto.....	39
a. Daño como lesión a un derecho subjetivo.....	39
b. Daño como lesión a un interés jurídico.....	40
c. El daño definido por su resultado	42
2. Presupuestos del daño.....	43
3. Distintas clases de daño.....	43
4. Daño patrimonial.....	45
a. Concepto.....	46
b. Prueba y valoración	46
5. Daño moral.....	47
6. Daño en el Código Civil	
a. Definición de Daño y sistemas de reparación.....	49

b. Legitimación para reclamar por daños.....	50
--	----

Capítulo IV

Daño extrapatrimonial

1. Terminología y Concepto.....	51
2. Fundamento de su reparación.....	53
a. Teorías Negatorias.....	53
b. Teoría de la Sanción Ejemplar.....	54
c. Teoría del resarcimiento.....	55
3. Prueba y Valoración	56
4. Reparación plena e integral.....	67
5. Nuevas perspectivas del daño extrapatrimonial.....	59
a. Daño psíquico.....	60
b. Daño estético.....	64
c. Daño al proyecto de vida.....	65
d. Daño a la persona.....	66

Capítulo V

Legitimación activa y daño moral

Análisis doctrinal y Jurisprudencial sobre la legitimación para reclamar por daño moral. Proyección histórica. Situación actual.

1. Redacción original del Código Civil.....	69
2. La Ley 17.711.....	70
3. El proyecto de Unificación de 1998.....	72
4. El Proyecto de Reforma de 2012.....	73
5. La situación actual. Posiciones a favor y en contra.....	74
6. Análisis Jurisprudencial	76

a. La solución aplicada: Inconstitucionalidad del art. 1078.....	81
Conclusiones.....	85
Bibliografía.....	89

INTRODUCCIÓN

1. Presentación y propósito.

Según los datos brindados por la Encuesta Permanente de Hogares (EPH) en el año 2010, en Argentina, una de cada tres parejas decidía vivir en concubinato antes de legalizar su relación bajo el matrimonio. Estos simples números nos demuestran la importancia que ha alcanzado este tipo de uniones y pone en jaque el vacío jurídico que existe en la materia.

Si bien en los últimos años se vislumbra una tendencia hacia el reconocimiento legal de estas uniones, aun no cuentan con una norma que regule sus alcances, límites, derechos y obligaciones, por lo que nos encontramos con situaciones que merecen ser estudiadas.

El presente trabajo se enfoca sobre una situación particular que, al menos a mi criterio, demuestra la necesidad de regular jurídicamente y de un modo adecuado la unión convivencial. En efecto, me refiero al daño moral y la previsión del artículo 1078 del Código Civil. Según el mismo solo están legitimados para reclamar por dicho rubro la propia víctima y, si esta falleciera a causa del ilícito, sus herederos forzosos. De este modo niega el derecho al concubino supérstite a ser resarcido por los daños morales que le ocasionara, especialmente, la pérdida de su pareja. Esto, a decir verdad, no lo encuentro justificado y, según sostendré, no es aceptado por nuestras normas constitucionales.

Con este trabajo busco indagar sobre dicha situación, partiendo de reconocer el derecho de las personas de poder unirse libremente a fin de formar una familia, de compartir la vida en común, viviendo en aparente matrimonio.

Me enfoco al análisis del artículo mencionado, así como también al estudio de las leyes posteriores que reconocen en el concubinato un tipo de constitución familiar y por tal, le otorgan derechos.

Además estudiaré el avance que ha habido en jurisprudencia, desde la negación del derecho hasta el reconocimiento del mismo en determinadas situaciones.

Tendré en cuenta también, la redacción de los proyectos de reforma del Código Civil de los años 1998 y 2012.

Con todo ello, pretendo un estudio íntegro de la situación que permita comprender el estado actual y proyectar el estadio necesario al cual debiéramos arribar a fin de que los derechos de los concubinos sean reconocidos y respetados.

Para ello, analizaré en un primer momento, la definición jurídica que nuestro derecho le da a la palabra familia, cuál ha sido su recepción y su perspectiva.

Posteriormente, estudiaré si dentro de este concepto se incluye la unión concubinaria y en base a eso, qué derechos amparan tal unión.

Por otro lado, razonaré sobre el daño moral, su concepto, alcance y limitaciones a fin de obtener una visión acabada de este instituto.

Con todo ello, y por último, me abocaré al análisis de la situación específica del concubino supérstite frente a la redacción actual del art. 1078 proyectando cuál sería el escenario ideal para que los concubinos no vieran menoscabados sus derechos.

2. Justificación

Nuestra sociedad actual boga por el respeto de las libertades de las personas. Vivimos en una era liberal donde el primer derecho es la libertad que tiene la persona para autodeterminarse, autodefinirse y la sociedad busca el pleno respeto de esas decisiones.

Aun así, existen cuestiones que encuentran resistencia, sea por razones morales, religiosas, o de otra índole.

En esta línea, el concubinato se encuentra socialmente aceptado y hoy en día no se cuestiona qué es lo que lleva a decidirse por este tipo de uniones. Pero frente a esta aceptación social, tenemos la negación de reconocimiento legal.

El concubinato, como tal, no se encuentra legislado en nuestro derecho. Ha habido una tendencia a su reconocimiento y si bien los proyectos de reforma lo contemplan, aun no hay una norma que de un marco legal a estas uniones.

Es por ello, que ante ciertas situaciones, nos encontramos frente a lagunas legales que nos obligan a replantear nuestras leyes a la luz de los tiempos que corren.

Una de esas situaciones es la legitimación para reclamar por daño moral.

El daño moral es un rubro que pretende una recomposición económica de una cuestión extrapatrimonial irreparable que surge de una lesión a aquellos bienes inmateriales que hacen al desarrollo pleno de la personalidad. Por ejemplo la

afectación a la paz, la tranquilidad de espíritu, el honor y cualquier otra afectación que repercuta en la salud psicoemocional de la persona.

El artículo 1078 de nuestro Código Civil limita la capacidad para reclamar por daño moral a la propia persona de la víctima y en caso de su fallecimiento, la extiende a los herederos forzosos, esto es cónyuge, hijos y padres excluyentemente.

De este modo niega derechos básicos al concubino supérstite, como la igualdad ante la ley, la libertad de elección, la intimidad y la constitución familiar.

De allí la relevancia del presente tema, puesto que el concubinato es una de las formas de constitución familiar por la cual cada vez más argentinos optan. Es necesario el reconocimiento pleno de los derechos que surgen de estas uniones, ya que debemos garantizar el respeto de la familia como grupo primario forjador de nuestra sociedad.

3. Objetivos.

Los objetivos de este trabajo son generales y específicos. El objetivo general está dado por:

Determinar si el artículo 1078 lesiona los derechos del concubino supérstite en cuanto no lo considera legitimado para reclamar por daño moral ante la muerte de su pareja.

Por su parte, los objetivos específicos son:

- Analizar el concepto de daño moral, el artículo 1078 y la enumeración de los legitimados para reclamar.
- Comprender el concubinato, sus límites y alcances; y determinar si es un modelo familiar merecedor de tutela jurídica.
- Explorar las propuestas modificatorias referidas al daño moral en los proyectos de reforma del código civil del año 1998 y 2012.
- Sistematizar las opiniones doctrinales sobre la pertinencia de otorgar legitimación activa al concubino supérstite para reclamar daño moral.
- Recopilar jurisprudencia que demuestre las distintas posturas existentes sobre el tema.

4. Hipótesis de trabajo y preguntas de investigación

De acuerdo al Instituto para el Desarrollo Social Argentino (Idesa), cada año son más las parejas que deciden convivir sin pasar por el Registro Civil. Esta tendencia ha ido mostrando la necesidad de regulación del concubinato o (como las llama el Proyecto de Reforma del Código Civil) las uniones convivenciales.

Presuponiendo que existe un interés privado de las personas que, por su propia libertad, deciden convivir y no formalizar su relación en el matrimonio, es necesario que exista legislación que regule las relaciones que surgen de este tipo de uniones así como también contemplen su posible disolución.

El presente trabajo, enfocado en una causal de disolución como es la muerte de uno de los miembros de la pareja, parte de la hipótesis de considerar que el concubino superviviente ve vulnerado uno de sus derechos al no reconocerse su legitimidad para reclamar daño moral en virtud del artículo 1078. En una interpretación literal de dicho artículo, podríamos decir que solo sufren la muerte de una persona: su cónyuge, sus padres o sus hijos. Parecería que el derecho castiga la libre decisión de no legalizar una relación.

Esta imposibilidad representaría una vulneración a los derechos de las personas que sufren la pérdida de su pareja ante un hecho ilícito y no podría reclamar por daño moral y reparar de algún modo su pérdida.

Por ello pretendemos analizar esta situación particular para dar respuesta a los siguientes interrogantes:

- ¿Qué tuvo en cuenta el legislador para determinar quiénes estaban legitimados para reclamar por daño moral?
- ¿Cuál es la definición del concubinato? ¿Qué características debe tener para que surta efectos jurídicos? ¿Existe un interés legítimo en el concubino superviviente?
- ¿Qué dice el Proyecto de reforma de 1998? ¿Amplía la legitimación para reclamar daño moral? ¿Qué parámetros tiene en cuenta?
- ¿Qué dice el Proyecto de reforma de 2012? ¿Amplía la legitimación para reclamar daño moral? ¿Qué parámetros tiene en cuenta?

- ¿Qué considera relevante, la doctrina para la determinación del daño moral?
¿Propone una extensión de la legitimidad? ¿Cambió la postura luego de la ley 23515 de Divorcio?

- ¿Cuál es la nota características de las sentencias referidas al tema en cuestión? ¿Qué criterio sigue para determinar la correspondencia o no del daño moral?

CAPÍTULO I

Concubinato o Uniones Convivenciales

1. Terminología y definición

La palabra concubinato deriva del latín, concubinatus, de cum (con) y cubare (acostarse) esto es "dormir juntos". "Concubina", es la mujer que hace vida en común con el hombre. En cambio, "concubinario", es el hombre, que hace vida común con la mujer. Adviértase que el diccionario de la Real Academia Española, no contempla el término, usual entre nosotros, de "concubino". (Solari, 1999 p. 18)

De esta primera aproximación podemos rescatar que el concubinato se refiere al hacer vida en común.

Para comprender mejor su significado, podemos citar a Belluscio (2007) quien nos dice que, según el criterio tradicional, el concubinato es la situación de hecho en que se encuentran dos personas de distinto sexo que hacen vida marital sin estar unidos en matrimonio.(p. 503)

Para López del Carril (1981) estamos ante un concubinato cuando una mujer hace vida marital con un hombre que no es su marido y cualquiera sea el estado de ambos. (p. 289)

Bossert (2003), por su parte, entiende que el concubinato es la unión permanente de un hombre y una mujer que, sin estar unidos por matrimonio mantienen una comunidad de habitación, de vida, de modo similar a la que existe entre los cónyuges. (p. 32) Para este autor, el concubinato es la mera unión de hecho diferenciándola de la "unión civil" en la cual existe un modo de constitución, sea escritura pública, sea manifestación expresa ante el oficial del Registro Civil, etc.

Para Zannoni (1970), el concubinato es toda unión de un hombre y una mujer, sin atribución de legitimidad.

Por último, citaremos a Solari (1999) para quien el concubinato es la unión estable y permanente de un hombre y una mujer que sin haber celebrado matrimonio hacen vida marital cualquiera sea el estado de ambos.

En este sentido, y en líneas generales, podemos decir que el concubinato es la convivencia de un hombre y una mujer que hacen vida de casados sin haber celebrado matrimonio.

Es de destacar, como se observa en las definiciones propuestas, que para todos estos autores, la unión homosexual no se reputa concubinato. En palabras de Belluscio (2004) el empleo del término concubinato para este tipo de uniones era gramatical y jurídicamente impropio puesto que en el caso de la pareja heterosexual, el matrimonio no había sido celebrado pero podía serlo, no así en el caso de una pareja homosexual.

Esta situación cambia radicalmente a partir del dictado de la Ley 26.618 de Matrimonio Igualitario en el año 2010 dado que modificó el Código Civil permitiendo la celebración matrimonial para parejas del mismo sexo eliminando la distinción anterior.

Por otra parte y si bien el término concubinato ha sido utilizado mayoritariamente en este sentido, es decir, para nombrar a las parejas que conviven en aparente matrimonio, su empleo no ha sido uniforme. En efecto, tanto la ley como la doctrina y la jurisprudencia utilizan terminologías variadas, pues, se designa con varios nombres al mismo fenómeno: concubinato, uniones de hecho, convivencia, convivencia extramatrimonial, matrimonio aparente, unión libre, unión irregular, unión ilegítima, uniones extramatrimoniales, pareja no casada, familia de hecho, relaciones de hecho, matrimonio de hecho, entre otros. (Solari, 1999)

Por ello, en el año 2012, con el dictado de los Fundamentos del Proyecto de Reforma del Código Civil se buscó, no solo darle precisión técnica a la definición, sino también que las palabras utilizadas reflejaran el verdadero significado asignado por la sociedad.

En este sentido, el término utilizado es “unión convivencial” y parte de la idea de reconocer en este vínculo una de las formas de familia, diciendo que “la convivencia, es decir, compartir la vida, en pareja, con otra persona, fundada en el afecto, y con independencia de la orientación sexual de sus integrantes, en aparente matrimonio, es uno de los elementos estructurales de esta forma familiar.” (p. 70)

Por lo expuesto, la unión convivencial es la unión permanente de dos personas, que sin estar unidos por matrimonio, mantienen una comunidad de habitación y vida, de modo similar a la que existe entre los cónyuges.

Esta unión, para que surta efectos jurídicos, no debe ser ocasional, sino que debe ser continuada, estable y afectiva además de reunir ciertas características que a continuación detallaremos.

2. Características

Las principales características que debe reunir una unión convivencial son: continuidad, estabilidad, singularidad, fidelidad y notoriedad.

- **Comunidad de vida**

La unión debe ser permanente. Se requiere la “comunidad de vida que confiere estabilidad a la unión y se proyecta en la posesión de estado.” (Bossert y Zannoni, 2004, p.423) Este es el rasgo que marca la diferencia entre una relación circunstancial y la cohabitación.

Según Vidal Taquini (1991) la comunidad de vida implica la existencia, entre los concubinos, de una verdadera convivencia. (p.209) Convivencia que se traduce en comunidad de vivienda y de lecho. Es decir, la existencia entre los sujetos de relaciones sexuales o, al menos, la apariencia de ellas, dado el modo íntimo en que comparten la vida. Por todo lo dicho, quedarían indudablemente excluidas de su concepto, las relaciones sexuales estables, pero no acompañadas de cohabitación. (Belluscio, 1987)

- **Estabilidad**

La estabilidad implica un estado conyugal aparente, implicando perdurabilidad en el tiempo, donde los convivientes comparten su vida como cónyuges.

Zannoni (1998) nos dice que no es concubinato la unión que carece de permanencia en el tiempo. (p. 262)

Por eso se dice que nada distingue exteriormente el estado de las personas casadas de las que viven en pareja, y de allí, otros caracteres que se subsumen: “la singularidad de la unión respecto a cada uno de los concubinos, y la fidelidad recíproca.”(Bossert y Zannoni, 2004, p. 424)

- **Singularidad**

La singularidad implica la monogamia que se da en el matrimonio. Por eso es necesaria la unión estable y continuada entre dos personas, las dos personas que hacen a la pareja.

Para Zannoni (1998), en lo que hace a la singularidad de la unión, se tiene en cuenta que la posesión de estado de los concubinos se traduce en el hecho de la unión estable y permanente monogámica, remedo del matrimonio mismo. (p.262)

- **Fidelidad**

De estas tres anteriores características, se puede deducir la necesaria fidelidad aparente que debe existir entre la pareja. Fidelidad que debe ser acordada por las partes. Si cualquiera de éstos no ha guardado la apariencia de fidelidad, y sus diversas relaciones sexuales son públicamente conocidas se estaría afectando la singularidad de la unión, que es un elemento caracterizante de las uniones convivenciales.

- **Notoriedad.**

Por último, la unión convivencial debe ser notoria, pública. Esto implica que los convivientes se muestren como un matrimonio a la sociedad. La relación debe ser susceptible de público conocimiento; es decir, no debe ser ocultada por los sujetos. En consecuencia, debe ser ostensible. (Bossert, 2003)

Vidal Taquini (1991) dice al respecto que, necesariamente, debe haber notoriedad en la relación, esto es que se muestran, públicamente y a sabiendas de todos, y que cumplan los deberes que hacen a la comunidad de vida con apariencia matrimonial. (p. 209)

La existencia de estas características en una pareja hace que de ella no solo surjan derechos sino también responsabilidades que brindan cierta protección a los integrantes y a los miembros de esa familia.

1. Proyección histórica de las uniones convivenciales como unidad familiar merecedora de tutela

a. El concepto de familia y su desarrollo.

Para comprender la importancia que ha alcanzado esta institución es necesario analizar la estrecha relación que ha ido forjando en torno a la definición de familia.

La familia como célula básica de la sociedad es un concepto que evoluciona y se adapta a la realidad cultural de la sociedad en la cual se forma.

En opinión de las autoras Cavagnaro, Battu y ots. (2014), a fines del siglo XVIII el modelo ideal de familia fue el denominado familia moderna o nuclear que era el constituido por un matrimonio y sus hijos. En ellas, el padre salía a trabajar y la madre se encargaba del cuidado de sus hijos. Posteriormente, con los cambios sociales se acentuaron las debilidades de este modelo de familia tradicional dando paso a los nuevos modelos familiares contemporáneos.

En este sentido, nos dice Highton, (1998) las costumbres y prácticas sociales se van transformando y no puede hablarse de una naturaleza uniforme en la configuración familiar puesto que hay familias en las que subsiste el modelo patriarcal; en otras el criterio asociativo, e incluso, un criterio disociador.

Belluscio (2004) por su parte, nos expresa que existen al menos tres significaciones en torno a la palabra “familia”: una amplia, una restringida y una intermedia.

En sentido amplio y como sinónimo de parentesco, familia es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar. Incluye a los ascendientes, descendientes y colaterales de cónyuge. Con esto, podríamos decir que cada individuo es núcleo de una familia diferente de acuerdo a quien se refiera. (Belluscio, 2004)

La familia así definida implicaba a todas las personas relacionadas por vínculos jurídicos recíprocos que impactaban, por ejemplo, en el derecho sucesorio, el deber de alimentación, entre otros. Un ejemplo en nuestra codificación serían los artículos del Código Civil referidos al derecho sucesorio donde se ha fijado el vínculo familiar hasta el cuarto grado de afinidad.

En sentido restringido, “familia (familia pequeña, familia conyugal, parentesco inmediato o núcleo-paterno filial) comprende solo el núcleo paterno filial, es decir, la agrupación que conforman el padre, la madre y los hijos que viven con ellos o que están bajo su potestad.” (Belluscio, 2004 p. 5). En este caso, podemos nombrar el artículo 14 de la Constitución Nacional que obliga a la protección integral de la familia.

Esta definición más acotada, tiene mayor importancia social que jurídica y como tal, reclama al Estado su protección y estabilidad moral.

Por último, familia en sentido intermedio (como un orden jurídico autónomo) es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella. Citamos como ejemplo el artículo 2953 del Código Civil que dice: *“El uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario, o del habitador y su familia, según su condición social. La familia comprende la mujer y los hijos legítimos y naturales, tanto los que existan al momento de la constitución, como los que naciesen después, el número de sirvientes necesarios, y además las personas que a la fecha de la constitución del uso o de la habitación vivían con el usuario o habitador, y las personas a quienes éstos deban alimentos.”*

Zannoni (1978) por su parte, define a familia como "el conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos, interdependientes y recíprocos emergentes de la unión sexual y la procreación". (p.5)

A partir de todas estas definiciones, podríamos decir que las uniones convivenciales representan un modelo de familia.

Si bien en la actualidad esto es así, este instituto debió recorrer un largo camino desde el desamparo jurídico y el rechazo social hasta su paulatino reconocimiento como modelo familiar merecedor de tutela.

Para comprender mejor lo dicho realizaremos un breve repaso por dicho trayecto destacando aquellos datos que fueron relevantes para nuestra temática.

b. El concubinato en el Código Civil, sus modificaciones y otras leyes importantes.

En la redacción original del Código Civil no hubo mención alguna sobre el concubinato. Fue en el año 1887 con la Ley de Matrimonio Civil que se menciona por primera vez. En el artículo 89, inciso 1 decía: *Si el matrimonio anulado fuese contraído de mala fe por ambos cónyuges, no producirá efecto civil alguno. La nulidad tendrá los efectos siguientes: 1. La unión será reputada como concubinato.*

Esta mención era despectiva e implicaba una sanción a la mala fe de los cónyuges.

Debemos recordar que al momento de la redacción del Código Civil la concepción de familia que adoptaba, reconocía y protegía nuestro régimen jurídico era exclusivamente la familia matrimonial, y que las parejas concubinarias eran consideradas disvaliosas y hasta inmorales. (Benavente, 2005) Igual trato recibían los hijos nacidos fuera de un matrimonio.

Varios años más tarde, en el año 1954, la Ley 14.367 equipara la situación de los hijos que naciera fuera de la institución matrimonio pero mantuvo la diferencia de estos frente a los hijos matrimoniales, sobre todo en materia sucesoria, puesto que les otorgaba una legítima reducida a la mitad de los bienes disponibles siempre y cuando no hubiese hijos legítimos o viudo/a. (art. 3596 derogado por ley 23264)

En el año 1968 se sancionó la gran reforma del Código Civil, Ley 17.711, que instauró el divorcio limitado o separación de cuerpos por mutuo consentimiento de los esposos y modificó numerosas normas del Código Civil y de la ley de matrimonio civil sobre emancipación, oposición a la celebración del matrimonio, derechos y deberes de los cónyuges, acción de divorcio y efectos de éste. (Belluscio, 2004)

Es a partir de este momento, que, como dijera el Dr. Cordoba (2011), Argentina entra en un proceso de transformación en materia familiar.

Este proceso comenzó con la sanción de la Ley 23.264, de Filiación y Patria Potestad en el año 1985, que modificó varios artículos del Código Civil buscando eliminar las diferencias entre los sujetos de familia, igualando la situación jurídica de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio y en relación a nuestra materia, generó una presunción de paternidad a favor del conviviente de la mujer que daba a luz, salvo prueba en contrario. (Art. 257 C.C.)

La importancia de esta ley fue que amplió el concepto de familia expuesto en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, puesto que se incluyeron dentro del término “familia” situaciones que no encuadraban en el tipo tradicional pero que pedían una regulación urgente.

Posteriormente, en el año 1987, la Ley 23.515 de Matrimonio Civil introduzco el Divorcio Vincular e incluyó en tres artículos (aunque en un sentido negativo) el término concubinato. Estos artículos fueron el artículo 210 que dice: *Todo derecho alimentario cesará si el cónyuge que lo percibe vive en concubinato o incurre en injurias graves contra el otro cónyuge;* el 218: *La prestación alimentaria y el derecho*

de asistencia previsto en los artículos 207, 208 y 209 cesarán en los supuestos en que el beneficiario contrajere nuevas nupcias, viviere en concubinato o incurriese en injurias graves contra el otro cónyuge y el 3574: (...) En todos los casos en que uno de los esposos conserva vocación hereditaria luego de la separación personal, la perderá si viviere en concubinato o incurriere en injurias graves contra el otro cónyuge. También esta ley trasladó el anterior artículo 89 al actual 223.

Por otra parte, en el año 1988 se sanciona una ley muy importante para nuestra temática, la Ley 23.570, que modificó la ley de Pensiones y Jubilaciones otorgándole al conviviente el mismo trato que el viudo o la viuda en los casos que el causante se hallase separado de hecho y hubiese convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento. Si había descendencia o el causante era soltero, viudo, separado legalmente o divorciado, el plazo de convivencia, se reducía a dos años.

Unos años más adelante, en el año 1993, se sancionó la Ley 24.193 de Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos. Esta ley, en su artículo 15 establece: *Sólo estará permitida la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho (18) 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 (3) años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida. Este lapso se reducirá a dos (2) años si de dicha relación hubieren nacido hijos.*

Principalmente estas dos últimas leyes brindaron reconocimiento a ciertos derechos de los convivientes y comenzaron a marcar la tendencia que seguirían las leyes posteriores con la modificación de la Constitución Nacional.

c. La reforma de la Constitución Nacional de 1994 y leyes posteriores.

Lo destacable de la reforma, en relación a lo que nos interesa, fue que a partir de la incorporación de los Tratados Internacionales a nuestro ordenamiento dándoles jerarquía constitucional, la manera de ver a la familia y el modo de protegerla varió considerablemente.

En primer lugar, al receptor la Declaración Americana por los Derechos y Deberes del Hombre se reconoció a toda persona el derecho a constituir una familia, considerada esta como elemento fundamental de la sociedad, y como tal, a recibir protección para ella.

En igual sentido, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 23 se establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

En la nota sobre el mismo se aclara que es importante aceptar el concepto de las diversas formas de familia, con inclusión de las parejas no casadas y sus hijos y de las familias monoparentales y sus hijos, así como de velar por la igualdad de trato de la mujer en esos contextos.

En este sentido, y en palabras de Belluscio (2004), se ha dado lugar a que se considere que frente al clásico modelo de familia (en sentido restringido), integrada por padre, madre e hijos existen otros modelos que se producen como consecuencia de actos voluntarios o aun de hechos fortuitos, como la muerte de uno de los integrantes de la pareja. Se suele hablar de familia monoparental, la conformada por una persona sola con sus hijos; las familias ensambladas, aquellas formadas por una persona soltera o viuda con hijos que contrae un nuevo matrimonio; la familia extramatrimonial, natural o ilegítima, la constituida por dos personas que conviven en aparente matrimonio y por último, la recién reconocida familia homosexual.

Este nuevo razonamiento en torno a la definición de la familia fue plasmado en las leyes promulgadas con posterioridad. Estas leyes fueron mucho más inclusivas teniendo en cuenta los nuevos modelos familiares a los cuales se dirigían.

Como ejemplo podemos citar la Ley 24.417 sobre Violencia Familiar que establecía en su artículo primero, que a los fines de la aplicación de dicha ley, se entendía por grupo familiar el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho.

Otro ejemplo lo tenemos en el año 2005, con la sanción de la Ley 26.061 referida a la Protección de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes que incorporó un concepto bastante amplio de familia. Dispuso:

"Se entenderá por familia o núcleo familiar, grupo familiar, grupo familiar de origen, medio familiar comunitario, y familia ampliada, además de los progenitores, a

las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección. Los organismos del Estado y de la comunidad que presten asistencia a las niñas, niños y sus familias deberán difundir y hacer saber a todas las personas asistidas de los derechos y obligaciones emergentes de las relaciones familiares.”

Por último, señalaremos la reciente Ley de Matrimonio Igualitario, que extiende una figura tan tradicional y central del derecho de familia clásico como es el matrimonio a todas las personas, con total independencia de la orientación sexual de sus integrantes (Ley 26.618 del 2010). (Herrera, M. 2013 p. 110). Esta ley significó además que, por analogía a las uniones convivenciales, las parejas homosexuales que hicieran comunidad de vida, fueran singulares, estables y notorias, serían reputadas concubinato, accediendo a los derechos ya reconocidos para estas uniones.

A través de este breve recorrido observamos cómo el derecho buscó respetar la libertad de las personas para determinarse y autodefinirse, reconociendo derechos constitucionales como la autonomía personal y la solidaridad familiar.

Reconocemos, en este trayecto, una transición desde una concepción negativa y despectiva del concubinato hacia una aceptación de esta realidad en la cual las personas pueden optar por casarse o no.

Frente a este estado, donde el concubinato forma parte de la realidad social y produce efectos jurídicos, se instauró la discusión, tanto doctrinaria como jurisprudencial, referida a la necesidad de su regulación.

Así tenemos el primer gran intento, el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial del año 2012, proyecto que analizaremos a continuación.

d. Las uniones convivenciales en el Proyecto de Reforma al Código Civil de 2012

El Fundamento del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial parte de la idea de que en materia de familia se deben adoptar decisiones importantes a fin

de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar.

Es por ello, que proponen la regulación de las uniones convivenciales, por considerarlo un fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina, dedicándole un lugar dentro del libro referido a las Relaciones de Familia.

En el Título III es donde se encarga de explayarse sobre nuestra temática. Parte diciendo que se reconoce una tensión entre la autonomía de la voluntad de las personas que pueden optar por casarse y no, y el orden público que reconoce valores mínimos en la vida familiar pero que dicha tensión no puede desconocer los efectos jurídicos de la convivencia en pareja. Es por ello, que el Anteproyecto lo hace, pero de manera limitada.

Seguidamente hace un análisis de las palabras empleadas para nombrar a las personas que conviven sin vínculo matrimonial. Y dispone que el término “concubinato” empleado en la Argentina, ha sido utilizado siempre peyorativamente mostrando la censura social y jurídica que giraban en torno a tal situación.

Por ello propone el empleo de “uniones convivenciales” definiéndola como la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente entre dos personas que comparten un proyecto de vida en común. (p. 70)

Establece, además, como requisito previo para que la unión genere ciertos efectos jurídicos, el plazo mínimo de dos años de convivencia.

El elemento estructural está formado por la exigencia de conservar un proyecto de vida común, que como tal, se presenta como modelo de organización familiar merecedor de protección; existan o no hijos comunes. Lo relevante es que la unión se configura para compartir un proyecto de vida en común, una comunidad existencial con pretensión de perdurar en el tiempo; de tipo familiar, y es por ello que la regulación se ubica en el Libro Segundo, relativo a las Relaciones de Familia. (Pellegrini, 2012)

Por otro lado, el Proyecto de Reforma, adopta una postura intermedia referida a la registración de las uniones convivenciales. Es decir, aquellas uniones que no se registran pero que cumplen todos los requisitos mencionados pueden ser reconocidas como tales y generar ciertos efectos jurídicos; la registración no hace a la existencia de la unión, sino que facilita la prueba.

Respecto a este punto, algunos autores, como por ejemplo la Dra. Basset (2012), opinan que significaría cierta inseguridad jurídica. La autora nos dice que la registración es prueba del consentimiento mutuo para ingresar al estatuto de unidos. Hace las veces análogas del consentimiento matrimonial, con menos alharaca. Esto implicaría, según nos dice, que los unidos confiesan singularidad y permanencia, afecto y un proyecto de vida en común, que es más que lo que se le pide a cualquier persona casada. (p.242)

Otra de las cuestiones que pretende regular el Proyecto es la que permite que los convivientes puedan generar pactos que contengan disposiciones sobre las cargas del hogar durante la unión así como también prever los hechos ante casos de ruptura, por ejemplo la división de los bienes, la atribución del hogar común, etc.

En palabras de Pellegrini (2012) los convivientes podrán mediante pacto diseñar los efectos jurídicos de su unión –tanto durante su vigencia como a su finalización-, debiendo respetar un piso mínimo obligatorio, y sólo en caso de no efectuar pacto alguno, les resultará aplicable la regulación legal.(p. 71) Esto sería, según esta autora, otorgarle cierta ventaja frente al matrimonio, puesto que los convivientes podrían pactar libremente el régimen jurídico económico al cual someterse, situación que no ocurre en el matrimonio que sí o sí tiene un régimen jurídico legal impuesto.

Con respecto a las deudas, el Proyecto establece la solidaridad por las deudas asumidas para los gastos domésticos y dispone que uno de los convivientes no puede disponer libremente del hogar común ni de los bienes indispensables en el.

Con respecto a la ruptura del vínculo, establece numerosas razones por las cuales la convivencia puede finalizar, determinando que ante la inexistencia de pacto voluntario que regule tal situación, existe un régimen legal supletorio que establece que los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron pudiendo uno de los convivientes solicitar derechos sobre los bienes adquiridos durante la convivencia.

Frente a este proyecto de regulación surgieron varias opiniones tanto a favor como en contra.

Según la Dra. Lloveras (2013) el derecho debe tutelar la familia matrimonial y, a la par, proteger otros modelos familiares que evidencian elecciones de proyectos de vida diferentes, que no se basan en el matrimonio.

Por ello, las uniones convivenciales deben basarse en la libertad, solidaridad y responsabilidad. Dice la autora: el respeto de los derechos humanos a la vida familiar, la dignidad de la persona y la igualdad, así como la libertad, la intimidad y la solidaridad familiar deben conjugarse y articularse en el resguardo jurídico de esta forma de vivir las relaciones afectivas. (p. 164)

Lloveras parte de considerar que las uniones convivenciales se fundan en cuatro pilares fundamentales: a) autonomía personal y derecho a no casarse; b) el principio de no discriminación por el estado de familia; y c) la solidaridad familiar y el resguardo de un núcleo mínimo de garantías.

Por otra parte, los Dres. Giovannetti y Roveda (2012), cuestionan algunos aspectos regulatorios del nuevo proyecto de reforma, pero consideran que este acierta cuando pone en manos de los convivientes la regulación de los efectos personales y patrimoniales de su unión. También acierta en la regulación de normas de protección de la vivienda familiar; desde el año 1957 nuestro ordenamiento constitucional manda a protegerla y ese mandato no distingue entre la familia matrimonial y la extramatrimonial razón por la cual la legislación proyectada, más allá de los errores de técnica legislativa que hemos apuntado, resuelve una cuestión pendiente.

Otra postura nos presenta Braña y Gutierrez (1999) quienes opinan que la regulación otorgaría mayores beneficios al concubinato. Por ello, consideran no conveniente legislar concediéndole más derechos de los ya existentes o equiparándolo al matrimonio porque sin duda, esto restringe el derecho a la libre elección de las personas. Continúan diciendo que una ley que legislara los derechos y deberes entre concubinarios sería "intrusiva" porque restringiría la libre elección de las personas, ya que actualmente tenemos el divorcio vincular. De otro modo, o bien los esposos mantendrían sus incapacidades de derecho mientras los concubinarios tendrían una situación privilegiada con respecto a ellos, o bien los concubinarios tendrían las mismas incapacidades de los cónyuges, viendo limitadas sus libertades.

Similar criterio tiene la Dra. Castro (2013), quien considera que si bien el proyecto destaca la valoración a la autonomía de la voluntad, y a su vez, marca el

respeto al orden público reconociendo efectos a la convivencia de pareja, concluye diciendo que la regulación de las uniones convivenciales implicaría un indefectible acercamiento o acotamiento de la tan defendida autonomía de la voluntad.

Alguna de las razones, dice la Dra. Castro, se muestran en las restricciones a la libre administración y disposición de la vivienda asiento del hogar familiar, y de los muebles indispensables que allí se encuentren; necesitando el titular del bien el asentimiento del otro para disponer de esos bienes.

Por último, y en opinión de Basset (2012), la opción de política familiar de conferir efectos presuntivos a las uniones convivenciales implica una limitación a la libertad de relación de las personas. Quien ingresa en una unión libre, lo hace precisamente porque no quiere que la ley lo alcance. Con lo cual, considerar de orden público lo que era parte de la autonomía privada, termina siendo incoherente con el sistema valorativo propuesto por el legislador: limita la autonomía de la voluntad de las partes, expropiando (transfiriendo al terreno del orden público) decisiones privadas de adultos mayores y capaces. (p. 241)

Más allá de las opiniones a favor o en contra de la regulación de las uniones convivenciales, lo relevante de este primer intento regulatorio es que reconoció la importancia de estas uniones en la sociedad actual y su capacidad para generar derechos y obligaciones. Fue un intento de llenar el vacío legal imperante en la materia y brindó una serie de definiciones que sirven para delimitar el alcance y la proyección de las uniones convivenciales para los próximos tiempos.

Hasta aquí observamos el desarrollo de la noción de familia y su relación con la realidad social en la cual se desarrolla.

Pudimos ver cómo el contexto histórico fue modificando el concepto de familia hasta hacerlo más amplio e inclusivo, rescatando la verdadera esencia del mismo.

Esta inclusión permitió reconocer nuevos modelos familiares, que estaban presentes en la sociedad pero que no estaban previstos en nuestra legislación y con ese reconocimiento se les brindó amparo jurídico, reglando las distintas relaciones que se daban entre sus integrantes, reconociendo derechos y obligaciones que surgían de las mismas.

Uno de los modelos reconocidos fueron las familias concubinarias o uniones convivenciales, como las llama el Proyecto de Reforma de 2012 y con ello se reconocieron numerosos derechos a los integrantes de estas uniones, entre ellos podemos citar la protección de la familia, el derecho de pensión, la protección del concubino locatario, las garantías en los casos de violencia familiar, etcétera.

Vimos que ese reconocimiento fue producto de su aceptación social y que tanto la doctrina como la jurisprudencia comenzó a hablar en nuevos términos de este tipo de uniones analizando la posibilidad de su regulación.

El último gran intento se encuentra en el Proyecto de reforma de Código Civil y Comercial del año 2012 donde establece que aquellas uniones que tuviesen como fin la vida en común y que tuviesen dos años, al menos, de antigüedad, se podrían regir por las disposiciones del Código.

Dichas disposiciones buscan asegurar la protección del hogar familiar, la solidaridad de las deudas y permiten a los convivientes realizar pactos a fin de distribuir las cargas y prever algún modo de disolución en caso de ruptura.

Si bien el Proyecto de reforma aun no ha sido promulgado, sus disposiciones sientan precedentes que los magistrados tienen en cuenta al momento de resolver aquellas controversias que no encuentran amparo en las leyes actuales.

Por ello, y a partir de este primer capítulo, podemos afirmar las siguientes conclusiones parciales:

- *La familia es el núcleo social donde se inculcan los primeros valores y forjan a la sociedad, por tal motivo su protección está reconocida internacionalmente.*
- *Las uniones convivenciales son reconocidas como modelos familiares.*
- *El hecho de convivir con una persona en lugar de casarse no es un hecho ilícito, por lo cual el derecho debe respetar esa libre elección.*
- *Respetar no quiere decir ignorar, por ello, las relaciones que surgen de las uniones convivenciales deben encontrar amparo en el derecho.*
- *El derecho debe garantizar la libertad de las personas para unirse y proyectar su vida en común.*

- *La violación a dicho derecho es un hecho antijurídico inadmisibles por nuestro ordenamiento.*

CAPÍTULO II

La responsabilidad civil.

i. El derecho de daños

Compartimos con Pizarro y Vallespinos (1997) el considerar al derecho de daños como una categoría amplia que se encarga de todas las cuestiones referidas al daño, desde su prevención, punición y resarcimiento.

En este sentido, dicen los autores, que el derecho de daños contaría con tres funciones principales. Una función preventiva, una punitiva y una resarcitoria.

En la función preventiva Zavala de González (2011) nos dice que es mejor prevenir que reparar ya que la reparación presupone un daño injusto, el cual no puede ser borrado aunque se procure una excelente compensación a favor de la víctima. En igual sentido López Herrera (2008) agrega que siempre es mejor que el daño no ocurra a que se indemnice bien.

El modo de operar de la función preventiva se daría de dos formas: una de carácter general y otra de carácter específico. (Pizarro y Vallespinos, 1997)

La prevención de carácter general funciona a través de la imposición de consecuencias jurídicas previstas en la norma que disuaden a la persona de provocar un daño.

La prevención de carácter específico supone que frente a la producción de una actividad determinada, que por sus características supone un mayor riesgo de dañosidad, se le exija, a los sujetos accionantes, deberes especiales destinados a controlar y aminorar esos riesgos.

En su función punitiva, el derecho de daños integra cuestiones de naturaleza sancionatoria que buscan dismantelar el hecho ilícito. (Pizarro y Vallespinos)

En este sentido, la faz sancionatoria actuaría cuando el agente dañador actúa con una desaprensión que indigna. En esos casos, la conducta dañosa ofende a la sociedad y la mera reparación del daño provocado no alcanza para restablecer el valor justicia que queda lesionado. (Sprovieri, 2010)

Un ejemplo de esto son los daños punitivos de nuestro sistema, que según Pizarro (1993) son sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de

ciertos ilícitos destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro. Cuando el demandado en forma deliberada o con grosera negligencia, causa un perjuicio a otro, se pueden aplicar estas puniciones.

Por último, el derecho de daños en su función resarcitoria entra en juego cuando el daño ya está hecho y emerge la responsabilidad de repararlo.

Es aquí donde aparece la responsabilidad civil como la principal función del derecho de daños, tema que trataremos a continuación.

ii. La Responsabilidad Civil

Partimos de la idea de que no existe un derecho a dañar al otro, por ello el daño es en sí mismo un hecho injusto. Por lo mismo, todo aquel que causa un daño está obligado a su reparación. (Mosset Iturraspe, 1980)

La responsabilidad civil es la respuesta que surge ante un daño causado, la obligación de resarcir a la víctima y de subsanar el perjuicio ocasionado.

Quien provoca un daño provoca un desequilibrio, un desorden que debe ser restablecido. La medida de esa reparación así como el quién, el cómo y cuándo responder son materia de la responsabilidad civil.

Pizarro y Vallespinos (1997) definen a la responsabilidad civil como la obligación de resarcir todo daño injustamente causado a otro.

En este capítulo nos avocaremos a las cuestiones principales que rigen la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento.

a. Evolución de la responsabilidad civil: de la culpa como fundamento de la responsabilidad al daño como eje del sistema.

Cuando Vélez Sarsfield redactó nuestro Código Civil el sistema de responsabilidad que impuso se basaba en la idea de culpa.

Solo la culpa justificaba la responsabilidad pues todo el que provocaba un daño cometía un ilícito y por tal, tenía que responder.

Originada en la Revolución Francesa con la concepción del hombre libre que actúa con voluntad, la responsabilidad civil basada en la culpa buscó sancionar al dañador, reprochando su accionar ilícito por no haber sido diligente y cuidadoso.

Gherzi (1997) nos decía que el hombre como ser esencialmente libre, debía reparar el daño causado a otro cuando ha violado el deber general y fundamental de no dañar (implícitamente establecido en los arts. 14 y 19, Const. nacional) o incumplió la obligación contractual voluntariamente convenida (como norma específica derivada de la potestad acordada a las partes por el ordenamiento jurídico). (p. 5)

Por ello, el sistema de responsabilidad civil de aquella época se centraba en el dañador y en su accionar antijurídico y reprochable que hacía surgir la responsabilidad y de este modo se determinaba la cuantía de la indemnización.

Para el autor citado, dicho sistema giraba en torno a dos grandes conceptos: la ilicitud y la culpabilidad.

La ilicitud era definida por Orgaz (1973) como la contrariedad del acto de acción u omisión con el ordenamiento jurídico. Por lo cual, el acto ilícito era siempre un quebrantamiento del orden legal. (Gherzi, 1997)

Por su parte, la culpa denotaba el reproche de esa conducta antijurídica admitiendo dos vertientes: la culpa propiamente dicha que hace referencia a la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de persona, tiempo y lugar (art. 512 C.C) y el dolo como actuar intencional.

Esta visión de la responsabilidad civil era coherente con la concepción política de Estado vigente en aquel período de la historia, y con los valores que dicha sociedad procuraba jerarquizar. (Pizarro y Vallepinos, 1997)

Tal concepción imperó hasta principio del siglo pasado, cuando la reparación del daño injustamente causado, lentamente, dejó de ser una manifestación de conflictos individuales y asumió un contenido marcadamente social, que habría de incrementarse con el correr de los años.

Esta socialización del derecho implicó estudiar el fenómeno de la responsabilidad no ya desde el dañador sino desde el daño, partiendo de reconocer la existencia de ciertos perjuicios donde no existía ilicitud ni culpa, pero que merecían ser reparados.

En consecuencia y a causa de los avances tecnológicos y la masificación que se produjo en la sociedad, comenzaron a surgir nuevas doctrinas que vislumbraron

una responsabilidad fragmentada en estatutos especiales destinados a regular la prevención y reparación de daños en supuestos específicos. (Lorenzetti, 1993) De acuerdo a Ghersi (1997) esta tendencia renovadora del derecho tuvo gran contenido social acercándose más al hombre y alejándose del patrimonio como meta central de protección. (p. 8)

Este cambio se vio con la reforma de 1968 y la introducción de factores objetivos de atribución como el riesgo creado y la equidad lo que dotó al Código, según Pizarro y Vallespinos, de una tendencia más humanista y solidaria. (p. 457)

Dentro de esta reforma se destaca la incorporación de la teoría del riesgo cuya idea básica es que quien introduce en la sociedad algo que tiene aptitud para provocar un perjuicio, cuando éste se produce, debe soportarlo. De este modo, se traslada el eje desde la culpa a la causa del daño de donde se determina que no pudiéndose determinar el autor material del perjuicio, el deber de reparar recaerá sobre el titular de la cosa o de la actividad. (Alterini, p. 181).

Además, la inclusión de la garantía y la equidad como factores objetivos de atribución buscaron instaurar la primacía de la solidaridad para repartir el coste de los daños garantizando la reparación de la víctima.

De este modo, por ejemplo, se reconoció el derecho a ser resarcida la persona que sufría un perjuicio a partir de un hecho lícito cuyo factor de atribución objetivo podía ser la solidaridad o la igualdad ante las cargas públicas. (Mosset Iturraspe y Piedecasas) En este sentido, agregan los autores, el derecho de daños mira a la víctima inocente a quien busca reparar siendo para ella indiferente el carácter lícito o ilícito de la conducta dañosa.

Algunos autores como Lorenzetti y Lambert-Faivre hablan de una crisis de la responsabilidad que deja de ser una deuda para transformarse en un crédito de la víctima cuyo derecho es ser indemnizada.

Al respecto Calvo Costa (2005) dice que el fundamento de la responsabilidad civil ya no lo constituye el acto ilícito de quien ocasiona el perjuicio, sino el daño de quien lo soporta injustamente. De este modo el daño se convierte en el núcleo de todo el sistema de responsabilidad civil siendo esencial su presencia y su falta de justificación para que proceda la reparación del perjuicio. (Bueres, 1988)

Este cambio de eje provocó, para Calvo Costa (2005), dos grandes mutaciones en el sistema de la responsabilidad: por un lado se transforma en un sistema plural que abandona su concepción unitaria de la responsabilidad convirtiéndose la culpa en un criterio más para imputar el daño y por el otro, el abandono definitivo del carácter sancionatorio de la reparación que ahora tiene un fin puramente resarcitorio.

De todo esto, podemos rescatar que el actual sistema de responsabilidad civil se rige en torno a la definición de daño y bajo la premisa de que no hay responsabilidad sin daño, que la culpa es solo uno de los factores de atribución y que se rige por dos principios fundamentales que estructuran todo el sistema como son el de no dañar a otros y la reparación plena e integral, principios que estudiaremos a continuación.

b. Principio *alterum non laedere* y reparación plena e integral.

El sistema de reparación dispuesto en nuestro ordenamiento tiene dos principios rectores y fundamentales. Por un lado el *alterum non laedere* y por el otro la reparación plena e integral.

El *alterum non laedere* hace referencia a la prohibición constitucional de no dañar a otros y se funda en el art. 19 de la Constitución Nacional. Este principio implica un límite a la libertad humana así como también impone el nacimiento de la obligación de reparar el daño en caso de transgredirlo.

La importancia de este principio radica en su innegable relación con el otro, al cual protege de mi injerencia y a su vez, busca garantizar la vida en sociedad. En palabras de Yaguez, (1989) “el no causar daño a los demás es quizá, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana”. (p. 21)

Por otro lado, este principio, como dice Herrera (2011) "debe ser interpretado primero en forma literal, no tanto en el sentido de indemnizar el daño ya causado (intervención *ex post*), sino de evitación del daño (actuación *ex ante*)". Por consiguiente, dice Zavala de González (2011), la exigencia ética y jurídica de "no dañar" requiere ante todo impedir daños injustos, al margen de reparar los causados y esto hace posible actuar pacíficamente en la vida social, con la expectativa de que conductas legítimas no serán estorbadas sino respetadas.

Frente al principio de no dañar a otros se deriva el otro principio constitucional que actúa una vez provocado el daño; este principio es el de Reparación Plena e Integral que no es otra cosa que el responsable del daño tiene la obligación de reparar todo el perjuicio que ha causado.

En palabras de Pizarro y Vallespinos (1999) el principio de reparación plena e integral implica una razonable equivalencia jurídica entre el daño y la reparación. Esta equivalencia se plasma en cuatro reglas fundamentales: el daño debe ser fijado al momento de la decisión; la indemnización no debe ser inferior al perjuicio; la apreciación del daño debe formularse en concreto y la reparación no debe ser superior al mal sufrido.

Respetadas estas cuatro reglas, estaríamos frente a una reparación plena e integral del daño y cumpliría con el fin de la responsabilidad civil.

Habiendo dicho esto, nos queda preguntarnos cuándo surge la obligación de reparar. Para respondernos debemos saber que existen cuatro presupuestos que configuran la obligación de dañar y los analizamos a continuación.

c. Presupuestos de la responsabilidad civil: Breves consideraciones al respecto.

Para que el sistema de la responsabilidad civil entre en juego es necesario que se den cuatro presupuesto: la antijuricidad, un factor de atribución, la relación causal y el daño.

Mencionaremos lo más relevante de los primeros tres a fin de tener una visión de cómo funciona cada uno y nos detendremos en el daño como tema importante para nuestro trabajo.

i. Antijuricidad: El incumplimiento

Una acción es antijurídica o ilícita cuando resulta contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado. (Bueres, 1998)

La acción está dada por el comportamiento humano sea de comisión y omisión que provoca un resultado en el mundo exterior.

Este es el sentido de la antijuricidad formalmente considerada, pero existe una antijuricidad material o sustancial. Esta antijuricidad hace referencia a

aquellas violaciones que se dan al ordenamiento en un sentido más amplio y considerándolo de un modo más sensible y comprensivo de los principios fundamentales que rigen nuestro ordenamiento público, la moral y las buenas costumbres. Siguiendo a Mosset Iturraspe y Piedecosas (2005) la antijuridicidad material implica cualquier violación del ordenamiento, del plexo normativo, debidamente integrado. Y ello es válido tanto para las acciones como para las omisiones.

De esto se desprende la enorme importancia, como principio general del Derecho que da pie a la responsabilidad, el del *neminem leadere* o "no dañarás". Por ello se sostiene que no hay un "derecho a dañar" y, muy por el contrario, todo daño, al menos como regla, aparece como la violación de aquel apotegma fundamental, originando un derecho al resarcimiento para la víctima y, creando para el victimario, el deber de volver las cosas al estado anterior. (Mosset Iturraspe y Piedecosas p. 13)

Dicho esto y comprendida la antijuridicidad como toda violación o transgresión de nuestro ordenamiento jurídico integralmente considerado, al analizar la ilicitud de un acto debemos considerarlo de un modo unitario y objetivo, en abstracción de toda valoración, pues la antijuridicidad no depende de la voluntad ni de la culpa de la persona que lo ejecuta. Es por ello que el actuar de un menor de diez años puede ser antijurídico. Nos dice Pizarro y Vallespinos (1997) que la antijuridicidad es predicable de una conducta humana y no del daño, pues existen conductas antijurídicas y no daños antijurídicos.

ii. Factor de atribución

El factor de atribución constituye el elemento axiológico o valorativo en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito *stricto sensu* a una determinada persona. (Pizarro y Vallespinos p. 575)

Llambias (2004), por su parte, nos dice que el factor de atribución va unido a la idea de autoría del hecho obrado, de no ser imputable ese hecho a una persona, esta no puede ser calificada como autora del mismo.

Los factores de atribución pueden ser subjetivos basados en la idea de dolo o culpa, o pueden ser objetivos dentro de los cuales encontramos el riesgo creado, la equidad y la obligación de seguridad.

Brevemente detallaremos cada uno de ellos:

a. Factores subjetivos de atribución:

En la faz subjetiva del factor de atribución implica un estudio de la situación psicológica del sujeto, de la voluntariedad del acto.

En palabras de Pizarro y Vallespinos esto es la imputabilidad de primer grado, estructurada sobre la voluntad y busca determinar si la persona actúa con discernimiento, intención y libertad.

Desde este punto de partida, por ejemplo, no le será reprochable subjetivamente la conducta al menor de diez años o al declarado demente pues ambos carecen de discernimiento, o quien actúa por error provocado o excusable pues no tiene intención, lo mismo sucederá por quien actúa por una fuerza irresistible o movido por el temor fundado de sufrir un mal grave ya que actúa sin libertad.

Ahora bien, comprobada la voluntariedad del acto, entramos en la imputabilidad de segundo grado, esto es si existió dolo o culpa del actor.

▪ **El dolo:**

El dolo cuenta con distintas acepciones en nuestro ordenamiento. Así podemos definirlo como vicio de la voluntad, como elemento del delito y como parte del incumplimiento obligacional.

- Como vicio de la voluntad: esta es la definición que se le otorga en el artículo 931 del Código Civil que define a la acción dolosa como toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin.

- Como elemento del delito: nos referimos al dolo delictual incluido en el artículo 1072 que hace referencia al hecho ilícito ejecutado a sabiendas y con la intención de dañar a otra persona o a sus derechos.

- Como parte del incumplimiento obligacional: en este caso se configura cuando el deudor puede cumplir, pero aun así, no lo hace. (Bustamante Alsina, 1997)

La existencia de dolo repercute en la dimensión de las consecuencias que deberá reparar el dañador. Para eso, el dolo no se presume y debe probarlo quien lo alega.

En el caso de que se pruebe se agrava la responsabilidad debiendo reparar no solo las consecuencias mediatas e inmediatas del daño sino también aquellas consecuencias causales que pudo prever y las que haya tenido en mira el dañador al ejecutar el (Art. 905 C.C.).

▪ **La culpa:**

Se encuentra definida en el art. 512 y hace referencia a la omisión de las diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

La culpa se diferencia del dolo por la ausencia de intención maléfica y ubica el acto en un ámbito de responsabilidad más benigno ya se trate de un acto ilícito o del incumplimiento de las obligaciones. (Bustamante Alsina)

Por otra parte, la culpa puede darse por omisión o comisión. Esto es, por no haber realizado lo que debía hacerse o por hacer lo que no se debía. La culpa en este sentido puede deberse a la negligencia (no prever lo previsible o habiéndolo previsto no ser diligente) la imprudencia (conducta precipitada, irreflexiva) o la imprudencia (falta de capacidad técnica para desarrollar la acción). (López Mesa, 2006)

A diferencia del dolo, la culpa se presume en la órbita contractual por lo que ante el daño, quien daña, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar su no culpa, o su actuar diligente y de acuerdo a las circunstancias del caso. En este caso, si habiendo sido diligente y cuidadoso el daño ocurrió lo mismo esto se debe a que no era previsible o previsto no era posible evitarlo. (Bustamante Alsina, 1997)

En cambio, ante un hecho ilícito la culpa no se presume debiendo ser probada por quien la alega. Si bien esta es la regla existen excepciones donde se busca favorecer a la víctima invirtiendo la carga de la prueba, siendo el responsable del daño quien debe demostrar su actuar diligente. Esta presunción opera en los daños causados con las cosas, en la responsabilidad de los padres por el daño causado por sus hijos menores que vivan con ellos. (Alterini, Ameal y Lopez, 1996)

b. Factores objetivos de atribución

Los factores objetivos de atribución se caracterizan por fundar la atribución de la responsabilidad en parámetros objetivos de imputación con total abstracción de la idea de culpa. Los factores de atribución objetivo son: la teoría del riesgo creado, la garantía y la equidad.

- **Teoría del Riesgo Creado**

Es el principal factor de atribución objetiva y se sintetiza en que quien es dueño o se sirve de la cosa o realiza una actividad que por su naturaleza o modo de empleo generan riesgos potenciales a terceros debe responder por los daños que ellas originan. (Pizarro y Vallespinos, 1997)

En nuestro Código Civil se encuentra, entre otros, en los daños provocados por el riesgo o vicio de las cosas, en los daños provocados por animales (art. 1113, 1124), en el art. 40 de la Ley de defensa al Consumidor que habla de los daños causados al consumidor por el vicio o defecto de la cosa o por la prestación de un servicio, etc.

- **Garantía**

Este factor de atribución surge como la obligación de reparar un daño sobrevenido por caso fortuito. (Mazeaud citado por Alterini, 1997)

Para Bustamante Alsina es un factor autónomo de atribución y se observa en la garantía del principal por los daños que causen quienes se hallan bajo su dependencia. (Primera parte del art. 1113). Se incluye de manera tácita en ciertos contratos con el fin de preservar a las personas o a las cosas de los daños que puedan originarse en la ejecución de un contrato (Pizarro y Vallespinos, 1997).

- **Equidad**

La equidad se observa en el artículo 907 del Código Civil que dice: "Cuando por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes, sólo 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 también 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".

Es una solución tendiente al resarcimiento de los daños que se provoquen por hechos involuntarios que no pueden encuadrarse en otro factor de atribución.

iii. La relación causal

El daño cuya reparación se pretende debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a las cuales se atribuye su producción, pues de otro modo se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otro o por la cosa de otro. (Bustamante Alsina, 1997)

De acuerdo a Prevot (2010) la causalidad cumple dos funciones: por un lado implica determinar el autor del hecho dañoso y por el otro implica establecer el alcance de la obligación resarcitoria.

Ahora bien, para determinar cuál de todas las causas es la causa que debe emplearse para determinar esas dos funciones han surgido varias teorías entre las cuales se destaca la teoría de la equivalencia de las condiciones bajo la cual, serán causas todas las condiciones tanto positivas como negativas que concurren a producir el hecho; la teoría de la causa próxima que buscó acotar la anterior y determino que sería causa aquella que, de todas las condiciones que llevaron a producir el hecho, sea la más cercana temporalmente hablando; la teoría de la condición preponderante y eficiente que considera causa a aquella condición que rompa el equilibrio influyendo decisivamente en el resultado y que además sea eficaz para producir el hecho. (Bustamante Alsina, 1997)

Por último, la teoría de la causalidad adecuada, receptada por nuestro ordenamiento, que dice que será causa aquella que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado.

iv. El daño

El daño es uno de los elementos fundamentales y necesarios para que actúe la responsabilidad civil, por lo cual es tratado en un capítulo aparte al cual remitimos.

Aun así, daremos el concepto propuesto por Calvo Costa (2005) que lo concibe como la lesión a un interés -obviamente ajeno- patrimonial o extrapatrimonial, jurídicamente protegido, que provoca consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales, respectivamente. (p.97)

d. La reparación del daño

Comprobada la existencia de los presupuestos de la responsabilidad surge la obligación de indemnizar el daño.

La reparación, como dice Alterini (1997) es el cumplimiento de una obligación por parte del responsable y a favor del damnificado cuyo objeto es resarcir el daño injustamente causado.

De su definición podemos observar su naturaleza reparadora, puesto que habla de resarcir el daño, de compensarlo antes que de sancionar al responsable. Por ello, nos dice Pizarro y Vallespinos que el perjuicio sufrido es el tope de la reparación puesto que debe existir un equilibrio entre daño y resarcimiento.

Aun así, existen algunos autores que hablan de una naturaleza dual de la reparación. Dicen que junto a la naturaleza reparadora existe, también, una naturaleza sancionatoria que traspasa el límite del equilibrio a fin de castigar al dañador.

Dentro de quienes apoyan esta dualidad encontramos a Bustamante Alsina (1997) que nos habla de sanción resarcitoria y la define como la sanción que tiende a restablecer las cosas a su estado anterior en cuanto fuere posible, desmantelando la obra ilícita mediante el aniquilamiento de sus efectos pasados, presentes y futuros. (p.77)

Para él, la obligación de reparar actúa como un contradaño para el autor del hecho que debe reponer con su patrimonio los perjuicios ocasionados en el patrimonio del damnificado.

Similar postura adopta Pizarro y Vallespinos, solo que ellos no hablan de una dualidad de funciones sino que consideran que la reparación en principio, es esencialmente resarcitoria y solo mediata e incidentalmente puede tener proyección sancionatoria.

Concordamos con estos autores, pues si bien la principal función de la obligación de reparar el daño es justamente esa, es decir, eliminar las consecuencias dañosas del perjuicio consideramos que existen situaciones donde la obligación puede tener un tinte sancionador.

Es más, consideramos la subsidiariedad del aspecto sancionatorio, puesto que afirmamos que el modo para que opere el aspecto sancionador de la función reparadora es que ante todo, debe existir un daño y que este daño debe ser resarcido operando la naturaleza reparadora en primer medida. Aun así, si la causa que provoque el daño, es decir, el despliegue realizado por el dañador fue deliberado o con grosera negligencia puede existir una sanción que no busca reparar el daño, sino castigar al ofensor a fin de que procure no volver a dañar de ese modo.

En este sentido debemos citar los daños punitivos regulados en nuestro ordenamiento a partir del art. 52 bis de la Ley de Defensa al Consumidor.

En este caso, la naturaleza es puramente punitiva, puesto que como dice el artículo *“Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales (...) el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan...”*

Es un castigo por su mal obrar que faculta al juez a aplicar una multa civil además de las indemnizaciones que correspondan para reparar el perjuicio. La finalidad es, como dijimos anteriormente, disuadir al dañador a En este ejemplo, podemos observar la doble funcionalidad de la reparación.

1. La reparación in natura y la reparación por equivalente

Existen dos grandes sistemas de reparación. La reparación in natura o en especie y la reparación por equivalente.

La reparación in natura, en especie o específica es aquella que tiende a volver las cosas al estado en el que se hallaban antes de producirse el hecho dañoso. Su viabilidad depende de que sea material y jurídicamente posible realizarla, puesto que en ciertos supuestos, como por ejemplo el daño moral, es clara su imposibilidad de aplicación.

La reparación por equivalente o por indemnización es el sistema que imperó en el derecho romano y consiste en el pago de una suma de dinero equivalente al perjuicio sufrido por la víctima. Se busca una compensación del patrimonio. Este tipo

de reparación parece más útil y sencilla frente al daño patrimonial pero también implica dificultad a la hora de valorar y cuantificar el daño extrapatrimonial.

Esta es la cuestión tan debatida respecto de ponerle el precio al dolor, pero para los autores que defienden este tipo de reparación para el daño moral dicen que además de ser el único modo posible (puesto que no existen posibilidades de volver las cosas a un estado anterior cuando hablamos de subjetividades humanas), el dinero cumple una función distinta, pues aquí su función es satisfactiva, busca brindar un resarcimiento al damnificado no restablecer el equilibrio como en el daño patrimonial. (Zannoni, Pizarro, Vallespinos, Moisset de Espanes, entre otros)

Como veremos más adelante, ambos sistemas fueron receptados en nuestro ordenamiento, si bien en un primer momento, antes de la reforma 17.711, solo se reconocía la reparación por equivalente, luego de la reforma se adoptaron ambos sistemas como métodos de reparación.

En este sentido, para Bustamante Alsina la reparación in natura es el sistema más perfecto de resarcimiento pero admite que en la práctica pueden suscitarse diversas cuestiones que tornarían insatisfactoria la solución.

En este capítulo pudimos ver la importancia actual del derecho de daños y sus tres funciones: preventiva, sancionatoria y resarcitoria.

De estas tres funciones se destaca la resarcitoria como mecanismo que comienza a funcionar a partir de un daño y que busca su reparación.

De esta función se encarga la responsabilidad civil.

Vimos el importante cambio que existió en la materia pasando de un sistema basado en la culpa a un sistema más humanizado que privilegia a la víctima y a su reparación por sobre todo.

Para lograrlo, el derecho reconoció nuevos factores de atribución como por ejemplo el riesgo creado o la garantía e incluso reconoció la reparación ante daños

provocados por actividades lícitas, puesto que lo que se buscó fue que no quedaran daños sin resarcir.

Analizamos los dos métodos de reparación y si bien reconocemos que lo ideal es que las cosas vuelvan a su estado anterior al daño, este principio se vuelve imposible en numerosos casos y sobre todo cuando los intereses afectados son extrapatrimoniales.

Para concluir con este capítulo podemos enunciar las siguientes conclusiones parciales:

- *El derecho de daños cuenta con tres funciones: preventiva, punitiva y resarcitoria.*
- *La responsabilidad civil se encarga de la faz resarcitoria.*
- *La responsabilidad civil analiza el daño, su alcance y determina quién debe responder.*
- *La responsabilidad civil cuenta con dos principios rectores que estructuran todo el sistema: el alterum non laedere y la reparación plena e integral.*
- *Estos principios se resumen en que no existe un derecho a dañar a otros y frente a un daño, la reparación que se le brinde a la víctima debe ser plena e integral.*

Capítulo III

El daño

1. Concepto

La importancia de definir el daño radica en que la responsabilidad civil se desprende necesariamente de él, puesto que sin daño no hay sanción de ninguna índole ni existe obligación de reparar.

Por ello el concepto de daños ha mutado acorde a las distintas teorías que han ido surgiendo. En este sentido, Mosset Iturraspe y Piedecabras (2005) nos dice que en la concepción clásica de la responsabilidad del siglo XIX existía una preocupación por la proliferación de daños que se traducían en un enriquecimiento indebido de las víctimas. Por ello se buscó acotar los perjuicios jurídicos relevantes que merecían reparación a través de la tipificación de los daños que eran resarcibles. Así surgió la teoría del daño como “derecho subjetivo”.

Posteriormente, avanzado el siglo XX, dicen los autores, tales concepciones resultaron inconcebibles por estrecha e injusta por lo que fue necesario pasar del daño tipificado al daño no tipificado, de la lesión de un derecho subjetivo a la contradicción de un interés lícito avances inscriptos en un proceso de humanización del Derecho.

Para comprender mejor lo dicho analizaremos cada una de las teorías y la noción de daño que brindaban:

a. Daño como lesión a un derecho subjetivo

Esta postura parte de la idea de que existe un derecho subjetivo, esto es, un poder de actuar garantizado por el derecho.

Por ello, siguiendo a Mosset Iturraspe y Piedecabras sólo hay daño cuando se viola un "derecho subjetivo", y sólo existen tales derechos cuando el legislador expresamente los reconoce en una norma. (p. 29)

Para esta postura, el daño se produce cuando se transgrede la garantía otorgada por la norma a la persona titular del bien y no cuando se menoscabe el bien tutelado. (Brebbia, 1967)

Bajo esta teoría el daño será patrimonial cuando el derecho lesionado también lo sea y será daño moral cuando el derecho lesionado sea un derecho extrapatrimonial.

Lalou, citado por Mazeaud – Tunc (1962), nos dice que la distinción del daño material y del daño moral corresponde a la gran división de los derechos de modo que cuando se lesionan derechos patrimoniales –reales y personales—se estaría ante daño material o patrimonial y si la lesión es de derechos extrapatrimoniales –personalidad, familia—el daño sería moral.

Las críticas a esta teoría radican, por un lado, en que considera que el daño es una lesión a un derecho subjetivo y por lo cual, descarta la existencia de simples intereses o intereses colectivos que pueden tener relevancia jurídica y como tal, su lesión debe ser resarcida. (Albadejo, 1960)

Por el otro lado, erra al considerar que la índole del derecho subjetivo lesionado será lo que determine que el daño sea patrimonial o extrapatrimonial, puesto que la lesión de un derecho subjetivo de contenido patrimonial puede repercutir en la esfera extrapatrimonial del sujeto y viceversa.

b. Daño como lesión a un interés jurídico

Bueres (1989) considera que el daño es una lesión a un interés jurídico sea patrimonial o extrapatrimonial. Para este autor, el derecho no protege bienes en abstracto, sino que lo hace siempre que esos bienes satisfagan necesidades humanas, es decir, representen un interés legítimo. (Bueres, 1992)

En esta línea, la persona titular de un derecho subjetivo, en palabras de Zannoni (1993) cuenta con un interés legítimo que el derecho protege; interés que es presupuesto del derecho.

Así, para esta corriente, la distinción entre daño patrimonial y moral no radicaría en el distinto carácter del bien lesionado, sino en el interés diverso que actúa como presupuesto y dado que un mismo derecho puede tener como presupuesto intereses patrimoniales o extrapatrimoniales, es esto último lo que debería computarse a la hora de determinar si el daño asume uno u otro carácter. (Pizarro y Vallespinos, 1997)

Por otra parte, lo que el derecho tutela, según esta postura, es lo que puede ser afectado por el daño, es decir, que todo aquel interés que no encuentre tutela en

nuestro derecho ni explícita ni genéricamente y sea lesionado no provocará reacción del sistema, pues la simple lesión no es daño. (Zannoni, 1993)

¿Qué sucede entonces con los intereses simples? Zannoni (1993) define los intereses simples como meras expectativas lícitas de continuar obteniendo el objeto de la satisfacción sin contar con protección legal que autorice su obtención compulsiva a través del derecho.

Ante tal situación surge la duda sobre si la lesión de estos intereses simples puede ser objeto de resarcimiento en la medida que revistan el carácter de serios y lícitos.

La respuesta es afirmativa por gran parte de la doctrina, postura que nosotros compartimos, puesto que los simples intereses (en tanto sean lícitos y serios) también adquieren tutela jurídica siempre y cuando sean medios para satisfacer necesidades humanas. En este sentido, Pizarro y Vallespinos (1997) opinan que la tutela jurídica que alcanza a estos intereses es genérica, por cuanto una lesión en los mismos es antijurídica y apta para generar consecuencias dañosas.

Es decir, desde esta postura el daño es la lesión de un interés jurídico pero puede ser también la lesión a un simple interés siempre y cuando este sea serio y lícito apto para satisfacer necesidades humanas.

La crítica que se le hace a esta corriente es que puede considerar con un sentido muy amplio los intereses extrapatrimoniales que superan la espiritualidad de la persona, llegando incluso a considerar titulares a las personas jurídicas. A su vez, se le critica la dificultad que presenta para cuantificar el daño moral, puesto que, para algunos autores, como por ejemplo Zannoni, el daño moral coincide con la actividad dañosa y para otros, como Bueres, el daño moral se mide valorando el detrimento producido en el interés protegido. (Pizarro y Vallespinos, 1997)

c. El daño definido por su resultado:

Para esta corriente es importante distinguir el daño en sentido amplio del daño resarcible. En sentido amplio el daño es la ofensa o la lesión de un derecho o interés no ilegítimo. Así visto, todo acto ilícito produce un daño y obliga a su autor a restablecer el equilibrio alterado. Por otra parte, en opinión de Pizarro y Vallespinos (1997) y en un sentido más acotado, el daño no es la lesión en sí misma, sino su

consecuencia, esto es, el perjuicio o menoscabo que se desprende de esa lesión. Habría, según estos autores, una relación de causa y efecto entre la lesión y el menoscabo. Desde este punto de vista hacemos referencia al daño resarcible.

El daño resarcible no consiste en la lesión misma, sino en sus efectos. La cualidad funcional del daño, su resarcibilidad, determina el contenido que debe serle asignado. (Zavala de González, 1993)

Orgaz (1992), por su parte, agrega que atendiendo a la clase de perjuicio que provoca la lesión, ya sea repercutiendo en el patrimonio de la víctima o en sus afecciones legítimas, será la forma correcta de determinar si estamos ante un daño patrimonial o moral.

Por último, para esta postura, el daño que debe admitirse jurídicamente es el daño resarcible siendo solo aquel que produce alguna consecuencia o repercusión disvaliosa sea en el patrimonio de la persona (daño patrimonial) o en sus afecciones legítimas (daño moral). (Calvo Costa, 2005)

Analizadas estas posturas, consideramos que la primera ha sido superada producto de la humanización del derecho que se experimenta en el nuevo siglo. (Mosset Iturraspe y Piedacostas, 2005) , mientras que, con respecto a las dos últimas, creemos que estas subsisten y se complementan en la actualidad, siendo el modo correcto de entender el daño, en cuanto lesión a un interés legítimo que repercute en la patrimonialidad o subjetividad de una persona y como tal merece ser resarcido.

En este sentido, y de acuerdo a la opinión de Calvo Costa (2012) para que ambas posturas sean compatibles se debe partir del interés lesionado y recién, en una segunda instancia, a la hora de fijar el resarcimiento, se debe apreciar la consecuencia para así determinar el monto de la indemnización.

2. Presupuestos del daño

Entendido el daño como lesión a un interés legítimo que repercute en la personalidad o en la subjetividad de la persona debemos decir que existen tres presupuestos para que se dé su resarcimiento.

El daño debe ser cierto, personal y derivar de la lesión a un interés no ilegítimo.

Que sea cierto implica que sea constatable su existencia, aun cuando no pueda determinarse su cuantía con exactitud. (Pizarro y Vallespinos, 1999) Esto quiere decir que el daño debe percibirse por los sentidos, se debe poder apreciar. En cuanto el daño futuro, para que sea resarcible debe contener una certeza objetiva de que se producirá sea por agravamiento del daño actual o por una prolongación de las consecuencias dañosas, la mera probabilidad no es resarcible.

Que sea personal hace referencia a que el daño debe ser propio de quien reclama la indemnización. Nadie puede pretender ser indemnizado de un daño sufrido por otro, aunque derive éste del mismo acto ilícito que perjudicó a aquél. (Bustamante Alsina, 1997, p. 173)

Por último, que el daño derive de la lesión a un interés no ilegítimo significa que debe existir un interés tutelado que ha sido lesionado. En este sentido dice Orgaz (1992) que solo los que experimentan un perjuicio jurídico tienen acción por daños, el perjuicio jurídico resulta de la lesión de un derecho o de un bien personal protegido por ley.

3. Distintas clases de daño

Existen varias clasificaciones de daños pero la distinción más tradicional es aquella que distingue el daño patrimonial del extrapatrimonial o moral, sin perjuicio de las posibles subdivisiones que puedan existir. (Gherssi, 1997)

En líneas generales, puesto que haremos un estudio específico más adelante, podemos decir que el daño puede ser patrimonial cuando el detrimento se da en los valores de los bienes que componen el patrimonio, o puede ser moral, cuando la lesión se produce en los sentimientos, el honor o en las afecciones legítimas. (Bustamante Alsina, 1997)

Además de esta distinción, Lambías (1997) clasifica el daño en *directo*, cuando lo sufre directamente el damnificado en las cosas de su dominio o posesión, o *indirecto* cuando el mal es hecho a su persona o a sus derechos o facultades; en daño *actual* cuando el daño ya está hecho y aun no es resarcido, daño *futuro* como aquel daño que ha de sufrir necesariamente el damnificado y daño *eventual* como aquel daño que puede o no ocurrir.

Bustamante Alsina (1997) agrega el daño *inmediato* y el daño *mediato* relacionado a cada uno con las consecuencias inmediatas o mediatas, es decir, el daño inmediato es aquel que se produce por el curso ordinario de las cosas y será mediato cuando resulte de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto.

También agrega el daño *previsto e imprevisto*, siendo el primero aquel daño que el autor del acto ha considerado posible al contraer la obligación o ejecutar el acto y el segundo aquellos daños donde no se tuvieron en consideración. Para esta clasificación se tiene en cuenta la actuación concreta del sujeto.

Pizarro y Vallespinos (1997), por su parte establece que, si el daño surge dentro de una relación contractual, el mismo puede ser compensatorio o moratorio. Esto es, si existe un incumplimiento total y definitivo de la obligación se debe un daño compensatorio, por el contrario, el retardo en el cumplimiento implica un daño moratorio.

4. Daño Patrimonial

a. Concepto

Como a dijimos, el daño puede ser patrimonial o extrapatrimonial; el daño patrimonial resarcible, como dice Pizarro y Vallespinos (1999), no es la lesión a un derecho o a un interés de índole patrimonial, sino que es el detrimento de valores económicos o patrimoniales que se producen a raíz de la lesión. Es por ello, que cuando se menoscaba el patrimonio de una persona sea en sus elementos actuales o en sus posibilidades normales, futuras o previsibles estaremos ante un daño patrimonial. (p. 640)

Llambías (1997) por su parte, nos dice que el daño patrimonial es el menoscabo susceptible de apreciación pecuniaria al cual hace exclusiva referencia nuestro Código Civil como elemento computable del resarcimiento de los perjuicios. (p. 275)

A su vez, dentro del daño patrimonial se engloba el daño emergente y el lucro cesante.

El daño emergente es todo gasto que se deriva del hecho fortuito (gastos médicos, traslado, etc.), es la pérdida o disminución de valores económicos que ya existen en el patrimonio y que se produce como consecuencia del perjuicio.

Por su parte el lucro cesante hace referencia a la ganancia de la que fue privada la víctima, aquellas ganancias dejadas de percibir a causa del ilícito, por ejemplo el taxista que debe parar su automóvil por unos días a causa de un accidente de tránsito que inutilizó su vehículo.

También se incluye, en algunos casos, la pérdida de chance. Esta implica que el damnificado sea privado de obtener una ganancia probable o de evitarse un perjuicio conjeturable. (Bustamante Alsina, 1997). Para que la pérdida de chance sea indemnizable esta debe ser una oportunidad seria, verdadera. Un ejemplo de esto es el caso del caballo de carrera que es muerto en el trayecto de su lugar habitual a su lugar de competición. Existía una cierta oportunidad de que el caballo participase en la carrera y obtuviese el premio. La extinción de esa chance debe ser resarcida.

b. Prueba y valuación del daño patrimonial

En la prueba del daño rige el principio de que quién alega su existencia debe probarlo. La prueba no solo implica su aspecto cualitativo, sino también su cuantía, su magnitud.

El damnificado cuenta con una amplitud de medios probatorios para acreditar el daño, logrado esto, restará su valuación para así determinar la indemnización correspondiente.

La valuación del daño no es otra cosa que determinar cuál será el monto indemnizatorio correspondiente para subsanar el perjuicio ocasionado. Para Bustamante Alsina (1997) el modo de determinar este valor puede ser legal, convencional o judicial.

La valuación legal es aquella que se encuentra plasmada en ciertas leyes, donde se prevén topes máximos y mínimos para supuestos contemplados. (Ej. Las indemnizaciones por accidentes laborales)

La valuación convencional sucede cuando no existe ley que contemple montos predeterminados para el caso, por lo que las partes pueden establecerlo de común acuerdo.

Por último, la valuación judicial es aquella que, no existiendo ley que prevea el monto y si las partes no logran un acuerdo, corresponderá al juez que entienda en la causa al momento de dictar sentencia. (Pizarro y Vallespinos, 1999)

5. El daño moral

La complejidad del daño moral así como también la importancia que tiene este tema en nuestro trabajo, hace que sea tratado en el capítulo siguiente.

6. Daño en el Código Civil

a. Definición de daño y sistemas de reparación

De acuerdo a nuestra legislación, existirá 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 (Art. 1068, C.C.) y agrega que el daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito. (Art. 1069 C.C.)

De la lectura de estos dos artículos podemos deducir que nuestro codificador receptó la tradicional subdivisión de daños en patrimonial, cuando habla de los daños susceptibles de apreciación pecuniaria o directamente en las cosas de su dominio o posesión, y extrapatrimonial, cuando habla del mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades aunque vale aclarar que solo reconoce su reparación a través del daño moral.

Con respecto al modo de reparar el daño, en actual artículo 1083 dice: *“El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior; excepto si fuere imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero”*.

De una análisis del texto podemos rescatar que la primera parte hace referencia a la reparación in natura o en especie donde la obligación que surge frente a un daño es la de volver las cosas a su estado anterior mientras que la reparación por equivalente se da cuando la obligación que nazca sea una indemnización que generalmente se traduce en el pago de una suma de dinero equivalente al daño ocasionado.

Ahora bien, independientemente del sistema que se adopte, debemos recordar que nuestro régimen de responsabilidad civil se estructura en torno a la reparación

plena e integral que analizamos ut supra. Esto quiere decir que ya sea por medio de una reparación en especie o a través de una indemnización debemos lograr que la víctima sea resarcida de forma integral o plena. Es este el único modo de restablecer el equilibrio quebrantado. (Pizarro y Vallespinos, 1997)

En este sentido, nos dicen los autores citando a Viney, la reparación plena se da cuando se logra una razonable equivalencia jurídica entre el daño y la reparación.

Si bien este es uno de los pilares fundamentales de nuestro régimen de reparación de daños, mas adelante observaremos cómo se dificulta su efectiva aplicación frente a la determinación del daño moral y su consecuente reparación.

b. Legitimación para reclamar por daños.

Según el autor Arazi (1996) la legitimación es el derecho que tiene quien se presenta a la jurisdicción, de obtener una decisión sobre el mérito, es decir un pronunciamiento sobre el derecho sustancial invocado por las partes, sea tal decisión favorable o desfavorable a su pretensión.

Además, nos dice, que la legitimación activa supone la identidad entre la persona a quien la ley le concede el derecho de acción y quien asume en el proceso el carácter de actor. (p. 23)

Frente a la legitimación activa tenemos la legitimación pasiva, que hace referencia a la persona que debe responder tal pretensión.

En este sentido, Palacio (2003) nos dice que la legitimación para obrar o procesal, es aquel requisito en cuya virtud debe mediar una coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las que la ley habilita especialmente para pretender (legitimación activa) y para contradecir (legitimación pasiva) respecto de la materia sobre la cual el proceso versa. Es decir, que la pretensión debe ser deducida por y frente a una persona procesalmente legitimada.

Tan importante es esta cuestión que frente a una demanda, el Juez debe examinarlo previamente, de oficio, porque se trata de una típica cuestión de derecho, pudiendo rechazarla por falta de legitimación.

Ahora bien, frente a un daño, ¿quiénes se encuentran legitimados para accionar de acuerdo a nuestro ordenamiento civil?

La solución que brinda nuestro Código Civil se encuentra reflejada en los artículos 522, 1078 y 1079.

Dichos artículos dicen:

En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso. (Art. 522)

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

La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos. (Art. 1078)

La obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta. (Art. 1079)

En el primer caso, el art. 522 hace referencia al incumplimiento obligacional, aquel que surge de la existencia de un contrato previo y que ante el incumplimiento del mismo, otorga facultad al juez para imponer la obligación de reparar el agravio moral atendiendo a las circunstancias especiales del caso.

El segundo caso, el art. 1078 habla de los hechos ilícitos, de la responsabilidad extracontractual, aquella que surge luego del acontecimiento de un hecho fortuito que provoca un perjuicio para alguna persona.

Ante este hecho, nuestro Código otorga legitimación para reclamar la reparación del agravio moral a la propia víctima del ilícito y, solo en el caso de su muerte, a los herederos forzosos.

Esta legitimación encuentra su fundamento en que “la ley presume en estos casos que esos parientes tan próximos experimentan un perjuicio de afección que les autoriza a demandar la reparación” (Bustamante Alsina, 1997 p. 252).

Los herederos forzosos son aquellos que no pueden ser privados de la herencia. Para establecer quiénes son, nuestro Código utiliza un sistema hereditario lineal del parentesco que determina el orden jerárquico en el cual pueden suceder.

En base a esto, y de acuerdo a lo reglado en los Títulos IX y X del Código Civil, podemos decir que quienes suceden en primer grado son los descendientes, es decir, los hijos del causante, en caso de que no existan hijos, corresponde al primer orden ascendiente, es decir a los padres de causante, y en ambos caso, de haber sido casado el causante, el cónyuge viudo concurre a la herencia sea con los hijos, sea con los ascendientes.

Vemos que la legitimación para reclamar por daño moral es bastante limitada de acuerdo a nuestro ordenamiento legal.

En cambio, con respecto al daño patrimonial (art. 1079) vemos que nuestro ordenamiento prevé la reparación no solo del damnificado directo, es decir, de la víctima, sino también del damnificado indirecto, o sea, toda otra persona que se haya visto perjudicada por el hecho.

La legitimación activa aquí es amplia, pudiendo reclamar todo aquel que demuestre un daño en su patrimonio. En este caso no se atiende a cuestiones particulares o situaciones específicas, basta probar que se ha sufrido un perjuicio.

Ahondaremos sobre este tema más adelante puesto que aquí es donde se encuentra el eje del presente trabajo. Ya que en la actualidad a la luz del principio constitucional de reparación plena e integral del daño, la limitación del artículo 1078 es puesta en tela de juicio por considerarse que representa una restricción al pleno ejercicio de los derechos de las personas que pueden sufrir un daño moral indirectamente.

Numerosas son las situaciones que llevan a este cuestionamiento, nosotros nos avocaremos a la realidad que le toca enfrentar al conviviente de la persona que pierde la vida por un infortunio y que, de acuerdo al art. 1078, no se encuentra legitimado para reclamar por daño moral.

Más allá de esto, podemos enumerar las siguientes conclusiones parciales de este capítulo:

- *El daño es el eje central de la responsabilidad civil*
- *Existen tres grandes teorías que definen el daño sea como lesión a un derecho subjetivo, como lesión a un interés legítimo y analizado a partir de sus consecuencias.*
 - *La primera teoría ha sido superada, mientras que las otras dos cuentan con adeptos y para algunos ambas son complementarias.*
 - *Nosotros compartimos esta postura, puesto que consideramos que el daño es la lesión a un interés legítimo, pero al momento de determinar el alcance y cuantía de la reparación debemos estar a las consecuencias que esa lesión ha producido.*
 - *Para que el daño sea resarcible debe ser cierto, personal y derivar de la lesión a un interés legítimo.*
 - *Existen varios tipos de daños, pero se reconocen dos grandes grupos como son los daños patrimoniales y los daños extrapatrimoniales o morales.*
 - *El Código Civil recepta esta subdivisión y define el daño en el art. 1068 y 1069, a su vez establece la reparación en el art. 1083 y se refiere a la legitimación en el art. 1078 y 1079.*
 - *La legitimación en daño patrimonial es amplia mientras que en daño moral presenta una legitimación restringida.*

Capítulo IV

Daño Extrapatrimonial o Daño Moral

1. Terminología y Concepto

La definición de daño extrapatrimonial no debe deducirse por oposición al daño patrimonial, en el sentido de que uno afecta el orden económico y el otro no (Zannoni, 1998). Esto no siempre sucede así, ya que existen daños extrapatrimoniales que provocan perjuicios económicos y existen daños patrimoniales que pueden deducir una lesión moral. El concepto de daño extrapatrimonial es más complejo que eso.

Para definirlo, citaremos a Alterini, Ameal y Cabana (1996) que nos dice que el daño extrapatrimonial se caracteriza por su proyección moral, independientemente de que el daño sea causado sobre un derecho patrimonial o extrapatrimonial, que consiste en el sufrimiento causado como dolor, o como daño en las afecciones. Citan como ejemplo, el daño al honor. (p. 289)

Bustamante Alsina (1997) lo define como la lesión en los sentimientos que determinan dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria. (p. 237)

Es una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste, y anímicamente perjudicial. (Zavala de González citada por Pizarro y Vallespinos, 1999, p. 641)

En palabras de Pizarro y Vallespinos (1999) importa una minoración en la subjetividad de la persona de existencia visible que deriva de la lesión a un interés no patrimonial.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico el daño extrapatrimonial se refleja en la última parte del art. 1068 del Código Civil donde nos dice que habrá daño (...) por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades.

Con respecto a esto, en el comentario de dicho artículo realizado por Mosset Iturraspe y Piedecabras, nos dicen que *el mal hecho a su persona o sus facultades* hace referencia a los daños extrapatrimoniales que incluyen, entre otros a los daños a los derechos de la personalidad o derechos humanos, derecho a la vida, a la "integridad psicofísica, a los derechos a la libertad, a la dignidad, al buen nombre y honor; al nombre, a la identidad estática y dinámica, etc.

De allí que observemos que el concepto de daño extrapatrimonial es más amplio que el de daño moral. En este sentido, Moisés y Moisset de Espanés (2008) nos dicen que si bien el término mayoritariamente empleado para designar esta especie de daño es el de daño moral, no es el más preciso pues tiende a circunscribir la idea a algo no jurídico o estrictamente espiritual.

Este nuevo punto de vista se fomenta en una visión más profunda de la persona humana dando origen a los "nuevos daños a la persona" que reemplazan a la antigua categoría de daño moral identificada con el dolor y el sufrimiento. (Mosset Iturraspe y Piedecabras)

Bajo este análisis podemos definir al daño extrapatrimonial como aquella lesión que afecta los derechos personalísimos de la persona considerada en su integridad que repercute directamente en su manera de ser, sentir o estar afectando su esfera de intimidad. Estos daños puede, a su vez, repercutir en el patrimonio, configurando un daño patrimonial indirecto como así también, pueden originarse indirectamente de una pérdida económica.

A su vez, es importante mencionar que en el proyecto de reforma del Código Civil de 2012 el término empleado fue consecuencia no patrimonial y en referencia a su indemnización, establecía que debía comprender especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida. (Art. 1741 y 1738 respectivamente)

En los Fundamentos de dicho proyecto, referido al tema, la Comisión encargada de la redacción dice haber discutido sobre la necesidad de clasificar el daño patrimonial, extrapatrimonial o moral distinguiendo los distintos supuestos habiendo decidido que una norma general no podría dar cuenta de la enorme variedad de casos que se presentan por lo que dejan tal tarea a la doctrina y a la jurisprudencia.

Es por ello, que para algunos autores, como veremos más adelante, dentro del concepto de daño extramatrimonial, el daño moral sería un sub tipo (Fernández Sessarego, Mosset Iturraspe, Ghersi) mientras que para otros, (Zavala de González, Pizarro, Vallespinos De Trazegnies, Leysser) el daño extrapatrimonial sigue siendo el daño moral en un sentido ampliamente considerado, donde los nuevos daños significarían agravantes que repercutirían a la hora de valorar el resarcimiento.

Lo importante es que, más allá del término empleado, al hablar de este tipo de daños, hacemos referencia a los perjuicios que originan una afectación de los derechos personalísimos de la persona, de su integridad psicofísica y espiritual que repercuten directamente en su personalidad integralmente considerada que modifica su modo de ser, de sentir, de estar.

2. Fundamentos de su reparación

Para comprender mejor la problemática conceptual del daño moral es importante analizar las teorías que surgieron en torno a su reconocimiento y alcances de su reparación.

En esta discusión participan principalmente tres teorías: una primer teoría que si bien reconoce el daño moral niega su reparación, una segunda teoría pone el ojo en el dañador y lo castiga (teoría de la sanción ejemplar) y una última teoría, respetada en la actualidad, que se fija en la víctima y ante el daño busca resarcirla (teoría del resarcimiento).

a. Teoría Negatoria

Quienes comparten esta postura lo hacen argumentando que el resarcimiento del daño moral constituiría un enriquecimiento sin causa entre otras cosas, porque su efecto penoso es pasajero. En este sentido dice Aguiar Días citando a Gabba (1957) que se considere daño al daño físico debe ser aceptado y plausible, que también se llame daño a la disminución de la consideración social de la persona, o la ofensa al pudor de una joven, o la pérdida de la asistencia de los padres es igualmente admisible; pero que se llame daño a la ofensa al decoro, a la libertad o a uno de los tantos padecimientos morales, no es ni puede ser admitido, puesto que su

perdurabilidad dependerá de apreciaciones subjetivas pudiendo incurrir en una gran arbitrariedad.

Otro de los supuestos por el cual niegan la reparación del daño moral es la dificultad para descubrir la existencia del daño, puesto que lo que se debe demostrar no es el hecho dañoso sino que el hecho ha provocado un dolor y aun demostrado esto, no puede pensarse que con dinero se puede compensar el dolor, es decir, comprar felicidad. (Hinojosa Carrillo)

Por último, quienes se enrolan en esta postura han dicho que es repugnante a la conciencia jurídica atribuir un equivalente pecuniario a un bien jurídico de la magnitud de los que ocupan el patrimonio moral de una persona. (Mosset Iturraspe, 1990)

Esta teoría es refutada diciendo que en el caso de subsistir, estas ideas son equivocadas y regresivas, puesto que el derecho no puede tutelar solo intereses patrimoniales, de hacerlo se caería en un materialismo más grave que aquel que se quiere evitar; además, sería desconocer la necesaria protección que debe otorgarse a la personalidad en todas sus proyecciones. (Pizarro y Vallespinos, 1997)

Por otra parte, en palabras de Orgaz (1992), el dinero no desempeña en la reparación de los daños morales el mismo papel que en la indemnización de daños materiales, puesto que en el caso del daño moral, la indemnización es de corte netamente satisfactoria pues no se borra el perjuicio sino que se busca compensar el daño. Por esto es que tampoco existe un enriquecimiento de la víctima.

Por estas causas, esta teoría ha quedado prácticamente obsoleta, propugnándose en la actualidad la reparación de todo agravio, incluido el daño moral.

b. Teoría de la Sanción Ejemplar:

A diferencia de la postura anterior, en esta teoría se está a favor de la reparación del daño moral y se fundamenta en una pena civil o sanción ejemplar que tiene el ojo puesto no en la reparación del daño a la víctima, sino en el castigo a la persona del dañador.

Dentro de esta doctrina se encuentra Llambías (1997) que nos dice que la reparación del daño moral debe encontrar su justificación no por el lado de la víctima sino por el lado del ofensor.

Para él no debe constituir un resarcimiento sino una pena civil mediante la cual se repruebe el ilícito cometido, por ello lo denomina “agravio moral” cometido dolosamente, siendo este, el único resarcible. De otro modo, si el daño moral es cuantificado desde el punto de vista de la víctima, implicaría ponerle precio al dolor o a los sentimientos íntimos, constituyendo esto una inmoralidad.

Según Bustamante Alsina (1997) esta teoría promulga que la pena civil impuesta asumiría una finalidad preventiva abstracta, dirigida a la comunidad y también al responsable para que en el futuro se abstenga de incurrir en conductas similares a las que ocasionaron el daño. (p. 247)

c. Teoría de Resarcimiento

A diferencia de la anterior, esta teoría pone su mirada en la víctima. Según Mosset Iturraspe (1980) todo sistema reparador, a diferencia de los sistemas represivos, evalúa el daño en sí mismo, atendiendo a la víctima y a sus circunstancias personales.

El dinero, en esta teoría, cumple la función de dar a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a las que ha perdido, tiene un tinte compensador o satisfactivo.

En este sentido, Lasarte Álvarez (1993) señala que solo el daño patrimonial puede ser resarcido, los daños morales, no patrimoniales no son resarcibles, sino compensables. Esto quiere decir que al otorgar una compensación se busca darle a la víctima la posibilidad de adquirir sensaciones placenteras que tiendan a eliminar o atenuar las sensaciones dolosas.

Según Bustamante Alsina (1997), defensor de esta teoría, nos dice que la teoría del resarcimiento brinda una solución justa y equitativa, porque pondera con criterio realista la situación de la víctima en función del menoscabo por ella experimentado. Agrega que el daño -patrimonial o moral- siempre debe medirse de manera objetiva por lo que es, por su entidad cualitativa y cuantitativa, que generalmente *no varía en función de la mayor o menor malignidad que pueda asumir la conducta del dañador.* (p. 678).

Esta es la postura predominante en nuestro sistema jurídico luego de la reforma del año 1968, puesto que en los artículos referidos a esta temática se habla de

reparación así como de indemnización del daño moral (522, 1078 C.C.), términos que nada tienen que ver con el concepto de pena o sanción. (Pizarro y Vallespinos 1999).

Esto quedó fuera de discusión luego del fallo “Santa Coloma” donde la Corte Suprema estableció de modo definitivo el carácter resarcitorio de la reparación del daño moral y el carácter de principio constitucional a la reparación plena e integral.

3. Prueba y valoración del daño moral

Resuelta la cuestión conceptual, veremos ahora el tema de la prueba y valoración del daño moral.

Como se debe inducir, al ser afectados los derechos personalísimos como la intimidad, el honor, la integridad moral, etc., la cuestión de su prueba y valoración no es tarea fácil, pues estos derechos no tienen un valor económico por sí mismo.

Con respecto a esto, Bustamante Alsina (1997) nos dice que el valor de los derechos personalísimos está dado por los beneficios potenciales y reales de carácter pecuniario que comporta la actividad del hombre a sí mismo mientras existe. (p. 236)

De esto se deriva la dificultad tanto de probar el daño moral como de determinar su valor.

Con respecto a la prueba, nos dice el autor citado que el damnificado no podrá aportar una prueba directa de su daño moral; sino que corresponderá al juez apreciar las circunstancias del hecho lesivo y las calidades morales de la víctima para poder establecer objetiva y presuntivamente la existencia del perjuicio.

Por su parte, Bueres (1996) nos dice que el daño moral debe considerarse en su más amplia dimensión conceptual, razón por la cual sus límites no se fijan en el tradicional *pretium doloris* sino que se extienden a todas las posibilidades -frustradas a raíz de la lesión- que tiene el sujeto para realizar en plenitud su proyecto de vida.

Con respecto a su valoración, Bustamante Alsina (1996) opina que la indemnización del daño moral no está en función de la representación que de él se hace la víctima (no en concreto), sino en función de su constatación por el juez y de su evaluación objetiva (en abstracto) en el límite de lo reclamado en la demanda. (p. 247)

Por ello, para determinar el monto, Pizarro y Vallespinos (1999) nos dicen que la valoración que hace el juez se hará atendiendo la gravedad objetiva del daño

causado, para lo cual tendrá en cuenta la entidad del menoscabo y las circunstancias del caso.

4. La reparación plena e integral del daño moral

Otra cuestión muy discutida y materia de preocupación es la reparación plena e integral del daño moral, ya que, como dijera Pizarro (2000) es verdaderamente penoso comprobar esta realidad en numerosos fallos judiciales, en los que (...) se manda a pagar indemnizaciones simbólicas, carentes de virtualidad para reparar plenamente el perjuicio causado. No es menos preocupante comprobar la falta de criterios uniformes para calibrar cualitativa y cuantitativamente el daño moral, que suele convertirse en un grave problema del abogado a la hora de asesorar a un cliente...” (p. 333)

Frente a esta postura hay quienes consideran inaplicable el principio de reparación plena e integral al daño moral ya que, para ellos, estos daños no tienen incidencia económica y son intraducibles en términos monetarios, por lo que consideran ilusorio tratar de asegurar una adecuación entre la indemnización y el daño. (Viney, Markesinis, Flour, Aubert, Iribarne citado por Pizarro y Vallespinos)

Rechazamos esta teoría, primeramente por que el principio de reparación plena e integral es de jerarquía constitucional, lo cual deja de lado cualquier exclusión de su aplicación, y como tal, todo nuestro sistema debe tender a su efectivo cumplimiento.

No negamos la dificultad de la valoración del daño moral y reconocemos, como dice Zavala de González, (2004) que en la cuantificación del daño moral, la equivalencia entre la indemnización y el daño existe una imposibilidad, puesto que no puede haber una comparación entre un padecimiento espiritual y una indemnización dineraria. Es por ello, dice la autora, que la cuantificación escapa a toda lógica matemática. (p. 296)

En este sentido, dice Pizarro y Vallespinos que la regla para medir el daño moral es diferente de la que rige el daño patrimonial, puesto que se rige por la mente y el espíritu de quien brinda la solución, imperfecta pero la única posible dentro del orden actual.

Brebbia (1991) por su parte busca brindar ciertas pautas concretas a fin de cuantificar la indemnización y establece que debe tenerse en cuenta la gravedad

objetiva del daño, esto es los elementos probatorios arrimados al juicio que permitan apreciar de algún modo la extensión del daño patrimonial, los elementos que integran la personalidad de la víctima, la gravedad de la falta cometida por el autor del hecho ilícito y la personalidad del autores del hecho.

Algunos autores, colaborando con la difícil solución de cuantificar el daño moral, proponen establecer una nómina, más o menos flexible de indemnizaciones tarifadas que sirvan de parámetros orientativos a fin de que el juzgador, frente al caso concreto, pueda utilizarla como método. (Zavala de González, Mousset Iturraspe)

A este orden de ideas se opone rotundamente Pizarro (1996), por considerar que una tarifación de la indemnización rompería con el principio de reparación plena e integral y a su vez pueden limitar la discrecionalidad del juez. Este autor propicia la publicación de las sentencias a fin de que sea la jurisprudencia el modo de considerar ciertos parámetros orientativos.

Esta discusión también se trasladó a los intentos de modificación de nuestro Código Civil.

En el Proyecto de 1998 la discusión se centró en establecer límites cuantitativos a la indemnización por los daños causados por las cosas riesgosas y actividades peligrosas.

Los que apoyaban la tesis de limitar la cuantificación se fundamentaban en la opinión de Orgaz quien postulaba que la reparación nunca podía ser integral puesto que desde siempre el ordenamiento había establecido limitaciones. (Ibarlucía, 2012)

Los que rechazaban tal postura promulgaban el respeto de la reparación plena e integral y su consagración como principio constitucional.

Por su parte, el proyecto de 2012 previó la reparación plena en su artículo 1740. Dicho artículo decía: *La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.*

Referido a esto, en los Fundamentos del Proyecto, los autores dijeron haber decidido consagrar, como principio general, la reparación plena y que como todo principio, debe lograrse su satisfacción en la mayor medida posible, lo que no es incompatible con que, en situaciones delimitadas, pueda armonizarse con otros principios y establecerse una limitación por medio de leyes especiales. (p. 190)

Si bien ambos proyectos no entraron en vigencia sientan referentes que los jueces tienen en cuenta al momento de fundamentar sus sentencias.

Por ello consideramos, en referencia a lo expuesto, que debe primar la reparación plena del daño y que quien tiene la difícil tarea será el juez que deberá valerse de todos los elementos que pueda, sean probatorios, sean doctrinales o jurisprudenciales a fin de lograr una cuantificación del daño lo más justa posible y con ello hacer valer el principio de la reparación plena e integral. En dicha tarea deberán participar los abogados quienes deberán aportar las pruebas necesarias que den cuenta del perjuicio que ha sufrido su cliente puesto que cada caso es particular y debe ser tratado de ese modo.

5. Nuevas perspectivas respecto de los daños extrapatrimoniales

Superadas las teorías que ponían en duda el reconocimiento del daño moral así como la reparación del mismo, desde hace unos años, ha comenzado a hablarse del reconocimiento de nuevos daños, que para algunos autores deben ser considerados como géneros del daño moral mientras que para otros son nuevas categorías que deben ser analizadas individualmente como subtipos de daño extrapatrimonial.

Entre estas nuevas categorías de daños podemos destacar el daño psíquico, el daño estético, el daño al proyecto de vida y el daño a la persona.

A continuación detallamos el concepto de cada uno así como también la postura doctrinaria respecto a su reparación dentro o fuera del daño moral y en algunos casos del daño patrimonial.

a. Daño psíquico

Zavala de González (1990) lo define como una perturbación patológica de la personalidad, que altera el equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente del damnificado. Se entiende que comprende tanto las enfermedades mentales como

los desequilibrios pasajeros, pero sea como situación estable o bien accidental y transitoria, implica en todo caso una faceta morbosa, que perturba la normalidad del sujeto y trasciende en su vida individual y de relación." (p. 231)

De acuerdo a Risso (2003) el daño psíquico es todo trastorno emocional ocasionado por un acontecimiento disvalioso (enfermedad profesional, accidente, delito) aunque nos aclara que no todo trastorno psíquico es Daño Psíquico.

Es decir, siguiendo a este autor, que para que se configure un daño psíquico indemnizable, es necesario que se den una serie de requisitos, los cuales son:

- *Que sea un Síndrome Psiquiátrico Coherente:* es decir, que no se base en uno o algunos síntomas aislados, sino que debe poder enmarcarse en un cuadro clínico de cualquier tipo.

- *Que represente una novedad en la persona:* es decir, que la víctima no haya tenido antecedentes en la enfermedad o que habiéndolos tenido estos se muestran significativamente acentuados a causa del suceso.

- *Causalidad:* de lo anteriormente se desprende la necesaria causalidad que debe existir entre el hecho y el daño, es decir, el suceso debe ser el generador de la enfermedad o puede ser la causa agravante de la misma.

- *Debe producir una secuela incapacitante:* el trastorno debe ocasionar algún grado de incapacidad o una disminución en las aptitudes mentales previas, es decir, la persona no es lo que era.

- Debe ser *irreversible* o jurídicamente consolidada: dice Solís que la incapacidad deberá ser irreversible o encontrarse jurídicamente consolidada, es decir, que hayan transcurrido dos años desde su comienzo a causa del evento o un año si la causa es de origen laboral.

Existiendo estos cinco presupuestos, nos encontramos frente a un daño psíquico reparable.

Ahora bien, este daño resarcible ¿es un daño patrimonial, es un daño moral o es una nueva categoría reparable?

En respuesta a esta consulta, debemos decir que es una de las discusiones profundas en las que se encuentra la doctrina; según Alferillo (2008) para sostener la autonomía o no del daño psíquico, el análisis debe retrotraerse hasta el replanteo mismo de la clasificación de los daños en nuestra dogmática que lleva

ineludiblemente a optar entre un concepto amplio del daño moral abarcativo de toda afección extrapatrimonial o, por el contrario, limitarlo al detrimento de los sentimientos de la persona.

Así, podemos nombrar a Cipriano (1990) quien postula una distinción entre daño moral y daño psíquico diciendo que el daño moral afecta mayoritariamente los sentimientos de la víctima y el daño psíquico impacta en la esfera de razonamiento del sujeto.

Además, jurisprudencialmente la Corte Suprema de Buenos Aires en el fallo “Junco c/ Materia Hnos. S.A.C.I.F”, del 2001, ha dicho que *el daño psíquico no debe confundirse con o incluirse en el daño moral*, mientras que en el mismo año, la Cámara Civil de la Ciudad de La Plata en el fallo “De Blasis, Rubén c/ Domenech, Carlos s/ Daños y perjuicios” opinó que *no cabe confundir el daño psíquico con la trascendencia que en el ánimo del padeciente pueda haber producido moralmente el sobrellevar los padecimientos espirituales o las angustias que la merma física como psíquica o alguna de ellas arrojaron como secuela, de manera que no se encuentra comprendido dentro del concepto de daño moral aquél que en el aspecto psíquico se haya trasuntado para la víctima y que le haya generado una incapacidad determinada. A título de ejemplo, para un sujeto es diferente la disminución notoria de la capacidad de reacción, estimulación, comprensión o de razonamiento generada tal vez en una lesión orgánica (o no), que la angustia, pena o dolor que se produce en su estado anímico cada vez que tiene conciencia de ella.*

Álvarez Varela (1992) por su parte, postula la diferenciación entre daño psíquico y moral puesto que el primero es la instauración de un trauma a nivel inconsciente y por tal, el sujeto no podrá modificar o revertir esa situación sin ayuda profesional en cambio, el daño moral se presenta consciente, la persona percibe su padecimiento, su sufrimiento y su “cura” depende del modo de la persona de sobrellevar el dolor.

Esta tesis promueve la consideración en particular del daño psíquico y su valoración independientemente de lo que conlleve el daño moral. Al respecto, el Dr. Alferillo (2011) nos dice que los parámetros para considerar uno y otro son diferentes puesto que la afectación psíquica tendrá en cuenta el menoscabo o alteración anatómica o funcional tanto física como psíquica que se represente en la integridad de

la persona y sea susceptible de apreciación pecuniaria, el daño moral, por su parte, se reflejará en una lesión sufrida en los sentimientos del individuo que puede provenir de la magnitud de las lesiones, del tratamiento al que ha de ser sometido, de la incertidumbre de su futuro, etc.

Para Ghersi (1997) lo que distingue el daño psíquico del daño moral es que el primero es de carácter patológico, constituye una enfermedad, no se trata ni de comprender, ni de identificarse empática o moralmente con alguien, sino que el daño psíquico impone arribar a un diagnóstico clínico claro y objetivo por lo cual puede arribarse a una cuantificación propia del mismo basada en el costo del tratamiento.

Ahora bien, más allá de esta clara autonomía conceptual que propone esta teoría también reconocen que el derecho argentino solo atiende dos tipos de daños, el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial, por lo cual, determinado el daño psíquico corresponde determinar bajo qué rubro será indemnizable. En este sentido se expresa Galdós (2005) cuando dice que el daño psicológico aún cuando no es una cuestión unívoca es un daño conceptualmente autónomo, pero que se resarce en las partidas de daño patrimonial o extrapatrimonial o en ambas.

Existe jurisprudencia que se ha pronunciado en este sentido y ha dicho: que si bien el daño psíquico puede ser alegado en forma autónoma, su reparación debe ser subsumida dentro del daño patrimonial o moral, puesto que de acuerdo a nuestro ordenamiento la lesión psicofísica no es un daño resarcible en sí mismo pero si es fuente de un daño patrimonial o material en cuanto genere un menoscabo directo o indirecto o fuente de un daño moral expresado en afectación a los sentimientos. ("Ramírez, Olga vs. Fassero, Gustavo Andrés s/ daños y perjuicios", CCC, Sala II, Quilmes, 12/12/2006).

Por otra parte, existe otra postura que cuenta con más adeptos que promulga la inclusión del daño psíquico dentro del daño moral, en una relación de género a especie.

Zavala de Gonzáles (2006), representante de esta teoría, postula que el daño psíquico puede ser encuadrado como factor agravante del menoscabo espiritual (daño moral), pues éste resulta más serio si también afecta la normalidad del siquismo y en

este sentido, considera que el daño psicológico se encuentra englobado dentro del agravio moral padecido por el individuo víctima del hecho traumatizante.

Entre los argumentos que emplea para defender esta postura, la autora dice que el daño psíquico es un plus del equilibrio espiritual pero siempre se encuentra dentro del daño moral y considera que, si bien para la ciencia médica, el daño psíquico es diagnosticable mientras que el daño moral no lo es, jurídicamente esta distinción no es relevante puesto que el daño moral debe considerarse como el efecto jurídico del daño psíquico.

También existe jurisprudencia que se enrola en esta postura y que tiene dicho que el daño psicológico o trastorno psíquico no constituye una categoría que amerite un resarcimiento autónomo, sino que se subsume en el daño moral, en tanto aflicción o padecimiento espiritual. (Cámara Civil de Mar del Plata, “Castrillon, L. vs/ Centro Navarro Sud y ots., 16/12/2003).

En la misma línea la Cámara Nacional Civil tiene dicho que los estados depresivos forman parte del daño moral, el cual comprende no sólo los padecimientos, dolores, tribulaciones, sino también el daño síquico transitorio o permanente. Las perturbaciones sicosomáticas se incorporan al daño inmaterial o extrapatrimonial. (Sala C: “Poblete Cáceres, José E. c/ Ferrocarriles Argentinos” La Ley 1990-A-155)

Por su parte, la Cámara de Apelaciones de Trelew en los autos “C. de W., Dora Elsa vs. C. O. y M. Trelew y otros s/ daños y perjuicios” dijo el daño psicológico no constituye un tercer género que extralimite la rígidamente bifronte clasificación de los daños en patrimoniales y extrapatrimoniales que nuestra Ley Civil ha consagrado. Ese desorden psicológico, cuando existe, produce siempre daño moral y debe valorarse como un factor de intensificación del mismo que lleva a dimensionar en un monto mayor la indemnización a acordarse por él.

Por último, y en estrecha relación con la teoría anterior, están quienes consideran que el daño psíquico puede repararse dentro del daño patrimonial en tanto y en cuanto este repercuta en el ámbito económico a través de, por ejemplo, el tratamiento necesario para la recuperación de la víctima.

Tiene dicho la Corte de Buenos Aires que los perjuicios indemnizables por daño psíquico tienen sustanciales diferencias respecto del daño moral, las que van desde su origen (en un caso de tipo patológico y en el otro no), hasta la entidad del

mal sufrido (material uno, inmaterial el otro), con la consecuente proyección de efectos dentro del ámbito jurídico procesal en materia probatoria (el daño psíquico requiere de pruebas extrínsecas en tanto el daño moral se prueba en principio in re ipsa), aun así, el daño psíquico no configura una categoría autónoma sino que integra el concepto de daño en los términos del art. 1068 del Cód. Civ. (SCBA, AC 79853 S 3-10-2001, “Junco, Julio c/ Materia Hnos. S.A.C.I.F. s/ Daños y perjuicios”)

De este modo, el fundamento de su reparación y su encuadre como daño patrimonial estaría en el art. 1086 del Código Civil que obliga a la reparación de todos los gastos de curación y convalecencia del ofendido, y de todas las ganancias que éste dejó de hacer hasta el día de su completo restablecimiento.

b. Daño estético

Gherzi (1997) nos dice que la persona humana tiene derecho a resguardar su estética (rostro, figura, etcétera). De allí que todo daño que la afecte genera su reparabilidad. Este daño en particular guarda relación con la personalidad de cada ser humano, y especialmente con aquellas personas que hacen un culto de su estética. (p. 69)

El Dr. Bermúdez (2001) define el daño estético como una alteración de carácter peyorativo en la forma normal y armónica (deformación) del individuo, percibida en forma objetiva por quien la padece y/o por los demás. Su valoración consiste entonces en evaluar la disminución de la capacidad de atracción de la víctima, por la deformidad que sufre, sin considerar las demás repercusiones que este daño pueda tener.

Como nuevo rubro de daño resarcible, el daño estético ha sido reconocido doctrinalmente como independiente del daño moral.

En este sentido se ha pronunciado el Poder Judicial de Mendoza, cuando ha dicho que el daño estético tiene entidad propia distinguible y constituye rubro autónomo indemnizable por lo que su reparación se distingue de los conceptos incapacidad sobreviniente y daño moral, comprendiendo todo menoscabo, disminución o pérdida de la belleza física de la persona, siendo una alteración que se traduce en una mengua o deterioro de esa armonía corporal, propiedad de los cuerpos que los hace agradables a los ojos de los demás. No puede argumentarse que exista un

enriquecimiento indebido si se otorga reparación por incapacidad sobreviniente, daño moral y daño estético, ya que tienden a cubrir distintos aspectos del perjuicio causado y forman parte de la reparación integral. (Cuarta Cámara Civil, Expte. 19.490: Mejía Oscar; Expte: 69.470: Sabella, Rosa)

Así mismo, existen tribunales que lo incluyen dentro del rubro de daño moral o daño material, según los efectos que el daño estético exprese. Podemos enunciar a modo de ejemplo, lo dicho por la Cámara Civil de Quilmes en el fallo “Salinas de Oviedo c/ El Nuevo Halcón” (mayo de 2009) donde dijo que el llamado daño estético no constituye una categoría independiente o un tercer género de daños, sino la causa o fuente generadora de daños resarcibles, que pueden ser de carácter patrimonial -cuando afectan ventajas económicas conexas a la actividad laborativa y la vida de relación- o de carácter moral, en la medida que el desmejoramiento estético repercute en la esfera psíquica de quien lo padezca.

c. Daño al proyecto de vida

Con respecto a este postulado, Zavala de González parte de postular al hombre como ser libre que forja su existencia eligiendo por ejemplo una normal vida de relación, una familia, una profesión, etc.

Desde este punto de partida la noción jurídica sobre un perjuicio a proyectos de vida es totalmente válida y se consuma una lesión de tal índole cuando se interfiere en el destino del sujeto, frustrando, menoscabando o postergando su realización personal. (Fernández Sessarego, 1999)

A su vez, la autora citada nos dice que para que se configure el daño al proyecto de vida debe invocarse pretensiones serias, predisposiciones y orientaciones concretas que impulsan al sujeto hacia el destino elegido. Puesto que no se configura cuando se invocan meras aspiraciones de pura elección.

En este sentido, la autora cita el voto del doctor Roux Rengifo, miembro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica que dice que el daño debe tratarse de un cambio de mucha entidad, que trastoque a fondo, por ejemplo, el marco afectivo y espiritual en que se desenvuelve la vida de la familia, o trunque una evolución profesional que ha consumido grandes esfuerzos. (27/11/98, RCyS, 1999-1324)

Con respecto a su autonomía, Mosset Iturraspe (2005) tiene dicho que el daño al proyecto de vida es más específico que el daño a la persona o que el daño a la salud, y no puede confundirse con el daño moral o con el daño psíquico. Esto sucede porque en el proyecto de vida la persona juega su futuro, su realización personal plena.

Por su parte, Zavala de González (2005) opina que no es un rubro autónomo sino que se representa en un agravante del daño moral que debe comprender con amplitud los desequilibrios existenciales que sufre la persona. A su vez, nos dice que en el caso de que el daño repercuta en la esfera material, debe ser resarcido bajo ese rubro.

d. Daño a la persona

Desde hace unos años ha comenzado a oírse un nuevo género de daño producto de una concepción integral del hombre a raíz de los aportes de la antropología filosófica que permitió considerar a la persona como un ser libre cuya estructura es coexistencial y temporal.

En este sentido, podemos citar a Mosset Iturraspe (1999) quien dice:

El daño a la persona es una noción de los tiempos más recientes. Nacida del descrédito del daño moral y de su interpretación restrictiva. De su equivocidad y de los flancos que presenta la crítica. De la parcialidad que traduce. El derecho enriquecido por la psicología, la psiquiatría, la antropología y la filosofía de la existencia "descubre" en el hombre "otros daños" que pueden o no causar dolor, en el sentido tradicional, pero que menoscaban o limitan a la persona humana: daño a la intimidad; daño juvenil; daño estético; daño sexual; daño a la vida de relación; daño a los proyectos de vida; daño biológico; daño psíquico y otros que una permanente investigación (una mirada preocupada sobre el ser humano) puede ir precisando, delimitando o exponiendo". (p. 11)

Por su parte, Fernández Sessarego (2003), admite la existencia del daño a la persona pero no como un género aparte sino como un nuevo género más inclusivo. En este sentido, nos dice que el daño a la persona comprende todo tipo de daños que pueda sufrir el sujeto, incluyendo el daño moral en todas sus variantes.

Dicho autor afirma que el mal llamado daño “moral” no es una instancia autónoma o diferente del “daño a la persona” sino que se trata de la lesión a uno de los aspectos psíquicos no patológicos de la misma, de carácter emocional. Por ello, para el ya no tiene sentido hablar de daño moral, puesto que lo que se daña en ese caso, son los principios morales de una persona, por lo cual se incluiría como un subtipo de los daños provocados a la persona.

Calvo Costa (2005) por su parte nos dice que el daño a la persona abarca un conjunto omnicomprendido, entre otros, del daño estético, del daño síquico, del daño a la vida de relación, del daño al proyecto de vida, del daño a identidad personal, del daño a la intimidad, del daño biológico, del daño sexual, etc., y especialmente, del daño a la salud

Para estos autores, como vemos, existiría una nueva concepción dentro del derecho de daños que toma en cuenta a la persona en su integridad y analiza el daño desde todos sus puntos y que a su vez sería un término más inclusivo y amplio.

Frente a esta postura, De Trazegnies (1988) considera que es suficiente con la definición del daño moral. Para este autor todo daño es, directa o indirectamente, un daño a la persona, incluso los daños patrimoniales. Por ello considera innecesario el empleo de una nueva terminología.

Por su parte, Morales Godo (2005) nos muestra una teoría intermedia entre las dos últimas diciendo que el daño a la persona trasciende al daño moral, existiendo entre ambos una relación de género a especie y reservándose para el daño moral la lesión que afecte los sentimientos de la persona coexistiendo con el daño patrimonial y con el daño a la persona.

Lo destacable de quienes defienden el concepto del daño a la persona es que consideran la persona en toda su integridad e incluyen dentro del concepto daño a la persona todos los daños anteriormente enunciados. Es decir, el término daño a la persona englobaría los distintos subtipos de daños, todos ellos independientes y específicos pero a su vez interrelacionados entre sí.

Ante esta realidad debemos reconocer que la nueva dimensión que ha alcanzado el derecho de daños y sobre todo el daño extrapatrimonial es acertada, puesto que no podemos desconocer la existencia de las categorías de daños

enunciadas y en este sentido, dado el principio constitucional de reparación plena e integral que rige nuestro ordenamiento no podemos negar su reparación.

Aun así, y dado a la escasa legislación que existe en el tema, quedará en manos de los jueces determinar la correspondencia o no de estos nuevos rubros, quienes deberán basarse en la doctrina y en su razonabilidad para lograr el fin máximo de la reparación que es el de resarcir el daño injustamente causado. Heigton (1998) nos dice al respecto que lo relevante para el magistrado es que todo daño resarcible sea resarcido independientemente de su identidad o diversidad con otros; a su vez, que no haya doble indemnización por conceptos que son similares o, en cierto contexto, se superponen.

De todo lo dicho en este capítulo rescatamos el alcance actual de los daños extrapatrimoniales, el reconocimiento de nuevos tipos de daños que permiten un análisis pormenorizado del daño que facilita a su reparación más allá que al momento sentenciar los jueces los incluyan dentro del concepto del daño moral o se resarzan separadamente. Lo importante es que todos los daños sean subsanados y que ningún concepto sea doblemente indemnizado.

Podemos finalizar con las siguientes conclusiones parciales:

- *Existe una tendencia actual a emplear el término de daños extrapatrimoniales o daño a la persona como un concepto más amplio que considera a la persona en su integridad y del cual el daño moral sería un subtipo.*
- *La doctrina nacional, por su parte, considera que estos daños son alcanzados por el término daño moral considerado ampliamente.*
- *Existe una teoría de que la reparación del daño moral es de naturaleza sancionatoria y otra para la cual la naturaleza es puramente resarcitoria.*
- *Nosotros compartimos la visión de esta última pues al momento de valorar el daño se hace atendiendo a la víctima buscando su resarcimiento, no se mira al dañador con el fin de castigarlo.*
- *El principio de reparación plena e integral rige enteramente para los daños extrapatrimoniales.*

Capítulo V

La legitimación activa y el daño moral.

Análisis doctrinal y Jurisprudencial sobre la legitimación activa para reclamar por daño moral. Proyección histórica. Situación actual

Como ya dijimos la legitimación activa supone la identidad entre la persona a quien la ley le concede el derecho de acción y quien asume en el proceso el carácter de actor. (Arazi, 1996).

En este capítulo analizaremos la legitimación activa respecto del daño moral, puesto que esta es una cuestión muy debatida y en estrecha relación con nuestro trabajo.

Para ello analizaremos la redacción antes y después de la reforma de 1968, los proyectos de reforma de 1998 y 2012 y finalizaremos con un estudio de la situación actual rescatando las opiniones a favor y en contra de ampliar la legitimación para accionar por daños.

1. Redacción original del Código Civil

Más allá de la discusión actual sobre la legitimidad para reclamar por daño moral es importante destacar que nuestro código, en su primera redacción, fue uno de los primeros en incluir la reparación del daño moral causado por un hecho criminal.

En su redacción original, el art. 1078 establecía: *"Si el hecho fuese un delito del derecho criminal..., la obligación que de él nace comprende también la indemnización del agravio moral."*

De esta primera redacción surgió una discusión que giraba en torno a si sólo procedía la reparación en los ilícitos civiles dolosos que fueran a su vez delitos penales o si incluía los hechos culposos o cuasidelitos civiles. (Rodríguez Pería, 2011)

Por un lado, la corriente dominante donde se enrolaba Orgaz (1992) y Llambías (1997), entendía que la indemnización solo procedía cuando el hecho ilícito, culpable o doloso, fuera también un delito criminal. Por el otro, una corriente más flexible y amplia que incluía a Colombo y Lafaille, consideraba que la reparación era posible frente a todo hecho ilícito sin importar si además era un delito del derecho penal.

Más allá de esta discusión, debemos analizar lo referido a la legitimación y ver qué alcance le brindó Vélez Sarsfield al momento de redactar este artículo.

Como podemos observar de la lectura del antiguo art. 1078 surge que este no contenía limitación alguna y continuaba, en la misma línea, el art. 1079 que imponía la obligación de reparar el daño respecto del damnificado indirecto. A su vez, el art. 29 inc. 1° del Código Penal determinaba que en la sentencia condenatoria, el juez podría ordenar la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia y a un tercero.

Ante esta redacción amplia surgía la necesidad de acotar los posibles titulares de una acción resarcitoria. Orgaz (1992) que representaba la orientación dominante, consideraba que en principio sólo la víctima del hecho gozaba de la acción; y en caso de su muerte, únicamente la tenían los damnificados indirectos que tuviesen algún vínculo legal de parentesco con el difunto

Aun así, el régimen jurídico vigente permitió que se emitieran decisiones judiciales que se amoldaban a las situaciones particulares del caso. Podemos citar, por ejemplo, el fallo de la Cámara Federal de Bahía Blanca de 1941, “Freiría, Benita Ascensión c. Gómez, Juan” donde se concedió indemnización por daño moral a la única hermana soltera de la víctima fallecida, que vivía con él, con sustento en que el vocablo "familia" utilizado por el Código Penal debía ser interpretado en sentido amplio, comprensivo de los hermanos, o los pronunciamientos de la Cámara 2da. de Apelaciones de La Plata, de 1948 en los autos "Morales, Guillermina T. c. Suárez, Francisco M.", y de la Suprema Corte de Buenos Aires, de 1959 "Pérez, Ángel Fernando”, donde igualmente legitimaron a hermanos del difunto a reclamar por daño moral. Por último, la sentencia de la Cámara Nacional Civil Sala B de 1967 en los autos “Zorzoli, Lucía R. c. Rubio, Manuel” que con fundamento en el art. 1079 C.C. hizo lo propio con la sobrina de la víctima, quien vivía con ella. (Méndez Sierra, 2010).

Este criterio fue dejado de lado por la sanción de la ley 17.711 que modificó la redacción del artículo en estudio.

2. La Ley 17.711

Con la reforma de 1968 sucedieron dos cambios importantes. Por un lado finalizó la controversia sobre la procedencia de la reparación solo en el caso de los hechos ilícitos que a su vez representaban tipo penales, puesto que Ley 17.711 modificó el art. 1078 eliminando la mención “delito criminal” y determinó que el resarcimiento del agravio moral correspondía frente a los daños causados por los *actos ilícitos*.

Por el otro, buscó garantizar el cierre del sistema de reparación del agravio moral determinando su alcance y quiénes podían reclamar, incluyendo la limitación que se observa en la actual redacción.

De este modo, el art. 1078 quedó redactado de la siguiente manera:

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

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

La principal justificación a esta limitación fue la necesidad de evitar una "catarata" de reclamos frente a un evento dañoso, ante el cual frágiles susceptibilidades verían la posibilidad de obtener provecho económico a costa del responsable, pudiendo, incluso, ocasionarle un grave perjuicio. (Zavala de Gonzales, 2011)

Bustamante Alsina (1997) en cambio, encontraba el fundamento de esta limitación en que “la ley presume en estos casos que esos parientes tan próximos experimentan un perjuicio de afección que les autoriza a demandar la reparación” (Bustamante Alsina, 1997 p. 252).

La opinión de Trigo Represas (1971) frente al dictado de la Ley 17.711, fue que "en principio no resulta censurable, sino por el contrario prudente, la limitación impuesta a la reparación del daño moral, ya que no es ocioso recordar que muchos individuos sólo se preocupan de sus afecciones y sentimientos cuando de indemnizaciones pecuniarias se trata.” (p. 170)

Por su parte, Borda (1971) decía que la situación implicaba crear un verdadero semillero de pleitos por pretendidos o reales daños morales puesto que cada muerte hubiera podido originar una cantidad muy indefinida y numerosa de demandas contra el responsable. Era necesario, según este autor, una norma que regulara de modo claro, preciso y razonable, quienes tienen acción para reclamar este daño.

Con esto, podemos decir que la respuesta adoptada por la Ley 17.711 implica una solución estricta, pues aun si se demostrara, en el caso concreto, que del hecho dañoso se provocara un menoscabo espiritual grave a otras personas estrechamente allegadas a la víctima por vínculos afectivos, éstas quedan "excluidas" del resarcimiento del daño moral propio sufrido. Es decir, si el hecho no causa la muerte del damnificado directo todo damnificado indirecto carece de legitimación para accionar por daño moral. Y a su vez, producida la muerte de la víctima, quien no sea "heredero forzoso" queda excluido de la tutela civil. Por ejemplo: hermanos, concubinos, novios, amigos íntimos, etcétera. (Méndez Sierra, 2010)

Esta solución adoptada implica, sin duda, un menoscabo al principio constitucional de reparación plena e integral del daño injustamente sufrido, por ello, en los años subsiguientes comenzó a instaurarse la necesidad de flexibilizar el sistema teniendo en cuenta las situaciones fácticas que surgían y no estaban contempladas.

Con este lineamiento se elabora el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial del año 1998.

3. El proyecto de Unificación de 1998.

Este proyecto buscó otorgarle cierta flexibilidad a la legitimación para reclamar por daño superando las limitaciones que imponía el art. 1078.

En este sentido, reguló la cuestión en el art. 1689 que decía: "La persona humana damnificada directa tiene legitimación para accionar por la satisfacción de su daño extrapatrimonial. Si sufre gran discapacidad, o del hecho dañoso resulta su muerte, también tienen legitimación a título personal, según corresponda conforme a las circunstancias, el cónyuge, los descendientes, los ascendientes y quienes convivían con ella recibiendo trato familiar ostensible." A simple vista, observamos una significación más amplia. A su vez, dicho artículo agregaba: "Los tribunales tienen atribuciones para asignar legitimación a otros sujetos, en los casos especiales en los

que el hecho tiene un grado de repercusión en el reclamante que excede del ordinario, habida cuenta de su vinculación con el damnificado y las demás circunstancias."

Como vemos, el proyecto consideraba el caso en el que no se producía la muerte de la víctima, así como también tomaba un concepto amplio de familia, extendiendo los legitimados para actuar y dejando a criterio del juez aquellos casos que escapaban a la norma.

Desde esta orbita, el concubino supérstite que acreditara la convivencia con la víctima sería persona legitimada para reclamar el daño moral.

4. El Proyecto de reforma de 2012

El reciente intento modificatorio de nuestro Código Civil y Comercial promulgaba la instauración de la reparación plena. El art. 1740 decía: "La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que fuere parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero...".

Referido a esto, en los fundamentos del dicho proyecto decía: "Como todo principio, debe lograrse su satisfacción en la mayor medida posible, lo que no es incompatible con que, en situaciones delimitadas, pueda armonizarse con otros principios y establecerse una limitación por medio de leyes especiales".

Además, el art. 1738 prescribía: "La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida".

Por otra parte, el art. 1741 define la "Indemnización de las consecuencias no patrimoniales" en forma igual a los dos primeros párrafos del art. 1689 del Proyecto de 1998. O sea, si del hecho resulta la muerte de la víctima o sufre gran discapacidad,

según las circunstancias, tienen legitimación los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y "quienes convivían con aquel recibiendo trato familiar ostensible", lo que, obviamente soluciona el problema de los unidos en aparente matrimonio o de hecho ("unión convivencial" en el Proyecto) y de los hermanos, aunque siempre que convivieran con la víctima.

Esta redacción es mucho más acorde al respeto de los derechos humanos y a la igualdad que consagra nuestra Constitución. De acuerdo a Ibarlucía (2012) lo más importante es que supera ampliamente los cuestionamientos constitucionales al art. 1078.

5. La situación actual. Posiciones a favor y en contra.

Como todo cambio frente a él se enervan opiniones encontradas, por lo que, ante la postura que pretende ampliar la legitimación para reclamar por daño moral han surgido argumentos que apoyan el necesario cambio y otros que mantienen su negativa y defienden la postura del legislador al momento de redactar el actual art. 1078.

A continuación citaremos los principales:

En líneas generales, quienes apoyan la necesidad de un cambio en la limitación impuesta por el 1078, fundamentan sus argumentos en la necesidad del respeto de los derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la integridad física, a la igualdad de las personas, a la intimidad, entre otros.

Algunos autores, como por ejemplo Ortiz (2012), nos dicen que uno de los principales argumentos que justifican la necesidad de flexibilizar el contenido del art. 1078, es que este es violatorio del derecho de reparación integral del daño injustamente sufrido.

Con relación a este argumento, debemos necesariamente recordar el fallo Aquino del año 2004 que proclamó el carácter constitucional del principio "alterum non laedere" prohibiendo a las personas dañar los derechos de terceros, la justicia social y la dignidad humana.

De este modo, no podemos hablar de reparación plena e integral si, frente a un hecho dañoso, existiese daño subsistente en todo o en parte.

Otro de los argumentos que apoyan el cambio es aquel que considera que la limitación del 1078 vulnera el principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional. La autora Rodríguez Pería (2011) sostiene que el art. 1078 discrimina injustamente a quienes sufren indirectamente en su espíritu, frente a la amplia legitimación de los damnificados indirectos en sus intereses patrimoniales. Además, agrega, que la protección de la integridad de las personas y el pertinente derecho resarcitorio encuentran respaldo en tratados que integran el sistema constitucional ([art. 75, inc. 22, Const. Nacional](#) y, entre otras normas internacionales, las de la Convención Americana de Derechos Humanos), los cuales se ven vulnerados por la actual redacción del artículo 1078 del Código Civil.

Martini (2014) nos dice que la negación del derecho a la reparación del daño moral a los damnificados indirectos que no son herederos forzosos de la víctima fundada en un pensamiento normativo puro y libre de contenido valorativo, quiebra el principio de igualdad de trato y consideración del hombre frente a sus semejantes, pues el contexto idiosincrático en el que tiempo atrás fue concebido el art. 1078 del Cód. Civil se encuentra alejado en los tiempos que corren de los actuales requerimientos sociales de justicia y equidad.

Si bien todos estos argumentos son válidamente fundados existen algunos autores que son reticentes a la idea de ampliar la legitimación del daño moral.

Bueres (1989), por ejemplo, aduce que la inexistencia de derecho subjetivo en el pretensor conspira insalvablemente contra la posibilidad de obtener resarcimiento. Esta interpretación va estrechamente ligada a la interpretación del daño como una lesión a un derecho subjetivo.

Con respecto a la igualdad de trato, esta corriente nos dice que la limitación de la legitimación para accionar no implica una violación a la garantía constitucional de igualdad. La disposición legal es rígida y, en definitiva, contiene una presunción de daño extrapatrimonial en favor de los herederos forzosos de la víctima fallecida, temperamento que encuentra sustento en que el grado de parentesco supone normalmente un natural interés, afecto y recíproca asistencia entre las personas ligadas por el vínculo y la muerte de uno de ellos autoriza a presumir que se configura una realidad espiritual menoscabada. Además, la igualdad debe ser respetada en igualdad de condiciones.

Además se ha dicho que el interés jurídico que la ley protege, o sea la incolumidad del espíritu cuya lesión se pretende reparar, está de tal modo adscripto a la persona del ofendido que, en principio, solamente la víctima podría reclamarlo a título personal y como damnificado directo, por lo cual es razonable tal limitación. (Bustamante Alsina, 1999)

Carneiro (1998) por su parte opina que si bien es cierto que importantes convenciones internacionales contienen referencias al derecho a ser reparado del daño moral sufrido, esas disposiciones no crean derechos absolutos; por el contrario, respetan las restricciones creadas por el derecho local siempre que no impliquen vulnerar el derecho conferido por la Convención y sean compatibles con una sociedad democrática.

Por último, citaremos la opinión de Trigo Represas (1971) y de Borda (1971) para quienes la limitación es necesaria, puesto que evita que surjan un sinnúmero de damnificados.

Ambas posturas perduran en la actualidad, aunque sin duda se impone la doctrina que considera necesario el cambio y otorga una flexibilidad a la legitimación para accionar por daño moral atendiendo al caso concreto y las cualidades y calidades particulares de las personas que estén involucradas.

Nosotros apoyamos esta postura, puesto que consideramos que desde este punto de vista más flexible, el juez sale de la literalidad de la norma y se involucra en el entorno de la víctima y es ahí donde el derecho debe aplicarse.

Desde esta óptica, el caso del conviviente que ve frustrado su proyecto de vida ante la muerte de su pareja por un hecho ilícito, tendría derecho a la reparación del agravio moral que ha sufrido. Agravio que hoy en día no puede ser dejado de lado o menospreciado castigando las individualidades personales por el hecho de no haber legalizado su relación.

En este sentido ha reflexionado la jurisprudencia que, desde hace unos años, considera legitimado el accionar del concubino por la muerte de su pareja. A continuación haremos un análisis del camino recorrido en esta materia.

6. Análisis Jurisprudencial

De lo estudiado, podemos determinar un punto de inflexión en la materia que nos ocupa, puesto que, desde el dictado de la Ley 17.711 y hasta el año 2004 aproximadamente, la jurisprudencia decidía de manera casi constante que los concubinos carecen de acción indemnizatoria del daño moral por la muerte del compañero. (Méndez Sierra, 2010)

A partir del año 2004 esta situación cambia, y surge una nueva tendencia más inclusiva y analítica.

Así, por ejemplo, podemos citar el fallo “Monzón de Gómez, Nélide c/ Palacios, Roberto y otro s/ Daños y perjuicios” del año 1988 donde se establece que cuando el legislador ha considerado que debía reconocerse derecho al concubinato lo ha hecho de manera expresa, el concubinato es una mera situación de hecho que no crea ninguna relación jurídica entre los concubinos salvo en los casos en que la ley lo establezca.

Otro fallo con similar criterio es “Bistoco, Fabiana c/ Forchi, Francisco s/ Sumario” del año 1989, donde si bien se negó el resarcimiento del daño moral del concubino se reconoce el derecho a la reparación del daño patrimonial por ser el concubino un damnificado indirecto. Este fallo nos dice que el art. 1078 del Código Civil determina que la acción por indemnización del daño moral, si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente corresponde a los herederos forzosos (cónyuge de la víctima, sus hijos y demás descendientes, sus padres y otros ascendientes) por ello determina que a la luz de tal normativa, es preferible atenerse a su letra sin hacer una limitación que implique una restricción por vía interpretativa. Además, agrega que no se requiere demasiada argumentación justificar fácticamente que se otorgue reparación al dolor legítimo que produce en los padres la muerte de un hijo, en tanto que la concurrencia de otros reclamantes deberá ser ponderada al determinarse su cuantía pero no su procedencia.

En el fallo en pleno de la Cámara Nacional Civil del año 1995 de la causa “Fernández, María C. y otro c/El Puente S.A.T. y Otros s/ Sumario,” los jueces dijeron que la mera relación de hecho, concubinato, no aprobada por la ley; por sí sola no genera derechos y obligaciones recíprocas, ni engendra consecuencias jurídicas salvo que la ley expresamente se las atribuya y por lo tanto no es posible equiparar la concubina a la viuda, considerarla amparada por la presunción legal de daño que

emana del art. 1084 del Código Civil, no es menos cierto que si demuestra debidamente que vivía del auxilio y los recursos del muerto ha de ser indemnizada en función de lo dispuesto por el art.1079 del ordenamiento legal citado.

Las mismas líneas de razonamiento siguieron los jueces en el fallo dictado en los autos “Serra, Emilio y otros C/ Malaguero, Francisco y otro S/ Daños Y Perjuicios” del año 2000. En este caso, simplemente se dijo que el concubino carece de legitimación para reclamar el daño moral por la muerte de su concubina, en virtud de la limitación que establece el art. 1078 del Código Civil.

Hasta aquí podemos observar que los jueces rechazaron la reparación del daño moral del concubino supérstite fundándose en una aplicación estricta del artículo 1078. De este modo, si la ley no lo prevenía el concubinato no era fuente de derechos ni implicaba consecuencias jurídicas por lo que no correspondía tal reparación.

Esta fue la postura hasta el año 2004. En ese momento los jueces comenzaron a razonar de otro modo, privilegiando la reparación plena e integral y reconociendo la jerarquía constitucional de este principio.

Piedra angular de este cambio de razonamiento en materia de reparación, fue la doctrina que surgió del voto de la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “Aquino Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.” del 29/09/2004, en donde se declara la inconstitucionalidad del artículo 39, inciso 1º, de la ley 24.557 y se proclama enfáticamente el carácter constitucional del derecho a la reparación y el rango igualmente constitucional del principio *alterum non laedere* que prohíbe a las personas dañar los derechos de un tercero, a la justicia social y a la dignidad humana.

A partir de este precedente, los jueces comenzaron a resolver teniendo en cuenta la reparación plena e integral del daño atendiendo a la situación particular de cada caso.

Podemos citar como primer antecedente el de la Segunda Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, en los autos "R., S. E c/ Bustos, Esteban", del mes de noviembre de 2004, donde los jueces consideraron que rechazar el reclamo indemnizatorio sería más un sanción en lugar de una respuesta adecuada del derecho de daños, y consideraron que el art. 1078 resultaba lesivo de derechos fundamentales.

Al respecto, los sentenciantes dijeron que “la finalidad de la ley de restringir el cupo de legitimados, atendible *prima facie* para no multiplicar el número de los reclamantes comprendidos en la aflicción, no puede llegar al extremo de desconocer el explicable dolor de quien, al igual que el cónyuge supérstite, también ha visto zozobrar su patrimonio espiritual, con clara afectación de los valores paz, seguridad, tranquilidad, justicia.”

Fundamentaron su resolución al considerar injusto que, tratándose de la muerte de la persona con quien se ha estado unido por lazos de afecto, el daño moral y la consecuente indemnización pueda ser presumido solo en caso de matrimonio y negado a quien, por no mediar la institución matrimonial, se encuentra en iguales condiciones de convivencia estable compartiendo la vida en todos sus aspectos.

La importancia de este primer antecedente fue que consideró irrazonable la exclusión del conviviente en la reparación del daño moral y adujo se aceptación fundamentándose en los preceptos constitucionales de protección de la familia (arts. 14 bis, tercer párrafo, Constitución Nacional; 17, 27 y concordantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica; 10 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos), igualdad ante la ley (art. 16 Constitución Nacional) y doctrina emanada del art. 1079 del Código Civil, en cuanto sienta el principio general de responsabilidad civil y, a su amparo, amplía el espectro de los legitimados para reclamar por daño.

Posteriormente la Segunda Sala de la Primera Cámara Civil y Comercial de San Isidro de Buenos Aires, en el año 2007, dicta en los autos “Hernández, María c. Witomski, Mario” una sentencia declarando la inconstitucionalidad del art. 1078 habilitando la legitimación de la concubina para reclamar daño moral.

En el caso, la Sra. María Hernández solicitaba la reparación del daño moral producido por la muerte de su concubino a raíz de un accidente de tránsito. Los jueces resolvieron que habiendo sido comprobada la relación concubinaria de fama cuasi-matrimonial no existían razones para no paliar los sufrimientos de aquélla (verosíblemente no menores a los de una esposa), enriqueciendo al victimario al liberarlo de indemnizarlos por la circunstancia -a él ajena- de que no regularizara legalmente su situación de hecho, mantenida con ribetes de perpetuidad.

Por ello, se declara la inconstitucionalidad del art. 1078 por considerar con absoluto convencimiento de que no existe otra vía para evitar la lesión del derecho, procurando el mismo resultado por la vía de la interpretación y armonización de las normas en juego, puesto que de otro modo, negándose la legitimación de la concubina para reclamar, vulneraría la garantía cimera de igualdad ante la ley (art. 16 C.N.)

En el mismo año, en la Segunda Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, en los autos "Camargo Mónica y otro c. Lima Roberta y otra s/daños y perjuicios" la inconstitucionalidad es declarada de oficio, argumentando que mientras se encuentre vigente la normativa del art. 1078 segunda parte del Código Civil, es esencial el rol del juez para acercar el derecho a la realidad social y para compatibilizar las consecuencias de una norma anacrónica con los preceptos fundamentales de nuestra Carta Magna.

Otro fallo similar fue el dictado por la, la Cámara Nacional Civil Sala K en la causa "Botti, Adela Elena y otros c. Aguilar, Marcos Javier y otro" del año 2009 donde se sostuvo que aun sin declarar la inconstitucionalidad del art. 1078, una interpretación sistemática del Código Civil integrando el mismo con los arts. 1068 y 1079; y en virtud de los principios generales del derecho, principalmente que nadie puede dañar a otro y el de reparación integral, además de las normas constitucionales y de los tratados internacionales, permite reconocer el resarcimiento del daño moral del concubino, cuando éste se ha acreditado.

Similar criterio adopto la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en los autos "A., C. B. c. Fernández" puesto que no aplicó la restricción legitimante del art. 1078 aun sin declarar su inconstitucionalidad, fundando tal apartamiento en los principios de reparación integral del daño, la equidad, la buena fe y la protección de la familia en sentido amplio.

Por su parte, en el año 2011, la Cámara Civil y Comercial de Córdoba, en su Sala Segunda, declarara la inconstitucionalidad del art. 1078 ante el reclamo de una conviviente por la muerte de su pareja a causa de una mala prestación médica, diciendo que la limitación impuesta por el art. 1078 contraría las previsiones de los arts. 14 bis, 16, 18, 22 y 23 de la Constitución Nacional, el Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos y Sociales. Es decir, se aplicó el criterio del fallo anteriormente comentado "R., L. E. y otros c. M., G. E."

Por último, y más reciente, el fallo emitido por la Cámara Nacional Civil en su Sala F, de octubre de 2013 en el expediente “B. L. A. y Ot. c. L. M. A. y otros s/ daños y perjuicios.” donde se declara la inconstitucionalidad del art. 1078 diciendo que la limitación que impone es inconstitucional, pues vulnera la garantía de la reparación integral y el derecho de igualdad ante la ley, ya que discrimina injustamente a quienes sufren indirectamente en sus espíritus, frente a la amplia legitimación que se les otorga en sus intereses patrimoniales.

Este fallo va un poco más allá puesto que determina que el concubino tiene legitimación para formular una pretensión resarcitoria por la muerte de su pareja — aun cuando exista impedimento de ligamen—, pues si se reconoce que la relación concubinaria no impide la aplicación de los principios del derecho común cuando da lugar a la configuración de determinadas relaciones o situaciones que producen consecuencias jurídicas, no se advierte que dicha convivencia pueda ser un obstáculo para la procedencia de la acción cuando se demuestra la existencia de un daño cierto e injusto. Es más, del voto del Dr. Galmarini se rescata que más allá de los efectos que pudiera generar en el ámbito matrimonial o del derecho de familia la relación concubinaria que mantenga una persona casada, ese impedimento de ligamen no puede ser obstáculo para reconocer al concubino legitimación como damnificado indirecto por la muerte de su conviviente, con quien mantuvo una relación de hecho estable y duradera, en los términos del art. 1079 del Cód. Civil.

De todo esto podemos rescatar que el derecho ha oído el reclamo doctrinario referido a la necesidad de revisar el art. 1078 y los límites a la legitimación para actuar que el mismo impone y ante situaciones que presentan la problemática, los jueces lo solucionaron a través de la declaración de Inconstitucionalidad de artículo controvertido.

a. La solución aplicada: Inconstitucionalidad del Art. 1078.

Si bien no ha sido el único modo de solución al conflicto, es el más aplicado en la actualidad.

De acuerdo a la Corte Suprema de la Nación, en principio, las leyes dictadas de acuerdo a los mecanismos establecidos en la Constitución Nacional, gozan de legitimidad y operan plenamente.

Por tal motivo, su posible nulificación obliga al Poder Judicial a ejercer dicha atribución de revisión constitucional con un exceso de prudencia y únicamente cuando la norma se torne manifiesta, clara e indudablemente contraria al espíritu de nuestra Carta Magna.

Es más, tiene dicho el Máximo Tribunal que la declaración de inconstitucionalidad de una ley sólo puede admitirse como "última ratio" del orden jurídico y constituye "la más delicada de las funciones que puedan encomendarse a un tribunal de justicia", o sea, es un remedio al cual sólo cabe acudir cuando no existe otro modo de salvaguardar el derecho o garantía que, amparado por la Constitución, se ve obstaculizado -de manera indiscutible- por una norma de jerarquía inferior.

De este modo, ante las sucesivas declaraciones de inconstitucionalidad del artículo 1078 hace aún más necesaria la revisión, puesto que el empleo continuo de un remedio extraordinario hace que este pierda su esencia, justamente, su excepcionalidad.

Por ello, es necesario un cambio que atienda a la necesaria reparación del daño moral proclamando una norma más inclusiva, equitativa y justa, que permita considerar cada caso en particular de modo de determinar la efectiva existencia del daño y en tanto exista, permita su reparación.

A partir de este análisis podemos decir, como conclusiones parciales, que fue a partir de la reforma del año 1968 que se limitó la legitimación para accionar por daño moral a fin de evitar un sinnúmero de damnificados.

Esta limitación que en ese momento pareció práctica, en la actualidad es tildada de inconstitucional por evitar que personas que sufren perjuicios morales accedan a su reparación.

De este modo ha razonado la doctrina y la jurisprudencia, que a través de sus fallos ha mostrado el necesario cambio que debe haber en la materia a fin de poder cumplir con el principio constitucional de reparación plena e integral.

En este sentido, podemos afirmar que el art. 1078 en su actual redacción evita que, en ciertos casos, personas que han sido afectadas en su integridad moral no puedan acceder a su reparación violentando sus derechos y libertades.

Limitar la reparación a la línea hereditaria implica dejar afuera a personas que pueden haber sido aún más importantes que los lazos familiares, por todo ello, consideramos que no deben existir límites taxativos sino que debe ser el juez quien ante el caso en particular determine los alcances de la reparación.

Conclusiones

Por todo lo dicho, de nuestro trabajo podemos concluir que el artículo 1078, en su actual redacción, lesiona los derechos del conviviente supérstite en cuanto no lo considera legitimado para reclamar por daño moral ante la muerte de su pareja.

Recordemos que la redacción de dicho artículo se llevó a cabo con la reforma del año 1968, época donde el concubinato era considerado ilegal e incluso inmoral. Por lo tanto, no sorprende que su empleo en toda la redacción del Código Civil haya sido de modo despectivo y como sanción para aquellas parejas que decidían mantener su relación fuera de la legalidad.

Con los años esta institución cobro mayor importancia y si bien en la actualidad ha habido intentos de regularla, aun no cuenta con una estructura jurídica que delimite sus alcances y garantice el goce de derechos.

Más allá de esto, la familia considerada como núcleo primordial de la comunidad, cuenta con un concepto más amplio e inclusivo que reconoce nuevos modelos familiares que como tales merecen la protección del Estado y de la sociedad

Por ello, cuando nuestra Constitución Nacional, en el tercer párrafo del artículo 14 bis establece la protección integral de la familia, alude a esos nuevos modelos que el derecho no puede desconocer ni discriminar y entre los cuales se encuentra, por supuesto, las uniones convivenciales.

Por otra parte, cuando dos personas deciden convivir en aparente matrimonio, formando una unión estable, singular y notoria lo hacen en base a sus derechos personales de autodeterminarse, de elegir, de formar una familia, etc. Sin duda que esta decisión se ampara en el derecho a la intimidad, también consagrado constitucionalmente.

Vale recordar que este derecho se encuentra en el artículo 19 que dice: *Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.*

Es decir, si quienes se unen en convivencia no afectan la moral ni las buenas costumbres y ejercen sus derechos libremente, el derecho no puede sancionar tal conducta pero tampoco puede ignorar las relaciones que surgen de esas uniones.

En este sentido podemos decir que el derecho tiene la función de garantizar el pleno goce de las libertades humanas admitiendo como único límite las libertades de los demás.

De allí que no exista un derecho a dañar a otros y que frente a un daño surja la obligación de repararlo.

Es aquí donde entra en juego la responsabilidad civil como función resarcitoria del derecho de daños.

El actual sistema de responsabilidad civil receptado por nuestro ordenamiento es proyección de un derecho más humano y social que ubica su eje en la víctima buscando compensar el daño que ha sufrido tratando de que no queden rastros del perjuicio.

En este sentido se reconocen dos grandes tipos de daños, por un lado los daños patrimoniales que representan una disminución en el patrimonio de la víctima y, por el otro, los daños extrapatrimoniales que implican una afectación de los derechos personalísimos.

Además, todo el sistema de responsabilidad civil se estructura bajo el principio de reparación plena e integral que no es otra cosa que garantizar el completo resarcimiento de los perjuicios que aquejan a la víctima.

Dicho esto no podemos negar que si una unión convivencial se rompe por la muerte de uno de sus integrantes a causa de un hecho fortuito, quien sobrevive sufre una afectación a su integridad psicofísica, moral y social. El derecho no puede desconocer que la pérdida de la pareja rompe un proyecto de vida y provoca una afectación, estén o no casados.

De otro modo estaríamos acreditando que quien vive en matrimonio puede sufrir más la pérdida de su pareja que quien no. El hecho de que una pareja decida vivir en matrimonio no garantiza que los sentimientos que existan entre los cónyuges sean más fuertes que aquellos que deciden formar una familia en concubinato.

Es decir, es innegable que la disolución de una pareja, sea convivencial o matrimonial, que tiene un proyecto de vida juntos, que tienen planes, hijos, etc., a raíz de un hecho ilícito que tronca de un momento a otro toda aquella proyección provoca un perjuicio en quien, habiendo hecho una planificación en conjunto, se ve, a causa de un hecho ajeno ilícito, rearmando su vida como puede, tratando de superar la pérdida irrecuperable.

Con esto queremos decir que tanto el cónyuge como el concubino supérstite sufren del mismo modo la pérdida de su pareja, por lo cual no se justifica su discriminación en relación a su legitimación para reclamar por daño moral, de otro modo estaría violentando el principio fundamental de igualdad impuesto en Nuestra Constitución.

En esta línea se ha pronunciado la jurisprudencia que ha considerado inconstitucional el art. 1078 por contrariar principios rectores de nuestro ordenamiento como la intimidad, la igualdad, la reparación plena e integral, el no dañar a otro, la protección amplia de la familia, principio que son, a su vez, receptado por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Es más, consideramos que dicho artículo, en su actual redacción, se opone a la perspectiva del derecho humanizado y social, motivo por el cual, a fin de que el sistema de responsabilidad civil sea un todo acorde e integrado, la reparación del daño moral debe admitir el análisis en particular de cada caso y en tanto exista un daño permita repararlo.

Por todo ello no caben dudas de que el art. 1078 debe ser reformulado, a fin de permitir una flexibilidad en la legitimación para accionar por daño moral, que permita al juez atender a la situación particular del hecho y que ante un daño probado pueda otorgar un reparo acorde.

De este modo, no solo la situación que nosotros analizamos encontraría amparo, sino otras situaciones que existen y que el Código Civil ignora, por ejemplo la situación de los hermanos y novios.

Por último, debemos reconocer que en caso de que entrara en vigencia la reforma del Código Civil y Comercial de 2012, nuestra problemática sería solucionada, puesto que en dicha norma prevé la indemnización de las consecuencias no patrimoniales en su art. 1741 que reza: *Está legitimado para reclamar la*

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

Sin duda que este texto es mucho más inclusivo que el actual art. 1078, puesto que permite atender a las circunstancias del caso y de acuerdo a ellas resolver la cuestión de la legitimidad. De este modo deja en manos de los jueces resolver la controversia, quienes son, al fin y al cabo, los que se encuentran ante las verdaderas situaciones y pueden analizar todas las variables buscando arribar a sentencias justas, que son el objetivo de nuestro sistema de justicia.

Bibliografía

- Albadejo, M. (1960) *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I: Parte General y Obligaciones, Librería Bosch, Barcelona. España.
- Alferillo, P. (2007) *Trascendencia de la valuación en la cuantificación de los daños a la persona*. La ley 2008-A, 159.
- Alterini, A., Ameal, O. y López Cabana, M. (1996) *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.
- Alterini, A. (1997) *Responsabilidad civil*. 3° ed. Abeledo -Perrot, Buenos Aires, Argentina.
- Álvarez Varela, G. (1992) *La actividad pericial en psicología forense*. Ed. Del Eclipse. Buenos Aires. Argentina.
- Arazi, R. (1996) "La legitimación como elemento de la acción" en *La Legitimación, Homenaje al Profesor Doctor Lino Enrique Palacio*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.
- Ataz López, J. (1985) "Los médicos y la responsabilidad civil", Ed. Montecorvo, Madrid.
- Badilla, A. (2008) *El derecho a constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, en AAVV. Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano, San José. Recuperado en www.wcl.american.edu/hracademy/mcourt/documents/153.doc
- Basset, U. (2012) *Uniones convivenciales. En Análisis del nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires, Argentina. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/uniones-convivencialesbasset.pdf>
- Belluscio, A. (1987) *Manual de derecho de Familia*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina.
- Belluscio, A. (2004) *Manual de derecho de Familia*. Tomo II. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina.

- Benavente, M. (2005) *Daño moral y damnificados indirectos ¿la limitación del art. 1078 Cód. Civil, es inconstitucional?* J.A. 2005 IV- 288, Lexis n° 0003/012225
- [Bermúdez J.](#) (2001) *Valoración del daño estético por cicatrices.* Primeras Jornadas Iberoamericanas de Ciencias Forenses. Madrid, España. Disponible en <http://www.la-plaza.com/vdc/revisiones>
- Bilotta Montalto A.M. (2005) *El derecho sucesorio en la unión de hecho entre homosexuales.* Disponible en http://www1.infojus.gov.ar/doctrina/dasc050001-montalto-derecho_sucesorio_en_union.htm?3
- Borda, G. (1971) *La reforma de 1968 al Código Civil.* Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina.
- Bossert, G. (2003) *Régimen Jurídico del Concubinato.* Editorial Astrea. Buenos Aires.
- Bossert, G. y Zannoni, E. (2004) *Manual de Derecho de Familia.* Sexta Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina.
- Braña, M. y Gutierrez, D. (1999) *"Concubinato: inconveniencia e innecesariedad de su regulación específica"* En La Ley LA LEY 1999-C , 961, versión digital disponible como AR/DOC/20514/2001
- Brebbia, R. (1967) *El daño moral.* Ediciones Obir, Rosario, Santa Fe, Argentina.
- Bueres, A. (1989) *El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta* en Derecho de Daños, homenaje al profesor Dr. Jorge Mosset Iturraspe. Ed. La Rocca, Buenos Aires, Argentina.
- Bueres, A (1992) *El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general* en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", "Daños a la Persona".Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina.
- Bueres, A (1988) *"La obligación de Seguridad en la Responsabilidad Civil y Ley de Contrato de Trabajo".* Ed. Vélez Sársfield, Rosario, Santa Fe.
- Bueres, A (1998) *El incumplimiento de la obligación.* En "Revista de Derecho Privado y Comunitario". Rubinzal Culzoni. Buenos Aires, Argentina.

- Bustamante Alsina, J. (1997) *Teoría general de la Responsabilidad Civil*. Novena Edición. Artes Gráficas Candil. Buenos Aires, Argentina
- Calvo Costa, C. (2005) *Daño resarcible*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina.
- Calvo Costa, C. (2005) *Las nuevas fronteras del daño resarcible* en La Ley, 2005-D-1416.
- Carneiro, J. (1998) *La constitución de 1994 y el daño moral*, en Estudios sobre daño moral. Ed. de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Bs. As., Argentina
- Castro, V. (2013) *Uniones Convivenciales*. En Revista DFyP. Editorial La Ley. N° XXXIII. Enero-Febrero.
- Cavagnaro, M.; Battú, V.; Campiña, C.; Cavigliasso, M. y Sanchez, F. (2014) Nuevos modelos de familia y la mediación como escenario de resolución de conflictos. Disponible en http://www.infojus.gov.ar/doctrina/dacfl40262-cavagnaro-titulo_nuevos_modelos_familia.htm?3
- Cipriano, N. (1990) *El año psíquico*. La Ley 1990-D- 678.
- Cordoba, M. (2011) *El olvido del Derecho de Familia y la familia olvidada por el derecho*. Instituto del Derecho de Familia. Revista Digital del Colegio Público de Abogados de Capital Federal. Número 101. Agosto 2011. Disponible en http://revista.cpacf.org.ar/Revista001/index.php?option=com_content&view=article&id=62:instituto-de-derecho-de-familia&catid=38:revista1
- De Aguiar Días, J. (1957) *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Tomo II. Editorial José M. Cajica JR. S.A. Méjico-Lima-Buenos Aires.
- Fenocchieto, E. y Arazi, R. (1993) Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado. Astrea. Buenos Aires, Argentina.
- Fernández Sessarego, C. (1999) El daño al “proyecto de vida” en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de derechos humanos. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. Ed. La Ley. Buenos Aires, Argentina.

- Fernández Sessarego, C. (2003) *Deslinde conceptual entre el daño a la persona, el daño al proyecto de vida y el daño moral*. En la revista “Foro Jurídico”, Universidad Católica, Año I, N° 2. Lima, Perú.
- Galdos, J. (2005) Acerca de daño psicológico. JA 2005-I-1197 – SJA 3/3/2005.
- Ghersi, C. (1997) *Teoría General de la reparación del daño*. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina.
- Giovannetti, P. y Roveda, E. (2012) *Las uniones Convivenciales en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil* en el dial.express, N° 3527, año XV.
- Heighton, E. (1998) *Pautas para mediadores: Tenencia, guarda, visitas y la amplitud de posibilidades de la mediación*. RDF 1998-12-7, Lexis N° 0029/000317
- Hernández Sampieri, R, Fernández-Collado C., y Baptista Lucio, P. (2006). *Metodología de la investigación*. Cuarta Edición. Editorial McGraw-Hill Interamericana, México.
- Herrera, M. (2013) *La lógica de la legislación proyectada en materia de familia. Reformar para transformar*. Revista Derecho Privado. Año II, N° 6. Ediciones Infojus.
- Ibarlucía, E. (2012) *El derecho constitucional a la reparación en el proyecto de Código Civil 2012*. Publicado en: RCyS2013-I, 5, Cita Online: AR/DOC/5489/2012
- Larenz, K. (1958) "*Derecho de Obligaciones*", traducción de Jaime Santos Briz, T. I. EDERSA, Madrid, España.
- Lasarte Alvarez, C. (1993) *Principios de Derecho Civil, derecho de obligaciones*. Tomo I. Ed. Trivium, Madrid. España.
- Llambias, J. (1997) *Tratado de derecho civil. Obligaciones*. Tomo I y II. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina.
- Llambias, J., Raffo Benegas, P. y Posse Saguier, F. (2004) *Código Civil Anotado*. 2da. Edición Actualizada. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.

- Lloveras, N. (2013) *Libertad con Responsabilidad y Solidaridad. La regulación de las uniones convivenciales*. En Revista Derecho Privado. Año II, N° 6. Ediciones Infojus.
- Lopez Herrera, E. (2008) *La función preventiva de la responsabilidad civil su relación con las otras funciones*. Revista de derecho de daños. Prevención del daño. N° II. Rubinzal – Culzoni. Buenos Aires, Argentina.
- Lorenzetti, R. (1993) El sistema de la responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica? Revista La Ley, ejemplar del 14 de octubre de 1993.
- Martini, L. (2014) *Indemnización del daño moral causado a la concubina*. Publicado en: LA LEY 21/05/2014.
- Méndez Costa, M. (1987) *Daños y Perjuicios de la muerte ilícita del concubino. Legitimación*. La Ley.
- Méndez Sierra, E. (2010) *La legitimación activa en el daño moral. Crisis del art. 1078 CC*. Publicado en LLC2010 (diciembre), 1204 Cita Online: AR/DOC/6902/2010
- Moisset, L. (1994) *El daño moral en los proyectos de reforma del Código Civil*. Colección de estudios de Derecho Civil. Daño moral. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Alveroni Ediciones, Córdoba, Argentina.
- Mollura, P. (2005) *Disolución de la sociedad de hecho civil causada por la muerte de uno de los concubinos. Procedencia del daño moral*. Ponencia del VIII Congreso Internacional De Derecho De Daños Por Una Sociedad Más Equitativa. Protección de la persona - Consumidores y Usuarios Medio Ambiente - Nuevas Tecnología. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires. Disponible en <http://www.aaba.org.ar/bi22n009.htm>
- Mosset Iturraspe, J. (1980) *Estudios sobre Responsabilidad Civil*. CITTA HNOS. SRL. Santa Fe, Argentina.
- Mosset Iturraspe, J. (1990) *Más allá del daño moral: el daño a la persona*. En Diez Años del Código Civil. Tomo II. Universidad de Lima, Perú.

- Mosset Iturraspe, J. y Piedecabras, M. (2005) Código Civil Comentado. Responsabilidad Civil. Art. 1066 a 1136. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires, Argentina.
- Orgaz, A. (1973) *La ilicitud*. Ed. Lertiert, Córdoba, Argentina.
- Orgaz, A (1992) *El daño resarcible*. Ediciones Depalma, Argentina.
- Palacio, L. (2003) Manual de Derecho Procesal Civil. Ed. XVIII, Tomo I, Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.
- Pellegrini, V. (2012) *Matrimonio y uniones convivenciales en el Proyecto de Reforma el reconocimiento jurídico de diversas formas familiares*. En Revista Electrónica Cuestión de Derecho. N° 3. Segundo Semestre 2012. Disponible en: www.cuestiondederecho.org.ar
- Pizarro R. y Vallespinos, C. (1999) *Instituciones del Derecho Civil*. Tomo II. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina.
- Pizarro, R. (1996) El daño moral. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina.
- Pizarro, R. (2000) Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina.
- Pizarro, R. (1993) Daños punitivos. En Derecho de daños. Ediciones La Rocca, Buenos Aires, Argentina.
- Rodríguez Pería, M. E. (2011) *El artículo 1078 del Código Civil y el daño moral. ¿Es necesario un cambio?* Disponible en http://www1.infojus.gov.ar/doctrina/dacfl10146-rodriguez_peria-articulo_1078_codigo_civil.htm?1
- Solari, N. (1999) *Liquidación de Bienes en el Concubinato*. Ediciones Jurídicas. Buenos Aires, Argentina.
- Solari, N. (2009) *La prohibición de denunciar en el proceso penal. La situación de los convivientes*. Disponible en http://www1.infojus.gov.ar/doctrina/dacf090070-solari-prohibicion_denunciar_en_proceso.htm?2
- Trigo Represas, F. (1971) *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*. Editora Platense, La Plata, Buenos Aires, Argentina.

- Vázquez Ferreyra, R. (1992) *Los presupuestos de la responsabilidad profesional*. En La responsabilidad de los profesionales. Libro homenaje al profesor doctor Luis O. Andorno, Platense, La Plata, Buenos Aires, Argentina.
- Vidal Taquini, C. (1991) *Matrimonio Civil*. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina.
- Yáguez, A. (1989) *La responsabilidad civil*. 2ª ed. Universidad de Deusto, Bilbao, España.
- Yuni, J. y Urbano, C. (2006) *Técnicas para investigar y formular proyectos de investigación*. Volumen I y II. Segunda Edición. Editorial Brujas, Córdoba, Argentina.
- UNICEF. Undelar. (2003) *Nuevas Formas de Familia*. Perspectivas Nacionales e Internacionales. Montevideo. Uruguay. Disponible en www.unicef.org/uruguay/spanish/libro_familia.pdf
- Zannoni, E. (1970) *El Concubinato*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina
- Zannoni, E. (1993) *El daño en la Responsabilidad Civil*. 2 ed. Actualizada y ampliada. Astrea, Buenos Aires, Argentina.
- Zannoni, E. (1998) *Derecho de Familia*. Tomo II. Astrea. Buenos Aires, Argentina.
- Zavala de González, M. (1989) *Indemnización por daños por muerte del concubino o concubina*. En Semanario Jurídico. Disponible en http://www1.infojus.gov.ar/doctrina/daca900093-zavala_de_gonzalez-indemnizacion_por_danos_por.htm?4&bsrc=cj
- Zavala de González, M (1996) *Resarcimiento de daños* en Daños a las personas (integridad sicofísica), Tomo 2ª, 3ra. Reimpresión. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina.
- Zavala de González, M (2004) *Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina.
- Zavala de González, M. (2006) *Daño síquico y rubros indemnizables*. Suplemento IV Revista De Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley. Buenos Aires, Argentina.

- Zavala de González, M. (2011) *Función preventiva de daños*. Publicado en La Ley, 03/10/2011.

Jurisprudencia Consultada.

- N° 599.905 “*Belcev María Teresa c/ Empresa de Transporte Veintidós de Septiembre y otro s/ Daños y Perjuicios*”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Capital federal. Sala A. Sentencia del 05 de febrero de 2013.
- N° B-153.053/06 “*Ordinario por Daños y Perjuicio: Laime, Ernesto Rael c/ Vargas Jacinto Anibal*”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial. San Salvador de Jujuy. Jujuy. Sentencia del 27 de marzo de 2013.
- N° 294.579/10 / 303.559/10 “*Mercado Andrea Eugenia vs. Alvarez Marcos Gabriel – Exclusión del Hogar*” 1er. Inst. en lo Civil de Personas y Familia de 6ª Nominación, Salta. Auto Resolutivo del 01 de octubre de 2010.
- N° 438.830 – 2012 “*Castagno, Verónica Marina c/ Chiatellino, Luis María. Ordinario. Otros.*” Cámara del Trabajo, Quinta Circunscripción Judicial, Provincia de Córdoba. Sentencia del 22 de noviembre de 2012.
- N° 185 “*G. D. A. y otra c/ T. G. y otro s/ Daños y Perjuicios*”. Cámara Civil, Comercial, Laboral y Minería. Sala A. Trelew. Chubut. Sentencia del 18 de marzo de 2009.
- N° 93185 “*Nro. 240/2008 Autos “Nina Cintia Denisa P/S y en Rep. De Su Hija Menor Alanoca Nina Judith Aylen C/Asociart Art S.A. Y Otros S/Indemnización Por Fallecimiento*” Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Juzgado N° 7. Cuarta Cámara Civil, Primera Circunscripción Judicial de Mendoza. Sentencia del 31 de julio de 2012.
- N° 69470 “*Sabella, Rosa Justa; Lahoz, Miguel H. por su hija María Lahoz Francisco J. Calderón y Primo Meschini S.A.I.C. S/ Daños y perjuicios*” Sentencia del 22 de abril de 1994
- N° 19490 “*Mejía, Oscar A. Roberto R. Núñez y T.A.C. Ltda.- Daños y perjuicios -Sumario*”. Cuarta Cámara Civil, Primera Circunscripción de Mendoza. Sentencia del 07 de octubre de 1990.

- Caso “*Atala Rifo y Niñas vs Chile*”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resumen Oficial. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Disponible en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_254_esp.pdf
- Fundamento del Proyecto de Reforma del Código Civil. Anexo I. Recuperado en www.biblioteca.jus.gov.ar/fundamentos-primero.PDF
- Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial Argentino de 1998. Recuperado en www.infojus.gov.ar/_pdf/codigo_civil_comercial.pdf

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO

A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Pardo, Carola Luisa del Carmen
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	30841926
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	Daño Moral y Concubinato <i>La legitimación activa del concubino supérstite para reclamar por daño moral.</i>
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	Cpardo2112@gmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21. Ciencias Políticas y Jurídicas. Abogacía.

<p>Datos de edición:</p> <p><i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i></p>	<p>Mendoza, 03 de septiembre de 2014</p>
---	--

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

<p>Texto completo de toda la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i></p>	<p>Sí.</p>
<p>Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán)</p>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21. **Lugar y fecha: Mendoza, 03 de septiembre de 2014**

Aclaración:

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
 _____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

 Firma

 Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1]^[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.