



UNIVERSIDAD SIGLO XXI

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

DAÑO MORAL

LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL CÓDIGO CIVIL Y
COMERCIAL

PAULA CINTHIA GALLERO

ABOGACÍA

-2017-

RESUMEN

Un tema tan controvertido en nuestro país a lo largo de los años, como es la cuestión relacionada a la legitimación activa para interponer acción por daño moral respecto a los damnificados indirectos, fue el punto en cuestión para la reforma del Código de Vélez Sarsfield cuya vigencia se remonta al año 1871.

Tras varios intentos de reforma, el mismo continuaba desactualizado en cuanto a quienes poseían legitimación para poder accionar y pretender un resarcimiento por el daño ocasionado al principal.

En la actualidad, las uniones convivenciales priman sobre los matrimonios, hecho por el cual el legislador llevó a cabo una de las reformas más importantes plasmadas en la ley n° 26.994, ampliando la legitimación para actuar por parte de quien se vea afectado en carácter de concubino, cuyos sentimientos también se ven afectados por el hecho dañoso producido al principal, como si fuera el cónyuge. La realidad demuestra que la diferencia entre un instituto y otro varía en la celebración ante el registro civil.

También cabe destacar, que los hermanos y otras personas que tengan o hayan tenido un lazo afectivo con el damnificado directo también se ven aminorados en sus emociones, por lo cual la ampliación llevada a cabo, se la entiende más acorde a la realidad en la que vivimos en el Siglo XXI.

Palabras clave: Daño moral- Legitimación activa- Damnificados indirectos.

ABSTRACT

Such a controversial issue in our country over the years has been the question of active legitimacy to bring action for moral damages with respect to indirect victims, was the point in question for the reform of the Velez Sarsfield Code, whose validity dates back to 1871.

After several attempts at reform, the code remained outdated in terms of who had the legitimacy to act and seek redress for damage caused.

Currently, cohabitation takes precedence over marriages, which is the reason the legislator carried out one of the most important reforms embodied in Law No. 26,994, expanding the legitimacy to act on the part of those who are affected as a partner, whose feelings are also affected by the harmful event inflicted upon the principal, the same as if they were a spouse. Reality shows that the difference between one institution and the other is the celebration before the civil registry.

It should also be noted that siblings and other people who have or have had an affective relationship with the direct victim are also emotionally affected. For this reason, the enlargement carried out is understood according to the reality in which we live in the 21st century.

Key words: Moral damage- Active legitimacy- Indirect victims.

DEDICATORIA

El presente trabajo me lleva a concluir una gran etapa en mi vida, la de estudiante, para pasar a otra como profesional de la carrera que ansié y título que tanto esperé, luego de incontables horas de estudio, de cursado de materias, como así también de consultas con profesores entre otras cosas que contribuyeron a mi formación.

Como todos sabemos no es fácil llegar a obtener un título de grado soñado, la vida a veces se pone cuesta arriba, se cruzan millones de situaciones en el medio, pero lo importante es no bajar los brazos.

Este Trabajo Final fue fruto de un gran esfuerzo diario, donde las creencias y sensaciones se vuelven a flor de piel, por ello quiero dedicárselo a mi amado abuelo Abraham N. Sigal, que hace diecisiete años partió físicamente de mi lado, pero su alma siempre me dio fuerzas para continuar en todo lo que me propongo en mi vida.

Para concluir: ¡Esto te lo dedico a vos abuelo de mi corazón!

AGRADECIMIENTOS

Cuando se llega a esta etapa final, se vienen a mi mente todas aquellas personas que formaron parte de lo que fue el transcurso de la carrera, desde compañeros de cursado, amigos de incontables horas de estudio, profesores, entre otros.

Pero a quienes les estoy profundamente más que agradecida por su constante apoyo para poder lograr mi objetivo, es a mi familia.

En primer lugar, la destaco por su grandeza como persona, incansable y luchadora de la vida mi mamá Diana que siempre me apoya en todos y cada uno de mis proyectos, sin el cual nada de esto hubiese sido posible.

A mi papá Luis y a mis tres hermanos Martín, Ariel y Hernán, que siempre me dieron su voto de confianza.

A mi prima Cinthya, una hermana de la vida, incondicional como pocas.

A mi abuela Rosa, que se pone feliz por cada paso logrado.

A mi tía Ruth, por ser quien estuvo desde mis primeros pasos en Córdoba.

A mis amigos de la vida, por entenderme y apoyarme siempre.

Y a las tres personitas que son mis sobrinos Octavio, Lucrecia y Azul, que la distancia y los tiempos nos alejan.

¡Muchas gracias!

INDICE

Introducción.....	Pág. 8
Capítulo I. Aspectos Generales.....	Pág. 12
Introducción.....	Pág. 12
1.1. Concepto de daño en el Código Civil y Comercial.....	Pág. 12
1.2. Principios fundamentales del derecho de daños.....	Pág. 13
1.3. Requisitos del daño.....	Pág. 16
1.4. Daño patrimonial y daño extrapatrimonial o moral. Distinción.....	Pág. 17
1.5. Definición de daño moral. El “precio consuelo”.....	Pág. 18
1.6. Reparabilidad del daño moral. Doctrinas.....	Pág. 19
1.7. Concepto de familia. Doctrinas.....	Pág. 20
1.8. Concepto de unión convivencial. Caracteres.....	Pág. 21
1.9. Concepto de la palabra “ostensible” en la Real Academia Española.....	Pág. 23
Conclusión parcial.....	Pág. 24
Capítulo II. Evolución Histórica del Daño Moral en la Legislación Argentina....	Pág. 26
Introducción.....	Pág. 26
2.1. El código de Dalmasio Vélez Sarsfield y sus posteriores reformas.....	Pág. 26
2.2. Legitimación activa en la ley 17.711.....	Pág. 28
2.3. Los herederos forzosos.....	Pág. 30
2.4. Inconstitucionalidad del art. 1078 en el Código de Vélez Sarsfield. Supuestos....	Pág. 32
2.5. Necesidad de reforma en materia de legitimación activa por daño moral.....	Pág. 36
Conclusión parcial.....	Pág. 37

Capítulo III. Legitimación activa.....	Pág. 39
Introducción.....	Pág. 39
3.1. Concepto de legitimación activa.....	Pág. 39
3.2. Damnificado directo y damnificado indirecto.....	Pág. 40
3.3. Sujetos excluidos para reclamar por daño moral en el Código de Vélez Sarsfield.....	Pág. 40
3.4. La protección integral de la familia.....	Pág. 44
3.5. Ampliación de la legitimación activa para interponer acción por daño moral en el Código Civil y Comercial.....	Pág. 45
3.6. Alcance de la expresión gran discapacidad. Doctrina.....	Pág. 48
3.7. La expresión “trato familiar ostensible” dependiente del valor probatorio.....	Pág. 49
Conclusión parcial.....	Pág. 49
Capítulo IV. Principios en la Constitución Nacional Argentina. Tratados Internacionales.....	Pág. 51
Introducción.....	Pág. 51
4.1. Principios constitucionales.....	Pág. 51
4.1.1. Principio de Igualdad.....	Pág. 51
4.1.2. Principio de no dañar a otro.....	Pág. 54
4.2. Tratados Internacionales.....	Pág. 55
4.2.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	Pág. 56
4.2.2. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	Pág. 57
4.2.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	Pág. 60
Conclusión parcial.....	Pág. 61

Capítulo V. Criterios jurisprudenciales en el Código de Vélez Sarsfield

y en el Código Civil y Comercial.....	Pág. 63
Introducción.....	Pág. 63
5.1. Jurisprudencia en el Código Civil de Vélez Sarsfield.....	Pág. 63
5.1.1. Corte Suprema de Justicia de la Nación	
“Santa Coloma c/ Ferrocarriles Argentinos.....	Pág. 63
5.1.2. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M,	
“B., O. J. c/ V., R. o R. y otros”.....	Pág. 64
5.1.3. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín,	
“Mourelle, Gustavo Alberto y otros c/ Semento, Oscar Omelio y otros”.....	Pág. 65
5.1.4. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata,	
“Camargo, Mónica y otro c/ Lima, Roberto y otra”.....	Pág. 66
5.2. Jurisprudencia en el Código Civil y Comercial.....	Pág. 67
5.2.1. Cámara de Apelaciones de Trelew, “C., A. S. y otros c/ K. y C. S.A.”.....	Pág. 67
Conclusión parcial.....	Pág. 68
Conclusiones Generales.....	Pág. 70
Referencias Bibliográficas.....	Pág. 72

INTRODUCCIÓN

La temática a desarrollar en el presente trabajo de grado tiene que ver con el daño moral en cuanto a la determinación del alcance de la expresión “trato familiar ostensible”, referente a las personas que poseen legitimación activa para interponer acción por este tipo de daño.

Este tipo de daño, tan controvertido por cierto, en cuanto a lo que el mismo hace referencia y que en diversas ocasiones quedó a la espera de la cuestión fáctica, sobre si una persona se vio afectada por el hecho producido al principal, alude a las lesiones producidas a nivel psicológico o espiritual, cambiando radicalmente su estado de ánimo y su modo de proceder en relación a como se encontraba la persona afectada, antes del hecho lesivo.

Con la reforma legislativa y la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyC), se produjeron importantes modificaciones a lo largo del articulado que conlleva este cuerpo normativo. Entre las principales modificaciones, se amplió la categoría de damnificados indirectos para poder accionar y reclamar la correspondiente indemnización por el daño moral o extrapatrimonial producido.

Al respecto, el artículo (en adelante art.) 1741 del CCyC, prescribe:

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. (Art. 1741 CCyC)¹.

Es importante recalcar que el Código Civil de Vélez Sarsfield (en adelante CC), regido por la Ley 17.711 (vigente hasta agosto de 2015), había quedado un tanto desactualizado por lo que urgía una reforma en lo que a este tema se refiere. El código derogado, regulaba en el art. 1078 la legitimación activa para interponer acción por daño moral, según el cual sólo tenía competencia para actuar el damnificado directo, es decir, la persona que haya padecido el daño propio y, excepcionalmente, si éste fallecía tenían legitimación para reclamar los damnificados indirectos, en este caso los herederos forzosos, comprendiendo al cónyuge, ascendientes y descendientes.

¹ Art. 1741 CCyC.

La norma derogada, en su redacción, establecía una legitimación acotada, es por ello que a raíz del análisis llevado a cabo por la doctrina y en diversos fallos que sentaron jurisprudencia, se lo tildó de inconstitucional, dado que no otorgaba legitimación para actuar al conviviente, a los hermanos, entre otros supuestos, vulnerándose así la protección integral de la familia, plasmada en la C.N. y en diversos tratados internacionales, que poseen jerarquía constitucional.

Así, en agosto del año 2015 se produce la entrada en vigencia del nuevo Código, modificando, entre otros aspectos, la ampliación de las personas que puedan verse vulneradas, tras el daño producido al principal, las cuales podrán interponer acción por este tipo de daño, solicitando su correspondiente indemnización.

El tema abordado es socialmente relevante y se adapta a la realidad en la que vivimos, en la cual instituciones como el concubinato también surtieron efecto y reconocimiento en el, bajo la figura legal de uniones convivenciales, plasmada en el art. 509 del CCyC, que reza:

Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo. (Art. 509 CCyC)².

Otro caso a destacar con la reforma introducida, tiene que ver con los hermanos, que resultaban excluidos en el código derogado, por no pertenecer a la categoría de herederos forzosos, que requería el art. 1078 del CC, como legitimados activos para poder accionar frente a la muerte de un hermano.

Es por ello que la reforma introducida va a colaborar con el ciudadano, para que éste tenga mayor certeza jurídica, dado que personas que antes no tenían la posibilidad de actuar ante el daño padecido por alguna persona cercana, hoy podrán hacerlo.

El desarrollo de este Trabajo Final de Grado, se encuentra dividido en cinco capítulos, que se detallarán a continuación. El capítulo I tratará los aspectos generales de la temática abordada. Por un lado, las cuestiones que conlleva el derecho de daños en general. Por otro lado, se hará hincapié en la definición de daño moral o extrapatrimonial y las diversas teorías que surgen en cuanto a su reparabilidad y, por último, se tomarán conceptos como el de familia, unión convivencial y el significado de la palabra ostensible, todos necesarios para determinar el alcance de la expresión “trato familiar ostensible”, incorporada en el art. 1741 del CCyC.

² Art. 509 CCyC.

En el capítulo II se llevará a cabo la evolución legislativa que fue teniendo el daño moral, cuyo origen se remonta a la sanción del Código de Vélez Sarsfield, pasando por diversos proyectos de reforma hasta la ley n° 17.711. A su vez, se tratará el art. 1078 del CC que limitaba la legitimación activa para interponer acción por daño moral, solo a los herederos forzosos en caso de fallecimiento del damnificado directo.

El capítulo III abordará, por un lado, el análisis doctrinario en relación a los concubinos, los hermanos, los padres y cónyuges, y cómo la jurisprudencia en reiteradas ocasiones declaró la inconstitucionalidad de dicha norma, sentando así las bases para la posterior reforma del Código Civil. Por otro lado, se abordará el alcance de la expresión “trato familiar ostensible”, plasmada en el art. 1741 del CCyC, respecto a los nuevos legitimados activos para interponer acción por daño moral.

En el capítulo IV se desarrollarán los principios constitucionales y los tratados internacionales, con jerarquía constitucional, que se vieron vulnerados en reiteradas ocasiones y que, a su vez, constituyeron el fundamento para la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del CC en reiterados fallos dictados por diversos tribunales de nuestro país.

Por último, en el capítulo V, se expondrán los criterios jurisprudenciales adoptados durante la vigencia del Código de Vélez Sarsfield y en el nuevo CCyC.

El método de investigación aplicado es de tipo exploratorio, que siguiendo a la clasificación de Dankhe (1986), la misma “intenta determinar las categorías y variables vinculadas a un concepto. Intentan nombrar, clasificar, describir una población o conceptualizar una situación” (Yuni Urbano, 2006, pág. 15).

Además, será necesario recurrir al tipo descriptivo para poder precisar ciertos conceptos que caracterizan al tema en cuestión. A su vez, se utilizará el método cualitativo, permitiendo así un análisis de datos de tipo interpretativo.

También se indagarán diferentes datos recabados a través de diferentes posturas doctrinarias y fundamentos jurisprudenciales sobre el tema en cuestión, tratándose así de determinar el alcance de la expresión “trato familiar ostensible”, partiendo de la observación e interpretación de los mismos.

En cuanto a las fuentes de investigación, Yuni Urbano las define como “aquellas obras o productos de comunicación científica, que se presentan en diferentes formatos, periodicidad y sistematicidad” (Yuni Urbano, 2006, pág. 85). Para este Trabajo Final, se examinará el Código Civil derogado, el Código Civil y Comercial vigente, la Constitución Nacional, los tratados internacionales con jerarquía constitucional, diferentes obras de prestigiosos juristas que conforman la doctrina de nuestro país y diversos fallos que fueron sentando

jurisprudencia hasta la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, constituyendo todos estos las fuentes primarias y secundarias como técnicas de recolección de datos.

Por último, una vez concluido el trabajo, se elaborarán las conclusiones finales, cuyo objetivo es brindar respuesta en cuanto al alcance que posee la expresión trato familiar ostensible, incorporada en el art. 1741 del CCyC.

Capítulo I

ASPECTOS GENERALES

INTRODUCCIÓN

En el primer capítulo, por un lado, se tratarán los aspectos generales del derecho de daños con respecto a su conceptualización, principios fundamentales, requisitos para que el daño quede configurado y las diferencias entre daño patrimonial y extrapatrimonial o moral.

Por otro lado, en lo que al tema de este trabajo de grado atañe, se abordará la definición de daño moral brindada por los Doctores (en adelante Dres.) Pizarro y Vallespinos, como, a su vez las diversas teorías que surgen sobre su reparabilidad.

Por último se tomarán conceptos tales como los de familia, unión convivencial y sus caracteres, y el concepto de la palabra ostensible extraída del Diccionario de la Real Academia Española, para arribar así al alcance de la expresión “Trato familiar ostensible” plasmada en el art. 1741 del CCyC.

1.1. Concepto de daño en el Código Civil y Comercial

El derecho de daños se relaciona, por un lado, con la reparación del perjuicio que sufrió una persona y, por otro, con las funciones que éste posee: reparación y prevención.

El concepto de daño se encuentra legislado en el art. 1737 del CCyC, el cual establece: “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” (Art. 1737 CCyC)³.

En cuanto a la caracterización del concepto en cuestión existen diferentes posturas: “Para una corriente el daño se identifica con el bien jurídico afectado o menoscabado (cosas, derechos susceptibles de valor económico, o bienes extrapatrimoniales como la vida, el honor, la intimidad)” (Lorenzetti, 2015, pág. 474).

El renombrado jurista Bustamante Alsina, expresa:

Si en derecho civil hablamos de responsabilidad civil, circunscribimos esta noción al deber que tienen los hombres de dar cuenta de sus actos cuando ellos se traducen en un daño material, o sea susceptible de valor económico; bien entendido que la noción de responsabilidad abarca un sector más amplio en el ámbito de la moral y del derecho. (Bustamante Alsina, 1997, pág. 159).

³ Art. 1737 CCyC.

Por último, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) sigue al respecto: “El concepto jurídico de daño, salvo restricciones particulares queridas por el legislador, abarca la protección de todo interés no reprobado por la ley” (Lorenzetti, 2015, pág. 475)⁴.

De lo expresado se deriva que el daño puede afectar en forma individual a la persona, a su patrimonio o a los derechos de incidencia colectiva. Sobre este aspecto, el art. 14 del CCyC prescribe:

Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general. (Art. 14 CCyC)⁵.

Así, se distinguen tres clases de derechos. En primer lugar se encuentran los derechos individuales, patrimoniales o extrapatrimoniales, los cuales se controvierten en un proceso en el que existen dos partes enfrentadas, donde la obligación en discordia es una sola y cuya sentencia tendrá efecto entre las partes que forman parte del proceso. En segundo lugar, se hallan los derechos individuales homogéneos, que en palabras de la CSJN:

Dichos intereses se caracterizan por un hecho único que afecta a una pluralidad de derechos individuales, pero que por cuya homogeneidad en los hechos o en las normas, permite realizar un solo juicio, cuyos efectos de la sentencia serán expansivos, es materia relevante en este aspecto el ambiente, el consumo o la salud⁶.

Por último, los derechos de incidencia colectiva, cuyo objeto son bienes colectivos, en los cuales prevalece la influencia general del derecho y no los aspectos individuales.

1.2. Principios fundamentales del derecho de daños

Los principios básicos o fundamentales del derecho de daños son aquellos que derivan de la normativa vigente, de la jurisprudencia y de la doctrina, cuya consideración resulta útil para interpretar el sistema de manera congruente (Pizarro y Vallespinos, 2014). Entre ellos se encuentran:

-Relatividad de los derechos subjetivos: “Todos los derechos subjetivos, inclusive los de raigambre constitucional, son relativos (arts. 14 y 28, Const. Nacional) y por ende, susceptibles de límites y restricciones” (Pizarro y Vallespinos, 2014, págs. 49 y 50). Dichos

⁴ CSJN, 25/09/2001, “Ahumada, Lía c/Provincia de Buenos Aires” *Fallos*: 324:2984; en el mismo sentido: CSJN, 11/09/86, “Montini, Julio c/Empresa Ferrocarriles Argentinos”, L. L. 1987-A-373, E. D. 123-491.

⁵ Art. 14 CCyC.

⁶ CSJN, 24/02/2009, “Halabi, Ernesto c/ Estado Nacional”. Fallo: 332:111.

límites y restricciones se correlacionan con la finalidad de contribuir con el orden público, el bien común y la moral pública.

-Neminem laedere: Cuyo significado es no dañar a nadie. La CSJN le otorgó jerarquía constitucional, a partir de los fallos “Santa Coloma”⁷, “Aquino”⁸ y “Gunther”⁹. Al respecto el art. 19 de nuestra Carta Magna, reza:

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe. (Art. 19 C.N.)¹⁰.

Es importante destacar que el nuevo CCyC tiene como objetivo principal proteger a la persona, lo cual queda plasmado en el art. 1716: “La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código” (Art. 1716 CCyC.)¹¹.

Con la sanción del nuevo código se produjo la unificación de la responsabilidad civil en materia contractual y extracontractual, así el plazo de prescripción en materia de indemnización de los daños derivados de la responsabilidad civil es de tres años, en cuanto a la extensión del resarcimiento son reparables las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles y, por último, el curso de los intereses comienza a computarse desde que se produce el perjuicio.

-Necesidad de factor de atribución: Factor de atribución “Es el elemento axiológico o valorativo, en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito stricto sensu a una determinada persona” (Pizarro y Vallespinos, 2014, págs. 153 y 154).

Los factores de atribución pueden ser subjetivos (dolo y culpa) u objetivos (riesgo creado, garantía, deber de seguridad y equidad). La existencia de alguno de estos factores es esencial para que la responsabilidad civil quede configurada, justificando así la obligación de reparación que recayere sobre la persona obligada a resarcir el daño producido.

-Principio de reserva: Este principio implica que para que exista deber o transgresión, debe existir alguna norma que lo imponga. El mismo, se encuentra regulado en el art. 19 de la

⁷ CSJN, 05/08/1986, “Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Ferrocarriles Argentinos”, *Fallo*: 308:1160

⁸ CSJN, 21/09/2004, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.”, *Fallo*: 308:1167

⁹ CSJN, 05/08/1986, “Gunther, Fernando R. c/ Estado Nacional”. *Fallo*: 308:1139

¹⁰ Art. 19 C.N.

¹¹ Art. 1716 CCyC.

C.N. y en el art. 1717 del CCyC que expresa: “Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada” (Art. 1717 CCyC)¹².

Es decir que para que exista responsabilidad civil, además de lo mencionado, debe existir una norma que regule la prohibición de determinada acción u omisión.

-Principio de prevención: La función preventiva del derecho de daños tiene como objetivo evitar un perjuicio, es decir, un daño no justificado. Al respecto el art. 1710 del CCyC dispone:

Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

- a) Evitar causar un daño no justificado;
- b) Adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;
- c) No agravar el daño, si ya se produjo. (Art. 1710 CCyC)¹³.

Se puede decir que el principio de prevención se relaciona con el deber de cuidado y seguridad que tiene toda persona para evitar de esta manera causarle un perjuicio a otra, ó bien tomar las medidas necesarias para que si el daño se produjo, el mismo no se agrave.

-Principio de reparación plena e integral: Este principio supone equivalencia jurídica entre el daño y la reparación.

Al respecto, Pizarro y Vallespinos afirman lo siguiente: “Se plasma en cuatro reglas fundamentales: el daño debe ser fijado al momento de la decisión; la indemnización no debe ser inferior al perjuicio; la apreciación debe formularse en concreto y la reparación no debe ser superior al daño sufrido” (Pizarro y Vallespinos, 2014, pág. 51).

Con la sanción del nuevo Código, el principio de reparación plena e integral quedó plasmado en el art. 1740 del nombrado cuerpo normativo. Al respecto, expresa:

La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que fuere parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable. (Art. 1740 CCyC)¹⁴.

¹² Art. 1717 CCyC.

¹³ Art. 1710 CCyC.

¹⁴ Art. 1740 CCyC.

Se pretende que con la correspondiente indemnización, la persona damnificada retorne al estado anterior en el que se encontraba antes del hecho que le produjo el daño.

1.3. Requisitos del daño

Para que el daño sea resarcible deben cumplirse ciertos requisitos. Así, el artículo 1739 del CCyC dispone:

Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador. (Art. 1739 CCyC)¹⁵.

Respecto a que el daño debe ser cierto, expresa el Doctor (en adelante Dr.) Pizarro: “El daño es cierto cuando cualitativamente resulta constatable su existencia, aun cuando no pueda determinarse su cuantía con exactitud” (Pizarro, 2004, págs. 122 y 123). Es decir, que el daño debe existir, ser real.

El carácter anterior se relaciona con que el mismo debe ser actual o futuro. En palabras de Pizarro y Vallespinos: Cuando el daño es actual, hace referencia a que éste ya se produjo al momento de dictarse sentencia (Pizarro y Vallespinos, 2014). Por ello la valoración que realizará el tribunal se basará en la certeza de su existencia.

En cambio, el daño es futuro cuando, si bien aún éste no se produjo al momento de la sentencia, se presenta como una previsible prolongación o agravación de un daño actual, o como un nuevo menoscabo futuro. (Pizarro y Vallespinos, 2014).

El prestigioso jurista Lorenzetti al referirse al daño futuro dice: Que el daño futuro tiene la característica de ser cierto, pero cuyos efectos se prolongarán o presentarán inequívocamente posteriormente al dictado de la sentencia. (Lorenzetti, 2015).

En relación a que el daño debe ser personal, implica que debe haberse afectado un interés propio, sea directo o indirecto. Cabe aclarar que damnificado directo es la persona inmediata, la víctima del daño producido, en cambio, damnificado indirecto es el tercero, cuyos intereses resultan afectados en virtud del daño producido al principal.

En cuanto al último requisito, el de subsistencia del daño, el Dr. Lorenzetti, expresa: “El daño es subsistente si no desapareció, es decir si no se reparó al momento en que debería ser resarcido” (Lorenzetti, 2015, pág. 488).

Es dable aclarar que autores como Pizarro y Vallespinos entienden que “El daño debe ser cierto, personal -aunque no necesariamente exclusivo- del accionante y derivar de la

¹⁵ Art. 1739 CCyC.

lesión a un interés patrimonial o extrapatrimonial no ilegítimo del damnificado” (Pizarro y Vallespinos, 2014, pág. 89).

Los destacados juristas consideran que la subsistencia del perjuicio, no es un requisito constitutivo del daño resarcible, dado que constituye una manifestación del presupuesto de certeza (daño cierto), del cual no puede apartarse. (Pizarro y Vallespinos, 2014).

De lo expresado, se desprende que los requisitos que deben presentarse para que el daño sea resarcible son: perjuicio, actual o futuro, personal y subsistente.

1.4. Daño patrimonial y daño extrapatrimonial o moral. Distinción

El daño se clasifica de diversas maneras, pero las dos clasificaciones más relevantes son las que se refieren al daño patrimonial y al daño moral o extrapatrimonial.

El daño patrimonial es aquél que afecta a los bienes, a la cuestión material que la persona tiene o debería tener sino se hubiese producido el ilícito. Al hablar del principio de la reparación plena e integral, se hizo hincapié en el art. 1740 del CCyC, según el cual: Se tiende a que el damnificado sea restituido al estado anterior en el cual se encontraba antes del hecho que le ocasionó un daño (Art. 1740, CCyC). Es decir, que la reparación que el afectado pretende, tiene que ver con la correspondiente equivalencia entre el daño producido en sus bienes y su correspondiente indemnización.

Según la letra del art. 1738 del mismo cuerpo normativo, el daño patrimonial se subclasifica en tres, al respecto:

La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida. (Art. 1738, CCyC)¹⁶.

Del daño patrimonial surgen, en consecuencia, tres tipos de daños resarcibles, los cuales son:

A) Daño emergente: consiste en la pérdida o disminución que sufrió la persona en su patrimonio, a raíz del hecho lesivo.

B) Daño lucro cesante: es la ganancia que la persona no percibe por causa del ilícito. Es lo que la persona podría haber percibido de no haber ocurrido el hecho dañoso.

¹⁶ Art. 1738 CCyC.

C) Pérdida de chances: implica la pérdida de posibilidad de lograr un beneficio, que la persona estaba transitando para llegar al mismo.

En cambio, el daño moral o extrapatrimonial se relaciona con la persona misma en cuanto a sus emociones, en su forma de estar, afectando anímicamente su bienestar. Cuando una persona se ve afectada en su moral no solo se la relaciona con dolor o sufrimiento, sino que el hecho lesivo va más allá de esto, produciendo un menoscabo en su persona, una forma de actuar diferente, marcando un antes y un después en su proceder cotidiano. Este punto será tratado con mayor amplitud en el siguiente punto.

1.5. Definición de daño moral. El “precio consuelo”

Varias son las definiciones que brinda la doctrina en referencia al daño moral. La más certera o completa, es la abordada por Pizarro y Vallespinos, que reza:

Minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión 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. (Pizarro y Vallespinos, 2014, pág. 88).

De la definición recientemente brindada surge que la persona se ve afectada para:

- Entender: Su capacidad se ve afectada de manera tal que influye en el poder de conocer, elegir, pensar, juzgar.
- Querer: Se lo relaciona con la indiferencia, el desánimo, el deseo para enfocarse en una persona o cosa.
- Sentir: Se plasma en sensaciones, dolor, placer, cuya modificación en su persona produce apatía, insensibilidad.

Por su parte, el Dr. Ossola propone un concepto de daño moral, considerándolo como: una modificación en el modo de estar de la persona y en su estado de ánimo, como consecuencia de un hecho lesivo a su interés no patrimonial. (Ossola, 2016).

De lo expuesto se entiende que el daño moral o daño no patrimonial, como se lo considera a partir de la reforma del CCyC, se relaciona con el menoscabo en el espíritu de la persona. Hablar de daño moral, no alude a los bienes o al patrimonio de la persona afectada, sino que se refiere a las lesiones producidas a nivel psicológico o espiritual, cambiando radicalmente su estado de ánimo y su modo de proceder en relación a como se encontraba la persona afectada, antes del hecho lesivo.

Es dable aclarar que lo afectado no sólo se ve reflejado en el plano afectivo y de los sentimientos, como sufrimiento, angustia, tristeza, sino que también se plasma en otros aspectos de la personalidad como en la capacidad de querer y entender.

Lo que se intenta con el pago o indemnización por el daño causado es aminorar el dolor producido por el hecho lesivo. Si bien es casi imposible hacer que una persona vuelva al estado en que se encontraba antes de la lesión causada, la compensación viene a suplir esa sensación negativa producida. Es lo que se denomina precio consuelo.

Cuando se habla de daño moral, se refiere no solo al dolor o sufrimiento causado, sino que es más amplio dado que la persona se ve afectada a lo largo de su vida por el daño producido. La vida de la persona afectada o, en caso de su fallecimiento, la de sus allegados no será la misma, por lo que, en palabras de los Dres. Pizarro y Vallespinos el denominado precio consuelo equivalente a una reparación material, no se adecua a lo que el daño moral en sí implica. (Pizarro, 1999).

Sobre este punto, los Dres. Mosset Iturraspe y Piedecabras entienden que se trata de un daño que recae sobre la persona, implicando a su vez una violación al espíritu, a los derechos personalísimos, al proyecto de vida, y que son consecuencias no patrimoniales reclamables por el damnificado directo o indirecto. (Mosset Iturraspe y Piedecabras, 2016).

Solamente aquella persona que fue perjudicada, o los damnificados indirectos, pueden saber y sentir el dolor que les produce un obrar de tal magnitud, y el cambio radical que tal sufrimiento les produce en sus vidas. Es por ello que, aunque los tribunales se expidan condenando al ofensor a abonar cierto monto, nada suplirá el dolor y el menoscabo producido.

1.6. Reparabilidad del daño moral. Doctrinas

La doctrina admite la indemnización por daño moral, el dilema surge en base al fundamento que dicha obligación tiene. Sobre este punto encontramos tres teorías:

- Doctrina de la pena o sanción ejemplar: quienes participan de esta postura sostienen que la indemnización por daño moral constituye una pena civil, cuyo fundamento es sancionar al agresor por haber causado un perjuicio a otra persona.

Como se observa, esta doctrina se enfoca en el castigo que debe recibir el causante del daño y no en la reparación que merece recibir el damnificado.

El monto que deberá pagar el autor dependerá de la gravedad de la conducta llevada a cabo, la cual será superior si actuó con dolo o menor en el supuesto de culpa.

Esta doctrina fue descalificada por la CSJN en el leading case “Santa Coloma”.¹⁷

- Doctrina del resarcimiento del daño moral: los participantes de esta posición, reconocen que la indemnización por el daño moral causado es meramente resarcitoria. Al respecto el Dr. Pizarro encuentra en esta concepción una solución justa y equitativa ponderando al damnificado a ser reparado, dejando de lado al causante. (Pizarro, 2004).

La indemnización en materia de daño moral, tiene una función satisfactoria para el principal. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (en adelante CNACiv), expresó que el daño moral tiene carácter preferentemente resarcitorio y no constituye una sanción ejemplar”¹⁸.

- Doctrina del doble carácter: esta concepción sostiene que encuadrar a la indemnización en una pena ó en un resarcimiento constituyen posiciones extremas y rígidas. Por ello esta doctrina combina ambas, adaptándose según las necesidades de la sociedad.

De las tres teorías se considera que la más adecuada es la que participa de la indemnización como resarcimiento, dado que la misma pone en primer lugar a la persona que sufrió un perjuicio. Esto se ve reflejado en la letra del CCyC y en la jurisprudencia de diversos tribunales de nuestro país.

1.7. Concepto de familia. Doctrinas

Es importante brindar un concepto de la palabra familia, dado que el tema de desarrollo de este trabajo tiene que ver con el alcance de quienes tienen legitimación activa para solicitar indemnización por daño moral, producto del daño producido a un familiar.

Siguiendo las palabras del Dr. Zannoni: “En su concepción moderna puede ser considerada un régimen de relaciones sociales que se determina mediante pautas institucionalizadas relativas a la unión intersexual, la procreación y el parentesco”. (Zannoni, 1989, pág. 3). Esta noción quedó desactualizada, y en su mayor expresión se relaciona con el dictado de la ley 26.618 de matrimonio igualitario del año 2010, a partir de la cual, el matrimonio puede contraerse por personas de igual o diferente sexo, adaptándose la letra del legislador a la actualidad en donde las personas se expresan con mayor libertad en cuanto a su complacencia al momento de formar pareja.

El derecho de las familias es una rama del derecho privado regulada en el Libro Segundo del CCyC. Expresa la Dra. Lloveras que el derecho de familia o derecho de las

¹⁷ CSJN, 05/08/1986, “Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Ferrocarriles Argentinos”, *Fallo*: 308:1160.

¹⁸ CNACiv, 19/10/1990, “Escudero, José G. c/ Da Costa, Lauro A.”. Cita online: AR/JUR/236/1990. Recuperado de la leyonline: 16/03/2017.

familias, actualmente es la unión de normas que reglamentan las relaciones familiares. (Orlandi, 2016). Esta definición se adapta al concepto jurídico de lo que es el derecho de familia.

Por su parte, el jurista Fanzolato, sostiene: “La familia es una comunidad natural de personas que se agrupan sobre la base de las relaciones intersexuales que genera la convivencia (matrimonial o de hecho) y los vínculos de sangre o nexos biológicos”. (Fanzolato, 2007, pág. 27).

En dicha definición se observa con claridad que el instituto de la familia tiene base biológica, que escapa a lo jurídico en exclusividad, y que la misma no es una institución creada por el derecho. La noción de familia abarca no sólo cuestiones jurídicas, como pueden ser el matrimonio, la adopción, el parentesco, entre otras, sino que también conlleva aspectos relacionados con otros enfoques que no se enrojan en las normas, tales como la psicología, sociología, la religión, cuestiones culturales.

Puede decirse que la familia es una institución de índole social, que si bien posee regulación normativa para que pueda producir efectos jurídicos, también se relaciona con otros aspectos que hacen a la persona misma, desde vínculos emocionales, afectivos, culturales, religiosos, entre otros.

1.8. Concepto de unión convivencial. Caracteres

Con el incremento indiscutido de las parejas que conviven en unión de hecho a lo largo de todo el país, el legislador no pudo dejar de lado este tema al momento de la sanción de la ley n° 26.994.

Existen diferentes causas por las cuales las personas deciden llevar adelante su relación bajo un mismo espacio físico y no contraer matrimonio. La Dra. Orlandi destaca entre otros factores: el desinterés por la institución del matrimonio al considerar innecesaria la cuestión matrimonial-legal, como así también la cuestión económica que puede ser un factor concluyente para la convivencia sin contraer matrimonio (Orlandi, 2016).

Antes de la reforma del Código Velezano, no existía un tratamiento particular para la figura del concubinato. Es por ello que se considera a la figura de “unión convivencial” como una de las principales modificaciones introducidas en el CCyC.

Al respecto, establece el art. 509 del nuevo cuerpo normativo:

Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo. (Art. 509 CCyC)¹⁹.

Siguiendo al Dr. Lorenzetti: “La convivencia, es decir, compartir la vida, en pareja, con otra persona, fundada en el afecto, y con independencia de la orientación sexual de sus integrantes, en aparente matrimonio, es uno de los elementos estructurales de esta forma familiar”. (Lorenzetti, 2015, pág. 279).

De las palabras del jurista nombrado, se infiere que la convivencia es un punto fundamental en esta nueva institución legislada a partir de la reforma introducida en el año 2015.

Al respecto la Dra. Orlandi expresa que la unión convivencial implica la convivencia de dos personas, que tienen un proyecto de vida en común cuyos caracteres son singularidad, publicidad, notoriedad y estabilidad, tal como lo expresa el CCyC. (Orlandi, 2016).

Es dable destacar que, las uniones convivenciales conllevan vivir bajo un mismo techo y llevar adelante la vida en común con otra persona. Estas dos características son las que diferencian al concubinato con las relaciones de amistad, pasajeras, entre otras.

Como bien expresa el art. 509 del CCyC, son caracteres de esta institución:

-Singularidad: Lo cual implica que la relación se lleve a cabo entre dos personas, sin tener en cuenta su orientación sexual, fundamentada en el principio de igualdad plasmado en el art. 16 de la C.N., el cual expresa:

La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas. (Art. 16 C.N.)²⁰.

Es necesario tener en cuenta, que la singularidad, conlleva el modelo familiar de monogamia, como pauta cultural típica de nuestra sociedad. (Lorenzetti, 2015). Este patrón básico de nuestra cultura es imprescindible, en el cual el vínculo establecido se da entre dos personas únicamente.

-Publicidad: Este carácter refiere a que la relación de pareja debe ser conocida por la sociedad. Al decir la Dra. Orlandi: “En la mirada de los terceros se presente como un vínculo conocido, no ocultado, ni encubierto o reservado”. (Orlandi, 2016, pág. 383).

¹⁹ Art. 509 CCyC.

²⁰ Art. 16 C.N.

La pareja debe presentarse en la comunidad de modo tal que no queden dudas de la relación afectiva que une a las dos personas. Al no existir formalidad alguna desde el momento en que estas personas llevan a cabo la convivencia, como sucede en el matrimonio, el conocimiento de terceros constituye un medio de prueba para constatar dicho vínculo afectivo. (Herrera, 2015).

-Notoriedad: Se relaciona con la evidente e innegable existencia de la relación afectiva. (Orlandi, 2016).

Este carácter está íntimamente vinculado con el anterior, dado que para que una relación sea de público conocimiento, es necesario que la misma sea notoria ante toda la sociedad.

-Estabilidad: La relación debe ser equilibrada, que perdure en el tiempo y no sea algo ocasional. Al hablar de los dos puntos principales en las relaciones de pareja, convivientes, se dijo que el proyecto de vida en común es un punto básico para constituir lo que se llama unión convivencial. Considera la Dra. Orlandi que dicho carácter se relaciona con ese aspecto, para consolidar la relación y a la vez proporcionar efectos jurídicos (Orlandi, 2016).

Si bien no es seguro que una relación perdure de por vida, la continuidad en el tiempo es una característica que diferencia al concubinato de otro tipo de relaciones casuales, ocasionales, de amistad.

-Permanencia: Esta característica, se relaciona con la anterior, pero hace hincapié en el requisito establecido en el art. 510 del CCyC., en cuanto a los dos años que se exigen para que la unión produzca efectos jurídicos. (Art. 510 CCyC). Los cuatro requisitos nombrados recientemente se plasman cuando la relación de convivencia tiene por lo menos dos años.

El régimen de las uniones de hecho es un punto clave en este trabajo de investigación, dado que constituía uno de los aspectos que generaba controversia en el anterior régimen, en cuanto a la legitimación activa que poseían los concubinos para reclamar la indemnización por daño moral frente al fallecimiento de su pareja.

1.9. Concepto de la palabra “ostensible” en la Real Academia Española

El objetivo general del presente Trabajo Final de Graduación consistirá en determinar el alcance de la expresión “Trato familiar ostensible” plasmada en el art. 1741 del CCyC que expresa:

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. (Art. 1741 CCyC)²¹.

El diccionario de la Real Academia Española (en adelante DRAE), define a la palabra ostensible, en una primera acepción como: “Que puede manifestarse o mostrarse” (DRAE, 2017). En segundo lugar define a dicha palabra: “Claro, manifiesto, patente” (DRAE, 2017).

De acuerdo a las definiciones otorgadas por el DRAE, el concepto ostensible, puede definirse como aquello que es manifiesto, evidente y certero, sin dejar dudas sobre la relación que pueda tener la persona, que interpone acción por daño moral, con el damnificado.

Es dable destacar, que entre los caracteres que debe poseer el concubinato o las uniones convivenciales, tal como las define el CCyC, se encuentran los de publicidad y notoriedad, que como se explicó refieren al conocimiento público, innegable y evidente de la relación de pareja por parte de la sociedad.

Por otro lado es necesario aclarar, que la expresión en cuestión incluye las relaciones de pareja, que conviven en aparente matrimonio, y además se extiende a otras personas con las cuales el damnificado convive, en caso de sufrir gran discapacidad, o convivía, en el supuesto de su deceso, abarcando también a sus hermanos, como puede verse reflejado en diversos fallos dictados por tribunales de nuestro país.

CONCLUSIÓN PARCIAL

De lo desarrollado en el capítulo I, puede decirse que el derecho de daños es aquel ámbito del Derecho Privado que procede en el caso de que una persona haya sufrido un daño y el mismo deba ser reparado. El perjuicio producido puede haber impactado en el ámbito de los bienes de una persona (daño patrimonial) ó en sus emociones, estado anímico, bienestar (daño extrapatrimonial o moral). Sobre éste último se puede decir que consiste en el menoscabo que sufre una persona a nivel emocional, psicológico, afectando en su capacidad de entender, querer y/o sentir, a raíz del hecho lesivo.

A su vez, la comunidad de la familia como institución social, jurídica, cultural y religiosa; y el auge y reconocimiento legal de las uniones convivenciales como punto principal para otorgarle legitimación activa a los concubinos para interponer acción por daño

²¹ Art. 1741 CCyC.

moral. Así, uno de los caracteres principales para que el concubinato produzca efectos jurídicos, tiene que ver con que el mismo sea ostensible, es decir, manifiesto, claro, patente.

A raíz del reconocimiento legal de las uniones convivenciales y de la institución de la familia, se tratará el problema de investigación en cuanto al alcance de la expresión “Trato familiar ostensible” y quienes poseen legitimación para interponer acción por daño moral.

Capítulo II

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DAÑO MORAL EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se tratará la evolución legislativa que fue teniendo el daño moral en lo que respecta a su ámbito de aplicación y a la posibilidad de accionar activamente, desde el originario art. 1078 del Código de Vélez Sarsfield, pasando por los diversos proyectos de reforma de dicho art. hasta la derogada la ley n° 17.711.

A su vez, se hará hincapié en el alcance de la expresión herederos forzosos que formaba parte del derogado art. 1078, declarado inconstitucional en reiterados fallos por considerarse que el mismo vulneraba principios constitucionales y tratados internacionales con jerarquía constitucional, dado que no otorgaba posibilidad de interponer acción por daño moral a otras personas que también podían verse afectadas a raíz del daño producido al principal.

Por último, se tratará la necesidad que sostuvo la doctrina de reformar el art. en cuestión, de modo que se plasme flexibilización por parte de los tribunales de nuestro país al momento de admitir la actuación por parte de personas que también puedan verse afectadas por el perjuicio producido al damnificado directo, y recibir así su correspondiente indemnización en calidad de damnificados indirectos.

2.1. El código de Dalmasio Vélez Sarsfield y sus posteriores reformas

El Código Civil de la República Argentina fue redactado por Dalmasio Vélez Sarsfield y entró en vigencia el 1 de enero en el año 1871. El mismo constituyó la base del Derecho Civil hasta su última reforma con la sanción de la ley n° 26.994 con el denominado Código Civil y Comercial de la Nación, cuya entrada en vigencia se produjo en agosto del año 2015. En lo que respecta al daño moral el art. 1078 del Código Velezano, originario, disponía:

Si el hecho fuese un delito del derecho criminal, la obligación que de él nace no solo comprende la indemnización de perdidas e intereses, sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestandole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas. (Art. 1078 CC)²².

Al respecto, por la limitación planteada en dicho art., surgieron diversas posturas en cuanto a su interpretación. La doctrina y jurisprudencia predominantes se adaptaban a la letra

²² Art. 1078 CC.

del cuerpo normativo expresando que, el resarcimiento por daño moral sólo tenía lugar cuando su origen fuera generado por un hecho ilícito ubicado dentro del Derecho criminal (Pizarro, 2004). Es decir, que la acción para este tipo de daños era factible si procedía del ámbito criminal y que la misma podía ser interpuesta por el damnificado directo.

Dicho cuerpo normativo, de tal envergadura y en su destacada redacción, para la época en el que escrito, quedó un tanto desactualizado por lo que urgía la necesidad de una reforma. Así, fueron surgiendo diversos proyectos:

A) Anteproyecto de Bibiloni: Este proyecto de reforma del Código Civil tuvo lugar en 1926, cuya redacción estuvo a cargo del Dr. Bibiloni.

El jurista reconocía la reparación del daño patrimonial. Expresa Pizarro: “El daño moral, en cambio, como regla no era resarcible, salvo en los casos que la ley lo disponga o cuando la obligación no cumplida proviniese de actos a título oneroso” (Pizarro, 2004, pág. 157).

B) Proyecto de reformas de 1936: Los partidarios de este proyecto, admitían la reparación por daño moral tanto en materia contractual, como extracontractual. Al respecto se basaron en los artículos 596 y 866:

Cuando la obligación no cumplida proviene de actos a título oneroso, y en todos los demás casos que la ley autorice, habrá lugar a resarcimiento, aunque el perjuicio no fuera patrimonial, debiendo el juez estimar su importe con arreglo a las circunstancias. (Art. 596)²³.

Por su parte, el art. 866 expresaba:

Existirá daño, siempre que se causare a otro un perjuicio en su persona, en las cosas de su dominio o posesión, en sus derechos o facultades. El deber de reparar se extiende a toda lesión material o moral causada por el acto ilícito. (Art. 866)²⁴.

C) Anteproyecto de 1954: El mismo se basaba en un criterio restrictivo en materia de daño moral, participaban de la doctrina de la pena o sanción ejemplar. En materia de incumplimiento obligacional el art. 884, establecía: “Cuando el perjuicio no sea patrimonial, solo tendrá lugar a indemnizaciones en los casos en que la ley expresamente lo disponga” (Art. 884)²⁵.

En lo que respecta a actos ilícitos, se aplicaba el art. 1075, que expresaba: “El daño moral será indemnizable cuando el agente hubiera actuado con dolo” (Art. 1075)²⁶.

²³ Art. 596 CC.

²⁴ Art. 866 CC.

²⁵ Art. 884 CC.

²⁶ Art. 1075 CC.

2.2. Legitimación activa en la ley 17.711

En el año 1968 se llevó a cabo la reforma del Código Velezano a través de la ley n° 17.711, la cual admitió ampliamente la reparación del daño moral, tanto en materia contractual como extracontractual.

Desde el punto de vista contractual, el art. 522 quedó reformado de la siguiente manera: “En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso” (Art. 522 CC)²⁷.

En materia de responsabilidad extracontractual ó aquiliana, el originario art. 1078 se modificó de la siguiente manera:

La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos. (Art. 1078 CC)²⁸.

Es así que, en el reformado art. 1078 se destacó la eliminación de la procedencia de la reparación por daño moral únicamente en casos de ilícitos penales que establecía el art. anterior, por lo que la acción frente a este tipo de daño podía interponerse tanto en el ámbito de ilícitos de índole penal o civil.

Además, la reforma introdujo a los herederos forzosos como legitimados activos para interponer acción por daño moral, en caso de fallecimiento del damnificado directo. Cuestión que, por un lado, produjo controversia sobre quienes revestían tal carácter y, por otro, porque excluía a personas cuyos sentimientos, emociones, estado de ánimo también podían verse afectadas tras el fallecimiento del principal.

Sobre este punto el destacado jurista Viramonte expresó: “Sólo el damnificado directo tiene acción para reclamar daño moral; y excepcionalmente, cuando del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, pueden accionar iure proprio determinados damnificados indirectos: sólo los herederos forzosos, es decir, ascendientes, descendientes y cónyuges”. (Zavala de González, 2015, pág. 256).

En primer lugar, respecto al damnificado, que no había fallecido, se destacaba el art. 1099 del CC, que disponía: “Si se tratare de delitos que no hubiesen causado sino agravio

²⁷ Art. 522 CC.

²⁸ Art. 1078 CC.

moral, como las injurias o la difamación, la acción civil no pasa a los herederos y sucesores universales, sino cuando hubiese sido entablada por el difunto”. (Art. 1099 CC)²⁹.

Es importante recordar, como se expresó en el capítulo I, que damnificado directo es la persona que sufrió el daño, es decir, es la víctima del ilícito. En cambio, damnificado indirecto es el tercero, cuyos intereses resultan afectados en virtud del daño producido al principal.

En el art. reformado se observa que, en el supuesto en que el afectado falleciera posteriormente al hecho lesivo, los herederos sólo podían continuar con dicha acción, si el causante la hubiese entablado en vida. En cambio, si el afectado, no había iniciado acción por daño moral, antes de fallecer, los herederos carecían de legitimación activa para proceder y reclamar la correspondiente indemnización.

Este punto fue objeto de críticas en determinados supuestos, en los cuales el damnificado, por la gravedad de la situación, se veía impedido de llevar a cabo el requerimiento del resarcimiento por el daño causado.

Al respecto, Carlos Viramonte resaltó dos situaciones de gravedad en las cuales podía perjudicarse aún más al damnificado. Las mismas eran el caso de incapacidad grave y el abuso sexual de la víctima. Resaltando las palabras del Dr. Viramonte, en base al art. 1099, expresó: “Así, si la víctima sobrevive a las lesiones sufridas, por más real, intenso y profundo que fuere el sufrimiento espiritual sufrido por otras personas, carecen de legitimación por ser ellos damnificados indirectos”. (Zavala de González, 2015, pág. 263).

En esta situación, se destacó el fallo dictado por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires (en adelante S.C.B.A.), en los autos “L.A.C y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otro”³⁰, en el cual se declaró la inconstitucionalidad del art. 1078 CC. En los hechos un niño sufrió una incapacidad total y permanente, quedando cuadripléjico como consecuencia de una mala praxis médica, por lo cual los padres del menor solicitaron indemnización por daño moral a título personal. Ante esta situación la Corte de la Provincia de Buenos Aires se pronunció a favor de los padres del damnificado, declarando la inconstitucionalidad del art. 1078, cuyos argumentos se basaron en que dicho art. resultaba incompatible con el art. 16 de la C.N., basado en el principio de igualdad ante la ley. En este caso se planteó la incompatibilidad material entre la norma inferior, el Código Civil, y la norma superior, la C.N., teniendo en cuenta la letra del art. 31 de la C.N. que expresa:

²⁹ Art. 1099 CC.

³⁰ SCBA, 16/05/2007, “L.A.C y otro c/Provincia de Buenos Aires y otro”. Cita Online: AR/JUR/1277/2007.

Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después de Pacto de 11 de noviembre de 1859. (Art. 31 C.N.)³¹.

De lo expuesto se destaca que, si bien la ley 17.711 produjo una relevante reforma al originario art. 1078, la misma dejó abierto muchos puntos de controversia en cuanto a la legitimación para actuar por parte de los damnificados indirectos. Por un lado, si bien la norma incluyó a quienes consideraba como principales afectados por el daño causado al damnificado, por otro lado, excluyó a otras personas que también podían verse afectadas en calidad de damnificados indirectos. Así los hechos, ante un profundo estudio en cuanto a lo que la doctrina opinó y la jurisprudencia sentó, se fueron formando las bases para la posterior y última reforma del Código, llevada a cabo en el año 2015.

2.3. Los herederos forzosos

La última parte del art. 1078 le otorgaba legitimación para actuar a los herederos forzosos, en caso de fallecimiento del damnificado directo. Es importante esclarecer quienes revestían el carácter de tales, dado que en ese punto se encontraba el límite establecido por el art. 1078, para determinar la titularidad de la acción en cuestión.

En lo que al tema se refiere, según su fuente u origen el parentesco se clasifica en:

A) Por consanguinidad: Es aquél que une a las personas que descienden unas de otras o con un antepasado en común, como es el caso de los padres e hijos.

B) Por afinidad: Es el que vincula a un cónyuge con los parientes consanguíneos del otro.

El cómputo del mismo puede ser: en línea recta, sea ascendente, como es el caso de los padres, abuelos, bisabuelos, ó descendente, como los hijos, nietos, bisnietos. También el cómputo se da en línea colateral, cuya relación se da por un ascendente en común, como es el caso de los hermanos entre sí, que serán parientes colaterales de segundo grado, los tíos con los sobrinos de tercer grado, y así sucesivamente.

Sobre el alcance que tenía la expresión herederos forzosos, la doctrina y jurisprudencia se encontraban divididas. Así, autores como Borda, Belluscio, Mosset Iturraspe sostenían el grado preferente de acuerdo al orden sucesorio, es decir, aplicaban a la expresión las normas del Derecho sucesorio, en el cual “Las personas comprendidas dentro de un orden hereditario

³¹ Art. 31 C.N.

excluyen a las del subsiguiente y que el pariente más cercano en grado excluye al más remoto” (Pizarro, 2004, págs. 219 y 220). En un destacado fallo dictado por la CSJN, en el cual se produjo el fallecimiento de una persona, situación ante la cual el padre de la víctima entabló demanda, por sí y en representación de su nieto (hijo de la víctima). El máximo tribunal del país siguió la línea de aquellos que consideraban que los herederos forzosos quedan comprendidos dentro del Derecho sucesorio. Así los hechos, se hizo lugar a la reparación por daño moral por el nieto y se rechazó la pretensión deducida por el abuelo del niño. Con fundamento en las normas del Derecho sucesorio expresó:

Toda vez que el art. 1078 del Cód. Civil sólo acuerda legitimación activa para demandar el resarcimiento por daño moral en caso de muerte a los herederos forzosos, si existe un hijo de la víctima éste ostenta título legal con carácter exclusivo y excluyente para fundar la pretensión y desplaza, por ende, al abuelo. (CSJN)³².

Por otro lado, se encontraban quienes participaban de la idea de que herederos forzosos son todos aquellos que potencialmente invisten ese carácter al momento del fallecimiento de la víctima, entre ellos Llambías, Kemelmajer de Carlucci, Zannoni. El Dr. Pizarro participó de estas ideas sosteniendo que aplicar en este caso las normas del Derecho sucesorio sería un criterio rígido, y que se trataría de un parámetro objetivo que enuncia a los posibles damnificados indirectos (Pizarro, 2004, pág. 222). El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (en adelante TSJ), en este aspecto, pronunció:

El art. 1078 del Cód. Civil que regula la legitimación activa de los damnificados indirectos por daño moral ante la muerte de la víctima, al hacer referencia a los herederos forzosos, establece un parámetro técnico orientado a enunciar los posibles damnificados indirectos, requiriendo de una interpretación lo suficientemente amplia como para posibilitar soluciones justas que respeten la letra y el espíritu de la ley. (TSJ)³³.

Como es sabido, el Código de Vélez hacía hincapié en los bienes de la persona, y no en la persona misma, como lo trata el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Al respecto, cuando la norma se refería a esta categoría de legitimados, hacía referencia a las personas cercanas al fallecido, con ponderación patrimonial, al decir la Dra. Zavala de González: “Aquellos con vocación hereditaria tan próxima que les confiere una determinada porción sobre los bienes sucesorios” (Zavala de González, 2010, pág. 70).

La jurisprudencia se pronunció respetando la letra del art. 1078 CC. Así, en el fallo dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, en los autos

³² CSJN, 26/08/1975, “Noya, Alfonso y otro c/ Provincia de Buenos Aires”. Fallo: 292/428. Cita online: AR/JUR/236/1975. Recuperado de la leyonline el día: 20/03/2017.

³³ TSJ, 27/10/1999, “Cagigal Vega, José A.”. Cita online: AR/JUR/126/1999.

“Porzio, Blanca B. y otro c/ Kim, Ung Ki”³⁴, se desestimó el pedido de indemnización por parte del hermano de la víctima que sufrió un accidente de tránsito, acatándose a lo dispuesto por el art. 1078 in fine, que no otorgaba posibilidad a los hermanos a interponer acción por daño moral.

El fin de la norma era evitar que cualquier persona que se sienta perjudicada, acuda a la justicia para reclamar indemnización, otorgándole prioridad a quienes realmente sufrieron inestabilidad emocional, frente al hecho lesivo.

Al respecto, la Dra. Zavala de González manifiesta que heredero forzoso se refiere al cónyuge, ascendientes y descendientes (Zavala de González, 2010). Es decir que, la legitimación activa incluía a los abuelos, bisabuelos, hijos, nietos, etc., pero excluía a los hermanos, tíos, sobrinos, como así también a la pareja conviviente del fallecido en aparente matrimonio.

Así, herederos forzosos son aquellos que no pueden ser privados de la herencia del testador por expresa prohibición de la ley. Por ende se consideran tales los ascendientes, descendientes y cónyuge del fallecido. Excluyéndose a los hermanos, tíos, sobrinos, primos, entre otros.

2.4. Inconstitucionalidad del art. 1078 en el Código de Vélez Sarsfield. Supuestos

La norma en cuestión fue criticada y tildada de inconstitucional en diversas oportunidades. Si bien la limitación tuvo que ver con evitar un conglomerado infinito de personas que pretendían ser indemnizadas ante el sufrimiento que les pudo ocasionar el ilícito producido a un ser querido, dicha barrera no consideró a ciertas personas que también podían verse afectadas ante esta situación ocasionándoles un perjuicio de índole emocional, psicológico, espiritual.

Los supuestos en cuestión, que cobran relevancia en este tema, son el caso de los convivientes y los hermanos.

A) Los convivientes: Se refiere a la situación de hecho en la que viven dos personas en aparente matrimonio. La ley 17.711 no reconocía la institución del concubinato y, por ende, desconocía la posibilidad de interponer acción por daño moral frente al daño producido a su pareja. En el cuerpo normativo derogado, se desconocía todo derecho o beneficio legal al conviviente, encontrándose una limitación un tanto lesiva de los derechos fundamentales y las garantías de índole constitucional y plasmada en los diversos tratados

³⁴ CACiv y Com de Bahía Blanca, 29/02/2000, “Porzio, Blanca B. y otro c/ Kim, Ung Ki”, LLBA 2000, 876. Cita online: AR/JUR/652/2000.

internacionales incorporados a la Constitución Nacional, con igual jerarquía, tales como la protección integral de la familia y la igualdad ante la ley.

Diversos tribunales fueron sentando jurisprudencia al declarar la inconstitucionalidad del art. 1078, por considerar a esta situación en un plano de desigualdad, otorgándole así la relevancia que tiene una relación de pareja, en la cual el vínculo entre los convivientes es tan firme, como si hubieran contraído matrimonio.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, en los autos caratulados “R.S.E. c/ Bustos, Esteban y otra”³⁵, declaró la inconstitucionalidad del art. 1078 del CC. En los hechos, a raíz de un accidente de tránsito resultó la muerte de un hombre, situación frente a la cual la concubina, por sí y por el hijo que tenían en común con el fallecido, y la ex esposa del fallecido, en nombre de sus hijos menores de edad, interpusieron acción por daño moral en contra de Esteban A. Bustos y OCA S.A. El tribunal a quo dictó sentencia a favor de ambas, pero en el tema en cuestión la relevancia se refleja en el lugar dado a la concubina del fallecido. Frente a esta situación, la defensa del demandado apeló la sentencia dictada por el tribunal inferior, argumentando la falta de legitimación activa por parte de la concubina, cuyo fundamento se ostenta en el art. 1078 del CC, según el cual no tiene legitimación para actuar. El tribunal ad quem, decidió dar lugar a la acción interpuesta por la pareja del fallecido, fundamentando que frente a esta situación a la persona se le produjo una lesión psíquica. También sostuvo el tribunal, que el hecho de que no medie institución matrimonial, no es causal para desechar su correspondiente indemnización, argumentando la certeza de dicha relación, con proyecto a futuro, en la cual no solo se llevó a cabo la convivencia, sino que también fruto de dicha relación fue el hijo que tuvieron.

Se puede decir que la sentencia de Cámara se apartó de la letra de la ley, para otorgarle relevancia a la relación de pareja, cuyos sentimientos fueron de tal magnitud, que primaron aunque no había matrimonio contraído.

Otro fallo a destacar, fue el pronunciado por la Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, en los autos caratulados “Hernández, María R. c/ Witomski, Mario N. y otro.”³⁶. En este caso, también se produjo un accidente de tránsito, en el cual la concubina del fallecido, a raíz de ser embestido por un automóvil, demandó al conductor embistente y a la empresa para la cual éste trabajaba. El tribunal de primera instancia, dio lugar a la demanda, condenando a los demandados a abonar la indemnización

³⁵ CACiv y Com de Mar del Plata, 23/11/2004, “R.S.E. c/ Bustos, Esteban y otra”. LLBA 2005-134. Recuperado la leyonline. 01/03/2017.

³⁶ CACiv y Com de San Isidro, 27/02/2007, “María R. c/ Witomski, Mario N. y otro.” Cita online: AR/JUR/399/2007.

correspondiente, frente a los daños producidos. Ante esta situación, los letrados de los demandados apelaron la resolución del tribunal a quo, impugnando el reconocimiento resarcitorio en carácter de daño moral a la concubina del fallecido, fundamentando que el art. 1078 del CC limita la acción por este tipo de daño a los herederos forzosos, excluyendo a los concubinos, dado que no poseen legitimación activa para obrar. La Cámara confirmó la sentencia de primera instancia, declaró la procedencia de la reparación por daño moral tildando de inconstitucional el art. 1078 por ser contrario a los preceptos constitucionales.

De ambos fallos se concluye que en diversas oportunidades, los tribunales no consideraron la letra del código Velezano, ponderando la protección integral de la familia, al margen de que las personas convivan en aparente matrimonio. Fallos de esta índole, se apartaron de lo que parecía un castigo a los convivientes o concubinos por ser considerados como una simple unión de hecho, sin posibilidad de derecho alguno entre sí, asemejando a esta institución a los valores básicos para llevar adelante una relación basados en el respeto, confianza, proyectos de vida, entre otros. Ante la diversidad de fallos y teniendo en cuenta el avance de la sociedad en este tema del concubinato, se fueron sentando los antecedentes para la posterior reforma llevada a cabo en agosto del año 2015.

B) Los hermanos: Siguiendo la letra del artículo en cuestión, los hermanos no poseían legitimación para reclamar indemnización por daño moral, dado que el requisito que exige la normativa es la calidad de heredero forzoso para poder accionar, y los hermanos se encuentran excluidos de esta categoría de familiar.

Al respecto la doctrina y la jurisprudencia, no fueron pacíficas, observándose diferentes posturas al respecto.

En primer lugar, la postura mayoritaria negaba legitimación activa a los hermanos. Así, el fallo dictado por la Cámara de Apelaciones de Azul, cuyos autos son “G., J. D. y otra c/ Ibarra, Manuel y otros”³⁷, confirmó la sentencia del tribunal de primera instancia, en la cual se rechazó la legitimación activa de los hermanos para reclamar indemnización por daño moral. En los hechos, tras producirse la muerte de un menor producto de un accidente de tránsito, los padres del fallecido y sus hermanos, procedieron a interponer acción por daños y perjuicios. El tribunal de primera instancia declaró procedente la acción para la correspondiente indemnización para los padres del menor fallecido, pero rechazó el resarcimiento por daño moral solicitado por los hermanos, argumentando que éstos no poseen legitimación activa para obrar, en virtud del art. 1078, resolución que fue impugnada. Una

³⁷ CACiv y Com de Azul, 17/12/2004, “G., J. D. y otra c/ Ibarra, Manuel y otros”. LLBA 2005-68. Recuperado de la leyonline 05/03/2017.

vez el caso en la Cámara de Apelaciones provincial, la misma confirmó la decisión adoptada por el tribunal de primera instancia, argumentando que los hermanos no poseen legitimación activa para obrar, dado que los mismos no entran en la categoría de herederos forzosos, tal como lo prescribe la norma en cuestión.

Otro fallo que coincidió con la posición mayoritaria de declarar no procedente la indemnización por daño moral a los hermanos, fue el dictado por la CSJN, en los autos “Villalba, Julio Martín y otra c/ Provincia de Santiago del Estero y otro”³⁸. En los hechos, en septiembre de 1988, la menor Eliana Judith Villalba descendió de un ómnibus en el departamento de Colón, Provincia de Córdoba, cuando se encaminaba a cruzar la ruta fue embestida por un vehículo conducido por el señor Acuña que estaba realizando tareas de ambulancia perteneciente al Ministerio de Salud Pública de la Provincia del Santiago del Estero, quien conducía a gran velocidad hecho por el cual golpeó a la menor, la cual fue trasladada al Hospital de Niños de la ciudad de Córdoba, produciéndose allí su muerte.

La competencia corresponde originariamente a la CSJN, en la demanda incoada los padres de la menor solicitan, por sí mismos y en representación de su hija Yamila, menor de edad, la reparación por daño moral, entre otros conceptos. En su pronunciamiento, la Corte admitió el resarcimiento por daño moral solo para los padres de la menor fallecida, rechazando el pedido de indemnización por daño moral para la hermana, fundamentando que el reclamo por este tipo de daño procede exclusivamente para los herederos forzosos, según el art. 1078 CC, categoría en la que no se encuentra la hermana de la fallecida.

En otra postura, se encontraban aquellos que relacionaban la inconstitucionalidad de la norma cuando existía prueba fehaciente por parte del hermano del fallecido, que tras su muerte éste sufrió un menoscabo espiritual y funcional, por el lazo afectivo que los unía. Así, Zavala de González entendía que la carga probatoria le corresponde al actor en aquellos supuestos en los que se confiera legitimación para actuar, cuando no sean los ascendientes, descendientes y cónyuge (Zavala de González, 2010). A su vez, la renombrada jurista expresa: “El artículo 1078 confiere legitimación a los abuelos y bisabuelos, nietos y bisnietos, denegándola en cambio a los hermanos, quienes muchas veces guardan una trabazón afectiva superior a la de aquellos y, además, destinada a prolongarse en el tiempo” (Zavala de González, 2006, pág. 376).

Respecto a esta postura, la jurisprudencia se pronunció:

³⁸ CSJN, 07/04/1999, “Villalba, Julio Martín y otra c/ Provincia de Santiago del Estero y otro”. Fallo: 322:621. Recuperado de la leyonline 05/03/2017.

Resulta inconstitucional el art. 1078 del Código Civil, en cuanto limita la legitimación activa a los herederos forzosos en caso de muerte de la víctima, pues, tratándose de un reclamo deducido por los hermanos del damnificado que lo cuidaron desde niño ante la ausencia de sus progenitores, aquélla norma colisiona con el principio de igualdad ante la ley previsto en el art. 16 de la Constitución Nacional. (CACiv y Com de la Matanza).³⁹

En el fallo mencionado, el tribunal les otorgó la posibilidad a los hermanos de ser indemnizados tras la muerte de su hermano, apartándose de la normativa en cuestión, por considerar que la misma colisiona con la carta magna de nuestro país, como así también, pone de relieve la relación afectiva que los unía, ocasionándoles un perjuicio irreparable.

A modo de conclusión, puede decirse que las posturas en cuanto a la legitimación activa para actuar por parte de los hermanos del fallecido, se encontraban divididas. Por un lado, aquellas personas que denegaban su procedencia por seguir al pie de la letra el art. 1078, sin tener en cuenta el tipo de relación que unía al fallecido con su hermano, y por otro lado, se encontraban quienes, excepcionalmente, reconocían la posibilidad de actuar a los hermanos, remitiéndose a la cuestión probatoria que se ocasionó un menoscabo espiritual, afectivo, un quebrantamiento irreparable por la relación que los unía.

2.5. Necesidad de reforma en materia de legitimación activa por daño moral

El tan controvertido art. 1078 del CC, en cuanto sólo otorgaba legitimación para actuar al damnificado directo y a los indirectos, en caso de fallecimiento del principal, produjo diversas posiciones doctrinarias.

Para un sector dicho artículo era correcto y debía mantenerse, para evitar así la posibilidad de que infinidad de personas reclamen por este tipo de daño.

Por otro lado, se encontraban quienes sostenían la necesidad de modificar la letra del art., de modo tal que se brinden soluciones más flexibles en cuanto a lo que este tema se refiere.

El Dr. Pizarro defendía esta postura mayoritaria, sosteniendo que el daño moral producido a los damnificados indirectos puede ser más grave, que cuando la víctima fallece (Pizarro, 2004).

Se sostiene que al hablarse de herederos forzosos, resulta un término un tanto ambiguo, dado que no se pudo determinar con exactitud a quienes alcanzaba dicha expresión, en lo que

³⁹ CACiv y Com de la Matanza, 19/02/2008, “Gómez, Lucía Beatriz y otro c/ Transporte Ideal San Justo S.A. y otro”. Cita online: AR/JUR/320/2008. LLBA, 2008-422. Recuperado de la leyonline 05/03/2017.

al daño moral se refiere. La letra del art. en cuestión resultaba restrictiva, dado que excluía a personas que podían verse afectadas por el perjuicio causado al principal.

La realidad social fue variando a lo largo de los años, incrementándose los casos de personas que deciden vivir en concubinato, también los casos de las familias ensambladas son habituales, los hermanos mayores que se hacen cargo del cuidado y velan por el bienestar de los hermanos menores, entre otros casos, son el principal fundamento que urge a la modificación de la legitimación activa para interponer acción por daño moral.

Con respecto al concubinato, el Dr. Lorenzetti sostiene:

Las uniones convivenciales, como se las denomina haciéndose hincapié en el elemento que tipifica este tipo de relaciones afectivas: la convivencia, son una realidad social en aumento que la ley no puede desconocer y que la práctica judicial ha mostrado, generando interpretaciones contradictorias con la consecuente inseguridad jurídica que se deriva. (Lorenzetti, 2015, pág. 277).

El derogado art. 1078 resultaba inconstitucional dado que iba en contra de la protección integral de la familia, al dejar de lado a personas que también podían sufrir un menoscabo en su espíritu por el daño producido al principal, como son los hermanos, la persona que convive en aparente matrimonio, tíos, sobrinos, entre otros. Es por ello que considero que la reforma del Código de Vélez producida en el año 2015, se adapta a la realidad en la que vivimos, dejando de lado ciertos prejuicios que se tenían por ejemplo respecto al tema de los concubinos, figura incorporada en el nuevo CCyC con el nombre de uniones convivenciales.

CONCLUSIÓN PARCIAL

Como conclusión puede decirse que el texto originario del art. 1078, en lo que respecta al daño moral, tenía procedencia si su origen había sido producto de un ilícito dentro del ámbito del Derecho Criminal.

Como dicha normativa había quedado desactualizada, fueron surgiendo diversos proyectos a lo largo de la historia con el fin de modificar y adaptar a la realidad la posibilidad de accionar por daño moral.

Así, en el año 1968 se sancionó la ley 17.711, modificando totalmente la posibilidad de actuar en caso de producirse daño moral. En su art. 1078 se amplió, aunque limitadamente, el tema en cuestión, en el cual el propio damnificado podía interponer acción por daño moral y, en caso de su fallecimiento, los herederos forzosos. Esta última expresión incluía a los ascendientes, descendientes y cónyuge, de esto se afirma que la normativa resultó ser estricta dado que no permitía a otros parientes cercanos al principal, accionar por el daño ocasionado.

Por ello, el art. fue declarado inconstitucional en reiteradas ocasiones, por dejar de lado a los concubinos, hermanos y otros damnificados indirectos, vulnerándose así preceptos constitucionales y tratados internacionales, que priorizan la institución de la familia, entre otros aspectos fundamentales.

Es así que, por su parte la doctrina, y a raíz de diversos fallos dictados, se propuso una reforma del art. en cuestión, para ampliar la legitimación activa para interponer acción por daño moral, y respetar así la letra de nuestra Carta Magna, en un plano de igualdad y que se adapte a la realidad en la que vivimos en el siglo 21.

Capítulo III

LEGITIMACIÓN ACTIVA

INTRODUCCIÓN

El presente apartado constituye el capítulo principal de este Trabajo Final de Grado. En el mismo se desarrollará, en primer lugar, el concepto de legitimación activa y, en segundo lugar, se hará la distinción entre el concepto de damnificado directo y damnificado indirecto.

Por otro lado, se desarrollarán diversos supuestos para poder interponer acción por daño moral que el controvertido y derogado art. 1078 del CC excluía. Puntualmente se hará hincapié en el análisis doctrinario en relación a los concubinos, los hermanos, los padres y cónyuges, y cómo la jurisprudencia en reiteradas ocasiones declaró la inconstitucionalidad de dicha norma, sentando así las bases para la posterior reforma del Código Civil.

Por último se tratará el alcance de la expresión “trato familiar ostensible”, plasmada en el art. 1741 del CCyC, respecto a los nuevos legitimados activos para interponer acción por daño moral.

3.1. Concepto de legitimación activa

En cuanto a lo que el tema de investigación atañe, brindar un concepto acerca de quiénes pueden presentarse ante los tribunales para solicitar una petición es un punto esencial para este trabajo.

En primer lugar es necesario aclarar que la legitimación es una cuestión meramente procesal. En palabras de los Dres. Ferreyra de de la Rúa y Rodríguez Juárez: “El proceso judicial es ante todo una institución jurídica cuyo contenido está dado por los diferentes tipos de relaciones que se entablan entre los sujetos procesales (necesarios o eventuales)” (Ferreyra de de la Rúa y Rodríguez Juárez, 2004, pág. 39).

En un proceso judicial existen diversas relaciones que se enlazan entre las personas que intervienen en el mismo, en el cual hay una persona que reclama una pretensión y otra en contra de la que se reclama.

Para que se dé inicio a un proceso judicial es necesaria la concurrencia de tres presupuestos, sin los cuales no queda habilitada la vía judicial. En primer lugar, es requisito inescindible la competencia del juez, es decir, que el órgano ante quien se va a solicitar la petición tenga aptitud para entender en el caso que le concierne. En segundo lugar, se presentan las partes intervinientes, en la faz activa, se encuentra el titular de una acción, aquél que pretende ser resarcido, y, en la faz pasiva, aquella persona contra la que se está

accionando. Tanto el sujeto activo como el pasivo, deben poseer capacidad de hecho o de obrar para poder estar en juicio, de lo contrario deberá recurrir a sus representantes, que según el caso podrá ser un tutor, los progenitores, entre otros. El último presupuesto procesal, se relaciona con cuestiones formales al momento de entablar la demanda, cuyos requisitos deben cumplirse para que la misma sea admitida.

Entonces al momento de brindar una definición de legitimación activa, se puede decir que la misma consiste en la habilitación que debe poseer una persona para presentarse ante los estrados de tribunales y solicitar así una pretensión ante otra persona, por haberle causado algún perjuicio.

3.2. Damnificado directo y damnificado indirecto

En este punto la cuestión versará sobre los sujetos que tienen legitimación para actuar, es decir, se individualizará a las posibles víctimas de un daño no patrimonial. Para ello es necesario distinguir el supuesto del damnificado directo del damnificado indirecto. Como bien se expresó en el capítulo I, entre los requisitos para poder accionar por este tipo de daño se hizo referencia a que el daño debe ser personal, afectando un interés propio, sea directo o indirecto. Damnificado directo es la persona afectada como consecuencia del ilícito, en cambio damnificado indirecto son los terceros que se ven afectados en virtud del daño producido al principal.

Esclarecer a quiénes se encuadran como damnificados indirectos es el punto sobre el cual se encuentra el meollo de la cuestión. Cabe recordar que el art. 1078 del código derogado, sólo le concedía legitimación activa para actuar, en caso de fallecimiento del damnificado directo, a los ascendientes, descendientes y al cónyuge.

3.3. Sujetos excluidos para reclamar por daño moral en el Código de Vélez Sarsfield

En el presente apartado se desarrollarán aquella categoría de personas que quedaban excluidas para poder interponer acción por daño moral en los términos del art. 1078 del CC. Así, se encontraban:

-Concubinos: siguiendo la letra del derogado art. 1078, esta categoría quedaba excluida para reclamar por daño moral. Esta situación de hecho no generaba, en el Código de Vélez, parentesco alguno a los fines legales, por lo que se les privaba del derecho de ser indemnizados. Al respecto, en el fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo

Civil, en los autos “Palma, Francisco y otros c/ Fonseca, Miguel Ángel y otros.”⁴⁰, se consideró que la demanda interpuesta por la concubina tras el fallecimiento de su conviviente, no tuvo lugar por no considerarse a la misma dentro del rango de heredero forzoso, plasmado en el art. 1078 del CC.

Con el avance legislativo y jurisprudencial, se entendió que los daños producidos al principal también pueden verse reflejados en otras personas, como en este caso al conviviente, aunque no se encuentre registrada la unión de hecho. En palabras del jurista Juárez Ferrer, los daños que sufre el concubino, como damnificado indirecto, son por reflejo, repercutiendo negativamente en su faz espiritual, con lo cual la afectación producida va más allá de una registración (Juárez Ferrer, 2015).

La diferencia entre quienes conviven en matrimonio y quienes poseen una relación de concubinato, se plasma en que en los primeros el daño se presume, mientras que en el caso de las uniones de hecho se debe acreditar.

Sobre el avance jurisprudencial y doctrinario, en lo que al concubinato se refiere, el Superior Tribunal de Justicia del Chaco, en los autos “C., S. R. y otros c/ Moreno, Eduardo y otros”⁴¹, declaró la inconstitucionalidad del art. 1078 CC, dado que la misma privaba a la concubina del fallecido a ser indemnizada por el daño moral producido. Consideró el Alto Tribunal provincial, que en caso de darle lugar a la letra del art. 1078 del CC y por ende excluir a la concubina como damnificada indirecta, resultaría violatorio al principio de igualdad ante la ley, al principio de reparación integral, entre otros.

- Cónyuges, padres, hermanos y otros convivientes cuando la víctima queda en estado vegetativo: el estado vegetativo es aquella situación en la que se encuentra una persona en la cual no se percibe ningún signo de conciencia de sí mismo o de su alrededor, padeciendo incapacidad de interactuar con otras personas.

Al respecto, el Dr. Juárez Ferrer expresa:

La situación del cónyuge, padres, hermanos y otros convivientes con la víctima, cuando ésta queda en estado vegetativo a raíz de un suceso dañoso es quizá en la que se evidencia con mayor claridad la injusticia de la solución que dejaba sin reparación a estas personas que convivían y se relacionaban con la víctima. (Juárez Ferrer, 2015, pág. 392).

⁴⁰ CNACiv, 20/09/2007, “Palma, Francisco y otros c/ Fonseca, Miguel Ángel y otros.” Cita online: AR/JUR/8083/2007. Recuperado de la leyonline el día 18/04/2017.

⁴¹ STJCCiv Com y Lab, 23/10/2007, “C., S. R. y otros c/ Moreno, Eduardo y otros”. Cita online: AR/JUR/9178/2007.

Es dable recordar que el art. derogado, legitimaba activamente a actuar a los herederos forzosos, es decir al cónyuge, ascendientes y descendientes, solo en el supuesto en que se produjera el deceso de la víctima, no así para el caso en que ésta sufriera una discapacidad de tal magnitud, que dependa pura y exclusivamente de sus allegados para continuar con su vida totalmente menoscabada.

El menoscabo espiritual, psíquico, familiar, entre otros, no se relaciona únicamente con quienes pertenecen a la categoría de herederos forzosos, sino que también incluye a las personas que convivan con la víctima.

Si bien, la jurisprudencia no fue unánime sobre este punto, la posición mayoritaria de los tribunales se expresaron declarando la inconstitucionalidad del art. 1078. Así, en los autos “L., S. y otro c/ Hospital Británico y otro.”⁴², la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, dio lugar a la demanda incoada por los padres de un niño que incurrió en estado vegetativo, reconociéndose así la reparación por daño moral. Fundamentó el tribunal ad quem:

La limitación de la legitimación de los padres como legitimados indirectos para demandar el daño moral en el supuesto de lesiones a una menor que le producen incapacidad absoluta por severos problemas físicos y neurológicos como se da en autos, deviene inconstitucional porque violenta el derecho de reparación integral del daño; vulnera el principio de igualdad al reconocer al damnificado indirecto sólo la reparación del daño material; y lesiona el principio de protección integral de la familia de base constitucional y supranacional- al no permitir que se repare el inconmensurable dolor de los progenitores. (CNACiv, 2009).

Por lo expuesto, la jurisprudencia al declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del CC en casos de gravedad, como puede ser un estado vegetativo, cuadriplejía, entre otros., fue sentando las bases para la posterior reforma del Código Civil.

- Hermanos: este es uno de los puntos destacados en cuanto a la falta de legitimación que le denegaba el Código de Vélez, dado que los mismos no encuadran en la categoría de herederos forzosos, tal como prescribía la norma derogada.

Respecto a cómo pueda afectarle a un hermano el perjuicio ocasionado a su colateral, dependerá de diversos factores. Al respecto, el Dr. Juárez Ferrer, enumera: la convivencia entre ellos, cuya afectación será aún mayor cuando convivan en el mismo espacio físico, la edad de los mismos, como así también si se tratare de mellizos o gemelos, cuyo vínculo suele ser apegado (Juárez Ferrer, 2015).

En este punto, la jurisprudencia se encontraba dividida en cuanto a la legitimación que tenían los hermanos para interponer acción por daño moral. Por un lado, hubo tribunales que

⁴² CNACiv, 15/10/2009, “L., S. y otro c/ Hospital Británico”. Cita online: AR/JUR/59045/2009.

se expidieron en contra de la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 CC, por no encontrarse los hermanos dentro de la categoría de herederos forzosos. Así, en un fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, el tribunal desestimó el planteo de inconstitucionalidad respecto al art. 1078 del CC y la legitimación para reclamar por parte de los hermanos de la víctima fallecida a raíz de un accidente de tránsito, cuyos argumentos fueron:

- A) Que la normativa limita a los herederos forzosos como legitimados activos para actuar en caso de fallecimiento de la víctima, por lo cual no deja dudas que los hermanos no tienen posibilidad de obtener indemnización, porque los mismos no encuadran en el alcance de la expresión herederos forzosos;
- B) Dicha norma no viola el principio de igualdad plasmado en el art. 16 de la C.N., dado que la distinción efectuada por el legislador no implica discriminación, ni arbitrariedad, entre otros aspectos desechados⁴³.

Otro fallo a destacar en esta cuestión que no otorgó legitimación al hermano, fue el dictado por la CNACiv en “Piatti de Bentiboglio, Nelly J. c/ Broitman, Carlos”⁴⁴, en el cual expresó que:

Los hermanos son parientes colaterales y por ende no se extiende el resarcimiento por daño moral. A su vez afirma el tribunal que limitar la acción por daño moral a los herederos forzosos es acertado, de lo contrario serían innumerables las demandas que se interpongan por este tipo de daño. (CNACiv).

Por otro lado, se encontraba la posición amplia que sí otorgaba a los hermanos la posibilidad de accionar cuando se haya probado una relación afectiva en términos reales. Así, en el fallo dictado por la Cámara de Apelaciones de Trenque Lauquen se declaró la inconstitucionalidad del art. 1078 CC otorgándole resarcimiento por daño moral a favor de los hermanos. Entre sus fundamentos, el tribunal expresó:

- Que acreditada la íntima relación afectiva entre hermano, la muerte de uno de ellos conlleva a que deba indemnizarse a los restantes por el daño moral producido, pues el deceso es susceptible de producir una real conculcación de sus respetables afecciones.
- Debe declararse la inconstitucionalidad de 2º párrafo del art. 1078 del Cód. Civil, por cuanto la limitación que realiza en lo concerniente a la legitimación de quienes están habilitados para solicitar reparación civil por la muerte del damnificado directo, atenta contra la noción de familia, cuya protección contra injerencias arbitrarias o abusivas encuentra tutela en el art. 11

⁴³ CNACiv, 13/02/2007, “Maiolino de Mastellone, Josefina M. y otro c/ Ballestrin, Claudio G. y otros”. Cita online: AR/JUR/236/2007. Recuperado de la leyonline el día 19/03/2017.

⁴⁴ CNACIV, 11/06/1997, “Piatti de Bentiboglio, Nelly J. c/ Broitman, Carlos”. Cita online: 1/43796. Recuperado de la leyonline el 20/03/2017.

inc. 2° del Pacto de San José de Costa Rica y en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos los cuales ostentan rango constitucional⁴⁵.

En mi opinión, si bien aún son escasos los fallos dictados luego de la reforma, las bases para el actual régimen introducido en el año 2015, se fueron formando a partir de la declaración de inconstitucionalidad del derogado art. 1078 del CC, el cual no daba lugar a los concubinos, ni a los hermanos para poder accionar por el daño moral producido. A su vez, la reforma respalda el instituto de la familia consagrado en los Pactos Internacionales con jerarquía constitucional.

3.4. La protección integral de la familia

El derogado art. 1078 del CC vulneraba la protección de la familia, al excluir a los concubinos, hermanos y otros familiares. La institución de la familia posee protección de índole constitucional, como en el art. 14 bis de la C.N. que expresa: "...la protección integral de la familia..." (Art. 14 bis, C.N.)⁴⁶. Así, en diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se protege a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad.

La norma derogada utilizaba un concepto limitado de familia, dado que partía del vínculo legal, como es el matrimonio, para poder interponer acción por daño moral. Al respecto, expresa el Dr. Juárez Ferrer: "La afectación espiritual que alguien puede sufrir por reflejo del daño que sufre otra persona no depende de los vínculos legales, sino de la relación personal que la vincula con la víctima" (Juárez Ferrer, 2015, pág. 396).

El concepto del que se servía el código derogado, resultaba un tanto arcaico, que no se adaptaba a la realidad en la que comenzó a vivirse desde hace unos años, en donde las uniones convivenciales priman sobre los matrimonios.

Por un lado, es necesario destacar la institución de las uniones convivenciales, cuyos caracteres son singularidad, publicidad, notoriedad, estabilidad y permanencia. La relación de concubinato para ser reconocida legalmente requiere, en primer lugar, conocimiento por parte de la sociedad, que la misma sea evidente, innegable, clara, sin dejar lugar a dudas que en la misma existe un proyecto de vida en común, como si se hubiese celebrado matrimonio, la

⁴⁵ CACiv y Com de Trenque Lauquen, 01/11/2005, "Méndez, Eduardo N. y otra c/ Municipalidad de Tres Lomas". Cita online: AR/JUR/7116/2005.

⁴⁶ Art 14 C.N.

pareja convive en el mismo espacio físico. Como esta institución también es producto de la reforma introducida por la ley 26.994, dado que antes no tenía reconocimiento legal sino solo social, los concubinos podrán accionar por el daño producido a la pareja.

A su vez, también es dable destacar que los hermanos también quedaban desprotegidos por el artículo en cuestión. Los hermanos forman parte del vínculo familiar, por lo que resultaba inconcebible que éstos no tuvieran legitimación para actuar por el daño producido al principal, siendo víctimas éstos también, por los perjuicios ocasionados.

3.5. Ampliación de la legitimación activa para interponer acción por daño moral en el Código Civil y Comercial

En este apartado se tratará la modificación impuesta en el nuevo Código Civil y Comercial en cuanto a la legitimación activa para interponer acción por daño moral y el alcance que tiene la expresión “trato familiar ostensible” plasmada en el art. 1741 del CCyC, tema principal de este Trabajo Final de Graduación.

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial se modificó, entre otros aspectos, la legitimación activa para interponer acción por daño moral. A partir de estudios realizados por parte de la doctrina, se volvió inminente la reforma en este aspecto para evitar así la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del Código de Vélez, que venía siendo un punto clave a raíz de diversos fallos dictados por diversos tribunales de nuestro país.

A partir del 1 de Agosto de 2015, esta situación comienza a tener un marco regulatorio propiamente dicho, incorporando a personas que antes no se encontraban habilitadas para petitionar la reparación de este tipo de daño. Cabe recordar que el código de Vélez solo legitimaba activamente para actuar, en caso de muerte del damnificado, a los herederos forzosos, es decir, a los ascendientes, descendientes y al cónyuge.

Con la reforma introducida, por un lado, se amplía por un lado la legitimación activa para actuar y, por otro, el legitimado no solo podrá pretender resarcimiento en el supuesto del deceso del damnificado, sino que también podrá hacerlo en el supuesto de que el dañado sufra gran discapacidad.

En lo que a este trabajo de grado respecta importa determinar el alcance de la expresión “trato familiar ostensible”, introducida por el nuevo cuerpo normativo que si bien amplía la faz activa para deducir acción ante los tribunales, la misma genera un problema de interpretación dado que su aplicación contiene cierto grado de indeterminación en cuanto a los casos a los que se aplica.

Con la sanción del nuevo código se amplía esta cuestión, expresando al respecto el art. 1741 del nuevo cuerpo normativo:

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. (Art. 1741 CCyC)⁴⁷.

Con la vigencia de esta nueva norma, quedaron plasmados los reiterados reclamos llevados a cabo por la doctrina, que solicitaban la modificación de la legitimación activa para interponer acción por daño moral, lo cual se vio también reflejado en diversos fallos que dieron lugar al reclamo efectuado por los concubinos, los hermanos, entre otros supuestos.

Esta nueva incorporación de legitimados incorporada por el CCyC, entiende el jurista Juárez Ferrer:

La categoría de trato familiar ostensible permite incluir en ella a todas las personas con las que la víctima tiene una relación familiar o cuasi familiar, sin importar la vinculación jurídica que las ligue con ellas, y tiene la suficiente amplitud como para incluir prácticamente a todos los damnificados indirectos posibles. (Juárez Ferrer, 2015, pág. 395).

La letra del nuevo código agrega que podrán accionar quienes convivían con el damnificado recibiendo trato familiar ostensible. Al respecto el Dr. Ossola señala que hay que distinguir dos situaciones en la reforma introducida:

En primer lugar, debe tratarse de convivientes al tiempo del supuesto dañoso, lo que deja fuera, por ej., a los hermanos que no habitan el mismo hogar. La convivencia es la vida en común, en compañía. En segundo lugar, debe haber existido trato familiar ostensible (no lo serían, por ej., los compañeros de una pensión de estudiantes, convivientes ocasionales, la empleada doméstica que vive en el hogar). (Ossola, 2016, pág. 162).

Además, señala entre las personas incluidas para poder accionar a los hermanos convivientes, hijos de crianza, los integrantes de las familias ensambladas, entre otros supuestos. (Ossola, 2016).

Es decir que, para interponer acción por daño moral, en lo que a esta cuestión se refiere, son dos los requisitos esenciales que deben darse para poder actuar, la convivencia y el trato familiar ostensible. Con la reforma introducida se soluciona el problema que dejaba entrever

⁴⁷ Art. 1741 CCyC.

la normativa anterior, la cual con el objetivo de evitar que un sinnúmero de personas se presenten para reclamar por la reparación del daño causado, excluía a otras que si podían sentirse afectadas por el daño ocasionado al principal.

Sujetar estas dos condiciones a que se deban dar conjuntamente para poder petitionar la reparación por el daño moral producido, a los damnificados indirectos, deja de lado la posibilidad a otras personas que también puedan verse perjudicadas por el daño causado para poder petitionar. Expresa el Dr. Juárez Ferrer:

Es perfectamente posible pensar en casos de personas que reciben trato familiar ostensible de otra, pero que no convive con ella (por ejemplo, una persona que a la muerte de sus padres es incorporada a la familia de sus tíos –con el rol institucional de tutores- y que luego se casa y se va del hogar de sus tíos), y al mismo tiempo, es posible pensar en personas que sin recibir trato familiar conviven con el damnificado directo, y por lo tanto sufren un daño moral derivado de su muerte. (Juárez Ferrer, 2015, págs. 417 y 418).

Al respecto, el Dr. Bueres expresa: “El trato familiar” que alude la norma, se manifiesta por la exteriorización de un vínculo afectivo, que motiva la constitución de un núcleo análogo o idéntico al de la familia” (Bueres, 2014, pág. 175).

Por otro lado se encuentra la postura del Dr. Lorenzetti, que en lo que a la expresión se refiere, dice: “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.” (Lorenzetti, 2015, págs. 502 y 503).

La doctrina considera q la expresión incorporada en el art. 1741 del CCyC, se refiere a aquellas personas con las cuales la víctima vivía o vive, manteniéndose un vínculo afectivo de carácter tal, que en caso de producirse el hecho ilícito, el damnificado indirecto sufra un menoscabo o perjuicio en sus emociones, en su interior, en las capacidades de querer, sentir y entender.

Sobre el nuevo art. en cuestión, el Dr. Juárez Ferrer expresa:

El art. 1741 del CCCN representa una mejora en el sistema de legitimados activos para reclamar daño moral. En relación a los casos en que el damnificado sobrevive al suceso dañoso, resulta destacable la apertura de la legitimación a los familiares cuando el damnificado sufre una gran incapacidad, aunque resulta constitucionalmente reprochable la exclusión de otros casos importantes (contagio de enfermedades, prisión errónea). En relación a los casos de muerte del damnificado, el elenco de legitimados se ha ampliado siguiendo los pasos de la jurisprudencia de la CSJN, pero la exigencia de la doble condición de convivencia y ostensible trato familiar aun cierra las puertas a personas que pueden sufrir daño moral por la muerte de otro, y por ende, esta norma puede ser en estos casos inconstitucional. (Juárez Ferrer, 2015, pág. 493).

Desde el punto de vista jurisprudencial, son escasos los fallos dictados, luego de la reforma del Código de Vélez, que traten la temática abordada para poder analizar y cotejar en profundidad para saber cómo están tratando los tribunales de nuestro país el problema de interpretación que surge a raíz de la expresión “trato familiar ostensible” del art. 1741.

3.6. Alcance de la expresión gran discapacidad. Doctrina

Como se expresó en el apartado que antecede, la reforma del CCyC introdujo en su art. 1741 la posibilidad de reclamar, por parte del damnificado indirecto, la correspondiente indemnización por daño moral, en el supuesto en que la persona afectada sufra gran discapacidad.

Es necesario aclarar que alcance tiene la expresión “gran discapacidad” para que, en el caso en que el damnificado indirecto reclame su resarcimiento, tenga legitimación para hacerlo, al respecto el Dr. Lorenzetti entiende:

Alude a las denominadas grandes discapacidades, 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. (Lorenzetti, 2015, pág. 502).

A su vez, el Dr. Bueres expresa:

Por gran incapacidad debe entenderse, que es la que padecen aquellos sujetos que sin la asistencia de otra persona no pueden realizar los actos más básicos y necesarios para la subsistencia (v. gr., cuadripléjicos, personas en estado vegetativo, etcétera). Es la incapacidad física y/o psíquica por la cual la "víctima pierde su autonomía personal y económica; un destierro en vida". (Bueres, 2014, pág. 175).

Asimismo el Dr. Rivera, la expresión en cuestión implica:

Debe entenderse aquellos casos en los cuales la víctima pierde toda posibilidad de sentir, o moverse por sí misma. Por ejemplo parapléjicos, tetrapléjicos o que han quedado en vida vegetativa, o personas que han sufrido la pérdida de un miembro o de un sentido. (Rivera, 2014, pág. 1074).

De lo expuesto en este apartado, puede definirse a la gran discapacidad, como aquella situación en la que se encuentra una persona, víctima de un ilícito, en la cual necesita del cuidado de otras personas, generándose así un grado de dependencia de tal magnitud sin las cuales no puede subsistir. Los renombrados juristas coinciden en los ejemplos de casos de tetraplejía, cuadriplejía, estado vegetativo, entre otros.

3.7. La expresión “trato familiar ostensible” dependiente del valor probatorio

Como se explicó, el art. 1078 del CC produjo interminables debates en cuanto a lo limitativo que resultaba dicho art. en cuanto a las personas que poseían legitimación activa para interponer acción por daño moral. Es por ello que urgía la necesidad de ampliar el espectro de damnificados indirectos que pudieran resultar perjudicados por el daño causado al principal.

La reforma del CCyC llevada a cabo en el año 2015, trató este punto en su art. 1741 incorporando la expresión “trato familiar ostensible”, pero la misma genera un problema de interpretación dado que su aplicación contiene cierto grado de indeterminación en cuanto a los casos a los que se aplicará.

En primer lugar, cabe destacar que la normativa vigente, dejó intacta la letra del derogado art. 1078 en cuanto a los ascendientes, descendientes y el cónyuge, como damnificados indirectos para solicitar su correspondiente indemnización por daño moral.

En segundo lugar, y en cuanto a la expresión en cuestión, la redacción del nuevo art. requiere la concurrencia de dos requisitos para que el damnificado indirecto pueda accionar, por un lado, la convivencia con la víctima, y por otro, que la relación sea de manifiesto u ostensible trato familiar.

En cuanto a que la relación entre el dañado y el damnificado indirecto sea o haya sido de manifiesto trato familiar, puede generar controversia en cuanto a quienes revisten tal calidad, pudiéndose declarar en ciertos casos la inconstitucionalidad del art. en cuestión, por considerarse que ciertas personas se vean desplazadas de poder accionar frente al daño extrapatrimonial causado.

Por ello, considero que la labor de los jueces en este punto será esencial, al ejercer el control de constitucionalidad y remitirse a las pruebas en el caso concreto, para proveer a la reparación por daño moral a toda aquella persona que lo invoque y pruebe.

CONCLUSIÓN PARCIAL

A modo de conclusión, se puede decir que con la reforma introducida por la ley n° 26.994 en el art. 1741, quedó zanjada la cuestión que tanta controversia producía el derogado art. 1078.

Por un lado, la normativa agrega al tema en cuestión, la expresión “trato familiar ostensible” introducida en el art. 1741 del CCyC que alcanza a toda aquella persona que convivía con el damnificado directo y, que además, al momento de producirse el hecho lesivo, tenga o haya tenido con éste una relación de índole familiar, donde el vínculo entre

ambos fuera de tal envergadura que en caso de sufrir una gran discapacidad ó de producirse su fallecimiento, el damnificado indirecto se vea afectado menoscabándole en su proceder diario, sus emociones y en donde su vida cambia de manera radical por el hecho padecido.

Por otro lado, los damnificados indirectos no sólo podrán interponer acción por daño moral en caso de fallecimiento de la víctima, sino también en el caso en que ésta sufra gran discapacidad, entendiéndose por tal a la situación en la cual el dañado queda en grado de total dependencia de otra persona, por no poder valerse por sí mismo.

Entre las personas que hoy pueden interponer acción por daño moral, se encuentran los concubinos, bajo la figura de uniones convivenciales, los hermanos que hayan convivido con la víctima y todo aquel que haya convivido y pruebe un vínculo familiar fehaciente para pretender su correspondiente resarcimiento.

Capítulo IV
PRINCIPIOS EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA.
TRATADOS INTERNACIONALES

INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo, por un lado, se desarrollarán los principios constitucionales, como el principio de igualdad y el principio de no dañar a otro, con su correlación con el principio de reparación plena e integral, plasmado éste último en el CCyC.

Por otro lado, se hará hincapié en los tratados internacionales con jerarquía constitucional, plasmados en el art. 75 inc 22 C.N., los cuales son: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Estos principios y tratados internacionales, cobran relevancia sobre el tema de este trabajo, porque fueron, entre otros, el fundamento de la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del CC en reiterados fallos dictados por diversos tribunales de nuestro país, dado que la norma en cuestión no tenía en cuenta a ciertas personas que también podían resultar afectadas por el daño producido al principal, como es el caso de los concubinos y los hermanos de, afectándose así los principios constitucionales nombrados y la protección integral de la familia.

4.1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

La Constitución Nacional Argentina se compone de un Preámbulo, 129 artículos y las disposiciones transitorias. Los principios constitucionales, plasmados en ella, son aquellas reglas o normas de carácter general que rigen la vida de todo ciudadano para convivir en una sociedad.

Como ley suprema de nuestro país, la C.N. integra la cúspide en lo que se refiere al ordenamiento normativo en un Estado de Derecho, por lo que ninguna norma de carácter inferior puede contradecir u oponerse a lo que establece nuestra ley suprema.

Con fundamento en que estos principios se vieron vulnerados por una norma de carácter inferior, como es el Código Civil, de declaró la inconstitucionalidad del art. 1078.

4.1.1. Principio de Igualdad

El derogado art. 1078 del CC, ponía en situaciones de desigualdad a aquellas personas que también podían resultar damnificadas por el daño producido al principal.

Cabe destacar que dicho art. solo otorgaba legitimación activa para acción por daño moral al damnificado directo y, en caso de su fallecimiento, solo a los herederos forzosos, expresión que incluía a los ascendientes, descendientes y al cónyuge.

Con la sanción del CCyC la legitimación activa se amplía, dado que también podrán actuar aquellos damnificados indirectos que convivían con la víctima recibiendo trato familiar ostensible, no solo en caso de fallecimiento de la víctima sino también en el supuesto de que ésta sufra una gran discapacidad.

La nueva normativa, en su art. 1741 del CCyC coloca en plano de igualdad a otras personas que también puedan verse perjudicadas con el daño producido al damnificado indirecto.

El principio de igualdad está consagrado en el art. 16 de la C.N., que expresa:

La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas. (Art. 16 C.N.)⁴⁸.

Al hablar del principio de igualdad, es necesario hacer referencia al derecho de familia.

Al respecto expresa la Dra. Orlandi:

El derecho humano a la vida familiar, la dignidad de la persona y la igualdad, así como también la libertad, la intimidad y la solidaridad familiar deben conjugarse y articularse en el resguardo jurídico de esta forma de vivir las relaciones afectivas. (Orlandi, 2016, págs. 378 y 379).

Cobran relevancia sobre este aspecto las uniones convivenciales, cuyo reconocimiento legal se produjo en el año 2015, otorgándose legitimación para interponer acción por daño moral al concubino, ponderando el principio de igualdad a las uniones de hecho en semejanza con el matrimonio.

Así, en el nombrado fallo dictado en el año 2014, la CJSJ se expidió en los autos “Rivero Daniela Mercedes y otra c/ Manrique Sergio Andrés y otros”⁴⁹, confirmando la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del Código de Vélez. En el caso el señor Rivero, ante la muerte de su concubina, interpuso acción por daños y perjuicios, reclamando daño moral. Ante esto el demandado opuso excepción por falta de legitimación activa, dado que según el art. 1078 los concubinos no poseen legitimación para obrar. Situación ante la

⁴⁸ Art. 16 C.N.

⁴⁹ CJSJ, 07/11/2014, “Rivero Daniela Mercedes y otra c/ Manrique Sergio Andrés y otros”. Recuperado de <http://www.foroabogadossanjuan.org.ar> el día 14/02/2017.

cual el tribunal de primera instancia como el de segunda instancia, no hicieron lugar a la excepción opuesta.

Por ello, la defensa del demandado, interpuso los recursos de Casación e Inconstitucionalidad. Una vez el caso en el Superior Tribunal de la provincia cuyana, confirmó la sentencia dictada por el a quo, cuyos fundamentos fueron:

- Equipararon la situación del concubino, con la de esposo, cuya relación de concubinato entre la fallecida y el reclamante superaba los veinte años.
- La ampliación del concepto de familia, torna arbitraria la distinción entre matrimonio y concubinato.
- Con la ley 26.994 se legalizan las uniones convivenciales.
- El Código Civil sancionado en el 2015 otorga legitimación, en el art. 1741, para actuar respecto a la reparación por daño extrapatrimonial a quienes convivían con el fallecido, en este caso, recibiendo trato familiar ostensible. (CJSN, 2014).

En este fallo se puede apreciar claramente la equiparación del matrimonio con las uniones convivenciales, plasmándose en plenitud el principio de igualdad plasmado en el art. 16 de la C.N., en el cual por haberse constatado el concubinato por más de veinte años y tomando como base la reforma que se introdujo en el año 2015 queda el concubino, habilitado legalmente para interponer acción por daño moral y recibir así su correspondiente indemnización.

Otro fallo a destacar, en el cual se declaró la inconstitucionalidad del art. 1078, fue el dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en los autos “Contreras Mamani, Gregorio y otros c. Muñoz, Cristian Edgardo y otros”⁵⁰. En los hechos un niño, que cruzaba la ruta en compañía de su familia, falleció luego de haber sido embestido por dos automovilistas. Los familiares de la víctima, y los conductores accionados, que en su momento habían llegado a un acuerdo transaccional, demandaron la nulidad de dicho acuerdo y la reparación de daños y perjuicios. El juez de primera instancia admitió la demanda de nulidad y la acción resarcitoria, responsabilizando en forma concurrente a los progenitores del menor fallecido y a los emplazados. Luego se interpuso recurso de Apelación ante el tribunal de segunda instancia, el cual declaró la inconstitucionalidad del art. 1078 del CC por considerar que el mismo confronta con preceptos reconocidos por la Constitución Nacional y Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, desprestigiando el derecho a la reparación del daño injustamente sufrido y desconociendo a quien, como hermano, vio zozobrar su patrimonio espiritual. A su vez, consideró el ad quem que la norma en cuestión,

⁵⁰ CNACiv, 24/08/2009, “Contreras Mamani, Gregorio y otros c. Muñoz, Cristian Edgardo y otros.” Cita online: AR/JUR/33342/2009. Recuperado de la leyonline el día 25/09/2016.

vulnera el principio de igualdad ante la ley, consagrado en el art. 16 de la C.N., por lo cual se otorgó una compensación por daño moral a los hermanos de la víctima.

Si bien aún es escasa la jurisprudencia en relación al nuevo art. 1741 del CCyC, se puede observar como diversos tribunales, con anterioridad a la reforma introducida por la ley n° 26.994, se fueron expidiendo a favor de los damnificados indirectos, como son los casos de los concubinos y los hermanos, fundamentando sus fallos en el principio de igualdad que habría quedado vulnerado, en caso de rechazar la legitimación activa para los supuestos planteados.

4.1.2. Principio de no dañar a otro

Dentro de los principios fundamentales de los que se compone el derecho de daños, se encuentra el principio de no dañar a nadie (*neminem laedere*) o no dañar a otros (*alterum non laedere*), plasmado en el art. 19 de la C.N., que prescribe:

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe. (Art. 19 C.N.)⁵¹.

De allí se desprende que el Estado interviene para limitar o prohibir conductas del hombre cuando puedan resultar dañosas o perjudiciales para terceros. Por ello, cuando se producen hechos u omisiones mediante los cuales se produce un perjuicio, surge la obligación de reparar el daño injustamente causado.

Por su parte, en el CCyC queda plasmado el principio *alterum non laedere* en el art. 1716, que indica: “La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código” (Art. 1716 CCyC)⁵².

Este principio constitucional se encuentra íntimamente vinculado con el principio de reparación plena e integral, plasmado éste último en el art. 1740 del CCyC, que expresa:

La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que fuere parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable. (Art. 1740 CCyC)⁵³.

⁵¹ Art. 19 C.N.

⁵² Art. 1716 CCyC.

⁵³ Art. 1740 CCyC.

La correlación entre ambos principios encuentran su punto de partida en el leading case dictado por la CSJN “Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos”⁵⁴. En los hechos, se produjo un accidente ferroviario, tras el cual fallecieron tres hijas del matrimonio Santa Coloma. Ante esta situación, los padres de la víctima accionaron contra la empresa ferroviaria reclamando la correspondiente indemnización, por sí y por el otro hijo menor sobreviviente (hermano de las víctimas), por los daños materiales y morales producidos. Una vez el fallo en la CSJN, el Alto Tribunal dejó sin efecto la sentencia de Cámara que había desconocido el derecho a ser indemnizados por daños materiales y, a su vez, redujo el resarcimiento del daño moral. Ante esto el Superior Tribunal de nuestro país fundamentó la desestimación de la sentencia de Cámara, considerando que se estaba lesionando el principio constitucional *alterum non laedere* y, así mismo, se ofendía el sentido de justicia de nuestra sociedad.

De lo expresado, se puede decir que ninguna persona puede ocasionarle un perjuicio o daño a otra, y que en caso de producirse tiene el deber de reparar el injusto causado. Por el principio de reparación plena e integral debe existir una equivalencia entre el daño producido y la correspondiente indemnización, para restituir así al damnificado a la situación anterior en la que se encontraba respecto al hecho dañoso. Si bien en materia de daño moral, el menoscabo producido es difícil de compensar económicamente, se trata de aminorar el dolor de aquellas personas cercanas que puedan verse afectadas emocionalmente por el hecho producido al principal.

4.2. TRATADOS INTERNACIONALES

Los tratados internacionales son aquellos acuerdos o pactos celebrados entre diversos países.

Es dable destacar que en la última reforma de la C.N. de 1994, se agregó en el art. 75 inc 22: “...Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes...” (Art 75 inc 22, C.N.)⁵⁵.

A su vez el art. 31 de la C.N. establece “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...” (Art. 31, C.N.)⁵⁶, por lo que los mismos gozan de la misma jerarquía que nuestra carta magna.

⁵⁴ CSJN, 05/08/1986, “Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Ferrocarriles Argentinos”, *Fallo*: 308:1160.

⁵⁵ Art. 75 inc 22 C.N.

⁵⁶ Art. 31 C.N.

En los tratados internacionales que se desarrollarán a continuación y en lo que al tema de este trabajo de grado se refiere, el derogado artículo vulneró en reiteradas oportunidades el principio de protección de la familia, situación por la cual, el mismo fue tildado de inconstitucional.

4.2.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) ó Pacto San José de Costa Rica fue suscripta el 22 de noviembre de 1969, entrando en vigencia a partir del año 1978.

Este tratado con jerarquía constitucional, plasmado en el art. 75 inc 22 de la C.N. es relevante en el tema de desarrollo de este trabajo, dado que, entre otros aspectos, regula a lo largo de diversos artículos la protección integral de la familia.

Entre los fundamentos que sostuvieron diversos tribunales al momento de declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del CC y las diversas posiciones doctrinarias, se entiende que la normativa derogada vulneraba, entre otros aspectos, la institución de la familia. Si bien ésta está regulada legalmente, también abarca otros aspectos, como sociológicos, psicológicos, culturales, biológicos, entre otros.

En el cuerpo normativo derogado, se desconocía la posibilidad de accionar por daño moral a los concubinos, a los hermanos y diversos familiares, encontrándose una limitación un tanto lesiva de los derechos fundamentales y las garantías de índole constitucional y plasmada en los diversos tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional, con igual jerarquía, tales como la protección integral de la familia.

Así, en el fallo⁵⁷, respecto a la reparación por daño moral a los hermanos de la víctima de un accidente de tránsito, la Cámara expresó: “Entiendo que el artículo 1078 en su redacción actual carece de dimensión para comprender la trascendencia de la familia actual cuyo concepto amplio fluye de las relaciones afectivas y solidarias sin que corresponda ceñirlas al estricto orden sucesorio”. (CACiv y Com de la Matanza).

Otro de los fundamentos esgrimidos por el tribunal ad quem fue el siguiente: “El derecho que tiene toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 5 y 63 inc. 1º)”.

⁵⁷ CACiv y Com de la Matanza, 19/02/2008, “Gómez, Lucía Beatriz y otro c/ Transporte Ideal San Justo S.A. y otro”. Cita online: AR/JUR/320/2008. LLBA, 2008-422.

El art. 5 inc 1 de la CADH expresa: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.⁵⁸

Por su parte, el art. 63 inc 1 del mismo tratado, reza:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo si ello fuera procedente que se reparen las consecuencias de ir a medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.⁵⁹

A su vez, existen otros artículos de la Convención que se relacionan con el tema en cuestión. Por un lado, el art. 17 de la CADH dispone en su inc 1: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el estado”.⁶⁰

Por otro lado, el art. 24 de la Convención prescribe: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.⁶¹

A modo de conclusión, podría decirse que el derogado art. 1078 del CC descuidaba la protección integral de la familia al limitar la posibilidad de la correspondiente indemnización a los herederos forzosos, dejando de lado a otras personas que también hayan sido afectadas por el daño producido al principal y que el mismo vulneraba tanto normas de carácter nacional como internacional. Por ello, se entiende que con la reforma introducida por la ley 26.994, en cuanto a la ampliación de la legitimación activa para interponer acción por daño moral, se vería zanjada la cuestión controvertida y comenzarían a respetarse los derechos básicos que componen la vida de cualquier ciudadano, como es la correspondiente indemnización frente a la pérdida ó sufrimiento producido en caso de discapacidad del damnificado directo.

4.2.2. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) fue adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) de fecha 16 de diciembre de 1966, cuya entrada en vigencia se produjo el 3 de enero de 1976.

⁵⁸ CADH, art. 5, inc 1.

⁵⁹ CADH, art. 63, inc 1.

⁶⁰ CADH, art. 17, inc 1.

⁶¹ CADH, art. 24.

Para continuar con el tema de la reparación integral de la familia, vulnerado durante la vigencia del art. 1078 del CC, el presente Pacto, a lo largo de su articulado hace mención a la protección de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad.

Así, el nombrado fallo dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, en los autos caratulados “R.S.E. c/ Bustos, Esteban y otra”⁶², declaró la inconstitucionalidad del art. 1078. En los hechos, a raíz de un accidente de tránsito resultó la muerte de un hombre, situación frente a la cual la concubina, por sí y por el hijo que tenían en común con el fallecido, y la ex esposa del fallecido, en nombre de sus hijos menores de edad, interpusieron acción por daño moral en contra de Esteban A. Bustos y OCA S.A. El tribunal a quo dictó sentencia favorable a favor de ambas, pero en el tema en cuestión la relevancia se refleja en el lugar dado a la concubina del fallecido. Frente a esta situación, la defensa del demandado apeló la sentencia dictada por el tribunal inferior, argumentando la falta de legitimación activa por parte de la concubina, cuyo fundamento se ostentaba en el art. 1078 del CC, según el cual no tiene legitimación para actuar. El tribunal ad quem, decidió dar lugar a la acción interpuesta por la pareja del fallecido, fundamentando que frente a esta situación a la persona se le produce una lesión psíquica. También sostuvo el tribunal, que el hecho de que no medie institución matrimonial, no es causal para desechar su correspondiente indemnización, argumentando la certeza de dicha relación, con proyecto a futuro, en la cual no solo se llevó a cabo la convivencia, sino que también fruto de dicha relación fue el hijo que tuvieron.

Se puede decir que la sentencia de Cámara se apartó de la letra de la ley, para otorgarle la relevancia que tiene una relación de pareja, cuyos sentimientos fueron de tal magnitud, que primaron aunque no había matrimonio contraído. Entre los fundamentos por los cuales el tribunal ad quem admitió la demanda a favor de la concubina, se encuentra la protección de la familia plasmada en los arts. 10 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Al respecto el art. 10 inc 1 expresa:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.⁶³

Por su parte, el art. 23 del PIDESC prescribe:

⁶² CACiv y Com de Mar del Plata, 23/11/2004, “R.S.E. c/ Bustos, Esteban y otra”. LLBA 2005-134.

⁶³ PIDESC, art. 10 inc 1.

Los Estados Partes en el presente Pacto convienen en que las medidas de orden internacional destinadas a asegurar el respeto de los derechos que se reconocen en el presente Pacto comprenden procedimientos tales como la conclusión de convenciones, la aprobación de recomendaciones, la prestación de asistencia técnica y la celebración de reuniones regionales y técnicas, para efectuar consultas y realizar estudios, organizadas en cooperación con los gobiernos interesados.⁶⁴

Si bien estos dos artículos constituyeron, entre otros, el fundamento de este fallo, el mismo Pacto contiene otros artículos en los que se plasma el principio de la protección integral de la familia.

Así, el art. 11, reza:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para:

a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;

b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.⁶⁵

Por otro lado, se encuentra el art. 12 del mismo cuerpo normativo:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.⁶⁶

⁶⁴ PIDESC, art. 23.

⁶⁵ PIDESC, art. 11.

⁶⁶ PIDESC, art. 12.

Este Pacto, incorporado al igual que la CADH, en el art. 75 inc 22 de la C.N., posee jerarquía constitucional, en el cual se ve plasmada la institución de la familia, cuyo Preámbulo, en su primer párrafo, expresamente prescribe:

Los Estados partes en el presente Pacto,
Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables.⁶⁷

4.2.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), es un tratado multilateral, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 2200 A (XXI), el día 16 de diciembre de 1966, cuya entrada en vigencia se produjo el 23 de marzo de 1976. El PIDCP, reconoce derechos civiles y políticos, estableciendo además los mecanismos para que los mismos sean protegidos y garantizados.

Continuando con el fallo nombrado en el punto anterior, en los autos “R.S.E. c/ Bustos, Esteban y otra”⁶⁸, en el cual la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Mar del Plata, declaró la inconstitucionalidad del art. 1078 del CC, frente a la petición por daño moral solicitada por la concubina de la víctima de un accidente de tránsito. Entre los fundamentos esgrimidos por el tribunal ad quem, que dio lugar a la indemnización de la concubina por daño moral, se encuentra la protección de la familia plasmada en el art. 23 del PIDCP.

El art. 23 inc 1 del PIDCP, expresa: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado”⁶⁹.

En lo que al tema de este trabajo final atañe, la cuestión versa principalmente, sobre la exclusión de los concubinos y de los hermanos para reclamar la indemnización por daño moral, que limitaba el derogado art. 1078 CC.

Sobre este punto, surge la duda si el art. 23 del PIDCP al mencionar la familia, se refiere exclusivamente al matrimonio ó si aplica además a aquellos vínculos no registrados, como es el caso de las uniones convivenciales.

Al respecto, en palabras del Dr. Juárez Ferrer, debe hacerse una amplia interpretación de la normativa, incluyendo así a las modernas clases de familias, como son las ensambladas, monoparentales, sin registración. (Juárez Ferrer, 2015).

⁶⁷ PIDESC, preámbulo 1er. Párrafo.

⁶⁸ CACiv y Com de Mar del Plata, 23/11/2004, “R.S.E. c/ Bustos, Esteban y otra”. LLBA 2005-134.

⁶⁹ PIDCP, art. 23 inc 1.

Además, el renombrado jurista, expresa: “La afectación espiritual que alguien puede sufrir por reflejo del daño que sufre otra persona no depende de los vínculos legales, sino de la relación personal que la vincula con la víctima” (Juárez Ferrer, 2015, pág. 396).

En mi opinión, aunque la institución del matrimonio no debe perder relevancia, la realidad es que muchas personas deciden convivir en aparente matrimonio. Hablar de aparente matrimonio implica que difiere del matrimonio, en cuanto a la registración del mismo, aunque la ley marque otras diferencias, en la práctica las uniones de hecho son las que prevalecen y ello no implica que el lazo personal y de unión con su concubino sea menor que cuando las personas deciden contraer matrimonio. Por lo cual, otorgarle posibilidad de accionar legalmente a los concubinos frente al daño producido a su pareja, debe ser una cuestión zanjada con la reforma introducida por el CCyC. No dejando margen de duda que los concubinos son los primeros favorecidos con la nueva redacción del art. 1741 del CCyC.

Por otro lado, con la nueva redacción también quedan en evidencia los hermanos que, como se explicó, para poder accionar se requieren dos requisitos: la convivencia y una relación familiar de tal envergadura que no queden dudas que frente a la comisión u omisión que cause daño al principal, éste pueda verse afectado emocionalmente y pueda así reclamar su correspondiente indemnización.

CONCLUSIÓN PARCIAL

Como corolario de lo expuesto en este capítulo, se puede decir que los principios constitucionales y los tratados internacionales con jerarquía constitucional fueron, entre otros, el fundamento de la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del CC en reiterados fallos.

Los tribunales de nuestro país, al momento de dictar sentencia, declararon la inconstitucionalidad de la norma derogada por considerar que la misma vulneraba el principio de igualdad, el principio alterum non laedere y la protección integral de la familia.

Con la reforma del CCyC llevada a cabo en el año 2015, y la nueva redacción que amplía la legitimación activa para interponer acción por daño moral, plasmada en el art. 1741, se vería zanjada, aunque con restricciones, la cuestión respecto al debate que produjo en su momento la limitación de la norma derogada.

Con la redacción del nuevo artículo se encuentran legitimados activamente para accionar por este tipo de daño, además del damnificado directo, en caso de su fallecimiento o de que éste sufra una gran discapacidad, su cónyuge, ascendientes y descendientes y aquellos que convivían con el principal sosteniendo una relación familiar manifiesta, sin tener en

cuenta el vínculo legal que pueda unirlos como es el caso de las uniones de hecho y los hermanos, como los dos casos fundamentales a los que se refiere la nueva norma, protegiéndose así a la familia como base natural de toda sociedad.

Si bien aún la jurisprudencia es escasa, por el estudio llevado a cabo, los principios y tratados que se consideraron vulnerados en el Código de Vélez Sarsfield, serán respetados y la institución de la familia se verá protegida por la nueva norma, adaptada a la actualidad en la que vivimos.

Capítulo V
CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN EL CÓDIGO DE VELEZ
SARFIELD Y EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

INTRODUCCIÓN

En el capítulo que se desarrollará a continuación, se expondrán diversos fallos dictados, por tribunales nacionales y provinciales, durante la vigencia del Código Civil de Vélez Sarsfield en lo que se refiere a la legitimación activa para interponer acción por daño moral.

A su vez, como aún es escasa la jurisprudencia sobre este tema, luego de la sanción del CCyC, se expondrá lo hallado al respecto.

5.1. Jurisprudencia en el Código Civil de Vélez Sarsfield

En el siguiente apartado se desarrollarán fallos dictados por tribunales nacionales y provinciales respecto a la legitimación activa para interponer acción por daño moral. Los mismos sentaron jurisprudencia, al declararse la inconstitucionalidad del art. 1078 del CC, por considerar que la normativa derogada vulneraba la protección integral de la familia, el principio de igualdad y el principio de reparación plena e integral.

5.1.1. Corte Suprema de Justicia de la Nación “Santa Coloma c/ Ferrocarriles Argentinos”, 05/08/1986⁷⁰

En los hechos se produjo un accidente ferroviario por el cual fallecieron tres hijas del matrimonio Santa Coloma. Ante esta situación, los padres de las fallecidas interpusieron acción por daños y perjuicios, por sí mismos y en representación del hermano menor sobreviviente, en contra de la Empresa Ferrocarriles Argentinos, reclamando los daños morales y materiales ocasionados.

El tribunal de primera instancia resolvió responsabilizando a la empresa demandada, condenándola a abonar diversos rubros, entre ellos: pérdida material de las tres hijas fallecidas y el daño físico causado al menor sobreviviente, daño moral padecido por los padres y por el hijo sobreviviente al infortunio y demás gastos derivados del mismo hecho.

La Cámara de Apelaciones dejó sin efecto el reclamo efectuado frente a la pérdida material de las tres hijas fallecidas y disminuyó el monto fijado en cuanto al rubro daño

⁷⁰ CSJN, 05/08/1986, “Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Ferrocarriles Argentinos”, *Fallo*: 308:1160.

moral. El tribunal ad quem fundamentó su decisión en la excelente situación económica en la que se encontraba el matrimonio accionante, por lo cual tornaba irrazonable recibir indemnización dineraria por el fallecimiento de las menores, porque esto no cambiaría la situación económica de los progenitores.

Frente a esta situación, el matrimonio interpuso recurso extraordinario, el cual fue denegado, dando lugar entonces a la interposición del Recurso de Queja por parte de los accionantes, la cual fue admitida por la CSJN.

El Alto Tribunal dejó sin efecto la sentencia de Cámara que había desconocido el derecho a ser indemnizados por daños materiales y, a su vez, redujo el resarcimiento del daño moral. El Superior Tribunal de nuestro país fundamentó la desestimación de la sentencia de Cámara, considerando que se estaba lesionando el principio constitucional *alterum non laedere*, como así también se ofendía el sentido de justicia de nuestra sociedad.

En el *leading case*, la CSJN hizo lugar a los rubros reclamados por el matrimonio Santa Coloma, entre ellos, el resarcimiento por daño moral en representación del menor sobreviviente al accidente en calidad de hermano de las fallecidas. Respetándose así el principio de protección integral de la familia, que excluía el derogado art. 1078 del CC, al no considerar a los hermanos como damnificados indirectos para interponer acción por daño moral.

5.1.2. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, “B., O. J. c/ V., R. o R. y otros”, 09/02/2012⁷¹

En lo que respecta a la legitimación activa para interponer acción por daño moral, en los autos “B., O. J. c/ V., R. o R. y otros”, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, modificó la sentencia de primera instancia, declarando la inconstitucionalidad del art. 1078 del CC, reconociendo la correspondiente indemnización por daño moral al concubino y a la hermana de la víctima.

En los hechos, se produjo un accidente de autos en la ruta nacional n° 40, entre el Paraje El Salitral y San Ignacio, provincia de Neuquén. Como consecuencia del infortunio, perdió la vida la joven N.J.B. de 26 años de edad.

Una vez interpuesta la demanda por daños y perjuicios por parte del padre, el concubino y la hermana de la víctima, en sede civil, la contraparte invocó excepción por falta de legitimación activa respecto a estos dos últimos, invocando que según la letra del art.

⁷¹ CNACiv, 09/02/2012, “B., O. J. c/ V., R. o R. y otros”. Cita Online: AP/JUR/163/2012. Recuperado de la leyonline el día 31/08/2016.

1078, solo pueden interponer acción por daño moral, en caso de fallecimiento de la víctima, los herederos forzosos, y que los mismos, no entran en la categoría de tales. El tribunal a quo, dio lugar a la excepción interpuesta, hecho por el cual, el concubino y la hermana de la víctima, apelaron dicha decisión.

Una vez el caso en el tribunal de Alzada, el mismo consideró que los accionantes se vieron afectados con la decisión adoptada por el a quo, al haber dado lugar a la excepción interpuesta por falta de legitimación activa para reclamar por el daño moral ocasionado. A su vez, justificó el ad quem que no sólo se afecta el derecho a la reparación integral sino que también se vulneró el principio de igualdad ante la ley plasmado en el art. 16 de la C.N. y en el art. 24 de la CADH, discriminando injustamente a quienes se ven afectados en su espíritu, en forma indirecta.

De las pericias psicológicas se concluyó, respecto al concubino, que el mismo se vio afectado en su realidad, desestructurándole su mundo interior y exterior. En relación a la hermana de la fallecida, se dictaminó que el hecho producido modificó en términos sensitivos la vida familiar, lo cual constituye un daño que debe ser resarcido.

Por lo expuesto el tribunal de Cámara, resolvió modificar la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia, declarando la inconstitucionalidad del art. 1078 del CC, reconociendo así, la correspondiente indemnización por daño moral a la hermana y al concubino de la víctima.

5.1.3. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, “Mourelle, Gustavo Alberto y otros c/ Semento, Oscar Omelio y otros”, 27/11/2012⁷²

En los hechos se produjo un accidente de tránsito, en la ruta nacional n° 7, entre una camioneta conducida por Oscar Omelio Semento, cuya propiedad pertenecía a los otros demandados, y un auto marca Peugeot 405, en el que iban los actores. Hecho a partir del cual, falleció el menor Matías Gabriel, hijo del matrimonio Mourelle, hermano de Florencia y nieto de Jodor.

Por lo expuesto el matrimonio Mourelle, la hermana del fallecido y su abuela interpusieron demanda por daños y perjuicios reclamando el correspondiente resarcimiento por las consecuencias del hecho producido.

⁷² CACiv y Com de Junín, 27/11/2012, “Mourelle, Gustavo Alberto y otros c/ Semento, Oscar Omelio y otros”. Cita online: AR/JUR/61247/2012. Recuperado de la leyonline el día: 20/08/2016.

El tribunal de primera instancia hizo lugar a la demanda, considerando inconstitucional la letra del art. 1078, por lo que receptó la petición por parte de la hermana del fallecido, resolviendo condenar a los demandados a abonar las sumas requeridas por los peticionantes.

Frente a esta decisión, la defensa de los demandados, apelaron la decisión del a quo, entre los agravios expresados se refirieron a la admisión del resarcimiento por daño moral a favor de la hermana de la víctima, cuya posibilidad está vedada por lo expuesto en el art. 1078 del CC.

En la Cámara del tribunal provincial, el Dr. Guardiola recordó la letra del proyecto de la posterior sanción de la ley n° 26.994 en su art. 1741 que dispone: "...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..."(Art 1741 CCyC)⁷³. Por lo que en este caso tendría lugar el resarcimiento por daño moral solicitado por la hermana del fallecido.

El tribunal ad quem, además de tener en cuenta el espíritu de lo que hoy es la nueva letra de la ley sancionada en el año 2015, consideró, entre sus fundamentos, que la hermana quedó en un disvalioso estado emocional, consecuencias que pueden ser reversibles siempre que exista una terapia psicológica acorde a las circunstancias.

Por lo expuesto, se confirmó la sentencia de primer grado apelada, resolviéndose a favor de los padres, la hermana y la abuela de la víctima fallecida, el monto resarcitorio en el rubro por daño moral.

5.1.4. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, “Camargo, Mónica y otro c/ Lima, Roberto y otra”, 26/12/2007⁷⁴

En los autos “Camargo, Mónica y otro c/Lima, Roberto y otra”, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata declaró la inconstitucionalidad del art. 1078 del CC, por considerar que el mismo acota la posibilidad de interponer acción por daño moral a los herederos forzosos del principal, vulnerándose así el principio de reparación integral establecido en el art. 19 de la C.N.

En los hechos se produjo un accidente de tránsito, tras el cual una persona, que andaba en bicicleta, perdió su vida a raíz de ser embestida por un ómnibus. Así los hechos, la concubina de Ramón Eduardo Chaile, por sí y en representación de la hija en común de la

⁷³ Art. 1741 CCyC.

⁷⁴ CACiv y Com de Mar del Plata, 26/12/2007, “Camargo, Mónica y otro c. Lima, Roberto y otra”. Cita online: AR/JUR/10011/2007. Recuperado de la leyonline el día: 31/01/2017.

pareja conviviente en aparente matrimonio, entabló acción resarcitoria en contra del conductor del ómnibus y de la empresa transportista.

El Juez de primera instancia, hizo lugar parcialmente a la demanda, condenando en forma solidaria a los demandados Roberto Alfredo Lima (conductor del transporte) y a la Empresa de Transportes General Pueyrredón S.A. conjuntamente con la citada en garantía Protección Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros, a abonarle a la actora y a la hija menor en concepto de indemnización por la totalidad de los daños y perjuicios reclamados en autos. La actora decide apelar el fallo, por considerar que el monto establecido por daño moral es muy escueto.

Una vez el caso en la Cámara de Apelaciones provincial, la Dra. Zampini, consideró que el art. 1078 es inconstitucional dado que el mismo viola el principio de protección integral de la familia, dado que hoy familia se consideran a las personas aunque no se encuentren unidas en matrimonio. Por otro lado, el mismo vulnera el principio de reparación integral de los daños, plasmado en el art. 19 de la C.N.

Por lo expuesto, se confirma la sentencia dictada por el Juez de primer grado en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del CC, modificándose los montos en cuanto a la reparación por daño moral.

5.2. Jurisprudencia en el Código Civil y Comercial

El nuevo CCyC entró en vigencia en el año 2015 con la sanción de la ley n° 26.994. El mismo dejó sin efecto el Código Civil de Vélez Sarsfield, introduciendo en su cuerpo normativo una serie de modificaciones, que en lo que al tema de este trabajo final se refiere, amplió la legitimación activa para interponer acción por daño moral.

Desde el punto de vista jurisprudencial es necesario destacar que hasta el momento son escasos los fallos, dictados luego de la reforma del Código Velezano, que tratan la temática abordada, para poder analizar y cotejar en profundidad para saber cómo tratarán los tribunales de nuestro país el problema de interpretación que surge a raíz de la expresión “Trato familiar ostensible” del art. 1741. Algunos tribunales se pronunciaron al respecto.

5.2.1. Cámara de Apelaciones de Trelew, “C., A. S. y otros c/ K. y C. S.A.”, 17/02/2016⁷⁵

En los hechos se produjo un accidente de tránsito, en el cual un ciclista que fue embestido por una camioneta, resultó víctima del suceso ocurrido.

⁷⁵ CA de Trelew, 17/02/2016, “C., A. S. y otros c/ K. y C. S.A.” Cita online: AR/JUR/270/2016. Recuperado de la leyonline el día: 28/08/2016.

Ante esta situación la concubina del fallecido y su abuela promovieron acción por daños y perjuicios en contra de K. y C. S.A., reclamando entre otros rubros la correspondiente indemnización por daño moral. Así los hechos, los demandados interpusieron excepción por falta de legitimación activa, ya que consideraron la letra del art. 1078 del CC que solo legitimaba activamente para reclamar indemnización por daño moral, en caso de fallecimiento, a los ascendientes, descendientes y cónyuge, por lo que la concubina quedaría excluida de la posibilidad de reclamar.

Al momento de dictar la sentencia el tribunal de primer grado, desestimó la excepción opuesta y además declaró la inconstitucionalidad del art. 1078 del CC, considerando con legitimación activa a la concubina del occiso.

Ante esta situación, la defensa de los accionados apeló la decisión tomada por el a quo, insistiendo en la falta de legitimación por parte de la concubina del difunto para reclamar indemnización por daño moral.

Una vez los autos en el tribunal de segunda instancia, el mismo confirmó la decisión del a quo por considerar que el legislador al momento de la sanción del nuevo código introdujo en el art. 1741 a los concubinos y otros allegados del principal, que no son herederos forzosos, como legitimados activos para interponer acción por daño moral.

A su vez, tildó de inconstitucional la norma derogada por menoscabar a ciertas personas al prohibirles la posibilidad de pretender ser resarcidas moralmente ante un suceso como el presente vulnerando de este modo la protección integral de la familia, el principio constitucional de igualdad ante la ley y el principio de reparación integral por los perjuicios causados por el responsable.

Por lo expuesto, en la sentencia la Cámara provincial confirmó en lo principal el decisorio impugnado por el a quo.

CONCLUSIÓN PARCIAL

A modo de conclusión de lo expuesto en este capítulo, puede decirse que los criterios adoptados por los diversos tribunales y que sentaron jurisprudencia para la reforma del actual art. 1741 del CCyC, fueron unánimes en cuanto a la protección integral de la familia. Por un lado, sostuvieron que la relación de concubinato, no es impedimento alguno para indemnizar en concepto de daño moral al conviviente en relación al deceso de su pareja.

Por otro lado, es innegable el vínculo afectivo establecido entre los hermanos sobrevivientes y el fallecido, por lo cual la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del CC en reiteradas oportunidades, pone de resalto el vínculo familiar existente entre ambos,

por sobre la letra del cuerpo normativo derogado, dado que el mismo, entre otros, vulneraba diversos principios constitucionales, como el principio de igualdad y el principio de reparación plena e integral.

Tanto en lo que respecta a los hermanos o a las relaciones de concubinato, es innegable el disvalioso estado emocional en el que puedan incurrir estas personas tras el fallecimiento del principal, por lo que se procedió a su correspondiente indemnización por el daño moral causado, apartándose de este modo los jueces de la letra del código, primando el vínculo afectivo aminorado.

Con la sanción del nuevo art. 1741 del CCyC, se amplió el espectro de legitimados activos para interponer acción por daño moral. En lo que respecta a la expresión trato familiar ostensible, respecto de los familiares queda en evidencia que podrán accionar aquellos que hayan tenido con el principal, una relación de convivencia y de afecto manifiesto, de modo tal que no queden dudas de que el daño producido repercute menoscabando la vida del accionante.

CONCLUSIONES GENERALES

En el presente trabajo se puede apreciar la importancia y la evolución que fue teniendo el daño moral a lo largo de la historia legislativa de nuestro país. Este tipo de daño se relaciona con el menoscabo que sufre una persona a nivel sentimental, emocional, psicológico, espiritual, derivado de un hecho lesivo.

El daño moral puede recaer sobre la víctima del ilícito, denominado damnificado directo, ó sobre terceras personas que puedan verse afectadas por el daño producido al principal, es decir, los damnificados indirectos.

En la redacción originaria del art. 1078 del Código de Vélez Sarsfield, el resarcimiento por daño moral solo podía solicitarlo la víctima de un hecho ilícito ubicado dentro del Derecho criminal. Como dicho art. quedó desactualizado, fueron surgiendo diversos proyectos de reforma en lo que a este tema se refiere.

En el año 1968, por medio de la ley n° 17.711, se modificó ampliamente la norma en cuestión, en la cual se incluyó a los herederos forzosos, como legitimados activos para reclamar resarcimiento por daño moral, en caso de fallecimiento del principal. La expresión herederos forzosos, produjo controversia a nivel doctrinario y jurisprudencial con respecto al alcance de la misma. Así, se sostuvo que herederos forzosos son los ascendientes, los descendientes y el cónyuge.

Encuentro a este art. un tanto restrictivo y limitativo, dado que el mismo excluía a otras personas que también podían verse afectadas por la muerte del principal. A su vez, debo destacar que situaciones tales como el estado vegetativo, la cuadriplejía, enfermedades terminales, entre otros, también pueden producir un daño en el proceder cotidiano de una persona, no solo la muerte del ser querido.

Al respecto, los tribunales se fueron pronunciando en diversos fallos declarando la inconstitucionalidad del art. 1078 del CC, otorgándole así, legitimación activa a los concubinos y hermanos del fallecido. Estos supuestos, al ser excluidos por la letra de la norma en cuestión, constituyeron una constante vulneración a los preceptos constitucionales y a los tratados internacionales con jerarquía constitucional, tales como el principio de igualdad, el principio de no dañar a otro, la protección integral de la familia, entre otros.

El tan controvertido art. 1078 quedó desactualizado en una sociedad como la nuestra, en la cual el concubinato prima sobre el matrimonio, donde también muchas veces son otras las personas que quedan a cargo de menores, cuando los progenitores no están, como son los casos de los hermanos mayores, tíos, entre otras personas.

Así, en agosto del año 2015 entró en vigencia la ley 26.994 con el denominado Código Civil y Comercial de la Nación, el cual modificó sustancialmente la legitimación activa para interponer acción por daño moral.

En el art. 1741 del nuevo cuerpo normativo, se halla el punto en cuestión, el cual establece: "...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..." (Art. 1741 CCyC.)⁷⁶

Con la reforma llevada a cabo se amplió la posibilidad de interponer acción por daño moral, tras la cual, considero, que los principios de justicia, equidad y buena fe, quedan plasmados y quienes realmente se vean afectados por el ilícito causado al principal, puedan ser resarcidos.

Por su parte, el art. también incorporó la posibilidad de reclamar daño moral, en el supuesto en que el damnificado directo sufra gran discapacidad, tornándose indispensable la presencia de otra persona para que éste pueda subsistir.

Sobre el alcance de la expresión "trato familiar ostensible", la misma genera un problema de interpretación dado que su aplicación contiene cierto grado de indeterminación en cuanto a los casos a los que se aplicará. Si bien aún la jurisprudencia es escasa, pero tras un profundo estudio llevado a cabo en relación a la opinión doctrinaria, diré que la misma alcanza a aquellas personas con las que la víctima convivía y tenía una relación de índole familiar. Es decir, no es necesario existencia de vínculo sanguíneo, pero sí una relación en la que el lazo afectivo sea de carácter tal, que quien se considera damnificado indirecto realmente lo sea y esté en condición de reclamar.

Habrà que esperar el pronunciamiento de los tribunales al respecto.

⁷⁶ Art. 1741 CCyC.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DOCTRINA:

- Becerra Ferrer, G. y otros. (1998). *Manual de Derecho Constitucional, Tomo I (2° ed.)*. Córdoba: Advocatus.
- Bueres, A. J. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado, Tomo II*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Bustamante Alsina, J. (1997). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Fanzolato, E. I. (2007). *Derecho de Familia. Tomo I*. Córdoba: Advocatus.
- Ferreyra de de la Rúa, A. y Rodríguez Juárez, M. E. (2004) *Manual de Derecho Procesal Civil, Tomo I*. Córdoba: Alveroni.
- Herrera, M y otros. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires: Infojus.
- Juárez Ferrer, M. (2015). *El derecho constitucional a la reparación integral: Análisis a través del nuevo Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Lorenzetti, R. L. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tomo III*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Lorenzetti, R. L. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tomo VIII*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Mosset Iturraspe J. y Piedecabras M. A. (2016). *Responsabilidad por daños, Tomo V*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Orlandi, O. y otros. (2016). *Manual de Derecho de las Familias según el Código Civil y Comercial de la Nación*. Córdoba: Mediterránea.
- Ossola, F. A. (2016). *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Pizarro, R. D. y Vallespinos, C. G. (1999). *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones. Tomo III*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Pizarro, R. D. (2004). *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Pizarro, R. D. y Vallespinos, C. G. (2014). *Compendio de derecho de daños*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Rivera, J. C. y Medina, G. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo IV*. Buenos Aires: La Ley.

- Yuni, J. y Urbano, C. (2006). *Técnicas para investigar*. Vol. 1 (2° Ed.). Córdoba: Brujas.
- Zavala de González, M. (2006). *Indemnización del daño moral por muerte*. Rosario: Juris.
- Zavala de González, M. M. (2010). *Daño moral por muerte*. Buenos Aires: Astrea.
- Zavala de González, M. M. y otros. (2015). *Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Zavalía.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

LEGISLACIÓN NACIONAL:

- Código Civil de la República Argentina.
- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Constitución de la Nación Argentina.

JURISPRUDENCIA:

- CSJN, 26/08/1975, “Noya, Alfonso y otro c/ Provincia de Buenos Aires”. Fallos: 292:428.
- CSJN, 05/08/1986, “Gunther, Fernando R. c/ Estado Nacional”. Fallos: 308:1139.
- CSJN, 05/08/1986, “Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Ferrocarriles Argentinos”, Fallos: 308:1160.
- CSJN, 11/09/1986, “Montini, Julio c/Empresa Ferrocarriles Argentinos”, L. L. 1987-A-373, E. D. 123-491.
- CSJN, 07/04/1999, “Villalba, Julio Martín y otra c/ Provincia de Santiago del Estero y otro”. Fallos: 322:621.
- CSJN, 25/09/2001, “Ahumada, Lía c/Provincia de Buenos Aires” Fallos: 324:2984.
- CSJN, 21/09/2004, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.”, Fallos: 308:1167.
- CSJN, 24/02/2009, “Halabi, Ernesto c/ Estado Nacional”. Fallos: 332:111.
- CNACiv, 19/10/1990, “Escudero, José G. c/ Da Costa, Lauro A.”.

- CNACIV, 11/06/1997, “Piatti de Bentiboglio, Nelly J. c/ Broitman, Carlos”.
- CNACiv, 01/03/2000, Sala G, “S., E. y otros c/ Malaguero, Francisco y otro”. LL, 2000-D-818.
- CNACom, Sala D, 05/04/2005, “Martelli, Aldo y otras c/ El Rápido Argentino y otros”. DJ, 2005-2-822.
- CNACiv, Sala J, 13/02/2007, “Maiolino de Mastellone, Josefina M. y otro c/ Ballestrin, Claudio G. y otros”.
- CNACiv, Sala D, 20/09/2007, “Palma, Francisco y otros c/ Fonseca, Miguel Ángel y otros.”.
- CNACiv, Sala F, 24/08/2009, “Contreras Mamani, Gregorio y otros c. Muñoz, Cristian Edgardo y otros.”.
- CNACiv, Sala L, 15/10/2009, “L., S. y otro c/ Hospital Británico”.
- CNACiv, Sala M, 09/02/2012, “B., O. J. c/ V., R. o R. y otros”.
- C.J.S.J. 07/11/2014, “Rivero Daniela Mercedes y otra c/ Manrique Sergio Andrés y otros”.
- SCBA, 16/05/2007, “L.A.C y otro c/Provincia de Buenos Aires y otro”.
- STJCCiv Com y Lab, Sala I, 23/10/2007, “C., S. R. y otros c/ Moreno, Eduardo y otros”.
- TSJ, 27/10/1999, Sala Penal “Cagigal Vega, José A.”.
- CACiv y Com de Azul, Sala II, 17/12/2004, “G., J. D. y otra c/ Ibarra, Manuel y otros”. LLBA 2005-68.
- CACiv y Com de Bahía Blanca, 29/02/2000, “Porzio, Blanca B. y otro c/ Kim, Ung Ki”, LLBA 2000, 876.
- CACiv y Com de Junín, 27/11/2012, “Mourelle, Gustavo Alberto y otros c/ Semento, Oscar Omelio y otros”.
- CACiv y Com 2ª de Mar del Plata, 26/12/2007, “Camargo, Mónica y otro c/ Lima, Roberto y otra”.
- CACiv y Com de Mar del Plata, Sala II, 23/11/2004, “R.S.E. c/ Bustos, Esteban y otra”. LLBA 2005-134.
- CACiv y Com de la Matanza, Sala I, 19/02/2008, “Gómez, Lucía Beatriz y otro c/ Transporte Ideal San Justo S.A. y otro”. LLBA, 2008-422.
- CACiv y Com de San Isidro, 27/02/2007, “María R. c/ Witomski, Mario N. y otro.”.

- CA de Trelew, Sala A, 17/02/2016, “C., A. S. y otros c/ K. y C. S.A.”.
- CACiv y Com de Trenque Lauquen, 01/11/2005, “Méndez, Eduardo N. y otra c/ Municipalidad de Tres Lomas”.

OTRAS FUENTES:

- *Diccionario de la Real Academia Española (DRAE)*. (2014). Recuperado el 14 de Febrero de 2017, de Real Academia Española: <http://lema.rae.es/dle.rae.es/?id=RIawx64>
- Ley On Line: <http://www.laleyonline.com.ar>

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR
TESIS DE POSGRADO O GRADO
A LA UNIVERSIDAD 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>	Gallero Paula Cinthia
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	32.933.208
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	DAÑO MORAL “LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	paug_cba1987@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda)</i>	

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 toda la Tesis (Marcar SI/NO) ^{[1]77}	SI
Publicación parcial (informar qué 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 Posgrado de la Unidad Académica: _____
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

⁷⁷ [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.