

PONENCIA:

Dr. Rafael Matozo Gemignani

Tº I Fº 318 Colegio de Abogados de La Matanza

LIBRO TERCERO. TITULO QUINTO. CAPITULO PRIMERO.-

OBJETO DE LA PONENCIA: INCLUSION DE LOS HERMANOS COMO LEGITIMADOS PARA RECLAMAR EL DAÑO NO PATRIMONIAL EN EL ART. 1741 DEL PROYECTO.-

Tal como reza el título de la ponencia, entiendo que es innegable la legitimación de los hermanos de la víctima para reclamar el daño no patrimonial padecido a consecuencia de la grave lesión o muerte de su hermano.-

Ello obedece a múltiples razones, las cuales son objeto de este trabajo.- Finalmente, no tengo dudas que la omisión en tal sentido del art. 1741 del Proyecto deviene inexcusable.-

a) LA NORMA ACTUAL:

El art. 1078 del Código Civil en su actual redacción dice: “La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral solo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.-

Esta norma, en la época actual, deviene irrazonable debido a la limitación que contiene respecto de los legitimados para reclamar el daño moral. Ello, independientemente de los distintos pronunciamientos de inconstitucionalidad de la misma en la nueva corriente doctrinaria y jurisprudencial.-

Recordemos que la última reforma de dicho artículo tiene ya más de 40 años, y por ende, se dictó en una época distinta a la que hoy vivimos.-

b) LA NORMA DEL PROYECTO:

Siguiendo la necesidad de actualizar la norma para que la misma sea razonable de acuerdo a los nuevos tiempos, el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto 191/2011, propone la redacción de un nuevo artículo, que en este caso es el art. 1741 (del Proyecto), referido a la indemnización de las consecuencias no patrimoniales, y dice: “Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si el hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivan con aquél recibiendo trato familiar ostensible.- La acción solo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por este.- El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.-“

El interrogante que planteo tiende a resolver si de acuerdo a los nuevos tiempos, la primacía de las normas constitucionales y Tratados Internacionales, y las nuevas tendencias de la doctrina y jurisprudencia, habría que incluir o no a los hermanos entre los legitimados a reclamar el daño moral al producirse la grave lesión o muerte de la víctima.-

Para ello, es necesario, tener en claro cual es el pensamiento jurídico respecto del actual art. 1078 del Código Civil.-

Y así es como, al respecto, la doctrina viene propiciando la inconstitucionalidad de dicha norma, o su modificación de “lege ferenda” por limitar como legitimados activos del daño moral al damnificado directo si no fallece, y a los herederos forzosos si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, ya que quedan fuera de la misma los convivientes y los parientes próximos, como ser los hermanos.-

### c) LA ARMONIZACION CON OTRAS NORMAS:

Una interpretación armónica de las normas jurídicas, en este caso, exige referirse al art. 29 del C. Penal y al art. 1079 del C. Civil.-

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

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

Por su parte el art. 1079 del C. Civil, referido al daño patrimonial, legitima a reclamar, “...no solo respecto de aquel a quién el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta...”.-

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

De allí que el art. 1078 del CC no armonice con dichas normas.-

### d) LA INCONSISTENCIA DEL ARGUMENTO DE LA PROLIFERACION DE JUICIOS:

Uno de los argumentos más reiterados respecto a la limitación de la legitimación al reclamo del daño moral, ha sido el temor a la proliferación de reclamos judiciales.-

Dicho temor no es razonable ni atendible, ya que siempre han sido los Jueces quienes han dado las pautas para la mejor interpretación de la norma; así ha sucedido, precisamente, con la interpretación del art. 1079 CC en cuanto han sido los Juzgadores quienes han elaborado la doctrina de aplicación cuando se trata de los damnificados por daño patrimonial.- En ese entorno, la existencia de un daño cierto y la relación causal adecuada son suficientes para poner coto a la temida proliferación de juicios.-

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

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

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

#### e) EL CONCEPTO DE DAÑO MORAL:

A esta altura es necesario tener en claro cual es el concepto del daño moral.- Al respecto mucho se ha dicho, pero podemos mencionar los que han tenido mayor aceptación en doctrina y jurisprudencia.- Así se ha dicho que es "...toda modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente, a consecuencia del hecho y anímicamente perjudicial..." (1), o que es "...todo cambio disvalioso del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra..." (2), o que es "...todo quebranto de la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más caros afectos..." (3).-

No cabe duda que dentro de dichos conceptos se encuentra un padre, un concubino o un hermano de una víctima con una gran discapacidad o fallecida.-

#### f) LA EVOLUCION DEL CARÁCTER QUE DETENTA EL DAÑO MORAL:

En cuanto al carácter de la reparación del daño moral, en la sentencia del famoso caso "Santa Coloma", la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, en fecha 10-4-84 (4), dijo que "...la reparación por daño moral tiene finalidad principalmente punitiva..."- De modo que el daño moral se entendía como una sanción para el

ofensor o dañador.-

1.- Zavala de González, Resarcimiento de Daños, Tº 2, Pág. 49 nº 8.-

2.- SCBA, L58812, 25-3-97, "Obregón"; L65757, 23-2-00, "Villagrán.-

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

4.- ED 112-280.-

Ello fue motivo de muchas y duras críticas, siendo la más profunda y esclarecedora la del Dr. Héctor Pedro Iribarne en su trabajo “Ética, Derecho y Reparación del Daño Moral” (5), quién allí dijo que “...la moralidad propia del derecho no puede consistir en el intento de convertir en héroes a los causahabientes del accidentado fallecido o a quién ha sufrido un grave menoscabo psicofísico por culpa de otro... si queremos dar al reclamante su pretensión en cuanto le corresponda, a él debemos atender, considerando y mensurando la dimensión de su pesar.... no podemos dudar que quién reclama una indemnización por daño moral, pretende de modo peculiar, consuelo.....el verdadero interrogante comienza en comprender el sufrimiento padecido por el reclamante y en procurar su mitigación....”.-

Las críticas hicieron mella en el fallo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó en el mismo expediente el 5-8-86 (6), donde no solo decreta que la reparación del daño moral tiene carácter “resarcitorio” y no punitorio, sino que además dejó sentado que “...en el sentimiento corriente, la actitud hacia las pérdidas definitivas no es aconsejar su asunción heroica, sino que se traduce en un activo intento de mitigarlas, aún a sabiendas de la pobreza de medios con que se cuenta a ese fin...”.-

Cuando se pensaba que el daño moral era de carácter punitorio, la norma legal fijaba entre quienes se repartía dicha pena o monto de condena (herederos forzosos en la letra del art. 1078 CC).- Al tener, en la concepción actual, un carácter “resarcitorio” pensando en el padecer de las personas dañadas, es evidente que el límite impuesto por el art. 1078 del CC en cuanto a la legitimación (damnificado directo, o herederos forzosos en caso del fallecimiento de aquél), es totalmente reñido con la justicia y equidad; insisto con el ejemplo del padre, concubino o hermano de la víctima gravemente lesionada o fallecida.-

5.- ED 112-280.-

6.- ED 120-649.-

A modo de corolario, en el Caso Santa Coloma se hizo lugar al daño moral del hermano causado por la muerte de sus otros tres hermanos, pero dicha condena de Primera Instancia fue consentida, de modo que no fue motivo de recurso alguno ni de estudio de la cuestión por el Superior.-

g) EL DERECHO COMPARADO:

En el derecho comparado, podemos ver que en el sistema francés existe una interpretación amplia y flexible en torno a los legitimados al reclamo del daño moral.- Así, en el caso de fallecimiento de la víctima se ha otorgado legitimación a los “parientes próximos”, al novio o novia, a la concubina y a los amigos íntimos; tratándose de parientes próximos el menoscabo se presume, pero en los demás supuestos se exige una demostración de la entidad del daño.- Por su parte, en el caso de supervivencia de la víctima se ha reconocido daño moral en caso de detrimento espiritual grave y de carácter excepcional, siendo el primer antecedente en dicho sentido una sentencia de la Chambre Civile de la Cour de Cassation del 22 de Octubre de 1946.-

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

El Código Civil Peruano en su art. 1984 refiere al daño moral consistente en el “...menoscabo producido a la víctima o a su familia...”.- Ello antecedente es mencionado en los fundamentos del Proyecto.-

h) LOS PROYECTOS DE REFORMA:

Todo lo expuesto demuestra la necesidad de ampliar la legitimación para el reclamo del daño moral.-

En nuestro país el Proyecto de la Comisión designada por Decreto 468/92 preveía en el caso de supervivencia de la víctima que los jueces valorarían la procedencia de otros damnificados por daño moral, y en

caso de fallecimiento legitimaba al cónyuge, descendientes, ascendientes y personas que convivían con la víctima. De modo que en dicho proyecto no se incluye a los hermanos.-

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

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

Respecto de los hermanos, hay quienes comparten la idea de otorgarles legitimación por daño moral solo si conviven con la víctima.- No comparto dicho criterio, ya que el hecho que no convivan no puede excluir a un hermano que vive en otro lado o con su propia familia.-

La situación de hecho que tiene un hermano que se ha mudado de su casa paterna, no puede ser impedimento para el reconocimiento del daño moral que sí se le reconocería a otro hermano que no se ha mudado.- Ello no supera con éxito ningún análisis de razonabilidad ni de igualdad.-

El concepto de daño moral, y su carácter resarcitorio, al tener en cuenta el dolor o detrimento del damnificado, justifican la inclusión apuntada en este trabajo, pues por el contrario, la exclusión de los hermanos torna al resarcimiento del daño moral como “una ficción”.-

#### i) EL PRINCIPIO DEL “ALTERUM NON LAEDERE”:

Este principio es una de las bases en que asienta el Derecho de Daños, o si se quiere la Responsabilidad Civil, en nuestro sistema legal.- Si

bien siempre ha estado vigente como principio, su importancia ha sido valorizada en su justa medida a través de su consagración como “norma primaria” y “derecho de jerarquía constitucional”, en los términos utilizados por nuestra CSJN.-

En nuestro país hubo un replanteo de su verdadero alcance.-

Luego que la responsabilidad civil abandonara su antiguo dogma que establecía que “no existe responsabilidad sin culpa” para pasar a ser concebida y definida como la “reacción frente a un daño injusto”, “el daño” se ha convertido en el eje del sistema reparatorio desplazando a la culpa de dicho sitio, provocando –de tal modo- un mayor alargamiento del área resarcible y la tutela de nuevos intereses. La responsabilidad civil, en su función resarcitoria, supone pues, la equivalencia entre el daño y la indemnización con la cual se lo repara. Es decir, el actual Derecho de Daños o la Responsabilidad Civil centra su óptica en el daño y la víctima, prevaleciendo el daño “injustamente sufrido” por el perjuicio “injustamente causado” (7).-

En igual sentido Ricardo L. Lorenzetti, tomando palabras de Ripert (8) nos dice que: “el derecho mira a la víctima, y ya no le interesa castigar, sino reparar” (9).-

Comparto plenamente el criterio mayoritario de nuestra doctrina y jurisprudencia, en cuanto estima que el “no dañar a otro” constituye el punto de referencia ineludible en el actual Derecho de Daños, lo que es además, acabada muestra de cómo se gesta la constitucionalización del Derecho Privado.-

Claro ejemplo de ello es la evolución doctrinaria y jurisprudencial que hubo respecto del rubro daño moral, donde antiguamente se lo meritaba como una sanción impuesta al victimario, y actualmente a los fines de su estimación en dinero se lo meritúa como resarcimiento a la víctima por su padecimiento moral, de modo que tiene claro carácter resarcitorio (10).-

7.- Carlos Alberto Calvo Costa, LL 2005-D-1413.-

8.- Georges Ripert, “El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno”, Pág. 266, Cajica, México, 1951.-

9.- LL 2003-A-973.-

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

Esta concepción plena del “alterum non laedere” es la que ha permitido a nuestra jurisprudencia reconocer como intereses jurídicamente protegidos, entre otros, el daño material sufrido por la concubina por la muerte de su compañero (11), y también el daño moral (12).- Lo mismo con el reconocimiento del daño moral a favor de los hermanos de la víctima fallecida (13).-

En el famoso caso “Aquino” (14) la CSJN declara la inconstitucionalidad del art. 39 inc. 1º de la ley 24.557. El voto de la mayoría proclama: 1) El carácter constitucional del derecho a la reparación y el rango constitucional del principio “alterum non laedere”, que prohíbe a los hombres dañar los derechos de un tercero, a la justicia social y a la dignidad humana. 2) Que la tutela de la dignidad humana se resiente gravemente, a través de indemnizaciones menguadas, ínfimas o de otras formas de “exclusión resarcitoria”. 3) Que la exclusión y eximición de la vía reparadora que contiene el art. 39 inc. 1 de la Ley de Riesgos del Trabajo, mortifica el fundamento definitivo de los derechos humanos enunciados por la Declaración Universal de Derechos Humanos.-

En referencia al daño moral de los hermanos, Ramón Daniel Pizarro al comentar “Aquino” (15), entre otras precisiones dijo que: “... cabrá también, a la luz del fallo de la Corte, formular una nueva “relectura” de normas como el art. 1078 Cód. Civil en cuanto contiene una limitación en materia de legitimados activos que, en muchos casos, deviene lesiva para la garantía constitucional que nos ocupa. Esta norma sólo legitima activamente por daño moral al damnificado directo. Únicamente cuando a raíz del hecho éste hubiese fallecido, reconoce legitimación activa, iure proprio, a un elenco restringido de damnificados: los herederos forzosos. Quedan, de tal modo, al margen de la legitimación activa y de la reparación, el perjuicio moral sufrido por damnificados indirectos

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

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

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

14.- LL 2004-F-90.-

15.- LL 2004-F-90

cuando no sobrevenga la muerte del damnificado directo a raíz del hecho (el daño causado a los padres por una lesión discapacitante de un hijo, que lo reduce a un estado de vida vegetativa) y, en caso de muerte de la víctima, el de otras personas que no sean herederos forzosos (hermanos, concubina, novia, etc.), aun cuando puedan invocar un quebrantamiento espiritual, grave y relevante. ¿Es constitucional la solución normativa?.- Aquí tampoco caben las respuestas generalizadas, por lo que deberá ponderarse caso por caso la solución a propiciar. Admitida la reparación del daño moral, con sentido resarcitorio, y consiguientemente, su proyección constitucional, parece evidente que una limitación semejante, de tanta magnitud en un caso como el que hemos tomado de ejemplo (y seguramente de tantos otros que podrían concebirse) degrada la esencia misma del derecho a la reparación integral”.-

Así es como se puede apreciar, el rango o jerarquía constitucional que nuestros Tribunales Superiores han dado al principio “alterum non laedere”; y como en casos concretos, al contraponerse con otras normas específicas (art. 1078 CC, art. 39 inc. 1º ley 24557), se ha declarado la inconstitucionalidad de las mismas.-

Finalmente, recuerdo que el art. 1716 del Proyecto, refiriéndose al deber de reparar, dispone que da lugar a la reparación del daño causado “la violación del deber de no dañar a otro”.-

j) ALGO DE JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA:

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, (16), ha dicho que “...corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, en cuanto niega a los hermanos de la víctima la acción resarcitoria por daño moral, ya que confronta preceptos reconocidos por la Constitución Nacional y Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, degradando el derecho a la reparación del daño injustamente sufrido y desconociendo a quién, como hermano, ha visto zozobrado su patrimonio espiritual..... La aplicación del art. 1078 del

Código Civil vulnera el principio de igualdad ante la ley –en el caso, se otorgó una compensación por daño moral a los hermanos de la víctima-, por cuanto discrimina injustamente a quienes sufren indirectamente en su espíritu, frente a la amplia legitimación reconocida a los damnificados indirectos en sus intereses patrimoniales...”.-

También se ha dicho que “...acreditada la íntima relación afectiva entre hermanos, la muerte de uno de ellos conlleva a que deba indemnizarse a los restantes por el daño moral producido, pues el deceso es susceptible de producir una real conculcación de sus respetables afecciones.....Debe declararse la inconstitucionalidad del 2º párrafo del art. 1078 del CC por cuanto la limitación que contiene, atenta contra la noción de familia, cuyo protección contra ingerencias arbitrarias o abusivas encuentra tutela en el art. 11 inc. 2º del Pacto de San José de Costa Rica, y en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales ostentan rango constitucional...”.- (17).-

En definitiva, no se puede negar la existencia de menoscabo de los hermanos ni desde lo jurídico en virtud de la existencia de Tratados Internacionales que protegen la familia y postulan la reparación integral del daño, ni desde lo axiológico dado que dicha acción les es reconocida para reclamar el daño patrimonial conforme el art. 1079 del CC (18).-

#### k) LOS FUNDAMENTOS DEL PROYECTO:

Los fundamentos del Proyecto hacen mención a un punto de partida primordial: “la constitucionalización del Derecho Privado y del Derecho Civil”.- También hacen mención a la protección de la persona humana, la protección de la familia, la búsqueda de la igualdad real, todo lo cual justifica la inclusión de los hermanos entre los legitimados del art. 1741 del Proyecto.-

Así en los fundamentos al referirse a los aspectos valorativos, se dice que se ha tomado “muy en cuenta los Tratados en general, en particular los derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad”.-

17.- CCiv. Y Com, de Trenque Lauquen, 1-11-05, Mendez Eduardo c/ Municipalidad de Tres Lomas, LLBA 2006-532.-

18.- Graciela B. Ritto, LL 2008-E-496.-

Al referirse a la regulación de las convivencias de parejas, se destaca que era ineludible su regulación "...desde la obligada perspectiva de los Derechos Humanos, encontrándose involucrados el derecho a la vida familiar, la dignidad de la persona, la igualdad, la libertad, la intimidad, y la solidaridad familiar..."-.

Al referirse a la Función resarcitoria, dicen que "...el primer artículo regula el deber de reparar que surge de la violación del deber de no dañar a otro..."-.

Al referirse a la indemnización, se menciona que "...incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal..."-.

Respecto al daño resarcible, en los fundamentos se menciona el art. 1984 del Código Civil Peruano, al que ya hice referencia, en cuanto a los fines del resarcimiento del daño moral debe tenerse en cuenta el menoscabo a la familia de la víctima.-

Finalmente, en lo que hace a la ampliación de los legitimados para reclamar el daño no patrimonial, los fundamentos dicen que se ha ampliado dicha legitimación "...teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales que acogen la visión constitucional del acceso a la reparación y la protección de la familia..."-.

Creo que nadie puede negar que todos esos fundamentos también justifican la inclusión de los hermanos entre los legitimados del art. 1741 del Proyecto para reclamar el daño moral o no patrimonial.-

#### 1) LOS TRATADOS INTERNACIONALES:

La familia está protegida por Tratados Internacionales de Jerarquía Constitucional, y ninguna duda cabe que los hermanos integran el concepto de familia, tanto en una concepción amplia como restringida.-

Por ello, el reconocimiento del daño no patrimonial a favor de los hermanos de la víctima, encuentra fundamento legal en los preceptos constitucionales de protección de la familia (arts. 14 bis, 3º párrafo de la CN, arts. 17 y 24 y concds. del Pacto de San José de Costa Rica, los arts. 10 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales

y Culturales, art. 16 CN, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, etc).-

Bien claro es el art. 17 del Pacto de San José de Costa Rica al decir que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.-

11) COMO PUNTO FINAL:

En la actual redacción del art. 1078 del CC, tanto la doctrina como la jurisprudencia en forma mayoritaria, coincide en que el término herederos forzosos debe entenderse en forma amplia, o sea, abarcando a todos los herederos forzosos, y sin excluir a aquellos que en un juicio sucesorio estuvieren descartados por el orden de preferencia.- Así es como pueden demandar los abuelos, bisabuelos, nietos y bisnietos; incluso también hay jurisprudencia según la cual pueden demandar quienes eran personas por nacer al momento del fallecimiento de la víctima, como el caso del hijo que nació después del fallecimiento de su padre o el nieto que nació luego del fallecimiento de su abuelo.-

Por su parte, el art. 1741 del Proyecto legitima a quienes convivían con la víctima recibiendo trato familiar ostensible.- De modo estarían legitimados para demandar el daño moral padecido por la grave lesión o muerte de la víctima, por ejemplo, la nuera que vivía con su suegro, o viceversa.- Podría reclamar también un hermano que conviviera con la víctima.-

Es evidente que al no incluir a los hermanos entre los legitimados, se les ha negado un derecho que evidentemente les asiste, ya que no supera cualquier análisis de razonabilidad de la norma, el hecho de que pueda demandar el bisabuelo o el abuelo y no el hermano de la víctima, que pueda demandar el nieto o bisnieto de la víctima y no el hermano, que pueda demandar el nieto o bisnieto por nacer y no el hermano, que pueda demandar la nuera conviviente de la víctima y no el hermano, que pueda demandar el suegro conviviente de la víctima y no el hermano, que pueda demandar cualquier conviviente con la víctima, y no el hermano que no convive, o finalmente que pueda demandar el hermano conviviente de la víctima y no el hermano no conviviente.-

Todo ello, vulnera principios constitucionales (art. 16 y 19 CN) y los Tratados Internacionales.-

Para finalizar, existen en nuestra jurisprudencia casos en los que se ha condenado a indemnizar el daño moral al propietario de una mascota a consecuencia de su muerte por una acción antijurídica.- Para fundar dichas condenas se ha dicho que "...la muerte de una mascota incide de manera fuertemente negativa en el ámbito espiritual de su dueño..." (19), o que "...se debe reparar el padecimiento moral que debió soportar la damnificada como consecuencia de la abrupta e inesperada muerte de su mascota..." (20).- Dicha doctrina me parece correcta.-

Si bien la comparación parecería grotesca, es necesaria hacerla.- Y así, entiendo que si por aplicación de los principios constitucionales y legislación de fondo se indemniza el daño moral del propietario por la muerte de su mascota, es irrazonable no indemnizar a un hermano por el daño moral sufrido por la grave lesión o muerte de su propio hermano, sea conviviente o no.-

El art. 1741 del Proyecto, omite a los hermanos entre los legitimados para reclamar el daño moral por la grave lesión o muerte de su hermano, y sí la otorga a los ascendientes, descendientes, cónyuges y a quienes convivían con la víctima recibiendo trato familiar ostensible.- Se podría dar la paradoja, como ya dije, que podría reclamar un hermano conviviente y no el hermano no conviviente.-

Todo ello es contrario a las normas constitucionales y Tratados Internacionales ya mencionados, y hace de ello una omisión inexcusable del legislador, que obligaría a los hermanos a tener que plantear la inconstitucionalidad de dicha norma para ser reparados del daño no patrimonial.-

Así es como todo el sendero trazado en esta ponencia llevan a un solo lugar o destino: el reconocimiento de la legitimación de los hermanos para demandar dicho daño.-

Por ello, postulo la inclusión de los hermanos en los legitimados del art. 1741 del Proyecto.-

19.- Cam. 3º de Apelaciones Civil y Comercial de Córdoba, 17-11-06, Abeledo Perrot On Line, 1/70038353-1.-

20.- CNCiv, Sala C, 13-11-07, JA 2008-II-262.-