



UNIVERSIDAD
SIGLO 21

**LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LOS
DAMNIFICADOS INDIRECTOS
POR DAÑO MORAL**

CARRERA: ABOGACÍA

ALUMNA: MANSILLA TRIANA

Nº DE LEGAJO: ABG04427

AÑO: 2016

RESUMEN:

Desde hace ya muchos años, la doctrina y jurisprudencia nacionales debaten en torno a la legitimación del daño moral. Con la reforma del Código Civil y Comercial en Argentina, la visión actual del derecho de daños entiende a la responsabilidad como crédito, es decir que existe una valoración del interés del sujeto acreedor, es así que el concepto de víctima toma un papel de mayor importancia, por lo que al derecho ya no le interesa castigar, sino reparar y es preciso atender a la reparación del daño "injustamente sufrido", antes que al "injustamente causado".

Es por ello, que considero de gran relevancia que la utilidad de la investigación radique en brindar una información detallada, objetiva y lo más completa posible para suplir de alguna manera la desinformación en la sociedad actual acerca de quienes tienen derecho a reclamar por daño moral, sirviendo para aquellas personas que puedan llegar a verse damnificadas indirectamente ante un evento dañoso. Debido a que también los jueces deberán ajustarse a la nueva normativa, sería un importante aporte realizar un análisis, tratando de abarcar lo regulado específicamente en la ley, su funcionamiento en la práctica y considerando también los cuestionamientos que pueden efectuarse al respecto.

ABSTRACT:

For many years now, the doctrine and national jurisprudence debate about the legitimacy of moral damage. With the reform of the Civil and Commercial Code in Argentina, the current view of tort law understands responsibility as credit, meaning that there is an assessment of the creditor subject, so that the concept of victim take a greater role, so that the right and not interested punish, but to repair and must be addressed to repair the damage "suffered unjustly" rather than to "wrongfully caused".

That is why I consider of great importance that the usefulness of the research lies in providing a detailed, objective information and as complete as possible to meet somehow misinformation in today's society about who are entitled to claim for moral damages, serving for those who can reach you be affected indirectly before a damaging event. Because judges also must comply with the new rules, it would be an important contribution to an analysis, trying to cover as specifically regulated by law, its operation in practice and also considering the questions that can be done about it.

AGRADECIMIENTOS:

Infinitamente gracias a lo más importante que tengo en la vida, mi familia.

A mi papá Fabián y a mi mamá Nancy por el apoyo incondicional en todos los objetivos planteados en mi vida y en éste en particular. Por confiar en mí y por enseñarme los valores de la vida, como el esfuerzo, la dedicación y el trabajo.

A mi hermana, por estar siempre a mi lado y ser mi gran compañera de vida, “único ser con el que voy codo a codo” gracias por transitar junto a mí este camino.

A mis abuelos por ser mis guías, darme fuerzas y protección, estando siempre presentes y rezando a Dios por mí todos los días.

A mi prima Flor, por ser la mejor compañera/vecina desde que empezamos la vida universitaria. También agradezco al resto de mi familia, tíos y primos, por el apoyo de siempre y por alentarme a lograr mi meta anhelada.

Indudablemente, mil gracias a mis amigas y amigos que hicieron esta vida más linda en estos años de recorrido. Especialmente, a mi fiel, mi amiga Lu, que siempre estuvo en las buenas y en las malas sin importar el día o la hora.

A mi tutor, quien me acompañó y orientó a lo largo de este trabajo, y a cada uno de mis compañeros, con los que tuve el placer de cruzarme y compartir tantos momentos de esta hermosa carrera.

Simplemente, gracias a todos.

Índice del Trabajo Final de Graduación (TFG):

-Introducción.....	9
-Objetivos.....	11
CAPÍTULO I: RESPONSABILIDAD CIVIL	
1. Introducción	12
1.1. Evolución histórica de la noción de responsabilidad civil por daños .	13
1.2. Análisis del concepto y caracterización de la responsabilidad civil ...	16
1.3. El sistema del Código Civil Argentino. Doble régimen de responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual	18
1.3.1. Superación doctrinaria del distingo entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual	19
1.4. Elementos constitutivos	21
1.4.1. El daño	22
1.4.2. La antijuridicidad	23
1.4.3. La relación de causalidad	24
1.4.4. El factor de atribución.....	25
1.5. Conclusión parcial	27

CAPÍTULO II: DAÑO MORAL

2. Introducción	29
2.1. Concepto. Distintas corrientes de opinión	30
2.2. Requisitos del daño moral resarcible	32
2.3. Regulación del daño moral en el Derecho Privado Argentino.....	34
2.3.1. Supuestos de procedencia	34
2.4. Clasificación	36
2.4.1. Daño moral por incumplimiento obligacional (contractual) y por acto ilícito (extracontractual)	36
2.5. Conclusión parcial	38

CAPÍTULO III: LEGITIMACIÓN ACTIVA

3. Introducción	41
3.1. Breve análisis del concepto.....	42
3.2. Aspectos generales.....	43
3.2.1. Principios fundamentales sobre los cuales se asientan	43
3.2.2. La legitimación activa del daño moral en la jurisprudencia argentina.....	44
3.3. Damnificados directos e indirectos	47

3.4. La legitimación activa del damnificado directo por daño moral en el Derecho argentino	49
3.5. La legitimación activa del damnificado indirecto por daño moral en el Derecho argentino	49
3.5.1. Legitimación activa de los damnificados indirectos en el supuesto de muerte del damnificado directo	50
3.5.1.1. De los herederos forzosos	50
3.5.1.2. De los ascendientes. De los descendientes. Del cónyuge	53
3.5.2. Legitimación activa de los damnificados indirectos en el supuesto de supervivencia del damnificado directo.....	56
3.5.3. Nuevos legitimados indirectos	58
3.6. Conclusión parcial	59

CAPÍTULO IV: DESARROLLO HISTÓRICO DEL DAÑO MORAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

4. Introducción	61
4.1. Antecedentes legislativos del Art. 1078 del C.C.	62
4.2. La legitimación activa del damnificado indirecto por daño moral en el Derecho Civil Argentino	64
4.2.1. Panorama antes de la reforma de 2015	64

4.2.2. Después de la reforma de 2015	67
4.3. Legitimación activa de los damnificados indirectos por daño moral en el nuevo Código Civil y Comercial.....	70
4.4. Conclusión parcial	72
5. Conclusión final	73
6. Listado de bibliografía	74

INTRODUCCIÓN

En primer lugar plantearemos el problema de la investigación ya que dilucidar quiénes son los legitimados para accionar por el daño moral sufrido, entendido como la consecuencia perjudicial o el menoscabo que se desprende de una lesión a un derecho extrapatrimonial, es una cuestión que plantea aún serias discusiones en el ámbito del derecho argentino, debido al constante cambio que experimenta la sociedad en sus valoraciones.

Luego analizaremos la normativa legal en el contexto jurídico, que se encontraba regulado en el art. 1078 del Código Civil donde el texto dispone que la acción por indemnización por daño moral compete sólo a los damnificados indirectos, solamente en caso de muerte de las víctimas. Resulta indudable que el Codificador, al fijar esta limitación, ha querido desalentar el ejercicio abusivo de un derecho, puesto que si pueden intentarlo los padres, por qué no los hermanos, los hijos, los primos, los tíos, los abuelos, los amigos, los vecinos y cualquier persona que sostenga haber padecido sufrimientos como consecuencia del evento dañoso. Por ello se considera de gran relevancia realizar un análisis del actual Código Civil y Comercial de la Nación, como así también de las distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que desde hace años debaten en torno a la problemática de la legitimación activa del daño moral.

En el presente trabajo describiremos el instituto de la responsabilidad civil y se explicará cada uno de sus presupuestos, para lograr un mejor entendimiento sobre la legitimación activa ante el daño moral en los distintos ámbitos jurídicos,

la estrategia a utilizar deberá ser la cualitativa, con la cual se procede a recabar datos e información relativos al objeto de estudio.

El desarrollo del TFG comprenderá tres partes fundamentales. La primera de ellas, en el capítulo I, tiene una finalidad netamente introductoria y en la misma se hará referencia al instituto de la responsabilidad civil, su evolución y la superación doctrinaria del distingo entre responsabilidad contractual y extracontractual; además de explicar cada uno de los elementos constitutivos de la figura: el daño, la antijuridicidad, la relación de causalidad y el factor de atribución. En la siguiente parte se redactará el capítulo II, en el cual se analizará más en detalle el presupuesto de daño en la órbita extrapatrimonial, su conceptualización más precisamente como “daño moral”, la regulación legal y sus requisitos de procedencia; para luego introducirnos a la tercera y última parte que abarcará los capítulos III y IV donde nos detendremos en el problema planteado sobre quiénes son los legitimados para reclamar por daño moral y los distintos supuestos, según las diferentes posturas doctrinarias y los antecedentes jurisprudenciales relativos al tema y finalmente elaborar una comparación con lo establecido antes y después de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación.

Teniendo en cuenta las consideraciones a las que se arribe en cuanto a su problemática y lo desarrollado a lo largo de los capítulos anteriores sobre los supuestos de procedencia, en esta última parte también se intentarán aclarar o al menos considerar aquellas inquietudes que la cuestión genera.

OBJETIVOS

Objetivo general

- Analizar la legitimación activa de los damnificados indirectos para reclamar el daño moral en el ámbito legislativo, jurisprudencial y doctrinal de Argentina.

Objetivos específicos

- Explicar el contenido de la responsabilidad civil y sus presupuestos.
- Realizar un análisis conceptual de daño moral.
- Determinar la procedencia y el alcance de la legitimación por daño moral en el ámbito doctrinal y jurisprudencial de Argentina.
- Efectuar una comparación de la legitimación activa entre el viejo Código civil y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

CAPÍTULO I

RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS

1.1. Introducción.

Este capítulo tiene una finalidad netamente introductoria, debido a que en el mismo se hará referencia al instituto de la responsabilidad civil.

Para su mejor entendimiento dividimos el estudio de dicho instituto en una parte general, considerando la responsabilidad civil como parte de una temática más amplia a la que denominaremos “derecho de daños”, el cual ha evolucionado en los últimos años de manera exorbitante, tanto en lo conceptual como en lo funcional.

Esta parte engloba no sólo las cuestiones vinculadas al sistema de nuestro Código, que consagró un doble régimen de responsabilidad civil, el correspondiente al incumplimiento obligacional, llamado responsabilidad contractual y el de responsabilidad aquiliana, también denominado responsabilidad extracontractual; y su evolución histórica hasta llegar a una unificación de ambas órbitas, sino que también veremos cuestiones conceptuales y de caracterización, según los distintos autores que tratan lo relativo a la responsabilidad civil en sus obras.

En una parte especial, nos enfocaremos en explicar detalladamente cada uno de los elementos que integran la responsabilidad civil, los cuales son el daño, la antijuridicidad, la relación de causalidad y el factor de atribución, para luego

adentrarnos al presupuesto de daño y su desarrollo específicamente como daño moral en el próximo capítulo.

1.1. Evolución histórica de la noción de responsabilidad civil por daños.

Desde tiempos inmemorables, el ser humano ha mostrado preocupación acerca de la causación de daños y de la postura que debía tomar al respecto. Esta noción de responder por daños ha ido evolucionando a lo largo de los años.

Siguiendo la obra del Dr. Pizarro (2014) podemos dividir dicha evolución en períodos. Una primera etapa fue el Derecho Romano, en el cual, un daño sufrido en la persona o en los bienes implicaba que la víctima hiciera uso de la venganza, causando daños en la persona o los bienes del victimario. En ese sentido, el primer antecedente jurídico en respuesta a esta cuestión, fue la Ley del Talión “ojo por ojo, diente por diente”. Sin embargo, esta forma de represión de la injusticia por demás de primitiva e inadecuada, privaba a la sociedad de la utilización de una solución más razonable y jurídicamente aceptable. Por consiguiente, se logra acordar el perdón de la víctima mediante la entrega de una suma de dinero por parte del sindicado como responsable. Debe advertirse que los montos a pagar, eran más a título de pena impuesta al ofensor que de resarcimiento del daño.

Recién en el período clásico del Derecho Romano, se llegó a distinguir la pena que impone el poder público ante hechos determinados para castigar al culpable de un delito que repercute directamente sobre la sociedad, del derecho de la víctima a reclamar el resarcimiento de los daños sufridos. En esta etapa el fundamento de la reparación residía en la injusticia que importaba en sí mismo el hecho dañoso. (Pizarro y Vallespinos, 2014).

Dichas etapas de evolución son consideradas por Zavala de González (2004) como tendencias, así entonces se refiere a la primera como tendencia desde la venganza a la reparación del daño. Luego, desde la culpabilidad hacia los factores objetivos de atribución; período en la Edad Media, donde el Cristianismo introduce el concepto de culpa, pero no llega a ostentar el carácter de principio exclusivo y excluyente de responsabilidad civil. Así pues, comienza a advertirse el derecho de la víctima al resarcimiento económico por el del daño sufrido. Si bien, este proceso se consolidó notablemente en el derecho Justiniano, recién alcanzó una formulación definitiva con Domat, en el siglo XVII.

Posteriormente, el código de Napoleón, introdujo el principio “No hay responsabilidad sin culpa”, conforme a este principio, el individuo solo sería obligado a responder cuando pudiera formularse algún reproche subjetivo en su conducta. No obstante, a comienzos del siglo XX, comienzan a proliferar las primeras doctrinas que admiten con diferente extensión, la idea de una responsabilidad objetiva. (Pizarro y Vallespinos, 2014).

El derecho civil argentino, en su redacción originaria siguió a la legislación francesa. Aún antes de la reforma de 1968 muchas de sus normas habían resultado objeto de interpretaciones flexibles y extensivas por parte de la doctrina y jurisprudencia, en procura de soluciones justas. La ley 17.711 representó la conclusión de este proceso y produjo una transformación del espíritu de nuestro Código, al que impregnó de ideas más solidarias y humanistas. Postura que engloba las tendencias desde una concepción patrimonialista del daño hacia otra personalista; desde la responsabilidad individual hacia responsabilidades colectivas; desde el individualismo hacia la solidaridad; y así desde dicha perspectiva muchos autores consideran que la socialización de riesgos ha estimulado el desarrollo y transformación del derecho de daños de una responsabilidad más individualista a otra más socializada, o sea que actualmente, la víctima ha pasado a un primer plano. (Zavala de González, 2004).

En términos generales, el derecho de daños versa sobre los perjuicios injustos, los intereses que no deben ser lesionados y las responsabilidades por su quebranto o perturbación. El mismo encuentra sustento en el principio universal “alterum non laedere” es decir no dañar a otro, vigente en el Art. 19 de nuestra Constitución Nacional: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. A partir de este principio consideramos, al igual que para los romanos, que se podía ante cualquier situación saber cómo comportarse en relación con los demás. Esta norma es inseparable de la noción de alteridad, es decir en relación a otro, o lo que

es lo mismo tiene sentido únicamente en la vida en sociedad, porque el daño que alguien se infiere a sí mismo no entra dentro de la consideración de la responsabilidad civil. (Pizarro y Vallespinos, 2014).

1.2. Análisis del concepto y caracterización de la responsabilidad civil.

Referirnos a la responsabilidad civil en el derecho de daños es una cuestión compleja, ya que es de esos temas en los que existen opiniones contradictorias en cuestiones básicas como su definición, la cual analizaremos a continuación.

“La responsabilidad es la reacción jurídica contra un perjuicio injusto. Compensa con un bien (la indemnización) a quien ha sufrido el mal injusto. Abarca también la obligación de no causar perjuicios injustos. A ello, se agrega, en determinadas circunstancias el deber de impedir daños que el sujeto no ha causado” (Zavala de González, 2004, p 43.)

Del mismo modo, otros autores consideran que la responsabilidad civil “comporta siempre un deber de dar cuenta a otro del daño que se ha causado”.

Entre ellos, Bustamante Alsina (1997), siguió un tratamiento sobre la responsabilidad civil definiéndola en tres secciones relativas a la obligación de responder. Primeramente, trata la responsabilidad civil como un deber de

responder, lo que significa dar cada uno cuenta de sus actos. Y sostiene que la conducta de los individuos se traduce en actos unilaterales o bilaterales que a su vez producen una modificación del mundo exterior. Cuando la alteración favorece las ansias ajenas y proporciona satisfacciones a los demás, o bien se traduce en ventajas para otro, el autor de aquélla puede aspirar a una recompensa o retribución benéfica de quien recibe la utilidad. Cuando la alteración ocasionada por acto unilateral constituye la violación de un deber moral o jurídico, y menoscabándose el interés ajeno se invade la órbita de actuación de otro, se produce en el sujeto pasivo del acto una reacción desfavorable que se traduce en una insatisfacción. El autor de la alteración no puede aspirar en este caso a una recompensa: al contrario, se halla frente a la víctima en actitud de dar respuesta a la perentoria exigencia de ésta.

Además ubica la cuestión frente al problema de la ilicitud de la conducta, y de la indemnización como su consecuencia. Por definición lo ilícito es lo contrario a la ley y cuando la conducta no se ajusta a la previsión normativa se impone una sanción que consiste en el deber de reponer las cosas al estado anterior al acto ilícito. No obstante, se debe el pago de una suma de dinero equivalente al daño sufrido por el damnificado en su patrimonio, este derecho a obtener la debida indemnización reconocida a quien sufre un daño por el hecho de otro, halla suficiente fundamento en el principio de justicia que impone la necesidad de restablecer el estado anterior a la lesión causada injustamente.

Del mismo modo, definen Pizarro y Vallespinos (2014), añadiendo que esta conceptualización de responsabilidad civil, tiene la suficiente flexibilidad

para brindar una explicación razonable de la forma y modo en que se comporta esa obligación de reparar los daños y perjuicios, sin atadura a preconceptos.

También afirman que, por lo pronto, es menester que exista un daño causado a otro. No hay responsabilidad sin daño material o moral resarcible, cuyos requisitos analizaremos más adelante.

1.3. El sistema del Código Civil Argentino. Doble régimen de responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual.

Nuestro Código Civil, al igual que los de su época consagró un régimen doble de responsabilidad civil: el correspondiente al incumplimiento obligacional (contractual) y el de la responsabilidad aquiliana (extracontractual).

En la actualidad este distingo de órbitas perdió vigencia, tal como veremos más adelante, al analizar los cambios introducidos por la reforma del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

1.3.1 Superación doctrinaria del distingo entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual.

El problema de la reparación del daño causado a otro constituye una cuestión de responsabilidad civil, sea que el daño se hubiese originado en el incumplimiento de un contrato, sea que el daño resulte la consecuencia de un acto ilícito. En cualquiera de los dos supuestos enunciados el autor del daño ha incurrido en una conducta antijurídica. Existen entonces, dos ámbitos de responsabilidad civil, con distinto régimen normativo y configuran por lo tanto dos distintos sistemas de responsabilidad.

De ahí que, el Código Civil de Vélez distinguía entre las órbitas contractual y extracontractual de la responsabilidad civil conforme al art. 1107 “Los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidos en los artículos de este Título, si no degeneran en delitos del derecho criminal”. Es decir, que nuestro Código admite la compatibilidad de ambos sistemas decidiéndose por una opción limitada o restringida en los términos que fija el artículo mencionado. Conforme a dicha norma, nace para el damnificado la opción de fundar su acción resarcitoria en el sistema contractual o en el extracontractual si así le conviniera; posición que entiende la doctrina mayoritaria. (Bustamante Alsina, 1997).

Mientras que, la doctrina minoritaria, entiende que no hay opción posible y que en cambio la ley consagra dos regímenes totalmente separados que obstan a cualquier tipo de decisión voluntaria por parte del damnificado.

La unificación de los dos regímenes estudiados, ha sido reclamada por la doctrina nacional, puesto que no se comprendía la razón de mantener tal diferenciación cuando el daño siempre es único, independientemente de que se produzca en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual. En efecto, el daño es el presupuesto central de la responsabilidad civil; de ahí que puede hablarse de un derecho de daños o de una responsabilidad por daños al referirse a ella.

Diversos proyectos de reforma han intentado unificar ambas órbitas, si bien eso no ha sucedido, se analizaron las diferencias reales y aparentes entre ellas. En cuanto a las diferencias reales podemos mencionar, la prescripción liberatoria y la extensión del resarcimiento. Por otro lado, las diferencias aparentes, eran con respecto a la constitución en mora, la prueba de la culpa, la atenuación de la responsabilidad contractual, el daño moral, los daños causados por el hecho de las cosas, las cláusulas limitativas de responsabilidad y la indemnización de equidad; pero en la actualidad, a partir de la reforma de 1968, se terminó la discusión sobre la existencia de tales diferencias, estableciendo que son iguales estos aspectos en ambos regímenes. (Pizarro y Vallespinos, 2014).

Podemos afirmar que finalmente dicha pretensión, se supera con la solución que trae el nuevo Código, la misma tiene sentido práctico, ya que brinda

solución a supuestos que han generado dificultades serias, como ocurre con los daños a las personas en el ámbito de la responsabilidad contractual, como por ejemplo, la responsabilidad médica.

En los fundamentos del nuevo Código Civil y Comercial, vigente a partir del 1 de agosto de 2015, se puede leer que en materia de reparación, y siguiendo los proyectos anteriores, se recepta la unificación de los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual. Y luego sostiene que existe uniforme opinión doctrinal que ha sido expresada en distintos encuentros científicos.

De esta manera, se adopta la tesis de la unicidad del fenómeno de la ilicitud, lo cual no implica la homogeneidad, debido a que hay diferencias que subsisten. Pero aun cuando éstas existan, no se justifica el mantenimiento de dos regímenes. (Tanzi, S. Y.; Papillú, J. M., 2015).

1.4. Elementos constitutivos.

Ahora nos referiremos a los presupuestos, sin los cuales no alcanza a configurarse la responsabilidad civil. Se entiende por presupuestos de la responsabilidad por daños, a los requisitos que condicionan las consecuencias que se generan con motivo de la producción de perjuicios, ellos son 4 según la doctrina dominante:

1.4.1. El daño.

Determinar qué se entiende por daño constituye una cuestión de fundamental importancia, tanto para el damnificado como para el sindicado como responsable. Advertimos, que ante la existencia de distintas doctrinas, los límites cualitativos y cuantitativos del derecho del primero y la obligación de resarcir del segundo, pasan por la cuestión conceptual.

Primeramente, la doctrina que identifica al daño como la violación a un derecho subjetivo, ya sea a un derecho patrimonial o extrapatrimonial.

Por otro lado, autores que identifican al daño como lesión a un interés legítimo. Según ella, por interés se entiende la situación en que cada persona se halla respecto al bien, en virtud de la cual resulta posible satisfacer la necesidad de su titular, debiendo dicha relación ser apreciada objetivamente. Dividiendo el daño patrimonial, como lesión a un interés económico y el daño moral en la minoración de un interés de carácter extrapatrimonial. (Bustamante Alsina, 1997).

Y por último, se encuentra la doctrina que divide los requisitos que condicionan las consecuencias jurídicas con motivo de la producción de perjuicios, en presupuestos constantes y eventuales, considerando al daño como presupuesto constante, y para definirlo toma en cuenta el resultado o consecuencia de la acción que causa el detrimento. (Zavala de González, 2004).

Para esta corriente doctrinaria, resulta muy importante diferenciar entre daño en sentido lato o amplio y daño resarcible. En sentido amplio, el daño es la

ofensa o lesión a un derecho o interés no ilegítimo sea patrimonial o extrapatrimonial; en cambio, en sentido estricto, el daño resarcible no se identifica con la sola lesión sino que es la consecuencia perjudicial de tal lesión. En suma, existe una relación de causa-efecto entre la lesión y el menoscabo, esto último es el daño resarcible, el único que trasciende jurídicamente y que debe interesar a los fines de su reparación. (Calvo Costa, 2015).

Actualmente, el Código Civil y Comercial de la Nación brinda el concepto de daño resarcible, en el Art. 1737:

“Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.”

1.4.2. Antijuridicidad.

Aludimos al concepto de antijuridicidad desde una tesis objetivista, adoptada por la doctrina mayoritaria, considerándola como sinónimo de ilicitud. Aunque puede entenderse con una mayor comprensión por abarcar no solamente los casos de violación directa de la ley, sino la hipótesis de infracción del deber impuesto por la voluntad de las partes en el contrato.

En ese sentido, nos referimos a que una acción es antijurídica cuando resulta contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado. Es una

conducta ya sea comisiva u omisiva que provoca un resultado. (Pizarro y Vallespinos, 2014).

Ahora bien, existe una postura minoritaria que sostiene una tesis subjetiva sobre la antijuridicidad. Para ella, los mandatos jurídicos tienen como destinatarios a sujetos capaces de comprender y en consecuencia, atacarlos. Por tal motivo, considera que al contrario de la postura dominante que sostiene que no se requiere de la voluntariedad de la persona para producir un daño, el derecho sólo puede ser ofendido mediante acciones voluntarias. Dicho de otro modo, no existen ilícitos inculpables, la acción contraria a la norma debe ser, dolosa o culposa.

De conformidad con la postura mayoritaria, Calvo Costa (2015) afirma que ese fue el camino que siguió el nuevo Código, advirtiendo la consagración de un concepto material y objetivo de la antijuridicidad, como el que brinda en el Art. 1717, estableciendo que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.

1.4.3. Relación de causalidad.

Por regla, se exige una relación de causalidad entre el hecho fuente y el daño o el peligro de daño, que permita considerar a éstos como producidos por aquél. Excepcionalmente hay responsabilidad sin causalidad.

De manera que, entendemos que es necesaria la existencia de ese nexo de causalidad, pues de otro modo se estaría atribuyendo una persona el daño causado

por otro o por la cosa de otro, en resumidas cuentas, nos permite determinar si un resultado dañoso puede ser atribuido materialmente a una persona.

El juicio que supone la relación de causalidad es neutro, ya que no valora la justicia o injusticia de la acción, sino que se refiere a una cuestión meramente fáctica y objetiva, esto es, si existe un enlace entre un hecho antecedente y el resultado, o mejor dicho, es una relación causa-efecto. (Bustamante Alsina, 1997).

Entonces resulta que, como presupuesto de responsabilidad cumple una doble función, debido a que hay un punto de contacto entre la conducta antijurídica y el daño, que permite atribuir la autoría y a su vez, permite la extensión de la reparación, atribuyendo al autor del daño responsabilidad.

Diversas teorías han sido receptadas en el Derecho Privado para determinar cuál es la causa jurídica apta para provocar el resultado dañoso, pero sólo concordamos con la teoría de mayor predicamento en la actualidad y la que rige en el derecho argentino, la teoría de la causalidad adecuada.

Esta valoración, establece que “la adecuación de la causa se debe medir en función de la posibilidad y probabilidad del resultado, atendiendo a lo que corrientemente acaece, según lo indica la experiencia diaria en orden al curso de los acontecimientos”. A saber, está ligada a la idea de regularidad, a lo que normalmente acostumbra a suceder conforme al curso normal y ordinario de las cosas. (Pizarro y Vallespinos, 2014).

1.4.4. Factor de atribución.

Probada la relación causal, es ineludible que la conducta debe ser imputable o atribuible al sujeto, como motivo que explica su responsabilidad.

Como hemos dicho precedentemente, no basta el daño, para que la víctima o el acreedor puedan pedir reparación. Por lo tanto, a partir de un daño injusto, se averigua y selecciona un criterio que muestre si es justo que alguien responda por él. De tal forma, hacemos referencia al factor de atribución como 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. (Zavala de González, 2004).

Se los puede clasificar en factores de atribución subjetivos y objetivos.

Son factores de atribución subjetivos, el dolo considerado como la inejecución maliciosa de una obligación; y la culpa, tomada como una omisión de cuidados que exige la naturaleza de una obligación y que corresponden a las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar.

En cuanto a los factores de atribución objetivos, podemos mencionar, al riesgo creado, como daños causados por animales o cosas inanimadas; la garantía, la cual funciona en el ámbito de la responsabilidad contractual; la equidad; el abuso de Derecho y el exceso de la normal tolerancia entre vecinos, entre otros. Para que pueda atribuirse responsabilidad fundada en un factor objetivo de atribución, ello debe estar expresamente previsto en la ley. (Pizarro y Vallespinos, 2014).

1.5. Conclusión parcial.

Finalmente, para concluir, basándonos en lo expuesto de las distintas corrientes doctrinarias con respecto a las cuestiones vinculadas con la responsabilidad civil, podemos afirmar que estamos totalmente de acuerdo con las valoraciones realizadas por Bustamante Alsina y Pizarro y Vallespinos. Puesto que nos resulta apropiado hablar de dicho instituto en un sentido amplio, como la obligación de resarcir el daño injustamente causado a otro y que este deber de resarcir a la víctima, requiera para su configuración la necesaria presencia de los cuatro presupuestos.

También coincidimos con esta línea de pensamiento en que, su conceptualización de responsabilidad civil, tiene la suficiente flexibilidad para brindar una explicación razonable de la forma y modo en que se comporta esa obligación de reparar los daños y perjuicios, sin atadura a preconceptos.

Además, podemos señalar que con el Nuevo Código los presupuestos de responsabilidad civil siguen siendo los mismos que venían receptando la doctrina mayoritaria, a saber: el daño, la antijuridicidad, la relación de causalidad y los factores de atribución.

Conforme a lo expresado sobre estos elementos constitutivos de la responsabilidad civil, tomando al daño como presupuesto de fundamental importancia, estimamos que el daño experimentado por una persona puede ser de diferentes clases, según el daño sea de naturaleza patrimonial, cuando el detrimento es de valores económicos o patrimoniales; o de naturaleza

extrapatrimonial o moral, entendido como una minoración en la subjetividad de la persona de existencia visible. Dentro de dicha clasificación del daño, trataremos con mayor atención el daño extrapatrimonial en el próximo capítulo.

CAPÍTULO II

DAÑO MORAL

2. Introducción.

Ya hemos mencionado en el capítulo anterior que la distinción entre daño patrimonial y daño extrapatrimonial depende de los resultados o consecuencias de la acción antijurídica. Si la acción antijurídica ocasiona un menoscabo en el patrimonio, afectando su actual composición o sus posibilidades futuras, el daño es material o patrimonial, aunque el derecho atacado sea inmaterial, pero si de lo contrario, no afecta al patrimonio pero lesiona los sentimientos de la víctima, existe daño moral o extrapatrimonial. Esta cuestión es un tema antiguo para los juristas, pero relativamente novedoso en nuestra legislación civil, la cual se debe ir actualizando para adecuarse a los cambios que experimenta la sociedad con el pasar de los años.

El ser humano desde siempre ha concedido sentimientos de honor, de amor a la familia, a su presencia estética, de reputación, de privacidad, entre otros y los juristas también desde tiempos remotos polemizaron sobre el problema de si el daño a estos valores era susceptible de resarcimiento. Aún hoy día es posible encontrar autores que no reconocen la posibilidad de reparación del daño de esta índole, siguiendo la doctrina que admite su reparación analizaremos en las siguientes líneas los requisitos para su procedencia.

Por ello en el presente capítulo, nos centraremos en desarrollar a fondo el presupuesto de daño en el ámbito extrapatrimonial, su conceptualización más precisamente conocido como “daño moral” y todas aquellas cuestiones relativas a dicho instituto. Para luego poder introducirnos a la última parte de este trabajo, poniendo mayor atención en la problemática objeto que nos convoca.

2.1. Concepto. Distintas corrientes de opinión.

La norma que se refiere al daño extrapatrimonial, la cual se abordará más adelante, sólo alude a la legitimación y no menciona los aspectos conceptuales del daño moral, que queda librada al aporte doctrinario y jurisprudencial, por lo que analizaremos las distintas corrientes de opinión atinentes al tema, ya que determinar qué se entiende por daño moral constituye una cuestión fundamental tanto para el damnificado como para el sindicado como responsable.

En efecto definirlo genera una gran dificultad, razón por la cual muchos han decidido observar desde la negatividad a esta cuestión, acotando su importancia o inclusive desconociendo su existencia, por eso creemos que esto se debe a la propia naturaleza del daño moral, a su manifestación en la subjetividad del ser, la dificultad de percepción y el alcance de su manifestación.

Según las diversas posiciones el daño moral es considerado como:

- a) todo daño no patrimonial,

b) el daño moral se determina por la índole extrapatrimonial del derecho lesionado,

c) menoscabo a derechos referidos a la personalidad jurídica, con independencia de su repercusión en la esfera económica,

d) doctrina que toma en consideración el carácter no patrimonial del interés lesionado,

e) doctrina que toma en cuenta el resultado o consecuencia de la acción que causa el detrimento, la cual es la corriente mayoritaria que sostiene que el concepto de daño moral debe ser determinado siguiendo el mismo camino que se utiliza para definir al daño patrimonial resarcible. (Pizarro y Vallespinos, 2014).

Por consiguiente, se lo define como *“una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial.”* O con mayor precisión, la Dra. Zavala de González, citada por Pizarro y Vallespinos (2014), lo considera como *“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 al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial.”*

Noción de daño moral que ha sido objeto de algunas críticas, entre ellas las más agudas fueron formuladas por Eduardo A. Zannoni y Alberto J. Bueres, ambos citados por el Dr. Pizarro en contraposición con su postura. Según Zannoni no es aceptable la construcción jurídica que atiende a los resultados o

consecuencias de la acción antijurídica, para caracterizar al daño patrimonial y al moral. También, el Dr. Bueres ha objetado los fundamentos de la doctrina mencionada, sosteniendo que cuando se define daño como lesión a un interés, no se confunde el daño en sentido amplio con el daño resarcible (Pizarro, 2004).

Por otro lado, en cierta medida esa opinión es refutable, ya que no cabe dudar sobre la gran significación de los bienes personalísimos; pero a la hora de precisar el resarcimiento, no siempre es igual el daño moral derivado de lesiones análogas, sólo su percepción como un resultado existencial negativo, permite aplicar el principio de individualización del daño, como las circunstancias de la víctima suelen dimensionar de distinta manera las derivaciones espirituales de una lesión similar. (Zavala de González, 2004).

2.2. Requisitos del daño moral resarcible.

Desde la corriente doctrinaria que toma en cuenta el resultado o la consecuencia de la acción que causa el detrimento, el daño resarcible no es cualquier tipo de daño. Para que el mismo sea susceptible de resarcimiento debe cumplir con ciertos requisitos, que detallaremos a continuación:

❖ Debe ser cierto

El daño es cierto cuando puede constatarse su existencia en forma cualitativa, aun cuando no pueda determinarse su magnitud con precisión. La certidumbre implica que el daño moral deberá ser real y efectivo, no hipotético ni conjetural.

❖ Debe ser personal

En cuanto a la personalidad del daño, se refiere a que sólo la persona que sufre el perjuicio patrimonial o moral de modo directo o indirecto, se encuentra en posición de demandar la reparación.

El daño personal puede ser directo o indirecto. Es directo cuando se lesione el interés extrapatrimonial de la víctima, mientras que es indirecto cuando el perjuicio propio alegado por el acto es consecuencia de una afectación a bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de otra persona. Ello significa que la personalidad del daño identifica al o a los damnificados, titulares de la acción resarcitoria y determina su legitimación sustancial.

❖ Debe derivar de la lesión a un simple interés no ilegítimo del damnificado.

Hay opiniones encontradas, cierto sector exige como presupuesto del daño resarcible que medie una lesión a un interés jurídicamente protegido o a un derecho subjetivo, partiendo de una premisa básica, que radica en la necesidad de evitar la excesiva proliferación de damnificados a raíz del acto dañoso. Por otro lado, la doctrina mayoritaria que sostiene que es suficiente una lesión a un simple interés de hecho no ilegítimo; posición que guarda armonía con la letra y espíritu de nuestra legislación.

Además de los requisitos mencionados, algunos autores incluyen la exigencia de que el daño guarda relación de causalidad adecuada con el hecho

generador y su subsistencia al momento de dictarse la sentencia (Pizarro y Vallespinos, 2014).

2.3. Regulación del daño moral en el Derecho Privado Argentino.

En nuestro Derecho, el daño moral se encontraba regulado en el Artículo 1078 del Código Civil. Desde hace años, la doctrina y jurisprudencia han debatido sobre la necesidad o no de afrontar una modificación al texto del artículo en análisis.

2.3.1. Supuestos de procedencia.

En la primera redacción de dicho Artículo, sólo admitía su resarcimiento en los supuestos de delitos de derecho criminal de la siguiente manera:

“Si el hecho fuese un delito del derecho criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende la indemnización de pérdidas e intereses, sino también el agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas.”

Sin embargo, la reforma del Código Civil introducida en el año 1968 mediante la sanción de la Ley 17.711, puso fin al dilema anteriormente planteado ya que eliminó de su redacción la mención al delito del derecho criminal.

(Rodríguez Pería, M. E. (2011) El artículo 1078 del Código Civil y el daño moral. Es necesario un cambio? http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacfl110146-rodriguez_peria-articulo_1078_codigo_civil.htm).

Además, esta ley introdujo modificaciones de enorme importancia en materia de reparación del daño moral, admitiéndola con total amplitud, tanto en la órbita contractual y obligacional, como extracontractual o aquiliana.

El Dr. Pizarro manifestó con respecto a la reforma del año 1968, que la misma había ubicado a nuestro sistema jurídico entre los más modernos del planeta, a través de dos dispositivos que, aunque perfectibles, regulaban de manera satisfactoria la delicada problemática del daño moral y su reparación. Sosteniendo así pues, que el daño moral es reparable cualquiera sea su fuente generadora (contractual o extracontractual) o el factor de atribución aplicable (subjetivo u objetivo).

En efecto, el Código de Vélez Sarsfield, después de la sanción de la Ley 17.711, regulaba el daño moral contractual en el artículo 522 y el daño de origen extracontractual en el artículo 1078. El primero preveía que el juez puede condenar al responsable la reparación del agravio moral en caso de incumplimiento “*de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso*”. Inicialmente se sostuvo que su procedencia en el ámbito convencional era más bien restrictiva, pero luego se la generalizó en los incumplimientos de los contratos de consumo y en los contratos no paritarios, mientras que por el otro lado, en el terreno extracontractual prevalecía el criterio de que la legitimación acotada del artículo 1078 del Código Civil de Vélez Sarsfield era irrazonable, por consiguiente, se esbozaron diversas

posturas tendientes a ampliarla, ya que por ejemplo, se denegaba la legitimación a la concubina, al esposo por el atentado al pudor sexual de la esposa, a los padres y hermanos en caso de gran discapacidad del hijo que sobrevive, a los hermanos y padres de crianza en caso de fallecimiento, entre otros casos. (Galdós, J. M., 2015).

No obstante, autores como Pizarro (2004) expresaron la necesidad de interpretar en forma armónica y sistemática los arts. 522 y 1078 del Código Civil. Esto es, en razón de que ambos preceptos regulan de manera coincidente, una misma cuestión conceptual con respecto al daño moral.

2.4. Clasificación.

2.4.1. Daño moral por incumplimiento obligacional (contractual) y por acto ilícito (extracontractual).

Frente a la necesidad de una unificación del régimen de responsabilidad civil que los proyectos de reforma al Derecho Privado Argentino propiciaban, se propuso una regulación unitaria del daño moral, cualquiera sea la génesis del menoscabo. Con ello se borra toda pretendida diferencia entre el determinado daño moral contractual y extracontractual.

Cabe destacar que los proyectos mencionados anteriormente, fueron importantes proyectos que a través de sus reformas propuestas, recogieron la

experiencia de más de veinticinco años de aplicación de la ley 17.711 y los aportes trascendentes efectuados por la doctrina y jurisprudencia nacional (Pizarro, 2004). Estos son los siguientes:

- El Proyecto de Código Único de 1987.
- El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1993.
- El Proyecto de Reformas al Código Civil.
- El Proyecto de Código Único de 1998.

En tal sentido, cada uno de estos ámbitos tenía su propia regulación y ubicación dentro del Código Civil. De ahí que, el instituto en cuestión se encontraba regulado en el art. 522 *“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.”* y en el art. 1078 que antes de su modificación establecía: *“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.”* (Pizarro, 2004).

Finalmente, ambos adoptan una nueva normativa con la reforma del actual Código Civil y Comercial de la Nación, que entró en vigencia el pasado 1 de

agosto de 2015, mediante la sanción de la Ley 26.994, en el artículo 1741 que reza: *“Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.”*

En definitiva, se supera la distinción mencionada precedentemente, en que se clasificaba la regulación del daño moral en dos ámbitos diferentes. Pues, el nuevo Código unifica el régimen de la legitimación en las esferas contractual y extracontractual sin diferenciar si el daño proviene del incumplimiento de una obligación o del deber general de no dañar a otro (Galdós, J. M., 2015).

2.5. Conclusión parcial.

Primeramente en cuanto a la definición del tema de este capítulo, expresamos conformidad con quienes fundaban sus ideas en la doctrina que aborda el concepto de daño moral teniendo en cuenta el resultado o consecuencia

de la acción que causa el detrimento y desde allí sus requisitos para que dicho daño sea resarcible.

A pesar de que existan doctrinas que niegan su reparabilidad, seguimos la doctrina mayoritaria, por lo que admitimos que exista la posibilidad de reparación del daño sufrido y en cuanto a sus requisitos para que proceda la reparación, además de los mencionados en el desarrollo del capítulo, autores como el Dr. Zannoni sostienen que la relación de causalidad es un requisito constitutivo del daño resarcible, pues ella constituye un elemento externo de la responsabilidad civil, que requiere tratamiento conceptual y funcionalmente autónomo, no obstante, no lo consideramos de este modo. Como tampoco lo es la subsistencia del perjuicio, que constituye una manifestación del presupuesto de certeza, del que no puede escindirse. (Pizarro y Vallespinos, 2014).

Se puede decir que al analizar la regulación de dicho instituto en el Código civil, partiendo de que en la época de su sanción, nuestro código era uno de los pioneros en materia del reconocimiento del daño moral, tanto en la responsabilidad extracontractual como contractual, ese reconocimiento era de manera limitada. Había una limitación en materia de responsabilidad extracontractual para poder reclamarlo, que era la existencia de un delito de derecho criminal, aunque se sostenía que su limitación no era tan grave, porque si bien era necesaria la presencia de un delito, también se podría interpretar que si este se presentaba, la ley no hacía mención a ninguna limitación en cuanto a la de damnificados indirectos, permitiendo reclamar tanto a herederos forzosos como a quienes no lo eran.

Esto presentó la necesidad de reformar el texto del artículo con el pasar del tiempo, y la limitación que expresamos se elimina con la reforma de 1968 pero se incorporaron otras limitaciones, como permitir reclamar solo al damnificado directo y en caso de muerte, sólo a los herederos forzosos. Por lo cual consideramos que quedaban excluidos aquellos que sufrían un daño pero por la supervivencia del damnificado directo no podrían iniciar la acción por daño moral, por lo que con el correr del tiempo, la doctrina y jurisprudencia manifiestan la necesidad de una nueva reforma, que se realiza en el año 2015 intentando resolver los problemas que se presentaban por la acotación del artículo 1078, tras declararlo inconstitucional por varios magistrados. Por lo que creemos que el nuevo artículo llenaría el vacío regulatorio, aclarando ciertos “puntos oscuros” que contenía el texto originario.

En fin, luego de establecer el contexto del tema que nos convoca, estamos en condiciones de abordar puntualmente en el siguiente capítulo la problemática que nos presenta la legitimación de quienes pueden reclamar indirectamente el daño moral ante un evento dañoso.

CAPÍTULO III

LEGITIMACIÓN ACTIVA

3. Introducción

En líneas anteriores ya hemos abordado la faz teórica sobre el daño moral, su definición y sus fundamentos para lograr comprender el contexto de la problemática que nos hemos propuesto analizar en este trabajo. Ahora nos toca ingresar en el tema principal, que es la situación de los damnificados indirectos y su derecho a reclamar por daño moral.

Para esto, nos resulta conveniente aclarar las nociones básicas relativas a dicha cuestión como el concepto de legitimación y su clasificación, con el fin de poder analizar a fondo aspectos específicos del tema.

Teniendo en cuenta nuestro objeto de estudio, también analizaremos la jurisprudencia ya que en determinados fallos podremos ver que admite la procedencia del daño moral a pesar de las limitaciones impuestas por la ley. Cabe recordar que la norma expresamente otorga la titularidad de la acción a los damnificados indirectos pero sólo ante caso de muerte del directamente afectado. Resultándonos de esta manera un tema de gran relevancia, si se tiene en cuenta que desde hace años, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que el derecho a la reparación del daño es de jerarquía constitucional, consistiendo el daño moral en una parte esencial de esa reparación.

3.1. Breve análisis del concepto

Cuando los riesgos a los que se encuentra expuesto el hombre en la sociedad moderna se traducen en un daño efectivo, nacen a favor de las personas afectadas, acciones que además de tutelar sus derechos dan lugar a procesos donde por lo general se rozan las fibras más íntimas del ser humano, por involucrar aspectos como la integridad física, psíquica, la moral o el daño padecido por la pérdida de la vida de un ser querido. Entonces, se considera en precisar quiénes se encuentran autorizados para promover la acción y contra quienes corresponde dirigirla, es en lo que consiste el problema de la legitimación. Dicho en otras palabras, entendemos que esta puede referirse tanto a su faz activa, es decir quiénes pueden reclamar; o pasiva, es decir contra quiénes va dirigido un reclamo judicial (Fognini, A. I. 2014).

En tal sentido, centrándonos en la legitimación activa, el Dr. Fognini en su artículo, también sostiene que se la puede resumir como la aptitud para demandar. Asimismo existen dos tipos de legitimación activa, por un lado la del derecho sustancial, que implica la titularidad del derecho que se cuestiona y por otro, la referida al proceso la cual consiste en la capacidad para realizar personalmente o por medio de representantes actos procesales válidos, y por consiguiente, quien pretenda instar una acción judicial, deberá cumplir con ambos tipos de legitimación.

Y a su vez, en materia de legitimación activa se presentan distintos supuestos como los damnificados directos y los damnificados indirectos, los cuales analizaremos más adelante.

3.2. Aspectos generales.

3.2.1. Principios fundamentales sobre los cuales se asientan.

Cuando hicimos referencia en los capítulos anteriores al Art. 1078, expresamos que en materia de legitimación del daño moral, nuestro sistema es tan claro como restrictivo, debido a las limitaciones que imponía, por lo que nos podemos preguntar ¿con qué sentido pocos párrafos después el codificador contempló una excepción al terminante cierre de la legitimación activa? Más si tenemos en cuenta que los casos contemplados en dicho artículo pueden generar situaciones más graves y por lo tanto, de un daño moral más profundo, que las que deriven de la afectación al honor de la víctima.

Ahora bien, no podemos desconocer que nuestro Código Civil fue precursor en el reconocimiento del daño moral, pero tampoco ignorar que el sistema actual vulnera la esencia misma de los siguientes preceptos constitucionales. De manera que, resulta evidente que tanto los derechos como los principios constitucionales sobre los que se asientan los supuestos contemplados

del Art. 1078, se contradicen con el texto legal. Entre ellos, encontramos el principio de igualdad del Art. 16 de la Constitución Nacional, de razonabilidad receptado en el Art. 28, Alterum non laedere que nuestra carta magna consagra como límite concreto de las conductas privadas individuales en su artículo 19, protección a la familia del Art. 14 bis, etc. (Ritto, G. B. 2008).

Algunos autores como Pizarro (2004) plantearon la necesaria discusión sobre esta cuestión, donde se busca obtener un texto legal conforme a los principios constitucionales de los que se impregna nuestro ordenamiento. Así presenta la necesidad de cambios, requiriendo una solución acorde a la equidad, que no deje sin protección a los afectados por el solo temor de que existan múltiples reclamos, problemática que años más tarde, se intentó resolver con una nueva reforma.

3.2.2. La legitimación activa del daño moral en la jurisprudencia argentina.

Frente a la rigidez del sistema argentino, se planteó la inconstitucionalidad de la limitación en materia de legitimados activos que consagraba el art. 1078 del Código Civil. Dicha inconstitucionalidad ha sido declarada de oficio en numerosos fallos, por lo que a modo de ejemplificación mencionaremos algunos de gran trascendencia. Entre ellos podemos señalar, el caso “sala F B. L. A. y otro

c. L. M. A. y otros s/ daños y perjuicios” resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil que admitió la legitimación activa del daño moral para el damnificado indirecto (referida al concubino), logrando consagrar una sentencia equitativa, pese a la letra expresa del art. 1078. (Frúgoli, M. A., 2014).

También el destacado fallo de “A. M. A. c/ F. N. R. s/ Daños y Perjuicios.” que declaró de oficio la inconstitucionalidad del art.1078 del Código Civil, y reconoció la legitimación por daño moral de dos damnificados indirectos, por haber sido evidente la honda afectación emocional, espiritual y psicológica de la madre y del hermano de las víctimas en el caso particular de abuso sexual. Y el resuelto por el plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de fecha 28/02/1994 “Ruiz, Nicanor y otro c/ Russo, Pascual P. s/ Daños y Perjuicios.” Que tuvo como cuestión: "Si cuando del hecho resulta la muerte de la víctima, los herederos forzosos legitimados para reclamar la indemnización por daño moral según lo previsto por el art. 1078 del Cód. Civil, son sólo los de grado preferente de acuerdo al orden sucesorio". Finalmente se expresó: “No cabe dudar que la fórmula legal resulta limitativa de la legitimación activa para evitar la proliferación de reclamos, pero de ello no debe seguirse que deba continuarse por el mismo camino restrictivo cuando de la interpretación se trata, por cuanto la limitación ya es suficiente en los términos legales y sobrepasarlo implica negar la reparación del daño moral cuando éste realmente se verifica en alguno de los herederos mencionados, aunque en el ámbito sucesorio propiamente dicho hayan quedado desplazados.”

Del mismo modo, existen varios antecedentes al respecto a nivel nacional, que tuvieron marcada significación con respecto a la legitimación activa del daño moral tanto por la solución a la que arriban como por los fundamentos que los sustentan, tales como los de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Frida A. Gómez Orué de Gaete y Otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios.", del 16/06/1993, donde se admitió la legitimación activa de las progenitoras de ambas víctimas fatales del luctuoso episodio dañoso y aún la de la nieta con relación a su abuelo fallecido, a pesar de que ninguna de ellas revistan, en concreto, carácter de herederas forzosas, reconociéndoles su derecho a reclamar el perjuicio moral que el deceso de aquéllos les irrogó, en decisión que lejos está de importar un apartamiento de la doctrina legal vigente en torno de la temática debatida. El mismo sostuvo que, de manera análoga al fallo anteriormente mencionado: "corresponde asignar una interpretación amplia a la mención herederos forzosos que hace el art. 1078, de modo que alcance a todos aquéllos que son legitimarios potenciales, aunque --de hecho-- pudieran quedar desplazados de la sucesión por concurrencia de otros herederos de mejor grado".

Si bien nos hemos pronunciado arriba acerca de la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de oficio, existieron fallos en donde sin declarar la inconstitucionalidad del precepto que cuestionamos, el Tribunal reconoció la vulneración de los principios constitucionales, así como también de los nuevos paradigmas en las formas familiares. Es así que el fallo "A., C. B. c. Fernández, Angel Enrique" en el cual la concubina del automovilista que falleció al ser embestido por un camión, por sí y en representación de su hija menor, inició

demanda de daños y perjuicios contra el conductor y el propietario del vehículo y aunque el a quo rechazó el resarcimiento del daño moral, finalmente, la Cámara admitió dicha indemnización, precisamente por ello resultó un fallo innovador en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, ya que se basó en la norma que rige el caso, apartándose de la interpretación gramatical de la misma que es la jurisprudencia dominante en la Cámara Nacional de Apelaciones (Ritto, G. B., 2009).

En el trabajo que se viene refiriendo, se citaron casos jurisprudenciales donde por todo lo antedicho, claramente se adherían a la postura de la mayoría, que propiciaba la necesidad de una reforma que contemple la legitimación activa de quienes, con certeza, pretendan reparación de sus legítimas afecciones heridas.

“En suma, los fines que acompañan a la ley han variado para legislar en el futuro y para interpretarla entre tanto, pues el presupuesto sociológico "nuevos hechos, nuevo derecho", es diferente del que se tuvo en cuenta o del que se pudo tener en cuenta en 1968.”

3.3. Damnificados directos e indirectos

Como hemos señalado precedentemente, no sólo la víctima de un hecho dañoso puede experimentar un perjuicio moral; también pueden resultar damnificados ciertos terceros que sufren una minoración espiritual derivada de la lesión a intereses económicos o extrapatrimoniales con motivo de un hecho ilícito

que tiene por víctima a otra persona. Así se distingue entre quienes padecen el daño en forma directa y aquellos que lo sufren en forma indirecta, en esta clasificación sólo el damnificado directo tiene legitimación activa por daño moral. Excepcionalmente, cuando a raíz del hecho dañoso hubiere resultado la muerte de la víctima, la ley legitima activamente iure proprio a ciertos damnificados indirectos, como los herederos forzosos. (Pizarro, 2004).

Ahora, conviene precisar qué entendemos por damnificados directos e indirectos ya que la doctrina presenta cierta contradicción.

Para una acepción damnificado directo, es aquella persona que ha sufrido directamente el daño en las cosas de su dominio o posesión; mientras que damnificado indirecto, es aquel que padece por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades. (Fognini, A. L. 2014).

Por otro lado, una segunda acepción, considera damnificado directo a *“aquella persona que sufre en calidad de víctima la lesión de un interés patrimonial o extrapatrimonial propio y a raíz de ello experimenta un perjuicio patrimonial o moral. Damnificado indirecto, en cambio, es la persona que padece un daño propio, derivado de un ilícito que tiene por víctima a un tercero, respecto de quien existía un interés patrimonial o extrapatrimonial, que resulta conculcado.”* (Pizarro, R. 2004, p. 204).

3.4. La legitimación activa del damnificado directo por daño moral en el Derecho argentino

La legitimación activa del damnificado directo se encontraba reconocida en el Derecho civil argentino en la redacción originaria del Art. 1078 del Código Civil, sólo cuando del hecho generador constituía un delito de Derecho Criminal. Luego con la Ley 17.711 se expandió dicha legitimación en los Arts. 522 y 1078 del Código Civil, cualquiera sea la fuente generadora del detrimento, sea ésta contractual o extracontractual; o el factor de atribución, ya sea subjetivo u objetivo. (Pizarro, 2004).

3.5. La legitimación activa del damnificado indirecto por daño moral en el Derecho argentino

Como hemos visto, determinar si el damnificado indirecto tiene legitimación activa para reclamar por el daño moral, es una tarea por demás compleja. Si bien la cuestión era receptada en el antiguo Art. 1078 del Código Civil, se consideraba que el segundo párrafo del mismo, pecaba por ser excesivamente restrictivo, ante circunstancias de extremo dolor para el ser humano, lo que ha generado criterios encontrados, tanto en el ámbito académico como en el judicial.

De manera que, en el próximo capítulo profundizaremos acerca de la regulación particularmente de la evolución que experimentó la legitimación activa del damnificado indirecto en el desarrollo histórico de nuestro derecho, mientras que ahora nos interesa detenernos en distinguir a continuación, cada uno los supuestos, para un mejor entendimiento del tema.

3.5.1. Legitimación activa de los damnificados indirectos en el supuesto de muerte del damnificado directo.

3.5.1.1. De los herederos forzosos.

Para comenzar, hay que destacar que si del suceso no se hubiese producido la muerte de la víctima, únicamente ella era quien podía ejercer el derecho y pedir la reparación del daño, por lo que no da lugar a ningún pretendiente sobre la base de ser damnificado indirecto o acreedor del ofendido. En segundo lugar, ante la muerte de la víctima, sólo se confería legitimación a los “herederos forzosos”, dicha calificación ha sido criticada debido a que nadie está obligado a ser heredero, siendo entendida de manera casi indiscutida que se refería a los “herederos legitimarios” del fallecido, es decir, aquellos que gozan de la legítima, como los ascendientes, descendientes y cónyuge. Y por último, representando el nudo del problema generado por la norma, podía señalarse que carecerían por ejemplo de legitimación para reclamar frente a la muerte de una persona, su

hermano, concubino, etcétera, de quienes se podía presumir habrían padecido un daño espiritual por la pérdida. Circunstancia que impulsó la reacción de parte de la doctrina, siendo Matilde Zavala de González y Ramón Daniel Pizarro, los primeros en ocuparse de la cuestión. (Fognini, A., 2014).

Como hemos afirmado anteriormente, el Código civil introdujo limitaciones a la titularidad de la acción por daño moral en el último párrafo del Art. 1078, en caso de haberse producido la muerte del damnificado directo, reconociéndoles acción a los herederos forzosos. Pero a pesar de esta admisión, no dejaba de ser restrictivo el artículo ya que siendo claro, no admitía ningún otro supuesto además de estos damnificados indirectos. Por lo tanto, todo el que no poseía el carácter de heredero forzoso se vería imposibilitado de reclamar. Aun así, cuando el espíritu de la norma era evitar una “catarata de damnificados”, la cual podría determinar la ruina de responsable o tornar imposible el resarcimiento de todos aquéllos, había posturas que sostenían que dicha norma nos conducía a evidentes injusticias cuando el daño moral era cierto y causado adecuadamente por el hecho. En ese sentido, otra discusión ya superada, versaba sobre si la calidad de heredero forzoso a que aludía el texto legal del que venimos hablando, debía revestirse en concreto o bien potencialmente, en cuyo caso la acción indemnizatoria se concedería aun cuando quien la ejerciere fuera desplazado por un heredero con mejor derecho; no obstante, teniendo en cuenta que la acción por daño moral se ejerce *iure proprio* y no *iure hereditatis*, dicha cuestión fue interpretada finalmente como alusivo a herederos forzosos potenciales, ya que

además una cosa es el orden hereditario y otra el de los afectos. (Zavala de González, 2004).

En otras palabras, Pizarro (2004) expresa también conformidad con la doctrina que considera herederos forzosos a todos los que invisten potencialmente ese carácter en el momento del fallecimiento, de la que igualmente participan Llambías, Kemelmajer de Carlucci, Zannoni, entre otros y también avalada por la jurisprudencia mayoritaria, en casos como por ejemplo, los analizados en el punto anterior de este capítulo en los cual nos pronunciamos a favor de lo resuelto, por las evidentes injusticias y la necesidad de reforma que estas situaciones presentaban. De allí la razonabilidad de considerar los herederos forzosos que mencionaba el Art.1078 del Código Civil en el sentido que lo hace la doctrina dominante, a pesar de que opuestamente, en la cuestión vinculada al alcance que debía asignarse a la expresión herederos forzosos, se sostenía una posición restringida y minoritaria, como la doctrina del grado preferente de acuerdo al orden sucesorio en concreto al momento del fallecimiento, sustentada por Borda, Belluscio, Cichero y Mosset Iturraspe, entre otros.

Finalmente, entendemos que seguirá en pie la actual jurisprudencia que no excluye a un reclamante por otro de grado preferente en el orden sucesorio, toda vez que se acciona en estos casos por un derecho propio y no hereditario. Igualmente, con la última reforma introducida en el año 2014, la nueva norma (al igual que el Art. 1078) únicamente se valdrá del orden sucesorio sólo para circunscribir la legitimación de los legitimarios, mas no para desplazar un heredero por tener otro mejor derecho de acuerdo con las reglas del derecho

sucesorio, puesto que si no se contradeciría la finalidad perseguida por la norma, que es la de resarcir el sufrimiento que esa muerte causa en las legítimas afecciones de los más allegados a la víctima. (Meza, J. A.; Boragina, J. C., 2015).

En base a ello en el próximo punto, expondremos los casos particulares que, como hemos mencionado previamente, pueden plantearse.

3.5.1.2. De los ascendientes. De los descendientes. Del Cónyuge.

❖ De los ascendientes.

Nos resulta importante aquí realizar el análisis de los casos particulares que pueden darse por la muerte de los padres, la muerte de los padres adoptivos o de otros ascendientes como los abuelos.

- Muerte de los padres: es plenamente resarcible el daño moral causado a los descendientes por la muerte de un ascendiente. Se han suscitado algunas discrepancias respecto de la reparación del daño moral. Coincidiendo con la postura del Dr. Pizarro (2004) que sostiene que la edad de la víctima no debería ser computada como factor apto para reducir el quantum indemnizatorio por daño moral. Si el damnificado directo fallecido era una persona anciana, ésta no sería razón suficiente para aminorar los efectos de la reparación como lo dispuso cierta jurisprudencia, ya que lo que se tiene en cuenta no es la aptitud productiva de la

víctima, sino los valores espirituales que no decrecen en el transcurso del tiempo; de tal forma el autor antes referido cita a la Dra. Zavala de González, que acorde a dicha tesitura expresa *“El dolor que causa la muerte de una persona amada, no se aminora por razón de la privación o atenuación de aptitudes físicas o intelectuales que sufría la víctima inmediata antes de morir”* (Pizarro, 2004, p. 226). De ahí que, por el contrario se puede considerar que la edad del hijo que reclama la reparación, sí puede tener incidencia al momento de determinar el monto indemnizatorio por daño moral. Incluso, se debería tener en cuenta, otras circunstancias relevantes con respecto al damnificado indirecto como su estado de salud, cuando particularmente vivía con los padres y además dependía significativamente de su aporte material y afectivo.

- Muerte de padres adoptivos: tanto en materia de adopción plena como de adopción simple, en nuestro actual esquema sucesorio, adoptante y adoptado son, recíprocamente, herederos forzosos y se encuentran legitimados para accionar por daño moral, en caso de muerte del otro (Arts. 3565 y 3566 Cód. Civ.).

- Muerte de otros ascendientes como los abuelos: en estos casos los nietos pueden reclamar el daño moral derivado de la muerte de su abuelo sin que obste a tal circunstancia el hecho de que en el orden sucesorio concreto puedan ser excluidos por su progenitor, y de igual manera esto se impone en materia de filiación adoptiva plena, por las razones señaladas precedentemente (Pizarro, 2004).

- ❖ De los descendientes.

Aquí se dan dos supuestos, puede ser legitimado por muerte de los hijos o por muerte de los nietos. Ante la primera situación, el Dr. Pizarro (2004) señala que difícilmente podría concebirse un supuesto de daño moral indirecto de mayor gravedad que la muerte de un hijo, y para obtener una expresión más específica de la cuestión, cita a Mosset de Iturraspe *“La vida de los hijos representa para los padres, desde el ángulo de los sentimientos, un valor incomparable. El padre o la madre ven en los hijos el fruto de su amor, la continuación de sus vidas más allá de las propias, y esperan recibir de ellos buena parte del cariño que han depositado, como consuelo y ayuda espiritual en los altos años de la vida”* (p. 229).

Razón por la cual, resulta inadmisibles procurar distinciones en base a la edad de la víctima, tanto para hijos como para nietos, ya que el abuelo conforme lo expresado con anterioridad los abuelos también se están legitimados para reclamar por daño moral producido por la muerte de un nieto, sin que obste a esta concusión la existencia de los padres del menor y la exclusión de aquellos como herederos en concreto. Esta postura prevalece en los precedentes jurisprudenciales, tales como los que hemos analizado en líneas anteriores, donde la interpretación que sostiene que la referencia a los herederos forzosos del damnificado directo comprende no sólo a quienes tienen concreta vocación hereditaria al momento de la muerte del causante, sino también a los que resultan legitimarios potenciales, con vocación hereditaria eventual que podrían quedar desplazados de la sucesión por concurrencia de otros herederos de mejor grado (C.S.J.N., 9/12/93, "Frida A. Gómez Orue de Gaete y Otra c/ Buenos Aires,

Provincia de y otros s/ daños y perjuicios.” Fallos, 316:1462 (1993); CNCiv., en pleno, 28/2/94, “Ruiz, Nicanor y otro c/ Russo, Pascual”, JA, 1994-II-678.)

❖ Del cónyuge.

El cónyuge supérstite se encuentra legitimado para reclamar el daño moral derivado de la muerte de su cónyuge, ya que resulta presumible el perjuicio espiritual a partir de la existencia del vínculo jurídico invocado entre los esposos y de la acreditación de la muerte del cónyuge. A parte de ello, se plantean las distintas hipótesis de divorcio, separación personal y separación de hecho, con respecto a la legitimación antedicha, en los cuáles por aplicación de los principios generales que regula el derecho sucesorio, ninguno mantendría derechos hereditarios ni legitimación activa por daño moral en caso de la muerte del otro, salvo el supuesto de la separación personal, en este último caso no cesa la vocación hereditaria, ni la legitimación activa por daño moral (Pizarro, 2004).

3.5.2. La legitimación activa de los damnificados indirectos en el supuesto de supervivencia del damnificado directo.

Ante la regla general establecida por el Art. 1078, en el caso que el damnificado permanezca con vida la situación se vuelve aún más dramática, ya que en este supuesto ni siquiera a los que son catalogados como herederos forzosos se les reconoce legitimación activa. De manera que, si la víctima

sobrevive a la lesión contra su integridad, se entendía que era la única que podía reclamar reparación por daño moral, y no otras personas, aunque el padecimiento de éstas sea real y profundo. En resumen, se admitía la invocación como daño moral de la pérdida de un ser querido, como por ejemplo, un hijo, padre o el cónyuge; pero no con motivo de su mutilación, violación, incapacidad grave y permanente, entre otros, lo que resultaba totalmente absurdo. (Zavala de González, 2004).

De la mano de importantes juristas surgieron críticas vinculadas a esta limitación considerada absurda, los mismos advirtieron que la rigidez de la limitación producía una grotesca conculcación de la esencia del derecho a la reparación que la vuelve inconstitucional. El texto legal impedía que los damnificados indirectos puedan obtener un resarcimiento, aun en supuestos en los que no quepan dudas acerca de que se habían visto realmente perjudicados, así, la única excepción tenía lugar cuando la víctima fallecía como consecuencia del hecho, en cuyo caso sólo podían accionar los herederos forzosos, quedando excluidos entre otros, hermanos, tíos y concubinos. De este modo, tal como ya lo referimos, doctrinarios y magistrados propiciaban la ampliación del número de legitimados, ampliación que en reiteradas ocasiones se intentó lograr con los proyectos de Reforma, como el Proyecto de Código Civil y Comercial del 2012, cuyo Art. 1741 en busca de solucionar esta problemática que generaba evidentes injusticias, agrega además del supuesto de muerte, el supuesto de “sufrir gran discapacidad” y entre los herederos forzosos como legitimados recepta a “quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible” (Iriarte, A. L., 2013).

3.5.3. Nuevos legitimados indirectos.

Acerca de los nuevos legitimados indirectos que incorpora la norma mencionada en el punto anterior, para reclamar daño moral, quienes convivían con la víctima recibiendo trato familiar ostensible, va de suyo que la reforma, siguiendo los precedentes jurisprudenciales, buscó incluir al concubino o concubina, especialmente por encontrarse situado/a en iguales condiciones de convivencia estable y de formación de una progenie que el/la cónyuge, circunstancia que hace presumir que sufre con igual intensidad lesión en sus intereses espirituales derivada del fallecimiento del/a conviviente. Aunque esta redacción permitiría, en nuestro criterio, la posibilidad de que también gozaría de legitimación cualquier otro conviviente que recibiera trato familiar, como sería el caso de los hijos propios de la pareja, lo que dará pie indudablemente a planteos de inconstitucionalidad por parte de, por ejemplo, los hermanos que excepcionalmente, hubieren convivido y asistido a la víctima dado que han sido excluidos al no ostentar condición de ascendientes o descendientes ni resultar familiares “de hecho”, para la norma. No obstante, la consideramos que la jurisprudencia seguirá con su criterio de valoración en determinadas circunstancias evitando aplicar los límites que la ley fije si así lo considerare. (Meza, J. A.; Boragina, J. C., 2015).

3.6. Conclusión parcial.

Llegando a la parte final de este trabajo, que consta primeramente del capítulo III el cual hemos desarrollado previamente y el capítulo IV que vamos a analizar a continuación, veremos la situación actual del estado de la cuestión. Cómo estaba regulado en nuestro código y cómo se encuentra receptada actualmente luego de la última reforma, en el año 2014.

A modo de síntesis final de este capítulo, interpretamos que como se señaló anteriormente, el Art. 1078 establecía que el único posibilitado a reclamar reparación era la víctima del daño, y sólo si esta perdía la vida en razón de ese hecho, habilitaba a los herederos forzosos. Es así que a simple lectura no podría pretender un damnificado indirecto dicha reparación si la víctima no había fallecido, como también en caso que esto sucediera, sólo algunos lo podrían hacer, aquellos que según la ley fueran herederos forzosos.

Por esta razón, la doctrina mayoritaria ha mostrado su insatisfacción con la normativa, proclamando la necesidad de una reforma en materia de legitimación activa del daño moral, exigiendo una solución de equidad al tema y acorde a los principios actuales del derecho de daños. Este es el criterio que triunfó en la reforma y por decisión de política legislativa se hizo ley.

Ante el problema planteado de que existan otras personas, distintas de la víctima, que puedan haber sufrido un daño moral como consecuencia del hecho y la norma no les otorgara legitimación, consideramos de gran importancia el avance mencionado que se recepta con el Art. 1741.

Plasmándose así una reforma que la doctrina venía reclamando y que ya había tenido consagración jurisprudencial en varios supuestos de reclamo del rubro por el conviviente, en caso de muerte, y de los padres, en caso de gran discapacidad del hijo; fallos de marcada significación respecto a la cuestión, como los analizados previamente en este capítulo, donde los jueces se inclinaron por admitir la procedencia del daño moral a pesar de los límites fijados por la norma.

Como puede verse los proyectos, en general, siguieron los lineamientos doctrinarios y jurisprudenciales que se advertían y en la actualidad podemos entender que el nuevo texto legal importa una extensión en materia de legitimación de damnificados indirectos por daño moral, por lo que sólo nos resta afirmar que en nuestra opinión, coincidimos con lo expresado por los Dres. Meza y Boragina (2015) sosteniendo el reconocimiento de los damnificados indirectos enumerados en la nueva norma, en supuestos de “gran discapacidad” de la víctima, no únicamente en caso de muerte como establecía el Art. 1078, también padecen, como consecuencia refleja del ilícito, lesión en sus propios intereses extrapatrimoniales y que dicha situación también resulta susceptible de ser reparada en función de la índole jurídica de los intereses afectados. De allí, que la normativa les confiera un derecho subjetivo para hacerlo, reconociéndoles un verdadero interés legítimo.

CAPÍTULO IV

DESARROLLO HISTÓRICO DEL DAÑO MORAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

4. Introducción.

A lo largo del trabajo se han tratado distintos aspectos con el propósito de una mejor comprensión acerca del problema planteado, sobre quiénes son los legitimados para reclamar por daño moral y los distintos supuestos, enfocándonos en la legitimación activa de los damnificados indirectos ante un evento dañoso, según las diferentes posturas doctrinarias y los antecedentes jurisprudenciales relativos al tema.

Introduciéndonos a la parte final del trabajo, el último capítulo consistirá en abordar el tema desde la óptica legislativa en la República Argentina, para ello también elaboraremos una comparación con lo establecido antes y después de la reforma del año 2015, con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Teniendo en cuenta las consideraciones a las que se arribe en cuanto concierne a la problemática y lo desarrollado en los capítulos anteriores sobre los supuestos de procedencia, en esta última parte también se intentará aclarar o al menos considerar aquellas inquietudes que la cuestión genera.

4.1. Antecedentes legislativos del Art. 1078 del C.C.

Como hemos visto, el Código Civil argentino fue el primero de su tiempo que reguló en forma expresa la reparación del daño moral. Vélez Sarsfield incluyó una norma expresa que lo aceptaba sólo en el campo de los delitos del Derecho criminal y estaba receptado en el antiguo Art.1078. No obstante, circunscribiéndose a los supuestos en los que el hecho generador fuese un delito del Derecho criminal, admitía la reparación del daño moral, importaba un gran avance dentro de un contexto donde el centro de la cuestión era el patrimonio y no la "persona humana" pero a la vez no contenía ninguna restricción en materia de legitimación activa, la doctrina en su mayoría sostenía que tenían amplias facultades tanto los damnificados directos como los indirectos, además de sostener dicha legitimación se robustecía cuando se interpretaba el Art. 1078 en armonía con los arts. 1079 del Código Civil:

“La obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquél a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta”;

Y el Art. 29 inc. 1 del Código Penal, estableciendo que la sentencia condenatoria podrá condenar al pago de la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero. A pesar, de la amplitud de dichos textos legales, las doctrinas y jurisprudencia mayoritarias concordaban en la necesidad de poner límites, ya que si se interpretaran literalmente el texto respecto de toda persona que por el delito hubiese sufrido un daño indirecto, podía

llegarse a consecuencias desmedidas, tanto desde el punto de vista jurídico como económico. (Pizarro, 2004).

Es así, que para superar la injusta previsión restrictiva del Art. 1078 se desarrollaron distintos criterios que centran su interpretación en esa norma, entre las más difundidas, destacamos por un lado la tesis que postula prescindir de aplicar el artículo citado y acudir en su reemplazo al art. 1079 y por otro lado la declaración de inconstitucionalidad del Art. 1078 (Galdós, J. M., 2014).

Por estos motivos, algunos autores sostenían que siendo uno el daño “por qué en ciertos perjuicios rigen restricciones legitimantes como la del Art. 1078 y en otros no, como en el Art. 1079, si todos ellos serían básicamente menoscabos injustos, donde también dicha cuestión resulta atentatoria de la igualdad ante la ley del Art. 16 de la Constitución Nacional, además de carente de razonabilidad y congruencia, la amplia legitimación de los damnificados indirectos en su patrimonio (Art. 1079), discriminando quienes sufren indirectamente en su espíritu (Art. 1078). (Fognini, A. L., 2014).

Así pues, de acuerdo al planteo de la discusión sobre la constitucionalidad o no de la norma, siguiendo la doctrina dominante podemos destacar que la restricción que presenta la norma viola la igualdad en la reparación de los daños. En otras palabras, sin lugar a dudas, la interpretación literal del Art. 1078 resulta inequitativo y al margen de los preceptos constitucionales de protección integral de la familia, reparación integral del daño y razonabilidad, así como también de los principios generales del derecho, de la equidad, la buena fe y la solidaridad (Ritto, G. B., 2009).

Finalmente, la postura que prevalecía, sostenía que la limitación injusta de la limitación por daño moral del anterior Art. 1078, debía resolverse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma, de ahí que se reconoció por esta vía, el derecho resarcitorio de la concubina, de los padres por la gran discapacidad del hijo que sobrevive, incluso del hermano, aunque la cuestión seguía dividida (Galdós, J. M., 2015).

4.2. Legitimación activa del damnificado indirecto por daño moral en el Derecho Civil Argentino

A medida que los tiempos fueron cambiando, la reparación del daño moral comenzó a evidenciarse como una realidad impostergable, generando una reacción netamente favorable a su reconocimiento a través de grandes intentos por modificar el régimen vigente, estos intentos son los que nos proponemos analizar a continuación.

4.2.1. Panorama antes de la reforma de 2015.

Pocas cuestiones fueron tan debatidas en nuestro derecho como la reparación del daño moral. Luego de lo referido anteriormente, afirmamos que después de la reforma del año 1968, introducida por la ley 17.711 se resolvió la cuestión a la legitimación activa de los damnificados indirectos por daño moral.

Así pues, el Art. 1078 regulaba el daño moral en el terreno extracontractual, confiriendo legitimación activa sólo al damnificado directo o inmediato; y en caso de muerte de la víctima habilitaba únicamente a los “herederos forzosos”. Sin embargo, prevalecía la opinión de que la legitimación acotada de este artículo era irrazonable, por lo que se esbozaron diversas posturas tendientes a ampliarla. (Galdós, J. M., 2015).

Estimamos que ante esta irrazonabilidad, se brindaron numerosos fundamentos especialmente al analizar los supuestos en los que quienes reclaman son la pareja conviviente, los padres y los hermanos. De ahí que ante la conveniencia de un sistema sin restricciones y propiciando el incremento del número de legitimados, se esbozaron proyectos de reforma al Derecho privado argentino, entre ellos podemos mencionar tanto el proyecto de la Comisión designada por dec. 468/1992, como el proyecto de la Comisión de Legislación General, el Proyecto de 1998 y el del 2012 (Frúgoli, M. A., 2014).

Del mismo modo siguiendo este criterio, Pizarro (2004) expone un breve análisis de cada proyecto:

- El proyecto de reforma de 1987, el cuál no propuso modificación alguna en materia de legitimación activa por daño moral.
- El proyecto de la Comisión designada por decreto 468/92, donde la norma referida a la legitimación activa por daño moral deja la cuestión librada a la valoración judicial en caso que no medie muerte de la víctima, evitando exclusiones arbitrarias y extiende dicha legitimación a personas que convivían con la víctima al tiempo del hecho.

- El proyecto de la Comisión de Legislación general, importa también un sensible avance pero presenta mayor rigidez que el proyecto anterior, no obstante, coincide en la extensión de legitimados indirectos cuando no se produzca la muerte de la víctima.

- El proyecto de Código Único de 1998, dispone la ampliación en materia de legitimación activa de los damnificados indirectos por daño moral o extrapatrimonial, según la terminología que utiliza.

- El proyecto de Código Civil y Comercial del 2012, fue el último esfuerzo por lograr modificar el régimen jurídico, cuyo Art. 1741 analizaremos más adelante. En ese sentido, con este artículo, se propuso lograr una mayor satisfacción al derecho constitucional a la reparación compatible con las normas y principios vigentes, además de que propiciaba la instauración de un sistema que eliminara todos los límites fijados a la legitimación activa para accionar por daño moral (Iriarte, A. L., 2013).

De acuerdo con lo expuesto, en nuestra opinión, sostenemos que ante la actual visión, la discusión acerca de la nueva extensión que tendría el texto legal, siendo este el nudo de nuestra problemática, se encontraba basada en posturas más amplias y superadoras en cuanto a la legitimación del daño moral, y a pesar de que no era posible obtener un consenso único que deje conforme a todos, con este proyecto de reforma se esperaba que se tome una decisión que proteja de manera amplia los derechos de las víctimas. Cabe destacar, que este criterio fue el que se receptó en la reforma del 2015, introducida con la ley 26.994.

4.2.2. Después de la reforma del año 2015.

Si bien nos hemos pronunciado arriba acerca del Proyecto del 2012 como último intento de reforma que aborda la modificación del texto del Art. 1078, por el Art. 1741, éste es el camino que se siguió para la reciente reforma de nuestro viejo Código.

De ahí que, ante la necesidad de pautas precisas en materia de legitimación activa por daño moral, se puede considerar una solución la ampliación que brinda el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En el que en definitiva, se mantiene el criterio de distinguir entre damnificado directo e indirecto, concediendo por regla, legitimación al directo o inmediato y al indirecto en caso de fallecimiento o muerte de la víctima directa, se amplían los supuestos resarcimientos al caso de gran discapacidad de la víctima inmediata y se amplían los damnificados indirectos en caso de fallecimiento o gran discapacidad de la víctima (ascendientes, descendientes, cónyuge y quién convivía con trato familiar ostensible.) (Galdós, J.M., 2015).

En virtud de estas ideas, queda claramente establecida la legitimación para reclamar la reparación de las consecuencias no patrimoniales en el Art. 1741 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el cual establece:

“Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales del damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad

también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.”

La norma pone punto final, a las distintas interpretaciones que se formulaban en el ámbito doctrinario y jurisprudencial, no sólo en cuanto al término “herederos forzosos” sino también respecto de la posibilidad de aplicar el Art. 1079 del viejo Código civil en determinados casos particulares, ya que se consideraba injusto excluir el resarcimiento del daño no patrimonial a quienes no revisten la calidad de herederos forzosos. En este aspecto, también se reconocen los nuevos paradigmas de familias y desde ya se tiende a brindarles un adecuado marco de protección jurídica. (Tanzi, S. Y.; Papillú, J. M., 2015).

El texto expresamente se refiere al daño no patrimonial, que debe entenderse como equivalente al usualmente denominado daño extrapatrimonial o moral, y sólo alude a la legitimación, que en definitiva, subsiste el criterio que habilita a reclamar daño moral sólo al damnificado inmediato y excepcionalmente, a los indirectos. En ese sentido, el Código unificado establece dos supuestos que autorizan el reclamo por parte del damnificado indirecto, que son en caso de fallecimiento de la víctima o por su gran discapacidad, haciendo referencia en este último supuesto, en los que la incapacidad permanente es muy severa, del orden

del 75% o más y concurren ambos conjuntamente, por ejemplo, los padres con el menor en estado de vida vegetativa. (Galdós, J.M., 2015).

De este modo, se reconoce que los damnificados indirectos, en supuestos gran incapacidad de la víctima, no únicamente en caso de muerte como lo establecía el viejo Art. 1078, también padecen como consecuencia refleja del ilícito, lesión en sus propios intereses extrapatrimoniales y que dicha situación también resulta susceptible de ser reparada en función de la índole jurídica de los intereses afectados. Además, por otra parte extiende la legitimación de los damnificados indirectos a los supuestos mencionados, incorporando dentro del grupo de legitimados a los convivientes con “trato familiar ostensible”. En otros términos, se hace referencia con “trato familiar ostensible” a que la reforma, buscó incluir al concubino/a por encontrarse situado/a en iguales condiciones de convivencia estable y de formación de una progenie que el/la cónyuge, circunstancia que hace presumir que sufre con igual intensidad lesión en sus intereses espirituales de resultados del fallecimiento del/a conviviente. Así pues, se plasma, aunque con limitaciones, una reforma que la doctrina venía reclamando y que ya había tenido consagración jurisprudencial en varios supuestos de reclamo. (Meza, J. A.; Boragina, J. C., 2015).

4.3. Legitimación activa de los damnificados indirectos por daño moral en el nuevo Código Civil y Comercial.

Como ya nos hemos referido anteriormente, dicho tema recibe tratamiento en el nuevo Código Civil y Comercial en el artículo 1741, especialmente en su primer párrafo. De allí que para interpretar la nueva normativa, hemos analizado los antecedentes, junto al análisis de cuestiones conceptuales de su actual regulación.

Y ahora, si consideramos que el nuevo texto legal, nos estaría brindando la respuesta a nuestra pregunta/problema de investigación, creemos conveniente para explicar esta postura, hacer hincapié en los fundamentos de dicho artículo expresados por el impulsor del nuevo Código, Ricardo Luis Lorenzetti.

Según Lorenzetti (2015), en relación a la legitimación ampliada, subsiste el criterio restrictivo que habilita a reclamar daño moral sólo al damnificado directo e inmediato, salvo las excepciones. Centrándose en la legitimación activa de los damnificados indirectos, expresa que se establecen dos excepciones que autorizan su reclamo, las cuales son, en caso de fallecimiento de la víctima o de gran discapacidad, supuesto este último que alude a las denominadas grandes discapacidades, como hemos explicado en el punto anterior, en las que la incapacidad permanente es muy severa, del orden del 75% o más. En tales casos el

afectado requiere habitualmente de la asistencia de terceros y de prestaciones médicas, kinesiológicas, etcétera, de por vida. Los únicos dos casos que autorizan el reclamo del damnificado indirecto son el fallecimiento y la gran discapacidad de la víctima inmediata; en este último caso concurren ambos conjuntamente, directo e indirecto (por ejemplo, los padres con el menor en estado de vida vegetativa). Los damnificados indirectos o mediatos que admite la ley “a título personal, según las circunstancias” son el cónyuge, los ascendientes, los descendientes y “quienes convivían con él recibiendo trato familiar ostensible”. Este supuesto faculta el reclamo del conviviente de uno u otro sexo, los hijos de crianza de las familias ensambladas, los hermanos con los que convivía, etcétera.

Finalmente, afirma que el significado de la reforma en lo referido al tema consiste, en que la norma amplía la legitimación activa por daño no patrimonial, ensanchando la habilitación legal de los damnificados.

4.4. Conclusión parcial.

En nuestra opinión, la corriente fenoménica de modificar el texto legislativo al que hemos hecho referencia, ha logrado con esta reforma lo que tanto buscaba, ampliando marcadamente la legitimación más restrictiva del código anterior y faculta, entre otros casos, el reclamo de la pareja conviviente de ambos sexos, los hijos de crianza con los que cohabitan, los miembros de las familias ensambladas, los hermanos con los que convivía, etc.

No obstante, creemos que su redacción dará pie a planteos de inconstitucionalidad por parte de otros que se consideren afectados ante un evento dañoso, aunque hayan sido excluidos al no ostentar condición de ascendientes o descendientes, ni resultar familiares de hecho, según la noción normativa. Pese a ello, en estos casos estamos convencidos que todos los supuestos que manifestaran situaciones injustas, de desprotección, ameritan recibir otro trato por parte de la propia ley, donde solo la actividad del juzgador puede echar un manto de justicia a la situación.

5. Conclusión final.

En conclusión, hemos podido comprobar que la hipótesis que presentamos cuando iniciamos este trabajo, acerca de si la legitimación activa para reclamar de manera indirecta por daño moral se había ampliado con el nuevo código civil y comercial, ha sido acertada. Así mismo, con respecto a esta cuestión, había posturas encontradas, como hemos expresado anteriormente, por un lado había autores que sostenían que el espíritu de la norma era evitar una “catarata de damnificados”, que podría determinar la ruina del responsable o tornar imposible el resarcimiento de todos aquellos. Sin embargo, para otros doctrinarios lejos de pensar en la posibilidad de un colapso en tribunales, sostenían que las limitaciones del texto legal de la época conducían a evidentes injusticias. Esta última posición doctrinaria en la que nos enrolamos, y con el apoyo de la jurisprudencia mayoritaria, luego de varios intentos proclamando cambios en el régimen vigente, triunfa logrando entre las modificaciones más destacadas, la ampliación del número de legitimados activos por daño moral con el nuevo Art. 1741.

Finalmente, después de lo expuesto afirmamos que ante la crisis que supone ruptura con lo establecido, y consecuentemente cambios significativos en el modo de vivir y en el de hacer Derecho, además de resultar una solución ante los problemas que se plantearon, el reciente Código Civil y Comercial de la Nación brinda a la sociedad normas que permiten tutelar a las personas con justicia y equidad, y también, jerarquiza el daño a la persona porque configura un ámbito de profunda significación y trascendencia para preservar su dignidad.

6. LISTADO DE BIBLIOGRAFÍA

- DOCTRINA

- BUSTAMANTE ALSINA, J. (1997) *“Teoría General de la Responsabilidad Civil.”* (9° Ed.) Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- LORENZETTI, R. L. (2015) *“Nuevo Código Civil y Comercial Comentado.”* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- PIZARRO, R. D. y VALLESPINOS, C. G. (2014) *“Compendio de derecho de daños.”* Buenos Aires: Hammurabi.
- PIZARRO, R. D. (2004) *“Daño Moral”* (2° Ed.) Buenos Aires: Hammurabi.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. (2004) *“Actuaciones por daños.”* (1° Ed.) Buenos Aires: Hammurabi.
- CALVO COSTA, C. A. (2015) *“Daño resarcible. Concepción a la luz del Código Civil y Comercial”*. Recuperado de AR/DOC/555/2015, Buenos Aires, LA LEY.
- GALDÓS, J. M. (2014) *“La legitimación de los padres y hermanos por daño moral en importante precedente”*. Recuperado de AR/DOC/1173/2014.

- GALDÓS, J. M. (2015) “*El daño moral contractual y extracontractual.*” <http://www.nuevocodigocivil.com/el-dano-moral-contractual-y-extracontractual-por-jorge-mario-galdos-2/>
- FOGNINI, A. I. (2014) “*Daños a la persona. Legitimación activa y pasiva*”. Recuperado de AR/DOC/2104/2014
- FRÚGOLI, M. A. (2014) “*Legitimación activa en el daño moral y su constitucionalidad*”. Recuperado de AR/DOC/676/2014, Buenos Aires, LA LEY.
- IRIARTE, A. L. (2013) “*Legitimación activa para reclamar daño moral*”. Recuperado de AR/DOC/4567/2013, Buenos Aires, LA LEY.
- MEZA, J. A., BORAGINA J. C. (2015) “*El daño extrapatrimonial en el Código Civil y Comercial*”. Recuperado de AR/DOC/418/2015, Buenos Aires, LA LEY.
- RITTO, G. B. (2008) “*Acerca de la legitimación activa para reclamar daño moral de los hermanos como damnificados indirectos. Un fallo que refleja la interpretación literal de una norma anacrónica*”. Recuperado de AR/DOC/3897/2008, Buenos Aires, LA LEY.
- RITTO, G. B. (2009) “*Declaración de inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil y legitimación activa de los hermanos para el daño moral*”. Recuperado de AR/DOC/2293/2009, Buenos Aires, LA LEY.

- RITTO, G. B. (2009) *“Acerca del daño moral de la concubina del causante. Un fallo innovador en la Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil”*. Recuperado de AR/DOC/4160/2009, Buenos Aires, LA LEY.

- RODRIGUEZ PERÍA, M. E. (2011) *“El artículo 1078 del Código Civil y el daño moral. Es necesario un cambio?”*

http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacfl10146-rodriguez_peria-articulo_1078_codigo_civil.htm.

- TANZI, S. Y.; PAPILLÚ J. M. (2015) *“La reparación de las consecuencias no patrimoniales por fallecimiento y por la lesión o incapacidad física o psíquica”*, Recuperado de SJA2015/03/11-3 ; JA 2015-I, LA LEY.

- **LEGISLACIÓN**

- Código Civil de la Nación. Arts. 522 y 1078.
- Ley N° 26.994 – Ley de reforma del Código civil y comercial de la Nación.
- Código Civil y Comercial de la Nación. Arts. 1717, 1737 y 1741.

- **JURISPRUDENCIA**

- C.S.J.N., "Frida A. Gómez Orué de Gaete y Otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios." Fallos, 316:1462 (1993).

- CApel.Civ. y Com. Azul, Sala II, “A.M.A. C/F.N.R. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (2011).
- CNCiv. y Com. Fed., “Ruiz, Nicanor y otro c/ Russo, Pascual P. s/ Daños y Perjuicios” (1994).
- CNCiv., Sala F, “B. L. A. y otro c. L. M. A. y otros s/daños y perjuicios” (2013).
- CNCiv., Sala K, “A., C. B. c. Fernández, Angel Enrique” (2009).

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>	Mansilla Triana
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	37628000
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	Legitimación activa de los damnificados indirectos por daño moral.

<p>Correo electrónico</p> <p><i>(del autor-tesista)</i></p>	<p>trimansilla@hotmail.com</p>
<p>Unidad Académica</p> <p><i>(donde se presentó la obra)</i></p>	<p>Universidad Empresarial Siglo 21</p>
<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</i></p>	

<p><i>caso que</i></p> <p><i>corresponda).</i></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:

Texto completo de la Tesis	SI
<i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	
Publicación parcial	

(Informar que capítulos se publicarán)

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: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la
Unidad Académica:

_____certifica

que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[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.