

Los nuevos legitimados

La expansión de los legitimados activos
para el reclamo por consecuencias
no patrimoniales

DRA. MARIA CELESTE ROSSO

Jueza de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 1ª Nominación.
Venado Tuerto.

Consideración preliminar. Sin perjuicio de referir previamente que tal vez al tiempo de publicarse este comentario el nuevo código civil pueda estar ya en vigencia lo aquí tratado nace a partir de la interpretación del nuevo artículo que regula la cuestión de quienes son legitimados para reclamar por las consecuencias no patrimoniales (morales) de los hechos dañosos, y que ha de iniciarse teniendo en cuenta la redacción «histórica» de nuestro código y cómo la jurisprudencia fue de algún modo marcando, en cada caso concreto, la más justa interpretación a la luz de cada situación y/o caso traído a estudio.

En este sentido es importante destacar que toda reforma necesariamente implica un cambio y éste genera nuevas cuestiones que deberemos asumir desde la comunidad jurídica, y en definitiva desde la comunidad toda, ya que ley no rige sino la vida de todos los hombres, mujeres y niños que la conforman, y entonces así como hace algo más de cuarenta años recibimos la reforma de nuestro Código Civil por ley 17711 (Adla, XXVIII-B, 1810) y que entro en vigencia el 1/7/68 ahora estamos dando otro gran paso buscando adaptar el Código decimonónico a los tiempos actuales.

Al respecto y como dijo el Dr. Juan José

Casiello¹ «*nadie ignora que las leyes y los códigos se proyectan y se sancionan para regir la vida de los hombres de una determinada comunidad y en una determinada época, sin pretensiones de perpetuidad. Y ese es su objetivo, que atiende a una realidad para nada inmutable, sino cambiante como cambian las costumbres y la vida de los hombres a través de los tiempos. Las nuevas reformas, de esta manera, se van inconteniblemente sucediendo, y ello es una muestra, además, de la falibilidad y fugacidad de la obra humana, siempre perfectible en un camino de progreso que nunca terminará...»*

Así las cosas, en cuanto a la norma en cuestión, -art. 1078 del Código Civil²-, es de advertir, con el estudio de la jurisprudencia en torno del mencionado artículo y además por que no mencionarlo con la resolución de los casos traídos a estudio del Juzgado a mi cargo hemos vivenciado la alta necesidad de reforma a partir la severidad excesiva de circunscribir el derecho indemnizatorio por daño moral, literalmente, sólo al damnificado directo, y sólo en caso de muerte a los herederos forzosos.

**Artículo 1078 Del Código Civil
(Según Ley 17711- B.O.
del 26/04/1968)**

Problemática que generó. El absoluto y desmedido acotado margen de legitimación otorgada por la redacción de dicha norma indudablemente generó la ya referida proliferación de casos que debían resolverse previa declaración de inconstitucionalidad del artículo, por ser insuficiente en su enunciado para en definitiva «dar a cada a uno lo suyo».

Así lo consideramos porque ese texto brindaba un acotado margen a quienes podían constituirse en legitimados para lograr la reparación del daño no patrimonial padecido, y entonces debió necesariamente realizarse una interpretación que permitiera arribar a aquello que buscamos los magistrados al estudiar cada causa traída a resolver: la justa solución al caso concreto.

Surgió así fundamental el tema de la legitimación más allá de lo literalmente establecido por la ley, y para ello se dieron las respuestas jurisprudenciales.

Respuestas jurisprudenciales. A partir de tal «necesidad», en cuanto a que la letra de la ley, no brindaba la respuesta que jueces y justiciables pretendemos obtener para fundamentar las decisiones; y «peticionar» según sea el rol que asumimos en el proceso, nace la solu-

ción del caso más allá de lo que expresamente el artículo del código estableciera.

Además por supuesto de que dicha norma tiene ya más de 40 años y por ende, se dictó en una época distinta a la que hoy vivimos y como ya referenciamos ut supra es indispensable ir adaptando y adecuando las leyes a las nuevas realidades y necesidades de la gente destinataria de las mismas.

En este sentido fueron varios los casos jurisprudenciales resueltos «de espalda» a aquella acotada legitimación e inspirados en principios superiores tales como la reparación integral del daño y el derecho a una justa indemnización entre otros.

Es decir que «*de lege ferenda*», mediante la declaración de inconstitucionalidad se venía propiciando la modificación de la norma.

Así por ejemplo, en el famoso caso «Aquino»³ la CSJN declara la inconstitucionalidad del art. 39 inc. 1o de la ley 24.557. Y este caso es importante traerlo como referencia en tanto y en cuanto alude la Excm. Corte a pautas superiores que fundamentan y justifican el porqué de la reparación integral del daño, y además por haber sido un *leading case* en tal tópico.

El voto de la mayoría proclama: 1) El carácter constitucional del derecho a la reparación y el rango constitucional del principio «*alterum non laedere*», que prohíbe a los hombres dañar los derechos de un tercero, a la justicia social y a la dignidad humana. 2) Que la tutela de la dignidad humana se resiente gravemente, a través de indemnizaciones menguadas, ínfimas o de otras formas de «exclusión resarcitoria». 3) Que la exclusión y eximición de la vía reparadora que contiene el art. 39 inc. 1 de la Ley de Riesgos del Trabajo, mortifica el fundamento definitivo de los derechos humanos enunciados por la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En relación a este caso entonces surge a la luz que la Corte en definitiva formula una nueva «relectura» de esa norma -el art. 1078 Cód. Civil- en cuanto marcó que contiene una limitación en materia de legitimados activos que, en muchos casos, deviene lesiva para la garantía constitucional referida, ello porque estrictamente sólo legitima activamente por daño moral al damnificado directo y únicamente cuando a raíz del hecho éste hubiese fallecido, reconoce legitimación activa, *iure proprio*, a un elenco restringido de damnificados: los herederos forzosos.

Quedan, de tal modo, al margen de la legitimación activa y de la reparación, el perjuicio moral sufrido por damnificados indirectos cuando no sobrevenga la muerte del damnificado directo a raíz del hecho (el daño causado a los padres por una lesión discapacitante de un hijo, que lo reduce a un estado de vida vegetativa) y, en caso de muerte de la víctima, el de otras personas que no sean herederos forzosos (hermanos, concubina, novia, etc.), aun cuando puedan invocar un quebrantamiento espiritual, grave y relevante. ¿Es constitucional esa solución normativa, dada por el art. 1078 del Código Civil- ley 17711?.

Y ese análisis fue el hecho en ese caso como en tantos otros para llegar a la justa indemnización por el daño padecido.

De los precedentes surge como cual es el rango o jerarquía constitucional que nuestros Tribunales Superiores han dado al principio «*alterum non laedere*»; y como en casos concretos, al contraponerse con otras normas específicas (art. 1078 CC, art. 39 inc. 1o ley 24557), se ha declarado la inconstitucionalidad de las mismas.

Otro caso interesante.⁴

A raíz de un accidente en un jardín de infantes, un niño de cuatro años sufrió fractura nasal, reparable mediante sencilla intervención quirúrgica. Atendido en hospital público, fallas en el suministro de anestesia provocaron lesiones cerebrales. Quedó cuadripléjico y, en virtud de una incapacidad absoluta y permanente, requerirá ayuda de terceros hasta para actos elementales de la vida cotidiana, como alimentación e higiene; es decir, en condición de «gran invalidez»: privado de autonomía existencial por completo y para siempre.

En lo concerniente al presente comentario, es de reseñar en relación al caso que los padres accionaron por el daño moral experimentado por ellos.

La Cámara a quo admitió la pretensión, considerando inaplicables las restricciones establecidas en el art. 1078 del Cód. Civil, por encuadrar la responsabilidad como contractual y estimar viable lo normado en el art. 522 del Cód. Civil, que autoriza a los jueces a resarcir el agravio moral «de acuerdo con la índole del hecho generador de responsabilidad y circunstancias del caso».

En relación al caso comentado se expresaron consideraciones tales como la de Mosset Iturraspe que señaló: el «dolor de los padres» es innegable frente al «mal causado a sus hijos» y que son aquéllos «las verdaderas víctimas». Y aunque se teme una «catarata de reclamaciones» si se amplía la legitimación de damnificados indirectos (amigos, novios, socios, compañeros, etcétera), opina que esta preocupación debe ceder frente a situaciones gravísimas «como la de los padres, que requieren una respuesta justa»⁵.

También con aguda sensibilidad, observa Vázquez Ferreyra⁶ cómo inundan los tribunales reclamaciones de allegados a víctimas, incapacitadas a raíz de accidentes y que dependen de terceros por el resto de sus vidas, como las situaciones de personas que quedan cuadripléjicas: «los familiares directos, además del dolor propio de ver postrado el ser querido, experimentan otros perjuicios de significativo valor que inciden en el desarrollo de la propia vida. Ello por cuanto el ambiente íntimo familiar debe acomodarse a la nueva y triste realidad combinando el despliegue normal de actividades con el cuidado al hermano, padre, madre, etc., incapacitado». No obstante esos penosos cuadros —agrega— se tropieza

con la limitación del art. 1078 y sólo resta propiciar su reforma.

Otro caso atinente a la cuestión: la situación de la concubina.

Asimismo también mediante declaración de inconstitucionalidad de por medio se ha admitido y en el Juzgado a mi cargo por fallo 1330 del 10 de septiembre de 2009 en autos «Biancotto Cecilia c/Muerta Hugo Osvaldo y/u otros s/demanda por daños y perjuicios» Expte 458/2005 confirmado por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo civil, Comercial y Laboral de Venado Tuerto la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del CC, rechazando la falta de legitimación activa opuesta por la demandada, frente al reclamo de la concubina de quien había fallecido como consecuencia de un accidente de tránsito.

En ese caso en análisis se advirtió la verdadera inconsecuencia en conferir acción a todos los damnificados indirectos si se trata de perjuicios patrimoniales (art. 1079 Código Civil) y circunscribirla sólo a algunos cuando el perjuicio es moral (art. 1078 Código Civil), máxime cuando éstos pueden haber sufrido serios males existenciales a partir de una muy intensa relación con la víctima.

Asimismo se hizo incapié en que había también que partirse del «paulatino reconocimiento que viene teniendo el status de la concubina en cuanto al reclamo del daño patrimonial sufrido a consecuencia de la muerte de la pareja, tanto sea a título indemnizatorio como provisional, y en cuanto a extensión de la obra social, derecho a continuar la locación de la vivienda, etc. etc.»⁷.

Además también se fundó el fallo en el valor justicia expresándose que parece justo que, tratándose de la muerte de la persona con quien se ha estado unido por lazos de afecto, el daño moral y la consecuente indemnización pueda ser presumido en caso de matrimonio y negado a quien, por no mediar la institución matrimonial, se encuentra en iguales condiciones de convivencia estable y de formación de la familia. Esto sin perjuicio de considerar también la Suscripta, con referencia a la encíclica *Gadium Et Spes*⁸ en ese fallo que «...todos los que influyen en las comunidades y en los grupos sociales, deben cooperar eficazmente a la promoción del matrimonio y de las familias. El poder civil debe reconocer su verdadera índole, protegerla y promoverla, defender la moralidad pública y favorecer la prosperidad doméstica: es su misión sagrada...Mediante legislación

adecuada y con otras iniciativas, sean también asistidos y ayudados aquellos que desgraciadamente carecen del bien de una familia».

En tercer lugar el argumento que fundó la decisión (de admitir la legitimación de la concubina) fue porque «el rechazo indemnizatorio, parecía más a una sanción a la concubina que de hecho no la tiene –la convivencia sin matrimonio– que una adecuada respuesta en orden al derecho de daños [Confr. Arts. 18 y 19 C.N.]».

En cuarto lugar porque la limitación, pretendida por la demandada choca con el criterio imperante en materia de daños –reparación plena integral de quien ha sufrido un daño injusto, que se encuentra profusamente abonado en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia, a partir de inequívoca normativa: arts. 1068, 1069 y concordantes del CC.

En quinto lugar, porque la finalidad de la ley de restringir el cupo de legitimados, atendible *prima facie* para no multiplicar el número de los reclamantes comprendidos en la aflicción, no puede llegar al extremo de desconocer el explicable dolor de quién, al igual que el cónyuge superviviente, también ha visto zozobrar su patrimonio espiritual, con clara afecta-

ción de los valores paz, seguridad, tranquilidad y en definitiva justicia.

Por todo ello se rechazó la excepción de falta de legitimación activa interpuesta por la demandada, y se hizo lugar al reclamo declarando la inaplicabilidad de la limitación dada por la letra del art. 1078 del CC, por ser lesivo de derechos fundamentales y garantías de raigambre constitucional, como lo son la protección integral de la familia y la igualdad ante la ley, en la certidumbre de que la muerte del compañero ha conculcado en la concubina un derecho legítimo, proveniente de su emplazamiento existencial y suficientemente acreditado a partir de la relación estable y prolongada mantenida con la víctima.

Y en este punto de la acreditación de la relación estable que se origina al demostrar el alegado concubinato, también es de destacarse que desde la Excma. Cámara Civil, Comercial y Laboral de Venado Tuerto recientemente [Acuerdo del 14 de marzo de 2013 en autos «Cisnero Jorgelina Soledad c/Presecan Valentin s/ Juicio ordinario»] se ha delineado que es muy importante- para admitir esa situación invocada de concubinato que entonces de acuerdo al precedente referido otorgaría legitimación al accionante-,

que haya clara prueba al respecto.

Así, sostuvo el vocal Dr. Juan Prola «...a circunstancia de tener un hijo en común no autoriza a presumir el concubinato y la simple declaración jurada ante un Juez comunal, o ante quien sea, es insuficiente para tener por acreditada la relación de concubinato invocada, pues no deja de ser una expresión de voluntad unilateral de la persona que se beneficia con la misma. Y además, no podemos dar valor a los testigos que aparecen declarando en el instrumento, toda vez que se trata de declaraciones tomadas fuera del proceso y sin que la contraria tenga posibilidad de controlar su producción. Dado que todo juicio es, por naturaleza, un ámbito de debate y posibilidad de contradicción, darle valor a una prueba así sería violentar el principio de bilateralidad de todo proceso y lesiona el derecho de defensa de la contraparte...»

Además expresamente aclara el primer voto, al cual adhieren los demás integrantes de la Cámara: «...puesto que los rubros que reclaman están previstos por la ley sólo para la cónyuge y se extienden también a la concubina por interpretación judicial; luego, la actora debió ser muy puntillosa en su actividad probatoria y generar prueba diáfana para

demostrar la existencia de la relación de concubinato...».

De esa manera entonces se delimita y aclara cómo ha de interpretarse y justificarse la calidad de concubino para alegar la legitimación que se invocara.

Jurisprudencia Superior. La Corte de Buenos Aires enunció directamente rotundos argumentos que apoyan la inconstitucionalidad del sistema dado originariamente por el art. 1078 CC, sintetizables de la siguiente manera:

a) La arbitraria discriminación de los damnificados indirectos morales (art. 1078), en comparación con los patrimoniales (art. 1079), transgrede la directiva de trato igual para los iguales (art. 16, Const. Nacional).

b) La violación del principio que prohíbe dañar injustamente a terceros (art. 19, Const. Nacional) debe aparejar, como lógica derivación, una reparación plena o integral.

c) A tal efecto, basta un perjuicio cierto y en relación causal adecuada con el hecho lesivo, sobre todo en supuestos de especial gravedad.

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

e) Las leyes reglamentarias del ejercicio de los derechos no pueden alterarlos (arts. 14 y 28, Const. Nacional), lo cual deja de respetarse si las restricciones son irrazonables, infundadas o arbitrarias, y carentes de validez axiológica en las circunstancias del caso.

f) Dichas conclusiones armonizan con atribuciones judiciales para jueces evitar desbordes litigiosos: constatando rigurosamente los presupuestos de la responsabilidad, marginando abusos (art. 1071, Cód. Civil) y, en su caso, morigerando equitativamente las indemnizaciones en consideración a la situación patrimonial del deudor (art. 1069, segundo párrafo).

La letra del artículo 1078 del Código Civil vs. la jurisprudencia: sin dudas originó varios intentos de respuesta legislativa:

Y entonces, en nuestro país el Proyecto de la Comisión designada por Decreto 468/92 previó por ejemplo para el caso

de supervivencia de la víctima que los jueces valorarían la procedencia de otros damnificados por daño moral, y en caso de fallecimiento legitimaba al cónyuge, descendientes, ascendientes y personas que convivían con la víctima.

El Proyecto de la Comisión de Legislación General legitima en caso de supervivencia de la víctima a padres, hijos y cónyuge; y en caso de muerte a los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos.- No se incluyen a las personas que convivían con ella.

El proyecto de reforma al Código Civil del año 1998, legitimaba en caso de gran discapacidad o muerte de la víctima al «cónyuge, los descendientes, los ascendientes, y quienes convivían con ella recibiendo trato familiar ostensible» (art. 1689), pero preveía también la facultad de los jueces de asignar legitimación a otros sujetos en los casos especiales que el «hecho tiene un grado de repercusión en el reclamante que excede del ordinario, habida cuenta de su vinculación con el damnificado y las demás circunstancias» (mismo artículo).- En este proyecto no se incluye expresamente a los hermanos, pero podrían incluirse en esta última previsión.

Luego ya ahora : el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto 191/2011, propone la redacción de un nuevo artículo, que en este caso es el art. 1741 (del Proyecto), referido a la indemnización de las consecuencias no patrimoniales.

Dice el nuevo artículo: «Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si el 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 convivan con aquél recibiendo trato familiar ostensible.- La acción solo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por este.- El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas».

Dada la respuesta legislativa a la necesidad emergente de la jurisprudencia que debió surgir al «margen» de la letra de la ley, no implica que no siga vigente la necesidad de interpretar adecuadamente la norma.

En esta tarea interpretativa, de ayer y de hoy, ha de resaltarse siempre las reglas con las que cuenta el operador de la ciencia jurídica y los principios rectores de tal labor.

Así, es fundamental una interpretación armónica de las normas jurídicas, fue necesaria antes con el antiguo artículo 1078 del CC y por qué no ha de seguir siendo pertinente hoy.

En ese sentido dicha interpretación exige referirse al art. 29 del C. Penal y al art. 1079 del C. Civil.

El art. 29 del Código Penal dispone que la sentencia condenatoria podrá ordenar «(...) la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba».

Ello significa que se ha dispuesto un marco más amplio, ya que a los fines de resarcimiento del daño moral se legitima a «la familia», lo que tiene una connotación más extensa que la de los «herederos forzosos».

Por su parte el art. 1079 del C. Civil, referido al daño patrimonial, legitima a

reclamar, «...no solo respecto de aquel a quién el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta...».

Aquí también existe una legitimación (referida al daño patrimonial) más amplia que la establecida para el daño moral.-

De allí que el art. 1078 del CC (viejo) no armonizaba con dichas normas.

Y por otro lado frente a la nueva redacción de la norma en análisis será sin dudas la interpretación judicial la que le brindará la aplicación razonable, y adecuada, otorgando en definitiva –y como siempre- legitimación a quienes sean acreedores de la indemnización reclamada.

Y en este punto, y dada la «respuesta legislativa» a la «necesidad jurisprudencial» planteada no puede soslayarse lo que ya se expresaba con anterioridad aún frente a limitación de legitimados que brindaba el 1078 del CC, en cuanto al «temor de proliferación de juicios».

Frente a esa línea podemos decir que dicho temor no luce razonable, porque los jueces han de interpretar las normas

no sólo de manera armónica con todo el sistema legal sino también con aquellos principios ya esbozados precedentemente y que con base fundamental en la razonabilidad de las normas han de brindar sin dudas una justa respuesta frente a las situaciones de conflicto.

Así ha sucedido, precisamente, con la interpretación del art.1079 CC en cuanto han sido los Juzgadores quienes han elaborado la doctrina de aplicación cuando se trata de los damnificados por daño patrimonial.- En ese entorno, la existencia de un daño cierto y la relación causal adecuada son suficientes para poner coto a la temida proliferación de juicios.-

Por otra parte, tal argumento cede indefectiblemente al estar en juego derechos y garantías constitucionales.

De allí que la actual jurisprudencia viene juzgando que el art. 1078 del Código Civil es inconstitucional, al confrontar materialmente con los arts. 16 y 19 de la Constitución Nacional, al dejar de tratar de un modo igual a los iguales en igualdad de circunstancias, al no cumplir con el mandato de no dañar a otro, y por resultar violatorio de los derechos humanos tutelados por los Tratados Internacionales incorporados a la C.N.

Fuera de ello, como vimos, también confronta con normas que si bien no tienen rango constitucional, sirven para ver claramente lo injustificado de la limitación en tratamiento, como son los arts. 29 del Cód. Penal y 1079 del Cód. Civil, que habilitan a otros damnificados.-

Además, por supuesto a los fines de una correcta interpretación de la ley, siempre han de tenerse en cuenta cuales son los conceptos básicos de los cuales ha de partirse en la tarea de desentrañar la pertinente aplicación.

Y en este tópico a estudiar es importante lo que consideremos que es el daño moral.

Al respecto mucho se ha dicho, pero podemos mencionar los que han tenido mayor aceptación en doctrina y jurisprudencia.

Así se ha dicho que es «...toda modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente, a consecuencia del hecho y anímicamente perjudicial...»⁹, o que es «...todo cambio disvalioso del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra...»¹⁰, o que es «...todo quebranto de la paz, la tranquilidad de espíritu, la

libertad individual, la integridad física, el honor y los más caros afectos...»¹¹.- No cabe duda que dentro de esos conceptos se encuentra un padre, un concubino o un hermano de una víctima con una gran discapacidad o fallecida, por ejemplo.

Pautas de interpretación dadas desde el derecho comparado.

También para desentrañar el sentido de nuestra norma puede ilustrarnos e iluminarnos las previsiones en otros sistemas normativos, puesto que en definitiva el fin último del derecho, aun en sistemas jurídicos distintos llega al mismo objetivo y/o finalidad por definición universal del fin de la justicia.

Así, en el sistema francés existe una interpretación amplia y flexible en torno a los legitimados al reclamo del daño moral.

Por ejemplo, en el caso de fallecimiento de la víctima se ha otorgado legitimación a los «parientes próximos», al novio o novia, a la concubina y a los amigos íntimos; tratándose de parientes próximos el menoscabo se presume, pero en los demás supuestos se exige una demostración de la entidad del daño.-

Por su parte, en el caso de supervivencia

de la víctima se ha reconocido daño moral en caso de detrimento espiritual grave y de carácter excepcional, siendo el primer antecedente en dicho sentido una sentencia de la Chambre Civile de la Cour de Cassation del 22 de Octubre de 1946.-

Y asimismo existen sistemas en los cuales se reconoce el daño moral «al cónyuge no separado judicialmente de persona o bienes, a sus hijos, otros descendientes, y a falta de estos a los padres y otros ascendientes, y a por último, a los hermanos o sobrinos que los representen» (Cod. Portugués, art. 496), o a «los parientes, afines o cónyuge» (Cod. Venezolano de 1942, art. 1196).

Y el Código Civil Peruano en su art. 1984 refiere al daño moral consistente en el «...menoscabo producido a la víctima o a su familia...».

Conclusión.

Teniendo en cuenta enseñanzas tales como la de Ricardo L. Lorenzetti, que tomando palabras de Ripert¹² nos dice que: «el derecho mira a la víctima, y ya no le interesa castigar, sino reparar»¹³, y eso se advierte recepcionado por la jurisprudencia que antiguamente meritaba el daño moral como una sanción impuesta

al victimario y actualmente a los fines de su estimación en dinero se lo tomo como resarcimiento a la víctima por su padecimiento moral, de modo que tiene claro carácter resarcitorio¹⁴, parece incorporado por esta nueva legislación que de alguna manera legitimó lo que la jurisprudencia venía admitiendo.

En definitiva es una concepción plena del «alterum non laedere» que permite reconocer como intereses jurídicamente protegidos, entre otros, el daño material sufrido por la concubina por la muerte de su compañero¹⁵, y también el daño moral¹⁶.

Lo mismo con el reconocimiento del daño moral a favor de los hermanos de la víctima fallecida¹⁷.- Y demás casos ya reseñados tu supra.

También es importante destacar y valorar los que han sido los **fundamentos del proyecto**. Siendo la base «la constitucionalización del Derecho Privado y del Derecho Civil».

Por supuesto que ello origina evidentemente la protección de la persona humana, la protección de la familia, la búsqueda de la igualdad real. Y entonces de algún modo se llega a un relato cíclico, puesto que son justamente esos

principios los inspiradores de la jurisprudencia surgida a partir de la exigua legitimación otorgada por la letra del art. 1078 del Código Civil (de la que solo esbozamos algunos casos importantes) y que ahora inspiraron esta nueva norma.

Y justamente los citados fundamentos al referirse a lo que hace a la ampliación de los legitimados para reclamar el daño no patrimonial dicen que se ha ampliado dicha legitimación «...teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales que acogen la visión constitucional del acceso a la reparación y la protección de la familia...».

Y siendo que el eje de la responsabilidad resarcitoria reside en el daño injusto y no en el origen del deber violado; de allí que las ventajas y las restricciones a la legitimación dada por la ley así como antes en base a principios constitucionales fue «dejada de lado» para poder dar el resarcimiento a quien debía recibirlo de igual manera ahora sin dudas ha de ser porque la ley se aplica necesariamente en base a la interpretación constitucional que de la misma hay que hacer.

Surge claro que la necesidad de la reforma arribada estaba, pues que ya casi nadie duda sobre la severidad excesiva de circunscribir el derecho indemnizatorio

por daño moral a la víctima inmediata, si sobrevive, y que ese derecho debe ser extendido, siquiera, a parientes cercanos a cuyo respecto es presumible un fuerte impacto emocional y descalabro vital por ataque a la incolumidad de aquélla.

De tal manera, el desamparo de hijos menores o disminuidos frente a severa incapacidad o injusto encarcelamiento de un progenitor: pueden reclamar contra el responsable por privación de asistencia material, y no de la espiritual que aquél también debía prodigar.

Igualmente, el cónyuge de quien ha sido afectado en su salud experimenta los avatares de la nocividad, en tanto «consorte» («quien comparte la misma suerte»).

La injusticia de la denegación indemnizatoria también resalta cuando se han afectado intereses sexuales o expectativas de procreación de aquél cuya incolumidad física no fue agredida (impotencia, esterilidad o contagio de enfermedad transmisible sexualmente).

Así, pues, resultaría absurdo que un cónyuge o concubino tengan legitimación para reclamar por gastos terapéuticos que pudo requerir el tratamiento de las

lesiones o por privación de asistencia material que prodigaba el incapacitado (art. 1079) y no, en cambio, por la alteración espiritual en la intimidad de una pareja, la posibilidad de tener descendencia o la ruptura del proyecto existencial que significa convivir para siempre con un inválido.

Se constata otra incoherencia a raíz de que un cónyuge tiene derecho a esgrimir daño moral por injurias al honor de su esposa (art. 1080), y no si ha sido violada sexualmente.

Entonces, aparece como altamente justificada y necesaria la reforma dada al art. 1078 para ampliar el elenco de legitimados, ahora nuevamente la tarea de los jueces al interpretar de manera justa y razonable la norma según las circunstancias del caso determinará el acierto en el nuevo texto. Es de concluir que hoy está esta nueva herramienta dada por el legislador, quien no sólo brinda la ley de fondo que son rige sino también, y por suerte –diría– los principios superiores que permiten dar a la ley la interpretación que el caso requiere para llegar a la justa solución del mismo. Y por eso que la correcta adecuación de la ley al caso, dada jurisprudencialmente, mostrará la justeza de la aplicación ■

¹ La Ley 28/11/2008. La Ley 2008-F,1289. Memorando la reforma de 1968.

² Art. 1078 Código Civil: «La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además, de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral solo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos».

³ LL 2004-F-90.

⁴ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde Publicado en: DJ 2007-II , 678 • LA LEY 07/09/2007 , 4 • LA LEY 2007-E , 334 • Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III , 229 -Fallo Comentado: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBuenosAires) ~ 2007/05/16 ~ L.A.C. y otro c. Provincia de Buenos Aires y otro.

⁵ MOSSET ITURRASPE, JORGE, «Daño moral a personas privadas de conciencia o razón. Los padres como damnificados indirectos», JA, 1992-IV-559.

⁶ VAZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., «El daño moral y los damnificados indirectos», JA. 1992-III-105 y ss.

⁷ Sup. Corte Bs. As. Ac. 75617, 19/2/2002, Ac. 79161 7/5/2003- publicado en JA 2005-IV-284)

⁸ Ediciones Paulina, Buenos Aires 1987, 1º Edición 13º reimpresión, p. 85

⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Resarcimiento de Daños, To 2, PÁG. 49 no 8.

¹⁰ SCBA, L58812, 25-3-97, «Obregón»; L65757, 23-2-00, «Villagrán».

¹¹ SCBA, 11-8-98, Saloña Miguel c/ Facchini de Silvi Eny, LLBA 1998-1370.

¹² GEORGES RIPERT, «El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno», PÁG. 266, Cajica, México, 1951.

¹³ LL 2003-A-973.

¹⁴ CSJN, Martínez Diego c/ Pcia. de Corrientes, Fallos 321:1117

¹⁵ CNCIV, en Pleno, 4-4-95, F., M.C. c/ El Puente S.A.T., LL 1995-C-642.

¹⁶ C 2a Civ. Y Com. de Mar del Plata, Sala II, 23-11-04, R., S.E. c/ BUSTOS ESTEBAN, LLBA 2005-133.

¹⁷ C Civ. Y Com. La Matanza, Sala I, 19-2-08, Gómez Lucía Beatriz c/ Transporte Ideal San Justo, LLBA 2008-422; C. Civ y Com. de Trenque Lauquen, 1-11-05, Mendez Eduardo c/Municipalidad de Tres Lomas, LLBA 2006-552.