

Expte. n° 10775/08

SENTENCIA DEFINITIVA N° 73845 SALA V AUTOS: "UMAÑA NAVARRO CARMEN P/SI Y EN REP. DE SU HIJA MENOR SARA FERNÁNDEZ UMAÑA C/ M Y G CONSTRUCCIONES S.R.L. Y OTRO S/ INDEMN. POR FALLECIMIENTO" (JUZGADO N° 17).

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capital federal de la República Argentina, a los ...15...días del mes de febrero de 2012, se reúnen los señores jueces de la **Sala V**, para dictar sentencia en esta causa, quienes se expiden en el orden de votación que fue sorteado oportunamente; y **la doctora MARIA CRISTINA GARCIA MARGALEJO** dijo:

1) La sentencia definitiva de fs. 750/752 vta. ha sido apelada por la parte actora y por la demandada M y G Construcciones S.R.L. en los términos de los memoriales obrantes a fs. 758/778 y fs. 782/786. A su vez, la Defensora de Menores *ad hoc* adhirió a los términos de la presentación de la parte actora de fs. 758/778, y la Defensora de Menores de Incapaces de Cámara mantuvo esa postura (fs. 813/814). La parte actora y la codemandada Mapfre Argentina ART S.A. contestaron agravios (v. fs. 788 y fs. 790/794). Los Dres. Oscar Eduardo Simiele, Alicia Silvana Mazza, Hebe María Maiolo y Diego Martín Toutoudjian – todos por derecho propio- y el perito ingeniero -Pedro Adrián Chico- se quejan porque consideran reducidos los honorarios regulados en su favor (v. fs. 775 y 777/778 y fs. 755).

2) Se queja la parte actora por el salario base tenido en cuenta por la sentenciante de grado para el cálculo de la reparación por daño material. Afirma que debe considerarse la remuneración devengada y no la percibida. Cuestiona, también, el monto determinado en concepto de daño material por considerarlo exiguo. Manifiesta que el causante era el único sostén económico del grupo familiar y que debía establecerse como pauta de edad para la determinación de ese daño la edad de 75 años. Critica que no se hubiera hecho lugar al reclamo por daño moral respecto de la concubina. Finalmente, apela que no se condenara en forma solidaria a la aseguradora de riesgos del trabajo.

La demandada M y G Construcciones S.R.L. señala que la sentenciante se apartó de las disposiciones previstas en la ley 24.557 sin declarar su inconstitucionalidad. Se agravia, también, por el monto determinado en concepto de reparación integral. Sostiene que se equivocó la magistrada de grado al emplear una fórmula matemática y arribar a los exagerados montos que, a su entender, resultan violatorios del derecho de propiedad. Cuestiona el monto determinado en concepto de daño moral. Crítica la decisión de limitar la responsabilidad de la ART en la medida del alcance de la póliza. Por último, apela los honorarios regulados a favor de la representación letrada de la parte actora y de los peritos intervinientes.

El agravio que remite al estudio constitucional del artículo 39, apartado 1 de la ley 24.557, ha sido objeto de tratamiento y decisión por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidente - ley 9688" (sentencia del 21 de septiembre de 2004), donde se estableció que la exención a los empleadores de responsabilidad civil frente a sus trabajadores y a los derechohabientes de éstos que -como regla- establece el artículo 39 antes citado, importa colocar a los trabajadores víctimas de infortunios laborales o de enfermedades profesio-nales en una situación desventajosa en relación con el resto de los ciudadanos, por cuanto la

indemnización que la ley especial establece para tales casos solo contempla la pérdida de capacidad de ganancia de aquellos (hasta el tope máximo que el régimen establece), y los excluye de la reparación integral que la ley común prevé; en tales condiciones y dado el origen de tal doctrina es mi opinión que la misma debe ser acatada y por ende, debe declararse en el caso concreto la inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24.557.

3) En torno al salario, la magistrada de grado lo estimó en la suma de \$ 1.200 de conformidad con las constancias de la AFIP obrantes en autos (fs. 750 vta.).

En el escrito inicial, la accionante invocó que el Sr. Remberto Fernán-dez comenzó a trabajar para la demandada M y G Construcciones S.R.L. el 16 de enero de 2.008, como medio oficial albañil y que percibía una remuneración de \$ 700 quincenales (v. fs. 6/vta.). Asimismo, al practicar liquidación reiteró que el ingreso mensual ascendía a \$ 1.400. No pretendió al demandar que se incluyera el rubro fondo de desempleo como parte del salario del trabajador fallecido ni tampoco solicitó que se incluyera, en dicha base de cálculo, el sueldo anual complementario. En estas condiciones, las manifestaciones que efectúa en el memorial recursivo resultan extemporáneas pues no fueron sometidas a conocimiento del juez de grado (cfr. art. 277 C.P.C.C.N.). Por lo demás, cabe señalar que la jurisprudencia que transcribe el recurrente hace referencia al salario a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización prevista en el art. 245 de la L.C.T. y, en el caso, además de tratarse de un trabajador sujeto al régimen previsto en la ley 22.250, lo que se reclama es una reparación integral con sustento en la normativa civil. Por ello, el salario es sólo uno de los parámetros a tener en cuenta sin que se trate de una indemnización tarifada. Y aclaro que, de todos modos, habré de tener en cuenta a fin de cuantificar el daño, el hecho de que forma parte de los ingresos normales de un trabajador dependiente el denominado “aguinaldo”.

No obstante lo expuesto, en virtud del escaso tiempo que trabajó el Sr. Fernández (denunció que ingresó a trabajar el 16 de enero de 2.008 y el accidente se produjo el 13 de febrero de 2.008) y de la falta de prueba acerca del salario percibido, es cierto que la única constancia que existe en el expediente es el informe obtenido de la página *web* de la AFIP obrante a fs. 732/733 de donde surge que el salario de enero de 2.008 habría ascendido a \$ 584,66 (v. fs. 733). Sin embargo, no debe perderse de vista que el trabajador no se desempeñó durante todo el mes, por lo que considero que en virtud de la categoría que ostentaba y las tareas realizadas, el salario denunciado en el inicio de \$ 1.400 resulta ajustado -y no es exorbitante- por lo que este importe deberá tomarse como un dato más a los fines de establecer el monto de la reparación por daño material.

Ello así pues la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que para la cuantificación del daño material no debe aplicarse fórmula alguna -ver cálculo fs. 751 vta.- in re: “Arostegui, Pablo Martín c/Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía SRL” donde se sostuvo que: “El valor de la vida humana no resulta apreciable tan sólo sobre la base de criterios exclusivamente materiales, ya que no se trata de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres”.

En lo que respecta a la cuantificación de dicho daño, no se discute en esta instancia el carácter de concubina de la Sra. Umaña Navarro Carmen pues no se expresaron agravios al respecto (cfr. art. 116 L.O.) ni tampoco el carácter de hija de Sara Fernández Umaña. En

estas condiciones, dado el carácter de sostén de familia que revestía el causante, la reparación debe tratar de restituir a las afectadas, entre otras cosas, las razonables esperanzas económicas frustradas con la muerte de quien les aseguraba subsistencia. En consecuencia, teniendo en cuenta la edad de la concubina y de la hija (de escasos tres meses al momento del deceso del trabajador), la edad de la víctima, el salario mensual considerado precedentemente, y las demás circunstancias del caso concreto, estimo que la indemnización fijada en el decisorio de grado en concepto de daño material en la suma total de \$ 697.936 (\$ 465.291 + \$ 232.645, fs. 751 vta.) resulta adecuada, independientemente de la distribución realizada en el decisorio de grado entre la concubina y la hija menor, circunstancia que llega firme a la alzada (cfr. art. 116 L.O.).

En lo que respecta al rechazo de la pretensión por daño moral respecto de la Sra. Carmen Umaña Navarro, cabe señalar que se ha sostenido que probado el supuesto de hecho de una relación concubinaria y prolongada, podrá haber derecho al resarcimiento del daño material en caso de muerte. En cambio, no resulta procedente la reparación del daño moral en virtud de lo dispuesto por el art. 1078 del Código Civil (Lorenzetti, Ricardo Luis, “La Responsabilidad por daños y los accidentes de trabajo”, Bs. As. Abeledo Perrot, pág. 136). Dicha normativa en su segundo párrafo establece que: “La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”. Ahora bien, en el caso la accionante no efectuó ningún cuestionamiento específico al respecto ni planteo concreto sobre la norma comentada, resultando por ende que los argumentos que ahora esgrime en el memorial recursivo -que, a su entender, tornarían irrazonable la norma en cuestión- no formaron parte del *thema decidendum*, por lo que su tratamiento en esta instancia resulta violatorio de lo dispuesto en el art. 277 C.P.C.C.N. (ídem arg. art. 163 inciso 61 y 34 inciso 4º del mismo cuerpo procesal).

En lo que respecta al monto determinado en la sentencia de grado por el resarcimiento por daño moral (\$ 62.400) para la hija menor del causante, debe señalarse que este concepto no requiere prueba especial, y que los jueces gozan de un amplio criterio para su determinación. Por lo que teniendo en cuenta la edad de la menor a la fecha del evento dañoso que causó la muerte de su progenitor, deviene adecuada a mi entender la suma estimada en la instancia de grado por la indemnización por daño moral en \$ 62.400. Con lo que la suma total reparatoria se eleva a \$ 760.336 sin perjuicio de los accesorios, y de la intervención que corresponde al Ministerio Público de la Defensa en relación con los intereses de la menor involucrada.

4) Resta por analizar la situación de Mapfre Argentina ART S.A. que fue condenada en los límites económicos pactados en la cobertura.

En el escrito inicial, las accionantes le imputaron responsabilidad a la ART por haber incumplido las obligaciones legales a su cargo. Agregaron que “...el art. 4 de la ley 24.557 le impone la obligación a la ART, de controlar y supervisar el cumplimiento de todos los hechos omitidos por su asegurada y que fueran descriptos, y lejos de denunciar tales incumplimientos en materia de riesgos de trabajo y prevención de accidentes, resulta evidente que permitió a su asegurada incurrir en los mismos, a la luz de los hechos de marras. Debió haber denunciado conforme lo dispone el inciso 3ro. de la ley 24.557 los incumplimientos y no lo hizo...” (ver fs. 13/15, en especial fs. 13 vta.).

En este punto, y sin perjuicio de mi opinión al respecto, considero que es insoslayable tomar en cuenta la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en el caso “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro” (sentencia del 31-3-2009), donde la mayoría de los miembros del Alto Tribunal estableció que no existe razón alguna para poner a una ART al margen del régimen de responsabilidad previsto por el Código Civil, por los daños a la persona del trabajador derivados de un accidente o enfermedad laboral, en el caso en que se demuestren los presupuestos de aquel, que incluyen tanto el acto ilícito y la imputación, cuanto el nexo causal adecuado (excluyente o no) entre dichos daños y la omisión o el incumplimiento deficiente por parte de la primera de sus deberes legales (considerando 8°); previamente dicho fallo había dejado constancia de las obligaciones impuestas por la ley 24.557 a las A.R.T. que incluyen adoptar las medidas necesarias para prevenir eficazmente los riesgos (art. 4.1), incorporar en los contratos un plan de mejoramiento de las condiciones de higiene y seguridad (art. 4.2) así como controlar la ejecución de dicho plan y denunciar todo incumplimiento (y de las normas de higiene y seguridad) a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (art. 4.4) entre otros deberes - considerando 5° voto de la mayoría-.

Puesto que, en forma reiterada he indicado que como principio general corresponde acatar las doctrinas emanadas del Máximo Tribunal, y dado que en este caso en base a ello se torna procedente la responsabilidad -en los términos de la ley civil- de la A.R.T., la apelación de la parte actora debería ser acogida. En efecto, la ART no invocó en el *sub lite* y menos aún acreditó haber efectuado denuncia alguna ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo por incumplimiento por parte del empleador a las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo.

El perito ingeniero dio cuenta de que la ART con fecha 22/1/2008 había aprobado el Programa de Seguridad presentado por M y G Construcciones y que elaboró un plan de visita cada 45 días. Explicó que, con fecha 4/2/08, la aseguradora efectuó una primera inspección en la obra y dio cuenta de “la falta de baranda al borde de la excavación, la necesidad de apuntalamiento de muros perimetrales y tablestacado de la excavación...” y que, en la segunda visita efectuada el 11/2/08, verificó otra vez el incumplimiento en el apuntalamiento de muros medianeros (ver peritaje técnico, fs. 561/570).

A pesar de ello, como dije, la aseguradora no efectuó la denuncia pertinente ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo en tanto el accidente se produjo precisamente por el derrumbe y el movimiento de la tierra que se estaba cavando. Por lo demás, el perito concluyó que: “...es posible establecer incumplimientos a la ley 19.587, en el artículo 4, incisos a) y b); artículo 5 inc. k), artículo 7 incisos e), f), y g); artículo 8 inc. d); artículo 9 incisos g) y j)” (v. fs. 566 vta.). Con respecto a la ART, agregó el experto que: “...se observa que no había previsiones para el control de riesgos por excavación, requiriendo por ejemplo apuntalar y entibar tanto las paredes como los muros medianeros, o tampoco estaba previsto confeccionar y autorizar un permiso en forma diaria, previo al inicio de este tipo de tareas indicando el sector de trabajo, los trabajos a realizar y las medidas de seguridad a adoptar. Este último tipo de medidas, se comienza a tomar después del accidente del actor, como consecuencia directa de los objetivos que ahora tienen las visitas y las recomendaciones que realiza la ART “ (v. fs. 567/vta.).

Así, el testigo Latapy (fs. 288) -quien dijo ser ingeniero de bomberos en siniestros del departamento investigativo de la Superintendencia Federal de Bomberos de la Policía Federal Argentina- declaró que concurrió a la obra de la calle por haber ocurrido un accidente y que, en dicha oportunidad, se detectó que faltaba apuntalamiento, y otros

sectores como medianeras faltaba reforzar apuntalamiento; y agregó que: “ ...lo que vio y recuerda es que había montículos grandes de tierra, porque al excavar (textual) quedan estos montículos y no tenían ningún apuntalamiento y el riesgo es el desmoronamiento...”. En concreto, dadas las características del accidente que revelan el incumplimiento de las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo y en virtud de la doctrina de la C.S.J.N. ya referida, debe admitirse en mi opinión, la condena solidaria íntegra de la aseguradora de riesgos del trabajo en el caso por lo que propicio se modifique lo decidido en origen en este aspecto.

Esta circunstancia implica, claro está, que la aseguradora responda por la totalidad del monto de condena fijado en concepto de daño material y moral con más los intereses dispuestos en primera instancia que llegan firme a la alzada.

5) La solución propuesta implica dejar sin efecto la imposición de costas y regulaciones de honorarios efectuadas en origen (cfr. art. 279 C.P.C.C.N.) y proceder a su determinación en forma originaria, lo que torna abstracto el tratamiento de los recursos en ese sentido.

Correspondería imponer costas a ambas codemandadas por haber resultado vencidas en la acción entablada por reparación integral (en caso de seguirse mi opinión, claro está), en forma solidaria en lo que respecta a honorarios del perito, letrados de la parte actora y tasa judicial -cada accionada carga con los emolumentos de sus propios abogados- conf. art. 68 C.P.C.C.N.; en cuanto a honorarios, en atención al resultado del litigio, mérito e importancia de las labores, la naturaleza, alcance, tiempo, calidad y resultado de la tarea realizada y el valor económico del litigio, correspondería regular al patrocinio y representación letrada de la parte actora, de la codemandada M y G Construcciones S.R.L., de la codemandada Mapfre Argentina ART S.A. y del perito ingeniero, por la actuación en primera instancia, el 15%, 12%, 12% y 6%, respectivamente, porcentuales a calcular sobre el capital de condena más intereses que en definitiva se determine en la etapa prevista en el art. 132 de la L.O. (cfr. art. 38 L.O., 6, 7, 9, 19, 37 y 39 de la ley 21.839).

6) En atención al resultado que se obtendría en esta instancia en caso de seguirse mi moción, corresponde declarar las costas de alzada también a cargo de ambas codemandadas (cfr. art. 68 C.P.C.C.N.), en forma solidaria en cuanto a los estipendios del Dr. Oscar E. Simiele (cada accionada carga con los honorarios de sus propios abogados); y regular a los letrados firmantes de los escritos de fs. 758/778-788 (Dr. Simiele); fs. 782/786 (Dr. Enrique Patigore) y fs. 790/794 (Dra. Marina E. Faedo Pérez), por su actuación en la alzada, en el 30%, 25% y 25% respectivamente, de lo que en definitiva corresponda percibir por la labor desplegada en primera instancia, a los abogados de las partes actora, codemandada M y G Construcciones S.R.L. y Mapfre Argentina ART S.A. respectivamente (cfr. art. 14 ley 21.839).

**EL DOCTOR OSCAR ZAS** manifestó:

**D)** Disiento parcialmente de la solución propuesta por mi distinguida colega preopinante por las razones que expondré a continuación.

El principio de congruencia (arts. 34, inc. 4º y 163, inc. 6º, C.P.C.C.N.) impone que exista correspondencia entre la acción promovida y la sentencia que se dicta, vulnerándose cuando no media conformidad entre la sentencia y el pedimento respecto a la persona, el objeto o la causa. La exigencia ineludible de conformar la sentencia y la demanda fija los límites de los poderes del juez, cuyo decisorio no puede recaer sobre una cosa no reclamada o sobre un hecho que no ha sido propuesto a decisión.

La congruencia impone la estricta adecuación de la decisión judicial a las cuestiones articuladas en la pretensión del actor y en la oposición del demandado, hallando límite en las cuestiones debatidas por las partes de modo que exista plena conformidad entre lo pretendido y resistido por un lado y lo sentenciado por el otro. Es la llamada “litiscontestación”, la que constituye la “columna del proceso y base y piedra angular del juicio”. Esta relación procesal se integra con los actos fundamentales de la demanda y su contestación. Por tanto, el *thema decidendum* se integra no sólo con las alegaciones de la actora, sino también con la oposición del demandado (conf. Roland Arazi – Jorge A. Rojas, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales”, Segunda Edición Actualizada, Rubinzal - Culzoni Editor, Tomo I, p. 122 y 125).

En el escrito de inicio la actora señala en lo pertinente:

***“...Que la suscripta (Carmen Umaña Navarro) vivía en con-cubinato con quien fuera en vida el Sr. Remberto Fernández,...y con quien conviví por más de tres años, con anterioridad a su muerte ocurrida el 18.2.2008 en las circunstancias que seguidamente expondré, y con quien tuvimos una hija, Sara Fernández Umaña, nacida el 19 de noviembre de 2007,...y es en tal carácter por sí y en representación de mi hija menor de edad, que vengo a promover la presente demanda encontrándome legitimada activamente para ello, para reclamar de las aquí demandadas el pago de las sumas, comprensiva de la indemnización por muerte, el daño moral...”***

***“....Por ello teniendo en consideración la joven edad de mi concubino y padre de mi hija,...mi parte estima la...reparación del daño moral en la suma de \$ 200.000...”*** (ver fs. 5 y 15 vta.)

Es decir, la actora reclama la suma de \$ 200.000 en concepto de reparación de daño moral, tanto en calidad de concubina como de madre de la hija de Remberto Fernández; razón por la cual hay una alegación concreta del presupuesto fáctico de su pretensión.

Según reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los jueces tienen no sólo la facultad sino también el deber de discurrir los conflictos y dirimirlos según el derecho aplicable, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas, con prescindencia de los fundamentos que enuncien las partes (Fallos: 296:633; 298:429; 310:1536, 2173, 2733; 312:649; 313: 924), o, aún, ante el silencio de éstas (Fallos: 211:55).

**II)** No modifica la conclusión propuesta en el considerando precedente el hecho de que la solución del conflicto planteado entre las partes implique el análisis de la constitucionalidad y/o convencionalidad de la norma en la cual la jueza de grado funda su rechazo de la reparación del daño moral (art. 1.078, C. Civ.), y que en el presente caso la actora no haya impugnado su constitucionalidad y/o convencionalidad en el escrito de inicio.

Si bien es cierto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las normas en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución, no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente -trasuntado en el antiguo adagio *iuria novit curia*- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior.

No puede verse en ello la creación de un desequilibrio de poderes a favor del judicial y en mengua de los otros dos, ya que si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay (conf. C.S.J.N., B. 1160. XXXVI, 19/08/2004, “Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/quiebra”).

Tampoco puede verse en ello menoscabo del derecho de de-fensa de las partes, pues si así fuera debería, también, descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso.

Cabe destacar que en el “*sub-lite*” la cuestión fáctica que constituye la controversia entre las partes fue debida y oportunamente planteada y se trata de determinar si la actora, en calidad de concubina del Sr. Remberto Fernández, tiene legitimación para reclamar indemnización por daño moral como consecuencia de la muerte de aquél, sin que estemos en presencia de una situación compleja cuya dilucidación dependa de magnitudes, variables u otros elementos fácticos cuya omisión alegatoria por una de las partes pueda vulnerar el derecho de defensa de la contraparte, y cuya presencia o ausencia pueda modificar la solución del caso.

En definitiva: corresponde determinar si la exclusión de la concubina del carácter de persona legitimada para reclamar la reparación del daño moral en caso de muerte de la víctima por aplicación del art. 1.078 del C. Civ. es una solución compatible con las normas pertinentes de jerarquía constitucional y suprallegal.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “*es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos*”. En otras palabras, ***el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte***

***Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*** (CIDH Serie C N° 154, caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo. 124) (conf. C.S.J.N., 13/07/2007, M. 2333. XLII., “Mazzeo, Julio Lilo y otros”).

Con posterioridad a lo resuelto en el caso “Almonacid”, el tri-bunal americano ha profundizado este criterio en los siguientes términos:

“... Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. ***El Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho***

*la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana...*” (conf. CIDH, Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128, Caso Radilla Pacheco vs. México, sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 339, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México”, sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 219, Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, sentencia de 1° de septiembre de 2010, Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 176, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225, Caso Gelman vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 193).

En fecha reciente, el Supremo Tribunal Federal ratificó su propia doctrina acerca de la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad de oficio de las normas y asumió expresamente el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos expuesto precedentemente en los siguientes términos:

**“...cabe señalar que con particular referencia a la declaración de invalidez de normas inferiores a las Leyes Fundamentales, y más allá de las opiniones individuales que los jueces de esta Corte tienen sobre el punto, el Tribunal viene adoptando desde el año 2001 como postura mayoritaria la doctrina con arreglo a la cual una decisión de esa naturaleza es susceptible de ser tomada de oficio (Fallos: 327:3117).”**

*“Concordemente, la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, del 30 de noviembre de 2007, ha subrayado que los órganos del Poder Judicial debían ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de “convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. También aclaró que esta función no debía quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implicaba que ese control debía ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos procesales formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones...”* (conf. C.S.J.N., V. 281. XLV., 31/08/2010, “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo”).

Toda vez que la norma legal aplicable al caso (art. 1.078, C. Civ.) vulneraría normas de jerarquía constitucional y supralegal que asignan o reconocen derechos irrenunciables porque el orden público se encuentra interesado en que su titular (en este caso: la concubina del trabajador fallecido) los conserve y ejerza, aun en contra de su voluntad (conf. art. 872, C. Civ.), aunque este último no plantee la inconstitucionalidad o inconvencionalidad de aquéllas, igualmente el juez podrá declarar su inconstitucionalidad o inconvencionalidad de oficio (en un sentido similar se pronuncia Horacio H. De La Fuente, “Orden público”, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 111).

El derecho de la actora a la reparación del daño moral como consecuencia de la muerte de su concubino excede considerablemente el universo de lo meramente patrimonial incluido en el ámbito de tutela del derecho de propiedad.

Es decir, estamos en presencia de un derecho irrenunciable, por lo que carecerán de todo valor los actos de renuncia que efectúe el titular del derecho, en cuanto carece de la facultad jurídica de desprenderse gratuitamente, sin contraprestación alguna, de los derechos que las normas imperativas de jerarquía constitucional y supralegal le conceden.

Por lo tanto, si la norma aplicable al caso vulnera normas de jerarquía constitucional o supralegal que reconocen derechos irrenunciables porque el orden público se encuentra interesado en que su titular los conserve y ejerza, aun en contra de su voluntad, el juez



podrá declarar de oficio, esto es, sin requerimiento de parte, la inconstitucionalidad y/o inconventionalidad de aquéllas.

A mayor abundamiento y sin perjuicio de lo expuesto, el carácter irrenunciable de los derechos de jerarquía constitucional y supralegal en juego, lleva a sostener, aun desde una postura contraria a la sustentada en este voto, que resulta oportuna en el presente caso la introducción de la cuestión constitucional en el memorial de agravios de la actora (ver fs. 764/768), planteo respondido por la demandada en el escrito de contestación del traslado pertinente (ver fs. 793 vta./794), lo que implica el respeto de la garantía de defensa en juicio de esta última (conf. C.S.J.N., R. 229. XXXI., 29/04/1998, “Ricci, Oscar Francisco Augusto c/Autolatina Argentina S.A. y otro”).

**III)** Llega firme a la alzada, pues no fue cuestionada por las partes, la siguiente conclusión de la jueza de grado:

“...A fs. 708 se agrega partida de nacimiento de Sara Fernández Umaña, hija del causante y de la actora. Con este elemento **tendré por acreditado** el carácter de hija de la mencionada Sara y **el carácter de concubina de Carmen Umaña Navarro, ya que la menor nació tres meses antes de la muerte de Fernández-z...**” (ver fs. 750 vta.).

Por otra parte, la magistrada de la instancia anterior admitió la legitimación de Carmen Umaña Navarro para reclamar la reparación del daño material sufrido como consecuencia de la muerte de su concubino, decisión que -en lo substancial- no fue cuestionada por las demandadas.

Es decir, llega firme a esta instancia que Carmen Umaña Navarro y la víctima mantuvieron una relación de convivencia estable y permanente, en aparente matrimonio, unión de la cual nació Sara Fernández Umaña.

El art. 1.078, Civ. dispone en lo pertinente:

“...La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los **herederos forzosos**”.

Es decir, en caso de muerte de la víctima, la norma mencionada limita la legitimación al cónyuge supérstite, a los ascendientes y los descendientes (conf. art. 3.592 y concs., C. Civ.).

La pregunta esencial que cabe formular en el “*sub-lite*” es, si en caso de muerte de la víctima y a los efectos del reconocimiento del derecho a la reparación del daño moral, es legítima a la luz de la normativa constitucional y supralegal pertinente, la exclusión de la concubina cuando la norma legal admite la legitimación de la cónyuge supérstite.

Como dijo la Corte Internacional de Justicia: “...Un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar...” (conf. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pág. 16 a 31, cit. por Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párr. 37).

En el caso específico de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Corte Interamericana considera que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico

debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración. La evolución del derecho americano en la materia, es una expresión regional de la experimentada por el Derecho internacional contemporáneo y en especial por el de los derechos humanos, que presenta hoy algunos elementos diferenciales de alta significación con el Derecho Internacional clásico. Es así como, por ejemplo, la obligación de respetar ciertos derechos humanos esenciales es considerada hoy como una obligación erga omnes (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, párr. 37 y 38).

El control judicial de constitucionalidad no puede desentenderse de las transformaciones históricas y sociales. La realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país, o descubre nuevos aspectos no contemplados antes, sin que pueda oponérsele el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera (Fallos: 211:162).

Cuestiones que no hieren la sensibilidad de una época pueden ofender profundamente a la de las que siguen; los tormentos y azotes que proscribió la Constitución de 1853 fueron detalladamente previstos en legislaciones anteriores y constituyeron una práctica judicial corriente universalmente no por uno sino por muchísimos siglos. Cabe entonces admitir que estas transformaciones en la sensibilidad y en la organización de la sociedad coloquen bajo la protección de la Constitución Nacional situaciones que anteriormente se interpretó que no requerían su amparo (Fallos: 308:2268).

Como principio de interpretación de la Constitución Nacional, no es adecuada una exégesis estática de ésta y de sus leyes reglamentarias inmediatas que esté restringida a las circunstancias de su sanción. Las normas de la Constitución están destinadas a perdurar regulando la evolución de la vida nacional, a la que han de acompañar en la discreta y razonable interpretación de la intención de sus creadores (Fallos: 256:588).

Si las normas jurídicas, en general, y las constitucionales, en especial, pueden superar el horizonte histórico en el que nacen, ello es porque el contenido que tienen en el momento de la sanción se distingue de las ideas rectoras que las impregnan, ya que éstas poseen una capacidad abarcadora relativamente desligada de las situaciones particulares que les dieron origen (Fallos: 308:2268, voto del Juez Dr. Enrique Santiago Petracchi).

La interpretación dinámica y evolutiva del art. 14 bis de la Constitución Nacional permite incorporar otras formas familiares como objeto de protección constitucional, aunque no respondan al modelo tradicional de familia basado en el matrimonio. Aun más, este concepto abierto de familia se ve redimensionado a raíz de la reforma constitucional, tras la incorporación de las declaraciones, tratados y convenciones con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22; conf. Domínguez, Andrés - Famá, María Victoria - Herrera, Marisa; Derecho constitucional de la familia”, T. I, p. 69, Ediar, 2006).

Los concubinatos o las uniones de hecho forman parte de las alternativas que pueden escoger las personas en uso de la autonomía de la voluntad familiar, al momento de diseñar su proyecto de vida (conf. arts. 14 bis y 19, C.N.).

Desde esta perspectiva, el resguardo constitucional que avala la existencia de las uniones de hecho como una de las formas familiares que deben ser admitidas en el derecho infraconstitucional es el respeto por el proyecto de vida autorreferencial, el derecho a la

intimidad, a la igualdad, a la no discriminación y a la solidaridad familiar, y así como existe un derecho de raigambre constitucional a contraer matrimonio existe también un derecho constitucional a vivir en una forma familiar diversa (conf. Lloveras, Nora - Salomón, Marcelo, "El derecho de familia desde la Constitución Nacional", Universidad, Bs. As., 2009, p. 393).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

*"...53.El artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "sin discriminación alguna". Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma".*

*"54.Por su lado el artículo 24 de la Convención establece:"*

*"Artículo 24. Igualdad ante la Ley"*

*"Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".*

*"Aunque las nociones no son idénticas y quizás la Corte ten-drá en el futuro la oportunidad de precisar las diferencias, dicha disposición reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo **la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley**".*

*"55.La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza".*

*"56.Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no dis-criminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discrimi-natorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose "en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos" definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable" [Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits), judgment of 23rd July 1968, pág. 34]. Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamen-te pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como*

*jurídicamente débiles. Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio”.*

*“57.No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que **no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”.***

*“58.Si bien no puede desconocerse que las circunstancias de hecho pueden hacer más o menos difícil apreciar si se está o no en presencia de una situación como la descrita en el párrafo anterior, es también cierto que, partiendo de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones que no se aparten de las consideraciones precedentes. Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso...” (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva, OC 4/84 del 19 de enero de 1984, propuesta de modificación a la Constitución de Costa Rica relacionada con la naturalización, párr. 53/8).*

El cintero tribunal americano ha señalado con posterioridad:

*“...83.La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados (arts. 3.1 y 17 de la Carta de la Organización de Estados Americanos, 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna...”*

*“...84... se utilizará el término **discriminación** para hacer referencia a **toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos...**”.*

*“...85.Existe un vínculo **indisoluble** entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional...”*

*“...86.El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación está consagrado en muchos instrumentos internacionales. El hecho de*

*estar regulado el principio de igualdad y no discriminación en tantos instrumentos internacionales, es un reflejo de que existe un deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado de aquel principio general y básico...”*

*“...88.El principio de igualdad y no discriminación posee carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias...”*

*“...92.El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas definió a la discriminación como:”*

*“...toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas (O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7)...”.*

*“...98.El concepto de jus cogens ha estado en sus orígenes ligado particularmente al derecho de los tratados. Tal como está formulado el jus cogens en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”. Por su parte, el artículo 64 de la misma Convención se refiere al jus cogens superviviente, al señalar que “si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”. El ius cogens ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia internacionales”.*

*“99.En su evolución y por su propia definición, el jus cogens no se ha limitado al derecho de los tratados. El dominio del jus cogens se ha ampliado, alcanzando también el derecho internacional general, y abarcando todos los actos jurídicos. El jus cogens se ha manifestado, así, también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, y ha incidido, en última instancia, en los propios fundamentos del orden jurídico internacional”.*

*“100.Al referirse, en particular, a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, independientemente de cuáles de esos derechos estén reconocidos por cada Estado en normas de carácter interno o internacional, la Corte considera evidente que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley, que a su vez se desprende “directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”. El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y la garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su*

*ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo la tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igual y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas.”*

*“101.En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección de la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad o no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens...”*

*“...102.De esa obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad, se derivan varias consecuencias y efectos que se concretan en obligaciones específicas...”*

*“...103.En cumplimiento de dicha obligación, los Estados de-ben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminaciones de jure o de facto. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales.”*

*“105.En razón de los efectos derivados de esta obligación general, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.”*

*“106.El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado, y ésta es tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De esta manera, la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración...”*

*“...165.Este Tribunal considera indispensable recordar lo señalado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual señala, al referirse al derecho interno y a la observancia de los tratados, que: “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.*

*“166.Es decir, al ratificar o adherir a un tratado internacional, los Estados manifiestan su compromiso de buena fe de garantizar los derechos en él reconocidos. Además de esto, los Estados deben adecuar su derecho interno al derecho internacional aplicable.”*

*“167.Sobre el particular la Corte Interamericana ha señalado que la obligación general de los Estados establecida en el artículo 2 de la Convención Americana incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que*

*impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías (Caso “Cinco Pensionistas”, sentencia de 28 de febrero de 2003, serie C Nº 98, párr. 165. Caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001, serie C Nº 72, párr. 178). En relación con esto, este Tribunal ha señalado que:”*

*“En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del effet utile). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención” (Caso “Cinco Pensionistas”, sentencia de 28 de febrero de 2003, serie C Nº 98, párr. 164. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C Nº 73, párr. 87. Caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001, serie C Nº 72, párr. 179. Caso “Durand y Ugarte”, sentencia de 16 de agosto de 2000, serie C Nº 68, párr. 136.*

*“Principe allant de soi”, Échange des populations grecques et turques, Avis Consultatif, 1925, C.P.J.I., Recueil des Avis Consultatifs, serie B Nº 10, p. 20)...”*

*“...171. Lo establecido por la Corte Interamericana se extiende a la obligación de los Estados de cumplir con todo instrumento internacional que les sea aplicable. Sin embargo, es importante señalar que, al referirse a esta obligación estatal, este Tribunal considera que no sólo se debe adecuar toda normativa interna al respectivo tratado, sino que, además, las prácticas estatales relativas a su aplicación deben adecuarse al derecho internacional. Es decir, no basta con que el ordenamiento jurídico interno se adecue al derecho internacional, sino que es menester que los órganos o funcionarios de cualquier poder estatal, sea ejecutivo, legislativo o judicial, ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias de manera efectivamente acorde con el derecho internacional aplicable...” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003).*

Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

*“...2. La no discriminación y la igualdad son componentes fundamentales de las normas internacionales de derechos humanos y son esenciales a los efectos del goce y el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Según el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el "Pacto"), los Estados partes deben "garantizar el ejercicio de los derechos [que en él se enuncian] sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social...”*

*“...7. La no discriminación es una obligación inmediata y de alcance general en el Pacto. El artículo 2.2 dispone que los Estados partes garantizarán el ejercicio de cada uno de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto, sin*

*discriminación alguna, y solo puede aplicarse en conjunción con esos derechos. Cabe señalar que por discriminación se entiende toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto...*”

**“...13. Todo trato diferencial por alguno de los motivos prohibidos se considerará discriminatorio a menos que exista una causa razonable y objetiva para dispensarlo. Ello entraña evaluar si el fin y los efectos de las medidas o las omisiones de que se trate son legítimos y compatibles con la naturaleza de los derechos recogidos en el Pacto, y si el único fin que se persigue es promover el bienestar general en una sociedad democrática. También debe existir una relación de proporcionalidad clara y razonable entre el fin buscado y las medidas u omisiones y sus efectos...”**

*“...15. En el artículo 2.2 se enumeran como motivos prohibidos de discriminación "la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social". La inclusión de "cualquier otra condición social" indica que esta lista no es exhaustiva y que pueden incluirse otros motivos en esta categoría...”*

**“...27. El carácter de la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo. Por lo tanto, la discriminación basada en "otra condición social" exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un carácter comparable a los motivos expresos reconocidos en el artículo 2.2. Estos motivos adicionales se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad...”**

**“...31. El estado civil y la situación familiar pueden establecer distinciones entre individuos por el hecho, entre otras cosas, de estar casados o no, de estar casados en un determinado régimen, de formar parte de una pareja de hecho o tener una relación no reconocida por la ley, de ser divorciados o viudos, de vivir con más parientes que los estrictamente pertenecientes al núcleo familiar o de tener distintos tipos de responsabilidades con hijos y personas a cargo o un cierto número de hijos. La diferencia de trato en el acceso a las prestaciones de la seguridad social en función de si una persona está casada o no debe justificarse con criterios razonables y objetivos. También puede producirse discriminación cuando una persona no puede ejercer un derecho consagrado en el Pacto como consecuencia de su situación familiar, o sólo puede hacerlo con el consentimiento del cónyuge o el consentimiento o el aval de un pariente...”**

*“37. La aprobación de leyes para combatir la discriminación es indispensable para dar cumplimiento al artículo 2.2... También deben revisarse periódicamente, y modificarse en caso necesario, las demás leyes, para asegurarse de que no discriminen, ni formal ni sustantivamente, en relación con el ejercicio y el goce de los derechos recogidos en el Pacto...”* (conf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General nº 20, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, E/C. 12/GC/20, de 2 de julio de 2009).



La reforma constitucional argentina de 1994 ha conferido jerarquía constitucional a varios tratados, declaraciones y pactos internacionales de derechos humanos, entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La jerarquía constitucional precitada ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22, párr. 2º de la Constitución Nacional), esto es, tal como la mencionada Convención rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.

De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (conf. arts. 75, C.N., 62 y 64 de la Convención Americana y 2º de la ley 23.054; C.S.J.N., 7/4/95, “Girolodi, Horacio David y otro s/recurso de casación”, L.L. 1995-D, p. 463).

El referido criterio fue reiterado por nuestro más Alto Tribunal en su actual composición (conf. C.S.J.N., 3/05/2005, V.856.XXXVIII, Recurso de Hecho “Verbitsky, Horacio s/habeas corpus”; 14/06/2005, “Simón, Julio Héctor y otros”, L.L. 2005-D, p. 845).

El máximo tribunal argentino ha extendido este criterio a la labor de interpretación y aplicación de normas internacionales realizada por otros organismos internacionales, tales como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en especial a través de las Observaciones Generales (conf. C.S.J.N., T. 205. XLIV., 31/03/2009, “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/Gulf Oil Argentina S.A. y otro”).

En virtud de los criterios expuestos y de los seguidos por el Supremo Tribunal Federal en el caso “Mazzeo, Julio Lilo y otro” mencionado en el considerando II), cabe concluir que las sentencias y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y, en general, las opiniones y decisiones adoptadas por los organismos internacionales de fiscalización y aplicación de los tratados, pactos y declaraciones internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional y supralegal deben servir de guía insoslayable para su interpretación y aplicación por los tribunales argentinos.

Desde la perspectiva delineada precedentemente, la exclusión de la concubina del derecho a la reparación del daño moral en caso de muerte de su compañero es discriminatoria, pues la diferencia de trato respecto de la cónyuge supérstite no está justificada con criterios razonables y objetivos, delineados a la luz de una interpretación dinámica y evolutiva.

En el contexto socio-cultural actual no se advierte cuál sería la finalidad legítima del mantenimiento de la exclusión de la concubina de la tutela pretendida, ni cuál sería la relación de proporcionalidad entre esa marginación y aquella supuesta finalidad.

Tampoco existen evidencias empíricas irrefutables que permitan sostener que la dolorosa repercusión que importa la pérdida del cónyuge en el plano espiritual resulte substancialmente diferente a la que pueda experimentar la concubina como consecuencia del fallecimiento de su compañero.

La solución propuesta en este voto se ajusta al postulado del derecho de daños que propugna, como principio general, la reparación de todo daño, por considerarlo intrínsecamente injusto, máxime cuando la lesión a los intereses espirituales del sobreviviente resulta indudable, como en el caso de la concubina.

A partir de la concepción del daño como lesión a un interés jurídico, patrimonial o extrapatrimonial, ello sucederá, sin distinción, cuando se altere la situación de provecho respecto de ciertos bienes que tienen la aptitud de colmar necesidades económicas o

espirituales del sujeto, afectando su poder de actuar hacia el objeto de satisfacción (bien jurídico), sea aquél legítimo (situación jurídica de provecho) o de hecho (situación fáctica de provecho, pero generadora de una expectativa lícita de mantenerse en ese estado potencialmente satisfactivo).

Desde esta perspectiva, se advierte claramente que la concubina ostenta calidad de damnificada indirecta también en el ámbito de las expectativas espirituales, al frustrarse su interés extrapatrimonial lícito en la vida de su compañero, a partir de la cual abastecía requerimientos afectivos notorios.

El rechazo de la posibilidad indemnizatoria en estos casos se asemeja más a la sanción a una conducta -la convivencia sin matrimonio- que a una adecuada respuesta en base al derecho de daños, a partir de cuyos postulados, reglas y principios, no puede convalidarse, máxime tratándose de una situación de hecho lícita y, por ende, de igual entidad cualitativa para el derecho privado (conf. Boragina, Juan Carlos, “Inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil”, RCyS 2007,591).

En casos como el presente, donde el daño moral aparece tan manifiesto ante la estabilidad y permanencia en la vinculación afectiva y el compromiso vital entre la persona que reclama y la persona fallecida, la circunstancia de que ambas no hayan estado unidas por un vínculo matrimonial no puede dejar sin respuesta una petición de resarcimiento, toda vez que el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero: *alterum non laedere*, consagrado por el art. 19 de la Constitución Nacional se encuentra entrañablemente vinculado a la idea de reparación de los daños causados, incluido el daño moral (conf. C.S.J.N., Fallos: 308:1118; 315:780, 1731, 1892 y “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A., 21/09/2004). Por otra parte, de no admitirse la legitimación de la concubina para el reclamo de la reparación del daño moral como consecuencia de la muerte de su compañero, la ley no protegería de igual manera -en el derecho de daños- a la familia extramatrimonial que a la matrimonial, cuando el daño causado es substancialmente igual y la protección que las normas de jerarquía constitucional y supralegal otorgan a la vida familiar no distinguen entre las familias generadas a partir de un matrimonio civil y las constituidas por quienes no están unidos por ese vínculo (conf. arts. 14 bis, párr. 3º y 75, inc. 22, C.N.; 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo que corrobora la conclusión expuesta precedentemente acerca del carácter discriminatorio de la exclusión de la concubina por el art. 1.078, C. Civ.

En el mismo sentido se ha expedido recientemente la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (sent. del 14/09/2011, “R., A. H. c/Kelly, Santiago y otros”, La Ley 2011-E, p. 585).

Por las razones expuestas, propicio declarar en el presente caso la inconstitucionalidad del art. 1.078, C. Civ., y admitir la legitimación de Carmen Umaña Navarro para reclamar por derecho propio la reparación del daño moral como consecuencia de la muerte de Remberto Fernández.

Debe tenerse por configurado en el “*sub-lite*” el detrimento espiritual padecido por la actora como consecuencia de la muerte del concubino. Aun cuando el dolor no puede medirse o tasarse, ello no impide justipreciar la satisfacción que procede para resarcir — dentro de lo humanamente posible— las angustias, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida por la Sra. Umaña Navarro.

A los fines de la fijación del quantum, debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (Fallos: 316:2894; 321:1117; 325:1156; 326:820 y 847; 330:563 y 332:2159).

En virtud de las consideraciones expuestas, propicio fijar la indemnización por daño moral en la suma de \$ 100.000.

**IV)** Con la salvedad anterior y lo que diré más adelante, ad-hiero a la solución propuesta por la Dra. García Margalejo a las demás cuestiones substanciales que motivan la intervención de la alzada.

**V)** De prosperar mi criterio el monto de condena a favor de Carmen Umaña Navarro por derecho propio ascenderá a \$ 565.291, con más los intereses fijados en la instancia anterior, tópico que no fue cuestionado por las partes.

**VI)** De conformidad con lo dispuesto en el art. 279 del C.P.C.C.N. corresponde dejar sin efecto lo resuelto en primera instancia en materia de costas y honorarios y expedirse originariamente al respecto, lo que torna abstracto el tratamiento de los recursos pertinentes.

Sugiero imponer las costas de primera instancia a ambas co-demandadas por haber resultado vencidas en la acción entablada por reparación integral en forma solidaria en lo que respecta a honorarios del perito, letrados de la parte actora y tasa judicial (cada accionada carga con los emolumentos de sus propios abogados; conf. arts. 68, C.P.C.C.N. y 155, L.O.).

Considerando la naturaleza, complejidad y monto del proceso, el resultado obtenido, y la calidad, eficacia y extensión de los trabajos profesionales cumplidos, propicio regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora, los de la demandada M y G Construcciones S.R.L., los de la demandada Mapfre Argentina A.R.T. S.A. y los del perito ingeniero, en el 16%, el 12%, el 12% y el 6%, respectivamente, porcentajes todos calculados sobre el capital de condena con más los intereses (conf. arts. 38, L.O.; 6, 7, 9, 19, 37, 39 y concs. y ley 21.839).

**VII)** Auspicio imponer las costas de la alzada a cargo de ambas codemandadas (conf. arts. 68, C.P.C.C.N. y 155, L.O.), en forma solidaria en cuanto a los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora (cada accionada carga con los emolumentos de sus propios abogados), y regular a la representación y patrocinio letrado de la parte actora, y de cada una de las codemandadas en el 25% de lo que a cada uno le corresponda percibir por su labor en la anterior etapa (conf. art. 14, ley 21.839).

**EL DOCTOR ENRIQUE NESTOR ARIAS GIBERT** manifestó: Que por análogos fundamentos adhiere al voto del Dr. Oscar Zas.Sr.

En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, **el TRIBUNAL POR MAYORIA RESUELVE:** 1º) Modificar la sentencia apelada en el sentido de elevar el capital de condena el que ascenderá a la suma total de OCHOCIENTOS SESENTA MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS (\$ 860.336), de la cual QUINIENTOS SESENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y UN PESOS (\$ 565.291) corresponde a CARMEN UMAÑA NAVARRO y DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL CUARENTA Y CINCO PESOS (\$ 295.045) a la hija menor de aquella SARA FERNÁNDEZ UMAÑA, representada por la madre, con más los intereses fijados en la instancia anterior, y hacer extensiva la condena en forma solidaria y por la reparación integral fijada a MAPFRE ARGENTINA A.R.T. S.A. 2º) Confirmarla en lo demás que fue

materia de recursos y agravios, excepto lo que se dispone a continuación. 3º) Costas y honorarios de primera instancia según lo sugerido en el considerando **VI**) del segundo voto. 4º) Costas y honorarios de segunda instancia según lo propuesto en el considerando **VII**) del segundo voto. Regístrese, notifíquese a la Defensora de Menores de Cámara y a las partes y devuélvase. Con lo que terminó el acto, firmando los señores jueces por ante mí, que doy fe.

María C. García Margalejo Oscar Zas  
Juez de Cámara Juez de Cámara  
Enrique Néstor Arias Gibert  
Juez de Cámara

FUENTE: [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar)