

En la ciudad de General Roca, a los días de Febrero de 2008, se reúnen en Acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, con asiento en ésta ciudad, para dictar sentencia en los autos caratulados: "JEREZ HILARIO NORBERTO C/IGLESIAS MARIANO RUBEN Y OTRO S/Sumario y Beneficio de Litigar sin gastos" (Expte.nº 18.620-CA-07), venidos del Juzgado Civil nro. NUEVE, y previa discusión de la temática del fallo a dictar, se procede a votar en el orden de sorteo practicado, la siguiente cuestión:

EL SR. JUEZ DR. JOSE J. JOISON, DIJO: 1.- La parte actora se agravia contra la sentencia dictada en autos por cuanto rechaza el reclamo que efectuara pretendiendo indemnización por el rubro daño moral, con motivo del fallecimiento de su hermana Paola Verónica Jerez.-

El iudex a quo fundamenta su oposición a conceder tal rubro en la doctrina legal emanada del fallo del Superior Tribunal de Justicia en autos "Gosende c/Irmaos" en los que recayó sentencia nº 54 del 16-07-98 y aplicable en razón de lo dispuesto por el art. 43 de la Ley Orgánica, donde se sostuvo que en razón de lo dispuesto por el art. 1078 del Código Civil "...Solo tienen indemnización de daño moral los herederos necesarios de la víctima fallecida que tuvieren tal caracter en la oportunidad del deceso, pues la condición de heredero forzoso a que remite el art. 1078 del Código Civil debe determinarse al momento de la muerte del causante en el orden y modo determinado por las normas respectivas del mismo Código Civil.-"

Entiendo que esa doctrina legal no es obligatoria en el presente caso por haber excedido el plazo de cinco años (art. 285 del CPCC.) y entiendo también que dicha norma es inconstitucional a pesar de no haber sido planteada la cuestión por dicha parte pero que no me impide su tratamiento en razón de lo dispuesto por el art. 196 de la Constitución Provincial que faculta a los magistrados de verificar de oficio el control de constitucionalidad.-

Y en ese sentido, a través de la doctrina y la jurisprudencia se ha concluido la inconstitucionalidad de la segunda parte del art. 1078 CC. de la que elegido en mi apoyo, la siguiente: " Tal defecto fue fundado en el enfrentamiento de la legitimación restringida a los herederos forzosos en caso de muerte de la víctima establecida en la norma civil, y lo normado por los arts. 80 y 16 de la Convención sobre los derechos del Niño, 5 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 17 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, 14 bis último párrafo, 31 y 75, inc. 22

de la Constitución Nacional. Veamos. Nuestro art.1078 del Código Civil esta dividido en dos parrafos. En el primero se reconoce que la "obligación" de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, ademas de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. En el segundo, impone restricciones a la "acción": solo compete al damnificado directo y si el hecho hubiere causado su muerte, "únicamente" a los herederos forzosos. En otras palabras, la obligación de indemnizar junto al daño material el moral causado por los actos ilícitos, se admite en general. Pero lo que se limita es la legitimación de quienes quedan habilitados de exigir la reparación correspondiente. Esto lleva a deducir que, en este dispositivo, aquellos que carecen de acción, conservan en cambio la titularidad activa de una obligación natural. Y ese vínculo, a menos que la ley no lo repruebe expresamente dice Velez en la nota al artículo 515 del ordenamiento civil, merece ser respetado, por mas que no esté dando derecho para invocar la intervención de los tribunales. Es evidente entonces que la limitación cuestionada no resulta derivación lógica del concepto de daño moral. La norma aludida no dice que ese perjuicio solo exista con relación a los herederos necesarios de la víctima, sino que solo ellos tienen acción para reclamarlo judicialmente. Ahora bien, desde esta premisa ese alcance limitado de la acción, rechazado por un sector de la doctrina nacional pero impuesto por la norma ¿resiste un juicio de constitucionalidad ? Por lo pronto, obsérvese que el modo de selección de los damnificados indirectos del daño moral en materia de hechos ilícitos, no es seguido por el mismo código cuando el perjuicio espiritual proviene del incumplimiento de un contrato. En materia de daño moral contractual sostiene Mosset Iturraspe, a falta de una norma expresa, no puede hablarse de damnificados indirectos legitimados para accionar. A la muerte del contratante perjudicado, la acción promovida podra ser continuada por sus herederos. Y, ademas, éstos podran invocar, siempre en caso de muerte del contratante, un daño moral iure propio por el incumplimiento. La situación es harto diferente a la prevista en el artículo 1078 (aut. cit. "Responsabilidad por daños" t. V, p.251, segundo parrafo). Pero no se aprecia una razón clara que justifique el tratamiento diferencial cuando el agravio es producto del incumplimiento de un contrato que cuando ha sido causado por un hecho ilícito. No hay diferencias esenciales, sino únicamente de matices o de grado. Estando acreditada su existencia, tan daño moral sería el derivado de la falta de cumplimiento de un negocio jurídico como el originado en un hecho ilícito civil (arg. arts. 522 y 1078 segundo parrafo, del Código Civil). Una inconsecuencia similar se observa frente al art.29 inc.2 del Código Penal en

cuanto indica que la sentencia condenatoria podrá ordenar, entre otras medidas, 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, sin establecer límites a los legitimados indirectos en razón del grado de parentesco con la víctima. De otro lado, la restricción se torna carente de congruencia, si se compara la amplia legitimación de los damnificados indirectos en materia de daños patrimoniales, con la discriminación diseñada para quienes sufren indirectamente un daño ya no en su patrimonio sino en sus emociones o sentimientos (doctr. arts. 521 y 1079 del Código Civil). El temor sobre la posible ruina económica del obligado no impide la acción de perjudicados indirectos en la esfera patrimonial ¿cual es la razón seria y de equidad que sustente una disparidad de tratamiento respecto de los daños morales? (Zavala de Gonzalez, M. "Daños a las personas" t. 2a p. 564). Recapitulando, no se distingue la racionalidad normativa que debe cuidar la coherencia del precepto con las normas constitucionales, pues la limitación asoma lesiva del principio de igualdad jurídica. De haberse querido marcar fronteras aun a costa de cercenar la integralidad reparatoria, una elemental consonancia reclamaba fijarlas para todo daño, ya fuera material o moral y no solamente para este último (arts. 1078, segundo parrafo, y 1079 del Código Civil; art. 16 de la Constitución Nacional). Tampoco la razonabilidad técnica que requiere una apropiada adecuación entre los fines postulados por una ley y los medios que planifica para lograrlos, en tanto restringir el ambito de legitimados no conduce al objetivo constitucional de la reparación plena caracterizado por la Corte. Finalmente no traduce una razonabilidad axiológica que exige una cuota básica de justicia intrínseca en las normas, de tal modo que las notoriamente injustas resultan inconstitucionales, cuando deja excluidos de solicitar resarcimiento hasta a los hermanos convivientes integrantes de la familia nuclear, aun cuando probaran haber estado muy ligados afectivamente a la víctima y apareciera de toda evidencia el agravio moral aducido (Sagüés, Néstor P. "Elementos de derechos constitucional" t. 2 ps. 700 y sigtes.; Zavala de Gonzalez, Matilde op. cit. p. 565; arg. art. 28 de la Constitución Nacional). Ciertamente que el ejercicio de ningún derecho reconocido en la Constitución tiene carácter absoluto; tampoco lo tienen aquellos reconocidos por los tratados constitucionalizados (arts. 14 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional). Pero si reglamentar un derecho es limitarlo, esa restricción debe pasar aquel escrutinio de razonabilidad para ser constitucional. Y ese examen no se supera si, mas allá de que el medio elegido por el legislador haya sido uno de los posibles, el dispositivo legal para conjurar la ocasional "catarata de

reclamaciones", quita legitimación a herederos no forzosos del interfecto que puedan haber experimentado un daño espiritual legítimo y comprobado, cuando prescinde de la misma solución en la hipótesis de que el agravio moral proviniera de un incumplimiento contractual, así como en materia de reclamación de un daño patrimonial, mutilando injustificadamente el principio de plenitud resarcitoria (arg. art. 28 de la Constitución Nacional; arg. arts. 522, 1078, segundo párrafo, y 1083 del Código Civil). En este sentido, la finalidad de restringir el cupo de legitimados, atendible quizás a primera vista para no multiplicar el número de los reclamantes comprendidos en la aflicción, se torna irrazonable cuando llega al extremo de desconocer el explicable padecimiento de quienes, como los hermanos convivientes, pudieron sufrir la pérdida de un ser entrañable, al igual que quienes fueran herederos necesarios (CCiv. y Com, sala II, de Mar del Plata, sent. del 23/11/04, referida al supuesto de la concubina: el Dial AA25CC). Como es sabido, a lo que debe tenderse en esta materia, mas bien es a la plenitud de la reparación, a la "justa indemnización", según la expresión acusada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y utilizada también por la Corte Suprema de Justicia para tipificar a la reparación plena. En tanto, se ha dicho, resultaría inconstitucional una indemnización que no fuera "justa", puesto que indemnizar es "eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento, lo que no se logra si el daño o el perjuicio subsisten en alguna medida" (CS, sent. del 26/6/67, y C.I.D.H., sent. del 18/9/03, cit. por Galdos, Jorge. M. "? Hay daño al proyecto de vida?", La Ley del 5/9/05, notas 45 y 46). Ya sea que se manifiesten de manera indirecta o se trate de un daño extrapatrimonial, si todos ellos son en lo básico menoscabos injustos (Zavala de Gonzalez Matilde, op. cit. p. 565). Por otra parte, la limitación impuesta por la norma en crisis atenta contra la noción de familia, cuya protección contra injerencias arbitrarias o abusivas encuentra tutela y recepción en art. 11 inc. 2 del Pacto de San José de Costa Rica, y en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que han adquirido rango constitucional, igualmente resguardada por el art. 14 bis, tercer párrafo, de la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna). En definitiva, si de poner un dique de contención a los abusos se trata, no ha de olvidarse que el art. 1069, segundo párrafo, del Código Civil, dispone como resorte general la morigeración equitativa de la indemnización en mérito a la situación patrimonial del deudor. Sin perjuicio que igual finalidad se logra exigiendo cabal certeza al daño y relación de causalidad adecuada con el hecho, sobre la base de la prudente ponderación de las circunstancias del caso, sin el mérito recurso de negar a

uno lo que a otros se concede en similares situaciones (Bueres - Highton "Código Civil..." t. 3 A, p. 181). Por conclusión, mediando en este caso la diferencia de otros y petición expresa de la actora, fundada y oportuna, que condujo a interrogarse sobre aspectos y relaciones singulares de la norma cuestionada antes no explorados, debe recurrirse a la solución extrema y declarar la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 1078 del Código Civil, con la salvedad que siendo el sistema de control de constitucionalidad vigente de carácter decisorio concreto, lo resuelto en torno a la inconstitucionalidad conduce a la inaplicabilidad de la norma en la parte afectada solamente al caso juzgado, sin derogarla, de modo que permanecer operando plenamente en los juicios donde no fuera acusada de inconstitucional, salvo doctrina vinculante de la Corte Suprema (Sagües, Néstor P., op. cit. t. 1, p. 232)....." LLBA 2006 (mayo), 552.-

También podemos señalar el siguiente fallo en el mismo sentido: "En cuanto al segundo motivo de queja por el rechazo de la reparación del daño moral, el art.1078 del C.Civil solo contempla la legitimación para pedirlo por parte los damnificados directos, a menos que del hecho hubiese derivado la muerte de la víctima, caso en el cual la acción la tienen los herederos forzosos, siendo de destacar que la norma es aplicable dado que, de acuerdo a la doctrina de la casación provincial, la acción por mala praxis médica o deficiente atención en hospitales públicas es extracontractual (Ac. 72.067 del 19/02/02, Ac. 84.389 del 27/04/05). Tal limitación ha motivado las mas acérrimas críticas por parte de la doctrina, dado que nadie puede dudar de las aflicciones a los sentimientos y perturbaciones anímicas padecidas, por ejemplo, por los padres por un grave accidente sufrido por un hijo, y su falta de debida reparación produce un sentimiento de notoria injusticia, que se agiganta cuando las lesiones sufridas por el hijo derivan en una incapacidad de por vida, que hace que los padres deban atenderlo siempre, con el trastorno emocional y de la forma de vida que ello implica (conf. Zavala de Gonzalez, Matilde, comentario a art. 1078 C.C. en Bueres-Highton, Csdigo Civil Anotado, Hammurabi, Bs. As., p. 181). No obstante, el texto del art. 1078 obsta, en principio, al progreso del agravio, ya que siempre ha sido minoritaria en la doctrina y la jurisprudencia la tesis de que las lesiones o la discapacidad sufrida por un hijo producen un daño moral directo en sus padres y por lo tanto estarían legitimados por la norma (postura sostenida en minorma por el Dr. Negri en el reciente fallo de la S.C.B.A., Ac. 85.129, "C., L. A. y ot. c. Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y ot.", del 16/05/07). Ha prevalecido, por el contrario, el criterio de que damnificado directo es

el que sufre el daño en calidad de víctima inmediata, e indirecto el que lo experimenta en razón de su vinculación o relación con la víctima, o quien lo sufre por repercusión del agravio inferido a éste (voto del Dr. Hitters en causa citada; "daño de rebote" de acuerdo a la terminología de la doctrina francesa, conf. Trigo Represas - Lopez Mesa, "Tratado de la responsabilidad civil", La Ley, Bs. As., 2004, t. I, p. 528). Por otro lado, mas allá de la interpretación del significado literal de la expresión "directo" del artículo, no caben dudas que la interpretación teleológica conduce a igual conclusión, dado que la finalidad del legislador de 1968 fue incorporar el resarcimiento del daño moral por los hechos ilícitos, pero limitar la legitimación activa para reclamarlo, ante el temor de que pudiera generarse una catarata de acciones indemnizatorias, en la medida que cualquier persona ligada por un vínculo afectivo (incluidos los amigos) pudiera pretender ejercerlas (Llambías, "Ley 17.711: reforma del Código Civil", JA, 1968-IV, p. 918; Trigo Represas, "Resarcimiento de los daños causados por los actos ilícitos", en AA.VV., Morillo-Portas Coordinadores, "Examen y crítica de la reforma del Código Civil", V. 1, Ed. Platense, 1971, p. 161). Siendo ello así, solo por vía de su declaración de inconstitucionalidad puede dejar de aplicarse el art. 1078, y no habiéndose pedido expresamente por la actora corresponde decidir si puede hacerse de oficio. Ello es posible dado que ha sido finalmente aceptado por la Corte Suprema Nacional (fallos "Mel de Pereyra" del 27/09/01, LA LEY, 2001-F, 891, y "Banco Comercial de Finanzas", 19/08/04, ED, del 2/09/04), y por la Suprema Corte provincial (L. 80.156, "Martínez", 31/03/04; L. 78.351, 1/04/04; L. 74.311, 29/12/04; L. 80.598, 12/10/05; L. 79.387, 17/05/96; L. 84.131, 8/06/05; entre otros), criterio que ha sido seguido por esta Sala (causa n° 108.783, "A.F.I.P. c. Terrasa Hnos. S.R.L.", 17/06/04, pub. en LLBA, 2004-205; y "Freggiaro c. Aeroclub Lujan" del 3/09/06, pub. en ED, del 24/11/06). Por otro lado, en la causa de la S.C.B.A. arriba citada (Ac. 85.129), en la que precisamente se declaró la inconstitucionalidad del art.1078, se hizo de oficio. Habilitado entonces el tratamiento de la cuestión, no cabe sino seguir la doctrina del máximo tribunal de la provincia expresado en este último fallo reciente, dictado en un caso que reúne características que guardan cierta similitud con el de autos. En efecto, si bien el mismo fue mucho más dramático dado que versa sobre un niño que había perdido toda movilidad motriz al punto de que debía ser alimentado por sonda, la similitud radica en que requería un cuidado y atención permanente de sus padres, lo que motivó que el alto tribunal estimara de una gran injusticia no reconocer que los progenitores padecían un daño moral concreto de extrema magnitud. En el caso de autos, como se ha expuesto en

los apartados anteriores, el niño Facundo también padece de enfermedades y discapacidades irreversibles, que obligaran a que sea atendido por sus padres el resto de su vida. Dice el Dr. Roncoroni en el fallo citado que el art.1078 consagra una violación al principio de igualdad ante la ley (art. 16, C.N.), dado que implica una disparidad de tratamiento respecto de los que han sufrido daño patrimonial, ya que el art. 1079 no establece igual limitación de la legitimación para el reclamo del daño patrimonial, y que el fundamento de la distinción (evitar la proliferación de juicios) no es razonable, toda vez que la existencia de un daño cierto y la relación causal adecuada son suficientes para poner coto al desmadre que se pueda generar. Por su parte, el Dr. De Lazzari agrega que la incompatibilidad con la carta magna se deriva también de la violación del principio "alterum non laedere", que tiene, de acuerdo a la doctrina de la Corte Nacional, fundamento constitucional, y que implica que la reparación debe ser plena e integral. Añade que ello se halla consagrado en los tratados internacionales con jerarquía constitucional. Así, el art. 21.2 de la C.A.D.H. establece que "ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de una indemnización justa", y el art. 5 ampara el derecho a la integridad personal, al decir: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral". Desde otro punto de vista, sostiene que el art.1078 implica una reglamentación irrazonable de derechos con violación del art. 28 C.N. Ello así porque no se justifica que los damnificados indirectos posean acción en la esfera patrimonial (art. 1079), y que no la tengan para reclamar el daño moral, toda vez que el desborde litigioso que se procura evitar puede encontrar su quicio en los jueces, quienes constataran rigurosamente la reunión de los presupuestos necesarios para la admisión de la responsabilidad, ejercitando activamente sus atribuciones para marginar abusos (art. 1071 C.C.), y, en su caso, para morigerar equitativamente las indemnizaciones (art. 1069 2do. parr. C.C.). Como destaca el Dr. de Lazzari, la Corte Nacional brindó sustento constitucional al derecho a la reparación en los fallos "Santa Coloma" (Fallos: 308:1160), "Gunther" (Fallos: 308:1118) y "Lujan" (Fallos: 308:1109) del 5/08/86, que extrajo del "alterum non laedere" del art.19 de la C.N. (conceptos "entrañablemente unidos" según la Corte). No es el único fundamento. También, como ha señalado Saglis ("Notas sobre el derecho constitucional a la reparación", ED, del 2/06/03) se lo ha considerado derecho inferido de los arts. 14 y 17 de la C.N. (C.S.J.N., "Motor Once", ED, 134-411), derivado del fin de afianzar la justicia contenido en el preambulo ("Santa Coloma"), o como derecho implícito o no enumerado del art.33 de la C.N. Y, a partir de la reforma constitucional de 1994,

inferido de disposiciones de tratados de derechos humanos, como el art. 10 de la C.A.D.H. que reconoce el derecho a la reparación del que ha sido condenado penalmente y luego absuelto en un juicio de revisión, del art.13 que reconoce la reparación de daños a la reputación de las personas causados por la prensa, o el art. 63 de la misma convención que establece que la Corte Interamericana puede disponer que se reparen las consecuencias de la medida considerada violatoria de los derechos por ella tutelados. A ellas deben sumarse las normas citadas por el Dr. de Lazzari. Reconocido el sustento constitucional, la duda se plantea en relación a su alcance. En especial a la validez de las limitaciones cuantitativas a la reparación previstas por las leyes, tema especialmente tratado por la Corte Nacional en el fallo "Aquino" del 21/09/04 (L.L. Supl. Esp. del 27/09/04). En el mismo el alto tribunal no censuró todo régimen limitativo, pero dejó sentado que, como toda reglamentación de un derecho, no podía ser degradado, desnaturalizado o alterado cualitativamente (art. 28, C.N.) (criterio que se deduce, como denominador común, de los distintos votos). No pudiendo restablecerse la situación anterior a la violación del derecho, se impone. Dijeron los ministros Petracchi y Zaffaroni. Una "justa indemnización". Así las cosas, era lógico que se planteara el cuestionamiento constitucional del art. 1078 del C.C., y a los pocos días de dictado el fallo, el reconocido civilista Ramón Daniel Pizarro propuso que se hiciera una "relectura" del mismo ("La Corte consolida la jerarquía constitucional del derecho a la reparación", en L.L. Supl. Especial del 27/09/04). Casualmente, señaló que el desconocimiento de la legitimación de los padres en el caso de una lesión discapacitante de un hijo que lo hubiese reducido a una vida vegetativa, degradaba la esencia misma del derecho a la reparación. Es decir, ya no se trataba de una mera reglamentación razonable, toda vez que había lisa y llanamente una conculcación de la esencia misma de ese derecho. Recordó también que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando hacma aplicación del art. 63.1 de la Convención, era mas amplia que lo que nuestra legislación interna (art. 1078) admitía. Así, por ejemplo, reconoce el derecho al resarcimiento del daño moral por parte de los hermanos de la víctima. (el subrayado es propio por ser atinente al caso) Comparto la opinión del jurista cordobés, que se anticipó al fallo de la Suprema Corte de la provincia. No cabe duda, a mi juicio, que si se admite que existe un derecho constitucional a la reparación, el mismo no puede ser desnaturalizado en su contenido esencial por la ley que lo reglamente a riesgo de traspasarse el límite que el constituyente pone al legislador por medio del art.28. Y, mas alla de que puede ser

discutible el alcance que puede darse a la legitimación activa para reclamar el resarcimiento del daño moral, dada su intangibilidad y que, tanto en su efectiva producción como en su cuantificación, depende de la discrecionalidad de los jueces (lo que hace que sea lógico que el legislador no quiera que a criterio de los mismos quede librada la determinación de los legitimados por sus imprevisibles consecuencias), lo cierto es que, cuando el damnificado directo ha sufrido lesiones incapacitantes que obligan a sus padres a atenderlo de por vida, tal aniquilación de la esencia del derecho se produce con toda evidencia. No se me escapa que la aplicación de esta nueva doctrina de la casación provincial debe ser muy prudente y cautelosa, dado que no es cuestión de extenderla a cualquier supuesto en que un damnificado indirecto alegue el sufrimiento padecido por las lesiones a la integridad física sufridas por un ser querido, ya que en los votos que he citado (conformadores de la mayoría) especial énfasis se pone en las particulares y desusadas características del caso analizado, no extensible con facilidad a otros supuestos. Pero, reiterando lo dicho, entiendo que el caso de autos reúne, en lo principal, las similitudes suficientes (grado de incapacidad física e intelectual que obliga a un cuidado y atención de por vida por parte de los padres) como para aplicar el precedente. Por consiguiente, propongo que se declare inconstitucional el art. 1078 del C.C. en cuanto limita la legitimación activa para el reclamo del daño moral a los damnificados directos, y se modifique la sentencia apelada, reconociendo a los padres la suma de pesos setenta mil (\$70.000) para la madre y pesos cincuenta mil (\$50.000) para el padre (art. 165, C.P.C.C.)." (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I, Fecha: 12/06/2007 ; Partes: A., H. y otros c. Hospital Municipal Mariano y Luciano de la Vega y otros - Publicado en: LLBA 2007 (agosto), 750, con nota de Félix A. Trigo Represas - RCyS 2007-VIII, 90). Conf.: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires 16/05/2007; L. A. C. y otro c. Provincia de Buenos Aires y otro - DJ 13/06/2007, 453, con nota de Marisa Gabriela López Bravo - RCyS 2007-VI, 47 - LLBA 2007 (junio), 505, con nota de Marisa Gabriela López Bravo - LA LEY 20/06/2007, 8, con nota de Roberto A. Meneghini - DJ 04/07/2007, 680, con nota de Matilde Zavala de Gonzalez - LA LEY 16/07/2007, 5, con nota de Juan Carlos Boragina; Jorge Alfredo Meza - LA LEY 07/09/2007, 5, con nota de Matilde Zavala de Gonzalez - LLBA 2007 (setiembre), 870, con nota de Graciela B. Ritto; Pedro Marcelo Sexe).-

En consecuencia y no habiéndose cuestionado que la recurrente y su hermana - la víctima -, vivían juntos y se complementaban en sus necesidades hogareñas

compartiendo una convivencia de escasos ingresos corresponde fijar la indemnización del daño moral solicitado.-

Esta Cámara a partir del precedente "Painemilla" (se. nº 105 del 30-07-87) ha sostenido el principio de que no es dable cuantificar el dolor ya que la discreción puede llegar a convertirse en arbitrio (J.C.IX-9-31) concluyéndose en cuanto a la tabulación concreta de este rubro, que su estimación es discrecional para el Juzgador y poca objetividad pueden tener las razones que se invoquen para fundamentar una cifra u otra.- Es más el prurito de no pecar de arbitrario que la efectiva invocación de fundamentos objetivos, lo que lleva a abundar en razones que preceden a la estimación de la cifra final.-La única razón objetiva que debe tener en cuenta el Juzgador para emitir en cada caso un pronunciamiento justo, es además del dictado de su conciencia, la necesidad de velar por un trato igualitario para situaciones parecidas (El daño moral en las acciones derivadas de cuasidelitos, Sosa- Rezaval, p. 6).-

Los trastornos que ocurren en casos como el presente importan explicables angustias, preocupaciones, padecimientos que son fuentes de sufrimientos de difícil cuantificación.- Corresponde entonces llegar a una indemnización no como forma de compensar dolor con placer sino de contribuir a superar la conmoción íntima que el sufrimiento genera mediante el alivio que pueda crear a su vez el aporte excepcional que se acuerda a la víctima o a sus derechos habientes a título de satisfacción de legítimos intereses debiendo para su determinación hacer mérito del padecimiento apreciado en relación a las circunstancias de la causa (Morello y otros, op. citada, To. II-C, p. 239) y, como lo he señalado mas arriba, considerando de alguna manera, de existir, los parámetros tenidos en consideración por ésta Cámara.-

No obstante, el control o registro que se refiere en el trabajo mencionado, de indemnizaciones otorgadas, no comprenden casos similares que permitan una evaluación del modo indicado, no obstante los muy variados supuestos de daños corporales o pérdidas de vidas humanas.-

En consecuencia y en ejercicio de la facultad que otorga el art. 165 del CPCC., a falta de pautas concretas, remitiéndome con prudencia a mis propias máximas de experiencias, acogiendo el recurso de la actora, propongo fijar la indemnización por daño moral en la suma de \$ 30.000.- (se incluye el daño moral por la lesión psicológica como se verá mas adelante al tratar el punto 2.b.-) mas adelante con mas sus intereses a la tasa mix del Banco de la Nación Argentina desde la fecha del siniestro hasta el momento de su efectivo pago.- Con costas a los accionados.-

2.- Por su parte la demandada formula sus agravios a los distintos daños y perjuicios reconocidos por la sentencia.-

a) En primer lugar se alza contra el reconocimiento que hace la sentencia de lo que la actora reclama por daño material y que el iudex a quo denomina "pérdida del valor vida" por el fallecimiento de la hermana, concluyendo, el a quo, que la indemnización debe fijar la pérdida de chance de ingresos futuros, obviando aplicar fórmula matemática alguna y la determina en la suma de \$ 7.500.- con mas los intereses a la tasa mix desde la fecha del siniestro y hasta el momento del efectivo pago.-

Esa supuesta incapacidad sobreviniente con motivo del fallecimiento de la hermana con quién convivía en la casa paterna luego del fallecimiento de los padres y el retiro de sus otros medio hermanos no solo ha de estar referida a una disminución de aptitudes sufrida por el actor para obtener lucros futuros, es decir, una "chance" frustrada de percepción de ganancias como lo señala el a quo, sino también cualquier disminución de ingresos que hubiese experimentado en su patrimonio.-

Pero en este supuesto de réditos económicos correspondía al actor peticionante probar la chance perdida de obtener ingresos o ganancias porque esa expectativa no se presume en razón de no ser lo que acostumbra a suceder según el tránsito normal de la vida, como lo afirma la demandada.-

Así es que en autos se advierte que no existen determinados elementos o antecedentes que autoricen a aceptar que el fallecimiento de la hermana le hubiese acarreado algún perjuicio; en primer lugar porque la prueba testimonial producida no lo acredita.-

El testigo Gonzalez a fs.23 y 120/121 al responder las preguntas 3 y 4 del interrogatorio de fs.11 vta. manifiesta que el actor "hacía changuitas y en la temporada trabaja en una chacra" y que el medio de vida eran "esas changuitas"; José Alfredo Villaroel a fs. 23 vta. y Pablo Adrián Villaroel a fs.24 y 122 se expiden en el mismo sentido.-

Asimismo, al absolver posiciones el actor a fs.131/132 también lo reconoce y afirma que a ese momento no tenía trabajo y " anduvo entregando curriculum en Neuquen.-" Es decir que no se ha acreditado en autos perjuicio económico alguno ocurrido con el fallecimiento de la hermana del reclamante aunque fuese de manera indirecta en su persona, en sus derechos o facultades.-

"En lo que hace a la llamada "incapacidad económica sobreviniente" - a veces se alude a la "incapacidad laborativa sobreviniente"-, esta claro que esta partida se refiere esencialmente a una merma de aptitudes que sufre el individuo para obtener lucros futuros, sea en las tareas que habitualmente suele desempeñar o en otras. Es una chance

frustrada de percepción de ganancias. Pero el daño no se agota en ello, ya que, además, comprende cualquier disminución mensurable económicamente que experimente el dañado - p. ej. la imposibilidad de barrer el piso, de llevar los hijos al colegio, de "correr" para tomar un autobús - con los consiguientes trascendidos negativos que esas disminuciones generan en el patrimonio. " (Zavala de Gonzalez, Matilde M., "Daños a las personas. Integridad sicofísica", t. 2.a., ps. 315 y 316, 332 y 339).-

"Los hermanos legítimos de la víctima del homicidio pueden obtener indemnización si prueban el daño consistente en la pérdida de una prestación alimentaria actual o desaparición de la chance de una probable ayuda futura.-" (Llambías, Código Civil Anotado, tº II-B, p. 357, nº 20 y jurisprudencia allí citada).-

Por todo ello propongo hacer lugar al agravio de la demandada recurrente y revocar la recepción de ese rubro por la suma de \$ 7.500.- con costas a la actora.-

b) Se queja la demandada por la admisión del daño psíquico bajo la forma de daño patrimonial indirecto y el elevado monto indemnizatorio fijado por ese concepto.- El iudex a quo lo fija en la suma de \$ 20.000.- mas intereses según considerandos de la sentencia recurrida.-

Cuestiona su procedencia y critica la pericial psicológica producida en autos donde se fija una incapacidad del 25% y al mismo tiempo considera la factibilidad de un tratamiento que la sentencia reconoce en otro de sus considerandos.-

Entiendo que le asiste razón al recurrente.-

Se ha señalado con precisión que " ... el daño psíquico supone una perturbación patológica de la personalidad de la víctima que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente.-" (Matilde Zavala de Gonzalez, Resarcimiento de daños, Daños a las personas, 2.a. p. 193).-

También dice la citada autora que "La peculiaridad del daño síquico como una de las posibles vertientes del reconocimiento de un daño moral (y además, eventualmente, económico) se aprecia en que, de ordinario, este no requiere prueba directa, sino que se infiere presuncionalmente, sobre la base de patrones de regularidad, a partir de la demostración de la situación lesiva y de las circunstancias atinentes a la víctima.-En cambio cuando la fuente del perjuicio invocado es un daño síquico, que de suyo implica un matiz patológico, se requiere demostración concreta, muy especialmente a través de un peritaje.- Si bien el daño síquico reposa predominantemente en la subjetividad de la persona, trasciende en actitudes y comportamientos (a veces, tiene también manifestaciones somáticas) y el avance de la ciencia posibilita su constatación a través

de los estudios científicos pertinentes.- Como lo recuerda Mosset Iturraspe (El valor de la vida humana, p. 71) "...los avances de la sicología y de la siquiatria, han permitido detectar en el ser humano, incluso al extremo de poder de individualizar el mal y sus características, dotándolas de un nombre propio , una serie importante de consecuencias que se traducen en la siquis y que se traducen en comportamientos y conductas.-" (Daños a las personas, integridad sicofísica, 2a. ps. 224/225).-

"Puede hablarse de la existencia de daño psiquico en un determinado sujeto, cuando este presenta un deterioro, disfunción, disturbio o trastorno, o desarrollo psico-génico o psico-orgánico que afectando sus esferas afectivas y/o intelectual y/o volitiva, limita su capacidad de goce individual, familiar, laboral, social y/o recreativa.-.....Conforme lo antes expresado puédesse decir que daño psiquico en un individuo determinado, implica la existencia - en el mismo - de un trastorno mental, comprendido éste como la manifestación de una disfunción conductual psicológica o biológica del individuo, fuere cual fuere la causal que origine este.- (Mariano N. Castex, Daño Psiquico y otros temas forenses, pag. 17).-

Y por ello no debe confundirse el resarcimiento por daño moral que esta dirigido a compensar los padecimientos, molestias, angustias sufridas por la victima a consecuencia de un accidente, maxime desde el plano espiritual, mientras que el daño psicológico apunta a efectivas disfunciones y trastornos de orden psiquico que alteren la personalidad integral de la victima y su vida de relación (Cam. Com.: A - Mag.: Jarazzo Veiras - Míguez de Cantore - Viale - 16/12/92 - idem).-

También hay que señalar que el daño psíquico o psicológico - como secuelas similares de un accidente - se configuran mediante la alteración de la personalidad, la alteración profunda del equilibrio emocional de la víctima que guarda adecuado nexo causal con el hecho dañoso y que extrae una significativa descompensación que perturba su integración en el medio social (Daray, Accidentes de Tránsito pag. 481, sum. 15 con cita de jurisprudencia).-

En relación a su inclusión dentro del daño moral que cierta jurisprudencia hace notar, la diferencia es clara porque el resarcimiento por este último esta dirigido a compensar los padecimientos, molestias, angustias sufridas, maxime desde el plano espiritual, mientras que el psicológico apunta a efectivas disfunciones y trastornos de orden psiquico que alteren la personalidad integral de la victima y su vida de relación.-

Y es precisamente en el caso de autos que el peritaje psicológico es el que determina el daño psiquico subsanable - en este caso puede calificarse el disturbio o trastorno -

mediante el debido tratamiento psicológico cuyo costo ha establecido el dictámen a fs. 170 (noveno punto de pericia) y recogido en la sentencia recurrida.-

De allí que frente a esa evidente contradicción del peritaje cabe señalar la procedencia de la queja efectuada por la actora y entender comprendida dentro del daño moral (compensar los padecimientos, molestias, angustias sufridas, maxime desde el plano espiritual) con mas sus respectivos intereses como allí se indica.-

Así lo propicio con costas a la parte actora.-

c) Tambien se agravia la demandada por el monto del tratamiento psicológico reconocido en la sentencia en la suma de \$ 1.200.-

Por las mismas razones indicadas al tratar el punto anterior y la procedencia del tratamiento aconsejado por la perito propongo el rechazo de la queja y se confirme la sentencia en este punto, con costas a la demandada.-

d) Se agravia la demandada por que el iudex a quo eximió a la actora de las costas correspondientes a la parte que fuera desestimada pretendiendo que se impngan al actor las costas por la parte proporcional de los mayores importes que fueron desestimados, en relación con los rubros chance y daño psicológico.-

El iudex a quo ha aplicado la doctrina de esta Cámara y en relación al primer punto he dicho que: "Siendo la indemnización de la chance la de la chance misma y no de la ganancia, es decir que se indemniza la pérdida de posibilidades y no el daño positivo, esto implica que su determinación queda librada al arbitrio judicial que deberá apreciar la entidad y suficiencia de las probabilidades de que la chance se convirtiera en cierta, o lo que es lo mismo, que el valor de la frustración estará dado por el grado de posibilidad de ocurrir la pérdida frustrada.- (E.D., tº 177, p. 479, nºs 189 y ss.).-

Por consecuencia y habiéndolo sido rechazado este reclamo de la actora e impuesto a la misma las costas de conformidad a la evaluación efectuada por el iudex a quo, se rechaza esta parte del agravio.-

En cuanto al segundo punto, daño psicológico, que ha sido rechazado en el punto b) transformándose en daño moral, también ha sido el resultado de la evaluación del señor Juez sin que en ello hubiere incidido en modo alguno las afirmaciones del apelante.-

Propongo rechazar el agravio.-

e) La demandada formula queja en relación a las costas cuyo límite establecido por la ley 24.432 lo es del 25% del monto de la condena incluyendo gastos causídicos, tasa de justicia, contribuciones, sellados, honorarios de abogados y peritos, aportes a Caja Forense y cualquier otro gasto devengado con motivo de la sustanciación de los juicios

acumulados.- Y que habría sido violado por el iudex a quo.-

Sin perjuicio de que en el supuesto es de aplicación lo dispuesto por el art.77 del CPCC. (Ley 4142 de la Provincia, similar a lo dispuesto por la ley 24.432 citada por el recurrente) corresponde señalar que contrariamente a lo que este afirma, no comprende mas que los honorarios de todo tipo, sin tener en cuenta el monto de los honorarios de los profesionales que hubieren representado, patrocinado o asistido a la parte condenada en costas ni tampoco a lo que el recurrente denomina gastos causidicos y enumera en el agravio.-

Por ello propicio se rechace la queja.-

3.- La perito Licenciada en Psicología Gladys Mabel Hernandez deduce recurso de apelación por considerar bajos los honorarios que le fueron regulados en la sentencia de primer grado en la suma de \$ 800.- sobre un monto base de \$ 28.700.-

Sin perjuicio de señalar que los honorarios de los peritos deben determinarse no sobre el monto del juicio sino sobre la comprobación hecha por dichos profesionales, que pueden referirse a una suma distinta a la del objeto del juicio, como en el caso de autos y que ellos deben guardar relación con los que en el proceso se regulan a los letrados intervinientes durante todo el trámite del juicio, en el caso de autos destaco que, no obstante el exahustivo y detallado informe de fs.163/171 y explicaciones de fs. 178/184, de acuerdo a lo expuesto con motivo del recurso de apelación de la parte demandada, he considerado la inexistencia del daño psicológico tasado en el 25 %, habida cuenta, valga la redundancia, la inexistencia de tal lesión material y permanente, toda vez que, al mismo tiempo se informa de la posibilidad de un tratamiento del actor para superar las consecuencias del accidente que origina estas actuaciones.-

Lo regulado importa un 2,8% del monto base que, ante el extenso trabajo de la perito, estimo corresponde elevar a la suma de \$ 860.- lo que así propongo.-

4.- En razón de todo lo expuesto propicio: I.- Hacer lugar al recurso planteado por el actor.- II.- Declarar la inconstitucionalidad del art. 1.078 del Código Civil.- III.- Revocar parcialmente la sentencia de Primera Instancia, condenando a Mariano Rubén Iglesias y a la Caja de Seguros S.A. a pagar a Hilario Norberto Jerez, la suma de \$ 30.000.- en concepto de indemnización por daño moral con mas los intereses indicados en los considerandos.- IV.- Hacer lugar parcialmente al recurso de los demandados, Mariano Ruben Iglesias y la Caja de Seguros S.A. y revocar la sentencia de Primera Instancia parcialmente rechazando la indemnización otorgada en concepto de daño material y psíquico por las sumas de \$ 7.500.- y \$ 20.000.- respectivamente,

confirmándola en los demás rubros.- V.- En la Primera Instancia imponer las costas en la proporción del 54 % a la demandada y el 46 % a la actora y regular los honorarios del Dr. Jorge A. Gomez en la suma de \$ 12.600.- y del Dr. Daniel E. Cuomo en la suma de \$ 8.218.- (M.B. \$ 58.700.-; arts. 6, 6 bis, 7, 9, 11, 19, 39 y ccs. ley 2212).- VI.- Por el recurso de la parte actora se imponen las costas a la parte demandada y se fijan los honorarios de esta Azada del Dr. Daniel E. Cuomo en la suma de \$ 1.260.- y los del Dr. Jorge A. Gomez en la suma de \$ 1.680.- (M.B. \$ 30.000.- arts. citados y 14 de dicha ley).- VII.- Por el recurso de la parte demandada se imponen las costas en el 95 % a la parte actora y el 5 % a la parte demandada y en la Alzada se regulan los honorarios del Dr. Jorge A. Gomez en la suma de en la suma de \$ 2.345.- y los del Dr. Daniel Cuomo en la suma de \$ 820.- (M.B. 28.700.- arts. citados precedentemente). VIII.-Hacer lugar al recurso de la Licenciada Psicóloga Gladys Mabel Hernandez y elevar sus honorarios a la suma de \$ 860.- IX.- A los fines de las regulaciones de honorarios en los puntos respectivos precedntes se han tenido en cuenta la naturaleza de la cuestión planteada, su complejidad, etapas cumplidas y el mérito de la labor profesional estimada por su calidad, extensión y eficacia de los trabajos.- ASI VOTO.-

EL SR.JUEZ DR.JORGE O.GIMENEZ, DIJO: Que he de disentir con la motivación y por consecuencia con lo propiciado por el sr. juez que me ha precedido en el voto de este Acuerdo. El a quo ha rechazado legitimación activa al hermano de la víctima para venir a demandar por la reparación del daño moral que dice haber padecido. Contra esto se agravia el accionante, tan tímidamente que sólo esgrime razones efectistas, que pueden admitirse desde la mera presunción hominis que cabe reconocer al severo suceso de la pérdida de la vida de un hermano. Y reproduce doctrina jurisprudencial inaplicable, desde que se refiere al clásico dilema si la acción dada a los herederos forzosos, en los términos del art. 1078 del Código Civil, se otorga a todos ellos o sólo a los de vocación actual. Y ello, que fue resuelto por nuestro Superior Tribunal de Justicia en el caso GOSENDE (Sentencia del 16/07/98) y tal como el preopinante se ocupa de advertir en su inicio, ya no es doctrina obligatoria para los jueces de grado dada la superación del plazo que fija para su vigencia el art. 289 del código de rito. Pero como se advierte, tal cuestión nada tiene de aplicación en la especie, donde es un heredero no forzoso el que viene por el daño moral que dice padecido, tal el colateral en segundo grado, su hermano.-

El criterio innovador que propicia el magistrado precedente en este Acuerdo, y digo innovador desde que hasta hoy esta Cámara, con su voto explícito en tal sentido (Se. nº

2 del 02/02/2004 y Se. n° 28 del 15/04/1999; en los casos “COLLAZO c/HOSPITAL ZONAL LOPEZ LIMA” y “PARRA c/TESOLIN”), se ha pronunciado por la negativa a tal legitimación, por la simple y directa motivación de la aplicación del texto de la ley, tal el art. 1078 del Cód.Civil, se apoya en su adhesión a dos fallos judiciales que transcribe. Y opino que ninguno de los dos resulta asimilable al caso, más allá de que tampoco comparto –sino como propuesta de lege ferenda- la motivación que justifica la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil.-

El primer caso fallado (LLBA mayo/2006,552) se ocupa en prevenirse explícitamente de la necesidad de la petición expresa de la actora, fundada y oportuna, que condujo a interrogarse sobre aspectos y relaciones singulares de la norma cuestionada antes no explorados, de allí que la norma revisada (art.1078) deba “permanecer operando plenamente en los juicios donde no fuera acusada de inconstitucionalidad, salvo doctrina vinculante de la Corte Suprema” . Y como se advierte sin hesitación, en la especie ni fue opuesto tamaño reproche de vulneración al plexo constitucional, ni tampoco aparece enmarcado entre la doctrina vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. De forma entonces, que aún cuando en el segundo fallo se dice que la facultad oficiosa procede de oficio, sobre la doctrina de la Corte Suprema, el precedente parte de condicionar la habilitación al previo planteo, oportuno y fundado, de tal máxima tacha. La misma Corte ha sostenido la necesidad del debido planteo y debate, como recaudo de su admisibilidad, tal el caso PARISI c/OBRA SOCIAL del PAPEL CARTÓN y QUÍMICOS y OTROS, T 326, F 3961, así como diferentes Cortes Provinciales, tal como esgrime el demandado en su responde de fs. 235. Pero aún superando este dilema si –en el caso especial del segundo párrafo del art. 1078, según texto de la ley 17.711 del año 1968- procede o no de oficio su declaración de inconstitucionalidad, no juzgo aplicables las razones que se dan en ambos fallos, al caso de la especie. Y daré razones de ello.-

El segundo de los fallos dirime la pretensión al resarcimiento que por daño moral reclamaron los padres de una víctima menor de edad, a la vez sostenido por un precedente de la Corte de la Provincia de Buenos Aires. Y nada mas claro que su texto para comprender la muy especialísima circunstancia de los hechos juzgados. Así allí se dice:”... en la causa de la S.C.B.A., arriba citada (Ac.85.129), en la que precisamente se declara la inconstitucionalidad del art. 1078, de oficio. Habilitado entonces el tratamiento de la cuestión, no cabe sino seguir la doctrina del máximo tribunal de la provincia expresado en éste último fallo reciente, dictado en un caso que reúne

características que guardan similitud con el de autos. En efecto, si bien el mismo fue mucho más dramático dado que versa sobre un niño que había perdido toda movilidad motriz al punto que debía ser alimentado por sonda, la similitud radica en que requería un cuidado y atención permanente de sus padres, lo que motiva que el alto tribunal estimara de una gran injusticia no reconocer que los progenitores padecían un daño moral concreto de extrema magnitud. En el caso de autos, como se ha expuesto en los apartados anteriores, el niño Facundo también padece de enfermedades y discapacidades irreversibles, que obligarán a que sea atendido por sus padres el resto de su vida.” (sic, la bastardilla me pertenece). Y sobre el agravio al no reconocimiento de tan gran injusticia el juzgador del precedente construye, de oficio, un andamiaje jurídico que lo lleva a conceder el daño moral a estos padres. La pregunta que se impone es: ¿es aplicable tamaña solución, en detrimento de una norma añeja en nuestro derecho sustancial, sólo admitida en casos excepcionalísimos como los del precedente, por razones de grave e intolerable injusticia, al caso ahora en análisis, donde un hermano invoca el –seguro- gran dolor padecido frente a la muerte de su hermana?. Tengo la plena convicción que no. Y no es una certeza subjetiva, sino basada en el ordenamiento dado por el legislador, quien en uso de la prerrogativa constitucional y republicana de sancionar la ley, ha puesto un límite al derecho de reparación frente a tan subjetivo padecimiento como traduce el daño moral. Se deben tener severísimas razones, y más aún cuando se juzga de oficio, sin debate ni contradicción previa, para fulminar la vigencia de una norma del código civil (que nos rige sin escándalo desde el 1º de Julio de 1968), más allá del dogmatismo constitucional que contienen los grandes principios del derecho privado que se consagran en la Carta Magna. No me parece suficiente para ello, que de oficio, en un caso que nada tiene de asimilable a los de los precedentes transcriptos, sin debate y contradicción suficiente, se declare la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 1078 del Código Civil. Y ello fue expresamente declarado en la doctrina judicial que se invoca cuando se dice:”...especial énfasis se pone en las particulares y desusadas características del caso analizado, no extensible con facilidad a otros supuestos”. (sic).

El criterio que propicio mantener lo hemos compartido con el juez precedente en las sentencias ya individualizadas, en donde sostuve que: ”No se desconoce que calificada doctrina, tales como la opinión de los Dres. Mosset Iturraspe, Kemelmajer de Carlucci y Molinas (tal como las dichas en las Jornadas sobre Temas de Responsabilidad Civil por Muerte o Lesión de Personas, Rosario, 1979) propicien la extensión del resarcimiento

por daño moral a favor de otros parientes, más allá de los legitimados por el art. 1078 CC, que hayan acreditado haber sufrido una lesión en sus intereses legítimos. Y se puede estar a favor o no del tal extensión de lo que debe ser el derecho subjetivo derivado del daño moral que se dice sufrido, pero ello será una recomendación académica de lege ferenda hasta tanto el legislador nacional, esto es, hasta que quien tiene la prerrogativa constitucional de sancionar las leyes, la convierta en texto vigente y aplicable, de lege data. Hasta tanto, y como bien juzga el grado, sólo serán los herederos forzosos los legitimados activos para demandar por la reparación del daño moral producida por la muerte de su causante” (sic). Y tal pacífico criterio jurisprudencial, vino a completar lo que también supe sostener en el fallo “PARRA c/ TESOLIN” (Se n°28 del 15/04/99) al decir: “El art. 1099 cuando concede legitimación por daño moral sufrido por delitos como la injuria o la difamación, sólo la concede a la víctima, previendo que no pasa a los herederos y sucesores universales, sino cuando hubiese sido entablada por el difunto”. Adviértase que en el supuesto, cuando la ley ha querido dar legitimación a los sucesores, para continuar la acción ejercida en vida por el damnificado (iure hereditatis), lo ha hecho a favor de “los herederos y sucesores universales”, esto es, sin excluir a nadie (más allá del grado de parentesco y su vocación hereditaria consecuente), mientras que cuando lo ha querido hacer –en el mismo daño moral- lo ha hecho mencionando a los herederos “forzosos”. (sic).

Por estas razones voto por la negativa respecto al agravio de la actora, debiéndose en consecuencia confirmar la juzgada falta de legitimación activa por el daño moral demandado por el hermano de la víctima.-

Recurso de la demandada. También he de plantear mi disidencia con lo propiciado por el primer votante Dr. José J. Joison. En efecto, el primer agravio se opone a consentir lo juzgado admisible como reparación frente a la pérdida de la chance, fijado en la suma discrecional de \$ 7.500,-. Se esgrime la falta de prueba por el daño efectivamente padecido, lo que pesó sobre el actor. Y la queja no contiene agravio, desde que tal como se dice, el juzgador ha dado mucho menos que lo pretendido, limitando sólo lo admisible a la frustrada expectativa del actor de recibir eventual ayuda en el futuro de parte de su hermana fallecida, y para su determinación juzga la ayuda recibida que presume la convivencia previa, la edad de ambos hermanos y contempla el futuro y verosímil derecho de alimentos que entre hermanos consagra el art. 367 del Código Civil. No ha dado daño alguno carente de prueba, y por ello, corresponde mantener el daño admitido, tal como la jurisprudencia con que concluye –en esto- su voto el juez

preopinante. Por ello esta queja propicio sea rechazada, confirmando el monto dado en concepto de pérdida de la chance como variable de la frustración del derecho dicho.-

En su segundo agravio la demandada se opone a consentir la suma dada por la sentencia atacada (\$ 20.000,-), en concepto de reparación por la afectación que a su capacidad productiva producen las lesiones psíquicas del actor, que tiene por ciertas y a las que reconoce en su nexo causal con la muerte de su hermana. Y le asiste razón. La queja centra su disconformismo reprochando no haberse distinguido –en el estado psíquico del actor- lo que fue consecuencia del hecho sobre el que ahora se atribuye responsabilidad, con su historia personal vinculada a los trágicos sucesos vividos a consecuencia de la muerte violenta de sus padres. Y le asiste razón. El peritaje es claro al respecto y se exploya detalladamente en la influencia que sobre la personalidad del actor han tenido tales sucesos, y cómo ellos resultaron el sedimento que luego, la muerte de su hermana, única conviviente, determinaron la pérdida de su equilibrio en los límites y con las características que describe el experto a fs.163/171 y sus explicaciones posteriores. Respecto a la incapacidad que tabula (25%) no me cabe duda que se trata de una incapacidad genérica no laborativa. Así el perito dice:”El entrevistado ha sufrido una experiencia de alto contenido emocional –el accidente de su hermana- que ha sobrepasado la capacidad de su yo –un yo debilitado por el acontecimiento traumático de la muerte de sus padres- de defenderse y tramitar montos de angustia traumática. Dejando al sujeto en un estado de vulnerabilidad, una disminución de energía para el desempeño de tareas debido a la invasión de conflictos que la bloquean reflejando una apatía general. Sus pensamientos tienen rasgos depresivos: incertidumbre por el futuro, pérdida de la autoconfianza y falta de competencia para desenvolverse en la vida. Posee pensamientos intrusivos y reiterativos del hecho, un alto monto de angustia y ansiedad, y un estado de desgano generalizado, lo que le impide armar un nuevo proyecto de vida, provocando una disminución en su capacidad de goce. Como respuesta al acontecimiento traumático presenta síntomas disosiativos, mostrando cierta disminución de la reactividad emocional lo que puede traducirse en una dificultad o imposibilidad para encontrar placer en actividades que antes resultaban gratificantes” (sic, fs.168). Estos conceptos reúnen los elementos que describen el diagnóstico del padecimiento psicológico del actor, logrado a partir de la evaluación de su realidad psíquica, en el marco de su historia personal, donde ambos sucesos trágicos le fueron determinantes, la muerte de sus padres y luego de su hermana. La pericia no me permite tener por cierto una minusvalía a su capacidad

laborativa, más allá de la apatía general o de desgano generalizado que puede padecer el actor. Lo que sí aparece claro y probado es la dolencia que padece y su necesidad de tratamiento, aún cuando el diagnosticador se ocupe explícitamente de afirmar su falta de certeza relativa a su resultado, (“...la evolución esta sujeta al compromiso y asistencia del sujeto al tratamiento; a la aptitud y habilidad profesional del psicoterapeuta elegido; a la concepción que éste tenga acerca de la cura, su objeto y su dinámica y a los efectos de la relación terapeuta-paciente (transferencia y contratransferencia) provoquen en él.”(sic, fs.184). Pero tal incertidumbre no es una consecuencia inmediata por la que el responsable del daño deba responder (cfr. art. 901 CC). De modo entonces, que no pudiendo ser parte de un daño moral al que la ley niega titularidad subjetiva (cfr. art. 1078 CC), el trastorno padecido será como tal un daño autónomo, de naturaleza patrimonial, traducido en el costo de su reparación, esto es, el monto que se estima necesario en la pericia para ser abordada y superada (si así ocurriere conforme lo dicho). Y ello hace la suma de \$ 1.200,- por el que prosperó este daño. No así la de \$ 20.000,- que no encuentra causa probada en la órbita de la incapacidad laborativa, tal como juzgó el grado. Por ello, propicio hacer lugar a este agravio, revocando la sentencia en tal sentido.-

Respecto a su tercer agravio, por las razones precedentes, corresponde su rechazo.-

El cuarto agravio de la demandada se alza contra la desestimación en orden a la imposición de las costas por los mayores importes por los rubros admitidos, así como de la base regulatoria, atento “..no haber existido actividad útil al respecto...”(sic). El recurrente esgrime su negativa argumental, de hecho y de derecho, que resultó labor conducente al resultado final de la litis. No le asiste razón. Se ha rechazado el daño moral, con costas. Y respecto de los rubros acogidos, la ahora propiciada revocatoria de la incapacidad psíquica, fue de estimación judicial, al igual que respecto de la pérdida de la chance. Y el daño material por el padecimiento psíquico, resultó objeto de prueba pericial en su cuantía. Lo resuelto responde a la doctrina que tiene de ajejo esta Cámara en tal sentido, por lo que no cabe admitir el agravio.-

Por el quinto agravio, adhiero a lo propiciado por el magistrado que me ha precedido en el voto de este Acuerdo. También por la negativa.-

En definitiva, propicio al Acuerdo: 1) Rechazar el recurso de apelación de la actora, con costas, fijando los honorarios de los abogados intervinientes en el equivalente al 30% de los regulados al punto 1 del resolutorio apelado. 2) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la demandada, reduciendo el monto de condena a la suma de \$ 8.700,-.

Las costas del recurso se impondrán en partes iguales a las partes, conforme el grado en que prospera y se rechaza. Los honorarios se regularan sobre la cuantía puesta en juego (\$ 28.700,-) fijándose los honorarios del Dr. Jorge Arturo Gómez en \$ 1.800,- y los del Dr. Daniel E. Cuomo en \$ 1.300,-. Siempre atendiendo a la extensión, calidad, naturaleza, complejidad y resultado de la labor cumplida. ASI VOTO.-

EL SR.JUEZ DR.OSCAR H.GORBARAN, DIJO: Llamado a dirimir la disidencia entre los dos Vocales preopinantes, sobre las distintas discrepancias que mantienen respecto a los distintos agravios, voy a inclinarme por la solución dada por el Dr. Gimenez, en función de las siguientes razones:

1) LEGITIMIDAD DE LA HERMANA DEL FALLECIDO PARA RECLAMAR LA INDEMNIZACION POR DAÑO MORAL: El primer votante declara de oficio la inconstitucionalidad del art. 1078 del Cód.Civil, que limita la acción resarcitoria por el rubro a los herederos forzosos, estando obviamente excluído el reclamante.- Es cierto que nuestra Constitución en su art.196 acuerda tal facultad a los Jueces de cualquier grado, pero debemos tener en cuenta que se trata nada más ni nada menos de una norma de competencia legiferante de orden exclusivamente nacional, en materia propia, que lleva más de cuarenta años de vigencia, a partir de la reforma de 1967, y que justamente amplió el espectro de posibles portadores de la acción, ya que antes se circunscribía exclusivamente a la víctima en razón de ser derecho personalísimo y como tal no se transmitía, salvo que la acción hubiese sido intentada en vida del causante.- Por supuesto que hay detractores del artículo, que puede parecer injusto en casos probados, pero ha sido una opción legislativa, en aras de limitar los que puedan accionar, y esto tiene que ver económicamente también con la posibilidad del aseguramiento, ya que sería difícil hacer proyecciones de eventuales coberturas de riesgos en estos casos, máxime cuando no existe tarifación.- El legislador ha tenido tantas razones atendibles como las de los que estan en desacuerdo.- Y esto queda fuera del control jurisdiccional de los jueces, por cuanto emana de un Poder del Estado, tan importante como el que ejercemos los magistrados.- Por ello la constitucionalidad de la norma se presume, y si razonablemente hay dos interpretaciones, se debe optar por la adecuación magna, siendo la declaración de inconstitucionalidad, la última ratio, criterio ya más que añejo de nuestra Corte Suprema de Justicia.- Sólo cabe admitir y más aún obrar de oficio, cuando la repugnancia con la norma de la cúspide de la pirámide es manifiesta y de incompatibilidad palmaria.- Debe tratarse de un acto de suma gravedad, puntual y probado, y no de discrepancias meramente dogmáticas o doctrinarias (Zarini, La

Constitución Argentina en la Doctrina Judicial, Astrea, págs. 156/59; Provincia de Río Negro, Sup.Trib. de Justicia, Jurisprudencia en causas originarias, año 1997, pág. 26, STJ, Calvo Amilcar y UNTER y otros, sentencias del 24/11/99).- Es cierto que es de presumir que los padres sufren en sus más íntimos sentimientos las muertes de sus hijos, como también los hijos respecto a éstos y los esposos entre si.- También los hermanos, los amigos íntimos, la novia o el novio, la pareja de años de convivencia, etc., y demás parientes.- Sería difícil elegir en caso de reforma, a quienes ampliar la legitimación.- Se clama por la de la pareja conviviente, y era razonable cuando obtusamente este país negaba la posibilidad del divorcio y nuevas nupcias.- Nadie duda de la posición política y de adhesión religiosa de la reforma de la ley 17.711, pero hoy no existen impedimentos para que las personas se divorcien y se vulvan a casar, con lo que no podemos tratar de igual manera a los que se ajustan a instituciones ancestrales y por supuesto vigentes, que los que no desean atarse a los vínculos legales que trae consigo el matrimonio.- Como de lege ferenda, el voto del primer votante puede tener andamiaje, pero la norma vigente se puede decir que tiene un criterio razonable a juzgar por los legisladores que durante tanto tiempo la han mantenido, con lo que escapa al control de constitucionalidad, y cuanto menos el oficioso.- La limitación fue conceptuada como una necesidad de encontrar un parámetro determinado, claro y preciso que pudiera dar una posibilidad abarcativa de situaciones injustas ante la muerte de un familiar, y a la vez frena imprevisibles y numerosas acciones de personas relacionadas de alguna manera con la víctima.(Conf: El daño moral por muerte del concubino, por Julia E.Gandolla, en Revista de Derecho de Daños, Rubinzal Culzoni, n° 6, pág.219; Felix A. Represas Pedro Cazeaux, Derecho de las Obligaciones, Librería Editora Platense, T.4, págs. 757/89).-

2) Receptación del rubro pérdida de chance: El primer votante recepta la apelación de la demandada, y revoca el resarcimiento otorgado.- El segundo propicia la confirmación.- No es lo normal que ocurra que frente a la muerte de un hermano, el otro, máxime si se trata de un varón, pueda sufrir una pérdida patrimonial como consecuencia del deceso, como ayuda futura posible.- No son consecuencias normales que se deriven del hecho.- Pero sin dejar de destacar lo restrictivo de la receptación, lo cierto es que las características del caso, los antecedentes, hacen posible el otorgamiento de una reparación.- Al tiempo del hecho eran personas de edad en que difícilmente se puedan insertar en un mercado restringido como el nuestro, por su escasa instrucción, a menos que fueren changas, trabajos ocasionales, o cíclicos de temporada que debido a la

tecnología, cada vez dura menos.- Se deduce una ayuda mutua con lo que se produce una pérdida real en lo inmediato y a corto plazo y otra eventual a mediano, con lo que la chance a juzgar por esos elementos bien ponderados por el a quo y el segundo votante, sin tener parámetros seguros como para cuantificar, parece razonable en su fijación.-

3) En los rubros incapacidad síquica y daño síquico, no hay discrepancia.- Ambos rechazan el primero y receptan el segundo como daño material, a reparar con los tratamientos médicos correspondientes. Coincidiendo en todo lo demás con el Dr.Gimenez, VOTO EN IGUAL SENTIDO.-

Por ello, y en mérito al Acuerdo que antecede, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería, POR MAYORIA,

R E S U E L V E: 1) Rechazar el recurso de apelación de la actora, con costas, fijando los honorarios de los abogados intervinientes en el equivalente al 30% de los regulados al punto 1 del resolutorio apelado. 2) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la demandada, reduciendo el monto de condena a la suma de \$ 8.700,-. Las costas del recurso se impondrán en 50% a cada parte.- 3) Regular los honorarios para el Dr. Jorge Arturo GOMEZ en \$ 1.800,- y para el Dr. Daniel E. CUOMO en \$ 1.300,-.-

Regístrese, notifíquese y vuelvan.-

Dr.José J. JOISON Dr.Jorge O. GIMENEZ

Vocal Vocal

Dr.Oscar H. GORBARAN

Presidente