



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría Tutelar de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 3

"2014, Año de las letras argentinas"

Expte. 45697/0 "CEPEDA JORGE ANTONIO Y OTROS C/ GCBA S/ RESPONSABILIDAD MEDICA" Juz: 20 Sec: 40

Señora Juez:

1. Vuelven las actuaciones a esta Asesoría Tutelar, conforme lo dispuesto a foja 282, Pto. V.

2. Tomo conocimiento del estado de autos, en particular, de la documental anejada a fojas 287/289. En tal sentido, se destaca que la constancia que luce a foja 287, no es la partida de nacimiento de Diego Joel, sino la constancia de reconocimiento paterno. En consecuencia, se requiere que se de estricto cumplimiento a lo solicitado en el Dictamen AT3CAyT N° 4154, Pto. 1.a:

2.a.- Asimismo, se advierte que no obstante a que en el acápite I ("PERSONERIA") del escrito de demanda, se consigna que la intervención del apoderado lo es en representación de Graciela Liliana Lusardo y Jorge Antonio Cepeda y de sus hijos Ciro Oscar, Diego Joel y Liuhel Tomás, de la copia simple del poder acompañado a fojas 29/32, surge que el poder es extendido a efectos de la representación de la Sra. Lusardo y el Sr. Cepeda como así también del ejercicio de la patria potestad de ellos con respecto de Ciro Oscar, mas nada se indica con relación al resto de mis representados.

Por ello, solicito se subsane dicha cuestión –la que no resulta óbice a la intervención asumida por el suscripto a foja 281-, a efectos de evitar posibles futuros planteos nulificantes.

3. Ahora bien, con relación al traslado conferido a la parte actora a foja 275, Pto. IV, corresponde señalar que las cuestiones que versen sobre los daños

Ministerio Público Tutelar  
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires



reclamados, son materia de prueba, por lo cual las consideraciones pertinentes se efectuarán en el momento procesal oportuno.

No obstante lo anterior, ha menester reparar en lo apuntado por la demandada en el Acápite "VI.a" del escrito obrante a fojas 226/252/vta., respecto la falta de legitimación activa opuesta de Diego Joel y Lihuel Tomás -hermanos de Ciro Oscar, en cuanto al reclamo de resarcimiento del daño moral por ellos sufrido.

4. En dicha inteligencia, a efectos ilustrativos de este dictamen, conviene conceptualizar que el daño moral 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..."*<sup>1</sup>, o *"...todo cambio disvalioso del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra..."*<sup>2</sup>, que conlleva un *"...quebranto de la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más caros afectos..."*<sup>3</sup>.

En tal sentido, en la mensura de lo resarcible, si se pretende otorgar *"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...."*<sup>4</sup>.

4.a. Esta conceptualización del derecho de daños, es consecuencia de la evolución doctrinaria y jurisprudencial en donde el daño se ha convertido en el eje del sistema reparatorio, de tal modo que ha habido un mayor alargamiento del área resarcible y la consecuente tutela de nuevos intereses, es decir, el actual "derecho de daños" centra su óptica en el daño y la víctima, *"mira a la víctima, y ya no le interesa castigar sino reparar"*<sup>5</sup> y *"es preciso atender a la reparación del daño "injustamente sufrido", antes que al "injustamente causado"*<sup>6</sup>, lo cual -repito- ha llevado a la expansión de los bienes que, al ser afectados, son merecedores de una reparación.

<sup>1</sup> Zavala de González, Resarcimiento de Daños, Tº 2, Pág. 49 nº 8.-

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

<sup>3</sup> SCBA, 11-8-98, Saloña Miguel c/ Facchini de Silvj Eny, LLBA 1998-1370.-

<sup>4</sup> Iribarne, Pedro, "Ética, Derecho y Reparación del Daño Moral" ED 112-280.-

<sup>5</sup> LL 2003-A-973.-

<sup>6</sup> LORENZETTI, Ricardo L. "La responsabilidad civil", LLP 2002-11, 1302 - LA LEY 2003-A, 973.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría Tutelar de Primera Instancia Contencioso Administrativo y Tributario N° 3

"2014, Año de las letras argentinas"

5. Con este prolegómeno, conviene traer a colación que la accionada niega la legitimación de mis representados para reclamar la indemnización por daño moral, citando el art. 1078 del código civil, el cual reza: *"La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos."*

Así, propone que los hermanos de *Ciro Oscar* son "damnificados indirectos" y por ello *"debería declararse su falta de legitimación para efectuar el reclamo en concepto de "daño moral" (fs. 245vta.)*.

Completa dicha idea, resaltando que *"la única persona legitimada para pretender reparación del daño moral es el sujeto que sobrevive al suceso lesivo su integridad psicofísica que alega"* (fs. 245vta.).

5.a. Ahora bien, de la redacción del art. 1078 del C.C., surge que se establece un límite objetivo al resarcimiento del daño moral respecto de los damnificados indirectos, quienes solo pueden reclamar en caso de muerte del damnificado directo, siempre y cuando sean herederos forzosos. Así, la regla de derecho indica que solo el damnificado directo tiene legitimación activa para reclamar el resarcimiento del daño moral, salvo que del evento dañoso se produzca su deceso (en ese supuesto podrán reclamar los herederos forzosos)<sup>7</sup>.

Es decir que, *"si la víctima inmediata del hecho sobrevive a la lesión contra su integridad, es la única que podrá reclamar resarcimiento por daño moral, pese a que el hecho genere en otras personas un padecimiento real y profundo a veces peor que la misma muerte"*<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Una segunda excepción se da por imperio del artículo 1080 del mismo cuerpo normativo, respecto del derecho del marido y de los padres para perseguir el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de injurias causadas a la mujer y a los hijos.

<sup>8</sup> Rodríguez Paría, María Eugenia, "El artículo 1078 del Código Civil y el daño moral. Es necesario un cambio?", 22 de septiembre de 2011, [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar)

5.b. Esta limitación impuesta, resulta violatoria del derecho a la reparación integral de daño injustamente sufrido, que reviste carácter constitucional, lo que amerita su **tacha de inconstitucionalidad**, que formalmente se plantea mediante este dictamen.

5.c. El carácter constitucional del principio "*alterum non laedere*", que prohíbe a las personas dañar los derechos de un tercero, permite indicar que la reparación no sería plena si el daño quedara subsistente en todo o en parte, conforme surge del voto de la mayoría de la Corte Suprema en la causa "*Aquino, Isacio c/ Cargo de servicios Industriales S.A.*"<sup>9</sup>

En el mismo orden de consideraciones, esta limitación, vulnera el principio de igualdad ante la ley, consagrado constitucionalmente en el art. 16 de la Carta Magna, dado que diferencia arbitrariamente a quienes sufren indirectamente en su espíritu, frente a la amplia legitimación de los damnificados indirectos en sus intereses patrimoniales.

La protección de la integridad de las personas y el pertinente derecho resarcitorio encuentran respaldo en los tratados de raigambre constitucional, receptados en el art. 75, inc. 22 de la Constitución y otras normas internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>10</sup>, los cuales se ven vulnerados por la actual redacción del artículo 1078 del Código Civil.

Así las cosas, no escapará a s.s. que los derechos se ejercen conforme su reglamento, pero la reglamentación de dicho ejercicio no pueden alterarlos. De tal manera, si la reglamentación de un derecho impone un límite que lo ciñe en forma arbitraria o irrazonable, dicha cercenación es pasibles de la tacha de inconstitucionalidad (arts. 14 Y 28 C.N.).

5.c.1. Como se sostuvo más arriba, el modelo de derecho de daños actual tiene base constitucional. Esta visión se integra con la evolución histórica del concepto del daño, que en el "*Derecho Privado ofrece un avance fundamental con el reconocimiento de que el hombre no sólo sufre daños patrimoniales (materiales) sino también extrapatrimoniales (espirituales o morales). La limitación del artículo 1078 priva de indemnización a familiares que sin ser herederos forzosos padecen indudables detrimentos en sus afecciones de los que son arbitrariamente despojados*"<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> (A. 2652. XXXVIII, Fallos 327:3753).

<sup>10</sup> Ratificada por Ley 23.054

<sup>11</sup> Rodríguez Parla, María Eugenia, Op. Cit.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría Tutelar de Primera Instancia Contencioso Administrativo y Tributario N° 3

"2014, Año de las letras argentinas"

5.c.2. No cabe la menor duda que mis representados, en su carácter de hermanos del damnificado directo, deberían estar legitimados para reclamar el resarcimiento por daño moral, que un hecho como el *sub lite* puede generar (hecho en sí, que se encuentra supeditado al campo probatorio).

*"Cuando los lazos fraternos son naturalmente sanos y estrechos, debiera acordarse legitimación por daño moral (...) ante datos fácticos que evidencian esa proximidad espiritual, lo cual debe ser objeto de prueba por el interesado"*<sup>12</sup>.

La Cámara Civil de Apelaciones de la Capital Federal, Sala L, sostuvo que *"...donde el daño aparece tan manifiesto ante la estabilidad de la vinculación afectiva y el compromiso vital entre la persona que lo reclama y la persona muerta, la circunstancia de que la actora no fuera heredera forzosa pero sí única heredera no puede dejar sin respuesta un pedido de resarcimiento, conforme al principio fundamental de todo Derecho, de que debe resarcirse el daño causado, y que nuestro ordenamiento también ha reconocido de modo prioritario (Cfr. Art. 1109, 1077, 1079 del Código Civil). De allí que a la luz de actuales criterios, la solución legal para el caso analizado, aparece injusta y disvaliosa, privando de indemnización a quien en adecuado nexo causal con el obrar ilícito imputado a la demandada, da muestra de un menoscabo espiritual..."*<sup>13</sup>

Esta cuestión es extensible o aplicable, *mutatis mutandis*, al caso de los hermanos de Ciro Oscar, dada la interpretación amplia que se ha dado al concepto de la "familia", cuya protección jurídica se encuentra otorgada por el Pacto de San José de Costa Rica (art. 17), régimen que se encuentra integrado, según el Dr. Pedro Iribarne, con los principios de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXXIX), que impone a las personas *"el deber de convivir con los demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad, lo que implica el respeto debido a las relaciones fraternales, que son básicas dentro de la estructura piscoafectiva de la familia, que no puede ser concebida sólo en su dimensión*

<sup>12</sup> ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, "Tratado de derecho resarcitorio /1 - Indemnización del daño moral por muerte", Ed. Iuris, 2006, pág. 81.

<sup>13</sup> CNA Civil, sala L. 05/09/2008, in re "Soto, Ana María c. Metrovías S. A. RCyS 2008, 1180., voto en disidencia de la Dra. Pérez pardo.

nuclear, debiendo asignarse al vínculo fraterno el lugar que le corresponde por naturaleza"<sup>14</sup>.

En materia de fraternidad y familia, el artículo 17 del Pacto de San José de Costa Rica, como se dijo, da jerarquía constitucional a la protección de la familia y, en el particular, también puede agregarse que *"Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, síquica y moral"* (art. 5). Cabe traer a colación que a partir del caso *"Ekmekdjian c. Sofovich"*<sup>15</sup>, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dio prioridad a los tratados internacionales.

**5.d.** Ya la jurisprudencia se ha pronunciado favorablemente con relación a la tacha de inconstitucionalidad efectuada al art. 1078 del C.C. al sostener que *"...no cabe más que reconocer la entidad, magnitud y gravedad de daño moral sufrido por todo el grupo familiar. Por las dos hijas (como damnificadas directas) y por la madre y el hermano, como damnificados indirectos. Es evidente la honda afectación emocional, espiritual y psicológica de la madre y del hijo menor. Y esas circunstancias particulares que atienden a la repercusión disvaliosa del hecho en la esfera extrapatrimonial, abastecen la anticipada declaración de inconstitucionalidad del art.1078 C.C. que -en el caso- vulnera la igualdad ante la ley, el principio del "alterum non ladere", conforme la denominada constitucionalización del derecho privado patrimonial y la consiguiente tutela de la integridad psicofísica de la persona, de la protección de la unidad de la familia, el derecho a la no discriminación y el de propiedad (arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18, 19, 28, 75 inc.22 y concs. Const. Nac.)... En este contexto el art.19 de la Constitución Nacional que prohíbe perjudicar los derechos de un tercero depara como consecuencia el derecho a una reparación plena e íntegra (C.S. Fallo 308:1118; Fallo 1144:1109, Fallo 283:213, 223). Y esta garantía además de ese sustrato normativo constitucional, está consagrado en los tratados con jerarquía superior a las leyes, conforme lo dispuesto por el art. 75 inc.22 Const. Nac. (conf.voto Dr. de Lazzari, S.C.B.A., causa cit. 16/05/00. "L.A.C. y ot. c/ Pcia. de Bs.As." LL Bs.As. 2007-514, y los artículos que cita: 21 puntos 2 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art.10 de la Convención Americana). Resulta aquí irrazonable conferirle a M. A. A. y a R. F. indemnización por daño material y denegárselas por daño moral, lo que atenta contra la protección de la*

<sup>14</sup> IRIBARNE, Héctor Pedro, "La cuantificación del daño moral", Revista de Derecho de Daños. 1999 Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores.

<sup>15</sup> CSJNación, in re "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros s/Recurso de Hecho", Fallos, 315:1492



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría Tutelar de Primera Instancia Contencioso Administrativo y Tributario N° 8

"2014, Año de las letras argentinas"

**familia** (arts. 14 bis, 17, 27 y consc. Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica"; 10 y 23 del "Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"; cit. Cám. 2da. Civ. y Com. Mar del Plata Sala II, 23/11/2004, "R.S.E. c/ Bustos Esteban y Ots." cit. LL Bs. As. 2005-140, voto Dr. Oterino, aunque para la legitimación de la concubina pero aplicable analógicamente en este caso). El quiebre de los principios de razonabilidad y proporcionalidad que proscriben soluciones disvaliosas y carentes de contenidos axiológicos se fortifica porque debe atenderse a la realidad existencial y vivencial que protege a la familia y a la integridad familiar, lo que no se materializaría en caso de desconocer el dolor y sufrimiento de la progenitora y del hermano. Igualmente se conculcaría el Superior Interés del Niño, en cuanto desprotegería aspectos inherentes a esta tutela -su persona y bienes- (doct. S.C.B.A.; Ac.102719, 30/032010 y 99748, 9/12/2010; Constitución Nacional arts.18, 75 inc.22; Constitución Provincial arts.10, 11, 15, 36 incs.1 y 2; Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre XVIII; Convención de los Derechos del Niño arts.2, 3.1, 3.2, 4, 5, 7.1, 8.1, 8.2, 9.1, 9.2, 12, 16, 18.2, 27.3, y 39; Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes arts.1, 2, 3, 7, 10, 11, 14, 17, 29, 33, 34, 35, 37, 39; Código Civil arts. 265, 307; Código Procesal Civil y Comercial arts. 34, 36 y 384, Ley 13.634 art.7, citados en el voto del Dr. Pettigiani en S.C.B.A. 06/10/2010, C.108.474, "C.M.D. y Otros, arts. 10 inc.b, Ley 10.067"). Por todo lo expuesto corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 C.C. y admitir la legitimación para reclamar el daño moral de la madre -M. A. A.- y del hijo menor R. F..."<sup>16</sup> (el resaltado me pertenece).

**5.d.1.** En sentido similar, se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de Mendoza: "Las limitaciones fijadas por este régimen contradicen las tendencias contemporáneas del derecho de daños, orientadas a tomar como centro de atención a quien sufre injustamente un daño. Si el perjuicio espiritual es cierto y no obstante se

<sup>16</sup> Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Azul. 10/3/2011. Causa N° 54.544 "A. M. A. c/ F. N. R. s/ Daños y Perjuicios. Inédito.

niega la indemnización, además de la justicia se lesiona la seguridad jurídica, porque esta nunca deja de estar comprometida frente a la certeza de un daño injusto. Es evidente que el sufrimiento por la muerte de una persona no se limita a los herederos forzosos, aunque sea razonable presumir que serán estos quienes estén más expuestos a padecerlo. Sin embargo, la norma vigente excluye la posibilidad de que otras personas que puedan acreditar debidamente un daño ejerzan la acción indemnizatoria (...) **admitida la reparación del daño moral, con sentido resarcitorio, y su proyección constitucional, parece evidente que una limitación semejante, degrada la esencia misma del derecho a la reparación integral. No estamos, en tal caso, frente a una mera reglamentación razonable de un derecho constitucional a la reparación del daño injustamente sufrido. Hay allí, lisa y llanamente, una grotesca conculcación de la esencia misma de dicho derecho, que torna inconstitucional la solución normativa vigente (...)** La limitación que en materia de legitimación activa por daño moral consagra el art. 1078 CCiv., en muchos casos, deviene hoy inconstitucional, al consagrar un tratamiento irrazonablemente distinto del que fluye nítidamente de las pautas supranacionales. Las respuestas que en la hora actual, de lege lata, no parecen hallarse formalmente en la parte dogmática de la Constitución Nacional para la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 CCiv. en materia de legitimación activa, podrían encontrar una válvula de escape razonable y flexible en aquellas normas y principios consagrados por los pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, hoy incorporados a la Carta Magna por vía del art. 75 inc. 22. Tal interpretación guardaría plena armonía con el espíritu de nuestra Constitución y permitiría enlazar fluidamente los derechos y garantías reconocidos en su parte dogmática con aquellos que se han incorporado a través de los pactos internacionales sobre derechos humanos con igual jerarquía. **Con sustento en estos principios, entiendo que la norma del art. 1078 del CCiv. ha devenido inconstitucional en el caso concreto, habida cuenta que vulnera el derecho constitucional del recurrente de no ser dañado y (en caso de serlo) a obtener una reparación integral del daño sufrido**<sup>17</sup> (el resaltado me pertenece).

6. El estado actual de los criterios valorativos imperantes en la materia y la recepción constitucional de estos valores y su tutela a través de tratados internacionales permiten atribuir la irrazonabilidad de la limitación impuesta por el art. 1078 del C.C., por

---

<sup>17</sup> S.C.J.M. In re "Z., R. A. v. César Rodríguez Ruiz y Coop. de Seguros", sentencia de fecha 7 de septiembre de 2010



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría Tutelar de Primera Instancia Contencioso Administrativo y Tributario N° 3

"2014, Año de las letras argentinas"

lo cual se solicita se declare su inconstitucionalidad, y consecuentemente, se rechace la falta de legitimación activa para reclamar el daño moral por parte de los hermanos de Ciro Oscar, solicitada por la accionada a fojas 245/246vta.

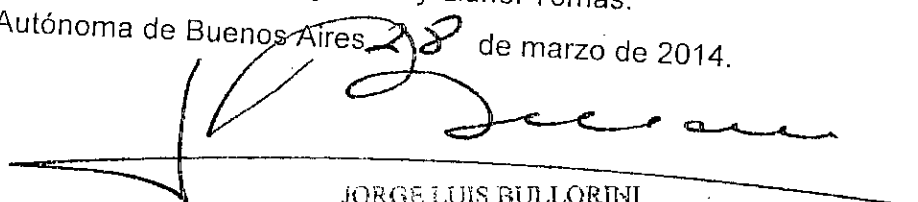
7. Por todo lo expuesto, a s.s. solicito:

7.a.- Se tenga presente lo indicado en el Pto. 2 y 2.a del presente dictamen;

7.b.- Se tenga por sustanciada la vista conferida;

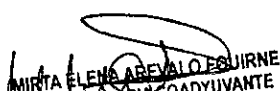
7.c.- Se haga lugar a la tacha de inconstitucionalidad efectuada sobre el art. 1078 del C.C., rechazando en consecuencia la excepción de legitimación activa opuesta por la accionada con respecto a Diego Joel y Liuhe Tomás.

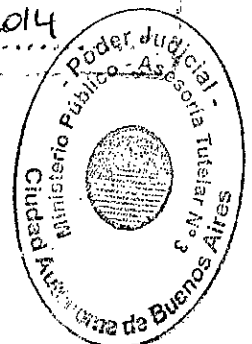
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 28 de marzo de 2014.

  
JORGE LUIS BULLORINI  
ASESOR TUTELAR

Dictamen AT3CAYT N° 4496

**CERTIFICO:** Que las presentes 5 copias y  
originales que en este acto tengo a la vista, de lo  
Consta en autos, 21 de marzo 2014

  
MIRTA ELENA AREVALO ESURNE  
PROSEGRETARIA COADYUVANTE  
ASESORIA TUTELAR CAYT N° 3  
MINISTERIO PÚBLICO



\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría Tutelar de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°3

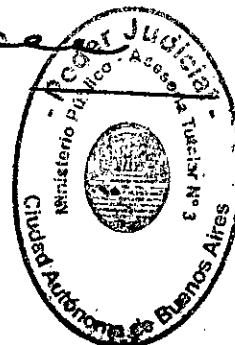
---

2016 - Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina

**Comisión de Selección de Jueces,  
Juezas e Integrantes del Ministerio Público**

Me dirijo a Uds., en mi carácter de Titular de la Asesoría Tutelar Nro. 3 de Fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los fines de dejar constancia que el dictamen que antecede, pertenece a las actuaciones **"CEPEDA JORGE ANTONIO Y OTROS C/ GCBA S RESPONSABILIDAD MEDICA"**, (Expte. N° 45697/0), fue proyectado por el Dr. Federico Kaimakamian Carrau, agente de esta oficina judicial desde el año 2009. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 6 de septiembre de 2016.-----

JORGE LUIS BULLORINI  
ASESOR TUTELAR



**Ministerio Público Tutelar**  
Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires

