

EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN LA ARGENTINA¹



Dr. Pascual Eduardo Alferillo

I. Introducción.

En las últimas décadas del siglo XX, los autores especializados en Derecho Privado recrearon una ardua polémica por imponer su impronta en lo que se consideraba una necesidad jurídica ineludible para los tiempos, como era la unificación del Derecho Civil con el Comercial. [1]

Sin lugar a duda este debate de los ius privatista y la focalización de los publicistas en la valoración de la oportunidad y mérito político de la reforma de la Constitución realizada en el año 1994, no permitió vislumbrar rápidamente en el análisis teórico de los juristas y, menos aún, su consagración general en la doctrina judicial, la profunda transformación normativa que expandía la reforma constitucional al punto de fijar una nueva concepción axiológica en la Ley Suprema.

Para comprender esta fenomenología vale recordar las explicaciones del profesor Alpio Silveira quién, siguiendo las enseñanzas de Cantaro Ferrini, describía como podía ser la actuación de una ley luego de ser sancionada e ingresar en el sistema normativo de un país para decir como conclusión que “la disposición de ley, una vez emitida, es, pues, dentro de cierto límites, independiente del legislador: se desenvuelve, evoluciona, se amplía, se restringe, por vías propias y por su fuerza intrínseca[2]”.

En la misma línea de preocupación, Moisset de Espanés señaló respecto del cambio social en su vínculo con el cambio legislativo, que “de una u otra manera, tarde o temprano, el cambio producido en las condiciones de vida de la comunidad incide sobre su sistema jurídico, provocando los necesarios ajustes. Y como la experiencia demuestra que el cambio legislativo marcha en muchas oportunidades por detrás del cambio social, la renovación del sistema queda con frecuencia en manos de quienes deben aplicar el derecho, que se esforzarán por llenar el vacío legal que ha creado la transformación social [3]”.

De igual modo, aseveraba que “aún en el caso de considerar a los preceptos jurídicos como puros mandatos de la autoridad, el cambio social tendrá influencia sobre ellos en la medida en que la sociedad se resista a regirse por tales mandatos cuando no se adecuen a las necesidades que las circunstancias de tiempo y lugar imponen. Si la norma-mandato no responde a la realidad social, o está en franca contradicción con las necesidades del cuerpo social, no será obedecida y caerá en desuso, como sucede con tantas leyes” [4].

Más adelante, al profundizar el tema descubre que “la relación "cambio social - cambio legislativo" no se manifiesta únicamente en la influencia del primero sobre el segundo; por el contrario, entre estos dos hay una interinfluencia. El cambio legislativo puede ser vehículo, o motor,

¹ Publicado: Revista Iberoamericana de Derecho Privado - Número 7 - mayo 2018 - Derecho Privado y Constitución, Fecha: 23-05-2018, Cita: IJ-DXXXIV-709.

del cambio social; pero cuando el legislador pretenda utilizar el ordenamiento jurídico para encauzar la realidad por nuevas sendas, deberá hacerlo con suma prudencia, para conseguir una modificación paulatina de la vida social” [5].

Estas enseñanzas constituyen una guía para el estudio de la influencia de la renovación constitucional sobre el Derecho Civil.

II. El vínculo entre la Constitución Nacional y el Código Civil.

La reforma constitucional del año 1994 inició, sin lugar a hesitación, una nueva etapa en la vinculación entre la Norma Suprema y el Derecho Privado argentino, al reconocer jerarquía preferente a los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos suscriptos por la Nación Argentina que se enumeran en el inc. 22 del art. 75.

Históricamente, la Constitución Nacional sancionada en 1853 y sus posteriores reformas (1860), más allá de fijar la organización de la estructura del Estado Argentino, estableció, en su primera parte, las Declaraciones, Derechos y Garantía que para esa época se entendían con rango superior.

La vinculación jerárquica quedó perfectamente definida, en el art. 31, al reconocer para la codificación civil y comercial un nivel inferior, al punto que autoriza al Congreso Nacional a dictar la misma, conforme el original inc. 11 del art. 67.

El profesor Lorenzetti, cuando estudió la relación, encontró una zona de tensión ideológica entre estos cuerpos normativos motivados por el distinto origen de los antecedentes inspiradores. Al respecto recordaba que “la doctrina jurídica argentina en el derecho privado y de la responsabilidad, es de inspiración europea” y que por el contrario “la Constitución Nacional tiene una indudable raigambre anglosajona, y ello ha llevado a que la Corte Suprema se remita permanentemente a la similar de los Estados Unidos, que es la intérprete constitucional en aquel país”.

A partir de ello, denuncia que “la tensión es evidente, sobre todo en lo que refiere al derecho privado patrimonial: La Corte cita preferentemente autores norteamericanos; la doctrina a los franceses, italianos y alemanes. No se trata, aclara el autor, de una disputatio académica. El derecho continental europeo está basado en un capitalismo con muchas regulaciones, participación estatal, y orientación social, mientras que el anglosajón es estrictamente liberal, lo cual tiene enorme trascendencia a la hora de legislar, interpretar y aplicar el derecho” [6].

Este análisis es relativamente cierto en el tiempo y si lo circunscribimos estrictamente a la vinculación de la Constitución Nacional con el Derecho Civil, pues no se puede desconocer que con la sanción de la Constitución de 1949[7] se inicia la etapa del constitucionalismo social en nuestra dogmática, más allá de la resistencia opuesta por las interpretaciones liberales, que es irremediamente aceptada, a pesar de la total derogación de la reforma, en el art. 14 bis que elevó a rango constitucional los derechos sociales, gremiales y asistenciales de los trabajadores.

A partir de ese tiempo ya no se puede hablar de una constitución con ideología liberal e individualista; estas ideas políticas, evidentemente, habían sido morigeradas en la sociedad y en la normativa, al punto que permite aseverar la vigencia del constitucionalismo social.

La situación es descrita por Zarini, cuando señaló que “del anterior constitucionalismo clásico o moderno al constitucionalismo social, media todo un cambio en la sociedad y se registra una doble transformación a nivel del Estado y a nivel de los derechos de las personas: a) del Estado abstencionista se pasó al Estado intervencionista; b) se complementaron los derechos individuales con la incorporación de derechos sociales y económicos” [8].

Por su parte, Ramella señala que “una democracia es social, cuando reconoce jurídicamente los grupos sociales que integran el Estado (familia, gremios, escuelas) y los derechos de carácter social (trabajo, propiedad)” [9].

El proceso político que promovió la derogación de la Constitución del año 1949 no pudo soportar la presión del cambio socio - económico acaecido en la sociedad argentina y debió resignar su ideología liberal aceptando la incorporación del art. 14 bis que tuvo influencia directa en la normativa laboral y en la previsión social.

En cambio, las relaciones civiles no recibieron la influencia constitucional de un modo directo, sino que el avance de las políticas intervencionistas conocidas bajo la denominación del “estado de bienestar”, “welfare state”, etc., produjo que el Estado ejerciera un control directo sobre algunas relaciones particulares en las cuales había interés social en su regulación. En todos estos casos, el intervencionismo estatal tenía su origen legal en normas infra constitucionales dado que no existía una referencia directa en la Norma Superior. [10]

En ese marco, el Derecho Civil se fue adecuando a los cambios sociales con el dictado de normativas particulares y con la reforma parcial de su codificación, sin recibir formalmente la influencia de alguna reforma constitucional hasta la Constituyente de 1994.

Por el contrario, como señala Picasso, “si bien nunca se desconoció que el derecho privado, como cualquier otra rama jurídica, se encuentra sometido a los principios y normas constitucionales, la dogmática civilista moderna (esto es, la elaborada a partir de la codificación) prescindió en general de vincular directamente sus construcciones con el derecho constitucional: bastaba con el Código Civil [11]”.

De igual modo se verifica en la evolución del Derecho comercial que era considerada una rama especial, reguladora de la actividad de un sector de la sociedad que permaneció impasiblemente alejado de los avatares constitucionales, produciendo sus reformas de un modo independiente (Ley N° 19.551 Sociedades comerciales; N° 19.551 de Concursos y quiebras, entre otras)

En ese contexto, la renovación del texto constitucional introdujo poco a poco a la doctrina autoral y judicial nacional en la problemática que ya era estudiada en países europeos, relacionada con el alcance de la influencia del contenido reformulado de las Constituciones en el Derecho de cada país, en especial en el civil.

El movimiento interpretativo se lo conoce bajo la denominación de “Derecho Civil constitucional” generado, fundamentalmente, a partir de la incorporación al texto constitucional de figuras que anteriormente eran consideradas exclusivas de la esfera jus privatista. [12]

El profesor Rivera advertía, en nuestro país, “una constitucionalización de materias del Derecho Privado por reconocimiento directo de nuevos derechos y garantías constitucionalmente amparados y por vía de reconocimiento del rango constitucional de tratados que regulan materias de Derecho Civil” [13].

Para este autor, los nuevos textos constitucionales no hacen sino reconocer ese carácter “constituyente” del Derecho Civil, incorporando algunos de sus principios a la Constitución formal” [14]. A esta conclusión arriba luego de transcribir el pensamiento de autores europeos que estiman que el Derecho Civil Constitucional no es Derecho Constitucional, sino Derecho Civil formalmente integrado en la Constitución [15]. Ello por cuanto le concede al Derecho Civil codificado un carácter “constituyente” al suplir la carencia en la Constitución formal de verdaderas reglas de derecho, pues esa constitución formal era un programa de acción política que se dirigía a organizar los poderes del Estado. [16]

La relación entre la Constitución y el Código Civil en España o en Francia no puede ser trasladada, sin un adecuado estudio, a la experiencia argentina sobre el tema. En primer lugar, se debe tener presente, la inestabilidad de la historia constitucional europea que contrasta abiertamente con la

estabilidad de su codificación civil. Este fenómeno permitió a los autores antes referenciados entender que la nacionalidad jurídica encontraba su pilar normativo central en el Código Civil de cada país, que habían calificado de “constituyente”.

Este criterio podemos remontarlo en sus orígenes ideológicos al pensamiento de Thibaut cuando vislumbró en su célebre obra denominada “Sobre la necesidad de un Derecho Civil común para Alemania”, en la cual marcó la importancia que tenía la sanción del código sustancial para consolidar la nacionalidad. El vínculo entre el Código Civil y la nacionalidad en Europa fue más fuerte que el creado por sus constituciones que eran permanentemente reformuladas conformes a los intereses cambiantes de sus vaivenes políticos. [17]

En cambio, en nuestro país la estabilidad de la Ley Suprema ha sido muy importante, al punto que actualmente rige con las reformas que se le introdujeron en 1960, 1866, 1898, 1957 y 1994, la Constitución de 1853 que dio origen a nuestro Estado Nacional. El único intento de derogación total del año 1949 fue dejado sin efecto al poco tiempo.

Por su parte, el Código Civil fue sancionado a posteriori por el Congreso Nacional el 25 de setiembre de 1869 (Ley 340), en cumplimiento de la delegación conferida por la Constitución Nacional. Y, precedentemente, había sido dictado el Código de Comercio como Ley N° 15 en fecha 10 de setiembre de 1862.

En otras palabras, en nuestra dogmática, el “núcleo normativo constituyente” del Estado, se encuentra redactado en la propia Constitución Nacional y no en el Código Civil (menos aún en el Código de Comercio), el cual acompañó el proceso de consolidación de la identidad nacional.

En este apartado es necesario recordar el pensamiento de Alberdi sobre el tema cuando dijo que “la Constitución debe dar garantías de que sus leyes orgánicas no serán excepciones derogatorias de los grandes principios consagrados por ella, como se ha visto más de una vez”. Ello por cuanto entendía que “las leyes civiles de tramitación y de comercio se modifiquen y conciban en el sentido de las mismas tendencias que deben presidir a la Constitución, de la cual, en último análisis no son otra cosa que leyes orgánicas las varias ramas del derecho privado”. [18]

A partir de las razones expuestas, debemos descartar la idea de la elevación de rango de un “núcleo normativo constituyente” existente en el Código Civil argentino a la Constitución reformada en 1994[19]. Y, a la par, aseverar que el cambio social operado fue notable al punto que no se conoce resistencia doctrinaria ni política sería contra las modificaciones introducidas en su parte dogmática por la última Constituyente.

Ahora bien, es importante recordar en este punto que el liberalismo de origen estadounidense que influyó en la redacción de la Constitución de 1853, centralizó su énfasis garantista en el derecho de propiedad (art. 17) y en la libertad de comercio (arts. 9, 10, 11 y 12) que eran la piedra basal para desarrollar una economía incipiente inspirada en ese signo.

Esta selección de prioridades que la norma recepta fue descrita por Sarmiento, al comentar la Constitución Nacional, cuando marca la necesidad de garantizar el orden social a través de la ley para permitir el fomento del comercio y con ello atraer a los inmigrantes para poblar nuestro país. [20]

En ese tiempo jurídico, al ser humano se lo rescataba como un elemento más de la relación de derecho, pero no como el factor central de todo el ordenamiento normativo. En ese sentido, se observa que el art. 14 protege la libertad para elegir lo que puede hacer civilmente (trabajar, ejercer industria lícita, navegar, comerciar, de tránsito, de usar su propiedad, etc.). En los arts. 15, 16, 18 y 19 aseguran los beneficios de la libertad con la abolición de la esclavitud, el formal reconocimiento de la igualdad ante la ley, las garantías procesales y la exclusión de las acciones privadas de la autoridad de los magistrados.

Por su parte, el acotado alcance normativo del constitucionalismo social quedó plasmado en el art. 14 bis que fijó su protección en la actividad laboral que podía llevar a cabo el ser humano, pero no en el mismo.

A nuestro entender, anticipamos, el mérito central de la reforma 1994 fue poner su esfuerzo transformador para rescatar al ser humano en sí mismo, desplazando en la jerarquía superior a los otros importantes derechos que genera su actuación social o económica [21].

III. Cambio del centro de preferencia constitucional: del patrimonio al Ser Humano.

La reforma constitucional de Santa Fe reconoce en la parte dogmática “nuevos derechos y garantías” (Capítulo Segundo – Primera Parte), enumerando, en el art. 41, el derecho a un ambiente sano y equilibrado, en el art. 42, la protección de consumidores y usuarios y, en el art. 43, una acción rápida y expedita para proteger, entre otros derechos los datos sensibles de la persona. [22]

A su vez, en el inc. 22 del art. 72, reconoció jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales relacionados con la plena consagración internacional de los Derechos Humanos que enumera con la limitación de no derogar artículo alguno de la Primera Parte y ser complementarios de los derechos allí reconocidos.

Un repaso mínimo por el contenido de los Tratados Internacionales trae plena convicción que la ratio constitucional se focaliza en reconocer la personalidad jurídica de la persona humana marcando que entre ellas no existen diferencias. Donde hay un ser humano existe siempre una persona para el Derecho.

Ello fue expresado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando precisó “a los fines de establecer el sentido de la voz "persona" enunciada en el art. 8º, párr. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Adla, XLIV-B, 1250), es válido recurrir al Preámbulo y al art. 1 del citado ordenamiento, los cuales establecen que "persona" significa todo ser humano. Ello en virtud de la aplicación, por un lado, de la pauta de hermenéutica según la cual cuando una ley es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo no cabe sino su directa aplicación y, por el otro, del principio conforme el cual las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos, debe entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los Estados contratantes” [23].

En el mismo nivel se coincide en reconocer la máxima ubicación en la jerarquía normativa, al derecho a la vida, a la integridad de su persona, a la libertad e igualdad que tiene todo ser humano.

Sobre el particular Ekmekdjian sostiene que “los derechos personales tienen jerarquía superior a los patrimoniales. En efecto, los segundos dan una infraestructura económica destinada a posibilitar la realización de la persona humana, es decir de los primeros. A tal punto esto es así que los derechos patrimoniales pueden ser renunciados por el titular, en cambio los derechos personales, en principio, no” [24].

Este autor sistematiza la jerarquía de los derechos civiles de la siguiente forma: 1º) Derecho a la dignidad humana y a la libertad de conciencia. 2º) Derecho a la vida, a la integridad física, a la intimidad, a la educación. 3º) Derecho a la información. 4º) Los restantes derechos personales, en primer lugar, los “Derechos –fines” y luego los “Derechos-medios”. 6º) Los derechos patrimoniales. [25]

Sin lugar a duda, la reforma constitucional del año 1994, modificó definitivamente el clásico paradigma normativo nacional ubicando al ser humano, al hombre, por encima de los derechos patrimoniales.

Así es entendido por la Corte de Justicia Nacional, al interpretar el plexo constitucional, cuando sostuvo que “el derecho a la vida -comprensivo de la preservación de la salud- es el primer derecho de la persona humana reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, ya que siendo el hombre el centro del sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable y constituye el valor fundamental respecto del cual los demás valores tienen siempre carácter instrumental [26]”.

Este criterio fue reiterado por la Corte Federal en distintos pronunciamientos [27] para llegar al expreso reconocimiento de que “el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental [28]”.

En esta línea evolutiva del Máximo Tribunal resulta oportuno destacar, la conexión que formulan, en la disidencia parcial, los Dres. Maqueda y Rueda con otros derechos vitales en el caso “Mesquida”, cuando consideran que “la vida es el primer derecho de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva y que su efectiva tutela se encuentra enlazada a otros derechos tales como la integridad psíquica y física, la protección integral de la familia, el derecho a una reparación integral en los términos del deber constitucional de no dañar a otro[29]”.

La decisión constitucional de priorizar al ser humano en sí propio, por encima de sus derechos patrimoniales, tiene influencia al momento de adoptar una decisión frente a una hipótesis de conflicto entre estos valores. Pues, sin la menor hesitación, la hermenéutica debe ser in dubio pro homini, siempre en favor del ser humano. [30].

Ello viene a colación por cuanto el Código Civil ha mantenido su estructura original que regula todo lo concerniente al ser humano como elemento de los vínculos jurídicos, concentrando su esfuerzo reglamentario en la estructura del patrimonio y su dinámica.

Ello necesariamente conduce a una zona de concurrencia e influencia reglamentaria entre el contenido de la Constitución Nacional y el Código Civil, de cuya interesante temática, en estas reflexiones limitaremos únicamente a verificar su desarrollo en la esfera comprendida por el Derecho de Daños.

IV. Primera etapa. Inicio del proceso de constitucionalización del Derecho Civil.

La influencia reformadora de la Constitución Nacional sobre el Derecho Civil, evidentemente, no se da del modo tradicional con la derogación total o parcial de su normativa por una nueva ley.

Por el contrario, la Ley Suprema ha introducido al plexo normativo argentino nuevos paradigmas presididos por el imperio de los Derechos Humanos que han generado una zona de tensión hermenéutica entre los cuerpos normativos bajo análisis, a los cuales la doctrina judicial y autoral han procurado buscar respuestas adecuadas a los tiempos actuales.

El conflicto interpretativo se da no de un modo genérico, sino que las disputas interpretativas se presentan de modo puntual, cuando las normas reglamentarias de algunas instituciones entran en colisión con las directivas consagradas en la Constitución.

Es por ello, brevemente, se efectuará un repaso de los casos en los cuales se observó la pugna normativa que se manifiestan con mayor claridad en las relaciones de familia con la incorporación del “Interés Superior del Niño” y en el Derecho de Daños donde se comienza a priorizar a la víctima y en el derecho de los contratos.

IV.1. Influencia transformadora del Interés Superior del Niño.

El art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional expresamente incorporó al máximo rango normativo a la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por Ley N° 23.849 – B.O. 22/10/1990) que fuere reglamentada mediante el dictado de la Ley N° 26.061 (B.O. 26/10/05).

La irrupción normativa en el máximo rango del “Interés Superior del Niño” generó zonas de conflictos con las tradicionales soluciones que se daban a los desencuentros de intereses en los que se encontraban involucradas personas menores de edad.

Así, en el ámbito del derecho judicial se marcaron pautas muy claras en las cuales se privilegiaba la ventaja estatuida para los niños.

En general, se consideró como criterio hermenéutico que “la necesidad de una protección especial de la infancia enunciada en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su art. 3°, proporcionan un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, debiendo tenerse en consideración aquella solución que les resulte de mayor beneficio [31]”.

Ello por cuanto “el principio del interés superior del niño condiciona las decisiones de los tribunales de todas las instancias llamadas al juzgamiento de los casos, incluyendo, obviamente, a la Corte [32]”, dado que “el art. 3, ap. 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño orienta la interpretación y aplicación de todo el plexo normativo, tarea en la cual se ha de tener como consideración primordial el interés superior del menor [33]”.

En la aplicación práctica y concreta de este criterio interpretativo se ha definido que “el concepto de “interés superior del niño” consagrado en los art. 3.1 y 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693) debe ser preferido por los jueces sobre los demás derechos de los padres y de la familia, al momento de decidir los conflictos que impliquen la tenencia de menores [34]”.

De igual modo, se debe tener en cuenta este principio rector de las decisiones judiciales cuando se deba definir la puja por la tenencia de los menores entre los padres [35] o entre quién lleva a cabo la guarda frente al interés de recupero de los progenitores biológicos [36].

También se aplicó el principio para definir por la negativa sobre la pretensión de cambiar el colegio donde cursaba el menor [37].

Finalmente, para cerrar éste breve enunciación de casos relacionados con menores, sobresale la limitación que se le impone a la prensa relacionado con la publicitación de sus actos [38].

La influencia transversal del principio receptado por la Constitución que comentamos en este apartado se pone de resalto en el ámbito procesal como un modo de asegurar efectivamente el cumplimiento sustancial de las ventajas programadas para los niños.

En ese sentido, se puede citar la directiva de abandonar las formalidades cuando estas atenta con la pronta solución del conflicto en el cual se encuentra involucrado el menor.

En esa dirección se juzgó que “cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional [39]”.

En cuanto a la competencia de los tribunales se especificó que “cuando se trata de actuaciones cuyo objeto atañe a menores se debe otorgar primacía al lugar donde éstos se encuentran residiendo, ya que la eficiencia de la actividad tutelar torna aconsejable una mayor intermediación del juez de la causa con la situación de los mismo, solución que es la que mejor se compadece con la finalidad

tuitiva de la "Convención sobre los Derechos del Niño", que dispone atender el superior interés del niño en todas las medidas a tomar concernientes a ellos -art. 3° del Convenio y art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional"[40].

IV.2. De la capacidad a la competencia del niño en la toma de decisiones sobre derechos personalísimos.

El derogado Código Civil adoptó un sistema estanco para determinar la capacidad civil de las personas, fijando la mayoría de edad en los dieciocho años, conforme el art. 126. Además, preciso que son menores impúberes, aquellos que no han cumplido con la edad de catorce años, de acuerdo al art. 127.

Por su parte, el art. 921 establece que los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos, por menores de diez años.

La determinación de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la necesidad de escuchar la opinión de los menores en los temas de su incumbencia especialmente relacionados con sus derechos personalísimos [41], puso en la mesa de las discusiones, la validez de la calificación tradicional frente a la necesidad de proveer un sistema apto para evaluar la opinión de los menores.

Para procurar una solución a los problemas que se presentan a partir de la inserción de los Derechos Humanos al ámbito de los niños, se comenzó a impulsar el concepto de "competencia" como la aptitud para comprender la dimensión del problema que se le presenta al menor y, en el cual está involucrado, para dar su opinión sobre el mismo. [42]

La competencia del menor no está asociada a su capacidad civil sino a su particular proceso de madurez que le es propio conforme a la experiencia de vida que haya tenido. [43]

En este sentido, Verhellen señala que "el reconocimiento de los niños como personas completamente legales implica no solo el reconocimiento de que tienen derecho, sino también, y más especialmente, que son capaces de llevar a cabo estos derechos por sí mismo, lo cual nos lleva a la cuestión de la competencia [44]".

En la doctrina judicial de nuestro país se ha sostenido que "conforme lo normado por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693), posee jerarquía superior a las leyes, estableciendo dicho ordenamiento que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales, deberá considerarse primordialmente el interés superior del niño, garantizando el art. 12, al número que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente, dándole en la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo involucre[45]".

De igual modo y concretamente se juzgó que "la falta de capacidad civil del menor que solicitó, por medio de sus padres, autorización para realizarse una operación tendiente a adecuar su sexo, no constituye obstáculo para que su decisión pueda ser considerada como autónoma, por cuanto tal incapacidad legal, es suficientemente suplida por su comprobada competencia —entendida como la capacidad del paciente para comprender la situación a la que se enfrenta, los valores que están en juego y los cursos de acción posibles con las consecuencias previsibles de cada uno de ellos para tomar, expresar y defender una decisión que sea coherente con su propio proyecto de vida y escala de valores— para la adopción de la decisión de que se trata, vinculada de manera directa con su propio cuerpo y su salud [46]".

IV.3. La preeminencia del derecho a la identidad.

En la estructura normativa del Código Civil se prevé la posibilidad que la paternidad pueda ser impugnada tanto por el presunto padre como por el propio hijo conforme reglamenta el art. 259, reformulado por la Ley N° 23.264 (B.O. 23/10/85).

Este artículo estatuye un régimen diferencial, pues al progenitor le impone el plazo de caducidad de un año a partir de la inscripción del nacimiento para impetrar la impugnación, en cambio, para el hijo, la posibilidad de reclamar la paternidad es imprescriptible.

La irrupción a partir de la reforma de 1994, en el máximo nivel jerárquico del derecho a la identidad del cual gozan todos los seres humanos para conocer fehacientemente cuál es su verdad biológica ha generado nuevos debates interpretativos.

En general, se ha entendido que “la determinación de la verdad en materia de filiación, cual es precisar si alguien es o no padre del reclamante, no puede entenderse que sea algo privado del demandado y que quede supeditado a que éste acepte o no someterse a las pruebas genéticas, pues en la materia se encuentra directamente involucrado el inalienable derecho a la identidad cuya satisfacción consulta en la especie el interés superior del menor cuya filiación se trata (arg. art. 3, apart. 1°, Convención sobre los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada mediante Ley N° 23.849 - Adla, L-D, 3693) [47]”.

En cuanto al ejercicio de la acción por los hijos la doctrina judicial ha decidido que “es procedente la acción de impugnación de paternidad intentada por un menor contra quien lo reconoció como hijo, pues la identidad filiatoria no puede sostenerse razonablemente en el mínimo de porcentaje que arrojó la prueba de compatibilidad —en el caso, 9,1—, máxime cuando no existen elementos que demuestren la existencia de hechos en un contexto familiar, que reflejen en conjunto, la práctica de una posesión de estado, como tampoco relación concubinaria alguna entre la madre del accionante y el demandado[48]”.

De igual modo se entendió que “es improcedente la excepción de cosa juzgada opuesta ante la promoción de una acción de filiación extramatrimonial, invocando el rechazo de las demandas acumuladas de impugnación de la paternidad y filiación extramatrimonial deducidas anteriormente por el actor, pues dicho decisorio expresó que la resolución adoptada lo fue sin siquiera entrar a analizar la eventual existencia de un vínculo biológico entre el reclamante y el pretense progenitor, debido a la ausencia de pruebas sobre el desplazamiento del estado de hijo[49]”.

Con relación a la factibilidad que el padre pueda ejercer la impugnación fuera del plazo de caducidad, se han posicionados dos tendencias en cuanto al test de constitucionalidad de la norma antes referenciada frente a la vigencia con rango superior del derecho a conocer la verdadera identidad de los individuos.

Por una parte, se encuentran fallos que indican que “es constitucional el Art. 259 del Código Civil en cuanto le impone al marido el plazo de caducidad de un año para promover la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, pues dicho plazo responde a una secular directiva que tiende a la seguridad jurídica a través de la consolidación del estado de familia, e implica, para quien no accionó en tiempo propio, la obligatoriedad de responsabilizarse por su propia omisión [50]”.

En contrario, se sostiene que “debe considerarse inconstitucional el art. 259 del Código Civil en cuanto niega al padre biológico legitimación para instar la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, si de las pruebas aportadas a la causa surge que el hijo menor de edad ha convivido toda la vida con él y su madre, y que ha cumplido con su rol de padre, asumiendo todos y cada uno de los deberes derivados de dicha situación, máxime cuando el ex marido de la progenitora se desatendió totalmente de su familia, abandonando el grupo conviviente y no compareciendo al proceso[51]”.

En el mismo sentido, se sostuvo que “es inconstitucional el Art. 259 del Código Civil en cuanto le impone al padre el plazo de caducidad de un año para promover la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, pues vulnera el derecho constitucional de identidad al desnaturalizarlo y privarlo de contenido, el de acceso a la justicia por cuanto le quita la posibilidad de elegir recurrir o no a reclamar la tutela jurisdiccional, el de igualdad en tanto dispensa un trato distinto a los diversos miembros de la relación paterno-filial y derechos patrimoniales en tanto padre e hijo ven comprometidos derechos actuales y eventuales como son la prestación alimentaria y el derecho sucesorio[52]”.

IV.4. La constitucionalización del derecho de daño.

Para ingresar al análisis de la influencia que ejerce la Constitución Nacional en el ámbito del Derecho de Daño, en primera instancia, se debe tener en cuenta la escasa evolución legislativa que ha tenido en nuestra dogmática nacional la normativa reglamentaria de la responsabilidad en el Código Civil.

Ello permitió asegurar que “uno de los aspectos más sorprendente del actualmente denominado Derecho de Daño, es justamente la mutación del contenido del “daño resarcible” que ha tenido a lo largo de la existencia del Código Civil. La misma, cabe consignar, no es producto de la evolución legislativa, sino por el contrario, es el resultado de las transformaciones socio-económicas acaecidas en la Argentina que motivaron profundas meditaciones de la doctrina de los juristas que a partir de la percepción de los cambios socio - económicos, procuraron compatibilizar los nuevos reclamos de justicia con la estática letra de la norma civil. En el mismo nivel de apremio se encuentra la doctrina judicial que a través de sus sentencias, intentó dar respuesta a las modernas exigencias de equidad de la sociedad. [53]

El trabajo de los juristas y magistrados motorizó la adecuación de las normas del Código Civil, en general, y de la responsabilidad civil, en particular, a los cambios sociales antes que la labor de los legisladores, produciendo el ensanchamiento de su ámbito de incumbencia.

Esta evolución interpretativa se observa claramente en la determinación del contenido del “daño resarcible” que pasó de comprender, como indemnizable exclusivamente la lesión de un derecho o interés protegido expresamente por la ley al “simple interés lícito”. La limitación traía, por ejemplo, la exclusión del concubino, la del pariente lejano alimentado por el fallecido, etc., de la legitimación para reclamar el daño material. [54]

De igual manera, se percibe la transformación en la evolución que se ha dado de la responsabilidad civil al derecho de daños, no solo en la denominación sino en la concepción ideológica, pues se pasó de centralizar el estudio de los factores de atribución para definir si el patrimonio del dañador debía responder por la indemnización a focalizar la preocupación en la víctima del daño, en como resarcirla más adecuadamente. Sobre el tema, Garrido Cordobera sostenía que “dada la situación actual de complejidad del mundo en que vivimos, la vulnerabilidad a la que estamos expuestos y los principios rectores de los Derechos de Daños, es que volvemos a sostener que la mejor herramienta con que se puede lograr la distribución de los daños para poder ser soportado por quién mejor pueda absolverlos, y que ellos no pesen sobre las víctimas inocentes de los daños injustamente sufridos [55]”.

Ahora bien, a prima facie se observa que la mentada reforma constitucional/94 introdujo la jerarquización del contenido humanista de los Tratados Internacionales y, con ello, una influencia directa sobre el derecho privado que mantenía incólume la letra de su normativa.

Esta transformación colocó a los juristas y magistrados en la tarea hermenéutica de medir la dimensión de la influencia en la normativa inferior.

En este contexto efectuaremos un breve repaso por las instituciones del derecho de daño donde se manifiesta el conflicto interpretativo.

IV.4.1. La consolidación constitucional del deber de no dañar.

La Corte de Justicia de la Nación, en fecha 5 de agosto de 1986, emitió tres pronunciamientos que se han constituido en hitos trascendentales en el tema, al marcar la estrecha vinculación entre el contenido de la Constitución Nacional y el Derecho de daños.

Así, en el caso “Gunther [56]”, como en “Santa Coloma [57]”, aseveró que el principio del alterum non laedere tiene su raíz constitucional en el art. 19 de la Constitución Nacional al entender que tanto las acciones públicas como las privadas son alcanzadas por la autoridad de los magistrados cuando perjudican los derechos de terceros quedando en la esfera de reserva personal únicamente las acciones privadas que no ofenden la moral pública ni el derecho de otro.

A partir de esta premisa se falló que “la responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 del Código Civil sólo consagra el principio general establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los “hombres” perjudicar los derechos de un tercero”. Razón por la cual “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 cualquier disciplina jurídica [58]”.

Como se colige, la hermenéutica de la Corte Federal, no sólo reconoce origen constitucional al deber de no dañar, sino que determinó el carácter de norma reglamentaria de la Constitución que tenía el Código Civil, razón por la cual la normativa privada expande su influencia a las otras disciplinas jurídicas.

Este criterio ha permanecido inalterable en la doctrina judicial de la Corte Federal y en los tribunales inferiores. [59]

Otro aspecto destacable de la sentencia dictada en “Gunther”, relacionado con la vinculación normativa en estudio, es la consagración de la igualdad ante la ley de los sujetos dañadores cuando juzgó que “ninguna disposición constitucional destaca la posibilidad de un tratamiento distinto entre las personas privadas o públicas (Estado) y el art. 100 de la Carta Magna menciona a la Nación como justiciable por cualquier clase de causa [60]”

Es decir, la reforma constitucional de 1994, ha consolidado la raigambre constitucional del principio de no dañar.

IV.4.2. El principio de la reparación integral.

La contracara del deber de no dañar es indudablemente el derecho de los damnificados a ser resarcidos de los menoscabos padecidos. Con relación a este derecho se pueden verificar dos estados en la evolución conceptual: El derecho de ser simplemente resarcido al derecho a obtener una “reparación integral”.

El resarcimiento que correspondía por cada tipo de daño padecido fue legislado por el Código Civil de un modo flexible, dejando al arbitrio judicial la valoración y cuantificación de los mismos.

Es por ello que el estudio de la evolución del concepto de daño resarcible en la doctrina civilista resulta importante dado que, sobre la base de la labor de los autores y jurisprudencia, se amplió su contenido.

En cambio, es del ámbito del análisis de la constitucionalidad de las sentencias donde surge el concepto de “reparación integral” que fue sistemáticamente empleado para medir la existencia o no de arbitrariedad en la valoración y cuantificación de los perjuicios realizada por los tribunales inferiores.

En este sentido, se verifica de la lectura de los fallos emitidos por la Corte Suprema de la Nación que el término no es de empleo exclusivo del derecho resarcitorio aquiliano, sino se lo ha utilizado para medir la justicia de las indemnizaciones en las expropiaciones [61] y en el cumplimiento de las retribuciones en las contrataciones para realizar obras públicas [62], en la actualización monetaria [63] [64], etc.

La Corte Federal no ha sido muy elocuente en conceptualizar en sus fallos el carácter constitucional del derecho a la reparación integral sino, como se expresó supra, lo utiliza como parámetro cuando realiza, en concreto, el análisis de arbitrariedad de los fallos.

Por ello que adquiere una especial atracción para el investigador transcribir los fallos en los cuales se fija un concepto del derecho a la reparación integral.

En esa dirección, con el voto de Luis María Boffi Boggero sostuvo que “el principio de la reparación integral que gobierna, entre otros, a la responsabilidad “aquiliana”, exige que se coloque a los damnificados en las mismas condiciones en que habrían estado de no haberse producido el hecho ilícito [65]”. Esta opinión, sin duda, autorizaba a trasponer los límites resarcitorios impuestos en la reglamentación civil, pues se pasaba de la reparación legalmente autorizada a la posibilidad de resarcir otros rubros que la sociedad entendía debían ser reparados.

De igual modo, se juzgó en un caso de responsabilidad contractual que “el principio de la reparación justa e integral debe entenderse como compensación con iguales características, de manera que se mantenga la igualdad de las prestaciones conforme al verdadero valor que en su momento las partes convinieron y no una equivalencia numérica teórica. [66]”.

El expreso reconocimiento del status constitucional del derecho a la reparación integral se verifica de un modo indirecto en “Pérez, Fredy Fernando” cuando la Corte entendió que “el principio constitucional de la reparación integral no justifica que sean sorteadas explícitas normas procesales que determinan el preciso alcance de la competencia apelada y que hacen a la tutela de la defensa en juicio [67]”.

Pero es en el caso “Aquino Isacio”, donde expresamente reconoce la íntima vinculación existente entre el deber de no dañar y el derecho a la reparación integral, cuando se juzgó que “el art. 19 de la Constitución Nacional establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero: alterum non laedere, que se encuentra entrañablemente vinculado a la idea de reparación [68]”.

Posteriormente, la Corte Federal, en el marco de la internacionalización de nuestro derecho interno, amplió el concepto de reparación integral cuando dijo: “el deber de investigar y sancionar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos, como una de las formas de reparación integral impuesta por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe ser asumido por el Estado como un deber jurídico propio a fin de no incurrir en responsabilidad internacional [69]”.

Como se colige, la hermenéutica de la Corte Suprema sobre el constitucional principio de “reparación integral”, actualmente, supera el clásico concepto de justo resarcimiento de los menoscabos (tanto aquiliano o contractual, ampliación de los rubros incluidos y cuantía adecuada), para incluir el deber estatal de investigar, reprimir y resarcir los daños derivados de las violaciones de los Derechos Humanos.

IV.4.3. La flexibilización de la prejudicialidad penal.

La primera flexibilización de la rigidez del art. 1101 del Código Civil fue expuesta por la Corte de Justicia de la Nación cuando en “Ataka c/ González” juzgó que “la existencia de una dilación indefinida en el trámite y decisión de este juicio que ocasiona agravios a la garantía constitucional del derecho de defensa, produciendo una efectiva privación de justicia”[70]. [71]

En fallos análogos se explicitaron los fundamentos asegurando que “la garantía de la defensa incluye el derecho de todo justiciable a obtener un pronunciamiento que defina su posición y ponga término del modo más breve posible a la situación de incertidumbre que comporta toda controversia judicial, dado que el principio constitucional no se satisface con el hecho de que el sujeto pueda abrir y desarrollar la instancia judicial sino que es menester que ésta termine con un pronunciamiento definitivo”. [72]

Al momento de dictarse el fallo por la Corte Federal, cabe subrayar que aún no se habían incorporado al texto de la Constitución Nacional los distintos Tratados Internacionales (art. 75 inc. 22 C. N.), razón por la cual la limitación operativa del art. 1101 del Código Civil se fundaba en la inobservancia del mandato implícito contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional [73].

Es decir, en esta primera etapa de apertura interpretativa, los argumentos de la jurisdicción están direccionados a la consagración del derecho de defensa al entender que le asiste a los accionantes el derecho a un debido proceso que no se ve cumplido cuando la sentencia civil queda pendiente, sine die, al dictado del fallo en sede criminal.

En la nueva era constitucional, el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) regula que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden Civil, Laboral, Fiscal o de cualquier otro carácter...”

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la actual etapa constitucional, no abandonó el criterio sustentado en el caso “Ataka c. González”, sino, por el contrario, reafirmó sus convicciones perfeccionando el concepto de privación de justicia, en varios pronunciamientos (312-2434; 311-1604; 305-913, etc.) al juzgar que es inconstitucional la prolongación indefinida de los procesos. Ello al punto de sentenciar en un caso paradigmático, luego de intimar a un Superior Tribunal de Justicia provincial a pronunciarse sin dilación alguna que “la garantía de la defensa en juicio significa el derecho a obtener una decisión” [74]

La Corte Federal, en la nueva etapa constitucional, en el caso “Zacarías, Claudio H. v. Provincia de Córdoba y otros”, estableció como doctrina que “la postergación de la sentencia civil hasta tanto se dicte el fallo penal impuesta ante la dualidad de procesos originados en el mismo hecho, debe ceder cuando la suspensión determina una dilación indefinida en el trámite y decisión de este juicio que ocasiona agravio a la garantía constitucional de derecho de defensa y produce una denegación de justicia”[75].

Pues como ella misma señaló, en el fallo “Boleso, Héctor Hugo c/ Estado de la Provincia de Corrientes – Recurso de Hecho”, reconocer un derecho pero negarle un remedio apropiado equivale a desconocerlo, y que la garantía de defensa en juicio incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido dentro de un plazo razonable (fallos: 324:1944, considerando 5º) [76].

Ésta línea de pensamiento, fue recepcionada posteriormente por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza [77], la Corte de Justicia de Tucumán [78], el Superior Tribunal de Santiago del Estero [79], la Suprema Corte de Buenos Aires [80], Tribunal Superior de Justicia de Córdoba [81] y la minoría en el Tribunal Superior de San Luis [82].

La hermenéutica que marcó la Corte de Justicia, hace más de tres décadas, con un gran sentido de anticipo del porvenir jurídico, se extendió primero a tribunales inferiores provinciales o federales que tenían, naturalmente, más contacto con el reclamo social de pronta justicia y, en los últimos tiempos, fue recepcionada por los tribunales superiores de las Provincias.

IV.4.4. Cuestionamientos a las limitaciones del art. 1078 del Código Civil.

Otros de los puntos donde se debate sobre la influencia de la Constitución Nacional en la normativa del Código Civil, es el relativo a la legitimación para reclamar el daño moral reglada por el art. 1078 del primero [83].

En su redacción original, el artículo referenciado, autorizaba para reclamar el daño moral, únicamente, a los damnificados de los hechos dañinos calificados como delitos por el derecho criminal.

Esta norma originó observaciones críticas que encuentran su punto más elevado en la proposición realizada por el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil organizada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba (21/26 de mayo de 1927), el cual recomendó tener en cuenta para una futura reforma que “en los actos ilícitos inclusive en los derivados del incumplimiento de los contratos, la indemnización debe comprender no solamente los daños y perjuicios patrimoniales sino también la reparación del agravio moral”. [84]

La comisión del tema VIII “Responsabilidad civil por actos ilícitos”, integrada, entre otros notables, por los Dres. José F. Campi, Julio O. Ojea, Pedro León, Henoch D. Aguiar, Ernesto Cordeiro Álvarez, Héctor Lafaille, Molina Carranza, Arturo Orgaz, se sostuvo que “ningún criterio atendible existe, para establecer distinciones en el resarcimiento integral del daño, por ocasión de un acto ilícito, acordando la reparación del "moral o afectivo" en la acción por delito del derecho penal y negándolo para el delito del derecho civil o para el cuasi – delito”.

Muchos años después, teniendo en cuenta parcialmente el pensamiento de estos autores, el art. 1078 fue reformado.

De la simple lectura del nuevo texto, el paso dado por la reforma puede ser calificado como de apertura, a pesar de poner coto a la legitimación para reclamar el daño moral cuando del hecho ilícito resultare la muerte de la víctima, autorizando únicamente a los “herederos forzosos”. Sin embargo, la presión de la realidad social que aceptaba nuevas formas de convivencia requirió una mayor amplitud de la legitimación y ello fue recepcionado por la doctrina en las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1984) donde de lege ferenda, se aconseja “ampliar en una futura reforma del Código Civil el ámbito de damnificados, indirectos legitimados para reclamar la reparación del daño moral”. [85]

Esta evolución generó el surgimiento de una corriente interpretativa amplia la cual entendía, en la palabra de Kemelmajer de Carlucci, que resultaba suficiente para concederle legitimación la calidad potencial de herederos forzosos dado que la acción se reclama “iure proprio” y no “iure hereditatis” advirtiendo que la tesis contraria llevaría a rechazar la reclamación sino se tramita la declaratoria de herederos. Por otra parte, ésta autora entiende que sería absurdo que un padre – cuyo hijo ilícitamente fallecido tiene descendiente – pueda reclamar el daño material y no el moral [86]. En

sentido concordante Zavala de Gonzáles puntualiza: “una cosa es el orden hereditario y otra el de los afectos, además de que la finalidad del art. 1078 es sólo circunscribir la legitimación a ciertos allegados, pero no introducir alguna suerte de condicionamiento sucesorio”[87].

Este cuestionamiento contra la limitación de la legitimación, como se verifica, aún se circunscribía a la interpretación sistemática interna del contenido del Código Civil.

En una segunda instancia, se profundizan, básicamente, desde la doctrina judicial las críticas contra la limitación reglada por el art. 1078 C.C., cuando se estimó que “debe admitirse el reclamo de daño moral de la concubina, fundamentado en los preceptos constitucionales de protección de la familia (arts. 14 bis tercer párrafo, Const. Nacional; 17, 27 y conc. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica"; 10 y 23 "Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"), igualdad ante la ley (art. 16, Const. Nacional) y doctrina emanada del art. 1079 del C. Civil, en cuanto sienta el principio general de responsabilidad civil y, a su amparo, amplía el espectro de los legitimados para reclamar por daño [88]”.

Ello por cuanto, “el art. 1078 del Código Civil es inconstitucional toda vez que viola la protección integral de la familia ya que en el mundo de hoy se considera familia, aunque las personas no se encuentren unidas por matrimonio. También se viola la igualdad en la reparación de los daños, la que debe ser integral, toda vez que el artículo 1079 del Código Civil posibilita la legitimación activa a todos los damnificados indirectos con respecto a los daños materiales y el artículo 1078 se limita a algunos legitimados. Esta desigualdad jurídica va contra el principio de reparación integral. (artículo 19 de la Constitución Nacional) [89]”.

La doctrina autoral ha sostenido la ampliación de la legitimación expresando que “el actual art. 1078 del C.C., en tanto impide el acceso a esa legítima reparación, no tiene posibilidad de sortear el test de constitucionalidad, y no sólo por resultar incompatible con el art. 1079 del mismo cuerpo (que no restringe a ningún damnificado indirecto el acceso al resarcimiento del daño patrimonial), sino por resultar contraria al alterum non laedere (art. 19 C.N.) desde una doble vertiente: (a) de un lado, porque para este principio es indiferente la naturaleza patrimonial o extrapatrimonial del interés lesionado para considerarlo jurídicamente “daño” y, consecuentemente, para habilitar la congrua indemnización; (b) y, de otro, porque la letra del art. 1078 privilegia la situación del responsable por encima de los damnificados, jaqueando el derecho de estos últimos a la reparación integral del daño sufrido, a pesar del reconocimiento constitucional de esta posibilidad (art. 21 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”[90].

IV.4.5. La transmisión iure hereditatis de la acción de resarcimiento a la luz de la doctrina de la CIDH.

Sin pretender agotar esta interesante temática, en la dogmática nacional, a diferencia de otros países, a partir del pensamiento defendido por el profesor LLambías [91] se consolidó la idea que la reclamación de los daños derivados del fallecimiento, únicamente podían ser reclamados iure proprio y no iure hereditatis.

El profesor y la doctrina que le ha seguido en su pensamiento se fundamentaron en dos pilares: a) La vida no constituye un bien con el alcance dado por el art. 2312 del Código Civil, por ende, no es indemnizable y b) la muerte nunca configura un daño jurídico que pueda sufrir el propio interfecto, por lo tanto, no puede adquirir un derecho a la indemnización para ser deferido a sus herederos. [92]

Nuestras observaciones críticas contra estos argumentos que impiden la reparación integral de los daños derivados del fallecimiento de una persona, han sido expuestas en distintos trabajos [93] a

los cuales remitimos para su compulsión, rescatando, en esta oportunidad, la intención de confrontar esta doctrina prevalente con la normativa contenida en los Tratados Internacionales que han sido incorporados al máximo nivel constitucional.

En ese sentido, estimamos importante acercar el pensamiento de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y de la Corte de Justicia de la Nación para extraer alguna conclusión sobre la convergencia normativa.

Sobre el punto, es imprescindible recordar la sanción, el 7 de diciembre de 1994, de la Ley N° 24.411, en la cual se reglan los beneficios que tendrán derecho a percibir por medio de sus causahabientes, establece en el art. 1° que “las personas que al momento de la promulgación de la presente ley se encuentren en situación de desaparición forzada[94], tendrán derecho a percibir, por medio de sus causahabientes, un beneficio extraordinario equivalente a la remuneración mensual de los agentes Nivel A del escalafón para el personal civil de la administración pública nacional aprobado por el decreto 993/91, por el coeficiente 100...”.

En el art. 2 precisa que “tendrán derecho a percibir igual beneficio que el establecido en el artículo 1° los causahabientes de toda persona que hubiese fallecido como consecuencia del accionar de las fuerzas armadas, de seguridad, o de cualquier grupo paramilitar con anterioridad al 10-12-83...”.

Por su parte, la Ley N° 24.823 (B.O. 28/05/1997) incorporó el art. 2 bis para aclarar que “la indemnización establecida por la presente ley tiene el carácter de bien propio del desaparecido o fallecido. En el caso de desaparición y en tanto la ausencia permanezca, será distribuida haciendo aplicación analógica del orden de prelación establecido en los artículos 3545 y siguientes del Código Civil, sin perjuicio de los derechos que reconoce el artículo 4° de esta ley...”

Esta normativa generó la emisión de algunos fallos que se transcriben en los cuales se debate sobre la legitimación para la percepción del beneficio y su naturaleza jurídica.

En ese sentido, se ha dicho que “el beneficio establecido por las Leyes N° 24.411 (Adla, LV-A, 7) y N° 24.823 (Adla, LVII-C, 2894) a favor de familiares de desaparecidos durante el proceso militar no es un bien adquirido "iure proprio" por aquellos pues, mediando fallecimiento comprobado o presuntivo judicialmente declarado del desaparecido, se trata de un bien recibido "iure hereditatis" que, por ende, debe ser integrado al acervo hereditario (art. 1, Ley N° 24.823) [95]”.

En cambio, la Corte Federal juzgó, en el caso “Sánchez, Elvira Berta”, que “carecería de asidero legal que el Estado fijara una reparación pecuniaria o indemnización a favor de una persona ya fallecida (cfr. arts. 30,31 y 103 del Código Civil). Esto no significaría otra cosa que conceder personalidad jurídica a un muerto, lo que es enfáticamente rechazado en nuestra doctrina (cfr. Jorge Joaquín Llambías, Tratado de Derecho Civil, Parte General, Tomo I, Ed. Perrot, 1984, pág. 248). Ha tratado el punto con claridad Alfredo Orgaz, al expresar que "el derecho positivo puede libremente conferirla personalidad a diversos substratos, de modo que éstos sean el término de imputación de un conjunto de derechos y deberes jurídicos. Esta libertad del ordenamiento jurídico, sin embargo, reconoce sustancialmente ciertas limitaciones. Ante todo, es necesario que haya, como hemos dicho, un substrato real que pueda ser el soporte o el portador de la personalidad: en consecuencia, no pueden reputarse personas los muertos". Y agrega en su cita a pie de página: "En cuanto a los muertos, debe observarse, además, que la protección legal a su memoria, a su honorabilidad, etc., tiene inmediatamente en vista la protección de las personas vivas que podrían sufrir a causa del ultraje; los herederos del muerto carecen de acción, en ese carácter, para reclamar indemnización de los daños derivados del ultraje, pues no hay acción alguna a favor del muerto de la cual puedan aquellos ser herederos; sólo invocando algún perjuicio personal, sea material, sea moral, pueden los parientes del muerto, como 'víctimas', demandar la indemnización" (cfr. "Personas Individuales", Ed. Depalma, 1946, págs. 21/22 y nota 33 segundo párrafo, con destacado agregado)[96]”.

Como se colige, el fallo de la Corte Federal, no así el de la Cámara de Santa Fe, se resiste aceptar la posibilidad que pueda existir en nuestra dogmática la transmisión iure hereditatis de la indemnización conferida al propio fallecido, empleando artilugios interpretativos que no se condicen con la actual evolución de la normativa civil que recibe influencia directa de la Constitución Nacional reformada.

Para entender ello, basta decir que la hermenéutica contradice la parte in fine del inc. 1 del art. 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José 1969) que autoriza la reparación de la violación de los derechos y libertades con el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Es decir, la intención de la Convención mencionada es la de resarcir a la víctima directa del menoscabo de sus derechos y no iure propio a sus herederos.

Para verificar, este sentido de la ley, es suficiente con transcribir la doctrina expuesta en “Aloeboetoe” que es uno de los casos paradigmáticos de la CIDH. En dicho pronunciamiento se interpretó y se reitera constantemente, que “los daños sufridos por las víctimas hasta el momento de su muerte dan derecho a una indemnización. Ese derecho de las víctimas se transmite por sucesión a sus herederos”. Ello por cuanto, “la indemnización que se debe pagar por el hecho de haber privado a alguien de su vida es un derecho propio que corresponde a aquellos que han resultado perjudicados. Por esta razón, la jurisprudencia de los tribunales internos de los Estados acepta generalmente que el derecho de solicitar la indemnización por la muerte de una persona corresponde a los sobrevivientes que resultan afectados por ella. Esa jurisprudencia establece una distinción entre los sucesores y los terceros perjudicados. En cuanto a los primeros, se presume que la muerte de la víctima les ha causado un perjuicio material y moral y estaría a cargo de la contraparte probar que tal perjuicio no ha existido. Pero los reclamantes que no son sucesores, tal como se expone más abajo (cfr. infra, párr. 68), deben aportar determinadas pruebas para justificar el derecho a ser indemnizados [97]”.

Cabe aclarar que la concesión de la indemnización a la víctima directa (fallecida) no implica, de modo alguno, que se cercene la posibilidad de los familiares o víctimas indirectas para reclamar el resarcimiento padecido iure proprio. Ambos resarcimientos no son incompatibles. [98]

IV. 4.6. La reformulación interpretativa del art. 1068 del Código Civil.

El traslado del eje normativo del patrimonio al ser humano en si propio, evidentemente, modifica la hermenéutica que se debe formular de los artículos del Código Civil reglamentarios del Derecho de Daño.

En este sentido, el art. 1068 define el criterio para clasificar los menoscabos, cuando estatuye que “habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades”. Como se infiere, el daño principal -para esta norma- es el producido al patrimonio de la persona y, el secundario por ser indirecto, el que se le produce a ella.

Va de suyo, que en el nuevo orden de jerarquía en el vértice superior está el ser humano, razón jurídica y axiológica por la cual se debe calificar que el daño directo es el producido a la persona y, el indirecto, a su patrimonio. [99]

El observar de este modo la influencia del contenido humanista de la Constitución Nacional sobre el Derecho Civil, en general y sobre el Derecho de Daños, en particular, acerca al pensamiento expuesto por Fernández Sessarego [100].

Este autor propone diferenciar, primero entre el daño a las cosas del daño a las personas y luego, una calificación que tenga en cuenta las consecuencias derivadas del daño, diferenciando, entonces, entre los daños patrimoniales o extrapersonales y extrapatrimoniales o daños personales.

Así lo precisa cuando señala que "si se atiende a la calidad ontológica del ente afectado se observa que son dos las categorías de entes capaces de soportar las consecuencias de un daño. De una parte, encontramos al ser humano, fin en sí mismo, y, del otro, a los entes del mundo de los cuales se vale el hombre, en tanto son instrumentos, para proyectar y realizar su vida. El daño al ser humano, que obviamente es el que tiene mayor significación, es el que se designa y conoce como daño subjetivo o daño a la persona. En cambio, el daño que incide en las cosas se denomina daño objetivo. La segunda calificación, que se sustenta en los efectos del daño. De un lado podemos referirnos a los daños extrapersonales o patrimoniales, que son los que tienen consecuencias apreciables en dinero y, del otro, cabe aludir a los daños personales o extramatrimoniales o no patrimoniales, los mismos cuyos efectos no pueden traducirse en dinero. Es de advertir que tanto los daños subjetivos o daños a la persona como los daños objetivos o sobre las cosas, pueden tener indistintamente consecuencias patrimoniales como extrapatrimoniales o presentar simultáneamente ambos tipos de consecuencia [101]".

Para redondear, sin agotar por cierto su pensamiento, el autor recuerda que algunos autores distinguen entre daño-evento y daño-consecuencia aun cuando ambos aspectos conforman una unidad. A partir de ello, "tratándose de un daño somático, el daño-evento es la lesión en sí misma mientras que el daño-consecuencia, como su designación lo denota, se refiere a los efectos o repercusiones de la lesión [102]".

Gamarra [103], cuyo pensamiento puede ser ubicado en este sector, propone coincidentemente una doble calificación: Por una parte, el daño a la persona y a las cosas, y, por otro lado, el daño material y el moral. De éste existe la posibilidad de que haya daño a la persona tanto material como moral.

El replanteo de la clasificación del daño resarcible tiene como punto de partida el reconocimiento de la influencia que ejerce la incorporación de los Derechos Humanos al rango constitucional, pues con ello se sostiene a la persona como el eje del plexo normativo, en general y del Derecho de Daño, en particular.

Por ello, sin vacilación, se deben reexaminar los parámetros clasificatorios clásicos para satisfacer una efectiva protección del ser humano dañado, mas cuando la evolución técnica (especialmente de la medicina, antropología, sociología, etc.) explican la ontología de algunos daños, como es, por ejemplo, el psíquico, el estético, etc.

IV. 5. Influencia sobre el régimen de los contratos.

La influencia del proceso de constitucionalización en el régimen de los contratos que es la otra franja donde el proceso se hace notar, tiene la particularidad que el sistema legal argentino sancionó en el año 1993 la Ley de Defensa de los Consumidores, N° 24.240. Es decir, en una fecha anterior a su reconocimiento en el art. 42 de la Constitución Nacional.

En función de ello, el régimen tutelar de los consumidores obtuvo aval constitucional y se situó en una escala superior a la normativa contenida en los códigos sustanciales y otras leyes que reglaban contratos cuando los mismos hacía referencia a una relación de consumo.

Sin perjuicio de ello, en la jurisdicción no fue un proceso recepticio de la nueva realidad normativa generalizado rápidamente, sino por el contrario, el mismo gradualmente se fue aceptando

la injerencia de las normas de consumo que eran de orden público y aplicables de oficio, en el contenido de los contratos.

Para ejemplificar las decisiones de esta etapa se pueden transcribir sumario de la doctrina judicial que marca el intervencionismo judicial en el control del contenido del pacto especialmente cuando existe una relación de consumo.

En ese sentido se juzgó que “la cláusula del contrato de ahorro previo por la cual la sociedad administradora deslinda toda responsabilidad por la demora que pudiera producirse en la entrega del automotor adjudicado, por caso fortuito o fuerza mayor, es una disposición abusiva en los términos del art. 37, inc. a), de la ley 24.240 de defensa del consumidor (Adla, LX-A, 145), que resulta inaceptable e injustificada porque tiene por finalidad disuadir al consumidor de que ejerza sus derechos e importa un desequilibrio significativo entre los derechos de éste y las obligaciones y cargas del "profesional" derivadas del contrato en perjuicio del primero”[104].

También que “debe tenerse por no escrita la cláusula inserta en un contra de adhesión -en el caso, de naturaleza financiera- por la cual se prorroga la competencia y se exige la renuncia al propio fuero del cliente, pues la misma es abusiva en tanto denota el plano de desigualdad en el que se han colocado las partes, -art. 37 inc. b) de la ley de defensa del consumidor (Adla, LIII-D, 4125)” [105].

En el tema de los pactos asegurativos se ponderó que “resulta abusiva, y por ende nula, la cláusula contenida en un seguro de vida colectivo que faculta a la aseguradora a rescindir unilateralmente el contrato, en tanto contradice una norma imperativa enunciada en el art. 158 inc. 3 de la Ley N° 17.418 (Adla, XXVII-B, 1677) y en el art. 37 de la Ley N° 24.240 (Adla, LIII-D, 4125)” [106].

De igual modo, que “corresponde considerar ilícita y abusiva, debiéndose tener por no escrita -art. 37 de la Ley N° 24.240 de defensa del consumidor (Adla, LIII-D, 4125)-, la cláusula tipo "claims made" inserta en un contrato de seguro de responsabilidad médica, toda vez que la misma limita temporalmente los derechos del asegurado de contar con la cobertura de su aseguradora sin darle posibilidad de negociación, de un modo no previsto por la ley, ampliando inequitativamente los derechos del asegurador y restringiendo los del asegurado”[107].

En otro tema contractual se dijo que “la cláusula del contrato de tarjeta de crédito según la cual es obligatorio el pago de los resúmenes de gastos aun cuando éstos sean observados por el titular del plástico, reviste carácter abusivo en los términos del art. 37, inc. a) de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 (Adla, LIII-D, 4125) y, como tal, es nula y debe tenerse por no convenida, ya que importa alterar el régimen de obligaciones en beneficio del predisponente, debiendo tenerse en cuenta, asimismo, que la impugnación carecería de sentido si, de todos modos, el cliente se ve compelido a cancelar gastos que no realizó”[108].

Por ello, “declarada la judicialmente la nulidad parcial de la cláusula contractual generadora de abuso -en el caso, la que permitía al banco demandado cobrar un interés variable por la utilización del descubierto-, el juez simultáneamente debe integrar el contrato si ello fuera necesario” [109].

Finalmente, en este breve repaso de la evolución de la influencia del constitucionalismo en los contratos se definió que “si bien los jueces pueden declarar de oficio la nulidad o ineficacia de las cláusulas claramente abusivas (art. 37, Ley N° 24.240) frente a la ausencia de proposición por parte del consumidor y la consiguiente imposibilidad fáctica de defenderse por parte del contrario, el vicio de la convención debe ser evidente” [110].

Con relación a este último tema se dijo que “la Ley N° 24.240, de Defensa del Consumidor, marca un hito trascendente en el nuevo rol que le cabe cumplir a la jurisdicción en la interpretación de los contratos de consumo.

El juez, de este tiempo, está convocado a contribuir con la efectivización de los derechos de los más débiles ante el incontenible avance de las asimetrías sociales y económicas producidas por

distintas causas, entre las que se destacan: las nuevas tecnologías de producción y la concentración del poder económico.

Sin lugar a duda, esta realidad impone el abandono del clásico estado de pasividad procesal de la magistratura, de actuar únicamente a requerimiento de parte interesada, para tener un activismo en el control cierto y efectivo de la configuración interna de los contratos de consumo dilucidando y excluyendo, aun de oficio, las cláusulas abusivas.

Al reglamentar esta nueva dinámica judicial en las distintas normas que hemos analizado, la Ley de Defensa del Consumidor, asegura la concreción de sus fines tuitivos para con el consumidor, de ahí la importancia que tiene conocer la función que le ha asignado a la jurisdicción” [111]

V. Segunda etapa: La concreción normativa del vínculo entre la Constitucional Nacional y el Derecho Privado.

La convocatoria presidencial, realizada mediante el Decreto N° 191/2011 de fecha 23/2/2011, desde el inicio, marcó claramente cuál era la directiva fijada a los integrantes de la comisión que elaboraría el anteproyecto, Dres. Ricardo Lorenzetti, Aída Kemalmajer de Carlucci y Elena Highton de Nolasco, destacándose en los considerandos sobre el tema que investigamos la expresión que dice: “que el sistema de derecho privado, en su totalidad, fue afectado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas. En este sentido cabe destacar la reforma Constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos Tratados de Derechos Humanos, así como la interpretación que la Jurisprudencia ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos”.

Este detalle fue particularmente tenido en cuenta en la redacción del anteproyecto que luego de pasar por los avatares del proceso legislativo, se sancionó como Ley n° 26.994 mediante la cual se dictada el nuevo Código Civil y Comercial.

En ese sentido se destacan el contenido de los arts. 1 y 2 del Código unificado.

El primero regula las fuentes y su aplicación cuando precisa que “los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

Al respecto Varizat ha sostenido que “la interpretación y aplicación de las leyes en un sentido conforme con la constitución y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, su pone que tales actividades deben realizarse de un modo armónico y concordante con estos últimos parámetros. De tal modo, las normas constitucionales y los tratados con sus mismas jerarquías, influyen y conducen la interpretación de las leyes aplicables, y a la vez tienden a dar “unidad” al ordenamiento jurídico” [112].

Por su parte, en el art. 2 se prevé que “la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”

Al respecto, como síntesis se indica que “el derecho es un todo sistemático cuyas diversas partes se coordinan y armonizan entre sí. La determinación del significado de una norma determinada que forma parte del sistema, por ello, requiere valorar su relación con las demás o, en otros términos, que, para decidir el significado de una norma, no se observa esta disposición en forma aislada, sino

en el contexto general de otras disposiciones en la que aquélla está inserta. Es lo que predica el artículo cuando dice que la ley debe ser interpretada “de un modo coherente con todo el ordenamiento” [113].

En otras palabras, el contenido normativo del Código Civil y Comercial no puede ser interpretado, como en otrora, sin tener en cuenta a la Constitución Nacional y el texto de los Tratados Internacionales, sino por el contrario, la hermenéutica debe ser integral porque las cláusulas constitucionales y convencionales son operativas y pueden complementar o, por el cambio social que acaece, contradecir la finalidad de los textos de los códigos sustanciales.

Es por ello, que la dinámica de la transformación social y económica impone como deber la permanente revisión de la adecuación constitucional de las normas sustanciales al plexo constitucional y convencional que ha sido adecuadamente interpretada por la jurisdicción nacional en la etapa de vigencia del Cód. Civ. y Com., como se analizará en el punto siguiente.

Antes de cerrar este apartado, cabe decir que el Código receptó en su mayoría las preocupaciones de la doctrina autoral y judicial que hemos transcripto de la etapa transicional, como es por ejemplo un nuevo régimen de capacidad, de matrimonio, de flexibilizar la prejudicialidad penal, la introducción de los contratos paritario en forma diferencial de los de consumo, etc.

VI. Tercera etapa: el control constitucional permanente de las normas de Derecho Privado.

El control constitucional que le cabe a todos y cada uno de los jueces argentinos en cada pronunciamiento que dicten, permite conocer varios fallos en los cuales se ha puesto en duda la constitucionalidad de las normas contenidas en el Código Civil y Comercial vigente, es especial, las relacionadas con el derecho de familia que es la materia donde la dinámica social está abierta para receptar los nuevos criterios de vida y justicia.

En ese sentido se ha dicho que “el planteo de inconstitucionalidad del art. 7 del Cód. Civ. y Com. realizado en un proceso de divorcio con fundamento en que su aplicación al caso implicaría para el accionante la pérdida de derechos adquiridos bajo el régimen derogado debe rechazarse, pues en modo alguno puede sostenerse que del actual régimen resulte un irrazonable cercenamiento de los derechos de la peticionante que conduzcan a esa declaración para el supuesto específico de los procesos de divorcio en trámite, máxime cuando se está en presencia de una doctrina legal implícita a favor de su constitucionalidad (art. 278 y ss., Cód. Proc. Civ. y Com.)” [114].

En igual sentido, se juzgó que “la falta de inscripción de los actores en el registro provincial de aspirantes no perjudica a la pretensión de obtener la guarda preadoptiva, toda vez que, con base en lo previsto en el art. 4 in fine de la Ley Provincial N° 9.985, tal exigencia puede ser obviada cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen, en sintonía con lo dispuesto por los arts. 3 y 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño” [115].

Pasando a otro tema familiar se precisó que “el art. 562 del Cód. Civil y Comercial es inconstitucional y anticonvencional, en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer gestante, pues, una decisión contraria implicaría que el niño por nacer sea inscripto como hijo de esta última, lo que resulta incompatible con el deber de garantizar el ejercicio de los derechos humanos por parte de la jurisdicción, máxime cuando las personas que recurren a los estrados judiciales en la búsqueda de una respuesta titularizan por su situación de vulnerabilidad una protección diferencial” [116].

Por su parte, en uno de los fallo que marcará sendero se ha sostenido que “la autorización para contraer matrimonio entre una mujer viuda y la hija de su cónyuge fallecido debe admitirse a pesar de

encontrarse prohibido por el art. 403, inc. c) del Código Civil y Comercial, ello teniendo en cuenta la escasa extensión de la unión anterior, la ausencia de descendencia, lo que diluye turbaciones familiares, el carácter personal y libre del consentimiento, el derecho a la privacidad —art. 19, Constitución Nacional— y la dignidad de la persona humana, que hace viable la excepción que justifica eximir del impedimento, máxime cuando aquéllas tratan de diseñar un proyecto conjunto basado en la sinceridad, apoyo y compañerismo, lo que hace que se explore una jurisdicción creativa y no meramente declarativa”[117].

En cuanto a los temas patrimoniales se consideró que “la citación de la aseguradora en un proceso en donde se reclama una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del fallecimiento del padre y esposo de los actores al ser embestido por un automóvil es válida, en tanto que, si bien la póliza contaba con una cláusula de exclusión de la cobertura por exceso de velocidad, lo cierto es que al extender dicha cláusula a los actores, éstos quedarían sin posibilidad alguna de reclamar indemnización a la compañía de seguros a pesar de existir seguro obligatorio contratado y pago, porque el conductor —no el tomador del seguro— manejó a exceso de velocidad; máxime cuando luego de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. debe aplicarse la normativa más favorable a los damnificados expuestos a una relación de consumo” [118].

Finalmente, en esta breve recopilación de fallos donde se reanaliza el encuadramiento constitucional y convencional de las normas del Código Civil y Comercial, encontramos un pronunciamiento que tiene la virtud de ensamblar el código derogado con el vigente en el tema de la legitimidad para reclamar el daño moral que ya venía siendo cuestionado por su texto limitado como fue expuesto ut supra. En el mismo se dijo que “el art. 1078 del Cód. Civil es inconstitucional, en supuestos en los que excluye a legitimados activos en los que la existencia y procedencia del daño extrapatrimonial es presumible, como es el caso de la muerte del conviviente, máxime cuando el art. 1741 del Cód. Civ. y Com. incluye a la conviviente como legitimada activa, siendo esta norma de aplicación interpretativa” [119].

VII. Reflexiones finales.

Estar situado en un lugar de privilegio que permite observar el largo trayecto devenido desde la sanción de la Constitución Nacional, el Código Civil y el Código de Comercio, facilita comprender, desde una macro visión, el fenómeno de ruptura de los regímenes normativos estancos y, a la vez, la apertura hacia una permanente interrelación horizontal y vertical.

En lo horizontal que no ha sido desarrollado en el presente trabajo, el Código Civil y Comercial se nutrió de instituto pertenecientes a otras materias, como es la aplicación de la formulas de la matemática financieras que eran de uso cotidiano en el derecho laboral; o en la descripción de cuando hay culpa que era privativo del derecho penal, etc. A su vez, en sentido contrario, el código introdujo una serie de normas que eran consideradas del derecho procesal, para concretar la tutela judicial efectiva. Todo ello, en el marco de la unificación del derecho civil con el comercial.

Pero, lo más importante que proviene de abandonar el paradigma constitucional de considerar a sus normas programáticas y con ello la rigidez de necesitar de ser reglamentadas para ser aplicables. Hoy, los preceptos constitucionales y las convencionales son operativas no tienen obligación de ser reglamentadas para ser aplicables a los casos en litis razón por la cual interactúan constantemente con las normas del Código Civil y Comercial, que en algunos casos no será necesario decir que son inconstitucionales sus normas sino simplemente inaplicables porque hay una norma de jerarquía superior que prima en el caso.

Este camino hermenéutico permite tener la esperanza que ineludiblemente, siempre serán de aplicación los preceptos constitucionales y en especial los convencionales de los Tratados Internacionales sobre los DD HH, en todo el orden normativo de la Argentina.

[1] Alferillo, Pascual Eduardo, “Introducción al Derecho Civil”, Universidad Nacional de San Juan – Facultad de Ciencias Sociales – Secretaría Académica, 2000, pág. 102/105. Es dable recordar que “en el año 1987 la Honorable Cámara de Diputados de la Nación (R.P. 988/86) encargó a la denominada “Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial” integrada por los Dres. Héctor Alegría, Francisco A. de la Vega, Atilio A y Jorge H. Alterini, Horacio Fargosi, Sergio Le Pera, Miguel C. Araya y Ana I. Piaggi, la elaboración de un proyecto de reforma. Éste tuvo trámite legislativo por ambas Cámaras y fue sancionado como Ley 23.042. Sin embargo, este proyecto de norma fue vetado por el Poder Ejecutivo mediante el Decreto 2719/91, razón por la cual no entró en vigencia”. Posteriormente, se conformaron distintas comisiones encargadas de elaborar sin lograr el propósito de reformular el Código Civil redactado por Vélez Sarsfield.

[2] Silveira, Alpío, “La interpretación de las leyes en el proceso civil”, Revista de Derecho Procesal, Año III 3er Trimestre 1945 Número III, (Ediar Editores – Buenos Aires - Argentina), pág. 363, cita a Cantaro Ferrini, Manuale delle Pandette (1900, pág. 34). Para llegar a esta conclusión el autor sostenía que “los autores de una disposición legislativa quieren proveer a determinadas necesidades, con una o más normas, que deberán pasar a formar parte del sistema general del derecho vigente. Ninguna norma está aislada: debe cada una adaptarse dentro del sistema, modificándose y modificando. Todo ello excede cualquier previsión humana ordinaria: las necesidades de la vida son varias, mudables, complejas, de modo que raramente pueda quién dicta la norma tener de ellas noticias completas. Es pues, imposible prever las varias modificaciones que el contenido de la norma o del instituto debe sufrir, para adaptarse al sistema, pues, además, debe recordarse que, variando las otras parte del sistema, por el continuo desenvolvimiento del derecho (humani juris conditio semper e infinitud decurrit e nihil es in es quod stare perpetuo possit), es inevitable que cambie el reflejo también el contenido de aquellas normas y de aquellos institutos que, de momento, no son objeto de variaciones directamente”.

[3] Moisset de Espanés, Luis, “Cambio Social y cambio legislativo”, Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, N° 320, mayo 202, pág. 59/83. El profesor recuerda que “por eso el nuevo artículo tercero del título preliminar del Código Civil español suministra al intérprete una línea orientadora, al fijar, entre otras pautas, la necesidad de que las normas se interpreten tomando en cuenta “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”. Cita a José J. Pintó Ruiz, en “Contestación” al discurso de recepción de Francisco Soto Nieto, sobre “El cambio social y el Derecho”, en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, el 30 de enero de 1979, Barcelona, p. 73.

[4] Moisset de Espanés, Luis, Ídem.

[5] Moisset de Espanés, Luis, Ídem.

[6] Lorenzetti, Ricardo L., “Constitucionalización del derecho civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema”, L.L. 1993-D-673-Derecho Constitucional- Doctrina Esenciales, Tomo II, 675; “El daño a la persona (Solución de casos de colisión de derechos fundamentales)”, La Ley 1995-D, 1012-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 1219; Rosatti, Horacio, “Código Civil Comentado – Doctrina-Jurisprudencia – Bibliografía” - “El Código Civil desde el Derecho Público”, (Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, Buenos Aires, 2007), pág. 37.

[7] Vanossi, Jorge Reinaldo, “La constitución Nacional de 1949”, http://www.ancomyp.org.ar/user/files/La_constitucion.Pdf, pág. 11.

[8] Zarini, Helio Juan, “Análisis de la Constitución Nacional – Comentario exegético, origen, reformas, concordancias y antecedentes”, 3ra. Edición ampliada y actualizada (Ed. Astrea, Buenos Aires – 1991), comentario art. 14 bis., pág. 71.

[9] Ramella, Pablo A., “Derecho constitucional”, Tercera edición (Depalma, Buenos Aires, 1986), pág. 92, Padilla, Miguel M., “Los derechos sociales: una reinterpretación”, La Ley 1988-A, 1017; Haro, Ricardo, “Tendencias contemporáneas en el Derecho Constitucional”, 9 agosto 2000 Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, <http://www.acader.org.ar>

[10] Alferillo, Pascual Eduardo, “El contrato de elaboración por el sistema de maquila. Vinos – Caña de Azúcar”, (Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1994), pág. 51; Altamira Gigena, “La intervención del Estado”, Academia Nacional de Derecho de Córdoba, sesión ordinaria 18/5/1999; “Intervención Estatal en materia contractual”, <http://www.acadecr.org.ar/>; ; González Andía, Miguel, “La intervención del derecho en la actividad científica y tecnológica. Con especial

referencia a la genética”, La Ley 2000-F, 1366; Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, “Contrato y emergencia: aproximación a la filosofía jurídica de la Corte Suprema”, Sup. Emergencia Económica y Teoría del Derecho 2003 (agosto), 10- La Ley 2003-E, 1066-Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo IV, 123; Ekmekdjian, Miguel Ángel, “Desajustes entre la constitución formal y la constitución material en el ejercicio del poder de policía. (El exceso de la función reglamentaria de los derechos individuales)”, La Ley 1982-B, 789; Carello, Luis Armando, “El "poder de policía". Modernas tendencias”, La Ley 1994-D, 687; Quiroga Lavié, Humberto, “El orden económico constitucional. La intervención del Estado en el orden económico y social”, La Ley 1988-C, 1081; Borda, Alejandro, “El proyecto de ley de locaciones urbanas”, La Ley 01/10/2009, 1-DJ 28/10/2009, 3090; Pose, Guillermo, “La intervención del Estado en empresas privadas”, La Ley 1986-B, 1095; Vallespinos, Carlos Gustavo, “La libertad en la contratación contemporánea”, La Ley 984-A, 886; Gelli, María Angélica, “Las libertades económicas y el papel del Estado (Acerca de la suspendida ley de abastecimiento), La Ley 2006-D, 1081-Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo III, 929; Hernández, Carlos A. Fresneda Saieg, Mónica Esborraz, David F., “Reflexiones sobre el orden público en materia locativa”, La Ley 2004-A, 137; Borka, Marcelo, “Locación inmobiliaria. Un recorrido por más de 80 años de Emergencia”, Sup. Act 05/10/2004, 1; entre otros.

[11] Picasso, Sebastián, “La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema”, La Ley 02/06/2008, 4, cita a Mathieu, Bertrand, "Droit constitutionnel et droit civil: des vieilles outres pour un vin nouveau", Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1994-59 quién sostenía que ambas disciplinas "han coexistido largo tiempo en una majestuosa indiferencia recíproca". El mismo diagnóstico es informado por Lorenzetti, Ricardo L. “Fundamento constitucional de la reparación de los daños”, La Ley 2003-C, 1184-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 207.

[12] Christian Stark, “Derechos fundamentales y Derecho Privado”, Revista Espartóla de Derecho Constitucional, Año 22. Núm. 66. Septiembre-Diciembre 2002, http://74.125.47.132/search?q=cache:KhoYOREVS2MJ:www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_066_063.pdf+LUCHA+IRE+FRANCO+IS+FONDEMENT+S&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=ar; Atias Christian, “La civilisation du droit constitutionnel”, Journal des Economistes et des Etudes Humaines, vol. 1 número 3, octubre 1990; Luchaire, François, “Les fondements constitutionnel du droit Civil”, en R.T.D.C. 1982-242; Mathieu, Bertrand, “Droit Constitutionnel e Droit Civil: des vieilles outres pour un vin nouveau”, en R.T.D.C. 1994/59; Perlinger, Pietro, “El derecho Civil en la legalidad constitucional”, (Editorial Dykinson, 2008) N° 177; Comanducci, Paolo, “Constitucionalización y teoría del Derecho”, 23/8/2005, <http://www.unc.edu.ar>; Barber Cárcamo, “La constitución y el Derecho Civil”, Universidad de la Rioja, Zabalo Escudero, María – “La reforma del Derecho Civil Aragonés: El marco constitucional”, entre otros autores europeos.

[13] Riveras, Julio César, “El derecho privado constitucional”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 7 “Derecho Privado en la reforma constitucional”, (Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe), pág. 27. De igual modo se han preocupado por el estudio del tema: Iturraspe, Juan Bernardo, ¿Código Civil vs. Constitución Nacional?, Sup. Act. 30/12/2003, 2; Fresneda Saieg, Mónica - Hernández, Carlos – Esborraz, David, “La reforma constitucional: su incidencia en la evolución del Derecho Civil”, <http://www.cartapacio.edu.ar/obj/index.php/tdc/article/view/1036>; Molina Quiroga, Eduardo y Viggiola, Lidia E., “Protección constitucional del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial”, <http://www.aaba.org.ar/bi150701.htm>; Ghersi, Carlos A. “El derecho Constitucional a la tranquilidad y calidad de vida y la sistémica de la reparación de daños (Cuando el Poder Judicial se independiza del Poder Económico), La Ley 1994-D-412 – Responsabilidad civil Doctrinas Esenciales T° I, 197; Ariza, Ariel, “Aspectos constitucionales del Derecho Civil”, <http://www.cartapacio.edu.ar/obj/index.php/tdc/article/view/1014>

[14] Riveras, Julio César, ibídem, pág. 38.

[15] Arce y Flores - Valdez, Joaquín, “El derecho civil constitucional”, (Madrid, 1986), pág. 87.

[16] Rivera, Julio César, ob. cit., pág. 37/38. El autor cita a Mathieu, Lasarte en I Congreso de Derecho Vasco, reseñado por Asua Igaretua en A.D.C. 1983-480; Larenz, pág. 101; De los Mozos, José Luis, en Castan Tobeñas, José, “Derecho Civil español común y foral”, Madrid, 1984, T° I-I, pág. 422; Cherot, Jean –Yves, “Les raptos du droit Constitutionnel – Response a Christian Atias”, Revue Française de Droit Constitutionnel”, pág. 441.

[17] Talau, Jean-Marc, “La pérennité du Code Civil en France”, Indret – Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, febrero de 2005, 268, www.indret.com. ; Alterini, Atilio Anibal, “L’Avenir de la codification en France et en Amérique Latine”, 2,3 abril 2004, http://www.senat.fr/colloques_codification/colloques_codification16.html

[18] Alberdi, Juan Bautista, “Bases”, XVI “De la Legislación como medio de estimular la población y el desarrollo de nuestra repúblicas”, (Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, cuarta edición), pág. 105/106

[19] Rosatti, Horacio, ob. cit., pág. 101. Este autor, hace referencia a la impronta codificadora, calificando al Código Civil como fundante por su carácter de autosuficiente y hermético desde lo conceptual y por su carácter pedagógico desde lo semántico. Esta característica del Código es para las relaciones privadas de los argentinos, pero no para la estructuración

del Estado Nacional, lugar que ocupa la Constitución Nacional.

[20] Sarmiento, Domingo Faustino, Sarmiento, D. F., “Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina con numerosos documentos ilustrativos del texto”, (Santiago de Chile, Imprenta de Julio Belin I CA, Setiembre de 1853), pág. 28. El maestro sanjuanino dijo: “El elemento del orden de un país no es la coerción; son los intereses comprometidos. La despoblación y la falta de industria prohíben las revueltas: poblad y cread intereses. Haced que el comercio penetre en todas partes, que mil empresas se inicien, que millones de capitales estén esperando sus productos, y creareis un millón de sostenedores del orden... Las preocupaciones populares pueden ser modificadas y dirigidas... Infundid a los pueblos del Río de la Plata que están destinados a ser una grande nación, que es argentino el hombre que llega a sus playas; que su patria es de todos los hombres de la tierra, que un porvenir próximo va a cambiar su suerte actual, y a merced de estas ideas, esos pueblos marcharán gustosos por la vía que se les señale, y doscientos mil emigrantes introducidos en el país, y algunos trabajos preparatorios, darán asidero en pocos años a tan risueña esperanzas. Llamáos Los Estados Unidos de la América del Sud, y el sentimiento de la dignidad humana y una noble emulación conspirarán en no hacer un baldón del nombre que se asociación ideas grandes”. En pág. 45 proloquia que “en un país como el nuestro, que sale del reino desenfrenado de la violencia y de la fuerza brutal, es preciso levantar muy alto por todas partes el pendón de la justicia y del derecho”.

[21] Ekmekdjian, Miguel Ángel, “Jerarquía constitucional de los derechos civiles”, La Ley 1985-A, 847. Este autor, antes de la reforma constitucional de 1994 sostenía que “los derechos civiles están ordenados jerárquicamente de acuerdo a la ubicación que tenga en la escala axiológica el valor (interés) que cada uno de ellos está destinado a proteger. Existe entre ambos (derecho-interés protegido) una relación de medio a fin”.

[22] Rosello, Gabriela – Hise, Mónica, “Los derechos del consumidor en la Constitución y en la ley”; García Martínez Roberto, “Los tratados internacionales y la Constitución Nacional”, en el capítulo “Los nuevos Derechos civiles constitucionales”, en libro “Los Derecho del Hombre – Daño y protección a la persona” coordinado por Carlos A. Ghersi, (Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1997), pág. 477 y 491.

[23] Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14/10/1997, “Arce, Jorge D.”, La Ley 1997-F, 697; La Ley 1998-A, 326; Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional - Director: Daniel Alberto Sabsay, Editorial La Ley 2005, 325; DJ 1998-1, 404, AR/JUR/1160/1997

[24] Ekmekdjian, Miguel Ángel, ob. cit. En la misma opinión: Mosset Iturraspe, Jorge, “Otra muestra del “Derecho Privado Constitucional”: La Constitución avanza sobre los privilegios concursales”, Sup. CyQ 2004 (septiembre), 29.

[25] *Ibidem*

[26] CSJN, 16/10/2001, “M., M. c/ M. S. y A.S.”, La Ley 2001-F, 505; DJ 2001-3, 657; ED 27/03/2002, 13; JA 2002-II, 425; Sup. Const. 2002 (agosto), 39; La Ley 2002-E, 299.

[27] Alferillo, Pascual Eduardo – Pandiella, Juan Carlos, “Daño a la persona. Valoración. Cuantificación. Visión jurisprudencial”, (Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2009), pág. 15.

[28] CSJN, 21/09/2004, A. 2652. XXXVIII, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, Sup. Especial La Ley 2004 (septiembre), 39; DJ 29/09/2004, 339; DT 2004 (septiembre), 1286; DJ 06/10/2004, 394; RCyS 2004-IX, 122; ED 25/10/2004, 5; DJ 10/11/2004, 798; IMP 2004-21, 131; TySS //2004, 778.

[29] CSJN, M. 687. XXXVIII; REX “Mesquida, Gregorio Hugo y otro c/ Estado Nacional - Armada Argentina y otro s/accidente en el ámbito militar y fuerzas de seguridad”, 28/11/2006, T. 329, P. 5382, (Disidencia parcial de los Dres. Juan Carlos Maqueda y Luis Roberto Rueda).

[30] Da Rosa Júnior, Faustino, “El derecho contractual en el nuevo contexto del derecho civil -constitucional”, 18/9/2008, http://www.juri sway. org.br/v 2/dhall.a sp?id _dh= 831. Este autor brasilero sostiene que “la Constitución es, en relación al derecho civil, no una extraña o invasora, sino el propio motor de reflexión, desde lo cual orbitan las demás fuentes normativas, incluso el Código Civil que hace mucho perdió la posición central que tenía en lo derecho privado y el Código de Defensa del Consumidor. La dicotomía derecho público-derecho privado merece ser superada, en favor de la aplicación, al ordenamiento jurídico como un todo, de los valores y principios constitucionales, se priorizando la persona humana y el respeto a su intangible dignidad”.

[31] CSJN, S. 622. XXXIII.; “S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias”, 03/04/2001, T. 324, P. 975; LL. 16-05-01, nro. 101.996. LL. 21-12-01, nro. 51.208. LL. 05-02-02, nro. 103.240. (Votos de los Dres. Eduardo Moliné O'Connor y Guillermo A. F. López y de los Dres. Antonio Boggiano y Adolfo Roberto Vázquez).

[32] CSJN, D 401 XXXIII.; “D. de P. V., A. c/ O., C. H. s/ impugnación de paternidad”, 01/11/1999, T. 322, P. 2701; ED. 21-12-99, nro. 49.761 (con nota). LL. 29-12-99, nro. 99.764. (Disidencia del Dr. Adolfo Roberto Vázquez)

[33] CSJN, S. 622. XXXIII.; “S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias”, 03/04/2001, T. 324, P. 975; LL. 16-05-01, nro. 101.996. LL. 21-12-01, nro. 51.208. LL. 05-02-02, nro. 103.240. (Disidencia del Dr. Augusto César Belluscio)

[34] Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, 08/10/1997, “B., A. B. c. T., M. H.”, La Ley 1998-

F, 571; AR/JUR/23/1997

[35] Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 27/08/1999, “D. de D., N. A. c. D., J. A.”, LLBA 1999, 1066, AR/JUR/303/1999: “A los fines de atribuir la tenencia ha de primar el interés superior del menor reconocido por la Convención de los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693) de rango constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994”; Corte de Justicia de la Provincia de San Juan, 01/04/1998, “G., A. V.”, LLGran Cuyo 1998, 458 - La Ley 1998-F, 64, AR/JUR/162/1998: “Al momento de decidir sobre la tenencia de un menor debe hacerse primar por sobre todas las cosas el interés superior del niño, consideración que debe ser prioritaria sobre los demás derechos de los padres y de la familia”; Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, 08/10/1997, “B., A. B. c. T., M. H.”, La Ley 1998-F, 571, AR/JUR/23/1997: “Frente a cualquier situación de disputa entre los padres por la tenencia y cuidados del menor, cuyos desacuerdos pueden afectar la salud psíquica y comportamientos del menor, es esencial la intervención de la justicia, como función de responsabilidad del Estado, para garantizar los derechos y el interés superior de un niño”; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, sala II, 14/02/1995, “G., C. A. c. J., L. L.”, LLBA 1995, 437, AR/JUR/3890/1995: “A los fines de juzgar la idoneidad del progenitor a quien debe adjudicarse la tenencia debe tenerse esencialmente en cuenta el interés superior del menor pues así lo impone la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 3º -Adla, L-D, 3693-), máxime en la actualidad en que la nueva Constitución Nacional le ha otorgado jerarquía constitucional, superior a las leyes mismas (art. 22, Constitución Nacional), y también la Constitución de Buenos Aires ha destacado el derecho a la protección y formación integral del niño (art. 36, inc. 2º)”, etc.

[36] Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 12/09/2001, “S., C.”, LLBA 2002, 162, AR/JUR/816/2001: “Cabe apartarse del principio por el cual los hijos no deben separarse de sus padres en contra de la voluntad de éstos -arts. 264, 265, 307 y cons., Cód. Civil; 17 y 19, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 7º y 9º, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño-, si lo contrario importaría modificar la situación actual del menor -en el caso, de cuatro años de edad, entregado en guarda por la madre biológica desde su nacimiento-, con menoscabo para su interés superior -art. 9.1, parte 2ª, convención citada en segundo término- (del voto en disidencia del doctor Hitters)”; Corte de Justicia de la Provincia de San Juan, 01/04/1998, “G., A. V.”, LLGran Cuyo 1998, 458 - La Ley 1998-F, 64, AR/JUR/162/1998: “Resulta arbitraria la sentencia que ordena la restitución de un menor a sus padres biológicos ya que, conforme las constancias reunidas en la causa, con ello podría causársele un daño psicológico o espiritual al niño. Tal decisión implica un apartamiento injustificado de la Convención sobre los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693), introducida como norma positiva constitucional desde la reforma del año 1994, en el art. 75, inc. 22, atento que el interés superior del menor, sólo quedaría resguardado manteniendo su situación”; Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala II, 14/09/1999, “A., C.”, LLBA 2000, 44, AR/JUR/1232/1999: “Si bien es cierto que el art. 9º de la Convención sobre los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693) establece que los niños no deben ser separados de sus padres en contra de su voluntad, también lo es que existe un interés superior del niño que impone dicha separación cuando éste sea objeto de descuido por parte de sus progenitores, lo que sucede cuando se demuestra que la madre biológica no se encuentra capacitada para contener la problemática de su hijo y el desinterés en ayudarlo, sino con medios económicos de los que carece, al menos con los recursos humanos con que cuenta, por lo que no existe alternativa de reintegro del niño a su familia biológica, debiendo declararse su abandono y estado de adoptabilidad”, etc.

[37] Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A, 18/09/2008, “S., L. M. c. L., E. G.” LLPatagonia 2008 (diciembre), 585, AR/JUR/10504/2008: “Debe confirmarse la sentencia que rechazó el pedido del padre de un menor para que asista a un establecimiento educativo distinto al que concurre, pues el sentenciante ha ponderado el interés superior del menor involucrado, ya que tuvo en cuenta la preferencia del menor de continuar sus estudios en el colegio al que asiste, así como el hecho de que el desplazamiento diario a la ciudad a la que se encuentra ubicada la institución propuesta implicaría alejarlo de su medio social y afectivo habituales, máxime si se ha comprobado la aptitud del establecimiento al que asiste tanto en su estructura edilicia como en la propuesta educativa, así como la excelente adaptación del niño (Del voto del Dr. Ferrari)”.

[38] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 03/10/1996, “P., V. A.”, La Ley 1997-D, 100 - Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil - Parte General - Director: José W. Tobías, Editorial La Ley, 2003, 212, AR/JUR/3711/1996: “No existe posibilidad de privilegiar el derecho a la libertad de prensa frente al derecho a la intimidad de los niños, porque en toda cuestión de menores debe resolverse teniendo en consideración el interés superior de aquéllos (conf. art. 3º, Convención sobre los Derechos del Niño --Adla, L-D, 3693--)”.

[39] CSJN, M. 3805. XXXVIII.; “Maldonado, Sergio Adrián s/ materia: previsional s/ recurso de amparo”, 23/11/2004, T. 327, P. 5210. También ha sostenido, CSJN, M. 2311. XLII; RHE “M. D. H. c/M. B. M. F”, 29/04/2008, T. 331, P. 941; L.L. 28-5-08, nro. 112.527, L.L. 9-6-08, nro. 112.562, que “Al tratarse de la vida de una persona menor, la utilización ciega de la letra de la ley, huérfana de otra compañía que avale la prudencia de la decisión, en función de lo más conveniente para ese pequeño en particular, tiñe la actuación jurisdiccional de arbitrariedad, pues es claro que los textos

positivos deben contrastarse con los antecedentes de hecho, máxime en asuntos en los que el interés del niño -de rango superior-, opera imperativamente en un papel integrador, que llena los eventuales vacíos de la ley y prevalece sobre los preceptos cuya implementación se revele contraria a los derechos de aquél. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-

[40] CSJN, Competencia N° 484. XLI.; “S., M. Y. y otros s/ procedimiento asistencial”, 25/11/2005, T. 328, P. 4081; CSJN, C. 492. XLV; COM, “B., A. B. s/tutela”, 28/04/2009, T. 332, P. 903: “más allá de que el art. 400 del Código Civil estipula que el discernimiento de la tutela corresponde al juez del lugar en que los padres del menor tenían su domicilio, esta regla no es absoluta y debe ser interpretada a la luz del "interés superior del niño" (art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño) por lo cual resulta competente para entender en las actuaciones el juez del lugar donde los menores viven efectivamente”; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Noroeste del Chubut, 17/08/1999, “L., M. V. c. M., O.”, La Ley 1999-F, 327 - DJ 2000-1, 810: “El interés superior del niño debe considerarse no sólo respecto de las soluciones que atañen al fondo de la cuestión --en el caso, privación de la patria potestad--, sino también en lo atinente a la determinación del juez competente”; C.S.J.N., 28/04/2009, “B., A. B. s/ tutela”, La Ley Online; AR/JUR/9582/2009: “Corresponde declarar la competencia del juez donde la niña se encuentre viviendo efectivamente para entender respecto de su tutela, pues, más allá de que el art. 400 del Código Civil estipule que el discernimiento de la tutela corresponde al juez del lugar en que los padres del menor tenían su domicilio, esta regla no es absoluta y debe ser interpretada a la luz del interés superior del niño, establecido en el art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño”, etc..

[41] Convención Sobre Los Derechos Del Niños. Artículo 12 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.

[42] Verhellen Eugeen, “La Convención sobre los derechos del niño. Trasfondos. Motivos. Estrategias. Temas principales”, (Amberes/Apeldoorn, Garant, 2002), pág. 39, (http://books.google.com.ar/books?id=ETj5YT0M_QC&printsec=fro ntcover&dq=la+convencion+ni%C3%B1o+VERHELLEN&hl=es&ei=rqV6TYrsApOC0QGvZnMAw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCKQ6AEwAA#v=onepage&q=la%20convencion%20ni%C3%B1o%20VERHELLEN&f=false). Este autor dice al respecto que “de hecho, el argumento central y recurrente contra los derechos autónomos de los niños es su supuesta incompetencia para llevar a cabo decisiones bien fundamentadas. De acuerdo con este punto de vista, los niños no son lo suficientemente maduros ni física, ni intelectualmente, ni emocionalmente, y les falta la experiencia necesaria para realizar juicios racionales sobre los que les interesa o no”

[43] Sánchez Jacob, M., “El menor Maduro”, Bol. Pediatr 2005; 45: 156-160, (http://www.sccal.p.org/bol/193/BolPedia/tr2005_45_156-160.pdf); Ogando Díaz, B. - García Pérez, C., “Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro”, Pediatr Integral 2007; XI(10):877-883, (http://www.sepea.p.org/images/USER/_Consentimiento_informado_capacidad_decidir_nino_maduro.pdf); Daniel O'Donnell, “La convención sobre los derechos del niño: estructura y contenido”, (<http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mo d1/Texto%202.pdf>), entre otros autores.

[44] Verhellen Eugeen, ob. cit., pág. 157.

[45] Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Noroeste del Chubut, 17/08/1999, “L., M. V. c. M., O.”, La Ley 1999-F, 327 - DJ 2000-1, 810.

[46] Juzgado de 1a Instancia en lo Civil, Comercial, de Conciliación y Familia de Villa Dolores, 21/09/2007, “C. J. A. y otra - solicitan autorización”, LLC 2007 (noviembre), 1102, AR/JUR/5596/2007

[47] Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I, 21/04/1998, “M., M. I. c. G., B. L.”, La Ley 2000-B, 862, LLLitoral 1999, 416, AR/JUR/2261/1998. En igual sentido, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 11/03/1997, “I., N. y O. c. G., G. E.”, DJ 1998-1, 259, AR/JUR/1667/1997. En este fallo se sostiene que “para decidir acerca de la producción de la prueba biológica de histocompatibilidad, en el marco de un juicio de filiación, debe considerarse primordialmente que se encuentra involucrado el inalienable derecho a la identidad, cuya satisfacción consulta el interés superior del menor de cuya filiación se trata. Asimismo, el derecho de conocer a los progenitores, reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693), supone para su operatividad el arbitrar los medios idóneos para el conocimiento de la verdad biológica”. También sobre el tema el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, 28/12/2009; “Rocha, Karina y Delgado, Omar”, AR/JUR/50966/2009 preciso que “No debe confundirse el derecho a la identidad que implica el conocimiento de los propios orígenes, con el derecho a permanecer con la familia de origen, el cual no es absoluto, y debe ceder ante el interés superior del menor, cuando no coincide con

éste”

[48] Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Posadas, sala I, 04/04/2008, “Rivas Orue, Justina p.s.h.m. Cimo c. Maman Orfali, Abel Omar”, LLLitoral 2008 (agosto), 783, AR/JUR/3062/2008

[49] Corte de Justicia de la Provincia de San Juan, 05/03/2009, “N.N. c. Suc. N.N. y N.N.”, LLGran Cuyo 2009 (junio), 482 - La Ley 12/08/2009, 5.

[50] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 17/03/2010, “L., F. c. O., P. y otros”, DJ 16/06/2010, 1638 - DFyP 2010 (junio), 57, DFyP 2010 (mayo), 62, AR/JUR/6167/2010

[51] Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, sala III, 10/02/2010, “M., R. S. c. S. S., G. y otro”, LLNOA 2010 (mayo), 376, La Ley 19/05/2010, 11; La Ley 19/05/2010, AR/JUR/1328/2010; Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 77, 29/04/2009, “L., F. C. c. O., P.”, AR/JUR/2/2009; Juzgado de 1a Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería Nro. 2 de Río Gallegos, 12/03/2009, “F., V. H c. M. C. A. y A. C. B.”, La Ley 22/04/2009, 10, La Ley 2009-C, 100, LLPatagonia 2009 (junio), 835, AR/JUR/2303/2009, entre otros.

[52] Cámara de Familia de 2a Nominación de Córdoba, 06/10/2009, “T., J. A. c. J. G. T. y otros”, LLC 2010 (abril), 324, AR/JUR/49836/2009. Anteriormente, la Cám. Familia 1a Nominación Córdoba, 23/10/2002, “T. D., J. E. c. R. D. Q.”, La Ley 2003-C, 300 expreso que “vulnera el principio de igualdad ante la ley -art. 16, Constitución Nacional y tratados internacionales sobre derechos humanos incorporados a la misma- la limitación temporal que tiene el padre para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial conforme el art. 259, párr. 2º del Cód. Civil, ya que no está prevista también para el hijo pese a que la filiación es una relación esencialmente recíproca, por lo que la norma cuestionada consagra un trato ostensiblemente discriminatorio”.

[53] Alferillo, Pascual Eduardo, “Daño a la Vida. Valoración – Cuantificación. Acción resarcitoria”, (Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2009), pág. 34. Es notable en nuestro país la influencia y estrecha vinculación que existe entre la doctrina autoral y magistratura, al punto que se puede citar una importante cantidad de magistrados en actividad o jubilados que se destacan como juristas. Por ejemplo, Kemelmajer de Carlucci, Zavala de González, Moisset de Espanés, Zannoni, Belluscio, Bueres, Galdos, Wayar, Lorenzetti, etc. La historia del derecho marca otros ejemplos.

[54] Orgaz, Alfredo, “El daño resarcible”, Correcciones e índice a cargo del abogado Miguel Domingo Martínez, (Marcos Lerner – Editora, Córdoba, 1992), pág. 98/99; Zannoni, Eduardo A., “El daño en la responsabilidad civil”, 2da. Edición actualizada y ampliada”, 1ra. reimpresión, (Astrea, Buenos Aires, 1993), pág. 29; Mosset Iturraspe, Jorge, “Daño de hecho y daño jurídico. Perjuicio originado en la muerte del hermano”, La Ley 1982-B, 171, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 331; entre otros autores que tratan el tema.

[55] Garrido Cordobera, Lidia M.R., “Casos de Responsabilidad Civil” – Colección académica, La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 1. La autora sostiene que “aceptar que los cambios sociales tienen entidad suficiente para nutrir al Derecho es aceptar el reto de solucionar los conflictos que nuestra realidad nos presenta hoy”.

[56] CSJN “Gunther, Fernando Raúl c/ Estado Nacional (Ejército Argentino) s/ sumario”, 5/8/1986, T. 308, P. 1118.

[57] CSJN, 05/08/1986, “Santa Coloma, Luis Federico y otros c. E.F.A.”, Tº 308 Fº 1160. El otro pronunciamiento de ese día es “Honorio Juan Lujan v. Nación Argentina”, Tº 308 Fº 1110.

[58] CSJN, “Gunther...”, cit.

[59] CSJN, 25/09/1997, “L., B. J. y otra c. Policía Federal Argentina”, La Ley 1998-E, 528; V. 125. XXIII.; “Valenzuela, Rubén c/ la Nación (Estado Mayor del Ejército) s/ daños y perjuicios”, 25/08/1992, T. 315, P. 1731; A. 2652. XXXVIII.; “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, 21/09/2004, T. 327, P. 3753; R. 1398. XLI; REX “Ramírez, Juan Carlos c/ E.B.Y. s/ daños y perjuicios”, 05/06/2007, T. 330, P. 2548; O. 271. XL; REX “Otero de Cufre, Sara Beatriz c/ Avícola Capitán Sarmiento S. A. y otro s/ indemnización por fallecimiento”, 30/10/2007; A. 436. XL; RHE “Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía S.R.L.”; 08/04/2008, T. 331, P. 570 B. 3534. XXXVIII; RHE “Bernald, Darío c/ Bertoncini Construcciones S.A.”, 18/06/2008, T. 331, P. 1488; 22/12/1993 • Navarrete, Margarita Reina y otro c. Nación Argentina (Ministerio de Educación y Justicia -Servicio Penitenciario Federal-), entre otros.

[60] CSJN “Gunther...”, cit.

[61] CSJN, “Nación c/ Roca de Schröder, Agustina”, 1976, T. 295, P. 157; “Provincia de Buenos Aires c/ Saico S.A.”, 1985, T. 307, P. 1306, entre otros. En las expropiaciones ocupa un lugar especial el tema de que si la imposición de las costas por su orden afecta la reparación integral. En un sentido, muy negativo y contrario a la constitucionalización del derecho codificado sustancial y procesal, se ha pronunciado Laplacette, Carlos José, “La reparación integral. Problemas de un concepto innecesario y erróneo”, La Ley 2008-C, 961 quién llega a decir que “no es la Constitución Nacional el lugar donde deben buscarse respuestas a decisiones legislativas que simplemente no son de nuestro agrado. De lo contrario, el derecho constitucional se trivializa y con él la autoridad de nuestra Carta Magna”.

[62] CSJN, S. 26. XXII.; “SACOAR SAIC. c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ ordinario”, 31/10/1989, T. 312, P. 2043;

“Pensavalle S.R.L. c/ Nación”, 1976, T. 296, P. 729; E. 136. XXXIV. “Echenique y Sánchez Galarce S.A. c/ Instituto de Vivienda del Ejército s/ sumarísimo”, 24/04/2001, T. 324, P. 1315; “Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.I.C.F.I. c/ Dirección Nacional de Vialidad”, 1984, T. 306, P. 1409; entre otros.

[63] CSJN, L. 33. XXII.; “Lo Iacono, Osvaldo José c/ Consejo Nacional de Educación Técnica CONET”, 30/08/1988, T. 311, P. 1722; “Pillet, Jorge Carlos c/ Nación”, 1961, T. 249, P. 320; “Argos Compañía Argentina de Seguros Generales S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”, 1975, T. 293, P. 710; C. 88. XXXI. “Carello, Juan Miguel y otro c/ Camba Cua SAAGMS. y otro s/ lesión y/o muerte de pasajero transporte aéreo”, 20/08/1996, T. 319, P. 1486; “Vieytes de Fernández, Juana Suc. c/ Provincia de Buenos Aires”, 1976, T. 295, P. 973; “Scordo, Humberto Francisco c/ S.A. Lago Electric”, 1977, T. 299, P. 125; “Pérez de Neglia, María del Carmen c/ Facchini, Gino y otra”, 1977, T. 297, P. 445; “SAFAC, S.A. Cía. Fabril, Comercial y Financiera c/ Celulosa Argentina S.A.”, 1979, T. 301, P. 45; “Stabilito, Bartolomé y otros”, 1980, T. 302, P. 1016; “Villariño Malleiro, Raquel c/ Luis Paulino suc.”, 1981, T. 303, P. 2010; “Asís de Álvarez, Julia Ester c/ Ferrocarriles Argentinos”, 1981, T. 303, P. 1445; “Banco Nacional de Desarrollo c/ José Antonio Silva”, 1981, T. 303, P. 378, entre otros.

[64] Chiamonte, José Pedro, “El principio de la reparación integral en las obligaciones de dinero”, La Ley 1976-D, 239.

[65] CSJN, “Lucena, Rafael y otro c/ Nación”, 1961, T. 250, P. 135. En igual sentido: Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, 18/04/1950, “Heinz, Felipe c. La Continental (Cía. de seguros)”, La Ley Online cuando dijo que “la reparación del daño debe ser integral; es decir, debe restablecerse el estado de cosas que hubiera existido si la circunstancia que obliga a la indemnización no hubiese sucedido”.

[66] CSJN, “Vieytes de Fernández, Juana Suc. c/ Provincia de Buenos Aires”, 1976, T. 295, P. 973.

[67] CSJN, P 263 XXVIII; “Pérez, Fredy Fernando c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos s/sumario”, 24/08/1995, T. 318, P. 1598.

[68] CSJN, A. 2652. XXXVIII.; “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, 21/09/2004, T. 327, P. 3753; E.D. 25/10/04, nro. 52.021; E.D. 15/11/04; L.L. 17/11/04; J.A. 24/11/04; L.L. 01/12/04, nro. 108.383; E.D. 03/12/04. En autos M. 687. XXXVIII; REX “Mesquida, Gregorio Hugo y otro c/ Estado Nacional - Armada Argentina y otro s/accidente en el ámbito militar y fuerzas de seguridad”, 28/11/2006, T. 329, P. 5382, la disidencia parcial de los Dres. Juan Carlos Maqueda y Luis Roberto Rueda fijo el mismo criterio al reconocer “el derecho a una reparación integral en los términos del deber constitucional de no dañar a otro”.

[69] CSJN, E. 224. XXXIX.; “Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa - Bulacio, Walter David”, 23/12/2004, T. 327, P. 5668 (Voto del Dr. Antonio Boggiano)

[70] CSJN, noviembre 20-973, “Ataka Co. Ltda. c. González, Ricardo y otros”, La Ley, T° 154 pág. 85. Ídem fallos T° 246, pág. 87, Rev. La Ley T° 98 pág. 289; T° 272 pág. 188, Rev. La Ley T° 133, pág. 414. En ese fallo completo su pensamiento asegurando que “...la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial debe pronunciarse sin supeditar su fallo “hasta tanto recaiga pronunciamiento en sede penal” pues si existen demoras en ese trámite – mas de cinco años – la dilación ocasiona agravios a la garantía constitucional del derecho de defensa...”

[71] Alferillo, Pascual Eduardo, “Flexibilización de la prejudicialidad penal”, Revista de la Responsabilidad Civil y Seguros, año IV N° VI - Noviembre 2002, pág. 37.

[72] Cám. Apel. Civ. Com. y M., San Juan, Sala 1ª, Libro de Autos T° 84 F° 187/188 - 26-2-93, Libro de Autos T° 94 F° 39/40 - 12-12-96; N° 14.605 “Ramírez, Ernesto Clemente c/ Vedia Dante – Daños y perjuicios”, Libro de Autos T° 94 F° 81/82 - 27/2/1997, entre otros. La sala II ha sostenido que “...el prolongado transcurso del tiempo sin que la actuación haya proseguido hace presumir que la acción penal está prescripta, por lo cual debe resolverse en sede civil los reclamos indemnizatorios. De no ser así, habría que suspender sine die el pronunciamiento civil con lo que se lesionaría derechos de raigambre constitucional...”, Autos N° 15536 “Ibáñez de Terzi, Beatriz del Carmen c/ Andrés Morales – Daños y Perjuicios – sumario”, Libro de Sentencias T° I F° 29/36, 25/02/2000. En el mismo sentido, Cám. Civ. y Com. Santiago del Estero, C 10288 S 11/4/1996 “Leiva de Lescano Clotilde Asunción c/ Empresa de Transporte de Pasajeros Coop. “La Unión” y/o Propietarios responsables s/ Daños y Perjuicios”. Este tribunal sostuvo que “...la dilación indefinida del trámite y de la decisión de un juicio hiere el derecho de defensa. Por ello es de fundamental importancia que el proceso tenga una duración razonable, esto implica que las dilaciones, suspensiones, etc., sin razón suficiente conspiran contra dicha celeridad y como tal es inconstitucional. En consecuencia, dejar un proceso abierto sine die sin el dictado de la sentencia respectiva por imperio de lo dispuesto por el art. 1101 C. Civil, importa una verdadera violación al art. 18 de la C.N. y privación de justicia...”

[73] Bidart Campos, Germán, “La duración razonable del proceso”, L.L. T° 154 pág. 85; Boffi Boggero, Luis María, “Tratado de las Obligaciones”, T° 6 (Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma – Buenos Aires – 1985), pág. 223.

[74] CSJN, Fallo 323-747.

[75] CSJN, 28/04/1.998, Fallo 321-1124. en igual sentido CNCiv., sala F, 2001/12/05 “Carvajal Víctor c. Fronteras, Tomás

R.”, doctrina Judicial 22/05/2002 – Año XVIII N° 21, pág. 263.

[76] CSJN, B. 930. XXXVI “Boleso, Héctor Hugo c/ Estado de la Provincia de Corrientes”; 21/08/2003; T. 326 P. 2868.

[77] Suprema Corte de Justicia Mendoza, N°: 00199198 Sala: 1, 29-06-2000, N° 68195 – Velásquez Patricia y otra, en J. Velásquez c/ Cristóbal Moreno López p/ Daños y perjuicios – Ordinario -Casación”, Libro S296 Fojas: 046. Este tribunal entendió que “la suspensión del dictado de la sentencia civil hasta tanto recaiga resolución en sede penal no es una regla legal absoluta; por el contrario, ella debe compatibilizarse con los principios constitucionales de acceso a la justicia y al derecho a obtener una decisión dentro de un tiempo razonable...”. Por lo cual “...cabe dictar sentencia civil aunque no haya recaído sentencia en sede penal si por su magnitud la pendencia impide en forma real el derecho de defensa en juicio”

[78] Corte de Justicia Tucumán, 28/12/2000, Sent. N° 1137 “Santillan Viuda de Villagra, Lola Elvira vs. Municipalidad de San Miguel de Tucumán s/ Daños y perjuicios”; 19/12/2000, Sent. N° 1089 “Roquera, Darío Leoncio c/ Sol San Javier S.A. s/ Daños y perjuicios”. Este organismo jurisdiccional afirmó que “...el exceso de tiempo transcurrido desde el siniestro, la dilación en el trámite de la causa penal, el estado procesal de la misma, la imposibilidad para los actores de instar aquel proceso, el tiempo transcurrido desde la suspensión dispuesta por esta Corte sin avances significativos, el desistimiento de la acción civil respecto del imputado en la causa criminal y las circunstancias personales de la víctima (persona de avanzada edad) configuran una excepción al principio de la prejudicialidad (art. 1101 del Cód. Civil), e imponen la necesidad de dictar la sentencia civil, sin esperar el pronunciamiento penal”.

[79] Supremo Tribunal de Santiago del Estero, 15/5/2000, “Herrera de Celiz, Elsa Alicia y otros c/ Paz Gustavo Ramón y/u Otros s/ Daños y Perjuicios – Casación”. Este Tribunal aseveró que “...la norma legal de prejudicialidad penal que impone la suspensión en sede civil del dictado de la sentencia, mientras exista un proceso penal pendiente, no reviste carácter absoluto y habrá de estarse a las particularidades de cada caso, por cuanto las normas jurídicas aún las imperativas y de orden público, deben ser interpretadas razonablemente en función de las circunstancias particulares del caso concreto, en los principios generales del ordenamiento jurídico y de las normas de jerarquía constitucional que le atañen. Por eso toda vez que la pendencia del proceso penal sea de tal magnitud que impide en forma real el derecho de defensa en juicio, cabe dictar resolución civil, aún cuando no haya recaído sentencia en sede penal”.

[80] SCBA, causa Ac. 77.383, “Nastrucci, Stella Maris c/ Canal, Roberto y otro. Daños y perjuicios”, 19/2/2002. El tribunal siguiendo los lineamientos marcados por el voto del Dr. Hitters sostuvo que “la aplicación aislada y literal del art. 1101 del Código Civil resulta irrazonable cuando no ha existido pronunciamiento definitivo en sede penal por una dilación sine die de dicho trámite. De lo contrario, se plasmaría una solución incompatible con un adecuado servicio de justicia (art. 15, Const. prov.) y con el derecho de obtener una sentencia en tiempo razonable (conf. arts. 18, 5 inc. 22 y ccs., Constitución nacional; 5 de la provincial y 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica)”

[81] Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala civil y comercial, 08/06/2009, Sanmartino Javier Cematti S.A.I. y C. c. Lizzi, Jorge Osvaldo, DJ 16/12/2009, 3584. El tribunal sostuvo que “la excepción al principio de prejudicialidad establecido en el art. 1101 del Código Civil puede concederse en aquellos casos en los cuales el interesado demuestre que el plazo de duración del proceso penal le generó un perjuicio lesivo de su derecho de defensa en los términos del art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica, ya que dicha excepción presupone inexorablemente una dilación "irrazonable", "inusitada" e "injustificada" del proceso, que, de un modo manifiesto y serio, produzca una denegación de justicia”.

[82] Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis, 20/03/2001, “Caro, Mónica S. c. Comisión Asesora de Vivienda de la C.G.T.”, regional San Luis, LL Gran Cuyo 2002, 129. El voto de la minoría sostuvo que “el principio de la prejudicialidad cede, cuando -como en el caso-, la causa penal se encuentra prácticamente paralizada, sin haberse identificado a ningún imputado y sin que se presenten indicios de que tal cosa va a suceder en un tiempo razonable”.

[83] El texto original fue sustituido por art. 1° de la Ley N° 17.711 (B. O. 26/4/1968), con vigencia a partir del 1° de julio de 1968.

[84] Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: http://www.acadec.org.ar/biblioteca/biblioteca_virtual/actaprim_ercongre_sodsc_civil.pdf/view?searchterm=actos_ilicitos

[85] En las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1984) el despacho A), suscripto por Alberto J. Bueres, Ramón D. Pizarro, Matilde Zavala de González, Silvana Chiapero de Bas, Beatriz Junyent de Sandoval, María E. Lloveras de Resk y Gabriel Stiglitz. Alferillo, Pascual Eduardo, “Daño a la vida...”, cit, pág. 320 y sig.

[86] Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Falta de legitimación de la concubina (y del concubino) para reclamar los daños y perjuicios de la muerte del compañero (o compañera) en un hecho ilícito”, J.A. 1979 –III-14; Comentario al art. 1.085 en la obra “Código Civil y Leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”, Belluscio, Augusto Cesar (Director) - Zannoni, Eduardo A. (Coordinador), Tomo 5 (Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1.984), pág. 117.

[87] Zavala de González, Matilde, Comentario art. 1078 en comentario arts. 1067, 1084/85 en “Código Civil y normas

complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial” Tº 3 A Art. 1066/1116 “Obligaciones” – Alberto J. Bueres (Director) – Elena I. Highton (Coordinadora), (Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999), pág. 182.

[88] CC0102 MP 127706 RSD-750-4 S 23-11-2004, “Rodrigo, Sandra E. c/ Bustos, Esteban s/ Daños y perjuicios”, LLBA 2005, 133, JUBA Civil y comercial B1404166.

[89] Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala 2ª, 26/12/2007, “C. M. y otro v. L. R. y otra”. En el mismo sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 16/05/2003, “J., S. A. c. Córdoba, Paulo D.”, La Ley 2003-F, 1035, voto de la minoría Dra. Estevez Brasa y Juzgado Federal de 1ª Instancia de Concepción del Uruguay, 28/12/2004, “Ríos, María Hortensia, por sí y sus hijos menores y otra c. Mazur, Mario de Jesús y/u otros”, LL Litoral 2006 (marzo).

[90] Boragina, Juan Carlos – Meza, Jorge Alfredo, “Inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil”, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año IX Nº XII – Diciembre 2007, pág. 44. En igual sentido: Saux, Edgardo I., “El daño moral y la concubina ¿Ocaso del art. 1078 del Código Civil?”, Revista de la Responsabilidad Civil y Seguros, Año X – Nº V – Mayo 2008, pág. 47; F.A.S., “Daño moral del concubino”, Revista de la Responsabilidad Civil, año IX – Nº X – octubre 2009, pág. 80, entre otros.

[91] Llambías, Jorge Joaquín, “La vida humana como valor económico. Carácter de la acción resarcitoria por causa de homicidio: Daño resarcible”, J.A., Doctrina (Serie contemporánea - 1974), pág. 624; Bustos Berrondo, H., “Acción resarcitoria del daño causado por homicidio”, Jus, 1962 - Nº 3, pág. 80.

[92] Mosset Iturraspe, Jorge, “El valor de la vida humana”, Tercera edición actualizada (Rubinzal – Culzoni Editores – Santa Fe-Buenos Aires, Argentina, 1996), pág. 29; Borda, Guillermo A., “La vida humana ¿Tiene por sí sola un valor económico resarcible?”, E.D. 114, pág. 849; Kemelmajer de Carlucci, Aída, Comentarios al art. 1.085 Código Civil en “Código Civil y Leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”, Belluscio (Director) – Zannoni (Coordinador), Tomo 5, (Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1984), pág. 196; Venini, Juan Carlos, “El valor de la vida humana”, en el libro “Responsabilidad por daño contractual y extracontractual” (Editorial Juris – Rosario – Santa Fe – Argentina – Marzo 1994), pág. 760; Zavala de González, Matilde, “Resarcimiento de Daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños”, Tº 4 Nº 111, pág. 52, entre otros. En la doctrina española, cabe recordar el pensamiento de Santos Briz, Jaime, “Derecho de Daños” (Editorial Revista de Derecho Privado – Madrid – 1963), pág. 278 y sig. sostiene que “el caso práctico más frecuente e importante de reparación de daños es el motivado por muerte de una persona. Entonces el que perdió la vida, el mayor perjudicado por ello, no puede ser beneficiario de la reparación, que ha de ir a sus más próximos parientes. Tratándose de acción civil derivada de delito causante de la muerte, aquella es transmisible a los herederos del fallecido (art. 104 y 105 del C.p.). En consecuencia, el T.S. ha declarado que la indemnización corresponde a los herederos del fallecido, no exigiendo con rigor el requisito del perjuicio directo. En cambio, tratándose de acción de reparación de daños derivados de culpa extracontractual, se excluye en la jurisprudencia a los herederos, pues no se considera el derecho de indemnización como ingresado en la herencia de la víctima a efectos de transmisión...”.

[93] Alferillo, Pascual Eduardo, “Daño a la vida...”, cit., pág. 155; “Prospectiva de la legitimación para demandar la indemnización de los daños por fallecimiento”, en “Responsabilidad Civil y Seguros”, La Ley Tº 2001, pág. 187 y sig.

[94] El artículo precisa que “a los efectos de esta ley, se entiende por desaparición forzada de personas, cuando se hubiera privado a alguien de su libertad personal y el hecho fuese seguido por la desaparición de la víctima, o si ésta hubiera sido alojada en lugares clandestinos de detención o privada bajo cualquier otra forma del derecho a la jurisdicción”.

[95] Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I, 01/12/2000, “F., R. L. y otra”, LL Litoral, 2001-697. En ese fallo, también se dijo que “habiendo fallecido el heredero forzoso de una persona desaparecida durante el proceso militar, la suma de dinero correspondiente al beneficio establecido por las leyes 24.411 (Adla, LV-A, 7) y 24.823 (Adla, LVII-C, 2894) debe transferirse al juicio sucesorio de aquél heredero -en el caso, fue tramitado por los hijos del heredero forzoso fallecido- pues se trata de un bien recibido "iure hereditatis".

[96] CSJN, S. 1091. XLI “Sánchez, Elvira Berta c/ Mº J y DD HH - art. 6 ley 24.41 (Resol. 409/01). 22/05/2007. En el mismo sentido: Cámara Nacional Civil, Sala M, 22/02/06, expte. Nº: M446433, “Marzocca, Petra c/ Marzoca, Ángela s/ Declaración de causahabientes” (Sumario N° 16841 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 4/2006); Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina del 26/04/2006, pág. 62; tomo 2006-II, donde se dijo que “no desvirtúa lo expuesto que el art. 2º bis de la ley 24.823 disponga que la indemnización tiene el carácter de bien propio del desaparecido o fallecido, pues debe otorgársele a esta expresión el alcance adecuado dentro del contexto completo de la norma, la que se remite sólo analógicamente a normas de derecho sucesorio, a los efectos de determinar el orden de prelación en base al cual debe distribuirse el beneficio respectivo”.

[97] Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam”, Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones y Costas). En igual sentido: “Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá”, Sentencia de 12 de Agosto de 2008, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); “Trujillo Oroza Vs. Bolivia”, Sentencia de 27 de febrero

de 2002 (Reparaciones y Costas); “Los Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala”, Sentencia de 26 de mayo de 2001 (Reparaciones y Costas); “Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia”, Sentencia de 29 de enero de 1997; “Bámaca Velásquez Vs. Guatemala”, Sentencia de 22 de febrero de 2002, (Reparaciones y Costas); “Myrna Mack Chang Vs. Guatemala”, Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), entre otras.

[98] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Reparaciones, supra nota 3, párr. 68; Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros). Reparaciones, supra nota 4, párr. 85; y Caso Castillo Páez. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43, párr. 59; Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia”, Sentencia de 27 de febrero de 2002, (Reparaciones y Costas), entre otros.

[99] Alferillo, Pascual E., “Trascendencia de la valuación en la cuantificación de los daños a la persona”, DJ 2007-III, 298-LA LEY 2008-A, 159

[100] Fernández Sessarego, Carlos, "Daño moral y daño al proyecto de vida" en Revista de Derecho de Daños N° 6 "Daño moral", (Rubinzal - Culzoni Editores), p. 37.

[101] Fernández Sessarego, Carlos, "Hacia una nueva sistematización del daño a la persona", Cuadernos de Derecho N° 3 del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Setiembre de 1993, en Ponencias I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial, Univ. Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1994 y en "Gaceta Jurídica", Tomo 79-B, Lima, julio 2000.

[102] Fernández Sessarego, Carlos, "Daño moral y daño al proyecto de vida", cit., p. 41.

[103] Gamarra, Jorge, "Tratado de Derecho Civil Uruguayo" Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991, t. XXIII, vol. 5 parte VII, "La reparación del perjuicio. Daño a la persona", p. 17. (Citado por Lorenzetti, ob. cit.).

[104] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, “Santamaria, Ramón A. c. Automóviles San José de Flores S.A. y otros”, 13/06/2003, DJ 2003-3, 120, AR/JUR/1346/2003.

[105] Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala II, “Giantomasi, Juan Alberto c. Compañía Financiera Arg. S.A.”. 01/04/2003, RCyS 2003, 686, LLBA 2003, 1255, AR/JUR/1097/2003.

[106] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, “Corso, Felipe c. BBVA Banco Francés y otro”, 24/03/2003, JA 20/08/2003, 35, JA 2003-III, 784, AR/JUR/5934/2003.

[107] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, “R., M. A. c. Obra Social del Personal de la Sanidad y otros”, 29/08/2003, RCyS 2004, 325, AR/JUR/1644/2003. (del voto en disidencia de la doctora Lozano)

[108] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, “Villa Echagüe, Ivan c. Banco Privado de Inversores”, 09/11/2004, La Ley 17/03/2005, 5, La Ley 2005-B, 400, AR/JUR/4534/2004.

[109] Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, “M., J. A. c. Banco Itaú Buen Aire”, 27/07/2004, LLBA 2004, 1137, AR/JUR/2679/2004.

[110] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, “Carnevale, Eduardo O. v. AGF Allianz Argentina Compañía de Seguros Generales S.A.”, 16/05/2007, 35022300.

[111] Alferillo, Pascual E., “La función del juez en la aplicación de la ley de defensa del consumidor”, La Ley 2009-D, 967

[112] Varizat, Andrés, comentario art. 1° en Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado, Lidia Garrido Cordobera, Alejandro Borda y Pascual E. Alferillo (Directores) Walter F. Krieger (Coordinador), Tomo 1 Parte General y relaciones de familia, Ed. Astrea, Buenos Aires – Bogotá, 2015, p. 2..

[113] Tobías, José W., comentario art. 2° en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, 2ª edición actualizada y aumentada, Jorge H. Alterini (Director) Ignacio E. Alterini (Coordinador), Tomo 1 art. 1-224 José W. Tobías (Director), Thomson Reuter La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 29. El autor completa el párrafo expresando que “esa consideración sistemática que contribuye a encontrar el sentido de una norma, se denomina criterio (de interpretación) sistemático”.

[114] Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I, “R., L. M. c. G., E. B. s/ divorcio vincular contradictorio”, 05/09/2017, AR/JUR/68926/2017. El fallo completa su pensamiento diciendo que “Si bien bajo el Código Civil derogado se le concedía al cónyuge inocente una serie de prestaciones resarcitorias específicamente contempladas por el régimen jurídico familiar, el nuevo ordenamiento no deja a los cónyuges en situación de desamparo, ya que se contempla el instituto de la compensación económica, de los alimentos que se deben entre sí durante la vida en común, durante la separación de hecho y con posterioridad al divorcio en determinadas circunstancias y la atribución del uso de la vivienda sea el bien propio de cualquiera de ellos o ganancial (arts. 432 a 434, 441, 443, Cód. Civ. y Com.)”.

[115] Cámara de Apelaciones de Concordia, sala civil y comercial II, “R. T., J. y otra (M., L. M.) s/ guarda con fines de adopción”, 03/05/2017, LA LEY 12/07/2017, 10, LA LEY 2017-D, 210, RCCyC 2017 (agosto), 137, AR/JUR/19994/2017. En igual sentido: Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 8, “L. G. M. s/ control de

legalidad Ley 26.061”, 15/07/2016, AR/JUR/67917/2016. En esta litis se dijo que “el art. 611 del Cód. Civil y Comercial es inconstitucional y anticonvencional, en cuanto no ampara y exceptúa de la prohibición de la entrega en guarda el vínculo basado en una genuina relación de socioafectividad en la que se está forjando el derecho a la identidad del niño en su faz dinámica, lo que atenta contra la regla constitucional según la cual, en decisiones que pueden afectar al menor, debe darse precedencia a su interés superior, de conformidad con el art. 3.1 de la convención sobre los Derechos del Niño”.

[116] Juzgado de Familia Nro. 7 Lomas de Zamora, “B. J. D. y otros s/ materia a categorizar”, 30/11/2016, DFyP 2017 (mayo), 118, LA LEY 26/05/2017, 5, AR/JUR/85614/2016. En el fallo, también se precisó que “las prohibiciones legales o las limitaciones emergentes de la falta de regulación de la gestación por sustitución resultan discriminatorias, en tanto se aplican mayormente a personas o parejas —de igual o distinto sexo— que no pueden afrontar los costos de una práctica compleja en el exterior; por lo que quienes tienen los recursos económicos viajan a países donde la técnica está permitida o donde por falta de marco regulatorio se han verificado abusos e injusticias de las que son víctimas las gestantes.[...] Para evitar una inscripción de nacimiento que no se corresponda con la voluntad procreacional expresada y un proceso judicial posterior al nacimiento del niño para determinar el vínculo filial, con el consumo de tiempo y producción de sufrimiento derivado de la incerteza de la resolución judicial pendiente, la regulación de la gestación por sustitución es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, porque desde el mismo momento del nacimiento éste se encontraría con una familia que lo desea”.

[117] Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario, N. V. E. y otra s/ inconstitucionalidad art. 403, inc. c), CCyC, 29/11/2016, LA LEY 12/12/2016, 3, LA LEY 2016-F, 435, LLLitoral 2017 (febrero), 4, RCCyC 2017 (marzo), 96, DFyP 2017 (abril), 54, LLLitoral 2017 (mayo), 5, LLLitoral 2017 (julio), 7, AR/JUR/76651/2016. En este fallo también se dijo que “el impedimento para contraer matrimonio por afinidad fundado en una cuestión ética como argumento genérico — art. 403, inc. c), Código Civil y Comercial— menoscaba el derecho de las peticionantes, una mujer viuda y la hija de su cónyuge fallecido que no tuvieron trato familiar y que desean contraer nupcias, pues, por obra de una ficción legal, ellas quedan atrapadas en una prohibición aunque nunca pertenecieron fácticamente a ese entorno” [...] “El art. 403, inc. c) del Código Civil y Comercial, en tanto prohíbe el matrimonio por afinidad e impide a las peticionantes contraer nupcias (en el caso, una mujer viuda y la hija de su cónyuge fallecido) es inconstitucional, ya que no existe la posibilidad de integrar la norma a fin de su coincidencia con la Carta Magna, desde que tal prohibición aparece como una potestad estatal con una justificación dudosamente objetiva y razonable”. [...] “La Constitución Nacional garantiza implícitamente a todo ciudadano su derecho a procurar la propia felicidad, lo que conlleva el derecho a ser tratado dignamente por las leyes en todas las dimensiones de su vida, entre las que cabe el matrimonio (en el caso, se autorizó un matrimonio entre una mujer viuda y la hija de su cónyuge fallecido)”.

[118] Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, Greco, Norma I. y ots. c. Aravena, Gerardo D. y ot. s/ ds. y ps. s/ rec. ext. de inconstitucionalidad s/ casación, 15/05/2017, LLGran Cuyo 2017 (diciembre), 4 con nota de José Luis Correa, RCyS 2018-II, 219 con nota de José Luis Correa, AR/JUR/38260/2017

[119] Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, “Espil, María Inés y otro/a c. Apilar SA y otro/a s/ daños y perj. estado (uso autom. s/ lesiones)”, 17/11/2016, RCyS 2017-VIII, 114, LLBA 2017 (agosto), 3, AR/JUR/73331/2016