UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera de Abogacía

ADOPCIÓN CONJUNTA POR CONCUBINOS Y REPARACION DEL DAÑO MORAL POR MUERTE DEL CONCUBINO ¿LIMITACIONES INCONSTITUCIONALES?

2009

Tutor: Dr. Dutto Ricardo

Alumno: Giacobone Guido Nicolás

Titulo al que aspira: Abogado

Fecha de presentación: 12/5/09

1.-Área.

Derecho Público, Derecho Constitucional, Derecho Privado, Derecho de Familia, Derecho de las Obligaciones.

2.-Tema.

El concubinato: adopción e indemnización por muerte del concubino.

3.-Título.

Adopción conjunta por concubinos y reparación del daño moral por muerte del concubino. ¿Limitaciones inconstitucionales?

4.-Problema.

¿Cómo evitar que los Arts. 312 primer párrafo, 337 Inc. (d) y 1078 segundo párrafo del Código Civil vulneren derechos constitucionales? [1]

5.-Hipótesis.

Es necesario realizar una reforma de dicha normativa de rango inferior de nuestra legislación interna con el objeto de que guarde una debida armonía con los principios consagrados en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos constitucionalizados.[2]

5. a.-Puntos de Hipótesis.

5. a.1-La legislación Argentina se encuentra desactualizada en materia de concubinato.

5. a.2- Los Arts. 312 y 337 Inc. (d) del Código Civil los cuales imposibilitan a los concubinos adoptar conjuntamente vulneran la protección de la familia, el derecho a la igualdad y el interés superior del niño que garantizan la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos.

5. a.3-Deben modificarse los Arts. 312 y 337 Inc. (d) del Código Civil

[1] ABELEDO PERROT: 2006 Código Civil de la República Argentina. Buenos Aires. p 85.
[2] QUORUM: 2005 Constitución de la Nación Argentina. Rosario. p 28.

posibilitando la adopción conjunta por parte de parejas heterosexuales que mantengan una comunidad de vida estable, sin que medien entre ellos impedimentos matrimoniales.

5. a.4- El Art. 1078 del Código Civil al no otorgar legitimación a los concubinos para reclamar el resarcimiento del daño moral ocasionado por la muerte de uno de ellos lesiona derechos y garantías de raigambre constitucional.

5. a.5-.Debe modificarse el Art. 1078 del Código Civil otorgando legitimación activa a los concubinos para reclamar contra el autor del hecho ilícito que ha causado la muerte de uno de ellos la indemnización por daño moral.

6.-Objetivos.

6. a.-Objetivos generales.

6. a.1-Demostrar que la normativa que trataremos avasalla garantías constitucionales.

6. b.-Objetivos específicos.

6. b.1-Fundamentar la necesidad de una posible reforma legislativa conforme a la doctrina y jurisprudencia actual.

6. b.2-Contribuir a evitar un quiebre en el Derecho y los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular.

7.-Metodología.

7. a.-Técnicas.

Para la realización de este trabajo realizaremos una investigación documental. Analizaremos la normativa que consideramos necesario modificar, estudiaremos la doctrina especializada en la materia y descubriremos como se ha pronunciado la jurisprudencia al respecto en nuestro derecho y en el Derecho Comparado.

7. b.-Medios Y Recursos.

Legislación Argentina y comparada.

Jurisprudencia.

Manuales, tratados, libros especiales en la temática, revistas jurídicas, actos de jornadas de Derecho Civil, conclusiones de congresos y ponencias.

8.-Marco Teórico

En el presente trabajo trataremos la reparación del daño moral por muerte del concubino. Demostraremos la necesidad de otorgar legitimación activa a los concubinos para reclamar contra el autor del hecho ilícito que ha causado la muerte de uno de ellos la indemnización por daño moral. Asimismo probaremos que la situación actual que niega al concubino dicha legitimación vulnera derechos y garantías constitucionales.

El Código Civil en el Art. 1078[3] dispone que la acción para reclamar el daño moral solo la puede ejercer el damnificado directo y si del hecho resultase la muerte de la victima los únicos que podrán ejercer la acción son los herederos forzosos.

Esta norma limita la reparación del daño moral por muerte de la víctima exclusivamente a los herederos forzosos restringiendo a los concubinos la posibilidad de reclamar la indemnización del daño moral que le produce la muerte de su compañero.

La doctrina se divide entre los que se enrolan en la posición restrictiva de limitar la reparación por daño moral a los herederos forzosos en caso de muerte de la víctima y los que postulan la necesidad de otorgar legitimación activa no sólo a los herederos forzosos sino también a otras personas que puedan sufrir una lesión en un interés propio en virtud de sus lazos afectivos con la victima.

Entre los autores más reconocidos que concuerdan con la postura restrictiva del Código Civil se encuentran Kemelmajer de Carlucci,[4] Llambías,[5] y Orgaz[6]. El argumento fundamental que sostiene esta doctrina en defensa de la limitación objetiva

[3] ABELEDO PERROT: 2006 Código Civil de la República Argentina. Buenos Aires. p 223.
[4]KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Falta de legitimación de la concubina para reclamar los daños y perjuicios derivados de la muerte del compañero en un hecho ilícito. JA1979-III-6
[5]LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de derecho civil. Obligaciones. 2ed Buenos Aires. Abeledo Perrot: 1976. p 109.
[6]ORGA Z, Alfredo. El daño resarcible. 3ed. Buenos Aires. Depalma: 1967. p 222.

que establece el Art. 1078 del Código Civil[7] es que de no existir dicha restricción habría siempre una incertidumbre respecto de los posibles damnificados y la multiplicidad de reclamaciones dejaría en la ruina al responsable.

Específicamente sobre la legitimación de los concubinos para reclamar el resarcimiento del daño moral por la muerte de uno de ellos Benavente,[8] Junyent Bas-Flores[9] y Kemelmajer de Carlucci[10], se asientan en el tenor literal de la norma y sostienen que el concubino al no ser heredero forzoso de su compañero no está legitimado en el derecho argentino para reclamar el menoscabo sufrido en sus afecciones en razón de la expresa disposición del Art. 1078 del Código Civil[11] no pudiendo apreciarse que dicha solución fuere irrazonable o lesiva del principio de igualdad.

Si bien la doctrina restrictiva le ha negado la posibilidad de reclamar el daño moral a los concubinos existe una fuerte postura doctrinal que sostiene la necesidad de modificar la ley y extender la legitimación a sujetos que no son herederos legitimarios. Entre los juristas que comparten esta postura se encuentran Brebbia, Bueres, Chiapero de Bas, Pizarro, Stigliz, Trigo Represas y Zavala de González.[12]

Los autores que postulan la necesidad de otorgar legitimación activa específicamente a los concubinos para reclamar contra el autor del hecho ilícito que ha

---

[7]ABELEDO PERROT: 2006 Código Civil de la República Argentina. Buenos Aires. p 223.
[8]BENAVENTE, Maria. Daño moral y damnificados indirectos. ¿La limitación del art. 1078 CCiv. Es inconstitucional?. JA 2005-IV-288.
[9]JUNYENT BAS, Francisco- FLORES, Fernando. A propósito del reclamo indemnizatorio por daño moral sufrido por la muerte del concubino. El art 1078 CCivil y una limitación ¿irrazonable?. JA 2005-III-1058.
[10]KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Falta de legitimación de la concubina para reclamar los daños y perjuicios derivados de la muerte del compañero en un hecho ilícito. JA1979-III-6.
[11]ABELEDO PERROT: 2006 Código Civil de la República Argentina. Buenos Aires. p 223.
[12]ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Resarcimiento de daños. 2ed. Buenos Aires. Hammurabi: 1996. p 657.

causado la muerte de uno de ellos la indemnización por daño moral son Aranguren,[13] Gacigalupo de Girard[14], Humpreys-Tanzi,[15] Pizarro[16], Ritto[17] y Zavala de Gonzalez[18].

Quienes participan de esta línea de pensamiento no discuten que los concubinos no están en igualdad de condiciones que los cónyuges, pero sostienen que la cuestión central da marco a la discusión sobre la igualdad de trato de la persona humana, los derechos del hombre y la mujer independientemente de su estado civil, la protección de la familia y el derecho a la reparación del daño injustamente sufrido.

Un fallo jurisprudencial dictado por la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata hizo lugar a la indemnización del daño moral de la concubina fundamentando la sentencia en que no reconocerle el resarcimiento a la concubina resultaría lesivo de derechos fundamentales y garantías de raigambre constitucional.[19]

Adherimos con la doctrina y jurisprudencia que considera al Art 1078 del Código Civil[20] lesivo de derecho y garantías constitucionales. Por lo tanto proponemos una modificación de dicha norma otorgando legitimación activa a los concubinos para reclamar contra el autor del hecho ilícito que ha causado la muerte de uno de ellos la indemnización por daño moral.

El otro tema que desarrollaremos en este trabajo es la adopción conjunta por parte de concubinos. Demostraremos que la ley de adopción al prohibir la adopción conjunta de un niño por parte de una pareja de concubinos, es inconstitucional ya que vulnera el la protección de la familia, el derecho a la igualdad, y el interés superior del

---

[13]ARANGUREN, Beatriz. Daño moral a favor de la concubina. Avances jurisprudenciales. LLL 2006-174.
[14]GACIGALUPO DE GIRARD, Maria. ¿El art 1078, CCIV, quita legitimación activa al conviviente para reclamar el daño moral por la muerte de su pareja?. Revista Derecho de Familia. Buenos Aires. Lexis Nexis 2005-II-83.
[15]HUMPREYS, Esther-TANZI, Silvia. Daño moral y concubinato. Legitimación para su reclamo. DJ 2005-1-195.
[16]PIZARRO, Ramón. Daño Moral. 1ed. Buenos Aires: Hammurabi: 1996. p 203.
[17]RITTO, Graciela. La legitimación activa para reclamar daño moral. LL 2005-1050.
[18]ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Resarcimiento de daños. 2ed. Buenos Aires. Hammurabi 1996. p 657.
[19]CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL DE MAR DEL PLATA, Sala 2. 23-11-04. "R.S.E c/Bustos, Esteban y otra" JA 2005-IV-31.
[20]ABELEDO PERROT: 2006 Código Civil de la República Argentina. Buenos Aires. p 223.

niño. Asimismo probaremos que debe admitirse la adopción conjunta por parte de concubinos que mantengan una convivencia y una comunidad de vida estable, sin que medien entre ellos impedimentos matrimoniales.

Los Art. 312 y 337 Inc. (d) del Código Civil si bien guardan silencio en cuanto a la posibilidad de los concubinos de adoptar conjuntamente, indirectamente les niegan la posibilidad al disponer el Art. 312 primera parte que "nadie puede ser adoptado por mas de una persona simultáneamente, salvo que los adoptante sean cónyuges" y el Art. 337 establece que serán nulas las adopciones que violen dicho precepto. [21]

La legislación establece como principio general la adopción unipersonal estableciéndose como excepción que la adopción puede otorgarse a más de una persona cuando estos sean cónyuges.

La normativa citada impide que las parejas que conviven en concubinato adopten en forma conjunta y solamente posibilita la adopción por parte de uno solo de los convivientes.

La posición doctrinaria y jurisprudencial tradicional concuerda en que la no previsión del carácter de concubinos para la adopción conjunta no es una omisión por parte del legislador si no que se deriva de la exigencia expresa de la condición de cónyuges cuyo no cumplimiento se castiga con la nulidad.

Bossert[22] considera que no es posible otorgar la adopción a los concubinos porque no puede extendérsele por analogía el carácter de cónyuges si solo tienen un vínculo de hecho. Otros doctrinarios que concuerdan con esta postura son Bellucio[23] y Zannoni[24] que al tratar el tema se limitan a decir que seria inconveniente que un menor puede ser adoptado por más de una personas si no son cónyuges.

---

[21] ABELEDO PERROT: 2006 Código Civil de la República Argentina. Buenos Aires. p 85.
[22] BOSSERT, Gustavo. Régimen jurídico del concubinato. 4ed. Buenos Aires. Astrea: 1997. p 195.
[23] BELLUSCIO, Augusto. Manual de Derecho de Familia. 5ed. Buenos Aires. Depalma: 1993. p 265.
[24] ZANNONI, Eduardo. Manual de derecho de familia. 5ed. Buenos Aires. Astrea: 2003. p 497.

Luego de la reforma constitucional de 1994 con la incorporación a la Constitución Nacional mediante el Art. 75 Inc. 22 de la Convención de los Derecho del Niño[25], ha comenzado a surgir doctrina y jurisprudencia que sostienen que los Art. 312 y 337 Inc. (d) del Código Civil[26] argentino son inconstitucionales por transgredir derechos y garantías consagrados en la misma.

Los doctrinarios que afirman la inconstitucionalidad de estos dos artículos del Código Civil son Azpiri[27], Bidart Campos[28], Fama[29], Grosman[30], Mizrahi[31] y Solari[32] por entender que al no permitirle a un menor ser adoptado por una pareja de concubinos se esta dejando de lado el interés superior del niño que es el principio guía que rige la adopción, según lo establece la Convención de los Derechos del Niño en el Art.3 y21.[33]

Para esta doctrina el interés superior del menor debe estar presente en primer lugar en toda decisión que afecte al niño.

Asimismo esta doctrina sostiene que permitir únicamente la adopción conjunta por parte de los cónyuges avasalla la protección integral de la familia sin distinción alguna que estable el Art. 14 bis y vulnera el derecho a la igualdad del Art. 16 ambos de la Constitución Nacional.[34]

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, Sala 1 revocó una sentencia que concedía la adopción plena a una pareja de concubinos por considerar que la exigencia de que para adoptar conjuntamente es necesario ser cónyuge no es irrazonable ya que la exclusión de la habilitación para adoptar de los concubinos es una

[25]QUORUM: 2005 Constitución de la Nación Argentina. Rosario. p 28.
[26]ABELEDO PERROT: 2006 Código Civil de la República Argentina. Buenos Aires. p 85.
[27]AZPIRI, Jorge. Uniones de hecho. 1ed. Buenos Aires. Hamumurabi: 2003. p 181.
[28]BIDART CAMPOS, Germán. El interés superior del niño y la protección integral de la familia como principios constitucionales. LL 1999-F-623.
[29]FAMA, Maria. Adopción Conjunta de convivientes: de la dogmática jurídica hacia el reconocimiento de derechos fundamentales. JA 2005-IV-49.
[30]GROSMAN, Cecilia. Los tiempos de hoy y de ayer, formas de familia y las demandas de adopción. Revista Derecho de Familia. Nº 27 Buenos Aires Lexis Nexis. p 44.
[31]MIZRAHII, Mauricio. Adopción simple conjunta de un joven de 18 años por una unión de hecho. Revista Derecho de Familia. Buenos Aires. Lexis Nexis. 2007-II-143.
[32]SOLARI, Néstor. Sobre adopción conjunta por parte de conviviente. Revista Derecho de Familia. Buenos Aires. Lexis Nexis 2006-I-186.
[33]QUORUM: 2005 Constitución de la Nación Argentina. Rosario. p 28.
[34]IBID. p 5.

opción valida del legislador y que si bien de lege ferenda podría propiciarse que los concubinos adopten hasta que ello no ocurra los jueces no podrán apartarse de lo que establece la ley.[35]

Contrariamente en un fallo que sienta precedente dictado por el Tribunal Colegiado de Familia Nº 5 de Rosario se otorgó la adopción de un niño a una pareja de concubinos. La sentencia fue fundamentada con diversos tratados internacionales que le permitieron al tribunal llegar a la conclusión que los Art. 312 primer párrafo y 337 Inc. (d) son inconstitucionales.[36]

Nosotros adherimos a la doctrina y jurisprudencia que plantea la inconstitucionalidad de los Arts 312 y 337 Inc. (d) del Código Civil[37] ya que consideramos que dicha normativa vulnera la protección constitucional de la familia, el derecho a la igualdad y el interés superior del niño. Por lo tanto proponemos que esta normativa sea reformada posibilitando la adopción conjunta por parte de parejas heterosexuales que mantengan una comunidad de vida estable, singular, permanente, notoria, sin que medien entre ellos impedimentos matrimoniales.

[35]CÁMARA DE APELACIONES CIVIL Y COMERCIAL DE MERCEDES, Sala1. 5-6-05. "N., M. D. y otra s/Adopción". JA 2005-IV-48.
[36]TRIBUNAL COLEGIADO DE FAMILIA Nº5 DE ROSARIO. 11-6-06. "O., A. y A., J. C.. S/ Adopción". Revista Derecho de Familia. Buenos Aires. Lexis Nexis. 2007-II-129.
[37]ABELEDO PERROT: 2006 Código Civil de la República Argentina. Buenos Aires. p 85

Resumen.

Uno de los cambios mas relevantes que se produjeron en los últimos tiempos en nuestra sociedad, es el incremento de parejas que conviven extramatrimonialmente.

Estas uniones de hecho dan lugar a verdaderos núcleos familiares que se hallan desprotegidos al carecer el concubinato de una regulación orgánica en el ordenamiento legal argentino.

Por contrapartida el matrimonio recibe toda clase de protección asegurándoles a los cónyuges un bloque de derechos y obligaciones del cual los concubinos, carecen.

Sin embargo a pesar del desamparo legal en el que se encuentran quienes deciden vivir en concubinato, lo cierto es que cada vez más personas elijen esta forma de convivencia.

En este trabajo nos propusimos demostrar que la desprotección legal en la que se encuentran los concubinos es de tal magnitud que en algunas ocasiones vulnera derechos y garantías constitucionales.

Los Art. 312 y 337 Inc. (d) del Código Civil[38] imposibilitan que las parejas que conviven en concubinato adopten en forma conjunta, reservando dicho privilegio exclusivamente a las parejas unidas por matrimonio.

En base a esto hemos realizados un estudio detallado de la ley de adopción, la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos. Asimismo analizamos como se ha pronunciado la doctrinaria y jurispuredencia sobre la adopción conjunta por concubinos e investigamos al respecto en el Derecho Comparado

Este estudio nos permitió llegar a la conclusión que los Art. 312 y 337 del Código Civil[39] al no permitir adoptar en forma conjunta a los concubinos, vulneran la protección de la familia, el derecho a la igualdad y el interés superior del niño que garantiza la Constitución Nacional y los Tratados de de Derechos Humanos.

[38] ABELEDO PERROT: 2006 Código Civil de la República Argentina. Buenos Aires. p 85.
[39] IBID

Otro de los problemas que sufren los concubinos se presenta en el caso que ocurra la muerte de uno de ellos a causa de un hecho ilícito. El Art. 1078 del Código Civil[40] impide que el concubino, reclame ante los tribunales el resarcimiento del daño moral que le produce la muerte de su compañero, debido a que los únicos legitimados para reclamar dicho daño son los herederos forzosos.

Realizamos un análisis sobre la restricción de la legitimación activa para reclamar el daño moral que establece la legislación Argentina e investigamos como funciona el sistema en el Derecho Comparado. Además estudiamos cual es la posición de la doctrina especializada sobre el tema que nos compete y como se ha pronunciado la jurisprudencia al respecto.

Esta investigación nos posibilitó sostener que el que el Art. 1078 del Código Civil[41] al no otorgar legitimación a los concubinos para reclamar el resarcimiento del daño moral ocasionado por la muerte de uno de ellos lesiona el derecho a la reparación integral del daño injustamente sufrido, vulnera la protección de la familia y el derecho a la igualdad.

Al finalizar el trabajo quedó comprobado que es necesario para no vulnerar la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos modificar los Art. 312 y 337 Inc. (d) del Código Civil[42] posibilitando a las parejas heterosexuales que mantengan una comunidad de vida estable sin que medie entre ellos impedimentos matrimoniales adoptar niños. Asimismo comprobamos que es oportuno reformar el Art. 1078 del Código Civil[43] otorgando legitimación activa a los concubinos para reclamar contra el autor del hecho ilícito que ha causado la muerte de uno de ellos la indemnización por daño moral.

---

[40] ABELEDO PERROT: 2006 Código Civil de la República Argentina. Buenos Aires. p 223.
[41] IBID
[42] IBID. p 85.
[43] IBID. p 223.

Capítulo 1

EL CONCUBINATO

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Concubinato, concepto. 3. Caracteres. 3.1 Permanencia. 3.2 Cohabitación. 3.3 Notoriedad. 3.4 Singularidad con apariencia de fidelidad. 3.5 Heterosexualidad. 3.6 Inexistencia de impedimentos matrimoniales. 4. Requisitos para que el concubinato produzca efectos jurídicos. 5. Breve referencia histórica. 5.1 Derecho romano. 5.2 Derecho canónico. 5.3 Derecho francés. 6. Diferencia entre los diversos modelos de relaciones 7. Causas del concubinato 8. Posiciones legislativas respecto a la regulación del concubinato. 8.1 Posición abstencionista. 8.2 Posición sancionadora. 8.3 Posición equiparadora 8.4 Posición proteccionista. 9. Tratamiento legislativo en la Argentina 10. Efectos del concubinato previstos legalmente 11. Aplicación de normas generales ante la ausencia de una normativa especifica. 11.1 Contratos entre concubinos. 11.2 Donaciones. 11.3 Enriquecimiento sin causa. 11.4 Proveedores del hogar común. 12. Derechos no reconocidos a quienes conviven en concubinato. 12.1 Vocación hereditaria. 12.2 Liquidación de bienes por disolución del concubinato. 12.3 Bien de familia. 12.4 Alimentos. 12.5 Indemnización por ruptura la convivencia. 13. Derecho comparado. 13.1 Tratamiento jurídico en Europa. 13.2 Tratamiento jurídico en Sudamérica. 14. Conclusión.

1. Introducción.

En el presente capítulo introduciremos al lector en el estudio del concubinato. Desarrollaremos conceptos generales y necesarios para situar a quien lee el siguiente trabajo en el tema.

Al comienzo del capitulo desarrollaremos el concepto, los caracteres y los requisitos para que el concubinato produzca efectos jurídicos. Seguidamente describiremos una breve evolución para poder visualizarlo desde una perspectiva histórico-social.

A posteriori diferenciaremos el concubinato de otros modelos de relaciones y enunciaremos las causas que originan esta realidad social.

Analizaremos además cuales son las posturas que adopta el derecho con respecto a la regulación o no del concubinato y cuales el tratamiento legislativo que se le da en Argentina y en el Derecho Comparado.

Al finalizar el capitulo quedará demostrado el primer punto de hipótesis que plantea la desactualizacion de la legislación Argentina en materia de concubinato.

Para la realización del presente capítulo hemos analizado la legislación Argentina y comparada en materia de concubinato, estudiamos la doctrina especializada sobre el tema, e investigamos como se ha pronunciado la jurisprudencia al respecto.

2. Concepto.

Es necesario determinar un concepto preciso y exacto de concubinato con el objeto de entender de que se habla cuando se denomina a una unión de personas con este termino y además por la imperiosa necesidad de no incluir dentro del concepto de concubinato a figuras que no se corresponden con el mismo.

La doctrina aporta numerosas conceptualizaciones de que se entiende por concubinato, haremos mención de algunas definiciones que brindan los autores de Derecho de Familia y luego propondremos una propia.

Bellucio afirma que el concubinato es “la situación de hecho en que se encuentran dos personas de distinto sexo que hacen vida marital sin estar unidas en matrimonio”.[44]

Por su parte Bossert señala que el concubinato “es la unión permanente de un hombre y una mujer que sin estar unidos por matrimonio, mantienen una comunidad de habitación y de vida, de modo similar a la que existe entre los cónyuges”.[45]

A su vez Borgonobo define el concubinato como “la pareja que tiene posesión de estado matrimonial y carece de vinculo jurídico entre si”.[46]

Según Mazzinghi el concubinato se identifica con “la cohabitación prolongada entre dos personas, que reviste apariencia de matrimonio, sin que exista dicho vinculo entre ellas”.[47]

Para García de Ghilino el concubinato es “la relación estable entre un hombre y una mujer que cohabitan públicamente haciendo vida marital sin estar unidos en matrimonio. La relación se trasunta entonces en un estado conyugal aparente de hecho”.[48]

Si bien las definiciones que otorga la doctrina no son todas iguales, se asemejan bastante y coinciden en que la unión de hecho debe ser semejante a la del matrimonio.

Luego de analizar las definiciones doctrinarias entendemos que el concubinato es la unión duradera y estable de un hombre y una mujer que cohabitan públicamente con todas las apariencias de un matrimonio legítimo pero sin haberse sometido a las formalidades del mismo.

A continuación desarrollaremos cuales son los caracteres del concubinato.

3. Caracteres.

Los caracteres, también denominados elementos o requisitos, son aquellos necesarios para la configuración de un concubinato que produzca efectos jurídicos.

Es necesario para que una relación sea considera como concubinato y produzca efectos en el ámbito del derecho el cumplimiento de los siguientes requisitos.

3.1 Permanencia.

La unión debe ser permanente es decir duradera en el tiempo por lo que no se considera tal las uniones transitorias de corta duración como las relaciones sexuales circunstanciales. La relación no debe ser accidental ni momentánea sino que debe ser constante.

El hecho de que existan pequeñas interrupciones, no necesariamente implica que la unión no sea permanente. Toda relación de tipo personal puede verse afectada por separaciones momentáneas, pero mientras estas respondan al carácter de interrupciones accidentales, la permanencia como elemento no se verá afectada[49]

3.2 Cohabitación.

Es necesario que la pareja conviva bajo el mismo techo lo que supone la comunidad de lecho.

La cohabitación entre el hombre y la mujer debe implicar una comunidad de vida similar a la convivencia matrimonial

La convivencia hace presuponer la existencia de relaciones sexuales entre la pareja y la colaboración mutua tanto material como afectiva ante las dificultades que se les presentan

3.3 Notoriedad.

La notoriedad de la situación, da lugar a una imagen social de que se constituye una nueva unidad familiar, denominada apariencia de estado matrimonial. Por lo tanto se requiere que la relación sea de público conocimiento ya que de no ser así no existiría la apariencia de estado matrimonial.

Los sujetos deben aparecer frente a terceros como un verdadero matrimonio en que los convivientes tengan un trato de marido y mujer

Si la unión permaneció oculta no será reconocida por el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no será posible el reconocimiento de efectos jurídicos a dicha unión.

3.4 Singularidad con apariencia de fidelidad.

La singularidad consiste en una unión monogámica, es decir que la estabilidad y la permanencia de la relación se den únicamente entre un hombre y una mujer independientemente de que pueda existir un encuentro sexual casual entre uno de los conviviente y un tercero sin que trascienda mas allá que un encuentro fugaz sin consecuencias.

Los convivientes deben mantener una fidelidad denominada doctrinariamente como aparente ya que si no se guarda una apariencia de fidelidad se afecta la singularidad de la unión.[50].

3.5 Heterosexualidad.

La apariencia de estado matrimonial es lo que le permite al concubinato adquirir mucho de sus efectos, por lo que las uniones homosexuales quedan fuera de este concepto, debido a que en la Argentina y en la mayoría de los países salvo muy limitadas excepciones el matrimonio es un vinculo que se celebra entre un hombre y una mujer con los requisitos que establece la legislación.

Si bien algunas legislaciones europeas han otorgado determinados efectos jurídicos a las uniones homosexuales no podemos sostener que se trata de un concubinato por lo menos teniendo en cuenta la realidad social y jurídica de la Argentina.[51]

3.6 Inexistencia de impedimentos matrimoniales.

Este requisito se encuentra discutido por la doctrina. Algunos autores exigen que los convivientes tengan aptitud nupcial es decir que no se encuentren sometidos a algún impedimento matrimonial contemplado en la legislación civil. Según Bellucio es relevante que no existan impedimentos matrimoniales para aquellas legislaciones donde

se equipara el concubinato con el matrimonio pero cuando se trata solo de regular las consecuencias de un hecho no contemplado en la ley la cuestión de que los convivientes tengan aptitud nupcial resultaría indiferente sin perjuicios de que puedan arbitrarse soluciones distintas según se presenten impedimentos matrimoniales o no.[52]

4. Requisitos para que el concubinato produzca efectos jurídicos.

De lo expuesto precedentemente surge que para la configuración de un concubinato pleno que produzca efectos jurídicos es necesario que: la relación de convivencia se de entre un hombre y una mujer, dicha convivencia mantenga una cierta estabilidad, exista una comunidad de vida similar a la convivencia matrimonial, la unión sea singular con apariencia de fidelidad, la unión sea notoria, y la inexistencia de impedimentos matrimoniales (Este último requisito esta discutido doctrinariamente).

Pueden existir casos en los que se encuentre ausente alguno de los requisitos mencionados pero eso no significa la inaplicabilidad en ciertos casos de determinadas soluciones que la ley ofrece al concubinato.

Al no existir una regulación legal que determine la forma en que deben comportarse los convivientes es posible que se acredite la existencia de la relación en pareja no obstante la ausencia de algún carácter.

En estos casos no se da la existencia de un concubinato pleno por lo tanto será necesario en cada caso concreto determinar si se reúnen los requisitos que establece la ley para que se genere un derecho determinado.

Seguidamente describiremos una breve evolución del concubinato para poder visualizarlo desde una perspectiva histórico-social.

5. Breve referencia histórica.

5.1 Derecho Romano.

En el derecho romano primitivo el concubinato se regia por la costumbre ya que carecía de una regulación legal.

Consistía en la cohabitación de un ciudadano con una mujer de baja condición. Se diferenciaba del matrimonio ya que si bien en ambos se requería el consentimiento de las partes y el comportamiento como marido y mujer, la affectio maritalis que se daba en el matrimonio no existía en el concubinato.

Al no existir affectio maritalis la mujer no adquiría la condición social del marido ni la dignidad de esposa y la disolución del concubinato era un mero hecho que no ocasionaba consecuencias jurídicas.

Fue recién durante la época del Imperio Romano bajo el primer emperador Octavio Augusto que se dictaron las primeras leyes que trataron de regular las uniones de hecho. Con el dictado de las leyes Iulia de Maritadis, Papia Popea y Iulia de Adulteris se trato de establecer un orden en el medio social donde el concubinato era un hecho frecuente.

Dicha legislación estableció una serie de requisitos para que la unión sea considerada lícita; la unión debía ser de personas púberes, no debía existir entre ellas impedimentos matrimoniales, el varón no debía ser casado y la mujer no debía ser honesta.

Por medio de dichas leyes se regularon los efectos personales y matrimoniales entre los concubinos.

Fue Justiniano quien completo la estructuración comenzada por Octavio Augusto estableciendo claramente las condiciones y ampliando los efectos del concubinato.

Se asimilaron los impedimentos del concubinato a los del matrimonio, se concedió a la concubina y a los hijos derechos sucesorios, se regulo el procedimiento de legitimación de los hijos naturales y se estableció la obligación alimentaría a favor de estos.

5.2 Derecho Canónico.

En la edad media predominaban las ideas de la Iglesia Católica en favor del matrimonio y se le atribuía al concubinato una valoración disvaliosa.

La rigidez con la que la Iglesia Católica reguló el concubinato puede ser dividido en dos épocas una anterior y otra posterior al Concilio de Trento en el año 1563.

El cristianismo primitivo reguló el concubinato en lugar de sancionarlo, concediéndole efectos y tratando de esta manera asegurar la estabilidad de la relación en pareja.

Para que el concubinato produciera efectos era necesario la inexistencia de otros vínculos conyugales y que la relación sea de carácter permanente.

La doctrina sentada en el primer Concilio de Toledo admitió la unión monogámica del hombre soltero con su concubina siempre que fuera con carácter de perpetuidad.

A fines de siglo XV el papado sufrió una crisis, que no es necesario puntualizar en este trabajo, debido a la cual se vio la necesidad de reformar los postulados doctrinarios de la iglesia con la finalidad de preservar y fortalecer el poder de la misma.

En este contexto se celebro el Concilio de Trento donde se aprobó el sacramento del matrimonio y se establecieron penas severas contra los concubinos. La Iglesia Católica endureció su valoración con respecto a las relaciones concubinarias, castigando con la excomunión a quienes convivían sin contraer matrimonio.

5.3 Derecho francés.

El antiguo derecho francés influenciado por el Derecho Canónico adoptó una postura combativa en contra del concubinato por considerarlo inmoral.

Esta forma de considerar al concubinato se mantuvo hasta la Revolución Francesa a partir de la cual se produjo una separación de la valoración religiosa y de la

regulación civil. Desde ese momento cada legislación ha tratado el tema del concubinato con diferentes alcances.

El Código Napoleónico sin embargo ignoró totalmente el concubinato y se abstuvo de regular cualquier tipo de efecto personal o patrimonial que pudiera surgir de dicha relación. Esta actitud legislativa ha influido en la Argentina y en la mayor parte de las legislaciones occidentales que se abstuvieron de realizar una regulación integral del concubinato.

A posteriori diferenciaremos el concubinato de otros modelos de relaciones los cuales producen diferentes consecuencias jurídicas.

6. Diferencia entre los diversos modelos de relaciones.

Entre el concubinato, el matrimonio y el noviazgo existen diferencias que no siempre son fáciles de observar, pero es conveniente distinguir estas figuras con claridad debido a las diferentes consecuencias jurídicas que pueden derivar según el tipo de relación de la cual se trate.

Un hombre y una mujer tanto en el concubinato como en el matrimonio se comportan de manera similar manteniendo entre ellos una convivencia estable, pública y singular.

No obstante en el concubinato el único elemento que permite su configuración es el comportamiento mientras en el matrimonio existe además el titulo por el cual se adquiere el emplazamiento legal en ese estado debido a la celebración de las nupcias.

En la sociedad existen otros tipos de relaciones como el noviazgo que no producen efectos jurídicos con la trascendencia que tiene el concubinato y el matrimonio. Mientras en el concubinato hay una comunidad de vida con apariencia de matrimonio, en el noviazgo hay una relación afectiva que puede o no derivar en un futuro matrimonio pero no se da la convivencia.

En el punto siguiente enunciaremos cuales son las causales que originan esta forma de convivencia alternativa al matrimonio.

7. Causas del concubinato.

No resulta una tarea sencilla identificar cuales son los motivos del establecimiento de una relación concubinaria ya que se trata de una situación de hecho.

No obstante ello podemos hacer referencia a ciertas causales legales, económicas, culturales, ideológicas que a lo largo del tiempo se han ido modificando.

En Argentina antes de la sanción de la ley 23.515,[53] la imposibilidad de disolver el matrimonio a través del divorcio, llevaba a las personas separadas a unirse en concubinato para entablar una nueva relación. Luego del dictado de la citada ley con la legalización del divorcio vincular las causales que dan origen al concubinato han ido cambiando.

La falta de seguridad económica genera una mayor dificultad para establecer, por medio del matrimonio, un vínculo familiar regularmente organizado. En los sectores con menos ingresos se posterga la decisión matrimonial, y se reemplaza por el mantenimiento de meras convivencias, que no crean cargas ni obligaciones de base legal.

Por otro lado encontramos causas ideológicas correspondientes a nuevas y mas liberales pautas culturales donde el concubinato revaloriza la autonomía de los convivientes que buscan ellos mismos regular su grupo familiar dejando de lado las imposiciones legales del matrimonio.

Además se ha vuelto una costumbre que muchas parejas prefieran convivir de hecho como un modo a prueba previo al matrimonio para corroborar si se llevan bien durante la convivencia.

A estas causales es preciso agregar que la independencia económica que ha obtenido la mujer en la actualidad le permite optar por un tipo de unión alternativa al matrimonio ya que no necesariamente debe depender económicamente del marido.

Seguidamente analizaremos cuales son las posturas que adopta el derecho con respecto a la regulación o no del concubinato.

8. Posiciones legislativas respecto a la regulación del concubinato.

Tradicionalmente los ordenamientos jurídicos se han preocupado de regular y proteger el matrimonio entre un hombre y una mujer para la construcción de un mejor orden social. En cambio las relaciones de hecho han sido consideradas como inmorales desde el punto de vista ético y social en virtud de privilegiar el matrimonio.

Sin embargo la cantidad de parejas que conviven extramatrimonialmente han ido aumentando progresivamente y en base a esto se han elaborado diversas posiciones legislativas y doctrinarias de cómo el derecho debe actuar frente a esta realidad social.

Estas posiciones son agrupadas por la doctrinas en cuatro grandes grupos:

8.1 Posición abstencionista.

Se ignora al concubinato omitiendo toda mención sobre esta figura.

Este tipo de legislaciones omite toda regulación sobre las relaciones de hecho. Al no existir regulación se dificulta la labor de los jueces quienes deben resolver los problemas que se presentan al respecto aplicando los principios generales del derecho u otras instituciones jurídicas. Quienes defienden esta postura argumentan que si se reconociera efectos jurídicos al concubinato significaría un menoscabo al matrimonio y se estaría aprobando moralmente las uniones de hecho en contra del orden social.[54]

8.2 Posición sancionadora.

Esta posición a diferencia de la tesis abstencionista donde la ley no interviene, sostiene que la ley si debe intervenir pero para sancionar a los concubinos.

En este caso la ley no debe limitarse a desconocer los efectos del concubinato sino que a través de sus disposiciones lo debe combatir. Los autores que se enrolan en estar corriente sostienen que es necesario sancionar las uniones de hecho haciendo mas gravosa su situación legal de manera que quienes se encuentres en esta situación contraigan matrimonio.

8.3 Posición equiparadora.

La siguiente posición es totalmente contraria a las anteriores ya que esta le otorga al concubinato, siempre que cumpla con los requisitos establecidos previamente por la legislación, los mismos efectos que el matrimonio.

Los que siguen esta tesis la justifican desde el punto de vista que la misma responde a un orden social, independientemente de las causas por las cuales los convivientes no contraer matrimonio. El concubinato es un fenómeno social de una magnitud trascendental y existe la obligación de dar una respuesta legislativa a quienes se comportan dentro de la sociedad como si fueran cónyuges. Este fenómeno ha adquirido una importancia tan significativa dentro de la sociedad que es imposible dejar librado al azar los problemas que se den dentro de estos grupos familiares.

El Estado debe regular los conflictos que se dan en la sociedad por eso es necesario la imposición de una respuesta legal para evitar de este modo situaciones de injusticia o aprovechamiento de un miembro de la pareja en perjuicio del otro.

8.4 Posición proteccionista.

Esta posición considera la necesidad de reconocer ciertos derechos al concubinato pero sin que exista una regulación orgánica del mismo.

Los derechos que necesariamente deben serles reconocidos responden a un mínimo de justicia indispensable dentro de una organización social. Es por eso que para el correcto funcionamiento de la sociedad es necesario que quienes conviven si haber

contraídos las nupcias acepten ciertas normativas independientemente si concuerdan con ellas o no.

A continuación explicaremos cual ha sido la posición legislativa que adoptó la Argentina respecto al tratamiento legislativo del concubinato.

9. Tratamiento legislativo en la Argentina.

Vélez Sarfield al redactar el Código Civil argentino, omitió realizar una regulación jurídica del concubinato tanto en los efectos personales como en los patrimoniales.

Ello se debió a la gran influencia que ejerció sobre nuestra codificación el Código Napoleón, el cual adoptó una posición abstencionista no regulando el concubinato como figura capaz de producir efectos jurídicos.

La voluntad del legislador fue ignorar las uniones de hecho como un modo de proteger el matrimonio, no obstante ello, el hecho de que el concubinato no se encuentre regulado por nuestro ordenamiento jurídico, no significa que no exista como realidad social.

Frente a esta realidad social se han sancionado algunas leyes que reconocen derechos a los convivientes, en el área de la seguridad social, contrato de trabajo, y continuación del derecho locativo.

A continuación analizaremos las normas que hacen referencia al concubinato ya sea en forma directa o indirecta.

10. Efectos del concubinato previstos legalmente.

En la actualidad encontramos unos pocos artículos del Código Civil donde se hace mención al concubinato.

El Art. 223, Inc. 1 considera como concubinato el matrimonio contraído de mala fe una vez anulado, el Art. 257 establece que se presume la paternidad del hombre que vivió en concubinato con la madre durante la época de la concepción salvo que se

desacredite esa presunción mediante prueba en contrario, los Art. 210 y 218 disponen que el derecho alimentario que subsiste luego de la separación personal o el divorcio vincular cesa si el que los percibiere vive en concubinato, el Art. 3573 mantiene la vocación hereditaria cuando un matrimonio in extremis se celebra para regularizar una situación de hecho y el Art. 3574 hace cesar la vocación hereditaria luego de la separación personal si el esposo que la conservare viviese en concubinato[55].

En el ordenamiento normativo existen tres leyes tuitivas que le otorgan ciertos derechos a los concubinos, estas son la ley 20744 de contrato de trabajo[56], la ley 24241 de jubilaciones y pensiones[57] y la ley 23660 que reglamenta las obras sociales[58].

En caso de fallecimiento del trabajador la ley 20744 de contrato de trabajo equipara a los efectos del cobro de la indemnización a la viuda con la mujer que hubiese vivido públicamente en aparente matrimonio durante un mínimo de dos años con el trabajador fallecido siendo este soltero o viudo. Cuando el trabajador fallecido hubiere tenido un matrimonio vigente o hubiese estado separado de hecho la convivencia debe haber existido durante 5 años anteriores al fallecimiento.

Por su parte la ley de jubilaciones y pensiones establece que en caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad, gozarán de pensión el viudo y luego nombra al conviviente, que para acceder a dicho beneficio debe haber convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento. Este plazo de convivencia se reduce a dos años cuando exista descendencia reconocida por ambos convivientes.

Al igual que las leyes mencionadas anteriormente como tuitivas de los concubino debemos mencionar la ley 23660 que si bien no realiza una mención expresa del vocablo concubinato otorga un resguardo frente a las problemáticas de la salud posibilitando el acceso a la obra social de las personas que conviven con el afiliado titular y reciben de el ostensible trato familiar.

Por otra parte la ley 23091 que regula las locaciones urbanas[59] permite la continuidad de la locación en caso de abandono de la misma o fallecimiento del locatario, hasta el vencimiento del contrato, por quienes acrediten haber convivido y recibido del mismo un ostensible trato familiar. Si bien la ley no hace referencia al concubino la jurisprudencia ha entendido que se encuentran incluidos dentro de tales disposiciones ya que es evidente que ha recibido un trato familiar del locatario[60].

Finalmente otra ley que contempla el concubinato, es la 24417 de violencia familiar[61]. Esta ley posibilita accionar antes los jueces de familia solicitando las medidas cautelares que correspondiesen cuando un individuo sufra lesiones o maltratos de parte de algún miembro de su familia, considerando como familia aquella originada en el matrimonio como en las uniones de hecho. Si uno de los concubinos sufriese violencia por parte del otro cuenta con la posibilidad de recurrir al amparo de la presente ley ya que la misma considera a las uniones de hecho como una verdadera familia.

11. Aplicación de normas generales ante la ausencia de una normativa especifica.

Ante la ausencia de una normativa que regule los efectos personales y patrimoniales del concubinato existen situaciones en las cuales se recurre a normas generales para tratar de solucionar los conflictos que se suscitan.

11.1 Contratos entre concubinos.

Los convivientes tienen plena libertad para contratar entre si debido a que no rigen para ellos las prohibiciones que establece la ley para los cónyuges.

Cuando se contrae matrimonio la legislación Argentina crea ciertas incapacidad entre los cónyuges para celebrar contratos entre si, situación que no rige en las uniones de hecho ya que no existe ningún impedimento legal para que los concubinos celebren todo tipo de contrato.

11.2 Donaciones.

Al igual que todo contrato, el de donación también puede ser realizado por concubinos. Sin embargo carecerá de efectos cuando la donación no responda a un móvil afectivo, sino que tienda a retribuir relaciones sexuales ya sostenidas o para iniciarlas.

Esta misma solución se aplica a la donación que representa el precio de la ruptura, ya que no puede estar sujeta a exigencia de carácter económico la libertad individual, que en este caso se manifiesta respecto de la posibilidad de cesar en una relación acerca de la cual no existen deberes impuestos por la ley.

11.3 Enriquecimiento sin causa.

Entre los convivientes surge como consecuencia de la convivencia en aparente matrimonio diversas situaciones que pueden llegar aumentar el patrimonio de uno de los convivientes y disminuir el del otro. Es muy común que uno de los concubinos se encargue de las cuestiones económicas y el otro deposite en el su confianza entregándole bienes o colaborando con el para que de esta manera aumente su patrimonio.

Si existe entre los concubinos alguna relación jurídica como podría ser un contrato de trabajo o una sociedad podrán reclamarse en virtud de dicha relación. Ahora bien en caso de no existir relación jurídica alguna y existiendo un enriquecimiento de uno de los concubinos a expensas del otro, se puede reclamar mediante la acción por el enriquecimiento sin causa. Para que pueda prosperar dicha acción debe darse un empobrecimiento por parte de uno de los concubinos y un correlativo enriquecimiento del otro a expensas del primero sin que medie ningún fundamento legal que lo justifique. Además es necesario que no exista otra acción legal para resolver la situación problemática.

11.4 Proveedores del hogar común.

Cuando la apariencia de matrimonio es notoria frente a los terceros de buena fe que ignoran que en realidad se trata de un concubinato es posible que habiendo contraído deudas uno de los concubinos para el sustento del hogar común ambos convivientes sean responsables por las mismas.

Los proveedores tienen acción en virtud de la apariencia de estado matrimonial que entre ambos concubinos crean y que lleva a los proveedores a la convicción que son cónyuges, con la responsabilidad que esto significa para cada uno de ellos por los actos del otro.

La doctrina ha llegado a esta conclusión aplicando analógicamente una normativa que se aplica al matrimonio, la ley 1357 Art. 6[62] extiende la responsabilidad a ambos cónyuges por deudas contraída por uno de ellos cuando tenga por finalidad la satisfacción de necesidades del hogar común, la educación de los hijos o los bienes comunes.

En este caso el concubino que no contrajo la deuda puede llegar a responder con los frutos de sus bienes frente a los terceros de buena fe que ignoraban que no existía matrimonio.

El concubino demandado que no contrajo la deuda para eximirse de responder debe demostrar que el proveedor, al momento de realizar el negocio con el otro concubino, conocía la existencia del vínculo matrimonial.

12. Derechos no reconocidos a quienes conviven en concubinato.

Al no estar regulado el concubinato los convivientes carecen de todo derecho que no le sea otorgado de manera especifica. Sin embargo existen situaciones que muchas veces presenta confusión a los mismos convivientes que generalmente se creen titulares de derechos que la ley no les otorga.

12.1 Vocación hereditaria.

Uno de las cuestiones que muchas veces se desconoce es en el caso del fallecimiento del concubino si el conviviente supérstite puede presentarse al juicio sucesorio a recoger la herencia de su compañero muerto.

El concubinato no otorga derechos hereditarios de ningún tipo, no existe vocación hereditaria entre quienes conviven aunque dicha convivencia sea prolongada, por lo tanto los concubinos no se heredan entre si. Solo podrían heredarse mediante el otorgamiento de un testamento cumpliendo las solemnidades prescriptas por la ley y salvaguardando la legítima en el caso que existan herederos forzosos.

12.2 Liquidación de bienes por disolución del concubinato.

Los cónyuges cuentan en materia de división de bienes con el régimen de la sociedad conyugal, normas que se aplican exclusivamente el matrimonio.

Quienes conviven en concubinato no cuentan con ningún régimen de bienes similar al que rige en el matrimonio. Debido a esta situación aunque la unión concubinaria haya durado un lapso muy prolongado, en caso de ruptura de la relación el conviviente no podrá reclamar por el solo hecho de la existencia de la relación concubinaria el beneficio de obtener la mitad de las ganancias y del acrecimiento del patrimonio que el otro conviviente realizo durante ese tiempo.

Para la liquidación de bienes en el concubinato frecuentemente se recurre al instituto de la sociedad de hecho que debe ser probada por los aportes efectivos que realizaron los socios ya que no existe ninguna presunción de la existencia de dicha sociedad. El hecho de la unión extraconyugal no implica por si solo la existencia de una sociedad por ese motivo es necesario demostrar los aportes realizados.[63]

12.3 Bien de familia.

La existencia de una unión de hecho no es sustento suficiente para la constitución de un inmueble como bien de familia. La ley 14394[64] que regula la

constitución del bien de familia[65] dispone que la decisión de constituirlo recae sobre el propietario y entiende como familia la constituida por el propietario su cónyuge sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos, o en defecto sus parientes colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad que convivieren con el constituyente

Cuando el propietario convive de hecho con su pareja y no existen otros familiares que puedan ser beneficiarios la ley no posibilita la afectación del inmueble como bien de familia ya que dicha facultad esta reservada para los cónyuges.[66]

12.4 Alimentos.

No existe norma alguna que obligue a los concubinos a prestarse alimentos recíprocamente, durante la convivencia y tampoco luego en el caso de ruptura ni en el caso de extrema necesidad.

Es imposible aplicar analógicamente la obligación de prestarse alimentos que existe entre cónyuges ya que ella es exclusiva del estatuto matrimonial y tampoco es posible alegar la obligación de prestarse alimentos entre parientes ya que el concubinato no crea ese vinculo.

Sin embargo existe la posibilidad que los concubinos pacten la prestación de alimentos, dicho convenio será perfectamente valido siempre que no se encuentre sometido a una condición ilícita

La jurisprudencia a entendido que se trata de una obligación natural por lo tanto los alimentos que se hubiesen prestados son irrepetibles.[67]

12.5 Indemnización por ruptura de la convivencia.

Cuando la convivencia finaliza por voluntad del hombre o la mujer, el hecho de que no exista una normativa que sancione el cese de la vida en común no da derecho a resarcimiento alguno.

La conducta de quien decide finalizar con la relación no configura un obrar ilícito por lo tanto no genera responsabilidad

Sin embargo aunque no exista un deber legal de convivencia la conducta del conviviente que decide interrumpir la relación puede causar en el otro un daño lo que permitiría la reparación fundada en las normas generales del deber de no dañar Art. 1109.[68]

A continuación desarrollaremos cual ha sido la tendencia legislativa en cuanto a la regulación del concubinato en el derecho comparado.

13. Derecho comparado.

13.1 Tratamiento Jurídico en Europa.

En los países nórdicos donde la cantidad de uniones de hecho representan un alto porcentaje de la población el tratamiento legislativo se sostiene en leyes específicas que le otorgan a las uniones de hecho efectos similares a los del matrimonio.

En Suecia, Holanda, Dinamarca y Noruega el concubinato constituye una forma familiar consolidada por lo cual cuenta con un amplio reconocimiento legal al respecto.

En estos países los convivientes pueden inscribirse en un registro sobre parejas de hecho, con lo cual se les otorga efectos jurídicos similares a los del matrimonio. Para poder inscribirse es necesario que la unión se establezca entre dos personas, independientemente del sexo, que ninguna de ellas esté casada o forme actualmente parte de alguna otra convivencia registrada, que sean mayores de edad y no tengan relación de parentesco.

Luego de inscripta la unión comienza a generar derecho similares a los del matrimonio por ejemplo surge la obligación de ayuda mutua y auxilio económico, se forma una comunidad respecto de los bienes y deudas contraídas en conjunto, con la posibilidad de pactar lo contrario, se otorga el derecho a los sujetos de la unión de cobrar pensiones de viudez, así como seguros de vida en el caso que uno de ellos muera.

En países como Francia, Alemania Y Grana Bretaña si bien las uniones de hecho son una realidad social no representan un elevado porcentaje de la población. En estas

legislaciones se atribuye al concubinato efectos específicos sin asimilarlo a la figura del matrimonio.

En Francia se ha legislado un nuevo estatuto normativo denominado Pacto Civil de Solidaridad que es un contrato firmado por dos personas físicas mayores de edad de distinto sexo o del mismo para organizar su vida en común. Dicho pacto tiene por objetivo facilitar el acceso a los derechos elementales a las personas que viven juntas y no pueden o no quieren casarse, y quieren organizar mejor su vida en común estando más protegidos que por el concubinato. Entre los efecto que produce el pacto podemos mencionar la obligación de los firmantes a prestarse ayuda mutua y material, a partir del tercer año pueden hacer declaración conjunta de la renta, se aplican tarifas menores en los impuestos sobre donaciones (luego de dos años) y en los derechos de sucesión, el miembro de la pareja que no esta cubierto a título personal por el seguro de enfermedad, maternidad o fallecimiento, se beneficia automáticamente de la protección social de su compañero y en caso de abandono de domicilio o muerte la otra parte puede subrogarse en el contrato de locación. Los efectos mencionados que produce el Pacto Civil de Solidaridad son de naturaleza contractual a diferencia de los efectos del concubinato que sigue siendo considerado como una situación de hecho. Por lo tanto si los convivientes no celebran el Pacto Civil de Solidaridad los alcances y limites de la unión a falta de un estatuto general se resolverán por medio de leyes especiales y el pronunciamiento de los tribunales de justicia [69]

Por ultimo debemos mencionar a países como España e Italia que no obstante el aumento progresivo de las uniones de hecho no cuentan con una regulación de manera orgánica, sin perjuicio de contar con ciertas disposiciones aisladas que le otorgan ciertos efectos jurídicos.

España no posee una normativa estatal que regule en forma orgánica las uniones de hecho y solamente algunas leyes dispersas en el ordenamiento jurídico le otorgan

determinados efectos. Debido a esta situación varias comunidades autónomas han regulado dentro de su ámbito territorial y de competencia la institución del concubinato y los municipios han establecido la creación de registros de parejas de hecho.

Cataluña, en 1998, con la aprobación de la ley N° 10/1998 sobre uniones estables de pareja, fue la primera comunidad autónoma que aprobó una ley sobre uniones de hecho. Esto marcó un hito en el proceso normativo español referente al concubinato, ya que supuso un cambio importante por el reconocimiento expreso a la pareja de hecho como una realidad e institución jurídica, que con anterioridad a la aprobación de esta ley sólo había sido una construcción jurisprudencial[70]. A partir de ese momento varias comunidades han regulado las uniones de hecho. Las comunidades autónomas que cuentas con una regulación del concubinato son: Cataluña ley Nº10/1998[71], Aragón ley Nº6/1999[72], Navarra ley Nº6/2000[73], Valencia ley Nº1/2001[74], Baleares ley Nº 18/2001[75], Madrid ley Nº11/2001[76], Asturias ley Nº4/2002[77] , Andalucía ley Nº5/2002[78], País Vasco ley Nº2/2003[79], Canarias ley Nº5/2003[80] y Extremadura ley Nº5/2003[81]

La normativa estatal tiene un carácter subsidiario respecto de las comunidades autónomas que han regulado las uniones de hecho, y común respecto de las comunidades que no las han regulado.

Los registros de parejas creados por los municipios son secciones pertenecientes a la autoridad local donde los concubinos que deseen dar publicidad a su situación pueden hacerlo mediante la inscripción en dichos registros. Los registros son constitutivos o declarativos según la comunidad autónoma a la que pertenecen. Los requisitos que generalmente se establecen para la inscripción de la pareja en los registros son: ser mayor de edad, no tener relación de parentesco, no estar incapacitado judicialmente, tener aptitud nupcial y que al menos una de las personas de la pareja tenga residencia en el municipio

13.2 Tratamiento jurídico en Sudamérica.

En Sudamérica en materia de uniones de hecho encontramos asimetrías legislativas.

Por un lado Bolivia y Paraguay han regulado el concubinato otorgándole efectos similares a los del matrimonio. Por otro Brasil y Perú atribuyen a las uniones de hecho efectos específicos sin asimilarlo al matrimonio y por ultimo Chile y Uruguay no poseen una regulación específica del tema.

En Bolivia se tiende a equiparar legislativamente las uniones de hecho con el matrimonio. El Código de Familia de Bolivia Art. 158 a172 regula en forma orgánica el concubinato y reconoce a este tipo de uniones efectos similares a los del matrimonio sin perjuicio de otorgarles un estatuto propio y especifico.[82]

Asimismo las uniones de hechos se encuentran expresamente protegidas por la Constitución Política de Bolivia que en el Art. 194 establece "Las uniones libres o de hecho, que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad y sean mantenidas entre personas con capacidad legal para contraer enlace, producen efectos similares a los del matrimonio en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes y en lo que respecta a los hijos nacidos de ellas".

Para que el concubinato produzca efectos jurídicos personales y patrimoniales es necesario; la unión de un hombre y una mujer que voluntariamente constituyan un hogar, hagan vida en común en forma estable y singular no mediando impedimentos matrimoniales. Cumpliéndose estos requisitos el principio general es que las uniones produzcan efectos similares al matrimonio tanto en el ámbito personal como patrimonial.

En caso de que la unión no cumpla con los requisitos se considera irregular y no produce los efectos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

En cuanto a los efectos personales que produce el concubinato el Art 161 del Código Boliviano establece entre los convivientes los deberes de fidelidad, asistencia u cooperación.

En cuanto a los efectos patrimoniales los bienes comunes quedan sujetos al régimen de comunidad por mitades entre los convivientes. En cambio los bienes propios se administran y disponen libremente por el conviviente a quien pertenecen y se encuentran ajenos al régimen de comunidad de bienes.

En Paraguay el Código Civil capitulo X Art. 217 a 224 reguló el concubinato otorgándole efectos jurídicos propios[83]. Sin embargo luego con la sanción de la ley Nº1 de reforma parcial del Código Civil se introdujeron varias modificaciones estableciendo para las uniones de hecho que cumplan con ciertos requisitos efectos jurídicos similares a los del matrimonio.[84] La unión para producir efectos jurídicos debe ser constituida por un hombre y una mujer que voluntariamente hagan vida en común en forma permanente, estable, pública, y singular no existiendo entre ellos impedimentos para contraer matrimonio. En las uniones que reúnan dichos requisitos y que tuvieren por lo menos 4 años de duración se crea entre los convivientes un régimen de bienes gananciales

Después de diez años de convivencia los concubinos tienen la posibilidad de solicitar la inscripción de la unión en el Registro del Estado Civil. Luego de la inscripción el concubinato quedará equiparado a un matrimonio legal incluso a los efectos hereditarios y los hijos comunes se considerarán matrimoniales

En Brasil se han regulado las uniones estables a través de un régimen jurídico integrado.

Las uniones de hecho se encuentran reconocidas por la Constitución de la Republica Federal del Brasil en el Art. 226 que dispone ´´ Para los efectos de la

protección del Estado, es reconocida la unión estable de un hombre y una mujer como entidad familiar, debiendo facilitarles su conversión en casamiento``[85]

Por su parte El Código Civil brasilero, en el Art. 1723 reconoce como entidad familiar a la unión estable de hombre y mujer, configurada en la convivencia pública, continua y duradera y establecida con el objetivo de constituir una familia.[86] Cumplimentándose dichos requisitos se configura la unión estable a la cual el ordenamiento jurídico brasilero le reconoce efectos jurídicos.

Ni el texto constitucional ni el Código Civil equiparan la unión estable al matrimonio; ambas instituciones coexisten en el ordenamiento jurídico con efectos que les son propios.

Sin embargo de acuerdo al artículo 1726 del Código Civil, la unión estable puede en cualquier momento transformarse en matrimonio si, los convivientes, de manera conjunta, solicitan al juez la conversión e inscripción en el Registro Civil.

En cuanto a los efectos personales los convivientes están sujetos a los deberes de lealtad, respeto, asistencia, guarda, sustento y educación de los hijos. El carácter de estos deberes, sería más bien de tipo descriptivo, ya que no existe norma alguna que contemple sanciones u otorgue acciones que obliguen a su cumplimiento.

En relación a los efectos patrimoniales, los bienes quedan sujetos al régimen de comunidad de bienes, salvo que los sujetos decidan pactar un régimen distinto mediante contrato escrito.

Además se otorgan derechos sucesorios al conviviente supérstite para participar de la sucesión del otro en relación a los bienes comunes. Si concurre con hijos comunes tendrá derecho a una cuota parte equivalente a la que le corresponde a cada hijo, si concurre con solo descendientes del muerto, le corresponderá la mitad de lo que les hubiere de corresponder a cada uno de ellos, si concurre con otros parientes sucesivos

le corresponde un tercio de la herencia y en el caso que no hubiera parientes sucesivos tiene derecho a la totalidad de la herencia.

En Perú se regula el concubinato atribuyéndole únicamente efectos específicos de índole patrimonial. Las uniones de hecho se encuentran reconocidas en la Constitución Política Art. 5[87] y reguladas por el Código Civil Art. 326[88] a través de un sistema que le otorga efectos jurídicos solo de carácter patrimonial.

El Art. 326 del Código Civil establece que para la configuración de una unión de hecho que produzca efectos jurídicos son necesarios los siguientes requisitos: heterosexualidad de la unión, voluntad libre de los convivientes de realizar y mantener la unión, aptitud nupcial, que la unión se establezca para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio y duración mínima de 2 años.

Los convivientes que cumplen con los requisitos que establece la legislación se sujetan al régimen de la sociedad ganancial previsto para el matrimonio.

En caso que no se cumplan los requisitos que establece la ley no se produce la sociedad de bienes gananciales y por lo tanto los bienes involucrados no quedaran sujetos a un régimen de bienes específicos. Sin embargo la ley peruana de la posibilidad al perjudicado de accionar por enriquecimiento sin causa siempre y cuando sea procedente de acuerdo con las reglas generales.

Chile y Uruguay no cuentan con una regulación orgánica sobre el concubinato en el derecho de fondo y solamente existen disposiciones legales aisladas que atribuyen ciertos efectos específicos.

14. Conclusión.

Por lo expuesto en el presente capítulo estamos en condiciones de afirmar que no obstante la sanción de algunas leyes aisladas que regulan ciertos efectos del concubinato el legislador ha mantenido la postura abstencionista presente desde los orígenes del Código Civil y han sido los tribunales los encargados de suplir el vacío legal.

Si bien por mucho tiempo fue considerado inmoral y contrario a las buenas costumbres, hoy en día la realidad social ha cambiado respecto de la valoración moral de este tipo de uniones y se ha llegado a una tolerancia social, que sin embargo, no ha sido acompañada por el ordenamiento legal ya que los avances producidos en esta cuestión son casi nulos.

Al analizar el tratamiento legislativo del concubinato en nuestro país es posible apreciar que la falta de respuestas específicas en el ámbito del derecho de familia ha creado numerosas situaciones de injusticia y desprotección.

Esta situación es totalmente opuesta a la que sucede en el derecho comparado en el que la tendencia ha sido legislar en forma orgánica sobre las uniones de hechos ya sea atribuyéndoles efectos específicos u otorgándole los mismos efectos que al matrimonio.

Por lo expuesto consideramos probado el primer punto de la tesis, evidentemente la legislación Argentina se encuentra desactualizada ya que no acompañó el avance de la sociedad, esto produce que la gran cantidad de personas que conviven en pareja sin contraer matrimonio se encuentren desamparadas legalmente.

En los próximos capítulos demostraremos que la desprotección legal en la que se encuentran los concubinos es de tal magnitud que en algunas ocasiones vulnera garantías constitucionales.

Capítulo 2

ADOPCIÓN CONJUNTA POR PARTE DE CONCUBINOS

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Adopción, principios generales. 3. Adopción conjunta por parte de concubinos. 4. Jerarquía superior de los tratados Derechos Humanos sobre la ley de adopción. 5. Protección constitucional de la familia 6. El derecho a la igualdad. 7. El interés superior del niño. 8. Análisis de jurisprudencia que rechaza la adopción conjunta por parte de concubinos. 9. Análisis de jurisprudencia que admite la adopción conjunta por parte de concubinos. 10. Adopción conjunta por concubinos en el derecho comparado. 11. Conclusión. 12. Propuestas.

1. Introducción.

En el presente capítulo centraremos nuestro análisis en la situación de las parejas convivientes heterosexuales que conforman una unión estable y que desean adoptar un niño.

Probaremos el segundo punto de la tesis el cual plantea que los Art. 312 y 337 Inc.(d) del Código Civil[89] los cuales imposibilitan a los concubinos adoptar conjuntamente vulneran la protección de la familia, el derecho a la igualdad y el interés del niño que garantizan la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos.

Asimismo demostraremos el tercer punto de la tesis el cual sostiene que deben modificarse los Art. 312 y 337 Inc. (d) del Código Civil[90] posibilitando la adopción conjunta por parte de parejas heterosexuales que mantengan una comunidad de vida estable, sin que medien entre ellos impedimentos matrimoniales.

Comenzaremos el capítulo desarrollando nociones generales sobre el instituto de la adopción con el objetivo de situarnos en el tema.

Luego para la comprobación de los puntos de tesis analizaremos los artículos del la ley de adopción que consideramos inconstitucionales y haremos referencia a la jerarquía superior que tienen los Tratados de Derechos Humanos sobre la ley de adopción.

A posteriori explicaremos cuales son los derechos constitucionales que se vulneran cuando no se permite adoptar en forma conjunta a los concubinos.

Describiremos cuáles la tendencia legislativa en el derecho comparado en cuanto a la posibilidad de que los concubinos adopten niños en forma conjunta y analizaremos jurisprudencia sobre el tema.

Finalmente concluiremos el capítulo explicando porqué consideramos probados los puntos de tesis y formularemos nuestras propias propuestas.

Para el desarrollo de los temas de este capítulo hemos realizado un estudio detallado de la ley de adopción, la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos. Analizamos como se pronuncia la doctrinaria y la jurispuredencia al respecto e investigamos si en el derecho comparado se admite la adopción conjunta por parte de concubinos.

2. Adopción principios generales.

Vélez Sarfield al redactar el Código Civil omitió regular sobre la adopción. Se abstuvo del legislar al respecto argumentando que nadie se servia de ella salvo mínimas excepciones y que no era acertado introducir a la familia a quien por naturaleza no pertenece a ella.

El instituto de la adopción fue incorporado ha la legislación Argentina en 1948 con la sanción de la ley 13.252. Esta ley introdujo lo que hoy se conoce como la adopción simple, es decir aquella que crea un vínculo legal de familia entre el adoptante y el adoptado, limitando el parentesco entre ellos. Se protegía el secreto del expediente y no se le daba importancia al revelamiento de los orígenes.[91]

En 1971 se dicta la ley 19.394 la que a diferencia de la normativa anterior, hace mayor hincapié en el interés superior del menor lo que permite un mejor funcionamiento de la institución. Además se agrega la adopción plena y las condiciones de adopcion se flexibilizan.[92]

Finalmente se sancionó en 1997 la ley 24779 por la cual se incorpora una nueva normativa al Código Civil. Esta ley tiene como características principales el respeto por el interés superior del niño en toda decisión judicial que lo involucre, la necesaria participación del menor en el juicio de adopción, el conocimiento de la realidad biológica del menor, la adopción de mayores en situaciones excepcionales y el control judicial de oportunidad legitimidad y conveniencia[93]

La presente ley contempla dos tipos de adopciones la plena y la simple. La adopción plena tiende a incorporar al adoptado en la familia del adoptante y es irrevocable. El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco, únicamente subsisten los impedimentos matrimoniales. Este tipo de adopciones solo puede otorgarse cuando el niño sea huérfano de padre y madre, cuando no tenga filiación acreditada, cuando se encuentre en un establecimiento asistencial y los padres se hubiesen desentendido totalmente, cuando los padres hubiesen sido privado de la patria potestad y cuando los progenitores hubiesen manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción.

La adopción simple en cambio se circunscribe a crear un vínculo entre el adoptante y el adoptado y es revocable en caso de indignidad de cualquiera de las partes, por haberse negado a prestar alimentos sin causa justificada, a petición del adoptado mayor de edad, o por acuerdo de partes manifestado judicialmente también cuando el adoptado fuera mayor de edad. El adoptante detenta la patria potestad, pero el adoptado no pierde sus derechos ni deberes que resulten de su vínculo biológico

Pueden ser adoptados los menores de edad no emancipados y excepcionalmente los mayores mediando su consentimiento en ciertas excepciones: cuando se trate del hijo del cónyuge del adoptante, cuando haya preexistido estado de hijo del adoptado y cuando se trate de una adopción de un mayor incapaz.

Pueden ser adoptantes todas las personas que reúnan los requisitos establecidos por la ley cualquiera fuese su estado civil. Es decir puede adoptar una persona soltera, viuda o divorciada siempre que cumpla con las exigencias legales. Tratándose de personas casadas la ley exige que la adopción sea hecha por ambos cónyuges salvo tres excepciones: cuando medie sentencia de separación judicial, si el cónyuge de quien pretende adoptar a sido declarado insano o si se hubiese declarado la ausencia del de cónyuge de quien pretende adoptar

Le ley establece como requisito que el adoptante tenga por lo menos 30 años de edad salvo los cónyuges que tengan mas de 3 años de casados o que acrediten la imposibilidad de tener hijos .Además exige que el adoptante sea por lo menos dieciocho años mayor que el adoptado y que tenga residencia permanente en el país por un periodo mínimo de cinco años anteriores a la petición de la guarda.

Otro requisito sustancial es que el adoptante tenga al niño bajo su guarda durante un lapso no menor de seis meses ni mayor de un año el cual que fijará el juez. Este requisito se establece en beneficio del menor, al juez se asegura que existe un afecto de parte del adoptante y que no se trata de una decisión precipitada.

El adoptante debe ser idóneo para cumplir el vital rol de padre brindándole al niño un entorno afectivo, material, y formativo que permita su sano desarrollo. El encargado de realizar esta evaluación es el juez quien realiza un control de oportunidad legalidad y conveniencia.

En síntesis puede advertirse que la adopción es una institución de protección familiar y social, especialmente establecida en interés del menor, para dotarlo de una familia que le asegure su bienestar y desarrollo. Es un medio de prevención del abandono del niño y como tal debe respetar y defender los derechos garantizados en la Convención de los Derechos del Niño.

En el punto siguiente centraremos nuestro análisis en la situación de las parejas convivientes heterosexuales que conforman una unión estable y que desean adoptar un niño.

3. Adopción conjunta por parte de concubinos.

Como explicamos en el punto anterior por lo establecido en el Art. 315 del Código Civil[94] puede ser adoptante toda persona, cualquiera fuere su estado civil, siempre que reúna las condiciones y aptitudes requeridas para la función teniendo en consideración el interés superior del menor, determinación que hará el juez en el caso

concreto. Por lo tanto quien vive en concubinato puede adoptar un niño en forma unipersonal.

Por otra parte el Art. 312 del Código Civil primer párrafo dispone que "nadie puede ser adoptado por mas de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges" y el Art 337 Inc. (d) del Código Civil dispone que cuyo incumplimiento acarrea la nulidad absoluta de la adopción.[95]

Nuestra legislación establece como principio general el de la adopción unipersonal estableciéndose como excepción que la adopción puede otorgarse a más de una persona cuando estos sean cónyuges.

La normativa analizada impide que las parejas que conviven en concubinato adopten en forma conjunta y solamente posibilita la adopción por parte de uno solo de los convivientes.

Estas disposiciones son inconstitucionales debido a que violan la protección constitucional de la familia, establecen una discriminación arbitraria, y atentan contra interés superior del niño consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Con el objetivo de comprobar la inconstitucionalidad de los Art. 312 y 337 Inc. (d) incorporados al Código Civil con el dictado de la ley de adopción 24779, en el punto siguiente haremos referencia a la jerarquía superior que tienen los Tratados de Derechos Humanos sobre la ley de adopción.

4. Jerarquía superior de los tratados sobre la ley de adopción.

La reforma constitucional de 1994 produjo cambios fundamentales en el ordenamiento jurídico especialmente a partir de la modificación del Art. 75 Inc. 22.[96] Dicha reforma otorgó jerarquía constitucional a los Tratados de Derechos Humanos vigentes a la fecha se su sanción.

La jerarquízacion constitucional de los tratados implica una nivelación equivalente entre estos y las normas propiamente constitucionales, es decir los tratados tienen el mismo valor que la Constitución pero no forman parte de ella.[97]

A partir de la constitucionalizacion de lo tratados de Derechos Humanos sus disposiciones tienen prevalecía por lo que sobre el contrario pudiera disponer la legislación interna.[98]

Los tratados a los cuales el Art. 75 Inc. 22 de la Constitución Nacional les otorga jerarquía constitucional, son "La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; La Declaración Universal de Derechos Humanos; El pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; La Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; La Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; La Convención sobre los Derechos del Niño"[99]

Desde 1994 entonces la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos conforman el bloque de constitucionalidad federal.

El bloque de constitucionalidad federal obliga a controlar el derecho infraconstitucional y a declarar inconstitucional toda norma que sea infractora de la constitución y los instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional[100]

Por lo tanto la ley de adopción debe ser compatible con los dispositivos constitucionales de no ser así y en caso de transgredir algún principio de rango superior es posible plantear legítimamente la inconstitucionalidad de la misma.

Nosotros consideramos que los artículos 312 primer párrafo y 337 Inc. (d) del Código Civil (incorporados por la ley de adopción 24479) vulneran derechos

garantizados por los diversos dispositivos constitucionales como son la protección de la familia, el principio de igualdad y el interés superior del niños.

A continuación explicaremos detalladamente cuales son los derechos que se avasallan al no permitirle a los concubinos adoptar en forma conjunta. Comenzaremos desarrollando en el punto siguiente la protección constitucional de la familia.

5. Protección constitucional de la familia.

La Argentina ha reconocido el principio de protección de la familia en el Art 14 bis de la Constitución Nacional[101] y a través de la rectificación de los Tratados de Derechos Humanos incorporados en la reforma de 1994.

En este sentido se reconoce a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad con derecho a la protección del Estado y de la sociedad, convirtiéndose en un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos Art 16.3, la Declaración América de los Derechos y Deberes del Hombre Art6, la Convención Americana sobre Derechos Humanos Art17.1 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos Art23.1.[102]

Los mencionados dispositivos constitucionales resaltan la importancia de la familia en la sociedad y en la formación de los hijos reconociéndole y garantizándole una adecuada protección en sus más diversos aspectos y manifestaciones.

El principio constitucional de protección de la familia implica que el Estado debe asegurar las condiciones necesarias para su formación, constitución, promoción defensa afianzamiento y unidad asimismo debe procurar por la estabilidad de su patrimonio y el reconocimiento de sus derechos especialmente mientras la familia sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo.

Asimismo debe procurar a la familia los medios que le sean necesarios para el logro y el goce del cumplimiento de las funciones que le son propias, implementando

medidas culturales económicas sociales o de cualquier otra índole buscando concretar todas las condiciones que permitan la realización personal de sus miembros.[103]

Desde el punto de vista del derecho, el alcance que se otorgue al concepto de familia es determinante al momento de establecer los deberes y facultades de las personas que viven bajo distintas formas familiares.[104]

Cuando la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos exaltan la protección de la familia no hacen referencia exclusivamente a la que surge del matrimonio, pues es también familia la comunidad de vida estable de un hombre y una mujer aunque carezcan de vinculo conyugal.[105]

La protección constitucional comprende las diversas configuraciones familiares con funciones de reproducción generacional y social, sostén afectivo, cooperación económica, y apoyo al desarrollo personal de sus integrantes. Este es el criterio adoptado por los tratados que integran el llamado bloque de constitucional federal. En este sentido la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Art. 16 Inc. 3 expresa que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado"[106] , el mismo texto expresa la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el Art. 17 Inc. 1.[107]

Por su parte la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su Art. 6 dispone que "toda persona tiene derecho a constituir una familia elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella".[108]

A su vez el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Art 10 Inc1 establece el deber de los Estados partes del pacto de otorgar a la familia "la mas amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo…".[109]

Asimismo la Convención sobre los Derechos del Niño en su preámbulo afirma "la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad" A su vez el Art. 5 reconoce la diversas formas de vivir en familia al expresar "los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local…".[110]

Todos los textos mencionados llevan implícito el respeto por la diversidad familiar ya que al consagrar la protección de la familia no contienen adición alguna que permita realizar una discriminación según las uniones estén precedidas de un vínculo conyugal o no.

Asimismo el Comité de los Derechos del Niño que es el órgano de contralor especifico del cumplimiento de las obligaciones de los Estados firmantes de la Convención de los Derechos del Niño en un informe sobre el Quinto Periodo de Sesiones en 1994 afirmó que la convención hace referencia a la familia ampliada y a la comunidad y se aplica en "situaciones de familia nuclear, padres separados, familias de un solo progenitor, familia concensual y familia adoptiva"[111].

En lo que refiere a la normativa interna es preciso destacar el decreto 415/2006 en el Art. 7 que reglamenta la ley 26061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes asimila al concepto de familia a aquellas personas que representan vínculos significativos y afectivos para los niños asistiéndolos en su desarrollo asistencia y protección[112].

Entre la doctrina que concuerda que es erróneo asociar la idea de familia únicamente a la matrimonial se encuentra el constitucionalista Bidart Campos quien

sostiene que no puede considerarse como familia únicamente a las personas que tengan una libreta otorgada por el registro civil[113].

En este sentido Gil Domínguez señala que es inadmisible interpretar el concepto de familia de forma restringida ya que los lazos afectivos y los proyectos de vida no responden solo a las uniones conyugales sino que por el contrario se basan en la tolerancia y el pluralismo por lo tanto una familia resulta digna de protección por parte del Estado cuando es posible verificar la existencia de un vinculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto en los aspectos materiales y afectivos[114].

La jurisprudencia ha interpretado el concepto de familia en forma amplia consecuentemente con la realidad actual. La Corte Suprema de Justicia de la Nación manifestó que la protección constitucional de la familia no se limita a la surgida del matrimonio legítimo "porque a la altura contemporánea del constitucionalismo social seria inicuo desamparar a los núcleos familiares no surgidos del matrimonio"[115].

Por su parte la Corte Europea de Derechos Humanos determinó que el concepto de vida familiar "no se limita a las relaciones fundadas en el matrimonio sino que puede englobar otros lazos familiares respecto de personas que cohabitan fuera del matrimonio" y que la noción de familia debe ser interpretada "conforme a las concepciones prevalecientes en la sociedad democráticas caracterizadas por el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura"[116]. Puede advertirse como la Corte Europea no brinda un concepto univoco de familia sino que lo condiciona a los presupuestos de lugar y tiempo que la costumbre indique.

En el derecho comparado podemos hacer mención a España donde el Supremo Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente a las uniones de hecho como una verdadera familia[117].

En síntesis tanto la Constitución Nacional, los Tratados de Derechos Humanos incorporados a la Constitución Nacional en oportunidad de la reforma de 1994, los

pronunciamientos de los organismos encargados de su aplicación, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos han instalado un modelo de relaciones familiares basado en principios amplios e igualitarios ubicando a la familia sin distinción alguna como núcleo central de su protección.[118]

Por lo expuesto entendemos que la omisión por parte del legislador de posibilitar adoptar en forma conjunta a quienes conviven en concubinato avasalla la protección constitucional de la familia, ya que como ha quedado demostrado las uniones de hecho constituyen una forma más de vivir en familia reconocida y amparada por los diversos dispositivos constitucionales.

La ley de adopción rehúsa a los concubinos la posibilidad de consolidar su núcleo familiar al negarle la incorporación de hijos adoptivos ya que es indudable que la crianza y educación de un hijo es trascendente para la integración familiar por tal motivo consideremos que vulnera la protección constitucional de la familia. Asimismo al prohibir adoptar a las personas que viven en concubinatos es decir que forman una verdadera familia, se vulnera el derecho de todo niño a tener una familia y se contradice el propósito de la adopción que es ofrecer a los niños desprotegidos o abandonados el amparo de una familia.

Seguidamente analizaremos el derecho a la igualdad otro principio constitucional que se transgrede al no permitirle a los concubinos adoptar en forma conjunta.

6. El derecho a la igualdad.

Si bien las uniones de hecho se encuentran reconocidas por el ordenamiento constitucional como una forma de vivir en familia no significa que las mismas tengan el mismo grado de tutela legal que las familias matrimoniales.

La problemática se centra en determinar cuando la menor protección que reciben las familias de hecho resulta discriminatoria y cuando resulta razonable.

Nosotros nos centraremos en analizar si es razonable negarle a una pareja de concubinos que reúna condiciones similares a las del matrimonio en cuanto a singularidad, estabilidad, permanencia y notoriedad el derecho de adoptar un niño conjuntamente.

El principio de igualdad se encuentra reconocido por la Constitución Nacional en el Art. 16 y en el art 75 Inc. 22 por medio de los tratados de Derechos Humanos[119].

Por discriminación según expresa la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial aprobada por Argentina en 1967, se entiende a la distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos varios (sexo, raza, religión, condición social...) cuyo propósito o resultado sea anular o disminuir el reconocimiento, preferencia o ejercicio, en iguales condiciones, de los derechos humanos y libertades fundamentales en la política, la economía, la sociedad, la cultura o cualquier otra esfera de la vida pública[120].

Respecto al derecho a la igualdad y a la no discriminación la jurisprudencia ha establecido ciertas pautas. La Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que la garantía de igualdad exige que se trate del mismo modo a quienes se encuentran en iguales situaciones; ello implica que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se le concede a otros en iguales circunstancias. Este principio de igualdad no es absoluto ya que no impide que el legislador contemple de diversas formas situaciones que considere diferentes con tal de que la discriminación no sea arbitraria. La pauta para ponderar la medida de la igualdad es la razonabilidad[121].

En este caso la razonabilidad es la herramienta de control de la ley de adopción que permite determinar si la imposibilidad de los concubinos de adoptar conjuntamente resulta discriminatoria o no.

La ley de adopción al posibilitar la adopción conjunta únicamente a las personas que han contraído matrimonio presume que solo las parejas casadas pueden cumplir adecuadamente la función de crianza y educación de un niño.

Quienes concuerdan con negarles la adopción a las parejas convivientes heterosexuales sostienen como principal argumento que las parejas que han contraído matrimonio demuestran que existe un compromiso serio de asumir una vida familiar, en cambio quienes solamente se encuentran unidos de hecho no han asumido dicha responsabilidad.

Entendemos que esta presunción no es acertada en todos los casos ya que la convivencia en pareja sin contraer matrimonio no es un obstáculo para que se forme una familia consolidada sobre la base del amor y el afecto.

La estabilidad y el compromiso que requiere la crianza de un hijo no se puede medir únicamente por la formalización de la unión en el registro civil.

Además hoy en día el matrimonio no representa una garantía de permanencia de la unión según nos demuestran los altos índices de divorcios y separaciones personales.

En este sentido podemos señalar el voto del Dr Pettiagani en un pronunciamiento de la Suprema Corte de Buenos Aires quien expreso "…no vemos que la estabilidad hoy este mucho mas garantizada en el matrimonio que en el concubinato"[122].

Si bien el matrimonio tiene un régimen jurídico propio y no toda medida que tenga como únicos destinatario a los cónyuges excluyendo a quienes convivan de hecho vulnera el principio de igualdad no resulta admisible, que el sistema jurídico desconozca a las parejas convivientes un piso mínimo de derechos fundamentales que se garantizan a los cónyuges como son la salud, previsión social, vivienda y adopción[123].

Un fallo de primera instancia en donde se concedió la adopción de un niño a una pareja que convivía en forma permanente considero que el matrimonio "es una

institución optativa, y por eso no puede imponerse a ningún ciudadano la concreción de ese vinculo legal para acceder a otro derecho"[124].

Por lo tanto exigirle a una pareja de hecho que contraiga matrimonio para poder adoptar en forma conjunta significa violentarle su libre convicción ya que se ven obligados a celebrar un matrimonio que no desean tan solo para poder adoptar lo que resulta disvalioso desde el punto de vista ético.

Entre la doctrina que sostiene que es arbitraria la limitación para adoptar por parte de los convivientes se encuentra Mauricio Luís Mizrahi, quien explica que no es posible establecer exclusivamente para las los cónyuges roles que pueden ser desarrollados sin inconvenientes también por convivientes de hecho. A su vez reafirma esta postura argumentando que la ausencia de la formalidad jurídica no implica que aquellos roles no se den en la realidad de la unión de hecho[125].

Cuando los concubinos pueden ofrecerle al niño las mismas garantías de protección que los cónyuges, es decir un entorno afectivo, material, y formativo que permita su sano desarrollo la prohibición de adoptar se vuelve discriminatoria.

La prohibición es discriminatoria, ya que atenta contra el principio de igualdad sostenido en normas de jerarquía constitucional y lesiona la libertad de la pareja de fundar una familia que en este caso se materializa con la paternidad adoptiva.

Es evidente en este caso que dicha prohibición carece de un fundamento razonable y no supera el test de constitucionalidad.

En el punto siguiente desarrollaremos el principio del interés superior del niño, que es el principal derecho que se ve afectado cuando no se permite que el niño sea adoptado por una pareja de concubinos.

7. El interés superior del niño.

La Constitución, luego de la reforma del año 1994, conforme lo establece el Art. 75, inc22 ha otorgado rango constitucional a los tratados y convenciones sobre derechos

humanos que nuestro país ha ratificado. Entre ellos la Convención Internacional de los Derechos del Niño la cual en el Art. 3 dispone "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" y en el Art. 21 establece "Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial"[126]

En sentido coincidente el Código Civil argentino en el Art. 321 Inc. (i) dispone que durante el juicio de adopción el juez deberá apreciar el interés superior del niño[127].

La Cote Suprema de Justicia de la Nación al respecto ha dicho que "en la interpretación de las normas de Derecho de Familia, particularmente atinente a la aplicación de la ley de adopción es necesario apreciar el interés del menor, que no atiende exclusivamente a beneficios económicos, sociales o morales, sino a que se pondere en su trascente alcance las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo puede tener la decisión de adoptar".[128]

Es oportuno mencionar lo resuelto en las XVIII Jornadas Nacionales de derecho civil, del año 2001 realizadas en Buenos Aires donde se expreso "en materia de adopción, el interés superior del niño debe ser interpretado como el respeto de los derechos fundamentales del adoptado, evaluando si la filiación que se va a constituir asegura el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad y el respeto de su pertenencia socio-cultural".[129]

El interés superior del niño es el principio primordial que rige para la resolución de conflictos e interpretación de las normas relativas a la adopción en la mayoría de los países. En esa misma línea el Código Civil español en el Art. 176 expresa "la adopción se constituye por resolución judicial que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptado"[130].

Por su parte la Corte Constitucional Italiana también apela al interés superior del niño afirmando que "la adopción debe encontrar en la tutela de los intereses fundamentales del menor su propio centro de gravedad, por lo que debe llegarse siempre a la solución mas adecuada al desarrollo de su personalidad en un contexto de vida sano, equilibrado, afectivo y educativo"[131].

Esta consagración del interés superior del niño significa que la conveniencia del menor cuya adopción se pretende, es el aspecto fundamental, que deberá tener en cuenta el juez para resolver la adopción sin que otros aspectos resulten decisivos en el momento de dictaminar sobre dicha cuestión[132].

Se trata de un principio jurídico de contenido indeterminado, cuya precisión y delimitación el legislador ha delegado al juzgador, a los fines de establecer en cada caso concreto cual es la solución que beneficie al niño

Implica para el juez la realización de un juicio de valor de una situación real que exige una particular valoración, ya que debe precisar en que consiste el interés del menor a través de la comprobación de las circunstancias concretas que se le presentan.

Puede definirse el interés superior del niño como la plena satisfacción de sus derechos de modo que resultara en interés del menor toda acción o medida que tienda a respetar sus derechos y perjudicial aquellas que puedan vulnerarlos.

La situación actual del Art. 312 en ves de considerar en cada caso particular cual es la solución que mejor satisface el interés superior del menor da prevalencia a cuestiones que hacen a la situación de los adoptantes como el hecho de no estar casados en desmedro de la mejor situación para el adoptado de contar con un padre y una madre que convivan.[133]

El legislador al desmerecer a priori a la pareja de hecho por no haber contraído matrimonio esta haciendo un juicio de moral en abstracto que es contrario al objetivo fundamental de la adopción que es atender la conveniencia del menor.

El juicio moral del vinculo concubinario en relación con los intereses del menor no debe hacerlo el legislador en abstracto, sino que el encargado de realizar esta función debe ser el juez en relación con las modalidades de cada caso que se le presente[134].

Esta es la postura compartida por la mayoría de la doctrina, en este sentido me parece oportuno analizar a un trabajo de Aida Kemelmajer de Carlucci en el cual la prestigiosa jurista distinguió entre los requisitos rígidos y flexibles de la adopción para llegar a la conclusión que las prohibiciones legales absolutas en materia de adopción pueden tornarse inconstitucionales en determinados momentos.[135]

En este trabajo expresó en virtud a los nobles fines de la adopción "entiendo que el interés abstracto del legislador debe ceder excepcionalmente ante el interés concreto que se presenta ante los ojos del juzgador".[136]

Relacionando la expresión de la jurista mendocina con el Art312 del Código Civil donde se establece que únicamente las personas que hayan contraído matrimonio pueden adoptar conjuntamente, es evidente que el interés del legislador fue brindarle al niño adoptivo dos padres unidos bajo la estabilidad y vocación de perdurabilidad que caracteriza al matrimonio. En este caso el legislador presume que únicamente las personas casadas pueden cumplir adecuadamente la función de educación y crianza de un niño.

Ahora bien en el caso que una pareja de convivientes heterosexuales que conviven de forma estable y permanente demuestre que posee la idoneidad necesaria para la adecuada formación de un niño nada diferenciaría esta situación de aquella derivada de un vínculo matrimonial.

En estos casos si el juez verifica que las condiciones de vida del núcleo familiar de los concubinos son adecuadas para el niño que desean adoptar, el interés abstracto del legislador, debe ceder ante el interés concreto del juez que en este caso atendiendo al interés superior de la adopción es darle una familia al niño desamparado.

A continuación Kemelmajer de Carlucci señaló que el rechazo de una adopción puede causar graves daños en un niño tanto físicos como psicológico, y expresó que "si el fin tenido en miras por el legislador no se da en el supuesto bajo juzgamiento el juez debe distinguir que la prohibición no rige el caso y si la norma no permite distinguir entonces debe declararla inconstitucional si viola un valor implícito en el ordenamiento superior del Estado".[137]

Dicha expresión la entendemos con relación al Art 312 en sentido que el juez no debe limitarse a juzgar según lo que le establece la ley prohibibiendo la adopción por parte de los concubinos sino que debe juzgar si dicha prohibición es justa o injusta y si llega a convencerse que aplicando dicha norma dictaría una sentencia injusta avasallando garantías constitucionales, como podría ser privar a un niño de la posibilidad de tener una verdadera familia no debe dictarla ya que el techo del ordenamiento jurídico no es la ley sino la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos. El juez tendrá entonces la función se subsanar la injusticia normativa en el caso concreto

El principio rector para resolver estos casos será siempre el interés superior del niño consagrado en el Art. 3 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño[138] que debe prevalecer sobre toda normativa infraconstitucional que límite los derechos del menor.

Por otro lado advertimos una contradicción en el ordenamiento jurídico al establecer que la personas casadas solo pueden adoptar si lo hacen conjuntamente en cambio los conviviente solo pueden adoptar de manera unipersonal. Es decir la ley juzga beneficio para el niño que sea el matrimonio el que adopte exigiendo que lo hagan ambos cónyuges en cambio respecto de la pareja de convivientes se niega la adopción conjunta y se permite solamente la adopción por uno de los convivientes[139].

Aunque la ley otorgue la adopción solamente a uno de los convivientes es de suponer que el adoptado vivirá en el hogar de los concubinos y en los hechos ambos integrantes de la pareja asumirán la función parental. Por lo tanto lo único que se logra al otorgar la adopción a solo uno de los concubinos es privar de un beneficio jurídico al menor de tener dos padres legalmente ya que con el miembro de la pareja que no lo adoptó solo estará ligado sentimental pero carecerá del emplazamiento legal correspondiente[140].

En conclusión creemos que la ley es contradictoria al no legitimar jurídicamente la adopción de los concubinos cuando en los hechos ambos ejercen la función parental.

Entendemos que desde la perspectiva del interés superior del niño no tiene justificación alguna la discriminación legal ya que se priva al menor de tener dos padre legalmente por un prejuicio del legislador.

Por los motivos expuestos consideramos que los Art 312 primera párrafo y Art 337 Inc. (d) del Código Civil[141] que imposibilitan la adopción conjunta por parte de concubinos son inconstitucionales debido a que avasallan contra el interés del niño consagrado en los Art. 3 y 21 De la Convención Internacional de los Derechos del Niño[142] que tiene jerarquía superior a las normas internas.

A continuación mencionaremos algunos precedentes judiciales donde los jueces aplicaron el principio del interés superior del niño para resolver los conflictos que se suscitaron relativos a la adopción.

Un fallo dictado por la Cámara Civil y Comercial de Santa Fe en el año 1995, declaró la inconstitucionalidad de las normas internas que prohíben la adopción de los nietos por sus abuelos fundado en el interés superior del menor aplicando el Art. 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño[143].

El caso consistía en un menor que había sido acogido por sus abuelos debido a que el padre había sido condenado a reclusión perpetua por matar a la madre

El tribunal otorgó la adopción del menor a sus abuelos y fundamento su decisión en que la norma prohibitiva de adopción de los nietos por sus abuelo debía considerarse derogada por la Convención sobre los Derechos del Niño ya que esta tiene operatividad inmediata y basta su aplicación al caso concreto para que produzca efectos.

Posteriormente otro fallo dictado por el Tribunal de Familia Nº1 de Quilmes otorgó la adopción plena de un menor en forma conjunta a unos ex cónyuges declarando la inconstitucionalidad del Art. 312 que únicamente posibilita otorgar la adopción conjunta a los cónyuges[144].

El tribunal fundamento su decisión en el derecho fundamental de niño a tener una familia y considero que Art. 312 admite una excepción en su aplicación basada en consideraciones de justicia, en el principio constitucional de supremacía y en valoraciones jurídicas de fondo que permite una interpretación favorable a su procedencia.

A continuación nos centraremos en analizar jurisprudencia que específicamente se ha pronunciado sobre la admisión o el rechazo de la adopción de un niño en forma conjunta por parte de concubinos.

8. Análisis de jurisprudencia que rechaza la adopción conjunta por parte de concubinos.

El fallo que analizaremos fue dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes sala 1[145].

Una pareja de concubinos que convivía desde hacia treinta años solicitó la adopción de un menor de edad respecto del cual les había sido otorgada la guarda judicial. La mujer se encontraba casada pero separada de hecho de su cónyuge.

La ley de adopción establece que nadie puede ser adoptado por más de una persona salvo que los adoptantes sean cónyuges y consagra como principio general que los cónyuges deben adoptar en forma conjunta salvo tres excepciones: cuando medie

sentencia de separación personal, cuando el cónyuges haya sido declarado insano y cuando se declare judicialmente la ausencia simple, la ausencia con presunción de fallecimiento o la desaparición forzada del otro cónyuge.

Como puede advertirse entre las excepciones no figura la separación de hecho de los cónyuges por lo tanto según el régimen legal vigente la mujer que se encontraba separada de hecho debería adoptar conjuntamente con su cónyuge y no con su pareja actual.

El juzgado de primera instancia resolvió otorgar la adopción plena del niño a la pareja de convivientes, señalando que la palabra cónyuge contenida en el Art 312 es sinónimo de la palabra consorte.

El tribunal de primera instancia argumentó que el concubinato en el caso concreto de autos no fue un obstáculo para la concesión de la guarda y para que se formara una familia consolidada sobre la base del amor y el afecto. Además fundamentó la decisión en que el fin de la adopción es insertar al niño en una familia y que es obligación del Estado preservar a esta. Incluso sostuvo que si no se concediera la adopción a la actora significaría una discriminación. Entendió que el impedimento legal de adopción conjunta de los concubinos no puede hacer fracasar el trámite de adopción ya que debe sopesarse con el interés superior del niño

Como puede observarse el tribunal de primera instancia hizo prevalecer los principios constitucionales de protección integral de la familia, derecho a la igualdad y el interés superior del niño sobre la ley interna, y otorgó la adopción a los convivientes respetando de esta manera el interés del menor.

La sentencia fue consentida por las partes y por el asesor de menores pero fue cuestionada por el defensor oficial quien solicitó la nulidad y la apelación en subsidio. Para solicitar la nulidad se basó en el Art. 337 Inc (d). del Código Civil que dispone la nulidad en caso de otorgarse la adopción conjunta a personas que no sean cónyuges.

Además argumentó que la adopción debió haberse otorgado solo a uno de los concubinos debido a que la concubina se encuentra separada de hecho de su cónyuge

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes sala 1 rechazó el pedido de nulidad, sin embargo revocó parcialmente la sentencia en cuanto decreta la adopción plena del niño por la mujer y confirmó la adopción otorgada a uno de los concubinos.

La alzada fundamento su sentencia en que no es posible sortear la disposición que establece que para adoptar conjuntamente hay que ser cónyuges ya que no se trata de una expresión literal dudosa o de una laguna normativa por lo tanto no puede ser llenada por analogía.

En este razonamiento coincido con la alzada ya que el Art. 312 establece en forma bien clara que para adoptar conjuntamente es necesario ser cónyuges. Por lo tanto no puede asociarse analógicamente la palabra cónyuge con consorte.

La Cámara además agregó que no es irrazonable la ley al establecer que para adoptar conjuntamente hay que ser cónyuges pues busca brindarle al adoptado 2 padres unidos bajo la estabilidad y vocación de perdurabilidad que caracteriza al matrimonio. Igualmente aunque muchas parejas que conviven de hecho también reúnen las características e estabilidad y perdurabilidad como en el caso de autos, su exclusión para adoptar es una opción valida para el legislador que supera el test de constitucionalidad.

Finalmente agregó que de lege ferenda podría propiciarse que se habilite a los concubinos la posibilidad de adoptar pero mientras ello no ocurra los jueces deben atenerse a la ley.

A mi entender el la prohibición del Art. 312 debió superarse con la aplicación del Art. 3 y 21 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño con jerarquía constitucional.

El Art 3 dispone que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” y el Art 21 establece “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”[146].

En este fallo se dio prevalencia a la situación de los adoptantes de no estar casado en desmedro de la mejor situación para el adoptado. Fue una especie de sanción para la pareja de convivientes por no haber contraído matrimonio, sin tener en cuenta que el interés superior del niño resultaría menoscabado por la decisión judicial. Es evidente que el interés del niño en el caso de autos era tener un padre y una madre legalmente, pues no median discrepancias sobre que un hogar conformado por un padre y una madre constituyen el mejor ámbito de contención y afecto para que el niño pueda desarrollarse plenamente.

En el fallo se ha perdido de vista el principal objetivo de la adopción que es procurar el resultado más conveniente para el menor y se ha puesto el acento en la relación concubinaria.

Considero que de los dos fallos analizados, la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia satisface el verdadero interés del niño ya que al otorgarle la adopción a ambos concubinos se le da al niño un padre y una madre legalmente, por lo tanto aquellos que en los hechos ejercen el rol de padre jurídicamente también lo son.

En cambio la sentencia de la Cámara le otorgó la adopción únicamente al concubino varón dándole de este modo al niño un padre legal. Sin embargo en los hechos es probable que aunque se le haya negado jurídicamente el carácter de madre la concubina ejercerá el rol de tal y solamente se habrá privado de un beneficio jurídico al niño de tener dos padres legalmente

Considero contradictorio y que no satisface el verdadero interés del niño desconocer jurídicamente la adopción conjunta de los convivientes cuando en los hechos ambos ejercen la función de padres

A diferencia del fallo de la Cámara de Apelación de Merecedes, un pronunciamiento del tribunal colegiado de familia de Rosario otorgó la adopción conjunta de un niño a una pareja de concubinos, este fallo será la cuestión que trataremos en el punto siguiente.

9. Análisis de jurisprudencia que admite la adopción conjunta por parte de concubinos.

El fallo que analizaremos a continuación dictado por el Tribunal de Familia de Rosario Nº 5, sienta un precedente de jurisprudencia a nivel provincial y nacional ya que declaró la inconstitucionalidad de los Art. 312 párrafo 1, y 337 Inc. (d) del Código Civil para que el tramite de adopción realizado por una pareja que convive en concubinato pueda concretarse[147].

Se trata de dos personas que solicitan la adopción de un menor de edad con la característica de que dichos peticionante conviven en pareja desde hace dieciocho años sin estar casado.

El niño fue entregado a la mujer que pretende adoptarlo por su hermana, que es la madre biológica del menor. En 1989 mediante una resolución del Juzgado de Menores No 2 se le otorgó la guarda del niño a la mujer con el fin de proporcionarles todos los cuidados materiales y morales necesarios para su crianza y educación

El niño ha sido criado y educado durante 18 años por la guardadora y su pareja en un ambiente de respeto libertad y comprensión.

El menor al cumplir 18 años de edad solicitó a la pareja que lo había criado, cambiar su apellido materno por el de ellos, fue entonces cuando los convivientes presentaron la demanda de adopción.

El abogado de la pareja planteó la inconstitucionalidad de los Art. 132 y 137 Inc. (d) del Código Civil argumentando que la nulidad absoluta de la adopción conjunta por mas de una persona salvo que los adoptantes sean cónyuges afecta la protección de la familia sin distingo alguno que establece el Art. 14 bis de la Constitución Nacional y correlativo de la Constitución de la provincia de Santa fe.

Afirmó que las disposiciones legales cuestionadas vulneran el principio de igualdad que establece el Art. 16 de la Constitución Nacional ya que se tornan discriminatorias de los convivientes y el niño, pues todas las familias son acreedoras de la misma protección sin distinguir que tengan su origen en el matrimonio o en las uniones de hecho.

Además argumentó que los artículos cuestionados afectan el derecho a la identidad del niño que incluye el estado civil, la nacionalidad, el nombre, el derecho a conocer a los padres y a crecer en el seno de una familia debido a que en la construcción de la psiquis del menor los pretensores adoptantes son sus padres. El deseo del niño es llevar el apellido de la pareja que lo crió y educó desde su temprana infancia. En este sentido resulta irrazonable la prohibición de que un menor no puede ser adoptado conjuntamente salvo por personas que se encuentren unidas por un vinculo matrimonial en un situación consolidad como la de autos.

El tribunal admitió la demanda y en consecuencia declaró la inconstitucionalidad de los Art.312 párrafo 1 y 337 Inc. (d) del Código Civil, otorgó conjuntamente la adopción simple del menor a la pareja de concubinos y dispuso que el niño sea inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas con el apellido de los adoptantes.

Los fundamentos del fallo se basan principalmente en la protección constitucional de la familia sin distingo alguno, la vulneración del derecho a la igualdad

de oportunidades, el derecho a la identidad y el desarrollo pleno del derecho a la identidad del niño.

El juez se valió para declarar la inconstitucionalidad, de los Tratados de Derechos Humanos constitucionalizados que protegen la familia y los niños.

El tribunal comenzó destacando la protección especial que proporciona a los niños, la Convención sobre los Derechos del Niño. Hizo referencia al interés superior del niño como principio primordial en las resoluciones de conflictos e interpretación de las normas según lo establece el Art. 3, Incs 1 y 3, 18, Inc. 1, 20, Inc. 1, 21 y 37, Inc. de la Convención de los Derechos del Niño.

En este aspecto destacó que el instituto de la adopción debe tutelar los intereses del niño según surge de todos los pactos de Derechos Humanos contitucionalizados.

Expresó que en el caso de autos el niño se encuentra integrado con los concubinos que a pesar de no estar casados conviven en forma permanente desde hace casi veinte años y han demostrados poseer la idoneidad necesaria para criar y educar al menor. Por lo tanto no conceder la adopción del menor a los convivientes por no estar casados comportaría un avasallamiento de los derechos del niño privando al mismo del emplazamiento que de hecho goza en cuanto atañe a la familia de los peticionantes como su núcleo natural.

Comparto la decisión del tribunal ya en los hechos el niño gozaba de la posesión de hijo respecto de los pretensores adoptante desde hace 18 años y evidente que desde la perspectiva del interés del niño no tendría justificativo no otorgarle la adopción a la pareja que en los hechos lo crió, lo educó, y lo trató como un hijo desde su infancia. El rechazo de la adopción hubiese significado dar prevalecía a la situación de los adoptantes de no estar casados en desmedro de la mejor situación para el niño que significaría tener dos padres legalmente.

El juez añadió que “el interés del niño y la protección de la familia son principios constitucionales con fuerte anclaje en el derecho internacional de los derechos humanos que deben prevalecer sobre el derecho interno, justificando apartarse del mismo en el caso concreto no solo imbuido por principios de razonabilidad y equidad sino conforme a los derechos citados debe priorizarse la aplicación de esos tratados internacionales pues contemplan adecuadamente el concepto de bien superior del menor y la protección a esta familia que lo prohijó” Asimismo explicó que fue el propio deseo del niño ser adoptado por esta pareja por lo que admitir el planteo de inconstitucionalidad y posibilitar la adopción representaría el reconocimiento pleno del niño como persona, criterio que debe tenerse en cuenta como forma de interpretar ampliamente su interés,

Advertimos como el tribunal entendió que la prohibición de adopción conjunta de los convivientes no debía regir en el caso de autos por violar los principios constitucionales de la protección de la familia y el interés superior del niño.

El juez consideró a tenor de las circunstancias del caso que aplicar el Art. 312 del Código Civil y no otorgar la adopción del menor a los concubinos conduciría a dictar una sentencia inconstitucional por lo tanto se abstuvo de aplicarla porque por encima de dicha normativa se encuentra la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos

Si el tribunal hubiese dado primacía al Código Civil sobre la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos y hubiese negado la adopción del niño a los concubinos no hubiese cumplido con su deber de afianzar justicia ya que es evidente que en el caso de autos hubiese dictado una sentencia injusta y dicha sentencia por su injusticia hubiese sido inconstitucional[148].

Luego el tribunal realizó un análisis sobre si la tía biológica del niño es ascendiente en grado prohibido para adoptarlo (la concubina es la hermana de la madre

biológica del niño). El Art 315, Inc. (b) prohíbe la adopción del descendiente y el 337 Inc. (d) del Código Civil establece la nulidad de la sentencia que se haya dictado en violación a dicho precepto. El fundamento de la prohibición de adoptar a los descendientes consiste en la superposición de lazos fraternos y filiales especialmente referido a los abuelos con todo lo que cada uno de ellos implica en cuanto al contenido emocional y la posible confusión de roles. El juez resolvió que prohibición de adoptar a los descendientes no se da en el caso de autos ya que la tía no es susceptible de provocar la confusión de los vínculos temidos por la ley ni la superposición de lazos fraternos y filiales.

Posteriormente el tribunal avaluó que tipo de adopción era procedente otorgar, si la simple o la plena. En este caso el menor estaba totalmente integrado con los concubinos adoptantes pero sin embargo no había perdido sus relaciones con la familia de sangre ya que mantenía contactos con su madre de origen. El magistrado siguiendo los lineamientos de la Convención sobre los Derechos del Niño que obliga a descubrir que es lo que mejor resguarda el interés del niño en el caso concreto, decidió otorgar la adopción simple del menor a los concubinos y no la plena ya que, consideró que no resultaría en interés del menor quebrar los vínculos sanguíneos de este con su familia de sangre.

Finalmente el juez declaró la inconstitucionalidad de los Art. 312 primer párrafo y 337 Inc. (d), otorgó la adopción simple del menor en forma conjunta a los concubinos y dispuso que el menor lleve como apellido compuesto el de cada uno de los adoptantes.

En conclusión por lo expuesto precedentemente puede sostenerse que actualmente existe una vía jurisprudencial abierta en pos del reconocimiento del derecho de los concubinos a adoptar en forma conjunta.

En el punto siguiente mencionaremos cuales son los países donde se admite la adopción conjunta por concubinos.

10. Adopción conjunta por concubinos en el derecho comparado.

A diferencia de lo que sucede en la legislación Argentina, donde las parejas convivientes heterosexuales no pueden adoptar en forma conjunta, otras legislaciones permiten la adopción por parte de convivientes que demuestren una comunidad estable de vida semejante a la conyugal.

Cumplimentando ciertos requisitos en cuanto a la convivencia estable, singularidad, permanencia y notoriedad se les otorga a los concubinos la posibilidad de adoptar un niño en forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas en matrimonio.

En Sudamérica las legislaciones que permiten la adopción conjunta por parte de los concubinos son el Código del Menor de Bolivia Art. 76 y 77[149], el Estatuto del Niño y Adolescente del Brasil Art. 42[150], el Código del Menor de Colombia Art. 90[151] y el Código de Menores de Ecuador Art. 111[152].

En Europa la disposición adicional 3 de la ley española 21/1987, establece que se permite la adopción conjunta por el hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal. Dicha ley teniendo exclusivamente en miras el interés del niño modificó el Código Civil español, que en su Art175.4 reservaba la adopción conjunta al matrimonio. La reforma del Código español según surge del preámbulo de la ley 21/1987 del 11/11/1987 tubo como objetivo basar la adopción en dos principios fundamentales: la configuración de la misma como un instrumento de integración familiar, referido esencialmente a quienes más la necesitan, y el beneficio del adoptado que se sobrepone, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de adopción[153].

En el mismo sentido varias comunidadades autónomas de España han legislado sobre la posibilidad de adopción conjuta por parte de una pareja de hecho heterosexual. Este criterio se impuso en la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña Art. 6, la

Ley de Parejas de Hecho de Aragón Art10, Ley Para la Igualdad Jurídica de Parejas Estable de Navarra Art. 8 y la Ley de Parejas del País Vasco Art. 8[154].

11. Conclusión.

La legislación Argentina establece como principio general el de la adopción unipersonal estableciéndose como excepción que la adopción puede otorgarse a más de una persona cuando estos sean cónyuges.

Esta restricción impide que las parejas que conviven en concubinato adopten en forma conjunta y solamente posibilita la adopción por parte de uno solo de los convivientes.

En el presente capítulo hemos desarrollado cuales son los derechos constitucionales que vulneran los Arts 312 y 337 del Código Civil[155] al no permitir la adopción conjunta por parte de concubinos.

La Argentina ha reconocido el principio de protección de la familia en el Art. 14 bis de la Constitución Nacional[156] y a través de la rectificación de los Tratados de Derechos Humanos incorporados en la reforma de 1994. Estos dispositivos constitucionales cuando destacan la protección de la familia no hacen referencia exclusiva a la surgida del matrimonio, sino aquella que funciona como tal en la sociedad, incluyendo a las uniones de hecho. En virtud de ello el Estado debe asegúrale a las familias surgidas del concubinato las condiciones necesarias para su formación, constitución, promoción, defensa, afianzamiento y unidad.

Consideramos que los Arts 312 y 337 del Código Civil al prohibir adoptar a los concubinos en forma conjunta les niegan a estos la posibilidad de consolidar el núcleo familiar mediante la incorporación de hijos adoptivos, vulnerando de este modo la protección integral de la familia que proclaman las normas de jerarquía constitucional. También al prohibir adoptar a las personas que viven en concubinatos, que forman una verdadera familia, vulneran el derecho de todo niño a tener una familia y contradicen el

propósito de la adopción que es ofrecer a los niños desprotegidos o abandonados el amparo de una familia.

Asimismo entendemos que los Arts 312 y 337 del Código Civil vulneran el derecho a la igualdad consagrado en el Art. 16 de la Constitución Nacional[157] y en los Tratados de Derechos Humanos debido a que es irrazonable negar la adopción conjunta a los concubinos cuando reúnen condiciones similares a los cónyuges en cuanto a singularidad, estabilidad, permanencia y notoriedad.

Cuando los concubinos pueden ofrecerle al niño las mismas garantías de protección que los cónyuges, es decir un entorno afectivo, material, y formativo que permita su sano desarrollo la prohibición de adoptar carece de un fundamento razonable y se vuelve discriminatoria por no superar el test de constitucionalidad.

Lo expuesto precedentemente comprueba la contradicción que hay entre la legislación interna y los dispositivos constitucionales pero sin embargo en materia de adopción esto resultaría insuficiente si no realizamos una valoración desde la perspectiva del interés del adoptado, ya que este es el principio que debe prevalecer en toda decisión judicial sin que otros aspectos resulten decisivos en el momento de resolver sobre la adopción.

El principio rector para resolver la adopción es siempre el interés superior del niño consagrado en el Art. 3 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño[158] que debe prevalecer sobre toda normativa infraconstitucional que límite los derechos del menor.

Para satisfacer el interés del niño es necesario valorar si la adopción es o no beneficiosa para el menor en cada caso concreto, sin embargo los Arts 312 y 337 Inc. (d) del Código Civil cierran el camino al juez para que determine si los concubinos serian capaz de dar al niño un entorno afectivo, material y formativo que permita su desarrollo. La solución legal actual da prevalencia a la situación de los adoptantes de no

estar casados en desmedro de la mejor situación para el adoptado, en consecuencia es indudable que dicha normativa vulnera el interés superior del niño que garantiza la Convención sobre los Derechos del Niño en los Arts 3 y 21.

Por lo expuesto estimamos que ha quedado demostrado el segundo punto de la tesis que plantea la inconstitucionalidad de los Art. 312 primer párrafo y 337 Inc. (d) del Código Civil debido a que avasallan la protección integral de la familia que establece el Art. 14 bis de la Constitución Nacional, el derecho a la igualdad establecido en el Art. 16 de la Constitución Nacional y el interés superior del de niño garantizados en los Art. 3 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño

Asimismo consideramos que ha quedado demostrado el tercer punto de tesis el cual plantea que deben modificarse los Art. 312 y 337 Inc. (d) del Código Civil posibilitando la adopción conjunta por parte de parejas heterosexuales que mantengan una comunidad de vida estable, singular, permanente, notoria, sin que medien entre ellos impedimentos matrimoniales.

A continuación realizaremos nuestras propias propuestas con la finalidad de que los Art. 312 y 337 Inc. (d) del Código Civil se ajusten a los principios consagrados en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos.

12. <u>Propuestas</u>.

De lege ferendae, proponemos que se reformen los Art. 312 y 337 Inc. (d) del Código Civil extendiendo a la pareja de convivientes heterosexuales el derecho de adoptar en forma conjunta siempre que reúnan condiciones que evidencien la idoneidad necesaria para satisfacer las necesidades del niño, su desarrollo psico-físico y bienestar.

El Art. 312 del Código Civil primer párrafo debe quedar redactado de la siguiente manera “Nadie puede ser adoptado por mas de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges o concubinos. Sin embargo, en caso de muerte del adoptante, de ambos cónyuges o de ambos concubinos adoptantes, se podrá otorgar

una nueva adopción sobre el mismo menor".

Asimismo el Art 337 Inc. (d) del Código Civil deberá modificarse de la siguiente manera "La adopción simultanea por mas de una persona salvo que los adoptantes sean cónyuges o concubinos".

En los artículos ha reformar debe entenderse por "concubinos" al hombre y la mujer que conviven de manera estable, notoria, singular, sin que medien impedimentos matrimoniales entre ellos, conformando una comunidad de vida similar a la matrimonial.

No agregamos un tiempo mínimo de convivencia como requisito para que los concubinos puedan adoptar un niño en forma conjunta ya que consideramos que establecer requisitos excesivamente rígidos puede vulnerar según las circunstancias concretas que cada caso presenta el interés superior del niño que establece la Convención sobre los Derechos del Niño.[159]

Con la reforma sugerida serán los jueces teniendo en cuenta el interés superior del niño cuya adopción se pretende (Art. 3 y 21 Convención sobre los Derechos del Niños) quienes determinen en el caso concreto si la pareja de concubinos que desea adoptar posee la idoneidad suficiente para brindar al niño un entorno afectivo, material y formativo que permita su sano desarrollo, en base a esto concederán o no la adopción.

De lege lata hasta tanto no se realice la reforma proponemos como alternativa para resolver los conflictos, que los jueces declaren la inconstitucionalidad de los Art. 312 primer párrafo y 337 Inc. (d) si la prohibición de adoptar conjuntamente por parte de los concubinos se torna injusta en los casos concretos que se les presentan, por vulnerar el interés superior del niño, la protección de la familia o el derecho a la igualdad.

En conclusión con la modificación que pretendemos los Art. 312 y 337 Inc. (d) del Código Civil guardarán una debida armonía con los principios consagrados en la

Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos constitucionalizados.

En el próximo capitulo demostraremos la existencia de otra norma del Código Civil que limita los derechos de los concubinos, por lo que en muchos casos deviene hoy en inconstitucional.

Capítulo 3

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL POR MUERTE DEL CONCUBINO

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Noción de daño. 3. Indemnización del daño patrimonial ocasionado por muerte del concubino. 3.1 Marco jurídico 3.2 Interpretación de los Art. 1084 y 1085 respecto de los Art. 1077 y 1079 del Código Civil. 3.3 El interés que invoca el concubino supérstite. 3.4 El sistema tradicional. 3.5 El sistema vigente. 3.6 Jurisprudencia que otorga indemnización del daño patrimonial por muerte del concubino 4. Indemnización del daño moral por muerte del concubino. 4.1 Legitimación anterior y posterior a la ley 17711. 4.2 La limitación del Art. 1078. 4.3 Criticas al Art. 1078. 4.4 Derecho a la reparación del daño injustamente sufrido como derecho constitucional 4.5 Protección constitucional de la familia. 4.6 Jurisprudencia que otorga indemnización del daño moral por muerte del concubino. 4.7 Jurisprudencia que se pronuncia sobre la inconstitucionalidad del Art. 1078 del Código Civil. 4.8 Doctrina nacional y proyectos de reforma del Código Civil 4.9 Derecho Comparado. 5. Conclusión. 6. Propuestas.

1. Introducción.

El tema que abordaremos en el presente capítulo es la reparación del daño patrimonial y moral por muerte del concubino.

Comenzaremos exponiendo las principales corrientes doctrinarias que conceptualizan el daño.

Luego continuaremos con un controvertido tema que ha generado un amplio debate doctrinario y jurisprudencial el cual consiste en determinar si el concubino esta legitimado para reclamar contra el autor del hecho ilícito que ha causado la muerte de su pareja la indemnización por daño patrimonial consistente en la perdida de los ingresos con los que este atendía sus necesidades.

A posteriori desarrollaremos el núcleo central de este capítulo, la reparación del daño moral por muerte del concubino.

Demostraremos el punto 4 de la tesis el cual sostiene que el Art. 1078 del Código Civil[160] al no otorgar legitimación a los concubinos para reclamar el resarcimiento del daño moral ocasionado por la muerte de uno de ellos lesiona derechos y garantías de raigambre constitucional. También demostraremos el punto 5 de la tesis que plantea la necesidad de modificar el Art. 1078 del Código Civil[161] otorgando legitimación activa al concubino para reclamar el daño moral que le produce la muerte de su pareja.

Para demostrar los puntos de tesis comenzaremos desarrollando cual era la situación de los legitimados activos para reclamar el resarcimiento del daño moral antes y después de la reforma del Art. 1078 mediante la sanción de la ley 17711. Posteriormente analizaremos cuales son los fundamentos de la doctrina que defiende la solución legal actual y realizaremos una critica de los mismos. A continuación explicaremos cuales son los derechos garantizados por la Constitución Nacional que vulnera el Art. 1078. Luego expondremos los fundamentos de la jurisprudencia que se

ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad del Art. 1078 y de aquella que ha otorgado indemnización del daño moral por muerte del concubino. Seguidamente mencionaremos cuales son los países que admiten la legitimación de los concubinos para reclamar el daño moral por muerte de su compañero y haremos referencia a la doctrina que reclama una pronta modificación del Art. 1078. Finalmente concluiremos explicando porque consideramos probados los puntos de tesis y formularemos nuestras propias propuestas.

Para la realización de este capítulo hemos analizado la normativa que consideramos necesario modificar, estudiamos la doctrina especializada en la materia, analizamos como se ha pronunciado la jurisprudencia al respecto e investigamos sobre el tema en el derecho comparado.

2. Noción de daño.

Nos encontramos con diversas corrientes doctrinarias que explican la noción de daño.

Una primera línea de pensamiento toma como eje conceptual, el bien jurídico menoscabado.

Para esta doctrina el daño es el menoscabo sufrido por una persona en sus bienes vitales naturales, en su propiedad o patrimonio. Distingue entre daño patrimonial y daño moral centrándose en la naturaleza del bien dañado. En consecuencia el daño patrimonial consiste en la lesión a un bien de contenido económico, en cambio el daño moral es la lesión a un bien extrapatrimonial. [162]

Esta teoría es criticada debido a que no siempre una lesión a un bien extrapatrimonial produce un daño moral sino que puede producir además un daño patrimonial. Contrariamente existe la posibilidad que un menoscabo a un bien patrimonial además de producir un daño patrimonial pueda producir un daño moral. [163]

Asimismo se le ha cuestionado a esta corriente que el derecho tutela los bienes solo en la medida en que satisface intereses humanos, por lo que resulta indebido centrar la noción de daño en el menoscabo a un bien.[164]

Otra concepción doctrinaria centra el concepto de daño en la noción de derecho subjetivo. Para esta corriente de pensamiento el daño consiste en la violación de uno o varios derechos subjetivos que integran la personalidad jurídica del sujeto. El daño patrimonial es el menoscabo a un derecho subjetivo de carácter patrimonial y el daño moral consiste en el menoscabo a un derecho subjetivo de carácter extrapatrimonial.[165]

Esta concepción es pasible de la misma crítica formulada a la corriente del daño como detrimento de un bien jurídico en cuanto el carácter patrimonial o extrapatrimonial del derecho subjetivo conculcado no implica que el daño irrogado posea la misma naturaleza.

También la critica que se le realiza a esta corriente consiste en que desde una óptica actual, esta visión del daño resulta parcializada pues solamente contempla los intereses legítimos sustratos de derechos subjetivos pero sin embargo el derecho ampara también los simples intereses.[166]

Otra posición conceptualiza el daño teniendo en cuenta el interés afectado por el hecho.

Para esta doctrina el daño es la lesión a un interés jurídicamente protegido. Consecuentemente el daño patrimonial consiste en un menoscabo a un interés económico y el daño moral reside en la lesión a un interés espiritual.[167]

Dicha distinción no radica en la naturaleza del derecho lesionado sino en el diverso interés que es presupuesto de ese derecho. Un mismo hecho puede lesionar ambos tipos de intereses al unísono, sin que se afecte la independencia de los intereses que integran, respectivamente, la esfera patrimonial o el ámbito espiritual del damnificado.[168]

La crítica que recibe esta corriente es que si bien el daño presupone la lesión de un interés, se trata en realidad de nociones diferentes ya que la lesión de un interés es la fuente del daño y no su contenido.[169]

Por ultimo la cuarta, corriente doctrinaria a la que adherimos, define al daño teniendo en cuenta el resultado o consecuencia que la acción nociva provoca. Esta doctrina postula que para determinar el contenido del daño resarcible es necesario atender a las consecuencias de la lesión y no al bien jurídico lesionado ni tampoco de manera exclusiva al interés vinculado a su preservación.[170]

Se llega a esta conclusión diferenciando el daño en sentido amplio del daño resarcible. El daño en sentido amplio es la lesión a un derecho o a un interés no ilegitimo de orden patrimonial o extramatrimonial. En cambio el daño resarcible como presupuesto de la responsabilidad es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la lesión. Entre la lesión y el menoscabo existe una relación de causa y efecto. El daño resarcible es esto último.[171]

En tal sentido el daño patrimonial es definido por Pizarro como “el detrimento de valores económicos o patrimoniales que se produce a raíz de la lesión a un interés”.[172]

Zavala de Gonzalez expresa que el daño patrimonial es “una modificación disvaliosa del patrimonio, que se traduce en un modo de estar diferente de aquél en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y económicamente perjudicial”[173]

Por su parte el daño moral es conceptualizado por Pizarro y Zavala de González como “una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial”[174]

Asimismo Stiglitz entiende que el daño moral es “toda alteración disvaliosa del bienestar psicofísico de una persona, provocada por una acción atribuible a otra”[175]

En conclusión siguiendo los lineamientos de la concepción que compartimos el daño patrimonial consiste en la repercusión disvaliosa producida en el patrimonio de una persona y el daño moral consiste en las consecuencias espirituales desprendidas del acto nocivo.

Hecho un somero análisis de las características del daño patrimonial y moral vemos que se encuentran claramente configurados en el caso de la muerte de la pareja conviviente.

Sin embargo se ha generado un amplio debate doctrinario y jurisprudencial sobre si los concubinos tienen legitimación activa para reclamar contra el autor del hecho ilícito que ha causado la muerte de uno de ellos el resarcimiento de los daños.

En el punto siguiente nos centraremos en la reparación del daño patrimonial por muerte del concubino.

3. Indemnización del daño patrimonial ocasionado por muerte del concubino.

Cuando dos personas conviven en forma estable comportándose en los hechos como si fueran cónyuges además de integrar una comunidad de vida espiritual también comparten los problemas materiales de la vida. Es posible que ambos concubinos contribuyan al sostenimiento económico del hogar o bien que sea uno de ellos quien aporte lo necesario para satisfacer las necesidades de la pareja. La muerte del concubino aportante puede producir repercusiones económicas disvaliosas al concubino supérstite en razón de la perdida de la asistencia que el muerto brindaba por vía de aportes dinerarios, además de provocar de provocar una afección en sus sentimientos.

La cuestión a desarrollar en este punto consiste en determinar si los concubinos tienen legitimación activa para reclamar contra el autor del hecho ilícito que ha causado la muerte de uno de ellos el resarcimiento del daño patrimonial.

3.1 Marco jurídico.

Respecto al tema que nos convoca existe un amplio debate jurisprudencial y doctrinario no siendo univoca la respuesta que los jueces y los autores brindan al problema.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia parten para llegar a sus soluciones de la interpretación que debe otorgársele a los Arts 1084 y 1085 del Código Civil en relación a los Arts 1077 y 1079 del Código Civil. Además analizan la noción de daño que establece el Art. 1079 teniendo en cuenta si incluye solamente los casos de lesión a un derecho subjetivo, tutelado por el ordenamiento jurídico o si también incluye los casos de lesión a un interés simple.[176]

Los artículos mencionados anteriormente hacen referencia a las personas que tienen legitimación activa para reclamar los daños sufridos, derivados de un delito cometido por un tercero rigiendo exclusivamente los daños patrimoniales y no los morales que quedan reservados en los términos del Art. 1078 del Código Civil.

El Art. 1077 establece “Todo delito hace nacer la obligación de reparar el perjuicio que por el resultare a otra persona” a su vez el Art. 1079 expresa “La obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no solo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta”.[177]

Por otra parte los Arts. 1084 y 1085 hacen referencia exclusiva al caso concreto del delito de homicidio estableciendo una nomina de personas habilitadas para reclamar la indemnización del daño patrimonial.

El Art. 1084 establece “Si el delito fuere de homicidio, el delincuente tiene la obligación de pagar todos los gastos hechos en la asistencia del muerto y en su funeral ; además lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto quedando a la prudencia de los jueces, fijar el monto de la indemnización y el modo de satisfacerla”.Asimismo el Art 1085 dispone “El derecho de exigir la indemnización de la primera parte del articulo anterior, compete a cualquiera que hubiera hecho los gastos de que alli se trata. La indemnización de la segunda parte del articulo, solo podrá ser exigida por el cónyuge sobreviviente, y por los herederos necesarios del muerto, si no fueren culpados del delito como autores o cómplices, o si no lo impidieron pudiendo hacerlo”. [178]

Como se observa los Arts 1077 y 1079 del Código Civil otorgan la posibilidad de reclamar a cualquiera que sufra un daño ilícito en cambio los Art 1084 y 1085 del Código Civil que se refieren específicamente al daño patrimonial por homicidio parecería que limitan las personas que pueden reclamar la indemnización.

3.2 Interpretación de los Art. 1084 y 1085 respecto de los Art. 1077 y 1079 del Código Civil.

A habido un amplio debate doctrinario acerca de cómo deben interpretarse los Art. 1084 y 1085 del Código Civil respecto de los Art. 1077 y 1079 del Código Civil. [179]

Cierta doctrina considera que los Art. 1084 y 1085 limitan la nomina de las personas legitimada para reclamar indemnización del daño patrimonial por homicidio. Estos autores sostienen que el delito de homicidio queda excluido del principio general que establece el Art. 1079 por el cual la obligación de reparar el daño causado por un delito existe respecto de toda persona perjudicada directa o indirectamente. Por lo tanto en caso de homicidio solo podrían reclamar el daño patrimonial la viuda y los hijos del muerto. [180]

Para esta corriente al no estar el concubino mencionado expresamente en los Art 1084 y 1085 quedaría excluido de la posibilidad de reclamar el daño patrimonial en caso de homicidio de su compañero.

Posteriormente esta postura ha tenido una variante que surge a partir del Art. 29 Inc. 1 del Código Penal que fue sancionado con posterioridad al Código Civil. La norma citada dispone que "la sentencia condenatoria podrá ordenar… la indemnización del daño material y moral causado a la victima, a su familia o a un tercero"[181] En virtud de dicho articulo esta corriente postula que mediando condena en sede penal no regirán las limitaciones de los Art 1084 y 1085, por lo tanto cualquier tercero que hubiese sufrido el daño podrá reclamar su resarcimiento en cambio si no existe condena en sede penal rigen las restricciones de los Art 1084 y 1085.[182]

En contraposición a lo expuesto precedentemente existe otra posición doctrinaria y jurisprudencial mayoritaria que sostiene que los Art 1084 y 1085 no disponen taxativamente quienes son las personas con derecho a reclamar la indemnización por el daño patrimonial emergente de la muerte de otra sino que favorece a la viuda y los hijos del muerto con la presunción iuris tamtum de haber sufrido un daño consistente en la privación de los alimentos que supuestamente recibían del fallecido. La presunción iuris tamtum a favor de la viuda y los hijos no impide que cualquier otra persona que acredite un daño deba ser indemnizada en virtud de lo dispuesto en el Art. 1079.[183]

Esta es la postura que prevalece actualmente por lo tanto se sostiene que al no estar mencionados los concubinos en los Arts 1084 y 1085 no se presume que hallan sufrido un daño por la muerte de su pareja no obstante esto pueden reclamar la resarcibilidad del perjuicio si lo acreditan en virtud del Art. 1079. En conclusión el concubino estaría en principio legitimado para reclamar la indemnización del daño patrimonial sufrido por el homicidio de su compañero.[184]

Sin embargo en este arduo y conflictivo tema surge otra problemática consistente en determinar si el interés que invoca el concubino lo habilita para sostener que ha sufrido un daño que le permita reclamar judicialmente su resarcimiento.

3.3 El interés que invoca el concubino supérstite.

La doctrina y jurisprudencia han debatido si el concubino cuenta con un interés que lo habilite a reclamar el resarcimiento de los daños patrimoniales por la muerte de su compañero en los términos del Art. 1079 del Código Civil[185] discutiéndose si aquel es titular de un interés legitimo susceptible de protección jurídica o bien si tan solo tiene un interés simple y en cuyo caso se presenta el interrogante respecto si puede accionar quien cuenta con un interés simple y no con un derecho subjetivo.

Esto derivó en dos posturas doctrinarias. Una primera postura restrictiva le niega el derecho indemnizatorio al concubino sobreviviente fundamentándose en que el daño debe ser jurídico, es decir existir lesión a un derecho subjetivo o interés legítimo. Para esta doctrina la falta de exigibilidad de las contribuciones entre los convivientes en razón de la ausencia de un derecho subjetivo para reclamarlas, obstaría a exigir del tercero una compensación económica por la frustración de aquellas.[186]

Por otra parte, la postura denominada amplia sostiene que los intereses simples aunque sean meramente de hecho y no presupuesto de algún derecho subjetivo deben ser resarcidos en caso de menoscabo, si no aparecen contrarios a derecho.[187]

Consecuentemente para esta doctrina el concubino tiene legitimación para reclamar el pago de una suma que resarza el daño que le ocasiona la muerte de su compañero en razón de la privación de los aportes dinerarios con los que este satisfacía sus necesidades alimentarías.

Orgaz quien se encuentra enrolado en la postura restrictiva realiza un paralelo en el perjuicio jurídico y el perjuicio de hecho, destacando que el perjuicio sufrido por el concubino al no tener reconocimiento expreso por la legislación se encontraría dentro de

este ultimo tipo de daño y, en consecuencia, al margen de la tutela del ordenamiento jurídico. Sostiene que no es suficiente con que el acto ilícito altere una situación de hecho, si no que es necesario además que la situación este protegida legalmente, es decir es necesario que haya una lesión de un derecho y es evidente que el concubino no tiene ninguno para exigir alimentos de su compañero.[188]

Los autores defensores de la segunda postura critican dicho argumento. Zavala de Gonzalez afirma que "los interés jurídicamente protegido no son únicamente los que el derecho tutela de modo expreso y formal sino todos los que no proscribe directa o implícitamente; en suma, cualesquiera no disvalioso a la luz del sistema integral de derecho".[189] La idea central de esta autora se basa en que el hecho de que las leyes reconozcan en forma expresa determinados derechos subjetivos, no implica que cualquier otra prerrogativa personal, para ser reconocida, deba estar taxativamente prevista por la ley, siendo suficiente para ello, que su consagración surja de una interpretación razonable de la misma y que no se origine en una conducta ilegítima.

Coincidiendo con el argumento expresado anteriormente Zannoni sostiene que los intereses simples aunque sean meramente de hecho deben conllevar a soluciones resarcitorias en caso de menoscabo, si no aparecen contrarios a derecho.[190]

Asimismo Bossert sostiene que el Art. 1079 no propone distinciones según la categoría de interés perjudicado, para la procedencia del resarcimiento. Por lo tanto admitido que el daño se establece por la lesión del interés este puede consistir en la frustrada satisfacción de necesidades que regularmente y con certeza se veían satisfechas por el muerto antes del hecho ilícito, sin depender estrictamente de que existan normas que contemplen en derecho subjetivo tal interés.[191]

Para estos autores que defienden la tesis amplia lo esencial es la existencia de un interés que, lesionado signifique un daño cierto y que ese interés no comporte una situación de hecho por si misma ilícita

Otro argumento sostenido por Kemelmajer de Carlucci quien se enrola en la tesis restrictiva es que el Art. 1068 impone una limitación a la amplitud que establece el Art 1079, cuando conceptualiza el daño patrimonial indirecto en "el mal hecho a su persona (de la victima o a sus derechos o facultades". Se analiza la expresión "derechos o facultades" y se sostiene que puede sintetizarse validamente diciendo que habrá daño cuando se lesione un derecho subjetivo o una facultad[192]

En contraposición Zavala de González postula que respecto de la limitación que aducen establece el Art. 1068, la misma es ejemplificativa; si bien el daño puede derivar de la lesión de "derechos y facultades" el mismo artículo señala antes en forma más genérica que se configura un perjuicio por el "mal hecho a la persona"[193]

3.4 El sistema tradicional.

Tradicionalmente ha prevalecido en el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia la corriente que sostiene que solo puede accionar quien invoca la lesión a un derecho subjetivo es decir la lesión de un interés jurídicamente protegido. Consecuentemente por no poder invocar la lesión de un interés legítimo se negaba al concubino supérstite la indemnización del daño patrimonial por la muerte de su compañero.

Jurisprudencialmente se registran pronunciamiento que niegan la indemnización al concubino por carecer de un interés legítimo. En este sentido un fallo de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de San Martín expresó "Si la concubina no podía, en vida de la victima, exigirle en justicia el pago de los alimentos o dadivas, no puede reconocérsele acción contra el autor del homicidio del concubino para que este le pague una indemnización que viene a ser el sustituto de aquellos beneficios a los que no tenia derecho"[194]. Otro fallo con similares fundamentos dictado por la Cámara Nacional Federal Civil y Comercial sostuvo "La concubina por carecer de interés legitimo no esta habilitada para ejercer acción resarcitoria derivada de la muerte de su compañero"[195]

3.5 El sistema vigente.

Actualmente prevalece doctrinaria y jurisprudencialmente la corriente que considera resarcible el daño recibido al interés simple no contrario a derecho.

Se ha ido reconociendo al concubino la calidad de "damnificado indirecto" del Art. 1079 y por consiguiente titular de la acción resarcitoria.

Varios pronunciamientos judiciales han sostenido que si bien el concubino es titular de un interés simple de carácter alimentario, ante el fallecimiento de su pareja y en tanto pruebe acabadamente su situación de alimentado de modo regular, esta legitimado a reclamar la indemnización correspondiente por el daño causado por la muerte de su compañero que subvenía sus necesidades alimentarías.[196]

En un fallo plenario la Cámara Nacional de Apelación el 4/4/95 dispuso por mayoría de sus miembros que "se encuentran legitimados los concubinarios para reclamar la indemnización del daño patrimonial ocasionado por la muerte de uno de ellos como consecuencia de un hecho ilícito, en tanto no medie impedimento de ligamen".[197]

Este fallo significó sin lugar a dudas el triunfo de la tesis amplia ya que sienta doctrina legal obligatoria en el fuero civil en cuanto a la admisibilidad del reclamo del concubino que invoca un interés simple.

En síntesis en la actualidad no se considera al concubino supérstite amparado por la presunción legal de daño que establece el Art. 1084 del Código Civil en favor de la viuda e hijos del muerto, sin embargo si demuestra debidamente que vivía del auxilio y los recursos de su compañero fallecido es indemnizado en función de lo dispuesto por el Art. 1079 del Código Civil. Se admite o no la indemnización según se acredite que la relación concubinaria tenia una solidez tal que permitiera suponer con un buen grado de certeza su proyección futura, con el correspondiente beneficio económico que ello habría significado para el concubino supérstite.

En el punto siguiente analizaremos los fundamentos del fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones el cual consolida la legitimación activa del concubino para reclamar la indemnización del daño patrimonial por la muerte de su pareja.

Asimismo enunciaremos cual ha sido la postura de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires sobre este controvertido tema.

3.6 Jurisprudencia que otorga indemnización del daño patrimonial por muerte del concubino.

La Cámara Nacional de Apelaciones en un fallo plenario dictado el 4/4/95 dispuso por mayoría de sus miembros que los concubinos tienen legitimación activa para reclamar la indemnización del daño patrimonial por la muerte de uno de ellos.[198]

La minoría en forma impersonal, que participa de la doctrina que niega derecho al concubino a reclamar indemnización del daño patrimonial por la muerte de su pareja sostuvo que no basta una lesión a un interés simple, sino que es necesario la existencia de un interés legalmente protegido, no siendo suficiente acreditar la relación de casualidad entre el daño y el hecho ilícito que este le produjo un daño cierto. Señaló que si la concubina no tenia derecho a exigirle judicialmente a su pareja el pago de alimentos, no puede tampoco hacerlo con quien fue el culpable de su muerte, aun cuando haya lesionado sus intereses porque se vera privada de aquellos. Por lo expuesto expresó que la lesión de un interés cualquiera no es suficiente para legitimar el daño resarcible. Ese interés debe ser tutelado por la ley, no bastando un interés de hecho, sino que debe ser un interés jurídico. Luego aclaró que no se trata de ilegalidad o inmoralidad del concubinato sino que la cuestión radica esencialmente en que el concubinato, salvo expresa excepciones, no constituye una fuente de derecho entre sus integrantes. Concluyó que el concubinario carece de derecho a reclamar una indemnización por el perjuicio patrimonial que pueda significarle la muerte de su compañero.[199]

Por su parte la mayoría argumento que de conformidad con Art 1079 del Código Civil la obligación de reparar el daño causado por un delito existe no solo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado de manera directa, sino también respecto de toda persona que por el mismo hubiese sufrido aunque sea de manera indirecta. Esta norma no establece distinciones según la categoría del interés perjudicado para la procedencia del resarcimiento. Admitido, entonces, que el daño se establece por la afección del interés, este puede consistir en la frustrada satisfacción de necesidades que, regularmente y con certeza, se veían satisfechas por el muerto antes del hecho ilícito, sin depender estrictamente de que existan normas que contemplen en derecho subjetivo tal interés. Agregó que es cierto que la concubina en cuanto tal carece de legitimación para reclamar la indemnización por muerte de su compañero pero su derecho no se origina en la relación concubinaria que la única con la victima, sino que surge de la certeza del perjuicio el cual se debe acreditar de una manera fehaciente. Asimismo sostuvo que el objeto de reconocer al concubino el derecho a la indemnización reside en la existencia cierta de un perjuicio personal y en su nexo causa con el obrar ilícito imputado al demandado, sin que sea necesaria la lesión a un derecho subjetivo preexistente al evento nocivo. Además dijo que el hecho de que la leyes reconozcan en forma expresa determinados derechos subjetivos no implica que cualquier otra prerrogativa, para ser reconocida deba estar taxativamente prevista por la ley, siendo suficiente para ello, que su consagración surja de una interpretación razonable de la misma y que no se origine en una conducta ilegítima. Por estas consideraciones la Cámara Nacional de Apelaciones por mayoría de sus miembros establece como doctrina legal obligatoria que "Se encuentra legitimados los concubinarios para reclamar la indemnización del daño patrimonial ocasionado por la muerte de uno de ellos como consecuencia de un hecho ilícito, en tanto no medie impedimento de ligamen"[200]

Por otra parte la Suprema Corte de Buenos Aires en un principio falló por mayoría el 27/12/88 que carecía la concubina de legitimación para reclamar daños y perjuicios por la muerte de su compañero. Los fundamentos del fallo fueron que si bien el Art. 1079 concede indemnización a toda persona que ha sufrido un perjuicio como consecuencia de un acto ilícito, ese perjuicio para ser indemnizable debe ser jurídico. Por lo tanto la concubina no es una damnificada de iure sino de facto, la muerte de su compañero no le lesiona un derecho subjetivo porque no estaba unida a él por un vinculo de derecho no dándose la hipótesis del Art. 1068 y no quedando subsumida en el Art. 1079 del Código Civil.[201]

Esta postura fue mantenida por la Suprema Corte de Buenos Aires por menos de tres años, ya que el 12/11/91 modificó su criterio también por mayoría rechazando la defensa de falta de legitimación activa, reconociéndole ésta a la concubina para demandar por daños y perjuicios por la muerte de su compañero.[202]

Este criterio fue ratificado por la Suprema Corte de Buenos Aires el 17/2/98 ya que por mayoría volvió a decir que la concubina se halla legitimada para reclamar la indemnización del daño patrimonial sufrido por el fallecimiento de su compañero de vida.[203]

El tribunal entendió que la legitimación de la concubina se encuentra reglada en nuestro ordenamiento dentro de los términos del Art. 1079 del Código Civil el cual debe ser interpretado en función de la amplitud que emerge de sus propios términos como de la situación existencial que define. Consideró que la amplitud que propiciaba no podía ser restringida en el caso donde el daño aparecía tan manifiesto como la estabilidad de la vinculación afectiva, económica y de compromiso vital entre quien lo reclamar y la persona muerta. Asimismo agregó que el hecho de que las partes no hayan estado vinculadas por un matrimonio de carácter civil, puede tener otros efectos, pero no el de dejar sin respuesta un pedido de resarcimiento conforme al principio fundamental, en

todo derecho de resarcir un daño causado y que nuestro ordenamiento ha recogido de modo prioritario. Estimó que todo aquello de lo que el damnificado ha dejado de gozar como consecuencia del hecho ilícito que tenga una relación de causalidad adecuada respecto de la conducta que ha provocado tal carencia debe ser resarcido. Aclaró que no se trataba de imponer deberes o conceder beneficios a los concubinos, ni de conferirles ninguna ventaja en razón de su estado ni integrarlos dentro de un estatuto particular sino simplemente se procura resarcir en forma integral un daño real infligido por un tercero y, visto desde otro ángulo, atribuir y hacer responsable a éste por las consecuencias dañosas de actos o hechos que le resulten imputables. Por lo expuesto concluyó el tribunal que la concubina se halla legitimada para reclamar la indemnización por daño patrimonial sufrido por el fallecimiento de su conviviente.[204]

La importancia de los fallos dictados por la Suprema Corte de Buenos Aires y por la Cámara Nacional de Apelaciones consiste en que ambos consolidan el derecho del concubino de reclamar contra el autor del hecho ilícito que ha causado la muerte de su pareja la indemnización por daño material consistente en la perdida de los ingresos con los que este atendía sus necesidades.

Seguidamente nos centraremos en el núcleo central de este capítulo, la reparación del daño moral por muerte del concubino.

4. Indemnización del daño moral por muerte del concubino.

La cuestión a desarrollar en este punto consiste en demostrar que es necesario otorgarle legitimación activa al concubino para reclamar el daño moral que le produce la muerte de su pareja y asimismo probar que la falta de legitimación del concubino para reclamar el resarcimiento del daño moral lesiona derecho y garantías de raigambre constitucional.

4.1 Legitimación anterior y posterior a la ley 17711.

El Código Civil de Vélez Sarfield reguló en el Art. 1078 el daño moral. Dicha normativa establecía lo siguiente "Si el hecho fuese un delito del derecho criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende la indemnización de perdidas e intereses, sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándole en su seguridad personal o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legitimas".[205]

El citado articulo no establecía ningún precepto concreto que limitara la legitimación para solicitar la reparación del daño moral pero disponía que solo era viable cuando el hecho fuente constituía un delito del derecho criminal.

En ese contexto la reparación del daño moral quedaba alcanzada por la amplitud del Art. 1079 que le otorga legitimación para reclamar el resarcimiento a quien el delito ha damnificado directamente y a toda persona que hubiese sufrido un daño aunque sea de manera indirecta.[206]

Sobre la base de estas normas podían accionar para reclamar el daño moral los damnificados e indirectos.

Como estaba plateado el sistema existía la problemática de que el hecho pudiese desencadenar un desfile indefinido de damnificados indirectos susceptible de llevar a la ruina al responsable. Consecuentemente tanto la doctrina como la jurisprudencia vieron la necesidad de poner límites a la amplitud normativa. La doctrina mayoritaria se oriento a exigir una relación de parentesco entre la victima y quien pretendía reclamar el daño moral, como consecuencia de ello se descartaban las relaciones meramente afectivas que representaban un vinculo de hecho y no de derecho.[207]

La reforma se produjo en el año 1968 mediante la sanción de la ley 17711.[208] Esta reforma produjo un cambio trascendente ya que modifico el Art. 1078 del Código Civil expandiendo la legitimación activa del damnificado directo por daño moral,

reconociendo su derecho a obtener reparación cualquiera sea la fuente generadora del detrimento. Además dispuso que solo el damnificado directo tiene legitimación activa por daño moral, estableciéndose como excepción que si del hecho dañoso resultase la muerte de la victima tendrá legitimación para reclamar el daño moral los herederos forzosos.[209]

Cuando se modifico la normativa no se consideraba la posibilidad de otorgar la indemnización por daño moral al concubino debido a que por ese entonces el concubinato era considerado como una situación de hecho disvaliosa e inmoral.

A partir de dicha reforma en materia de daño moral no se aplican los Arts 1077 y 1079 del Código Civil cuya amplitud respecto de la legitimación activa de los damnificados indirectos cede ante el carácter especifico que tiene la restrictiva solución contemplada por el Art. 1078.

4.2 La limitación del Art. 1078.

El segundo párrafo del actual Art. 1078 del Código Civil introducido por la ley 17711 establece "la acción por indemnización del daño moral solo competerá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la victima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos"[210]

El precepto actual reconoce únicamente legitimación a la victima para demandar por daño moral, salvo que el acto ilícito produjere su muerte, en cuyo supuesto la norma amplía la legitimación a los herederos forzosos. Obviamente el concubino al no ser heredero forzoso carece de legitimación para peticionar un resarcimiento por el menoscabo sufrido en sus afecciones a raíz de la muerte de su compañero. Se trata como se advierte de una restricción legislativa que establece como exigencia para el ejercicio de la acción un determinado emplazamiento familiar que evidentemente el concubino no tiene.

Justamente el termino heredero forzosos produjo un debate doctrinario en torno a si la expresión hacia referencia a aquellos herederos de grado preferente, conforme al orden sucesorio o bien si se trataba de legitimarios potenciales independientemente de que sean desplazados por otros herederos de mejor grado. Surge entonces una corriente restrictiva que propone que debe seguirse el orden de preferencia previsto por las normas del régimen sucesorio, quedando excluidos los herederos de grado más lejano, aunque potencialmente pudieran constituirse en herederos forzosos. Esta corriente sostiene que se encuentran legitimados aquellos que tienen vocación hereditaria al momento de la muerte de la victima. Contrariamente surge otra corriente denominada amplia que es la que predomina actualmente y postula que se encuentran legitimados para reclamar el daño moral aquellos que inviste potencialmente el carácter de herederos forzoso al momento de la muerte de la victima. Alcanza con la vocación hereditaria para estar legitimados a reclamar el daño moral que hubiere ocasionado la muerte de la victima debido a que no se reclama en base a un derecho que deja el muerto como parte del acervo sucesorio, sino que se reclama en base a un derecho propio. Actualmente prevalece la postura que sostiene que herederos forzosos a los fines prescriptos por el Art. 1078 del Código Civil son todos quienes potencialmente invisten dicho carácter al momento de la muerte de la victima. Asi lo resolvió la Corte Suprema de Justicia y la Cámara Nacional Civil en pleno estableciendo dicha solución como doctrina legal y obligatoria.

No cabe duda alguna que la norma analizada precedentemente impone una barrera a las pretensiones del concubino para reclamar el daño moral derivado de la muerte de su pareja al ser victima de un hecho ilícito.

Nosotros nos preguntamos si la limitación en cuanto a los legitimados activos para reclamar el daño moral que establece el Art. 1078 es justa ¿Acaso el concubino supérstite no tiene derecho a sufrir por la muerte de aquel con quien compartió la vida?

Si entendemos que el concubino supérstite sufre por la muerte de su compañero ¿es correcto impedir la compensación de un daño real e injustamente padecido?

Expondremos a continuación cuales son los argumentos que sostiene la doctrina a favor de la restricción del Art. 1078 y analizaremos si son suficientes para no permitirle al concubino reclamar el resarcimiento del daño moral que le produce la muerte de su compañero

4.3 Criticas al Art. 1078.

La restricción que establece nuestro sistema con respecto a la legitimación activa de los damnificados indirectos para reclamar el daño moral, produjo un debate doctrinario entre los autores que defienden la solución legal y aquellos que la critican.

Kemelmajer de Carlucci concuerda con la limitación del resarcimiento del daño moral de damnificados indirectos al supuesto de muerte de la victima en este sentido expresa "Si del hecho no ha resultado la muerte del acreedor, el único titular de la acción es él, si el propio interesado no se siente dañado nadie puede intentar la acción en su lugar"[211]

Este fundamento es objetado por otra parte de la doctrina, ya que desconoce la autonomía conceptual de ambas clases de perjudicados. El daño que puede sufrir cada uno es personal y distinto, aunque parte de la misma situación objetiva. En definitiva el daño que pretende resarcir el damnificado indirecto no es exactamente el mismo que se le infligió a la victima, sino que se trata de uno diferente aun cuando fluya de un mismo hecho.[212]

Por su parte Orgaz sostiene que resulta conveniente "fundar el resarcimiento no sobre un elemento individual o subjetivo, como el afecto sino mas bien sobre uno objetivo y de existencia legal como el parentesco, a partir del cual se presume la afección"[213]

Esta solución es criticada por otros autores que sostienen que una cosa es que el parentesco posibilite suponer la existencia del daño moral y otra cosa es que este no pueda ser demostrado a través de otras circunstancias que a falta de parentesco lo pongan de relieve.[214]

Nosotros Consideramos que si bien la presunción del daño moral a favor de los herederos forzosos se considera atendible, ello no significa que este no pueda ser probado por el concubino supérstite. Si el concubino mantenía una unión en aparente matrimonio con la victima, había proyectado su vida junto a el y además tenían hijos en común, quedaría demostrado efectivamente el daño moral. Es evidente en este caso que el concubino supérstite sufre y siente sus afecciones diezmadas a causa de la muerte de su compañero con el que había elaborado un proyecto de vida en común.

El argumento principal que postulan quienes defienden la restricción del Art. 1078 es la necesidad de poner un limite al ejercicio de la pretensión indemnizatoria y evitar que la reparación se extienda a un excesivo numero de legitimados.[215]

Consideramos que este argumento no es suficiente para dejar sin reparar el sufrimiento de otras personas cercanas al damnificado directo. Se excluye de la tutela legal al concubino quien experimenta por la muerte de su compañero un daño que no es eventual ni incierto sino que importa un real perjuicio en el marco del Art. 1069 del Código Civil.[216]

Con relación a lo expresado Zavala de González sostiene que "Si el perjuicio espiritual aparece como cierto y no obstante se niega la indemnización además de la justicia se lesiona la seguridad jurídica, porque nunca ésta deja de estar comprometida frente a la certeza de daños injusto…Ninguna razón de política jurídica ni legislativa, debiera impedir la compensación por un daño real e injustamente sufrido..."[217]

No es justo excluir al concubino de la resarcibilidad del daño moral indirecto por el mero hecho de no ser heredero forzoso de su compañero. Pensamos que la calidad de

heredero forzoso como instrumento objetivo de fijación de la legitimación activa para reclamar el daño moral es arbitrario y discriminatorio pues deniega a los convivientes el derecho de exigir la indemnización ante la muerte de su pareja, hecho que irrumpe en su vida y que genera los mismos sufrimientos que pueden padecer quienes han decidido optar por el vinculo matrimonial. El sistema vigente que niega al concubino la reparación de un daño cierto e injustamente sufrido parece más una sanción a la convivencia sin matrimonio que una adecuada respuesta en orden al derecho de daños de conformidad con los Art. 18 y 19 de la Constitución Nacional. Además dicha limitación es contradictoria al sistema imperante en materia de daños como los es la reparación plena e integral de quien ha sufrido un daño injusto según surge de los Arts 1068, 1069, 1071 bis, 1077, 1078 1º parte, 1079, 1080, 1083, 1084 y 1109 del Código Civil.[218]

En consecuencia si bien la restricción del Art. 1078 tiene como finalidad evitar la multiplicidad del número de reclamantes no puede llegarse al extremo de no resarcir a quien sufre y siente sus afecciones diezmadas frente a la muerte del compañero con el que compartió la vida y hasta pudieron tenerse hijos comunes.

Entendemos que puede evitarse la multiplicidad de reclamos exigiendo una certeza entre el daño y la relación de causa adecuada con el hecho, sobre la base de una prudente valoración judicial de las circunstancias del caso. Asimismo el juez tiene la atribución de morigerar equitativamente la indemnización en merito de la situación patrimonial del deudor según lo establece el Art. 1069 segundo párrafo. Como consecuencia el fundamento de que la cantidad de reclamos pueda ocasionarle al dañador un perjuicio tan grande que lo aniquilaría económicamente queda sin sustento.[219]

También ha dicho la doctrina que avala la restricción del Art. 1078 que no corresponde el resarcimiento del daño moral al concubino por la muerte de su

compañero ya que el daño moral es el que resulta de la lesión de las afecciones legítimas y no solo de las afecciones naturales o de hecho.[220]

Sin embargo las afecciones naturales o de hecho no dejan de ser legítimas a pesar de que la ley no las regule de un modo expreso, siempre y cuando no transgredan la moral ni el orden público. En este sentido Zavala de González afirma que "Lo excluyente es lo que la ley prohíbe, y lo protegible no es únicamente lo que ella define permisivamente (Art 19 Constitución Nacional), pues la inexistencia legal o axiológica de aquella proscripcion entraña autorización y necesidad de tutela de lo que de algún modo no se opone al ordenamiento jurídico"[221]

Coincidiendo con lo expresado anteriormente Zannoni sostiene que los intereses simples aunque sean meramente de hecho deben conllevar a soluciones resarcitorias en caso de menoscabo, si no aparecen contrarios a derecho.[222]

Asimismo De Lorenzo entiende que hay muchos intereses que resultan tutelados por el ordenamiento sin llegar a esa forma de reconocimiento jurídico; la de que medie un derecho subjetivo o interés legitimo.[223]

En el caso del concubino si bien no tiene un interés legítimo o derecho subjetivo, tiene un interés lícito que no transgrede la moral ni el orden público y como consecuencia deber ser tutelado por el ordenamiento jurídico.

Explicaremos a continuación porque la limitación en materia de legitimados activos para reclamar el daño moral que establece el Art. 1078 del Código Civil resulta lesiva de garantías constitucionales.

4.4 Derecho a la reparación del daño injustamente sufrido como derecho constitucional.

El art. 19 de la Constitución nacional establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero, el alterum non laedere.[224] La violación de este principio naturalmente depara como consecuencia una reparación, que

debe ser plena o integral, vale decir justa, porque no sería acabada indemnización si el daño quedara subsistente en todo o en parte.

Asimismo este principio se encuentra consagrado en los tratados de Derechos Humanos constitucionalizados por vía del Art. 75 Inc. 22.[225] En este sentido la Convención Americana de Derechos Humanos en el Art. 21.2 establece que "ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de una indemnización justa", y en 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"[226]

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido como derecho constitucional el derecho a la reparación del daño material o moral injustamente sufrido. En el caso Santa Colona la Corte dijo "la sentencia apelada lesiona el principio alterum non laedere que tiene raíz constitucional (art.19 de la Ley Fundamental) y ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el tribunal dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con los consagrado en el preámbulo de la carta magna).[227] En el caso Gunther la Corte reconoció expresamente que el derecho a la reparación del daño tiene jerarquía constitucional con sustento, también en el Art. 19 de la Constitución Nacional, en este sentido dijo "Los artículos 1109 y 1113 del Código Civil consagran al principio general establecido en el art 19 CN que prohíbe a los hombre perjudicar los derechos de un tercero. El principio alterum non laedere, entrañablemente vinculado a la idea de reparación tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquiera disciplina jurídica"[228]

Esta doctrina fue sustentada también en otras causas donde la Corte proclamó que el principio constitucional de la reparación debe ser integral.[229]

Finalmente en el caso Aquino la Corte consolidó el derecho a la reparación como derecho constitucional. Dijo "el carácter constitucional del derecho a la reparación y rango constitucional del principio alterum non leadere, que prohíbe a los hombre dañar los derechos de un tercero, a la justicia social y a la dignidad humana" a continuación agregó "la tutela de la dignidad humana se resiente gravemente en su dimensión constitucional frente a normas que solo en apariencia brindan protección a los daños injustamente sufridos, a través de indemnizaciones menguas, ínfimas o de otras formas de exclusión resarcitoria".[230] También la corte explico que el solo hecho de que la ley determine una limitación indemnizatoria no es por si inconstitucional. Sin embargo lo es en el caso concreto cuando se demuestre que su aplicación produce un avasallamiento del principio alterum non leadere que aquella norma reglamenta y comporta un menoscabo sustancial del derecho a la adecuada reparación.

En los fallos citados anteriormente la Corte Suprema de Justicia proclamó que el derecho a la reparación del daño injustamente sufrido que deriva del principio alterum non leadere tiene en nuestro sistema raíz constitucional y en base a esto dicha reparación debe ser justa y plena.

Por lo expuesto no caben dudas que el concubino tiene un derecho constitucional de que se le repare el daño patrimonial y moral que sufre por la muerte de su compañero.

En este sentido el prestigioso constitucionalista Bidart Campos analizando un fallo que no reconoce legitimación a la concubina para demandar la indemnización por la muerte de su compañero expresó "Pero si es verdad que el art.19 de la constitución contiene el principio del alterum non laeder (no dañar a otro), y la consiguiente responsabilidad de quien perjudica a un tercero, parece que alguna veta constitucional se le filtra a la cuestión" Este autor reconoce expresamente que el derecho indemnizatorio de la concubina por muerte del compañero tiene base constitucional.[231]

Ahora bien no obstante que la constitución garantiza el derecho a la reparación del daño patrimonial y moral injustamente sufrido, la legislación inferior no le permite al concubino reclamar el resarcimiento del daño moral que le produce la muerte de su compañero debido a que el Art. 1078 del Código Civil solo legitima para reclamar el daño moral en caso de muerte de la victima a los herederos forzosos.

Es necesario analizar si el Art. 1078 del Código Civil que limita el principio constitucional de la reparación integral es inconstitucional.

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 según lo establece el Art. 28 de la Constitución Nacional. Es decir la normativa reglamentaria si bien puede limitar un derecho, restringiéndolo en su dimensión cuantitativa, no puede en cambio, degradarlo, desnaturalizarlo alterarlo cualitativamente. Por lo tanto una reglamentación que avance de tal modo sobre la esencia del derecho, lo avasalla gravemente y se torna inconstitucional.

El sufrimiento espiritual que le causa al concubino la muerte de aquel con quien compartió su vida y hasta pudo tener hijos en común, es innegable. En este caso el daño moral existe y no deja de ser tal ni puede dejar sin repararse por el mero hecho que el concubino no es heredero forzoso de su compañero. La restricción del Art. 1078 ignora el sufrimiento del concubino, lesionando el común y básico sentido de justicia que fluye nítidamente del preámbulo de la Constitución Nacional, de su letra y sobre todo de su espíritu. En este caso no hay una limitación razonable del derecho constitucional a la reparación del daño injustamente sufrido sino más bien como explica Ramón Pizarro "hay, allí lisa y llanamente, una grotesca conculcación de la esencia misma de dicho derecho que torna inconstitucional la solución vigente".[232] Este mismo autor sostiene que "la limitación que en materia de legitimación activa por daño moral consagra el Art. 1078 Código Civil en muchos casos deviene hoy inconstitucional, al consagrar un

tratamiento irrazonablemente distinto del que fluye nítidamente de las pautas supranacionales".[233]

En conclusión cuando el concubino sufre un daño moral cierto por la muerte injusta de su compañero la limitación del Art. 1078 del Código Civil[234] degrada la esencia misma del derecho a la reparación integral lo que torna dicho articulo en inconstitucional.

A continuación desarrollaremos el principio constitucional de protección integral de la familia, otra garantía constitucional que vulnera el Art. 1078 del Código Civil[235] al no otorgar legitimación activa al concubino para reclamar el resarcimiento del daño moral que sufre por la muerte de su pareja.

4.5 Protección constitucional de la familia.

La Argentina ha reconocido el principio de protección de la familia en el Art. 14 bis de la Constitución Nacional[236] y a través de la rectificación de los Tratados de Derechos Humanos incorporados en la reforma de 1994.

Se reconoce a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad con derecho a la protección de la sociedad y el Estado, convirtiéndose en un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos Art 16.3, la Declaración América de los Derechos y Deberes del Hombre Art6, la Convención Americana sobre Derechos Humanos Art17.1 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos Art23.1.[237]

Los mencionados dispositivos constitucionales resaltan la importancia de la familia en la sociedad garantizándole una adecuada protección en sus más diversos aspectos y manifestaciones.

La protección constitucional de la familia implica que el Estado debe asegurarle las condiciones necesarias para su formación, constitución, promoción defensa

afianzamiento y unidad asimismo debe procurar por la estabilidad de su patrimonio y el reconocimiento de sus derechos.

Asimismo debe procurar a la familia los medios que le sean necesarios para el logro y el goce del cumplimiento de las funciones que le son propias, implementando medidas culturales económicas sociales o de cualquier otra índole buscando concretar todas las condiciones que permitan la realización personal de sus miembros

Cuando la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos exaltan la protección de la familia no hacen referencia exclusivamente a la que surge del matrimonio, pues es también familia la comunidad de vida estable de un hombre y una mujer aunque carezcan de vinculo conyugal

A pesar de que los concubinos se encuentran amparados por el principio de protección de la familia consagrado en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos nosotros consideramos que la ley no protege de igual modo en la reparación de daños a la familia matrimonial y a la extramatrimonial cuando el daño que se genera en los hechos es de igual naturaleza. No es acorde a la protección integral de la familia que tratándose de la muerte de una persona con quien se ha estado unido por lazos de afecto, el daño moral y la consecuente indemnización pueda ser presumido en caso de matrimonio y negado a quien, por no mediar la institución matrimonial, se encuentra en iguales condiciones de convivencia estable y de formación de una familia.

Desde la perspectiva del principio constitucional de protección integral de la familia no se advierte cual es el fundamento para denegar a los concubinos el derecho a exigir la indemnización ante la muerte de su pareja, hecho que irrumpe en su vida y que genera los mismos sufrimiento que pueden padecer quienes han decidido optar por el vinculo matrimonial.

Varios pronunciamientos judiciales han determinado que el Art 1078 del Código Civil resultado en ciertos casos violatorio de la protección constitucional de la familia.

En este sentido la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala 2ª de Mar del plata expresó " Cabe determinar que la limitación contemplada en el Art. 1078 del Código Civil resulta inaplicable en el particular por ser lesivo de derechos fundamentales y garantías de raigambre constitucional como lo son la protección integral de la familia y la igualdad ante la ley, en la certidumbre de que la muerte del compañero ha conculcado en la concubina un derecho legitimo, proveniente de su emplazamiento existencial y suficientemente acreditado a partir de la relación estable y prolongada mantenida con la victima"… "En virtud de todo lo expuesto, considero que la solución dada por la norma sustantiva resulta disvaliosa…atentando contra la noción de familia, que conceptualmente excede a la constituida desde bases matrimoniales, que comprende también a la que, originada en una unión de hecho, esto es sin estar constituida legalmente, funciona como tal en la sociedad"[238]

Similar criterio expuso al respecto la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala 3ª la cual expresó sobre la limitación del Art. 1078 que "lesiona el principio de protección integral a la familia de innegable base constitucional y supranacional" "De tal manera, se les ha lesionado la integridad familiar, el vivir cotidiano, la libre y serena existencia, bienes jurídicos todos éstos que tienen fundamento constitucional: la protección integral de la familia contenida en el art. 14 bis, reforzada aún más a partir de la reforma de 1994 con la incorporación de instrumentos internacionales de jerarquía constitucional…"[239]

Por lo expuesto consideramos que el Art. 1078 del Código Civil vulnera el principio constitucional de protección integral de la familia negarle al concubino el resarcimiento del daño moral frente a un hecho ilícito que ha interferido abruptamente, interrumpiendo su vida de pareja y de familia.

Analizaremos en el punto siguiente algunos pronunciamiento judiciales que superando la restricción de legitimados activos indirectos para reclamar el daño moral

establecida en el Art. 1078 del Código Civil han otorgando al concubino la indemnización del daño moral por muerte de su compañero.

4.6 Jurisprudencia que otorga indemnización del daño moral por muerte del concubino.

La sala 2 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y comercial de Mar del Plata en un pronunciamiento dictado el 21/11/2004 admitió el reclamo del daño moral interpuesto por la concubina de la victima.[240]

El fallo reconoce la legitimación activa y el consecuente reclamo indemnizatorio por daño moral a la concubina a pesar de la restricción expresa establecida por el Art. 1078 del Código Civil.

El tribunal para fundar su sentencia como punto de partida hizo merito al paulatino reconocimiento que viene teniendo el status de la concubina en cuanto al reclamo del daño patrimonial sufrido a consecuencia de la muerte de su pareja, tanto sea a titulo indemnizatorio como provisional, y en cuanto a extensión de la obra social, derecho a continuar la locación de vivienda entre otras.

A continuación advirtió que es injusto presumir que la muerte produce daño moral cuando existe vínculo matrimonial y que en las mismas condicione de hecho existiendo lazos de afecto no lo produce por carecer de institución matrimonial. El tribunal entendió que la limitación del Art. 1078 que no le permite reclamar al concubino el resarcimiento del daño moral por la muerte de su compañero se parece mas a una sanción por haber convivido al margen de la institución matrimonial que a una adecuada respuesta en orden al derecho de daños.

A posteriori el tribunal destaca que la limitación que impone el art 1078 del Código Civil choca con el criterio imperante en materia de daños el cual consiste en la reparación plena e integral de quien ha sufrido un daño injusto que se encuentra consagrado en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia en virtud de la los Arts

1068, 1069 1071 bis, 1077, 1078 parte 1, 1079, 1080, 1083, 1084/5, y 1109 del Código Civil.

Siguiendo con dicho razonamiento destaca que la finalidad de la ley de restringir el cupo de legitimados para no multiplicar el numero de los reclamantes comprendidos en la aflicción, no puede llegar al extremo de desconocer el explicable dolor de quien ha visto zozobrar su patrimonio espiritual, con clara afectación de los valores paz, seguridad, tranquilidad y justicia.

Concluyendo el tribunal entiende que la solución del Art. 1078 resulta lesivo de derechos fundamentales y garantías de raigambre constitucional como son la protección de la familia y la igualdad ante la ley en la certidumbre de que la muerte del compañero ha conculcado en la concubina un derecho legitimo, proveniente de su emplazamiento existencial y suficientemente acreditado a partir de la relación estable prolongada mantenida con la victima y de la crianza de sus cuatros hijos.

Finalmente el tribunal otorgó a la concubina la indemnización por el daño moral sufrido por la muerte de su compañero haciendo aplicación directa de los principios constitucionales de protección integral de la familia (art.14bis Constitución Nacional, art.17 y 27 Convención Americana sobre derechos Humanos, art 10 y 23 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), igualdad ante la ley (art.16 Constitución Nacional)

Un pronunciamiento de similares características fue dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y comercial de Mar del Plata Sala 2 el 25/5/07. [241]Continuando con esta línea de pensamiento el tribunal admitió el reclamo del daño moral interpuesto por la concubina de la victima entendiendo que el Art. 1078 no resulta aplicable al caso concreto por ser lesivo de los principios constitucionales de protección integral de la familia, derecho a la igualdad y derecho a la reparación integral del daño injustamente sufrido.

Idéntico criterio siguió el mismo tribunal en un fallo dictado el 26/12/07.[242]

Por otra parte la Cámara Civil y Comercial de San Isidro Sala 2 el 27/2/07 también admitió el reclamo del daño moral interpuesto por la concubina de la victima. El tribunal entendió que el límite dispuesto por el Art. 1078 del Código Civil vulnera la garantía de igualdad ante la ley, dispuesta por el Art. 16 de la Constitución Nacional. Por lo tanto decidió declarar la inconstitucionalidad de la norma de rango inferior.[243]

En las sentencias comentadas se analizó la validez constitucional del Art. 1078 del Código Civil a fin de permitir el ensanchamiento de la legitimación para reclamar la indemnización por daño moral en caso de muerte. La Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata admitió la legitimación de la concubina para reclamar el daño moral por la muerte de su compañero, ignorando la limitación que establece el Art. 1078 del Código Civil declarando lisa y llanamente su inaplicabilidad al caso concreto. En cambio la Cámara Civil y Comercial de San Isidro admitió la legitimación de la concubina para reclamar el daño moral por la muerte de su compañero, declarando la inconstitucionalidad del Art. 1078 del Código Civil.

En conclusión por lo expuesto precedentemente puede sostenerse que actualmente existe una vía jurisprudencial abierta en pos del reconocimiento del derecho de los concubinos de reclamar el resarcimiento del daño moral que le produce la muerte de su compañero.

Analizaremos en el punto siguiente un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires donde se prenuncia sobre la inconstitucionalidad del Art. 1078 del Código Civil.

4.7 Jurisprudencia que se pronuncia sobre la inconstitucionalidad del Art. 1078 del Código Civil.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en un pronunciamiento de fecha 16/ 5/ 07 declaró la inconstitucionalidad de la restricción que contiene el Art.

1078 del Código Civil, a efectos de reconocer a los padres una indemnización por daño moral en razón de las lesiones irreversibles producidas a su hijo menor de edad por mala praxis.[244]

La Corte para fundamentar su posición dijo que el art. 1078 consagra una violación al principio de igualdad ante la ley consagrado en el Art 16 de la Constitución Nacional 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. Agrega además que la incompatibilidad con la carta magna se deriva también de la violación del principio alterum non leadere, 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: que 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 constatarán 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. párr. C.C.).

Por lo expuesto precedentemente el tribunal hizo lugar a la inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil y otorgó a los padres la indemnización por daño moral en razón de las lesiones producidas a su hijo menor de edad por mala praxis.

Esta doctrina fue seguida en dos casos análogos por la Cámara Civil y Comercial de Mercedes, Sala I el 12/6/07"[245] y por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala 3ª el 17/6/08.[246]

En conclusión la doctrina sentada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que declaró la inconstitucionalidad del Art. 1078, es seguida con convicción por otros tribunales. Las proyecciones futuras que puede aparejar la doctrina del fallo son enormes. Si existen lesiones de gran envergadura (parálisis cerebral, estado vegetativo, incapacidades del 100%) los tribunales inferiores siguiendo este criterio podrían declarar la inconstitucionalidad del Art. 1078 y otorgar la indemnización del daño moral, no solo al damnificado directo, sino también a personas allegadas a la victima. Asimismo en caso de muerte del damnificado directo los tribunales podrían admitir el resarcimiento del daño moral que sufren los parientes colaterales y el concubino de la victima. Sin embargo cabe destacar que la aplicación de esta doctrina debe ser muy prudente y cautelosa debiendo los jueces contemplar, en cada siniestro en concreto, si corresponde otorgar la indemnización del daño moral y la eventual declaración de inconstitucionalidad.

A continuación haremos referencia a un sector de la doctrina, el cual se inclina por reputar como inapropiadas las limitaciones a la legitimación que establece el Art. 1078, reclamando una pronta reforma del mismo.

4.8 Doctrina nacional y proyectos de reforma del Código Civil.

Un amplio sector de la doctrina ha exteriorizado su insatisfacción con la restricción de los legitimados activos para reclamar el daño moral, que establece el Art. 1078 del Código Civil y han reclamado la necesidad de una modificación que brinde

soluciones más flexibles al respecto.

En este sentido se destaca la Jornadas de Responsabilidad Civil en caso de muerte o lesión de personas de Rosario de 1979 donde se subscribió que “Debe modificarse el Art. 1078 CC. En cuanto otorga solamente a los herederos forzosos la acción para obtener el resarcimiento del daño moral en caso de muerte de la victima directa. A tal efecto, se propone la siguiente redacción para el párrafo 2 Art. 1078. “La acción por indemnización del daño moral corresponderá también, de acuerdo con los establecido en el Art. 1079 CC, a los parientes que acrediten haber sufrido una lesión en sus intereses legítimos, aunque del hecho ilícito no haya derivado la muerte de la victima”.[247]

Dicha opinión se reitero en las Jornadas de San Juan de 1984, suscripta por los Dres. Bueres, Pizarro, Zavala de Gonzalez, Chiapero de Bas, Junyent de Sandoval, LLoveras de Resk y Stiglits, donde se expresa que se aconseja ampliar en una futura reforma del Codigo Civil el ámbito de damnificados indirectos legitimados para reclamar la reparación del daño moral.[248]

Similar criterio se ha adoptado en diferentes Congresos y Jornadas: II Congreso Internacional de Derechos de Daños, III Jornadas de Derecho Civil y Comercial, XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, IV Congreso Internacional de Derecho de Daños.[249]

En esta línea de pensamiento el Decreto Nº 468/92 del Poder Ejecutivo Nacional propone la ampliación de legitimados en el Art. 1596 al expresar: “La acción por indemnización del daño moral compete a la persona física que lo ha sufrido. Los jueces valoraran la procedencia del resarcimiento del daño moral sufrido por otros damnificados distintos a la victima. La acción solo se transmitirá a los sucesores universales si fue interpuesta por este. Si del hecho dañoso hubiere resultado la muerte de la victima, están legitimados el cónyuge, los descendientes, los ascendientes y las

personas que convivían con ella al tiempo del hecho"[250]

Se advierte como el citado proyecto establece como novedoso que en caso de muerte de la victima podrán reclamar el resarcimiento del daño moral aparte de los descendientes, ascendientes y cónyuge también aquellas personas que convivían con ella al tiempo del hecho. Compartimos la solución propuesta ya que dentro del supuesto de las personas que conviven con la victima al tiempo del hecho encuadra principalmente el concubino.

Asimismo cabe destacar el Proyecto de la Comisión de Legislación General que también propone modificaciones en materia de legitimación activa por daño moral y en el Art. 1078 dispones que si del hecho sobreviene la muerte de la victima tendrán acción sus ascendientes descendientes, cónyuge y hermanos.[251]

Finalmente El Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de 1998, en el Art. 1689 trata el ejercicio de las acciones de responsabilidad y en el segundo párrafo, relacionado con el daño extramatrimonial, le otorga legitimación no solo al cónyuge, descendiente o ascendiente, sino a todos aquellos que convivían con la victima recibiendo trato familiar ostensible.[252]

Entre los autores que postulan la necesidad de reformar el Art. 1078 del Código Civil se encuentra Zavala de González quien expresa "En el Proyecto de Código Civil debe derogarse el parr.2 art.1078 actualmente vigente, a fin de que la legitimación activa por daño moral quede gobernada por lo dispuesto en el art.1079. De lo contrario, debe reformarse aquel párrafo, confiriendo derecho indemnizatorio por daño moral no solo al damnificado directo sobreviviente, sino también a ciertos damnificados indirectos (familiares que demuestren o a cuyo respecto puede presumirse un menoscabo de sus afecciones legitimas a raíz del hecho lesivo contra la victima inmediata)"[253]

También Pizarro entiende que es necesario reformar el Art. 1078 del Código

Civil en este sentido entiende que “Dada la estrictez de nuestro sistema normativo en materia de legitimación activa por daño moral (art.1078 Código Civil), no son legitimados activos en caso de muerte, el hermano, un amigo íntimo, la novia, o la persona que convivia con la victima al tiempo del hecho. Es un criterio excesivamente restrictivo que requiere una pronta reforma”[254]

Se advierte como una gran parte de la doctrina considera apropiado reformar el Art. 1078, algunos postulando que la ley debe continuar definiendo el circulo de los damnificados indirectos aunque ampliando la restrictiva de la orbita actual y otros sostienen que debe prescindir de hacerlo y legitimar para reclamar el daño moral a todas aquellas personas que sufran un menoscabo espiritual.

Haremos referencia en el punto siguiente a cual es la situación de los legitimados activos indirectos para reclamar el daño moral en el derecho comparado.

4.9 Derecho Comparado.

La situación de los legitimados activos indirectos para el reclamo del resarcimiento del daño moral por muerte de la victima resulta disímil en el derecho comparado. Al respecto pueden distinguirse tres sistemas: aquellos que admiten con amplitud la legitimación activa de los damnificados indirectos por daño moral, los que solo admiten restringidamente la legitimación activa de los damnificados indirectos y aquellos que no reconocen la legitimación activa de los damnificados indirectos.

En la legislación francesa no existen normas que restrinjan la cantidad de legitimados activos para reclamar el daño moral resultando de aplicación los principios generales de la reparación, específicamente el daño cierto y su carácter personal. La doctrina y jurisprudencia admiten con amplitud la legitimación activa de los damnificados indirectos por daño moral. En este sentido reconoce amplia legitimación activa por daño moral a todo damnificado indirecto, pariente o no, que pueda invocar un dolor real y profundo como consecuencia del daño ocasionado ilícitamente a la victima

inmediata. Tratándose de parientes próximos el menoscabo se presume, en los demás supuestos se exige una demostración del daño

Desde 1954 la jurisprudencia sostiene que la novia, la concubina o la pupila por la muerte de su tutor son también titulares de la pretensión resarcitoria por daño moral con la única exigencia de la prueba concreta del perjuicio.[255]

En el derecho italiano la doctrina y jurisprudencia ante la falta de un texto normativo expreso se han encargado de restringir la legitimación activa de los damnificados indirectos para reclamar el daño moral en base a criterios objetivos tales como “la familia” o “el parentesco”.

Tradicionalmente solo se otorgaba legitimación activa para reclamar el daño moral por muerte de la victima a los “parientes próximos”. Para alguno la reparación se limitaba a los herederos forzosos, para otro, alcanza a los unidos por vínculos de consanguinidad y según otros alcanza a la familia amplia. Posteriormente se amplia la restricción de legitimados indirectos para reclamar el daño moral al aceptar la jurisprudencia italiana una legitimación mas amplia al hablar de “cualquier otra persona afectada por el siniestro”.[256]

En el derecho alemán e ingles no se reconoce la legitimación activa de los damnificados indirectos para reclamar el daño moral.

5. Conclusión.

El Art. 1078 del Código Civil se enrola en una posición restrictiva en lo relativo al reconocimiento de la legitimación activa para reclamar el resarcimiento del daño moral. Solo se admite como legitimado al damnificado directo y si del hecho hubiese resultado la muerte de la victima, únicamente tienen acción los herederos forzosos. [257]

Como consecuencia de esta restricción se desconoce la legitimación del concubino para reclamar la indemnización del daño moral por la muerte de su compañero.

La restricción impuesta por el Art. 1078 del Código Civil contradice la amplitud de la legitimación activa para reclamar el daño patrimonial dispuesta por el Art 1079 del Código Civil que reconoce legitimación a toda persona que por el delito hubiese sufrido aunque sea de manera indirecta. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires se ha pronunciado al respecto diciendo que esta disparidad de tratamiento implica una desigualdad ante la ley y que por ello no debería superar con éxito el control de constitucionalidad. Se trata en efecto de un caso de incompatibilidad material entre la norma inferior y la norma superior al establecer la primera una diferenciación para la categoría de damnificados indirectos que no es razonable, pues si el daño es moral carecen ellos de la legitimación que sí se les concede cuando el daño sufrido es patrimonial.[258]

Los concubinos como damnificado indirecto tienen legitimación activa para reclamar el daño patrimonial por la muerte de su compañero según lo ha reconocido la jurisprudencia. ¿Cual es la razón por la que recibe un tratamiento distinto respecto al daño moral? De la solución legal actual 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.[259]

La doctrina que defiende la solución actual brinda como principal fundamento el temor a una multiplicidad de reclamos que dejen en la ruina al dañador, temor que sin embargo no se manifiesta en el ámbito de los daños patrimoniales. Este argumento no tiene razón de ser si se tiene en cuenta la atribución judicial de morigeración equitativa de la indemnización en merito de la situación patrimonial del deudor que establece el Art. 1069 Código Civil y la prueba del daño moral causado a las afecciones legitimas por parte de quienes lo alegaren como damnificados indirectos.[260]

El derecho a la reparación del daño injustamente sufrido que deriva del principio alterum non leadere tiene en nuestro sistema raíz constitucional y en base a esto dicha

reparación debe ser justa y plena según surge del Art. 19 de la Consitucion Nacional, así lo entendió la Corte Suprema de Justicia de la Nación..[261] Asimismo este principio se encuentra consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos Art. 5 y 21.2 la cual tiene jerarquía constitucional desde 1994. En esta línea de pensamiento la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se inclina por otorgar legitimación activa a las personas que han experimentado un daño patrimonial o moral grave derivado de la muerte de la victima.[262]

Por lo expuesto no caben dudas que el concubino tiene un derecho constitucional de que se le repare el daño patrimonial y moral que sufre por la muerte de su compañero.

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 según lo establece el Art. 28 de la Constitución Nacional.

El sufrimiento espiritual que le causa al concubino la muerte de aquel con quien compartió su vida y hasta pudo tener hijos en común, es innegable. En este caso el daño moral existe y no deja de ser tal ni puede dejar sin repararse por el mero hecho que el concubino no es heredero forzoso de su compañero. La restricción del Art. 1078 ignora el sufrimiento del concubino, lesionando el común y básico sentido de justicia que fluye nítidamente del preámbulo de la Constitución Nacional, de su letra y sobre todo de su espíritu. En este caso no hay una limitación razonable del derecho constitucional a la reparacion del daño injustamente sufrido sino más bien como explica Ramón Pizarro “hay, allí lisa y llanamente, una grotesca conculcación de la esencia misma de dicho derecho que torna inconstitucional la solución vigente”.[263]

En conclusión cuando el concubino sufre un daño moral cierto por la muerte injusta de su compañero la limitación del Art. 1078 degrada la esencia misma del derecho a la reparación integral lo que torna dicho articulo en inconstitucional.

Por otra parte la Argentina ha reconocido el principio de protección de la familia en el Art. 14 bis de la Constitución Nacional y a través de la rectificación de los Tratados de Derechos Humanos incorporados en la reforma de 1994. Estos dispositivos constitucionales cuando destacan la protección de la familia no hacen referencia exclusiva a la surgida del matrimonio, sino aquella que funciona como tal en la sociedad, incluyendo a las uniones de hecho. Nosotros consideramos que la ley no protege de igual modo en la reparación de daños a la familia matrimonial y a la extramatrimonial cuando el daño que se genera en los hechos es de igual naturaleza. Es contradictorio del principio de protección integral de la familia que tratándose de la muerte de una persona con quien se ha estado unido por lazos de afecto, el daño moral y la consecuente indemnización pueda ser presumido en caso de matrimonio y negado a quien, por no mediar la institución matrimonial, se encuentra en iguales condiciones de convivencia estable y de formación de una familia.

Actualmente existe una vía jurisprudencial abierta en pos del reconocimiento del derecho de los concubinos de reclamar el resarcimiento del daño moral que le produce la muerte de su compañero. Varios pronunciamientos judiciales otorgaron la indemnización del daño moral a la concubina por muerte de su pareja fundándose en el derecho constitucional a la reparación integral del daño, la protección constitucional de la familia y el derecho a la igualdad.[264]

Asimismo la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires declaró la inconstitucionalidad del Art 1078 del Codigo Civil; doctrina que fue seguida por otros tribunales inferiores.[265] Las proyecciones futuras que puede aparejar la doctrina del fallo son enormes. Si existen lesiones de gran envergadura los tribunales inferiores siguiendo este criterio podrían declarar la inconstitucionalidad del Art. 1078 y otorgar la indemnización del daño moral, no solo al damnificado directo, sino también a personas allegadas a la victima. Además en caso de muerte del damnificado directo los tribunales

podrían admitir el resarcimiento del daño moral que sufren los parientes colaterales y el concubino de la victima.

Por otra parte un amplio sector de la doctrina ha exteriorizado su insatisfacción con la restricción de los legitimados activos para reclamar el daño moral, que establece el Art. 1078 del Código Civil y han reclamado la necesidad de una modificación que brinde soluciones más flexibles al respecto. Este criterio fue adoptado en diferentes congresos y jornadas: Jornadas de Responsabilidad Civil en caso de muerte o lesión de personas, II Congreso Internacional de Derechos de Daños, III Jornadas de Derecho Civil y Comercial, XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, IV Congreso Internacional de Derecho de Daños.

Por lo expuesto precedentemente consideramos demostrado el punto 4 de la tesis el cual sostiene que el Art. 1078 del Código Civil[266] al no otorgar legitimación a los concubinos para reclamar el resarcimiento del daño moral ocasionado por la muerte de uno de ellos lesiona derechos y garantías de raigambre constitucional. Resulta innegable el sufrimiento espiritual del concubino sobreviviente a causa de la muerte injusta del compañero con quien compartía su vida, en estos casos la limitación de la legitimación activa del concubino como damnificado indirecto para reclamar el daño moral por la muerte de su pareja es inconstitucional porque vulnera el derecho de reparación integral del daño, avasalla el principio de igualdad al reconocer al legitimado indirecto la reparación del daño patrimonial y no del daño moral, lesiona el principio constitucional de protección integral a la familia, y es arbitrario porque el fundamento de evitar la multiplicación de reclamaciones no justifica dejar sin reparar el incuestionable dolor que sufre el concubino.

Asimismo consideramos probado el punto 5 de la tesis el cual sostiene que debe modificarse el Art. 1078 del Código Civil[267] otorgando legitimación activa a los concubinos para reclamar contra el autor del hecho ilícito que ha causado la muerte de

uno de ellos la indemnización por daño moral.

A continuación realizaremos nuestra propia propuesta de cómo debería reformarse el Art. 1078 del Código Civil el cual resulta violatorio de derechos constitucionales según los fundamentos expresados anteriormente y cual seria una posible solución hasta tanto se efectivice la reforma.

6. Propuestas.

De lege ferendae proponemos que en una futura reforma del Código Civil se modifique el Art. 1078, quedando redactado de la siguiente manera: "La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de perdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la victima.

La acción por indemnización del daño moral solo competerá al damnificado directo; si del hecho dañoso hubiese resultado la muerte de la victima, están legitimados el cónyuge, los descendientes, los ascendientes y el concubino".

En el artículo ha reformar debe entenderse por "concubino" al compañero heterosexual que convivía con la victima al momento de la muerte de manera estable, notoria, singular, sin que medie con él impedimentos matrimoniales, conformando una comunidad de vida similar a la matrimonial.

No consideramos adecuado agregar un tiempo mínimo de convivencia como requisito para que el concubino pueda reclamar el resarcimiento del daño moral ya que independientemente del tiempo de convivencia si el perjuicio espiritual que invoca el concubino aparece como cierto este debe ser resarcido, caso contrario si se niega la indemnización además de la justicia se lesiona la seguridad jurídica, porque nunca ésta deja de estar comprometida frente a la certeza de daños injustos.[268]

Serán los jueces quienes en cada caso concreto deberán determinar si ha existido una relación concubinaria con caracteres de estabilidad, singularidad, permanencia, notoriedad entre la victima y quien reclama el daño moral. Asimismo deberán apreciar

cuidadosamente las pruebas que aporta el concubino a fin de arribar a la convicción sobre un efectivo daño moral.

Mientras no se efectivice la reforma, el concubino que experimente un perjuicio espiritual por la muerte de su compañero podría plantear legítimamente la inconstitucionalidad del Art. 1078 del Código Civil.

De lege lata proponemos que los jueces declaren la inconstitucionalidad del Art. 1078 del Código Civil por resultar lesivo del derecho constitucional a la reparación integral del daño, por avasallar el derecho a la igualdad y por vulnerar el principio constitucional de protección integral de la familia. En este sentido la relevante doctrina sentada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que declaró la inconstitucionalidad del Art. 1078 y que es seguida con convicción por otros tribunales harían viable esta solución.

En suma con la modificación propuesta el Art. 1078 del Código Civil guardará una debida armonía con los principios consagrados en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos.

PROPUESTA SUPERADORA

Ha quedado comprobado en el desarrollo del presente trabajo que los Art. 312, 337 Inc. (d) y 1078 del Código Civil son inconstitucionales.

Los Art. 312 y 337 Inc. (d) del Código Civil[269] al impedir que las parejas que conviven en concubinato adopten en forma conjunta avasallan la protección constitucional de la familia, el derecho a la igualdad y el interés superior del niño.

Asimismo el Art. 1078 del Código Civil[270] al impedir reclamar a los concubinos el resarcimiento del daño moral contra el autor del hecho ilícito que ha causado la muerte de uno de ellos vulnera el derecho de reparación integral del daño, avasalla el principio de igualdad al reconocer al legitimado indirecto la reparación del daño patrimonial y no del daño moral, lesiona el principio constitucional de protección integral a la familia, y es arbitrario porque el fundamento de evitar la multiplicación de reclamaciones no justifica dejar sin reparar el incuestionable dolor que sufre el concubino.

Es necesario realizar una modificación de dicha normativa de rango inferior de nuestra legislación interna con el objeto de que guarde una debida armonía con los principios consagrados en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos.

De lege ferendae, proponemos que se reformen los Art. 312 y 337 Inc. (d) del Código Civil extendiendo a la pareja de convivientes heterosexuales el derecho de adoptar en forma conjunta siempre que reúnan condiciones que evidencien la idoneidad necesaria para satisfacer las necesidades del niño, su desarrollo psico-físico y bienestar.

El Art. 312 del Código Civil primer párrafo debe quedar redactado de la siguiente manera “Nadie puede ser adoptado por mas de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges o concubinos. Sin embargo, en caso de muerte del adoptante, de ambos cónyuges o de ambos concubinos adoptantes, se podrá otorgar

una nueva adopción sobre el mismo menor".

Asimismo el Art 337 Inc. (d) del Código Civil debe modificarse de la siguiente forma "La adopción simultanea por mas de una persona salvo que los adoptantes sean cónyuges o concubinos".

En los artículos ha reformar debe entenderse por "concubinos" al hombre y la mujer que conviven de manera estable, notoria, singular, sin que medien impedimentos matrimoniales entre ellos, conformando una comunidad de vida similar a la matrimonial.

No agregamos un tiempo mínimo de convivencia como requisito para que los concubinos puedan adoptar un niño en forma conjunta ya que consideramos que establecer requisitos excesivamente rígidos puede vulnerar según las circunstancias concretas que cada caso presenta el interés superior del niño que establece la Convención sobre los Derechos del Niño.

Con la reforma sugerida serán los jueces teniendo en cuenta el interés superior del niño (principio fundamental en materia de adopción, que garantiza la Convención sobre los Derechos del Niño) cuya adopción se pretende quienes determinen en el caso concreto si la pareja de concubinos que desea adoptar posee la idoneidad suficiente para brindar al niño un entorno afectivo, material y formativo que permita su sano desarrollo, en base a esto concederán o no la adopción.

De lege lata, hasta tanto no se realice la reforma, sugerimos como alternativa para resolver los conflictos, que los jueces declaren la inconstitucionalidad de los Art. 312 primer párrafo y 337 Inc. (d) si la prohibición de adoptar conjuntamente por parte de los concubinos se torna injusta en los casos concretos que se les presentan, por vulnerar el interés superior del niño, la protección de la familia o el derecho a la igualdad.

Por otra parte, proponemos de lege ferendae que el Art. 1078 del Código Civil se

reforme de la siguiente manera “La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de perdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la victima.

La acción por indemnización del daño moral solo competerá al damnificado directo; si del hecho dañoso hubiese resultado la muerte de la victima, están legitimados el cónyuge, los descendientes, los ascendientes y el concubino”.

En el artículo ha reformar debe entenderse por “concubino” al compañero heterosexual que convivía con la victima al momento de la muerte de manera estable, notoria, singular, sin que medie con él impedimentos matrimoniales, conformando una comunidad de vida similar a la matrimonial.

No consideramos adecuado agregar un tiempo mínimo de convivencia como requisito para que el concubino pueda reclamar el resarcimiento del daño moral ya que independientemente del tiempo de convivencia si el perjuicio espiritual que invoca el concubino aparece como cierto este debe ser resarcido, caso contrario si se niega la indemnización además de la justicia se lesiona la seguridad jurídica, porque nunca ésta deja de estar comprometida frente a la certeza de daños injustos.

Los jueces en cada caso concreto deberán determinar si ha existido una relación concubinaria con caracteres de estabilidad, singularidad, permanencia, notoriedad entre la victima y quien reclama el daño moral. Asimismo deberán apreciar cuidadosamente las pruebas que aporta el concubino a fin de arribar a la convicción sobre un efectivo daño moral.

Mientras no se efectivice la reforma, el concubino que experimente un perjuicio espiritual por la muerte de su compañero podría plantear legítimamente la inconstitucionalidad del Art. 1078 del Código Civil.

De lege lata proponemos que los jueces declaren la inconstitucionalidad del Art. 1078 del Código Civil por resultar lesivo del derecho constitucional a la reparación

integral del daño, por avasallar el derecho a la igualdad y por vulnerar el principio constitucional de protección integral de la familia. En este sentido la relevante doctrina sentada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que declaró la inconstitucionalidad del Art. 1078 y que es seguida con convicción por otros tribunales harían viable esta solución.

En conclusión esperamos que en este trabajo hayamos convencido al lector que es imperiosamente necesario que se lleve a cabo la reforma legislativa propuesta, para que los Art. 312, 337 Inc. (d) y 1078 del Código Civil guarden una debida armonía con los principios consagrados en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos.

[44]BELLUSCIO, Augusto. Manual de Derecho de Familia. 5ed. Buenos Aires. Depalma: 1993. p 421.
[45]BOSSERT, Gustavo. Régimen jurídico del concubinato. 4ed. Buenos Aires. Astrea: 1997. p 32.
[46]BORGONOVO, Oscar. El concubinato en la legislación y en la jurisprudencia. 1ed. Buenos Aires: Hammurabi: 1987. p 17.
[47]MAZZINGHI, Jorge. Derecho de familia. El matrimonio como acto jurídico. 1ed. Buenos Aires. Depalma: 1995. p 344.
[48]GARCIA DE GHILINO, Silvia. El concubinato como estado aparente de derecho y como base probatoria de la filiación. JA 1985-I-718.
[49]BOSSERT, Gustavo. Op cit. p 39.
[50]AZPIRI, Jorge. Caracteres de la unión de hecho. Revista Derecho de Familia. Buenos Aires. Lexis-Nexis 2002. p 25.
[51]IBID. p 27.
[52]BELLUSCIO, Augusto. Op cit. p 421.
[53]LEY 23515. [en línea] [Citado 10/2/09] [Disponible en Internet http://www.infoleg.gov.ar] [Ultima consulta 20/2/09].
[54]GRISETTI Ricardo. La familia extramatrimonial: necesidad o no de su regulación. D.J 2005-2-305.
[55]ABELEDO PERROT: 2006 Código Civil de la República Argentina. Buenos Aires.
[56]LEY DE CONTRATO DE TRABAJO. [en línea] [Citado 10/2/09] [Disponible en Internet http://www.infoleg.gov.ar] [Ultima consulta 20/2/09].
[57]LEY DE JUBILACIONES Y PENSIONES. [en línea] [Citado 10/2/09] [Disponible en Internet http://www.infoleg.gov.ar] [Ultima consulta 20/2/09].
[58]LEY DE OBRAS SOCIALES. [en línea] [Citado 10/2/09] [Disponible en Internet http://www.infoleg.gov.ar] [Ultima consulta 20/2/09].
[59]LEY DE LOCACIONES URBANAS. [en línea] [Citado 10/2/09] [Disponible en Internet http://www.infoleg.gov.ar] [Ultima consulta 20/2/09].
[60]SUPREMA CORTE DE BUENOS AIRES. 1961. En J.A1962-1-540.
[61]LEY DE VIOLENCIA FAMILIAR. [en línea] [Citado 10/2/09] [Disponible en Internet http://www.infoleg.gov.ar] [Ultima consulta 20/2/09].
[62]LEY 11357. [en línea] [Citado 10/2/09] [Disponible en Internet http://www.infoleg.gov.ar] [Ultima consulta 20/2/09].
[63]BOSSERT, Gustavo. La prueba de la existencia de la sociedad de hecho. ED 85-243.
[64]LEY 14394. [en línea] [Citado 10/2/09] [Disponible en Internet http://www.infoleg.gov.ar] [Ultima consulta 20/2/09].
[65]ABELEDO PERROT: 2006 Código Civil de la República Argentina. Buenos Aires. p 733.
[66]IÑIGO, Delia. Bien de familia y convivencia de pareja. Revista Derecho de Familia. Nº23. Buenos Aires. Lexis-Nexis 2002. p 63.
[67]GROSMAN, Cecilia, Alimentos entre convivientes. Revista Derecho de Familia. Nº23. Buenos Aires. Lexis-Nexis 2002. p 45.
[68]FLEITAS ORTIZ DE ROZAS. Responsabilidad civil por la ruptura del concubinato. Revista derecho de Familia. Nº 20 Buenos Aires Lexis-Nexis 2002. p 41.
[69]GROSMAN, Cecilia. Un ejemplo de tensión entre libertad personal y solidaridad familiar: el debate en Francia sobre el pacto civil de solidaridad. Revista Derecho de Familia. Nº15.Buenos Aires. Lexis-Nexis. p 113.
[70]AZPIRI, Jorge. Las uniones de hecho hetero y homosexuales en la ley catalana. JA 1999-1-765.
[71]LEY DE UNIONES ESTABLES DE PAREJA DE CATALUÑA. [en línea] [Citado 25/2/09] [Disponible en Internet http://www.rupturas.es/leyes/ley10_98.htm] [Ultima consulta 5/3/09].
[72]LEY DE PAREJAS ESTABLES NO CASADAS DE ARAGON [en línea] [Citado 25/2/09] [Disponible en Internet http://www.rupturas.es/leyes/ley6_99.htm] [Ultima consulta 5/3/09].
[73]LEY PARA LA IGUALDAD JURIDICA DE PAREJAS ESTABLES DE NAVARRA. [en línea] [Citado 25/2/09] [Disponible en Internet http://www.rupturas.es/leyes/ley6_00.htm] [Ultima consulta 5/3/09].
[74]LEY POR LA QUE SE REGULAN LAS UNIONES DE HECHO DE VALENCIA. [en línea] [Citado 25/2/09] [Disponible en Internet http://www.rupturas.es/leyes/ley1_01.htm] [Ultima consulta 5/3/09].
[75]LEY DE PAREJAS ESTABLES DE BALEARES.[en línea] [Citado 25/2/09] [Disponible en Internet http://www.rupturas.es/leyes/ley18_01.htm] [Ultima consulta 5/3/09].
[76]LEY DE UNIONES DE HECHO DE LA COMUNIDAD DE MADRID [en línea] [Citado 25/2/09] [Disponible en Internet http://www.rupturas.es/leyes/ley11_01.htm] [Ultima consulta 5/3/09].
[77]LEY DE PAREJAS ESTABLES DE ASTURIAS [en línea] [Citado 25/2/09] [Disponible en Internet http://www.rupturas.es/leyes/ley4_02.htm] [Ultima consulta 5/3/09].
[78]LEY DE PAREJAS DE HECHO DE ANDALUCIA.[en línea] [Citado 25/2/09] [Disponible en Internet http://www.rupturas.es/leyes/ley5_02.htm] [Ultima consulta 5/3/09].

[79]LEY REGULADORA DE PAREJAS DE HECHO DEL PAÍS VASCO [en línea] [Citado 25/2/09] [Disponible en Internet http://www.rupturas.es/leyes/ley2_03.htm] [Ultima consulta 5/3/09].
[80]LEY DE PAREJAS DE HECHO DE CANARIAS [en línea] [Citado 25/2/09] [Disponible en Internet http://www.rupturas.es/leyes/ley5_03.htm] [Ultima consulta 5/3/09].
[81]LEY DE PAREJAS DE HECHO DE EXTREMADURA [en línea] [Citado 25/2/09] [Disponible en Internet http://www.rupturas.es/leyes/ley5_003.htm] [Ultima consulta 5/3/09].
[82]CÓDIGO DE FAMILIA DE BOLIVIA. [en línea] [Citado 27/2/09] [Disponible en Internet http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/legisla/bolivia/codfamilia] [Ultima consulta 7/3/09].
[83]CÓDIGO CIVIL DEL PARAGUAY. [en línea] [Citado 27/2/09] [Disponible en Internet http://www.aai.com.py/legis/cc/cc_libro1.html] [Ultima consulta 7/3/09].
[84]LEY Nº1 DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DEL PARAGUAY. [en línea] [Citado 27/2/09] [Disponible en Internet http://www.aai.com.py/legis/legis_total] [Ultima consulta 7/3/09].
[85]CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA FEDERAL DE BRASIL [en línea] [Citado 27/2/09] [Disponible en Internet www.juridicas.unam..mx/navjus/infjur/br.htm] [Ultima consulta 7/3/09].
[86]CÓDIGO CIVIL DE BRASIL. [en línea] [Citado 27/2/09] [Disponible en Internet www.juridicas.unam.mxhavjus/infjur/br.htm] [Ultima consulta 7/3/09].
[87]CONSTITUCION POLITICA DEL PERÚ [en línea] [Citado 27/2/09] [Disponible en Internet www.vascones.com/constitucion.htm9] [Ultima consulta 7/3/09].
[88]CÓDIGO CIVIL DE PERÚ [en línea] [Citado 27/2/09] [Disponible en Internet www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/Perú/codciv.htm] [Ultima consulta 7/3/09].
[89]ABELEDO PERROT: 2006 Código Civil de la República Argentina. Buenos Aires. p 85.
[90]IBID
[91]ZANNONI Eduardo. Manual de derecho de familia. 5ed. Buenos Aires: Astrea; 2003. p 484.
[92]MEDINA, Graciela. La adopción. 1ed. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni: 1998. p 27.
[93]IBID. p 28.
[94]ABELEDO PERROT: 2006 Código Civil de la República Argentina. Buenos Aires. p 85.
[95]IBID.
[96]QUORUM: 2005 Constitución de la Nación Argentina. Rosario. p 28.
[97]COSTA, Maria. La ultima reforma constitucional y su influencia en las normas relativas a la disolución del matrimonio. Revista Derecho de Familia. N° 11 Buenos Aires. Lexis Nexis. p 108.
[98]GUTIERREZ, Delia, Los tratados sobre derechos humanos y la acción de desconocimiento de la paternidad legítima. Revista Derecho de Familia. N° 11 Buenos Aires. Lexis Nexis. p 69.
[99]QUORUM: 2005 Constitución de la Nación Argentina. Rosario. p 28.
[100]BIDART CAMPOS, Germán. Manual de la constitución reformada. Tomo1. 1ed. Buenos Aires. Ediar: 1998. p 348.
[101]QUORUM: 2005 Constitución de la Nación Argentina. Rosario. p 5.
[102]CHAVANNEAU, Silvia. Formas alternativas a la convivencia familiar y protección integral de los derechos de los niños. Revista Derecho de Familia. Buenos Aires. Lexis Nexis 2004. p 31.
[103]SOLARI, Néstor. Protección constitucional de la familia. LL 2002-E-1110.
[104]CHAVANNEAU, Silvia. Op cit. p 28.
[105]MIZRAHII, Mauricio. Adopción simple conjunta de un joven de 18 años por una unión de hecho. Revista de Derecho de Familia. Buenos Aires. Lexis Nexis 2007. p 143.
[106]QUORUM: 2005 Constitución de la Nación Argentina. Rosario. p 364.
[107]IBID. p376.
[108]IBID. p354.
[109]IBID. p404
[110]IBID. p505.
[111]GROSMAN, Cecilia. Los tiempos de hoy y de ayer, formas de familia y las demandas de adopción. Revista derecho de familia. Nº 27. Buenos Aires Lexis Nexis. p 45.
[112]DECRETO 415/2006. Protección integral de los derechos de la niñas, niños y adolescentes.[en línea] [Citado 10/3/09] [Disponible en Internet http://www.lexaustralis.com/decreto415.htm] [Ultima consulta 20/3/09]
[113]BIDART CAMPOS, Germán. La base constitucional del derecho indemnizatorio de la concubina por la muerte del compañero en accidente de transito. En ED 147-258
[114]GIL DOMINGUEZ, Andrés. El concepto constitucional de familia. Revista Derecho de Familia. Nº15. Buenos Aires. Lexis Nexis. p 43.
[115]CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 3-3-90. En JA.1990-II-379.
[116]FAROPPA FONTANA, Juan. Familia y derechos en las observaciones y recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño. En Revista de Derecho de Familia. Nº 23. Buenos Aires. Lexis Nexis. p 229.
[117]GROSMAN, Cecilia. Los tiempos de hoy y de ayer, formas de familia y las demandas de adopción. En revista derecho de familia. Nº27. Buenos Aires Lexis Nexis. p 46.

[118]CHAVANNEAU, Silvia. Op cit. p 30.
[119]QUORUM: 2005 Constitución de la Nación Argentina. Rosario. p 6.
[120]IBID. p 453.
[121]BIDART CAMPOS, Germán. Manual de la constitución reformada. Tomo1. 1ed. Buenos Aires: Ediar; 1998. p 533.
[122]CORTE SUPREMA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES 1998. En LLBA 1999-208.
[123]FAMA, Maria. Adopción conjunta de convivientes: de la dogmática jurídica hacia el reconocimiento de derechos fundamentales. JA 2005-IV-56.
[124]MARADONA, Soledad. Permiten adoptar a una pareja que no esta casada. La Nación 2008. Diciembre 16.
[125]MIZRAHII, Mauricio. Adopción simple conjunta de un joven de 18 años por una unión de hecho. En revista de Derecho de Familia. Buenos Aires. Lexis Nexis 2007-II. p 144.
[126]QUORUM: 2005 Constitución de la Nación Argentina. Rosario. p 511.
[127]ABELEDO PERROT: 2006 Código Civil de la República Argentina. Buenos Aires. p 87.
[128]CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. 28-10-75. LL 1976-B-239.
[129]SOLARI, Néstor. Sobre adopción conjunta por parte de conviviente. Revista Derecho de Familia Buenos Aires. Lexis Nexis 2006-I. p189.
[130]CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA. [en línea] [Citado 10/3/09] [Disponible en Internet http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/CC/1T7.htm] [Ultima consulta 20/3/09].
[131] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. De los llamados requisitos rígidos de la Ley de Adopción y el interés superior del niño. JA1998-III-973.
[132]SOLARI, Néstor. Op cit. p 189.
[133]AZPIRI, Jorge. Op cit. p 181.
[134]BOSSERT, Gustavo. Op cit. p 190.
[135]KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Op cit. p 982.
[136]IBID.
[137]IBID.
[138]QUORUM: 2005 Constitución de la Nación Argentina. Rosario. p 511.
[139]GROSMAN, Cecilia. Los tiempos de hoy y de ayer, formas de familia y las demandas de adopción. En revista derecho de familia. Nº 27 Buenos Aires Lexis Nexis. p 47.
[140]BOSSERT Gustavo. Op cit 1997. p 190.
[141]ABELEDO PERROT: 2006 Código Civil de la República Argentina. Buenos Aires. p 85.
[142]QUORUM: 2005 Constitución de la Nación Argentina. Rosario. p 511.
[143]CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL DE SANTA FE. 21-12-95. "T.,J.A y otra/Adopción". LL 1997-F-145.
[144]TRIBUNAL DE FAMILIA DE QUILMES Nº1. 23-9-99. "V.,D.A S/Adopción". LL 1999-F-623.
[145]CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL DE MERCEDES, Sala 1. 5-7-05 "N., M. D. y otra s/Adopción". JA 2005-4-48.
[146]QUORUM: 2005 Constitución de la Nación Argentina. Rosario. p 511.
[147]TRIBUNAL COLEGIADO DE FAMILIA DE ROSARIO Nº5 11-11-06 "O., A. y A., J. C.. S/ Adopción". Revista de Derecho de Familia Nº 2007-II. p 129.
[148]BIDART CAMPOS, Germán. El interés superior del niño y la protección integral de la familia como principios constitucionales. LL 1999-F-623.
[149]CÓDIGO DEL MENOR DE BOLIVIA. [en línea] [Citado 10/3/09] [Disponible en Internet http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/legisla/bolivia/codfamilia] [Ultima consulta 20/3/09].
[150]ESTATUO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE DEL BRASIL [en línea] [Citado 10/3/09] [Disponible en Internet [http://www.cejamericas.org/doc/legislacion/estatutobrasileodelninoadolescente.pdf] [Ultima consulta 20/3/09].
[151]CÓDIGO DEL MENOR DE COLOMBIA [en línea] [Citado 10/3/09] [Disponible en Internet http://www.encolombia.com/derecho/derecho-codigomenor1.htm] [Ultima consulta 20/3/09].
[152]CÓDIGO DE MENORES DE ECUADOR [en línea] [Citado 10/3/09] [Disponible en Internet http://www-ilo-mirror.cornell.edu/public/spanish/region/ampro/cinterfor/dbase/legis/ecu/vii_a.htm] [Última consulta 20/3/09].
[153]LEY 21/1987 DE REFORMA DEL CODIGO ESPAÑOL. [en línea] [Citado 10/3/09] [Disponible en Internet http://www.carm.es/ctra/cendoc/documentos/Leyes/l-21-87.htm] [Ultima consulta 20/3/09].
[154]GROSMAN, Cecilia. Los tiempos de hoy y de ayer, formas de familia y las demandas de adopción. En revista derecho de familia. Nº27. Buenos Aires Lexis Nexis. p 44.
[155]ABELEDO PERROT: 2006 Código Civil de la República Argentina. Buenos Aires p 85.
[156]QUORUM: 2005 Constitución de la Nación Argentina. Rosario. p 5.
[157]IBID. p 6.
[158]IBID. 511.

[159]KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. De los llamados requisitos rígidos de la Ley de Adopción y el interés superior del niño. JA1998-III-973.
[160]ABELEDO PERROT: 2006 Código Civil de la República Argentina. Buenos Aires. p 223.
[161]IBID
[162]AGOGLIA, Maria Martha. El daño jurídico enfoque actual. 1ed. Buenos Aires. La Ley: 1999. p 10.
[163]PIZARRO, Ramón Daniel. Daño Moral. 1ed. Buenos Aires. Hammurabi 1996. p 41.
[164]DE CUPIS Adriano. El daño. Barcelona. Bosch Casa Editorial: 1970. p 108.
[165]BREBBIA Roberto. El daño moral. 2 ed. Rosario. Orbir: 1967. p 41.
[166]STIGLITZ – ECHEVESTI. El daño resarcible. En Responsabilidad Civil. Buenos Aires. Hammurabi: 1992. p 217.
[167]BUERES Alberto. El daño injusto y la licitud e ilitud de la conducta. Derecho de Daños. Buenos Aires. La Rocca: 1989. p 165.
[168]ZANONNI Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. 2ed. Buenos Aires. Astrea: 1987. p25.
[169]ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Resarcimiento de daños. 2ed. Buenos Aires. Hammurabi: 1996. p 42.
[170]ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Op cit. p 38.
[171]ORGAZ Alfredo. El daño resarcible. 3ed. Buenos Aires. Depalma: 1967. p 18.
[172]PIZARRO, Ramón Daniel. Daño Moral. 1ed. Buenos Aires. Hammurabi 1996. p 46.
[173]ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Op cit. p 49.
[174]PIZARRO, Ramón Daniel. Op cit. p 47
[175]STIGLIZ Gabriel. Resarcimiento del daño moral. 1ed. Rosario. Juris: 1999. p 6.
[176]BOSSERT Gustavo. Op cit. p 151.
[177]ABELEDO PERROT: 2006 Código Civil de la República Argentina. Buenos Aires. p 223.
[178]IBID. p 224.
[179]IBID. p 223.
[180]BOSSERT, Gustavo. Op cit. p 153.
[181]ZAVALIA: 2005 Código Penal de la Republica Argentina. Buenos Aires. p 17.
[182]BOSSERT Gustavo. Op cit. p 153.
[183]ZANONNI Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires. Astrea 1987. p 191.
[184]ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Op cit. p 401.
[185]ABELEDO PERROT: 2006 Código Civil de la República Argentina. Buenos Aires. p 223.
[186]KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Falta de legitimación de la concubina para reclamar daños y perjuicios derivados de la muerte del concubino. En JA1979-III-6
[187]ZANONNI, Eduardo. Op cit. p 31.
[188]ORGAZ, Alfredo. La acción de indemnización en los casos de homicidio. JA 1944-IV-18.
[189]ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Op cit. p 415.
[190]ZANONNI, Eduardo. Op cit. p 31.
[191]BOSSERT, Gustavo. Op cit. p 161.
[192]KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Op cit. p 13.
[193]ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Op cit. p 418.
[194]CAMARA CIVIL Y COMERCIAL DE SAN MARTÍN. 29-10-81. ED 18-344.
[195]CÁMARA FEDERAL CIVIL Y COMERCIAL, Sala 2. 12-4-83. LL 1983-D-156.
[196]CÁMARA NACIONAL CIVIL, Sala F. 12-12-91. LL 1992-E-1.
[197]CAMARA NACIONAL CIVIL, en pleno. 4-4-95 "Fernandez, Maria Cristina y otro c/El Puente S.A.T y otros s/sumario". JA 1995-2-201.
[198] IBID
[199] IBID
[200] IBID
[201]SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE BUENOS AIRES. 27-12-88. "Monzón de Gómez c/Palacios" D.J.B.A 89.
[202]SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE BUENOS AIRES. 12-11-91. "A.E.E c/V.L.A s/daños y perjuicios". LL 1992-B-173.
[203]SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE BUENOS AIRES. 17-2-98. "G., S. D. c-Czokoly, R. E.". LL 1999-208.
[204]IBID
[205]JUNYENT BAS, Francisco- FLORES, Fernando. A propósito del reclamo indemnizatorio por daño moral sufrido por la muerte del concubino. El art 1078 C.Civil y una limitación ¿irrazonable?. JA 2005-III-1058.
[206]BENAVENTE, Maria. Daño moral y damnificados indirectos. ¿ La limitación del art 1078 CCiv. Es inconstitucional?. JA 2005-IV-288.
[207]IBID

[208]LEY 17711. [en línea] [Citado 20/3/09] [Disponible en Internet http://www.infoleg.gov.ar] [Ultima consulta 1/4/09].
[209]ABELEDO PERROT: 2006 Código Civil de la República Argentina. Buenos Aires. p 223.
[210]IBID
[211]KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Código Civil y leyes complementarias comentado y anotado. Buenos Aires. Astrea: 1984. p 116.
[212]ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Op cit. p 650.
[213]ORGAZ Alfredo. El daño resarcible. 3ed. Buenos Aires. Depalma: 1967. p 222.
[214]ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Op cit. p 394.
[215]LLAMBÍAS Jorge Joaquín. Tratado de derecho civil. Obligaciones. 2ed Buenos Aires. Abeledo Perrot: 1976. p 109.
[216]HUMPREYS, Esther-TANZI, Silvia. Daño moral y concubinato. Legitimación para su reclamo. DJ 2005-1-188.
[217]ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Op cit p 395.
[218]CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL DE MAR DEL PLATA, Sala 2. 23-11-04. "R.S.E c/Bustos, Esteban y otra" JA 2005-IV-31.
[219]ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Op cit. p 655.
[220]ORGAZ Alfredo. Op cit. p 224.
[221]ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Op cit. p 395.
[222]ZANONNI Eduardo. Op cit. p 31.
[223]DE LORENZO, Miguel. El daño injusto en la responsabilidad civil. 1ed. Abeledo Perrot: 1996. p 65.
[224]QUORUM: 2005 Constitución de la Nación Argentina. Rosario. p 8.
[225]IBID. p 28.
[226]IBID. p 368.
[227]CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. 5-8-86. "Santa Coloma c/Ferrocarriles Argentinos" JA 1986-IV-625.
[228]CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. 5-8-86. "Gunther c/ Gob. Nac." JA 1987-IV-653.
[229]CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN 24-8-95. "P:F:F c/Ferrocarriles Argentinos" LL 1995-E, 17/3/98 "Peon c/Centro Medico del Sud JA-IV-256.
[230]CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN 21-9-04 "Aquino c/Cargo Servicios Industriales S.A" LL 2004-F-95.
[231]BIDART CAMPOS, German. La base constitucional del derecho indemnizatorio de la concubina por la muerte del compañero en un accidente de transito. ED 147-258.
[232]PIZARRO Ramón. La corte consolida la jerarquía constitucional del derecho a la reparación. LL 2004-F-90.
[233]IBID
[234]ABELEDO PERROT: 2006 Código Civil de la República Argentina. Buenos Aires. p 223.
[235]IBID.
[236]QUORUM: 2005 Constitución de la Nación Argentina. Rosario. p 5.
[237]CHAVANNEAU, Silvia. Op cit. p 31.
[238]CAMRA CIVIL Y COMERCIAL DE MAR DEL PLATA, Sala 2ª. 26-12-07. "Camargo Mónica y otro c/Lima Roberto y otra s/daños y perjuicios" [en línea] [Citado 20/3/09] [Disponible en Internet http://www.saij.jus.gov.ar/news/files/camargo.htm] [Ultima consulta 1/4/09].
[239]CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL, sala 3ª. 17-6-08. "G., D. O. y otros c/ Corporación Asistencial S.A. y otros" [en línea] [Citado 20/3/09] [Disponible en Internet www.eldial.com] [Ultima consulta 1/4/09].
[240]CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL DE MAR DEL PLATA, Sala 2ª. 23-11-04. "R.S.E c/Bustos, Esteban y otra" JA 2005-IV-31.
[241]CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL DE MAR DEL PLATA, Sala 2ª. 25-5-07 "Salinas Nelida Esther c. Milanesi Ricardo Emilio y otro s/ daños y perjuicios" [en línea] [Citado 20/3/09] [Disponible en Internet www.scba.gov.ar/noticias/nuevas/descarga.asp?id=1186&n=134758.doc] [Ultima consulta 1/4/09]
[242]CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL DE MAR DEL PLATA, Sala 2ª. 26-12-07. "Camargo Mónica y otros c/Lima Roberto y otra s/daños y perjuicios" [en línea] [Citado 20/3/09] [Disponible en Internet http://www.saij.jus.gov.ar/news/files/camargo.htm] [Ultima consulta 1/4/09]
[243]CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL DE SAN ISIDRO, Sala 2ª 27-2-07 "Hernández, Maria c/Witomski Mario N. y otro. RCyS 2007-797.
[244]SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE BUENOS AIRES. 16-5-07. "L.A.C c/Provincia de Buenos Aires". LLBA 2007-593.
[245]CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL DE MERDES, Sala 1ª. 12-6-07. "A.H y otros c/Hospital Municipal Mariano y Luciano de la Vega y otros s/daños y perjuicios" RCyS 2007-952.

[246]CAMARA NACIONAL DE APELACIONES CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL, sala 3ª. 17-6-08. "G., D. O. y otros c/ Corporación Asistencial S.A. y otros" [en línea] [Citado 20/3/09] [Disponible en Internet www.eldial.com] [Ultima consulta 1/4/09].
[247]ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Op cit. p 657.
[248] IBID.
[249]RITTO, Graciela. La legitimación activa para reclamar daño moral. LL 2005-1050.
[250]ARANGUREN, Beatriz. Daño moral a favor de la concubina. Avances jurisprudenciales. LLL 2006-174.
[251]RITTO, Graciela. Op cit. p 1050.
[252]HUMPREYS, Esther-TANZI, Silvia. Daño moral y concubinato. Legitimación para su reclamo. DJ 2005-1-195.
[253]ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Op cit. p 659.
[254]PIZARRO, Ramón Daniel. Op cit. p 203.
[255]RITTO, Graciela. Op cit. p 1050.
[256]ARANGUREN, Beatriz. Op cit. p 172.
[257]ABELEDO PERROT: 2006 Código Civil de la República Argentina. Buenos Aires. p 223.
[258]SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE BUENOS AIRES. 16-6-07. "L.A.C c/Provincia de Buenos Aires". LLBA 2007-593.
[259]CAMARA NACINAL DE APELACIONES CIVIL Y COMERCIAL FEDRAL, sala 3ª. 17-6-08. "G., D. O. y otros c/ Corporación Asistencial S.A. y otros" [en línea] [Citado 20/3/09] [Disponible en Internet www.eldial.com] [Ultima consulta 1/4/09].
[260]RITTO, Graciela. La legitimación activa para reclamar daño moral. LL 2005-1053.
[261]CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN 21-9-04 "Aquino c/Cargo Servicios Industriales S.A" LL 2004-F-95.
[262]PIZARRO, Ramón Daniel. Op cit. p376.
[263]IBIDEM
[264]CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL DE MAR DEL PLATA, Sala 2ª. 23-11-04. "R.S.E c/Bustos, Esteban y otra" JA 2005-IV-31.
[265]SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE BUENOS AIRES. 16-6-07. "L.A.C c/Provincia de Buenos Aires". LLBA 2007-593.
[266]ABELEDO PERROT: 2006 Código Civil de la República Argentina. Buenos Aires. p 223.
[267]IBID.
[268]ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Op cit. p 395.
[269]ABELEDO PERROT: 2006 Código Civil de la República Argentina. Buenos Aires. p 85.
[270]IBID. p 223.

BIBLIOGRAFÍA

a) General

AGOGLIA, Maria Martha. El daño jurídico enfoque actual. 1ed. Buenos Aires. La Ley: 1999.

AZPIRI, Jorge. Uniones de hecho. 1ed. Buenos Aires. Hamumurabi: 2003.

BELLUSCIO, Augusto. Manual de Derecho de Familia. 5ed. Buenos Aires. Depalma: 1993.

BIDART CAMPOS, Germán. Manual de la constitución reformada. Tomo1. 1ed. Buenos Aires: Ediar; 1998.

BORGONOVO, Oscar. El concubinato en la legislación y en la jurisprudencia. 1ed. Buenos Aires: Hammurabi: 1987.

BOSSERT, Gustavo. Régimen jurídico del concubinato. 4ed. Buenos Aires. Astrea: 1997.

BREBBIA, Roberto. El daño moral. 2 ed. Rosario. Orbir: 1967.

DUTTO, Ricardo. Comentario a la ley de adopción. Ley 24779. 1ed. Rosario. Fas: 1997.

DE LORENZO, Miguel. El daño injusto en la responsabilidad civil. 1ed. Abeledo Perrot: 1996.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de derecho civil. Obligaciones. 2ed. Buenos Aires. Abeledo Perrot: 1976.

LLOVERAS, Nora. Nuevo régimen de adopción. 1ed. Buenos Aires. Depalma: 1998.

MEDINA, Graciela. La adopción. 1ed. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni: 1998.

ORGAZ, Alfredo. El daño resarcible. 3ed. Buenos Aires. Depalma: 1967.

PIZARRO, Ramón. Daño Moral. 1ed. Buenos Aires: Hammurabi: 1996.

STIGLIZ Gabriel. Resarcimiento del daño moral. 1ed. Rosario. Juris: 1999.

ZANONNI Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. 2ed. Buenos Aires. Astrea: 1987.

ZANNONI, Eduardo. Manual de derecho de familia. 5ed. Buenos Aires. Astrea: 2003.

ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Resarcimiento de daños. 2ed. Buenos Aires. Hammurabi: 1996.

b) Especial

ARANGUREN, Beatriz. Daño moral a favor de la concubina. Avances jurisprudenciales. LLL 2006-174.

BENAVENTE, Maria. Daño moral y damnificados indirectos. ¿La limitación del art. 1078 CCiv. Es inconstitucional?. JA 2005-IV-288.

BIDART CAMPOS, Germán. La base constitucional del derecho indemnizatorio de la concubina por la muerte del compañero en accidente de transito. En ED 147-258.

BIDART CAMPOS, Germán. El interés superior del niño y la protección integral de la familia como principios constitucionales. LL 1999-F-623.

CHAVANNEAU, Silvia - Formas alternativas a la convivencia familiar y protección integral de los derechos de los niños. Revista Derecho de Familia. Buenos Aires. Lexis Nexis 2004. p 31.

COSTA, Maria. La ultima reforma constitucional y su influencia en las normas relativas a la disolución del matrimonio. Revista Derecho de Familia. N° 11. Buenos Aires. Lexis Nexis. p 108.

FAMA, Maria. Adopción Conjunta de convivientes: de la dogmática jurídica hacia el reconocimiento de derechos fundamentales. JA 2005-IV-49.

FAROPPA FONTANA, Juan. Familia y derechos en las observaciones y recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño. En Revista de Derecho de Familia. Nº 23. Buenos Aires. Lexis Nexis. p 229.

FLEITAS ORTIZ DE ROZAS. Responsabilidad civil por la ruptura del concubinato. Revista derecho de Familia. Nº 20. Buenos Aires Lexis-Nexis 2002. p 41.

GACIGALUPO DE GIRARD, Maria. ¿El art 1078, CCIV, quita legitimación activa al conviviente para reclamar el daño moral por la muerte de su pareja?. Revista Derecho de Familia. Buenos Aires. Lexis Nexis 2005-II. p 83.

GIL DOMINGUEZ, Andrés. El concepto constitucional de familia. Revista Derecho de Familia. Nº15. Buenos Aires. Lexis Nexis. p 43.

GRISETTI Ricardo. La familia extramatrimonial: necesidad o no de su regulación. D.J 2005-2-305.

GROSMAN, Cecilia. Un ejemplo de tensión entre libertad personal y solidaridad familiar: el debate en Francia sobre el pacto civil de solidaridad. Revista Derecho de Familia. Nº15.Buenos Aires. Lexis-Nexis. p 113.

GROSMAN, Cecilia, Alimentos entre convivientes. Revista Derecho de Familia. Nº23. Buenos Aires. Lexis-Nexis 2002. p 45.

GROSMAN, Cecilia. Los tiempos de hoy y de ayer, formas de familia y las demandas de adopción. Revista Derecho de Familia. Nº 27 Buenos Aires Lexis Nexis. p 44.

GUTIERREZ, Delia, Los tratados sobre derechos humanos y la acción de desconocimiento de la paternidad legítima. Revista Derecho de Familia. N° 11. Buenos Aires. Lexis Nexis. p 69.

HUMPREYS, Esther-TANZI, Silvia. Daño moral y concubinato. Legitimación para su reclamo. DJ 2005-1-195.

IÑIGO, Delia. Bien de familia y convivencia de pareja. Revista Derecho de Familia. Nº23. Buenos Aires. Lexis-Nexis 2002. p 63.

JUNYENT BAS, Francisco- FLORES, Fernando. A propósito del reclamo indemnizatorio por daño moral sufrido por la muerte del concubino. El art 1078 CCivil y una limitación ¿irrazonable?. JA 2005-III-1058.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Falta de legitimación de la concubina para reclamar los daños y perjuicios derivados de la muerte del compañero en un hecho ilícito. JA1979-III-6.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. De los llamados requisitos rígidos de la Ley de Adopción y el interés superior del niño. JA1998-III-973.

MIZRAHII, Mauricio. Adopción simple conjunta de un joven de 18 años por una unión de hecho. Revista Derecho de Familia. Buenos Aires. Lexis Nexis. 2007-II-143.

RITTO, Graciela. La legitimación activa para reclamar daño moral. LL 2005-1050.

PIZARRO Ramón. La corte consolida la jerarquía constitucional del derecho a la reparación. LL 2004-F-90.

SOLARI, Néstor. Sobre adopción conjunta por parte de conviviente. Revista Derecho de Familia. Buenos Aires. Lexis Nexis 2006-I-186.

SOLARI, Néstor. Protección constitucional de la familia. LL 2002-E-1110.

INDICE

Capítulo 1

EL CONCUBINATO

1.Introducción …… 12
2.Concbubinato,concepto 12
3.Caracteres …….. 13
3.1.Permanencia ……. 14
3.2.Cohabitación 14
3.3.Notoriedad …… 14
3.4.Singularidad con apariencia de fidelidad ……... 15
3.5.Heterosexualidad 15
3.6.Inexistencia de impedimentos matrimoniales …….. 15
4.Requisitos para que el concubinato produzca efectos jurídicos ……. 16
5.Breve referencia histórica …… 16
5.1.Derecho romano …….. 16
5.2.Derecho canónico 18
5.3.Derecho francés ……... 18
6. Diferencia entre los diversos modelos de relaciones …….. 19
7.Causas del concubinato 20
8.Posiciones legislativas respecto a la regulación del concubinato 21
8.1.Posición abstencionista 21
8.2. Posición sancionadora …… 21

8.3.Posición equiparadora …….. 22
8.4.Posición proteccionista 22
9.Tratamiento legislativo en la Argentina …… 23
10.Efectos del concubinato previstos legalmente …….. 23
11.Aplicación de normas generales ante la …… 25
ausencia de una normativa especifica
11.1.Contratos entre concubinos …… 25
11.2.Donaciones ……... 26
11.3.Enriquecimiento sin causa …… 26
11.4.Proveedores del hogar común ……... 27
12. Derechos no reconocidos a quienes conviven …….. 27
en concubinato
12.1.Vocación hereditaria …….. 28
12.2. Liquidación de bienes por disolución del ……. 28
concubinato
12.3.Bien de familia …….. 28
12.4.Alimentos ……. 29
12.5.Indemnización por ruptura de la convivencia …… 29
13.Derecho comparado ……. 30
13.1.Tratamiento jurídico en Europa ……..... 30
13.2.Tratamiento jurídico en Sudamérica …… 33
14.Conclusión …… 36

Capítulo 2

ADOPCIÓN CONJUNTA POR PARTE DE CONCUBINOS

1.Introducción 39
2.Adopción, principios generales ……. 40
3.Adopción conjunta por parte de concubinos …… 42
4.Jerarquía superior de los tratados Derechos ……... 43
Humanos sobre la ley de adopción
5.Protección constitucional de la familia ……... 45
6.El derecho a la igualdad …….. 49
7.El interés superior del niño ……. 52

8.Análisis de jurisprudencia que rechaza la adopción conjunta por parte de concubinos …….. 58
9.Análisis de jurisprudencia que admite la adopción conjunta por parte de concubinos …….. 62
10. Adopción conjunta por concubinos en el derecho comparado ……... 67
11.Conclusión …… 68
12.Propuestas ……. 70

Capítulo 3

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL POR MUERTE DEL CONCUBINO

1.Introducción …… 73
2.Nocion de daño ……... 74
3.Indemnización del daño patrimonial ocasionado por muerte del concubino …… 77
3.1.Marco jurídico …… 78
3.2.Interpretación de los Art. 1084 y 1085 respecto de los Art. 1077 y 1079 del Código Civil …… 79
3.3.El interés que invoca el concubino supérstite ……... 81
3.4.El sistema tradicional …….. 83
3.5.El sistema vigente ……... 84
3.6Jurisprudencia que otorga indemnización del daño patrimonial por muerte del concubino …… 85
4.Indemnización del daño moral por muerte del concubino …… 88
4.1.Legitimación anterior y posterior a la ley 17711 …… 89
4.2.La limitación del Art. 1078 …….. 90
4.3Criticas al Art. 1078 ……..... 92
4.4.Derecho a la reparación del daño injustamente sufrido como derecho constitucional …… 95
4.5Protección constitucional de la familia …… 99
4.6Jurisprudencia que otorga indemnización del daño moral por muerte del concubino …… 102

4.7.Jurisprudencia que se pronuncia sobre la inconstitucionalidad del Art. 1078 del Código Civil …… 104
4.8.Doctrina nacional y proyectos de reforma del Código Civil …… 106
4.9.Derecho Comparado 109
5.Conclusión ……... 110
6.Propuestas ……... 115