

Cipolletti, 30 junio de 2016.

AUTOS y VISTOS: estos autos caratulados "RESERVADO (DR. MONTERO ETCHEMAITE) S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (ORDINARIO)" (Expte. N° A- 4CI-696-C2015) y;

I. CONSIDERANDO:

Que a fs. 15/25 comparece Patricia Viviana Pérez, por derecho propio y con patrocinio letrado, promoviendo demanda de daños y perjuicios contra Fabián Luis Villanueva.

A fin de fundar su legitimación activa, solicita se declare la inconstitucionalidad del art. 1741 del Código Civil y Comercial, por cuanto la interpretación literal del mismo hecha por parte de la doctrina y jurisprudencia, que restringe la legitimación activa a los damnificados indirectos en el reclamo por daño moral -estando en vida el damnificado directo- resulta incompatible con nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales. Explica que persigue el reconocimiento y resguardo de un interés lícito -de una madre (la actora)- postura propia de un derecho moderno de daños que debe apelar a una Magistratura de vanguardia que, a través del control de constitucionalidad, propenda al reconocimiento de derechos que, como en el caso de marras, han sido vulnerados. En el caso, se trata de una madre conviviente con su hija cual fue víctima de abuso por su padrastro. Enfatiza que debe reconocerse, aunque solo sea excepcionalmente, legitimación activa a la actora en el reclamo por daño moral, fundado en la importancia del vínculo materno filial y gravedad del caso; ya que de adoptar una postura restrictiva ello redundará en la profundización de los daños existentes, que deben ser resarcidos. Cita jurisprudencia.

Corrido el pertinente traslado, a fs. 26/34 comparece el demandado con patrocinio letrado y contra el progreso de la acción opone excepción de falta de legitimación activa. Sostiene que el artículo 1741 del CCyC vino a reemplazar el antiguo art. 1078 del Código Civil, poniendo un manto de claridad sobre los puntos oscuros que traía la interpretación y siendo coherente con la línea de razonamiento de los fallos de la Corte en relación a la legitimación. Destaca que los precedentes jurisprudenciales demostraron la necesidad de ampliar el campo de los legitimados, justificando tal ampliación en la necesidad de no frustrar la finalidad de la norma, cual es, la necesidad de resarcir a los parientes más cercanos de la víctima. Sin embargo, la nueva amplitud que consagra el texto legal es doble: por un lado, una de tipo subjetiva, legitimando a los herederos forzosos, incluyendo a los ascendientes, descendientes, cónyuges y a quienes tuvieran

un trato familiar ostensible; por el otro, también prevé la posibilidad de reclamo ante el deceso de la víctima y ante el sufrimiento de una "gran discapacidad". Sigue diciendo que el art. 1741 del CCyC circunscribe la legitimación activa solo al damnificado directo del hecho nocivo, con exclusión del indirecto. Indicando luego que subsiste el criterio que habilita a reclamar daño moral solo al damnificado inmediato y, excepcionalmente, a los indirectos. En consecuencia, al no darse los casos de excepción expresamente incorporados por el legislador en el artículo citado, solicita a se haga lugar a la excepción de falta de legitimación activa, con costas a la parte actora.

Corrido el traslado de la excepción interpuesta, a fs. 37/38 contesta la parte actora sosteniendo que la interpretación realizada por la accionada es contraria a los principios constitucionales y compromisos transnacionales asumidos por nuestro país (Art. 75 inciso 22 de la C.N.). De una simple lectura de los hechos relatados en la demanda, como así también de la sentencia penal contra el demandado, surge a las claras que el evento dañoso provocó un menoscabo en los derechos extrapatrimoniales de la madre de la víctima, por lo cual corresponde contemplar la doctrina, la jurisprudencia y legislación citada, sino también la situación de hecho vivida por una madre, cuya hija fue abusada sexualmente por su pareja. Concluye resaltando que corresponde discriminar en cada caso las distintas situaciones del damnificado y las concretas circunstancias, confrontando con la Constitución Nacional la exclusión del caso en Juzgamiento del damnificado indirecto por daño extrapatrimonial.

II. Encontrándome en condiciones de resolver, liminarmente corresponde pronunciarme sobre el derecho aplicable al caso, para luego evaluar la constitucionalidad cuestionada y, finalmente resolver sobre la legitimación activa de la actora cuestionada por la demandada.

Explica la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci en su obra "La Aplicación del Código Civil y Comercial a las Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes" (Ed. Rubinzal - Culzoni 2015), que el juez no puede juzgar sino conforme a las reglas del derecho vigente y que -en consecuencia- resulta obligatorio. Vinculado al caso particular, explica que el "...el daño no es una consecuencia sino elemento constitutivo del régimen de responsabilidad, y ésta es la razón por la que rige la ley vigente al momento del hecho y no la posterior...".

En los casos de que el daño comenzara con anterioridad a la entrada en vigencia de las nuevas normas, es decir que se trate de un presupuesto constitutivo que no sea instantáneo, sino que se prolonga en el tiempo de manera tal que habiendo comenzado a

producirse durante la vigencia de la ley antigua termina de suceder bajo la nueva, corresponde aplicar la nueva norma.

En autos, el daño habría comenzado en el año 2004, aproximadamente, conforme surge de la documental acompañada (3/13) y se habría prolongado durante unos diez años. Así entonces, según el relato de los hechos en la demanda y teniendo en cuenta la fecha de la sentencia condenatoria (de fecha 20/11/2014), el hecho dañoso finalizó antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, en consecuencia resulta de aplicación el Código de Vélez.

Teniendo en cuenta ello, la declaración de inconstitucionalidad del art. 1741 previsto en el nuevo ordenamiento civil y comercial de fondo deviene en abstracto, ello sin perjuicio de que la declaración de inconstitucionalidad solo debe admitirse última ratio del orden jurídico.

Dicho esto, corresponde adentrarnos en la legitimación activa de la actora y en tal sentido, teniendo en cuenta la legislación de fondo aplicable, corresponde determinar si la accionante, en calidad de madre de la víctima, resulta o no legitimada para reclamar daño moral y daño psicológico, en calidad de damnificada indirecta.

Al respecto debemos atender a lo dispuesto en el art. 1078 del C.C. aplicable.

Según dicha norma: "La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos".

Se advierte de la norma que el espectro de los legitimados activos no es tan amplio como en la norma nueva, destacándose que de todas maneras, en ambos casos, la legitimación del damnificado indirecto nace con la muerte de la víctima (agregando el art. 1741 del C.C.yC., la posibilidad del reclamo frente a la gran invalidez de la misma. Ninguno de los supuestos se da en autos).

Evidentemente, se advierte que el legislador de la reforma, a pesar de las distintas razones que fundaron la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Velezano, no ha querido ampliar en mayor medida los legitimados indirectos para reclamar por un daño extrapatrimonial.

Pero al igual que el lo sostenido por la parte actora, entiendo que cada caso debe ser analizado en forma distinta y a la luz de la normativa supranacional incorporada a nuestra constitución nacional.

Por otro lado, sin perjuicio del derecho de fondo interno aplicable y teniendo en cuenta que los Tratados de Derechos Humanos que existen y fueron incorporados a nuestra Constitución antes de la reforma del Código Civil, el Magistrado debe analizar el caso teniendo presente los principios rectores al momento de realizar un control de convencionalidad. Estos son "...el denominado '\pro homine\' y el de '\progresidad\'', ...en tanto ambos son las piedras angulares del sistema de protección de derechos reconocidos en los tratados internacionales (argto. doct. Alberto J. Lucchetti "Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad" publicado en obra comunitaria coordinada por Susana Albanese "El control de convencionalidad", Ed. EDIAR, 1era. edición, Bs. As., 2008, pág. 148).

El principio de "progresividad" implica el compromiso de los estados partes de adoptar medidas progresivas de protección de los derechos reconocidos convencionalmente, a la par de impedir el dictado de medidas o políticas regresivas, es decir, que empeoren la situación de los beneficiarios de tales derechos. El principio "pro homine" exige realizar una interpretación de las normas contenidas en los tratados internacionales del modo más beneficioso al ser humano. (Confrontar. argto. doct. Alberto J. Lucchetti, ob. cit., pág. 148).

Éste último principio es un criterio hermenéutico, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.

De ese modo, entiendo que en el caso de la limitación impuesta por el art. 1078 del C.C. (e incluso en el art. 1741 del CCyC) el legislador si bien ha querido evitar una catarata indefinida de legitimados que pudieran llevar a la quiebra al responsable, al punto de dejar sin posibilidad de cobro al damnificado directo, lo cierto es que esa razón de tipo política legislativa resulta repudiable. Por un lado, por que el ordenamiento le reconoce la atribución al Magistrado de atenuar equitativamente la indemnización, valorando la situación patrimonial del deudor (art. 1069 2º párrafo, del C.C.) y, por el otro, porque lo cierto es que, en el transcurso de estos tiempos, no se han advertido "cataratas" indefinidas de litigios.

Por ello, entiendo que lo justo y razonable es realizar una interpretación integradora de la normativa interna aplicable (art. 1078 C.C., art. 16, 33 y cctes. de la C.N.) -y no

aislada ni taxativa- con la normativa internacional incorporada a nuestra Constitución Nacional, específicamente, la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 5, 17, 24 CADH).

Y en tal sentido, teniendo en cuenta las graves y particularidades circunstancias que rodearon al caso traído a consideración de este Tribunal, negarle liminarmente toda legitimación a la madre de la niña - quien habría resultado víctima de abuso por parte de la pareja de la actora- entiendo que vulneraría el principio de igualdad ante la ley (como así también la protección integral de la familia conforme art. 17 CADH y respeto integral de la persona, art. 5 CADH) ya que se estaría arbitrariamente cercenando la posibilidad de recurrir a la justicia, sin más, a quien eventualmente pudiera acreditar que sufre en su espíritu.

Teniendo en cuenta además, que ambos ordenamientos jurídicos (viejo C.C. y nuevo CCyC) contemplan una amplia gama de damnificados indirectos en el supuesto de daño patrimonial y que si la reparación del daño se postula que deba ser integral, no advierto motivos valederos para limitar la posibilidad de que los damnificados indirectos puedan recurrir a la justicia en reclamo de la reparación de un daño extrapatrimonial (ello, sin perjuicio de que cada caso deba ser valorado de manera diferente y exigir un mayor despliegue probatorio que al damnificado directo, a quien -prima facie- probado el hecho dañoso se le reconoce, por presunción, el daño moral).

Es por ello que entiendo que, en el caso concreto, el art. 1078 del C.C debe ser aplicado e integrado con las normas constitucionales y supranacionales de mayor jerarquía (antes citadas), que amplían -a criterio del suscripto- la gama de legitimados activos previsto por la norma de interna de fondo. Al menos, así entiendo que corresponde hacerlo a la luz de los hechos expuestos en la demanda y para el caso concreto.

De ese modo, debemos tener en cuenta, por un lado, el art. 16 de la C.N. y art. 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos que postulan el principio de igualdad que impide dejar de lado a quienes indirectamente puede verse afectados en su espíritu y por el otro el art. 75 inciso 22 de la C. N. contiene normas internacionales que velan por la protección de la integridad de las personas y el derecho a una indemnización justa (arts. 5, 17 y ctes. CADH).

Además, cabe traer al presente que, ya en el caso *Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros s/Recurso de Hecho*", (Fallos, 315:1492 13), la Corte Suprema de Justicia de la Nación dio prioridad a los tratados internacionales. En tal sentido, se otorgó jerarquía constitucional a la protección de la familia y al respeto a la

integridad física de toda personas (art. 5 y 17 CADH).

Asimismo, Corte Suprema, en la causa "Aquino Isacio c/Cargos Servicios Industriales S.A. s/ ART" del 21/09/04, proclamó el carácter constitucional del principio "alterum non laedere" que prohíbe a las personas dañar los derechos de un tercero, a la justicia social y a la dignidad humana (A. 2652. XXXVIII, Fallos 327:3753). Es decir, la reparación no sería plena si el daño quedara subsistente en todo o en parte. En dicho precedente, además, la Corte destacó que corresponde otorgar al principio mencionado la mayor amplitud y evitar la fijación de limitaciones que, en definitiva, impliquen "alterar" los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28).

En consecuencia, una aplicación armónica del ordenamiento vigente y aplicable al caso concreto, y una interpretación pro homine o de máxima tutela de las normas en juego, me llevan a admitir la legitimación de la actora para reclamar en autos.

Por todo ello, RESUELVO:

Rechazar la excepción de falta de legitimación activa.

Imponer las costas en el orden causado, atento a la forma en que ha sido resuelta la cuestión.

Diferir la regulación de honorarios para el momento de dictar sentencia definitiva.

Alejandro Cabral y Vedia

Juez