



Autores: Galdós, Jorge Mario

Título: La legitimación de padres y hermanos por
daño moral en importante precedente

Galdós, J. (2014). La legitimación de padres y hermanos por daño moral en importante precedente. Responsabilidad Civil y Seguros, (V), p.95.

Documento disponible para consulta y descarga en la Biblioteca Digital y Repositorio Institucional de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. [<http://repositorio.scba.gov.ar>]

Consultas a repositorio@scba.gov.ar



Esta obra está bajo licencia 2.5 de Creative Commons Argentina. Atribución-No comercial-Sin obras derivadas 2.5

Galdós, Jorge M.

La legitimación de padres y hermanos por daño moral en importante precedente

Sumario: I. El caso y la solución.— II. El daño moral y los damnificados indirectos.— III. Criterios interpretativos.—IV. Consideraciones conclusivas

I. El caso y la solución

El destacado fallo de la sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, con primer voto del Dr. Oscar J. Ameal, reiteró su anterior doctrina y admitió la legitimación por daño moral de los padres y de la hermana de una niña fallecida, como damnificados indirectos, con sustento en lo previsto en los arts. 1068 y 1079, CCiv., prescindiendo de aplicar el art. 1078. Fundó esa interpretación en razones de justicia y equidad, sobre la base del principio de la reparación plena del daño moral y ante el grave y evidente dolor que produce el fallecimiento de una pequeña de 7 años tanto para los padres como para la hermana, de 5 años y que sobrevivió con una gran discapacidad superior al 90%. De ese modo, la importante sentencia (y limitado este comentario a la legitimación por daño extrapatrimonial) reconoció los siguientes daños resarcibles: 1) por la muerte de la menor (A. S. G. P de 7 años al momento del hecho, quien cursaba primer grado, estudiaba inglés, practicaba natación, gimnasia y hockey) \$ 150.000 para cada progenitor (el padre de 32 años, empleado y estudiante de Ciencias Económicas y la madre de 28 años, ama de casa) en concepto de daño patrimonial por la pérdida de chance de ayuda futura (el comúnmente denominado valor vida por la muerte del hijo menor); 2) \$600.000 también para cada padre y comprensivo del daño moral propio de cada progenitor por ese fallecimiento y por la gran discapacidad de la otra hermana (Z. B. G. P de 5 años y que cursaba la sala de 4 años) que sobrevivió con la mencionada y severa incapacidad de más del 90% de la T.O. Ello además de la suma de \$2.000.000 para la niña como daño patrimonial propio por esa grave secuela discapacitante. También reconoció para la menor (Z. B. G. P.) la suma de \$700.000 abarcativa del daño moral derivado de su padecimiento por sus graves lesiones y secuelas y del daño moral por el fallecimiento de su hermana. Se advierte entonces que se admitió la legitimación activa por daño extrapatrimonial para dos damnificados indirectos: para los padres por la gran discapacidad de la hija que sobrevivió (que —reiteramos— se cuantificó en la suma única de \$600.000 que incluye el daño moral por el fallecimiento de la otra hija); y para la niña con grave discapacidad \$700.000 por el fallecimiento de su hermana menor (que —también reiteramos— se cuantificó en esa suma única comprensiva de su daño moral por su propia incapacidad).

El pronunciamiento tiene marcada significación tanto por la solución a la que arriba (el reconocimiento de la legitimación por daño moral de los padres y de la hermana pese a la prohibición del art. 1078, CCiv.) como por los fundamentos que lo sustenta (que no corresponde aplicar esa norma y en cambio procede acudir al criterio general del art. 1079 que no tiene esa restricción). Por nuestra parte, destacando el esfuerzo argumentativo para llegar a esa forma de resolver el conflicto, compartimos el resultado final (la admisión de la legitimación por daño moral de los padres y, en este caso, de la hermana) pero por otro camino interpretativo. En efecto, creemos que la cuestión debe emplazarse en el supuesto de daño moral por ilícitos extracontractuales previsto en el art. 1078, CCiv., y que ante la evidente e injusta inequidad que resulta de la letra de ese

artículo —que no reconoce derecho resarcitorio por daño extrapatrimonial a los padres y a la hermana— corresponde acudir al "test de constitucionalidad" e inaplicar esa norma, pero mediante su previa declaración de inconstitucionalidad, la que en el caso había sido peticionada. Creemos que la injusticia que deviene de la norma que rige la cuestión sólo puede ser removida por su impugnación constitucional, que es el único arbitrio judicial que habilita a dejarla de lado. Esta es el criterio que hemos sostenido en anteriores oportunidades. El fallo dictado, su contenido y fundamentos, resulta propicio para reactualizar el análisis del tema. (1)

II. El daño moral y los damnificados indirectos

1. Las normas involucradas

El art. 1078, CCiv., confiere legitimación por daño moral únicamente a los damnificados directos; sólo en caso de muerte de la víctima directa admite como damnificados indirectos "iure proprio" a los "herederos forzosos". Actualmente prevalece la interpretación que sostiene que la referencia a los herederos forzosos del damnificado directo comprende no sólo a quienes tienen concreta vocación hereditaria al momento de la muerte del causante, sino también a los que resultan legitimarios potenciales, con vocación hereditaria eventual que podrían quedar desplazados en la sucesión del difunto, como es el caso de los padres por la muerte de sus hijos casados o con descendencia (art. 3576, CCiv.). Esta es la interpretación de la Corte Nacional (2) —criterio que reiteró al admitir el daño moral de los progenitores de la víctima además del daño moral del esposo e hijo menor (3)—, de la jurisprudencia plenaria de los tribunales nacionales (4), de la Suprema Corte de Mendoza (5), y de la Suprema Corte de Buenos Aires (6) También prevalece la opinión de que la restricción que excluye a los damnificados indirectos es inequitativa, arbitraria e irrazonable y los proyectos de reformas del Código Civil postularon su ampliación, receptando los reclamos de la doctrina. (7) Resulta contrario a la Constitución Nacional, y a los tratados internacionales con idéntica jerarquía, excluir anticipadamente supuestos en los que el daño extrapatrimonial o moral es evidente: por ejemplo para los padres en los casos de gran discapacidad del hijo que sobrevive, para el concubino o concubina por el fallecimiento de su conviviente, para el esposo o esposa por la afrenta sexual a su cónyuge: para los hermanos en caso de muerte (aunque, como veremos, el tema exhibe algunas singularidades).

El Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 amplía la legitimación de los damnificados indirectos —además del caso de muerte— al de gran discapacidad que se la otorga a "título personal, según las circunstancias, a los ascendientes, descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible" (art. 1740). Por su lado el Proyecto de 1998, de similares previsiones, era más amplio al admitir que "los tribunales tienen atribuciones para otorgar legitimación a otros sujetos", "en los casos especiales en los que el hecho tiene un grado de repercusión en el reclamante que excede del ordinario, habida cuenta de su vinculación con el damnificado y las demás circunstancias".

B. Por su parte el art. 1079, CCiv., se refiere, indistintamente, al damnificado directo y al indirecto, y el art. 522 referido a los daños morales contractuales alude al responsable, también sin formular distinguos entre la víctima inmediata y la mediata.

2. La arbitrariedad de la limitación del art. 1078, CCiv.

La doctrina y la jurisprudencia, desde hace tiempo, se viene ocupando activamente de la arbitrariedad e irrazonabilidad de la restricción legal del art. 1078, CCiv., y ha brindado numerosos fundamentos, especialmente al analizar los supuestos en los quienes reclaman son la pareja conviviente, los padres y los hermanos.

Sintetizando y sistematizando esos argumentos (8) se afirma que:

— La exclusión como titular de la pretensión resarcitoria por daño moral del damnificado directo si la víctima vive, y la limitación de los indirectos en caso de muerte sólo a los herederos forzosos, vulnera los principios de igualdad —art. 16, CN— de no dañar a otro, el de la indemnización plena e íntegra del daño injustamente sufrido —art. 19, CN— y discrimina a los víctimas indirectas morales, a quienes —en comparación con las patrimoniales en los que la legitimación es muy amplia (art. 1079, CCiv.)— se les deniega igual tratamiento, apartándose de los principios generales del derecho y de la equidad. Ello se evidencia muy claramente, por ejemplo, en el caso de fallecimiento del conviviente o para los padres ante la gran discapacidad del hijo que sobrevive o por la afrenta al honor o a su integridad sexual. También se somete a diferente tratamiento a las víctimas de los daños morales contractuales, dado que el art. 522, CCiv., no reitera la restricción que sí tiene el art. 1078 para los legitimados por daños extracontractuales.

— La tutela de la integridad psicofísica de la persona humana tiene jerarquía constitucional y está protegida por los tratados internacionales de idéntico linaje (art. 75, inc. 22, CN y Convención Americana de Derechos Humanos) y las leyes reglamentarias no pueden alterar ni suprimir esos derechos (arts. 14 y 28, CN) estableciendo diferenciaciones arbitrarias y restricciones injustas carentes de sustrato axiológico.

— Los adherentes a la postura restrictiva sostienen que la ampliación de la legitimación por daños morales altera la seguridad y la previsibilidad jurídica al ensanchar desmedidamente los habilitados para reclamar, lo que daría lugar a una "catarata de damnificados" o "a un semillero de juicios" (otros parientes, vecinos, amigos, socios, etc.), aumentando la litigiosidad, sobrecargando a los tribunales e indemnizando consecuencias dañosas muy extendidas, desconociendo que la legitimación por daños es una decisión de política legislativa. Estos argumentos son respondidos afirmándose que la indemnización del daño requiere la existencia de un perjuicio cierto que tenga adecuada relación causal con el hecho nocivo, lo que descarta que se puedan avalar supuestos de daños ficticios, irrisorios o con relación causal más bien difusa. (9) No debe confundirse la legitimación por daño moral, que debe equipararse a la patrimonial (la que en el derecho comparado, por caso en Francia, no ha dado lugar a mayores problemas) con la prueba concreta del daño porque el damnificado indirecto debe probar el perjuicio espiritual extrapatrimonial que debe ser significativo. Por otra parte debe mirarse a la víctima y no al dañador y no se afectaría el desenvolvimiento económico normal ya que hoy está muy difundido el seguro para afrontar los daños y además los damnificados indirectos acumularían sus pretensiones a las del directo, en el mismo expediente y con sentencia única, lo que no gravitaría en contra del funcionamiento de la justicia.

III. Criterios interpretativos

En la doctrina y jurisprudencia se desarrollaron distintos criterios para superar la injusta previsión restrictiva del art. 1078, CCiv., y las dos más difundidas, que centran su interpretación en esa norma, son: 1) la tesis que postula prescindir de aplicar el artículo citado y acudir en su reemplazo al art. 1079, CCiv., (que es la sostiene el fallo); y 2) la declaración de inconstitucionalidad del citado art. 1078. A ellas se añaden otras interpretaciones: 3) la tesis del art. 522, CCiv.; 4) la tesis del damnificado directo; 5) la tesis de las distintas etapas y 6) la tesis de la autonomía de los daños a las personas. (10) Veamos someramente los fundamentos de las diversas posiciones.

A. La tesis de al art. 522, CCiv.

Esta posición se ha desarrollado particularmente para dar respuesta al caso del daño moral de los padres por la mala praxis médica del hijo que sobrevivió. En general prevalece la opinión de que la acción de los progenitores de un paciente contra el médico y la clínica es extracontractual, por lo que "aun cuando la víctima y el posible causante del daño pudiera haber estado vinculada por un contrato y su deceso puede ser consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de éste último, la acción de los herederos es iure proprio y extracontractual". (11)

Empero, una posición sostiene que debe acudirse al art. 522, CCiv., en algunos supuestos de responsabilidad médica. Por ejemplo, se resolvió (en un voto en disidencia) que era arbitraria la sentencia que denegó el daño moral de los padres reclamado por derecho propio y por el incumplimiento del contrato de servicios médicos si sólo se tuvieron en cuenta las normas de la responsabilidad extracontractual y no las contractuales mencionadas en la demanda. (12) En igual sentido una jurisprudencia más antigua reconoció en la órbita contractual legitimación a la madre por su perjuicio extrapatrimonial, además del acordado al menor, por su discapacidad (un cuadro de oligofrenia) en un supuesto de responsabilidad médica (13); se admitió de modo excepcional el daño moral de la progenitora que padeció "uno de los máximos dolores al alumbrar un bebé discapacitado" y por la "directa afectación de sus aflicciones legítimas"(14); se lo concedió a los integrantes de una familia cuya hija menor había sido sustraída de la maternidad reconociendo que el grupo familiar en su conjunto se había visto afectado. (15) Con fundamento en el art. 522, CCiv., y por la incapacidad total provocada a la menor recién nacida, se les concedió indemnización por daño moral a la madre y a la hija, entendiendo que ambas son damnificadas directas. (16)

Este punto de vista es objetado por la opinión que afirma que la exclusión de los damnificados indirectos del art. 1078, CCiv., rige también para la responsabilidad contractual aún cuando el art. 522, CCiv., no remite a él directa y expresamente. Se argumentó que "el art. 1078, CCiv., es aplicable por analogía a los supuestos del art. 522 pues no hay razón para ampliar la legitimación en la responsabilidad contractual cuando, por el contrario, la extensión del resarcimiento es más acotada que en el ámbito aquiliano (17); con ese fundamento se desestimó la legitimación de los padres por resultar víctimas indirectas, pero se ordenó oficiar al Ministerio de Justicia para poner en conocimiento la necesidad de la adopción de las medidas necesarias para la sanción de una ley que permita ampliar la legitimación activa. (18)

Este criterio dirimente de emplazar algunos casos, especialmente de mala praxis médica, en el art. 522, CCiv., es un arbitrio interesante para quienes sostienen que la limitación de los damnificados indirectos del art. 1078 no rige por analogía cuando se aplica la responsabilidad contractual porque el citado art. 522 no distingue entre víctima directas e indirectas.

En la actualidad se registra una tendencia jurisprudencial que en materia de responsabilidad médica extiende la legitimación de los padres por el daño moral propio que sufren a raíz de la atención de sus hijos menores, por vía del citado art. 522, CCiv. Se dice que cuando los padres contratan los servicios médicos y asistenciales para sus hijos menores no actúan sólo como representantes de sus hijos, sino a título personal, tratándose de una estipulación a favor de terceros o de un contrato que contiene una estipulación por lo que están habilitados para reclamar a título propio el resarcimiento de los daños y perjuicios provocados por el incumplimiento contractual, tanto los que afecten a la salud del hijo menor, si continuara con vida, como los daños que sufra personalmente el estipulante por la muerte de aquél". (19) Este enfoque es sostenido por la Suprema Corte de Buenos Aires (20) y por otros tribunales bonaerenses. (21)

B. La tesis del damnificado directo

Esta posición, a la que también se hace referencia en el voto del Dr. Ameal, fue sostenida por la minoría en un destacado precedente judicial de la Suprema Corte de Buenos Aires que resolvió que los padres son damnificados directos en caso de gran discapacidad del hijo que sobrevivió a una mala praxis médica. Adujo que sufrieron "ellos mismos en sus afectos, de modo inmediato; damnificado directo es el que por sí mismo sufre el daño moral, sin intermediarios, el directamente lastimado o mortificado". (22) En ese antecedente otro juez, integrando la mayoría, hizo referencia al criterio predominante en la materia y con remisión a la doctrina mayoritaria destacó que "damnificado directo es la persona que sufre un daño en calidad de víctima inmediata del suceso; damnificados indirectos son los demás sujetos distintos de la víctima inmediata que también experimentan un perjuicio a raíz del hecho; es quién lo sufre por vía refleja". (23) También se acudió a ésta posición en un voto más reciente del recordado Dr. Jorge Mayo. (24)

C. La tesis de las distintas etapas

En otra ocasión un voto en minoría receptó una postura amplia, que no registra mayor acogida en los repertorios jurisprudenciales, y que a fines de juzgar la legitimación activa de los damnificados indirectos distingue dos etapas: antes y después de la muerte de la víctima. En ese antiguo precedente se admitió el daño moral de los padres en ambos supuestos ponderando: en la primera etapa —coetánea y posterior al accidente— el daño extrapatrimonial de los progenitores se funda en que el hijo —que sufrió graves padecimientos en razón de su gran discapacidad— requiere de la atención de ellos. En la segunda etapa, la que sobreviene a la muerte del causante, rige el art. 1078, CCiv., que es el único supuesto previsto legalmente en el que la legitimación nace ipso iure en cabeza de los herederos forzosos como damnificados indirectos. Se argumenta que "no hay norma sino desde la fecha de la muerte lo que no empece considerar las circunstancias dolorosas vividas por los padres en la etapa que le precedió". (25)

E. La tesis de la autonomía de los daños a las personas

Una línea interpretativa considera que los daños a las personas constituyen una tercera categoría de daño autónomo, que se acopla o suma al daño material y al moral. De este modo, y partiendo de esa autonomía del daño moral, se afirma que la restricción del art. 1078, CCiv., está limitada al daño moral en sentido estricto, como equivalente al dolor, y los restantes padecimientos extrapatrimoniales tendrían independencia y están comprendidos en la legitimación amplia del art. 1079, CCiv. Esta posición hermenéutica en nuestra opinión carece de base normativa en el ordenamiento legal argentino. (26)

F. La tesis del fallo. Acudir al art. 1079, CCiv., e inaplicar el art. 1078 sin declaración de inconstitucionalidad

Esta postura es sustentada por los jueces que integran la sala K de la Cámara Nacional, Dres. Oscar J. Ameal, Carlos A. Domínguez y Lidia B. Hernández, aplicada en el fallo en comentario y en anteriores antecedentes. Ese tribunal había resuelto que "el reclamo formulado por los progenitores resulta procedente en función de su condición de damnificados directos que, según el art. 1079, CCiv., reclaman un daño propio" y que resulta injusto excluirlos "ya que el daño moral de los damnificados indirectos puede ser mayor cuando sobrevive la víctima que cuando fallece". (27)

Con similares fundamentos reconoció la legitimación de la concubina entendiendo que "procede otorgar una indemnización en concepto de daño moral pues siendo que el sufrimiento espiritual sufrido por la pérdida de su compañero resulta innegable, negar tal reparación en virtud de una interpretación literal del art. 1078, CCiv., resultaría inequitativo y contrario a los preceptos constitucionales de protección integral de la familia, reparación integral del daño y razonabilidad". Argumentó que "la legitimación que se le reconoce para reclamar el daño patrimonial explica desde el punto de vista axiológico la arbitrariedad de negarle el daño moral (art. 1079, CCiv.)" Así, y sin declarar la inconstitucionalidad del art. 1078, CCiv., se otorgaron por daño moral \$40.000 a la concubina (de 36 años) y \$60.000 a la hija del causante (de 7 años) además del resarcimiento del daño material por valor vida en \$80.000 y 120.000 respectivamente. (28) En otro caso parecido también admitió el reclamo de la concubina con sustento "en una interpretación amplia del art. 1079, CCiv., como damnificado indirecto, pues ha quedado acreditada su convivencia con la víctima, y no existe norma como el art. 1078, CCiv., que restrinja la legitimación, siendo materia sometida a la interpretación judicial". Se le otorgaron por daño moral \$45.000 y \$12.000 a cada uno de los dos hijos, además del rubro valor vida, cuantificado en \$80.000 y \$10.000 para aquellos y para la conviviente, respectivamente. (29)

Igualmente esta base interpretativa dio apoyatura al reconocimiento del resarcimiento por daño moral de la madre por la incausada negativa del padre en reconocer el vínculo biológico con el hijo, además de la procedencia del daño propio del niño. (30)

En definitiva: la singularidad de este criterio radica en que acude derechamente como norma de apoyo de la legitimación por daño moral al art. 1079, CCiv., dejando de lado (inaplicando) el art. 1078, CCiv., aunque sin declarar su inconstitucionalidad.

G. La tesis de la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078, CCiv.

Siguiendo a la doctrina que entiende que sólo se puede dejar de lado la aplicación de la ley que rige en el caso mediante la declaración de inconstitucionalidad (31), prevalece en la doctrina y jurisprudencia el criterio que sostiene que el mecanismo conducente e idóneo para prescindir del art. 1078, CCiv., es la declaración de su inconstitucionalidad, sea de oficio o a pedido de parte. (32) Puede afirmarse que ésa es la posición predominante y funda su conclusión en las razones y fundamentos ya citados (supra punto II, 2). (33)

Empero cabe formular algunas distinciones.

Por un lado, una sólida corriente entiende que la exclusión de los damnificados indirectos, en principio, en sí misma y a priori, es inconstitucional aunque se diferencian las situaciones de las distintas víctimas indirectas, y sus realidades existenciales y vivenciales. (34) Otra postura, que podría calificarse de intermedia —y en la que nos enrolamos—, sostiene que frente a la regulación legal no puede afirmarse siempre una inconstitucionalidad in abstracto y que corresponde discriminar las distintas situaciones del damnificado, las concretas circunstancias del caso, distinguiendo entre legitimación y prueba. (35) A este criterio hemos adherido antes. (36)

El art. 1078, CCiv., es la norma específica que regula en particular el daño extrapatrimonial y esa especificidad desplaza la vigencia del art. 1079, CCiv., que prevé el principio general del damnificado indirecto para el daño material. A esta corriente de pensamiento se adscribe la opinión actual de Calvo Costa, Benavente, Kemelmajer de Carlucci y Frúgoli. (37)

En la jurisprudencia se verifica un interesante casuismo que ha habilitado a los damnificados indirectos. Nos centraremos en la legitimación de los padres y hermanos.

1. La legitimación de los padres

En un leading case resuelto por la Suprema Corte de Buenos Aires, que mereció la aprobación de la doctrina, se admitió la legitimación de los padres. (38) La mayoría decidió que "procede declarar de oficio, y para el caso, la inconstitucionalidad del art. 1078, CCiv., en cuanto deniega a los padres —como damnificados indirectos— la legitimación para reclamar el daño moral por la incapacidad total y permanente de su hijo menor. Se trata de un supuesto de incompatibilidad material entre la norma inferior (arts. 1078 y 1079, CCiv.) y la norma superior (art. 31, CN), al establecer la primera una diferenciación para la categoría de damnificados indirectos que no es razonable, pues si el daño es moral carecen ellos de la legitimación que sí se les concede cuando el daño sufrido es patrimonial (arts. 1078 y 1079, CCiv.)". (39)

En igual sentido la Cámara de Apelaciones de Mercedes otorgó en concepto de indemnización por daño moral \$70.000 para la madre y \$ 50.000 para el padre, en un caso en el que sobrevivió el hijo. (40) Del mismo modo la sala 3ª de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal sostuvo que "es inconstitucional el art. 1078, CCiv., en cuanto establece que la acción por indemnización del daño moral solo competará al damnificado directo, al no permitir a los padres el resarcimiento por la angustia y dolor sufridos por su hijo nacido pretérmino severamente incapacitado a causa del accionar médico". (41) Por su lado la sala L de la Cámara Nacional Civil, tras declarar de oficio la inconstitucionalidad del art. 1078, CCiv., concedió \$100.000 a cada uno de los padres

por el daño moral causado por la incapacidad total de su hija debido a una mala praxis médica. (42)

También la sala F admitió la legitimación de la madre para reclamar el daño moral personal, por la mala praxis en el parto y a raíz de la cual la hija quedó en estado vegetativo (además de los daños patrimoniales, y del daño moral y material de la niña), desestimando con apoyo en el art. 1078 el daño moral de los hermanos por ser damnificados indirectos (voto Dr. Zannoni). (43)

En otro antecedente la sala H denegó el daño moral a los padres y hermanos de un hijo nacido con parálisis cerebral fruto del sufrimiento fetal ocurrido en el parto, pues sin perjuicio de la angustia y desazón de esos familiares, el art. 1078, CCiv., no les confiere legitimación y no se encuentran comprendidos en las situaciones de excepción prescriptas por el art. 1080, CCiv. (44) La Corte Suprema dejó sin efecto esa parcela del fallo (45) y se dictó nuevo pronunciamiento a través de la sala H, con primer voto del destacado Dr. Jorge Mayo. Se sostuvo —por mayoría— que procede otorgarles una indemnización por daño moral a los padres de un menor que sufrió una lesión al nacer que le causó un daño físico, "pues toda la vida familiar, en especial la relación parental, se encuentra trastocada por este infortunio ya que desde el nacimiento, sus padres no pudieron gozar de la vida plena del niño que a consecuencia del ilícito padece una incapacidad total con trastornos mentales severos y limitaciones físicas absolutas, y en el futuro tampoco podrán hacerlo". Empero es interesante el argumento decisorio ya que la mayoría consideró aplicable el art. 1078 y que los padres son damnificados directos: "los padres son damnificados directos del daño moral cuando un hijo ha sufrido una lesión o accidente que le ha causado un daño físico y/o psíquico irremediable (permanente) en tanto se ha afectado inmediatamente su situación parental de goce de la relación de la vida con un hijo normal, con la notoria lesión de sus sentimientos espirituales. Pero, claro está, la acción no puede ser reconocida libremente: se requiere la existencia de un vínculo familiar igual al del supuesto de la muerte de la víctima, esto es el de heredero forzoso, por aplicación extensiva de la establecido para el primer caso, pues no podría haber más legitimados cuando la llamada víctima inmediata sobrevive cuando muere". Se otorgaron \$100.000 para cada padre. (46)

En cambio otros tribunales desestimaron el daño moral de la madre por la incapacidad del 65% de la hija derivada de un accidente de tránsito "por considerarse que al no haberse pedido la inconstitucionalidad del art. 1078, CCiv., la limitación que este establece en cuanto a los legitimados activos no puede ser desplazada". (47)

La sala I de la Cámara Nacional en lo Civil desestimó la pretensión de los padres que no son damnificados directos en los términos del art. 1078, CCiv., (48) y en varios precedentes la sala A, por mayoría, sostuvo que los terceros que pueden resultar dañados como consecuencia de un hecho ilícito carecen de acción por daño moral, que en los casos juzgados no mediaban motivos para sostener la declaración de inconstitucionalidad, la que es la ultima ratio del orden jurídico. En minoría el Dr. Sebastián Picasso se pronunció por la declaración de inconstitucionalidad ya que sostiene el art. 1078 es incompatible con la Constitución Nacional. (49)

En situación análoga a la del daño moral padecido por los padres en caso de discapacidad severa del hijo, se encuentra el sufrido por la hija por la gran discapacidad de la madre, en supuesto fáctico receptado judicialmente. (50)

2. La legitimación de los hermanos

A. La orientación jurisprudencial de las salas A y G de la Cámara Nacional Civil pregona que "debe desestimarse la indemnización que en concepto de daño moral pretende recibir el hermano de la víctima que falleció en un accidente de tránsito, pues aquél no reviste el carácter de heredero forzoso del occiso, condición requerida por el art. 1078, CCiv., para la procedencia del resarcimiento". (51) También la Cámara de Apelaciones de Trelew rechazó el reclamo de los hermanos que no son herederos forzosos, fallecidos en accidentes de tránsito. (52)

En esa tendencia se sostiene que la vocación hereditaria de las hermanas del causante debe supeditarse a la de sus progenitores pues por aplicación del art. 1078, CCiv., porque la acción por indemnización del daño moral sólo compete a los herederos forzosos. Por ello se rechazó ese rubro para las hermanas. (53)

En cambio la sala F de la Cámara Nacional Civil se pronunció por la tesis contraria y declaró la inconstitucionalidad del art. 1078, CCiv., en cuanto niega a los hermanos de la víctima la acción resarcitoria por daño moral, ya que ello confronta con preceptos reconocidos por la Constitucional y Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, degradando el derecho a la reparación del daño injustamente sufrido y desconociendo a quien, como hermano, ha visto zozobrar su patrimonio espiritual. (54)

En el mismo sentido y en anterior leading case se había expedido un tribunal bonaerense, la Cámara Civil y Comercial de Trenque Lauquen, que declaró la inconstitucionalidad de la norma, ponderando que en el caso medió petición expresa de parte (55); ese pronunciamiento quedó firme al rechazar la Suprema Corte de Buenos Aires el recurso extraordinario. (56) En esa orientación posteriormente la Cámara de Apelaciones de Pergamino admitió la legitimación de los hermanos porque —se afirmó— si existe una unión familiar estrecha, la limitante del art. 1078 introduce un tratamiento desigualitario y desampara a la familia, vulnerando el principio de legalidad y el bloque de constitucionalidad (Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), otorgando a cada uno de ellos \$40.000 por ese rubro. (57)

En el criterio favorable que hemos calificado de intermedio, es decir el que atiende a la circunstancias del caso, la Cámara de Junín reiteró su postura y confirió titularidad resarcitoria a la hermana "debido a la probada transcendencia que en su vida psíquica y sentimental tuvo el fallecimiento, acontecido en un episodio traumático que protagonizó en forma personal y como damnificada directa". (58) En esa tendencia interpretativa pueden inscribirse otros fallos, por caso el que confirió \$20.000 —pese a la falta de prueba del daño— ya que la hermana convivía con la víctima y la madre de ambos en el mismo hogar y que el fallecido sostenía económicamente, atendiendo también a los 19 años de diferencia de edad entre ambos hermanos y las circunstancias traumáticas de su fallecimiento. (59)

Otros fallos, aún sin mencionarlo expresamente, han decretado para los hermanos la inconstitucionalidad del art. 1078, CCiv., atendiendo a que lo cuidaron desde niño ante la ausencia de sus progenitores, por lo que en ese caso la norma colisiona con el principio de igualdad ante la ley previsto en el art. 16, CN. (60) En otro fallo se tuvo en cuenta que era el único hermano de la víctima y convivía con él. (61)

B. Nuestra opinión.

Nos pronunciamos antes por la constitucionalidad del art. 1078, CCiv., en cuanto excluye a los hermanos, cuando sostuvimos que la regla general y abstracta contenida en el art. 1078, CCiv., que no admite la legitimación activa de los hermanos como damnificados indirectos no es incompatible con la Constitución Nacional; y la regla especial que podría, en casos particulares, determinar en concreto su inconstitucionalidad requiere de un análisis pormenorizado de las circunstancias del caso que deberá tener especialmente en cuenta diversos parámetros. Así, y entre otros: la edad y relaciones afectivas de los hermanos; la convivencia entre sí; la existencia o no de otros hermanos; los especiales vínculos de unión, el rol económico del hermano de acuerdo con la estructura y situación económica de la familia; los roles vicarios de hermanos mayores en caso de muerte o abandono paterno; la dependencia de hermanos enfermos o discapacitados respecto de hermanos o hermanas con autonomía económica; la dependencia de hermanas solteras o viudas; la dependencia recíproca de hermanos adultos o ancianos, en general solteros o carentes de autonomía familiar materializada con convivencia y conjunción de recursos propios; la interdependencia surgida de la integración de empresas familiares. Además, y sin confundir la legitimación para reclamar el daño moral con la prueba de su existencia, sostuvimos que "es gravitante ponderar un dato de la realidad judicial cotidiana: los damnificados indirectos para reclamar el daño moral por ilícitos extracontractuales como herederos forzosos al que los habilita la ley están alcanzados por una suerte de "presunción de daño", en la que ambas nociones jurídicas (legitimación y prueba) están muy emparentadas. Opera, de facto, una especie de daño *in re ipsa*, lo que puede ser totalmente exacto en ciertos supuestos, por vgr., el daño moral de los padres por el fallecimiento de los hijos, o por el grave ataque a su integridad física o psíquica, el padecimiento del conviviente por el fallecimiento de su compañera, etc.

En muchas hipótesis la legitimación por daño moral viene acompañada de una especie de presunción de su existencia, con un "piso" o "umbral" casi siempre aceptado. Por ello la admisión indiscriminada de los hermanos (u otros) legitimados activos no es aceptable, precisamente, por esa suerte de equiparación en la práctica entre legitimado y daño". (62)

En definitiva: cuando se pruebe de modo cierto, claro e indubitado la existencia del daño extrapatrimonial, podrá operar la remoción del obstáculo legal limitante —la legitimación— que constituye obviamente un presupuesto previo. Sólo una vez que en concreto se pruebe la existencia del daño moral del hermano podría —en proceso de razonamiento judicial argumentativo inverso— invalidarse la exclusión legitimatoria que prevé el art. 1078, CCiv. (63) Este razonamiento, que atiende a la existencia de una regla genérica y otra específica, y más bien de excepción, permitió en otro antecedente judicial arribar a la solución habilitante de la titularidad resarcitoria del hermano: "tanto

la madre como el hermano de las menores víctimas de abusos sexuales cometidos por el padre, se han visto expuestos a las nocivas consecuencias vivenciales de esas perniciosas situaciones y, por lo tanto, resultan damnificados indirectos de tales hechos, por lo que debe reconocérseles legitimación para reclamar la reparación del daño moral sufrido, debiendo superarse el obstáculo que representa el art. 1078, CCiv., mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma". (64) Se sostuvo que en tal caso resulta inconstitucional el art. 1078, CCiv., pues tal impedimento constituye una arbitraria e injustificada discriminación que veda (en el caso concreto respecto a la madre y al hermano de las víctimas de abusos sexuales) el acceso a la reparación plena e integral, vulnerando de ese modo el principio del alterum non laedere. Se razonó que "la regla general y abstracta del art. 1078, CCiv., según la cual los damnificados indirectos carecen de legitimación para accionar por daño moral, no es incompatible per se con la Constitución Nacional. Por el contrario, dado un caso determinado, habrá que evaluar si lo mismo contraviene o no los derechos constitucionales a la reparación íntegra, a la igualdad de la ley en idénticas circunstancias, a la no discriminación y a la tutela plena de la integridad psicofísica (arts. 13, 14, 16, 17, 18, 19; 75, inc. 22 y concs., CN; arts. 10, 11, 12, 15 y concs., Const. Bs. As.). Este criterio ha sido seguido por otros prestigiosos tribunales bonaerenses. (65)

IV. Consideraciones conclusivas

Arribamos a las siguientes conclusiones:

— El art. 1078, CCiv., es la norma específica que regula el daño moral extracontractual y contempla una legitimación reducida: sólo al damnificado directo y a los damnificados indirectos únicamente en caso de fallecimiento otorgándose a los herederos forzosos.

— El art. 1079, CCiv., es la norma general que regula el daño patrimonial y confiere legitimación activa a los damnificados directos e indirectos, generándose un distinto tratamiento entre las víctimas indirectas por daños materiales y morales. Por consiguiente la restricción del art. 1078 puede resultar arbitraria e irrazonable, vulnerando derechos constitucionales.

— La vía idónea para remover el obstáculo legal que representa la restricción del art. 1078, CCiv., es la declaración de inconstitucionalidad. La norma injusta resulta inaplicable por ser inconstitucional, es decir incompatible con la Carta Magna.

— No puede afirmarse que el art. 1078 sea siempre, genérica y anticipadamente inconstitucional por limitar la legitimación activa; en cambio, siempre es inconstitucional en supuestos puntuales y puede ser inconstitucional en determinados casos, en los que deberá probarse la existencia y entidad del daño.

— No puede afirmarse que el art. 1078 sea siempre, genérica y anticipadamente inconstitucional porque por razones de política legislativa, que resulten compatibles con los derechos constitucionales, se puede regular y establecer supuestos más restringidos de legitimación activa por daño moral, denegándose a ciertos damnificados indirectos extrapatrimoniales (vgr., los vecinos, los amigos, ciertos parientes etc.).

— Puede afirmarse que el art. 1078 siempre es inconstitucional, en supuestos puntuales, cuando excluye a legitimados activos en los que la existencia y procedencia del daño extrapatrimonial es evidente, notoria y presumible: el caso de los padres o de los hijos por los daños físicos y psíquicos gravemente incapacitantes de sus descendientes o de sus progenitores, la muerte o gran discapacidad de los convivientes en supuestos equiparables al matrimonio. En estos ejemplos media presunción de inconstitucionalidad por la notoriedad del daño presumido (vgr., la inmensidad del dolor del padre por la discapacidad del hijo que sobrevive).

— El art. 1078 puede resultar inconstitucional (no siempre lo es) en ciertos casos, en los que la víctima —en función de la gravedad y entidad del daño de otras circunstancias particulares— alegue y acredite la existencia y procedencia de la afección extrapatrimonial, demostrando concreta y categóricamente el agravio constitucional que resulta de la exclusión legitimatoria. En esta categoría corresponde emplazar el supuesto de los hermanos.

— Es conveniente el planteo constitucional de la parte interesada ya que, por ejemplo, en un caso se rechazó el resarcimiento del hermano porque no lo admite el art. 1078, CCiv., y el planteo de inconstitucionalidad se dedujo recién en la expresión de agravios. (66) En otro supuesto también se sostuvo que no procedía la declaración de inconstitucionalidad de oficio porque, en el caso, no se explicaron suficientemente las circunstancias fácticas que sustentan la pretensión de daño moral por la muerte del hermano. (67)

— Resulta auspiciosa la ampliación de la legitimación contemplada en el Proyecto 2012 de Código Civil y Comercial.

— Adherimos a la solución del fallo en comentario en que los padres están siempre legitimados para reclamar daño moral por la grave discapacidad del hijo que sobrevivió y, en el caso resuelto y por las razones que ponderó (edad de las víctimas, relación entre las niñas, significación de su fallecimiento, etc.) la hermana por el fallecimiento de su hermana, pero por la vía de la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078.

(1) Remitimos a GALDÓS, Jorge Mario "Afección al Espíritu de la Persona. Legitimados para reclamar el daño moral" en *Protección Jurídica de la Persona. Homenaje al Dr. Julio César Rivera*, Coordinador Darío J. Graziabile, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 145; "El daño moral (como 'precio del consuelo') y la Corte Nacional", RCyS 2011-VIII, 176; GALDÓS, Jorge M. — HESS, Esteban, "Cuánto y quién por daño moral" en *Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927-1937-161-1969)*, T. III, Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, Córdoba, agosto de 2009, p. 1659; Utilizamos expresiones de Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, "¿Cuánto por daño moral?", JA 1987-III-822 y "Cuánto por daño moral", LL 1998-E-105.

(2) Corte Sup., 3/12/1993, a partir del leading case "Frida de Gómez Orue c. Pcia. de Bs. As."; Corte Sup. 7/8/1997, "Badín, Rubén y otros c. Provincia de Buenos Aires", LL 1998-E-193, con nota aprobatoria de ANDORNO, Luis O. "Legitimación activa 'iure proprio' amplia de los herederos forzosos por reclamo de daño moral indirecto", y en JA 1995-IV-143.

(3) Corte Sup., 9/11/2000, "Saber, Ciro c. Provincia de Río Negro", en Fallos 323:3614 y DJ 2007-III, 681; y "Fabro, Víctor c. Provincia de Río Negro" en Fallos 323:3564.

(4) C. Nac. Civ., en Pleno, 28/2/1994, "Ruiz, Nicanor c. Russo, Pascual" ED 157-595.

(5) Sup. Corte Mendoza, 2/10/2002, sala 1ª, "Álvarez Quintana, Manuel y otros c. Rojas, Dalmiro", JA 2003-I-397.

(6) A partir del leading case Sup. Corte Bs. As., Ac. 82356, 1/4/2004, "Ojeda, Mirta Y. c. Pcia. de Buenos Aires (Servicio Penitenciario) s/Daños y Perjuicios".

(7) Ver: MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "El daño moral en los proyectos de Reforma del Código Civil", en www.acader.unc.edu.ar y en AA.VV., Daño Moral, Alveroni, Córdoba, 1994; PIZARRO, Ramón D., Daño moral, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, ps. 169 y 200.

(8) Remitimos a los trabajos citados supra, y a su bibliografía, además: CALVO COSTA, Carlos A., "El daño moral y la inconstitucionalidad del art. 1078 Cód. Civil", DFyP 2013 (diciembre), 220; IRIARTE, Alejandro L., "Legitimación activa para reclamar daño moral", LL 2014-A, del 14/1/2014; PARRILLI, Ernesto N., "Consideraciones de la influencia de los principios generales del derecho privado en la indemnización del daño moral indirecto", ED, 252-806; LÓPEZ BRAVO, Marisa G., "Una renovada lectura del artículo 1078 del Código Civil. Hacia una flexibilización de los legitimados activos", La Ley 2013-B- 233; ver los fundamentos del voto en minoría del Dr. Sebastián Picasso en Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 11/5/2013, "Demarchi, Sandra F. y otros c. Vázquez, José L. s/ daños y perjuicios"; y 11/7/2013, "F., J. L. c. B. J. C. y otros s/ daños y perjuicios", elDial.com-AA810A; SAGARNA, Fernando, "Daño moral a la concubina en la Suprema Corte de Buenos Aires", LL 17/10/2011.

(9) Ver los fundamentos del voto en minoría del Dr. Sebastián Picasso en Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 11/5/2013, "Demarchi, Sandra F. y otros c. Vázquez, José L. s/ daños y perjuicios"; y 11/7/2013, "F. J. L. c. B. J. C. y otros s/ daños y perjuicios", elDial.com-AA810A.

(10) Seguimos aquí y remitimos a los trabajos citados supra, nota 1.

(11) C. Nac. Civ., sala H, 2/12/2005, "F., L. M. y otros c. C., y M. S. A. y otros s/ daños y perjuicios" ED T. 217-261; C. Nac. Civ., sala C, 26/6/2007, "G. H. R. y otro c. Medicomex S.A. u otro", JA 2007-III-493.

(12) Corte Sup., 1/4/1997, "Guarriello, Emilio B. y otra c. Sanatorio San Patricio y otro" DJ 1997-3-238 (voto de la minoría).

(13) C. Nac. Civ., sala C, 28/10/1996, "Torres de Carballo, Azucena c. Instituto Antártida S.A", JA 1987-IV-369.

(14) C. Nac. Civ., sala C, 17/9/1998, "Llanos, Enrique M. y otros c. Clínica Independencia Cía. S.A s/ daños y perjuicios", voto doctor Jorge Alterini, elDial-AAC97.

- (15) C. Cont. Adm. y Trib. C.A.B.A., sala 1ª, 27/6/2008, "G. de L. W. A y otros c. GCBA (Hospital General de Agudos 'Ramos Mejía')", elDial.com AA4A93.
- (16) C. Nac. Civ., sala B, 5/2/2004, "Véliz, Víctor Hugo c. Federación de trabajadores del Tabaco s/ daños y perjuicios", Sumario nro. 16478, Base de Datos de Jurisprudencia de la Cámara Civil, Boletín 2/2006.
- (17) C. Nac. Civ., sala D, 30/5/2003, "Fava, Ricardo c. Institutos Médicos Antártida Argentina" en Colección de Análisis Jurisprudencial Obligs. Civ. y Com. - Dora M. Gesualdi, 85, LL Online: AR/JUR/6112/2003.
- (18) C. Nac. Civ., sala D, 4/12/2008 "S. A. y otros c. L. L. M." ED 232-39.
- (19) C. Nac. Civ., sala C, 24/4/1997, "M. De L., S. M. y otro c. Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario y otros" con nota de Jorge BUSTAMANTE ALSINA, "Responsabilidad civil de las obras sociales por mala praxis en la atención médica de un beneficiario", LL 1998-A-405. Ver BOSSERT, Gustavo A., "Contratos en interés del hijo menor", LL 1991-13-773.
- (20) Sup. Corte Bs. As., Ac. C. 79.686, 3/3/2010, "C., O. I. c. Clínica Tristán Suárez S.A Daños y perjuicios", por mayoría, fundamentos del voto Dr. Pettigiani al que adhirieron, con sus argumentos, los Dres. de Lázari, Genoud y Kogan y, por los suyos, el Dr. Soria, con disidencia del Dr. Hitters.
- (21) C. Apel. Civ. y Com. de Mercedes, sala 1ª, 4/4/2006, "V. H. E. y otro c. Penuto, Norberto P. s/ daños y perjuicios", Microjuris MJJ 7072, con nota de Ricardo P. RABINOVICH-BERCKMAN, "Naufragio en el océano de las ficciones", y LL Bs. As. 2006-661; C. 2ª Apel. Civ. y Com., sala 1ª, La Plata, 7/7/2005, "P., C. M. c. Hospital Ricardo Gutiérrez s/ daños y perjuicios".
- (22) Sup. Corte Bs. As., 16/5/2007, Ac. C 85.129, "C., L. A. y otra c. Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros. Daños y perjuicios", voto en minoría del Dr. Negri.
- (23) Sup. Corte Bs. As., 16/5/2007, Ac. C 85.129, "C., L. A. y otra c. Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros. Daños y perjuicios", Voto Dr. De Lázari integrando la mayoría que declaró la inconstitucionalidad del art. 1078, CCiv., adhiriendo al primer voto del Dr. Roncoroni. Ampliamos en GALDÓS, Jorge M. — CAMINO, Claudio M., "Los daños a las personas en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires", cit. Revista de Derecho de Daños 2009-3-245.
- (24) C. Nac. Civ., sala H, 18/3/2011, "Benítez de García, Mirian y otros c. Sanatorio Agote y otros", R. C. y S., 2011-VIII-216 (con disidencia del Dr. Kiper).
- (25) C. Fed. Bahía Blanca, 24/6/1988, "Riavitz, Juan y otros c. Ejército Argentino y otros", Voto en minoría del Dr. Planes. La mayoría la conformaron los votos de los Dres. Larrasa y Cooter.
- (26) Remitimos a GALDÓS, Jorge M., "Nuevos daños a las personas en la sociedad de riesgo" en libro Homenaje al Profesor Jorge Mosset Iturraspe, cit. 159; "Daños a las personas" R.R.C. y S 2005-35; "Acerca del daño psicológico" JA 2005-I-1197.

(27) C. Nac. Civ., sala K, 13/6/2006, "H., J. M. c. Clínica de la Sagrada Familia y otro", voto Dr. Ameal, al que por las particularidades del caso adhirió la Dra. Rejo J.A. 2006-IV-494 con nota aprobatoria de MENDELEWICZ, José D., "La protección familiar en el Derecho de Daños. Los damnificados indirectos" y comentario de PREVOT, Juan, "La responsabilidad civil médica".

(28) C. Nac. Civ., sala K, 1/7/2009, "A. C. B. c. Fernández, Ángel E." Voto Dra. Lidia Hernández al que adhirieron los Dres. Ameal y Díaz. RCyS 2009-X, 92, con nota de F.A.S.; La Ley 2009-F, 560, con nota de SOLARI, Néstor E., "Un nuevo precedente que otorga el daño moral a la conviviente"; La Ley 2009-F, 668, con nota de RITTO, Graciela B., "Acerca del daño moral de la concubina del causante. Un fallo innovador en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil".

(29) C. Nac. Civ., sala K, 10/6/2008, "B., O. B. y otros c. Línea 60 Microómnibus Norte S.A y otros", RCyS 2009-X, 81 voto Dres. Díaz, Ameal y Hernández con nota de FAS "daño moral del concubino".

(30) C. Nac. Civ., sala K, 14/6/2013 "O., E. M. y otro c. P. A. O." en D FyP 2013 (diciembre) 227, con nota laudatoria de GHERSI, Carlos, "Derecho a la identidad, daño moral y daño psicológico, como categorías autónomas" y de FAMÁ, María Victoria, "Daño moral a favor de la madres por la omisión del reconocimiento de su hijo: acertada decisión desde la perspectiva de género" en Abeledo Perrot N° AP/DOC/2074/2013.

(31) RIVERA, Julio César, "Límites de las facultades judiciales. En el régimen de división de poderes y en el sistema de fuentes del Derecho Privado argentino", La Ley 1999-D, 1236. Capítulo III, Punto 7 "Conclusiones de Derecho Argentino"; "Instituciones de Derecho Civil", Parte general, 4ª ed. actualizada, T. I, Lexis-Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, ps. 21, 150, 185.

(32) C. Nac. Civ., sala F, 3/8/2004, "T., V. O. c. M. C. B. A. s/ daños y perjuicios" elDial-AA2208, voto Dr. Zannoni con adhesión Dr. Posse Saguier; C. Civ. y Com. Azul, 17/12/2004, "G., J. D. y otra c. Ibarra Manuel" LL Bs. As., 2005, p. 68, y con nota aprobatoria de MAYO, Jorge en R.C. y S., 2005 p. 356.

(33) Ver: CALVO COSTA, Carlos en CAMPS, Carlos E., Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires-Máximos Precedentes, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 753; BENAVENTE, María Isabel, "De la legitimación activa de los hermanos para reclamar daño moral por muerte", LL 2008-F-806. Ver voto Dr. Kiper: C. Nac. Civ., sala H, 18/3/2011, "Benítez de García, Mirian y otro c. Sanatorio Agote y otros", R.C. y S., 2011-VIII-216.

(34) Ver: IRIBARNE, Héctor P., "La cuantificación del daño moral", Revista de Derecho de Daños Nro. 6, p. 212; FRÚGOLI, Martín A., "Legitimación activa en el daño moral y su constitucionalidad", LL 20/3/2014, 6; LL 20/3/2014, 6, en anotación a fallo que admitió la legitimación de la concubina C. Nac. Apel. en lo Civil, sala F, "B. L. A. y otro c. L. M. A. y otros s/ daños y perjuicios", 2013-10-22 (otorgó \$50.000); ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Tratado de Derecho Resarcitorio, T. 1, "Indemnización del daño moral por muerte", Iuris, Rosario 2006-81. PIZARRO, Ramón D., "Daño moral", cit. ps. 250 y 251, Nro. III.

(35) Sup. Corte de Mendoza, sala 1ª de la Suprema Corte de Mendoza, 20/11/2006, "Gutiérrez, José en Blasco de Arias, Elsa y otros c. Corso, Manuel y otro", voto Dra. Kemelmajer de Carlucci, La Ley Gran Cuyo, 2007-47 quién ubica en esa orientación a VÁZQUEZ, Oscar, "¿Hasta qué punto es constitucional la limitación legal a la legitimación activa para reclamar por daño moral?", en www.aaba.org.ar, su ponencia al Congreso Internacional sobre derechos y garantías en el siglo XXI.

(36) Ver: C. Civ. y Com. Azul, 17/12/2004, "G., J. D. y otra c. Ibarra Manuel", LL Bs. As., 2005, p. 68, y con nota aprobatoria de MAYO, Jorge A., "Sobre la legitimación activa para reclamar daño moral", R.R.C. y S., 2005, p. 356. Ver nuestro voto en: C. Civ. y Com. Azul, sala 2ª, 29/4/2008, "A. H. y otros c. Q. C. y otro s/ daños y perjuicios" y 51467, "G. de S., M. c. A. H. M. y A. A. M. s/ daños y perjuicios" con nota aprobatoria de BENAVENTE, María Isabel, "De la legitimación activa de los hermanos para reclamar daño moral por muerte", LL 2008-F-806 y RITTO, Graciela B., "Acerca de la legitimación activa para reclamar daño moral de los hermanos como damnificados indirectos", LL 2008-E-496. En el mismo sentido: C. Apel. Civ. y Com. Junín, 18/11/2008, "Mercado, Adriana y otros c. Falcón, Luis O. y otro s/ daños y perjuicios".

(37) CALVO COSTA, Carlos A., "El daño moral y la inconstitucionalidad del art. 1078 Código Civil", DFyP 2013 (diciembre), 221; BENAVENTE, María Isabel, "De la legitimación activa de los hermanos para reclamar daño moral por muerte", LL 2008-F-806 y KEMELMAJER DE CARLUCCI en causa citada: Sup. Corte de Mendoza, sala 1ª de la Suprema Corte de Mendoza, 20/11/2006, "Gutiérrez, José en Blasco de Arias, Elsa y otros c. Corso, Manuel y otros", La Ley Gran Cuyo, 2007-47.

(38) Sup. Corte Bs. As., 16/5/2007, Ac. C 85.129, "C., L. A. y otra c. Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros. Daños y perjuicios", por mayoría con notas aprobatorias de ECHEVESTI, Carlos A., "Una sentencia inscrita en quadrata monumentale", JA 2007-III, ps. 46 y 56; AGOGLIA, María M., "Ampliación de la legitimación activa de los damnificados indirectos por daño moral", L.L., 2007-F-72, 4; BORAGINA, Juan Carlos - MEZA, Jorge A., "Daño moral: legitimación de los damnificados indirectos", L.L. 2007-D-371; RITTO, Graciela B., "La equidad y el rol de los jueces dinamizando el Derecho de Daños. Un fallo ejemplificador que consagra la inconstitucionalidad del Art. 1078 del Cód. Civ.", L.L., Bs. As., 2007-869; SEXE, Pedro M., "Naturaleza de la responsabilidad del Estado por mala práctica médica y el daño moral (en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires)", L.L., Bs. As., 2007-876; LÓPEZ BRAVO, Marisa G., "La nueva visión de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires respecto al art. 1078 del Código Civil", LL Bs. As. 2007-504.

(39) Sup. Corte Bs. As., Ac. C. 85.129, 16/5/2007 "C., L. A. y otra c. Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros. Daños y perjuicios", cit. voto de la mayoría de los Dres. Roncoroni, Hitters, Genoud, de Lázari —con ampliación de fundamentos— y Pettigiani. Los Dres. Negri, Kogan y Soria se pronunciaron por la insuficiencia del recurso y en disidencia el Dr. Negri entendió que los padres revestían la condición de damnificados directos (confr. Infra III-3-C).

(40) C. Civ. y Com., Mercedes, sala 1ª, 12/6/2007, "A., H. y otros c. Hospital Municipal Mariano y Luciano de la Vega y otros s/ Daños y Perjuicios", voto Dr. Ibarlucía, R.C. y S., agosto 2007-90 y Lexis Nexis, Buenos Aires, Nro. 9, año 2007.

(41) C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 3ª 17/6/2008, "G. D. O. y otros c. Corporación Asistencial S.A y otros s/ responsabilidad médica", voto Dra. Graciela Medina, Microjuris MJJ36823.

(42) C. Nac. Civ. sala L. 15/10/2009, "L., S. y otro c. Hospital Británico y otro s/Daños y Perjuicios" elDial.com AA5972.

(43) C. Nac. Civ., sala F, 3/3/2011, "F., R., C., c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros", RC y S, 2011-43; LL 2011-B-406. Se otorgaron por daño moral: \$400.000 para la víctima en estado de vida vegetativo y \$80.000 para la madre.

(44) C. Nac. Civ., sala E, Nro. 492172. del 31/3/2008 "Benítez de García, Miriam y otro c. Sanatorio Agote y otros s/Ds. y Pjs." elDial AE235D.

(45) Corte Sup., 9/11/2010, "Benítez de García, Miriam A. y otro c. Sanatorio Agote y otros", LL 26/11/2010-6; RC y S 2010-XII-234; LL 2010-F-932; DJ 9/2/2011-31; AR/JUR/69856/2010.

(46) C. Nac. Civ., sala H, 18/3/2011, "Benítez de García, Miriam y otro c. Sanatorio Agote y otros", RC y S, 2011-VIII-216; voto de la mayoría de los Dres. Mayo y Abreaut de Begher (Monto otorgado para el menor \$200.000 y para los padres \$200.000). El Dr. Kiper votó en disidencia y sostuvo que el art. 1078, CCiv., impide la legitimación de los padres, salvo declaración de inconstitucionalidad.

(47) C. Nac. Civ. sala E, 17/6/2008 "Hidalgo, Laura M. c. Veltri, Gabriel E. y otros s/Ds. y Pj." ED 231-367.

(48) C. Nac. Civ. sala I, 10/9/2013 "V. J. A. c. Trenes de Buenos Aires s/daños y perjuicios", ED, 11/12/2013, Nro. 13.382.

(49) C. Nac. Civ., sala A, 11/5/2012, "Demarchi, Sandra y otro c. Vázquez, José Luis y otros s/ Daños y perjuicios", publicado en: LLOnline AR/JUR/25.188/2012, 11/7/2013 "F. J. L. c. B. J. C. y otros s/ daños y perjuicios" elDial.com-AA810A.

(50) Trib. Just. de Jujuy, 17/8/2006, "Recurso de Inconstitucionalidad en 'M. B. y otros c. Policía de la Provincia y otros'", —por mayoría— en elDial AA38A1.

(51) C. Nac. Civ., sala G, 20/10/2008, "Cárdenas, Marta María c. Negro, Alberto C. y otros", voto Dra. Beatriz Areán, LL 2008-F-554, con nota de José Pablo Descalzi y con nota de Graciela B. Ritto, LL 2009-A-147. C. Nac. Com., sala A, 30/12/2008, "Cucciolla, Carlos A. s/ quiebra s/ incidente de revisión" —por mayoría— elDial.com AA503D.

(52) C. de Apel. de Trelew, sala A, 18/3/2009, "G. D. A. y otra c. T. G. y otro", elDial - AA50E9.

(53) C. Fed. Civ. y Com., sala 3ª, 19/4/2011, "Gómez Ibars, Ramón y otros c. Valaztiqui, Juan de Dios y otros", RC y S, 2011-VIII-75.

(54) C. Nac. Civ. sala F, 24/8/2009, "Contreras, Mamani G. y otros c. Muñoz, Cristian E. y otros", R.C. y S. Nro. 10, Octubre 2009, p. 98.

(55) C. Civ. y Com. Trenque Lauquen, 1/11/2005, "Méndez, Eduardo N. y otra c. Municipalidad de Tres Lomas", voto Dr. Lettieri LLBA 2006-552.

(56) Sup. Corte Bs. As., Ac. C 97144, 30/9/2009, "M., E. N. y otros c. Municipalidad de Tres Lomas. Daños y perjuicios" voto de la mayoría de los Dres. Pettigiani, Negri y Kogan.

(57) C. Civ. y Com. Pergamino, 17/12/2012 "B., R. y otra c. Crocioni, Roberto" RCyS 2013-IV, 185.

(58) C. Apel. Civ. y Com. Junín, 27/11/2012, "M. G. A y otros c. Semento, Oscar O.", RCyS 2013-I-195. (Se otorgaron \$140.000 por el fallecimiento del hermano).

(59) C. 1ª de Apel. Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de San Rafael 28/6/2013 "C., C. p/sí en rep. de su hija menor G.N.E. c. T.M., O. s/ordinaria" con nota aprobatoria de CALVO COSTA, Carlos A., "El daño moral y la inconstitucionalidad del art. 1078 Código Civil" DFyP 2013 (diciembre), 221.

(60) C. Apel. Civ. y Com. de La Matanza, sala 1ª, 19/2/2008, "Gómez, Lucía B. y otro c. Transporte Ideal San Justo S.A y otro", LLBA 2008, (mayo), 422.

(61) Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª, 7/9/2010, "Z., R. A. c. César Rodríguez Ruiz y Coop. De Seguros", Lexis Nro. 70066461 (se otorgó \$30.000 para el hermano).

(62) En contra: ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Indemnización del daño moral por muerte" en Tratado de Derecho Resarcitorio 1, 84/85.

(63) C. Civ. y Com. Azul, sala 2ª, 29/4/2008, "A. H. y otros c. Q. C. y otros s/ daños y perjuicios" y 51467, "G. de S., M. c. A. H. M. y A. A. M. s/ daños y perjuicios" cit. LL 2008-F-806 y LL 2008-E-496; en igual sentido C. Civ. y Com. Azul, sala 1ª, 52.568 del 23/12/2008 "Peralta, Manuela B. c. Sucesores de Martinelli José e Islas, Fernando J. y otro s/Indemnización por daños y perjuicios" y 53.799 del 25/2/2010 "Veiga, María Emilce y otros c. Aristi, Juan Carlos y otros s/daños y perjuicios". MORANDO PESO, María Cristina, "Derecho a la reparación: El art. 1078 del Código Civil y su cuestionada constitucionalidad", elDial.com-DC1C5F.

(64) C. Apel. Azul, sala 2ª, 10/3/2011, "A. M. A. c. F. N. R. s/ Daños y Perjuicios", con nota aprobatoria de LÓPEZ BRAVO, Marisa G., "Reparación del daño moral a los damnificados indirectos en el delito de abuso sexual", LLBA 2011 (junio), 483.

(65) C. Apel. Civ. y Com. Junín, 18/11/2008, "Mercado, Adriana y otros c. Falcón, Luis O. y otro s/ daños y perjuicios", cit. C. Apel. Civ. y Com. Junín, 27/11/2012, "M. G. A y otros c. Semento, Oscar O." RCyS 2013-I-195 (se otorgaron \$140.000 por el fallecimiento del hermano).

(66) C. Nac. Apel. Civ. sala G, 20/11/2012, "Antonuccio, Elvira y otro c. Transporte 22 de Septiembre S.A.C. y otros s/ daños y perjuicios", con nota de CALVO COSTA, Carlos A., "Un nuevo problema en torno a la transmisión de la acción resarcitoria del daño moral", RCyS, 2013 (septiembre), p. 35.

(67) Sup. Corte Bs. As., Ac. 102.614, 26/6/2013. "Balerdi, Josefa c. Menchon, Horacio y otro s/ Daños y perjuicios" (por mayoría de fundamentos se decidió que no concurría ningún supuesto excepcional que habilitara la declaración oficiosa, ya que la parte consintió la aplicación del art. 1078, CCiv.) —confirmatoria de C. Civ. y Com. Azul, sala 2ª 9/8/2007, causa 50590— con comentario de JUANES, Norma — OVIEDO, Paula, "Algunas pautas que habilitan la legitimación de los hermanos para reclamar indemnización por daño moral", LLBA 2014-Marzo-145.