

Un precedente que otorga legitimación para reclamar indemnización por daño moral al concubino

Por JUANES, Norma y OVIEDO, Paula.

I. El caso

En la causa “*R.A.H. c/ Kelly Santiago y otros-Daños y perjuicios*”, la actora, quien había convivido en aparente matrimonio durante más de veinte años con la víctima de un accidente de tránsito, reclama el resarcimiento del daño patrimonial y moral que el infortunio le provocara como consecuencia del fallecimiento de su compañero. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes realiza de oficio el control de constitucionalidad del art. 1078, C.C. atento a que la actora, aunque en su escrito inicial reclama el agravio moral sufrido no formula planteo constitucional alguno relativo al valladar que el citado precepto impone. El Tribunal sostuvo la constitucionalidad del art. 1078, C.C. y contra dicho pronunciamiento la accionante interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley.

Tomado conocimiento de la causa, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires efectúa el examen de constitucionalidad del art. 1078, C.C. y concluye que la norma, en cuanto consagra una discriminación indebida en detrimento de personas que se encuentran en idéntica posición afectiva que aquellos a los que les otorga el derecho a ser resarcidos por el padecimiento espiritual sufrido, vulnera derechos fundamentales y garantías de raigambre constitucional como la protección de la familia y la igualdad ante la ley. La restricción legal supone, a la vez, una falta de adecuación del ordenamiento jurídico interno a los postulados de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

II. Algunas consideraciones preliminares

El art. 1078, C.C. dispone que “*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*”.

Sienta como regla, que la acción indemnizatoria por daño moral sólo compete al damnificado directo¹. Si del infortunio resulta la muerte de la víctima, concede legitimación para reclamar el resarcimiento por el agravio espiritual padecido exclusivamente a *ciertos* damnificados indirectos: *los herederos forzosos*².

¹ Se impone precisar que *damnificado directo* es quien sufre en calidad de víctima la lesión de un interés patrimonial o extrapatrimonial propio, por lo cual experimenta un perjuicio económico o espiritual. En cambio, *damnificado indirecto* es quien sufre un perjuicio jurídico susceptible de apreciación pecuniaria, en las cosas de su dominio o posesión o en su persona, derechos y facultades –art. 1068 C.C.–, como consecuencia de un hecho ilícito cometido contra otra persona; es quien sufre en definitiva un “daño por rebote” (conf. BREBBIA, Roberto H. *El damnificado indirecto (Socio damnificado por la muerte de otro socio)*, L.L., 1990, D-203). Es decir que el damnificado indirecto padece un daño propio, pero derivado de un ilícito que tiene por víctima a un tercero.

² El Código Civil Argentino fue precursor en la regulación del daño moral. En su redacción inicial, el art. 1078, C.C. si bien exigía para reclamar el agravio moral que el hecho fuese delito del Derecho Criminal, consagraba una amplia legitimación activa, entendiéndose, en una postura mayoritaria, que estaban facultados para reclamar el resarcimiento del daño moral tanto los damnificados directos como *indirectos* sin limitación. Tal amplitud normativa fue restringida, de acuerdo con la redacción vigente.

Se restringe, de ese modo, la legitimación para demandar la reparación del padecimiento inmaterial, reconociéndola sólo a quienes -actual o eventualmente- revisten aquella calidad a la época del fallecimiento del causante.

La cuestión en torno a la interpretación que debe darse a la locución "*herederos forzosos*" contenida en la norma fue largamente debatida. En la actualidad, se admite que revisten tal carácter no sólo quienes efectivamente lo son por inexistencia de otros parientes que los excluyan, sino también todos los que invisten potencialmente esa calidad a la muerte del causante, aun cuando de hecho, carezcan de vocación sucesoria actual, por haber sido desplazados por otros herederos³. El fundamento de esta postura es que la acción resarcitoria es ejercida *iure proprio* y no *iure hereditatis*.

En un fallo reciente, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil reconoció legitimación activa para reclamar indemnización por daño moral a los abuelos de una niña de diez años que falleciera en un accidente de tránsito junto a su madre –quien también perdiera la vida en el trágico hecho- que era hija de los reclamantes. Se entendió que la restricción contenida en el art. 1078, C.C. en caso de muerte de la víctima debe interpretarse en sentido amplio. Los abuelos, revisten la calidad de herederos forzosos eventuales, por lo tanto, se encuentran habilitados a reclamar el daño moral⁴.

La solución legislativa ha sido objeto de innumerables críticas en la doctrina, que se ha manifestado reiteradamente en contra de la limitación legal ya que quedan excluidos de legitimación y por ende, de reparación del agravio moral, quienes *no son herederos forzosos*, aun cuando puedan acreditar una lesión cierta a sus afecciones espirituales por la muerte de un ser querido.

La pareja conviviente, al no gozar del carácter exigido por la norma, carece de legitimación para reclamar la indemnización del daño moral padecido por la muerte de su compañero, a tenor del texto legal.

El derecho a la reparación plena del daño –material o moral- ha sido reconocido por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación con jerarquía constitucional⁵, lo cual tiene indudables proyecciones en la interpretación de una norma como la del art. 1078 del C.C. ya que la restricción que este dispositivo legal contiene puede resultar en muchos casos lesiva de la garantía constitucional de "reparación integral".

Cabe preguntarse entonces si la limitación contenida en el art. 1078, C.C. en materia de legitimación activa es compatible con la Carta Magna y en especial, con los

³ Esta posición, hoy claramente dominante en la doctrina, tiene respaldo en la jurisprudencia, tanto nacional como provincial (C.S.J.N in re: "Frida A. Gómez Orue de Gaete y O. c/ Pcia. de Bs. As. y O.-Ds. y Ps".-09/1293, F 279, XXII, originario por mayoría; "Silveyra Alberto y Otro c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos y O.-Ds. y Ps".-S. 973, XXXI, 15/07/97; "Badín Rubén y Otro c/ Pcia. de Bs. As. -Ds. y Ps".- S. 142, XXIII, 07/08/97; TSJ Cba, in re: Cagigal Vega José Ángel p.s.a Lesiones culposas y homicidio culposo-Recurso de Casación, Sentencia nro. 123, 27/10/99, entre otros; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial en pleno, 28/02/1994: "Ruiz Nicanor y Otro c/ Russo Pascual P. LL 1994-B-484).

⁴ Cfr. C. N. Apel. Civil, Sala A, Sent. 29/05/12 en la causa: "C.V.Z. y Otro c/ Vía Bariloche S.R.L.; M.C.A c/ Vía Bariloche S.R.L.; Vía Bariloche S.R.L. c/ Bariló S.R.L. y Otros s/ daños y perjuicios; Vía Bariloche S.R.L. c/ Bariló S.R.L. y Otros s/ interrupción de la prescripción".

⁵ Tal ha sido el criterio adoptado en los precedentes "Santa Coloma" (CSJN 05/08/1986, Santa Coloma Luis F. y O. v. Ferrocarriles Argentinos, Fallos 308; 1160 y J.A 1986-IV- 625), "Gunther" (CSJN, 05/08/1986, Gunther Fernando v. Gobierno Nacional, Fallos 308:1118, JA 1987-IV-653), "Luján" (CSJN, Luján v. Nación Argentina, Fallos, 308:1109) y finalmente consagrado en "Aquino" (CSJN, 21/09/2004, Aquino Isanio c. Cargo Servicios Industriales S.A, Suplemento Especial del diario La Ley del 29.09.2004, p. 39), entre otros.

Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, que gozan de jerarquía constitucional.

En la doctrina argentina y en las decisiones jurisprudenciales se han dado respuestas divergentes a dicho interrogante.

Desde una posición rígida, no se advierte que el criterio de política legislativa consagrado en el art. 1078, C.C. resulte en sí mismo irrazonable, arbitrario o discriminatorio, ya que la intención del legislador ha sido evitar la existencia de una extensa cadena de damnificados, de modo que no resulta contrario a la Ley Fundamental que no se reconozca como legitimados activos a otras personas que no sean los herederos forzosos⁶ y se afirma que no puede asimilarse la concubina a aquellos, pues importaría una intervención judicial de carácter pretoriano que desconoce la voluntad del legislador⁷.

Otra posición más flexible considera que, frente a la rigidez del sistema, quien pretenda la reparación del padecimiento moral y no goce de la calidad exigida por la ley sustancial, debe introducir un planteo de inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 1078, C.C. para remover el obstáculo establecido en la norma interna⁸, pues actualmente una interpretación literal del dispositivo legal “resulta inequitativo y al margen de los preceptos constitucionales de protección integral de la familia, reparación integral del daño y razonabilidad, como así también de los principios generales del derecho, de la equidad, de la buena fe y la solidaridad”⁹.

El precedente comentado adscribe a la postura que reconoce que la barrera impuesta por el art. 1078, C.C., en cuanto restringe la legitimación activa a los herederos forzosos en caso de muerte del damnificado directo, colisiona con principios constitucionales.

III. La declaración de inconstitucionalidad de oficio

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en la sentencia que se anota, somete al art. 1078, C.C. a un control de constitucionalidad y de convencionalidad, con el fin de verificar si resulta “razonable”, en el caso concreto, la restricción a la legitimación que impone a los miembros de uniones sentimentales

⁶ Así, la Cámara de Apelaciones de Concordia, Sala Civil y Comercial, en autos: Romero Rita Mariela Soledad c/ Superior Gobierno de la Pcia. de Entre Ríos, ha expresado que “el art. 1078 del Código Civil atribuye acción por indemnización del detrimento moral al damnificado directo y únicamente a los herederos forzosos para el supuesto de muerte de la víctima, calificación ésta última en la que no cabe configurar a la concubina del causante” (LLLitoral, 2009-199).

⁷ Cfr. BENAVENTE, María I. “Daño moral y damnificados indirectos. ¿La limitación del art. 1078 C. Civil es inconstitucional?”, SJA 19/10/2005, JA, 2005-IV-288. Según esta autora, la interpretación del derecho no puede llevar al extremo de autorizar la abolición de aquellos preceptos que el juzgador considera perimidos u obsoletos a través de la declaración de inconstitucionalidad de la norma, por cuanto entiende que este proceder pone en serio riesgo el principio de división de poderes.

⁸ Cfr. SOLARI, Néstor E., “Un nuevo precedente que otorga el daño moral a la conviviente”, LL, diario del 10/11/2009, 7. En la misma senda, Cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *Tratado de Derecho Resarcitorio/1. Indemnización del daño moral por muerte*, Ed. Juris, Rosario, 2006, p. 390/391. Para esta eminente jurista, “no hay armonización posible entre el art. 1078 del Cód. Civil y los principios que emanan de la Constitución: si se desea acoger la pretensión resarcitoria de un concubino por el daño moral sufrido a raíz de la muerte de su compañero, sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquel (...)”.

⁹ C.N. Apel. Civil, sala K, en autos “A., C. B. c. Fernández, Ángel Enrique”, 01/07/2009.

estables y duraderas, que se ven truncadas de manera intempestiva por un hecho ilícito.

En primer lugar, destaca que, pese a la ausencia de planteo constitucional del art. 1078, C.C., en situaciones como la de autos, el examen puede ser efectuado de oficio por los jueces.

Si bien la doctrina y jurisprudencia mayoritarias consideran que la declaración de inconstitucionalidad del artículo bajo análisis debe efectuarse a pedido de parte¹⁰, otro sector avala algunos pronunciamientos que han declarado la inconstitucionalidad del art. 1078 del C.C aun de oficio¹¹, sin que mediara petición de parte en tal sentido¹².

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la potestad de los jueces de abordar, aun de manera oficiosa, la cuestión atinente a la constitucionalidad o razonabilidad de una norma. De acuerdo con la doctrina del alto tribunal en esos precedentes, no hay necesidad de petición expresa de la parte interesada “pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente trasuntado en el antiguo adagio *iura novit curia* incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución”¹³. Con este fundamento, siendo una cuestión jurídica y no fáctica, el tribunal puede oficiosamente realizar el examen de constitucionalidad de las normas.

Conforme con esta doctrina, así lo ha hecho la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en un reciente fallo, en oportunidad de analizar el reclamo planteado por vía de apelación por la hermana de la víctima, que reclamó el resarcimiento del daño moral sufrido ante el ominoso hecho que puso fin a la vida de su hermana. En este pronunciamiento se sostuvo que “el desafío actual, después de la reforma constitucional de 1994, está signado por la exigencia ineludible de interpretar los contenidos normativos de modo de lograr su adecuación a la realización efectiva de los derechos humanos consagrados en los tratados”, y se concluye en que se está vulnerando la igualdad ante la ley por causa de una irrazonable discriminación que trasunta el art. 1078 de C.C., ya que “(...) nada explica por qué sólo ciertos damnificados indirectos en caso de muerte de la víctima –los herederos forzosos– están legitimados para reclamar su resarcimiento y no otros (...) Si esto es así, hay una conculcación al principio consagrado por el art. 16, C.N.”¹⁴.

¹⁰ Cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, ob. cit., p. 391.

¹¹ Se ha sostenido que la única forma de zanjar la aplicación del art. 1078 del Código Civil es declarando la inconstitucionalidad de la norma y que si la cuestión no ha sido planteada por las partes, debe declararse su inconstitucionalidad de oficio (del voto de la Dra. Zampini en la causa: “Camargo Mónica y Otro c/ Lima Roberto y Otra s/ Daños y Perjuicios”, C. Apel. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala II, 26/12/2007, Lexis Nexis, Newsletter diario, RCyS 2008-V, 49, con nota de Edgardo I. Saux-LA LEY 30/05/2008, 5, con nota de Graciela B. Ritto).

¹² STJ Río Negro, Sent. 100, 28/11/2007 en los autos: “M.E.G c/ EDERSA S.A s/ Accidente de trabajo s/ Inaplicabilidad de la ley”. En tal caso, la Constitución Provincial faculta expresamente al Poder Judicial para efectuar el control de constitucionalidad, aun de oficio.

¹³ C.S.J.N. en autos: “Mill de Pereyra, Rita Aurora y Otros c/ Provincia de Corrientes”, Sent. del 27/09/2001, LL, 5-XII.2001 y “Banco Comercial de Finanzas (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra, Sent. del 19/08/2004, LL 2005-F-453.

¹⁴ Del voto del Dr. Zannoni en la causa: “G., M. A. v. Club Gimnasia y Esgrima”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 11/06/2012. En el caso, la hermana de la actora, M. F. G. concurrió al Club Gimnasia y Esgrima de Buenos Aires el 20/10/2001 con motivo de un torneo de artes marciales en el que participaba su hijo menor. Durante la realización del torneo, la señora G. se ausentó del ámbito en que se llevaba a cabo el evento, aparentemente en busca de una gaseosa. Una semana más tarde, su cuerpo sin vida fue encontrado en

IV. Los argumentos constitucionales del fallo anotado

El fallo que comentamos, a fin de reconocer la legitimación de la concubina para obtener el resarcimiento del perjuicio inmaterial, recurre a una interpretación amplia de las normas civiles que regulan la cuestión y destaca la necesaria integración de ellas con los postulados constitucionales y con los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

La sentencia reconoce que la limitación a la legitimación prevista en el art. 1078, C.C. constituye una exteriorización de la voluntad del legislador, pero señala que *“en el subsistema ideado por el precepto de marras, no se mide la entidad del padecimiento espiritual en cada caso, autorizándose a reclamar sólo a aquellos que (no siendo la víctima directa) resultan “seria” o “profundamente” afectados”,* sino que, con un criterio abstracto y a priori, determina un elenco de sujetos que típicamente resultan profunda y seriamente afectados ante la pérdida de un ser querido: sus ascendientes, descendientes y el cónyuge. Sin embargo, *“el problema es que en determinadas circunstancias dicha selección se torna arbitraria, ya que consagra una discriminación indebida en detrimento de personas que se encuentran en idéntica posición que aquellos a los que el ordenamiento les otorgó el derecho exclusivo a ser resarcidos por el padecimiento espiritual derivado de un ilícito. Se trata de modo desparejo a personas que a los efectos de la distinción (cualificación de la intensidad de la aflicción por razones objetivas) se encuentran en equivalente situación”.*

Se advierte que semejante criterio conlleva un quiebre del principio de igualdad de trato entre las personas, con la consiguiente afectación de la garantía constitucional de igualdad ante la ley¹⁵, toda vez que se verifica el disímil tratamiento jurídico entre damnificados indirectos. La necesidad de sostener y afirmar una pauta más razonable en la aplicación de la norma, ha permitido descartar el criterio restrictivo en su interpretación como fundamento de la resarcibilidad del daño moral en diversos precedentes jurisprudenciales¹⁶.

dependencias del club, y según pudo establecerse había sido víctima del delito de violación seguido de muerte.

¹⁵ En contra, MAYO, Jorge A. “Sobre la legitimación activa para reclamar daño moral”, RCyS 2005-356. Para este autor, sostener que el art. 1078, C.C. es violatorio del principio de igualdad es una falacia. Quien voluntariamente se ha emplazado al margen del régimen legal del matrimonio, eludiendo de tal modo los principios normativos que lo rigen, pretende ampararse en aquel régimen en cuanto a su status –y por ende, legitimación activa- colocándolo en una situación idéntica a la de legitimario, que no lo es. Por consiguiente, la pretendida “igualdad” es puramente aparente. Del mismo modo, se ha entendido que la norma no colisiona con el principio de igualdad ante la ley (art. 16 C.N) por cuanto no todo tratamiento diferente importa *per se* el quebrantamiento de ese principio medular de nuestra Carta Magna ya que la diversa solución que la ley prevé se asienta en realidades diferentes, pues priva al concubino de derechos que concede al cónyuge, pero no le impone obligaciones que sí deben observar los esposos. Así, frente a situaciones diferentes, no se vulnera el principio de igualdad ante un tratamiento legal dispar. (cfr. JUNYENT BAS, Francisco - FLORES, Fernando Martín, “A propósito del reclamo indemnizatorio por daño moral sufrido por la muerte del concubino. El art. 1078 C.C y una limitación... ¿irrazonable?”, Semanario Jurídico 1504, Tº 91-2005-A, Córdoba, 2005).

¹⁶ En el sentido expuesto se ha expedido la Cámara Nacional de Apelaciones Civil, Sala L, en la causa: “L.S y Otro c/ Hospital Británico y Otro s/ Daños y Perjuicios” en un caso de lesiones a una menor que le produjeron incapacidad absoluta por severos problemas físicos y neurológicos en la que resolvió: “ (...) no resulta justo excluir la resarcibilidad del daño moral indirecto por el mero hecho de sobrevivir la víctima y que (...) los progenitores de la menor deben ser indemnizados por la angustia y el dolor permanente que han sufrido”. El Tribunal declara la inconstitucionalidad del art. 1078, segundo párrafo, del Código Civil porque contiene una restricción que deviene contraria a la Carta Magna al violentar el derecho de reparación

Por otro lado, también se conculca el principio de igualdad al confrontar la disparidad de la solución del art. 1078 con la que resulta de la aplicación del art. 1079 del C.C. con relación al daño material, que admite que *todos* los damnificados indirectos pueden reclamar el daño patrimonial sufrido. Cabe cuestionar la razonabilidad de aquella regla que restringe la legitimación para reclamar, tratándose del agravio moral o espiritual, a *algunos* damnificados indirectos desamparando a otros, que revisten el mismo carácter, y consagrando una desigualdad jurídica inadmisibles en tanto desconoce, de manera ostensible, el principio de reparación integral¹⁷.

Desde la perspectiva del Derecho familiar y en el contexto social actual, las uniones de hecho forman parte de las alternativas que pueden escoger las personas en uso de la autonomía de la voluntad familiar al momento de diseñar su proyecto de vida. La sentencia anotada destaca que *“la restricción cuestionada lleva ínsita una desigualdad descalificable (arg. art. 16, Const. Nac.) en punto al acceso jurisdiccional en procura de una tutela que el ordenamiento dispensa tanto a la familia matrimonial como la extramatrimonial (...) en el caso, las diferencias que resultan de la limitación carecen de base objetiva. La protección que el ordenamiento supralegal dispensa a la “vida familiar” no distingue entre las familias generadas a raíz de un matrimonio civil y las conformadas por quienes no cuentan con ese vínculo formal”*.

Por eso se concluye que soluciones tan opuestas frente a situaciones personales sustancialmente afines, dan cuenta de una discriminación inconstitucional. En esa línea de pensamiento se afirma que *“limitación que en materia de legitimación activa por daño moral consagra el art. 1078 del Código Civil, en muchos casos, deviene hoy inconstitucional, al consagrar un tratamiento irrazonablemente distinto del que fluye nítidamente de las pautas supranacionales”*¹⁸.

La posición asumida en el fallo comentado en torno a la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078, C.C se encuentra en sintonía con lo resuelto con anterioridad por la misma Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en caso en el que concedió reparación por daño moral a los padres de un menor de cuatro años que, como consecuencia de una mala praxis médica, sufre una incapacidad total, permanente e irreversible, por lo que requerirá de por vida asistencia de terceros para su alimentación, higiene, movilización, vestimenta y traslado. La Corte entonces declaró la inconstitucionalidad del art. 1078, C.C. en cuanto limita la legitimación activa

integral del daño, vulnerar el principio de igualdad al reconocer al damnificado indirecto sólo la reparación del daño material y lesionar el principio de protección integral de la familia, de base constitucional y supranacional, al no permitir que se repare el dolor inconmensurable de los progenitores. En la misma senda se pronunció la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes (Sala I), 12/06/2007 en los autos: “Acevedo Hilda y O. c/ Hospital Municipal Mariano y Luciano de la Vega y O” (LLBA 2007 (agosto), 749, con nota de Félix A. Trigo Represas) y la Cám. 1ª Apel. Civ. Com. de San Isidro, Sala II, 27/02/2007, en la causa: “Hernández María R. c/ Witomski Mario N. y O” (LLBA 2007 (mayo), 468).

¹⁷ La C. Apel. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala II, 26/12/2007, en los autos: “Camargo Mónica y Otro c/ Lima Roberto y Otra s/ Daños y Perjuicios (Lexis Nexis, Newsletter diario, RCyS 2008-V, 49, con nota de Edgardo I. Saux-LA LEY 30/05/2008, 5, con nota de Graciela B. Ritto), ha sostenido que se viola la igualdad en la reparación de los daños, la que debe ser integral, al posibilitar el 1079 del Código Civil la legitimación activa a todos los damnificados indirectos con respecto a los daños materiales y limitar el art. 1078 del C.C dicha legitimación en relación al daño moral a algunos legitimados, pues esta desigualdad jurídica va contra el principio de reparación integral (artículo 19 de la Constitución Nacional).

¹⁸ Cfr. PIZARRO, Ramón Daniel. “Modernas fronteras de la responsabilidad civil: El derecho a la reparación desde la perspectiva constitucional”, en [http:// www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar).

de los progenitores del menor para reclamar tal perjuicio en el caso de muerte de la víctima, y destacó el carácter arbitrario de esa restricción sin justificativo razonable¹⁹.

V. La restricción del art. 1078 del Código Civil y la jurisprudencia

Otros pronunciamientos judiciales han arribado a una solución favorable y de apertura hacia un reconocimiento de la legitimación de los concubinos para reclamar resarcimiento por el daño espiritual padecido como consecuencia de la muerte de su compañero.

A partir de la reforma constitucional de 1994 y de la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico argentino, se ha modificado la concepción de "familia" en el derecho nacional. En la tradición jurídica y social, el concepto aludía exclusivamente al matrimonio como la legítima y única génesis de vida familiar, mientras que hoy se reconocen "diversas formas familiares", en expresión que recepta los distintos modelos de familia²⁰. Así, desde la óptica constitucional, actualmente se admite que la familia no se constituye solamente a través del vínculo matrimonial, sino que existen otras formas que no responden al modelo de familia nuclear, en las que las personas no se encuentren unidas por matrimonio²¹.

De manera frecuente, la familia se conforma a través de la convivencia más o menos prolongada de una pareja, que merece ser protegida al igual que los hijos que integran esa comunidad.

Puede afirmarse entonces que hoy la institución familiar comprende también a las personas que mantienen vínculos de familiaridad originados en una unión de hecho que, sin estar constituida legalmente, funciona como tal en la sociedad en iguales condiciones de convivencia estable y de formación de una progenie²².

Así, se ha decidido que los nuevos paradigmas en las formas familiares como las familias ensambladas y monoparentales, el reconocimiento social de las uniones de hecho y la aceptada necesidad de su regulación legislativa, han modificado la concepción de familia basada tradicionalmente en el matrimonio, lo que se ha reforzado a partir de la incorporación al ordenamiento jurídico argentino con jerarquía constitucional de los Tratados internacionales que admiten, además de la derivada del matrimonio, otras formas de familia²³.

En tal sentido, el fallo que se anota somete al art. 1078, C.C. a un control de *convencionalidad*, con el fin de verificar si se adecua a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tomando como punto de partida los derechos de acceso a la justicia (arts. 18, C.N.; 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos); al respeto de la integridad física y moral (arts. 17, C.N; 5 y 21,

¹⁹ Cfr. S.C. Buenos Aires, Sent. 16/05/2007 en la causa: "L.A.C y Otro c/ Pcia. de Bs. As. y Otro (L.L BA 2007 (setiembre) y LA LEY, 16/07/2007, p. 5, J.A. 2007-III, p. 371)

²⁰ LLOVERAS, Nora- SALOMÓN, Marcelo. *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 339.

²¹ Así se ha pronunciado la C. Apel. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala II, 26/12/2007, en la causa: "Camargo Mónica y Otro c/ Lima Roberto y Otra-Daños y Perjuicios", Lexis Nexis, Newsletter diario y RCyS 2008-V-49, con nota de Edgardo I. Saux y La Ley 30/05/2008, 5, con nota de Graciela B. Ritto.

²² C. Apel. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala II, 23/11/2004, en autos: R.S.E. c/ B.E S/ Daños y Perjuicios y A.A.A. c/ B. E y Otra s/ Daños y Perjuicios.

²³ C. N. Apel. en lo Civil, Sala K, en autos: "A., C. B. c. Fernández, Ángel Enrique", 01/07/2009.

Convención Americana sobre Derechos Humanos), al resarcimiento integral (de raigambre constitucional: art. 19, C.N.; C.S.J.N., Fallos, 327:3753; 331:1488), a la protección de la familia (arts. 14 bis, C.N. y 17.2, Convención Americana sobre Derechos Humanos) y a la igualdad ante la ley (arts. 16, C.N.; 1.1 y 24, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2 y 26, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Actualmente se afirma la tendencia jurisprudencial que, orientada por esos nuevos paradigmas familiares y a la luz de la constitucionalización del Derecho Privado, interpreta de manera fecunda la normativa interna para realizar el valor justicia en cada decisión. Con esa perspectiva, el Superior Tribunal de Chaco resolvió un caso en el cual se acreditó que la concubina mantuvo con la víctima una prolongada convivencia estable y pública. Frente a ese hecho, el tribunal declaró la inconstitucionalidad del art. 1078 del C.C. por conculcar preceptos de rango constitucional, como los establecidos en los arts. 14 bis y 16 de la Constitución Nacional, y violentar el art. 35 de la Constitución de la Provincia del Chaco sobre protección de la familia, toda vez que, de aplicarse dicha norma quedarían desamparados vínculos familiares que funcionan con características de matrimonio aparente²⁴. En este pronunciamiento se reconoció legitimación activa a la conviviente para demandar el daño moral sufrido, con fundamento en la exigencia constitucional de protección integral de la familia.

Cabe incluir en ese marco otros antecedentes jurisprudenciales inspirados en una interpretación amplia del derecho de daños, en los que se ha entendido que la limitación establecida en el art. 1078 del C.C. colisiona con el criterio imperante en materia de reparación plena de quien ha sufrido un daño injusto, de raíz constitucional. Su fuente se encuentra en el art. 19 de la Ley Fundamental que consagra el principio *alterum non laedere*, que no distingue la naturaleza patrimonial o extrapatrimonial del interés lesionado y que ha sido ratificado en los Tratados internacionales, particularmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 21 y 63, inc. 1) que por vía de lo dispuesto por el art. 75, inc. 22 de la C.N. tienen jerarquía constitucional.

En un caso en el cual la concubina dedujo acción resarcitoria con motivo de un accidente de tránsito en el que se produjo el fallecimiento de su compañero, se resolvió que es procedente la indemnización del daño moral a la concubina con fundamento en el principio de reparación integral²⁵. Asimismo, la Cámara Cuarta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba, ante la pretensión resarcitoria del daño moral de la concubina de la víctima, entendió que la inconstitucionalidad del art. 1078, C.C. se asienta en la desigualdad de trato respecto de los daños económicos (pues respecto de éstos la legitimación es amplia –art. 1079, C.C.–) y en la discriminación que sufre el concubino, a quien se le niega el resarcimiento del daño moral cuando puede reclamar el material, por lo que la norma limitativa de legitimación luce inconstitucional por irrazonable²⁶.

Es indudable que también contribuye a fortalecer esa tendencia jurisprudencial la dinámica actual que anima el derecho de daños, y que se ha visto plasmada en una

²⁴ Así se expidió el STJ, Sala I C.C y Lab. Chaco, 23/10/2007 en la causa: "C.S.R y Otros c/ Moreno Eduardo y/u Otros, LLLitoral 2008-168 y DJ 27/08/2008, 1155-DJ 2008-II, 1155, con nota de Héctor E. Solari.

²⁵ C. Apel. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala II, 23/11/2004, en los autos: R.S.E. c/ B.E S/ Daños y Perjuicios y A.A.A. c/ B. E y Otra s/ Daños y Perjuicios.

²⁶ Cámara Cuarta Apel. Civ. y Com. Córdoba, Sent. 37, 29/03/2012, autos: "Mofficoni Carlos Alberto y Otro c/ Agüero Orlando Eber y Otro-Ordinario-Daños y Perjuicios-Accidentes de tránsito".

notable decisión jurisdiccional de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, anticipatoria de la más reciente reseñada más arriba²⁷. En el caso, se declaró la invalidez constitucional del art. 1078, C.C. en un juicio por accidente de tránsito en el que perdieron la vida los padres y la única hermana del actor. El Tribunal entendió que en el caso concreto la aplicación de la norma legal, al negar la indemnización por daño moral al reclamante por la muerte de su hermana, conduce a una solución por demás injusta, reñida con disposiciones de la Carta Magna, como los arts. 19 y 75, inc. 22, habida cuenta que vulnera el derecho constitucional de no ser dañado y en caso de serlo, a obtener una reparación íntegra del daño²⁸. En otro precedente similar se declaró la inconstitucionalidad del art. 1078 del C.C, y se concedió legitimación a los hermanos para reclamar el resarcimiento del perjuicio moral, considerando que tienen un interés simple no reprobado por el Derecho como requisito del daño resarcible²⁹.

La Sala K de la Cámara Nacional Civil ha avanzado aun más, consolidando esta tendencia a través del reconocimiento indemnizatorio del daño moral a favor de la novia de la víctima (conviviente), próxima a contraer matrimonio, con fundamento en el derecho a una reparación integral de quien ha sufrido un daño, a pesar de que la reclamante no había solicitado la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del C.C³⁰.

V. El reconocimiento legislativo de los derechos de los concubinos y su tratamiento en el Proyecto de Reforma de Código Civil

El concubinato supone una vida en común de dos personas, que si bien no otorga título de estado y no se asimila al matrimonio, tiene importantes efectos que se proyectan en el ámbito jurídico.

En el caso de haber bienes, se constituye una sociedad de hecho que se dividirá conforme a los aportes de cada uno. En materia previsional, se ha otorgado al concubino derecho a pensión por invalidez o fallecimiento del afiliado en actividad (Ley 24241, art. 53). Se ha equiparado el derecho de la viuda a percibir indemnización por muerte del trabajador al de la conviviente que acredite un mínimo de dos (2) años de convivencia anteriores al fallecimiento (Ley 21297, art. 248), y también se reconoce al conviviente el derecho a continuar la locación iniciada por el concubino (Ley 23091, art. 9).

Se advierte así una progresiva recepción legislativa de los derechos de los concubinos, que da respuesta a requerimientos sociales y brinda tutela a aquellas situaciones que constituyen una manifestación del ejercicio de la libertad personal, como la reciente ley que autoriza el llamado “matrimonio igualitario”, que legaliza las uniones de hecho existentes entre personas del mismo sexo³¹.

²⁷ Ver nota 14.

²⁸ S.C.J. Mendoza, 07/09/2010, autos: “Z. R. A. c/ César Rodríguez Ruiz y Coop. de Seguros”.

²⁹ En tal sentido se pronunció la C. Civ. y Com. La Matanza, Sala I, 19/02/2008, en los autos: “Gómez Lucía Beatriz y Otro c. Transporte Ideal San Justo S.A y Otro”, DJ 05/08/2009, 2143, con nota de Graciela B. Ritto.

³⁰ Así se expidió la C. N. Civil, Sala K, 23/10/2009 en los autos: “Botti Adela Elena y Otros c/ Aguilar Marcos Javier y Otro s/ Daños y Perjuicios”, RCyS 2010-V-133, con nota de Papillú, Juan M. El Tribunal tuvo especialmente en cuenta que al día siguiente de ocurrido el accidente la actora hubiera contraído matrimonio con la víctima fallecida y que convivían desde hacía varios años.

³¹ Ley 26.618, sancionada el 15/07/2012 y promulgada el 21/07/2010.

En este contexto, el Proyecto de Reforma del Código Civil para la República Argentina, que en la actualidad está siendo debatido en el Congreso de la Nación, en el Libro Tercero, Título V, Cap. 1, en la sección sobre el “daño resarcible”, dispone en el art. 1741 que: *“Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del 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 convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible (...)”*.

Se plasma así, con mayor amplitud, un claro reconocimiento del derecho del conviviente para reclamar el resarcimiento de las consecuencias no patrimoniales que normalmente provoca la muerte de quien forma parte de la comunidad convivencial, instrumentando así una merecida protección legal de intereses legítimos, hasta hace poco postergados.

Aunque el Proyecto no incluye a los hermanos como legitimados activos, se admite que los damnificados indirectos puedan reclamar indemnización por daño moral en caso de supervivencia de la víctima, cuando el infortunio le ha provocado una gran discapacidad, como sucede con el dolor real y profundo infligido a los progenitores de quien ha sufrido una lesión irreversible. Este supuesto es lo suficientemente elocuente para destacarlo en su singularidad, toda vez que la restricción de los legitimados activos que consagra en su redacción actual el art. 1078, C.C. conculca derechos consagrados en nuestra Constitución Nacional, como son, entre otros, el derecho a un trato igualitario en identidad de circunstancias y el derecho a una reparación plena.

VI. Conclusiones

La sentencia que se comenta constituye la expresión de una corriente de pensamiento sostenida en forma mayoritaria por la doctrina y cada vez más reiterada en precedentes jurisprudenciales, que propone una posición superadora de la estrictez del límite normativo del art. 1078 CC, al reconocer a la concubina legitimación para obtener la reparación de las consecuencias no patrimoniales provocadas por la muerte de su compañero de vida.

La decisión se apoya en argumentos de naturaleza constitucional, reforzando así las garantías consagradas en la parte dogmática de la Constitución y enriquecida con los derechos incorporados a través del bloque de constitucionalidad que integra con los Tratados Internacionales. La protección integral de la familia y el reconocimiento de nuevas formas familiares constituyen pilares fundamentales en orden al reconocimiento de la legitimación activa de los concubinos (arts. 14 bis y 19, C.N. y 17.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), por lo que la limitación al derecho del conviviente a ser indemnizado frente a la fractura intempestiva del vínculo por la muerte de uno de los miembros de la pareja, constituye una discriminación inaceptable: conculca la garantía de igualdad ante la ley (art. 16 C.N) y como tal, deriva en una negación del derecho de acceder a la jurisdicción para obtener de ella remedios eficaces, y lesiona el principio de reparación integral (art. 19 C.N y art. 21 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

La limitación impuesta por el art. 1078, C.C. que restringe los legitimados activos para reclamar el resarcimiento del perjuicio inmaterial en caso de fallecimiento del damnificado directo a las personas que la norma autoriza, colisiona además con la nueva concepción del derecho de daños y su jerarquía constitucional, por lo que la comentada constituye una decisión ejemplar, que consolida una jurisprudencia cada

vez más comprometida con la necesidad de brindar respuestas a las exigencias actuales de la sociedad.