

# **EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL**

**Por Pascual Eduardo Alferillo**

## **Resumen**

En el presente trabajo se investiga la influencia de la Constitución Nacional sobre el Código Civil en los distintos periodos históricos del Estado Argentino. En primer término, en el Estado liberal donde imperaba la defensa del patrimonio y la libertad contractual. Para luego, verificar como el Constitucionalismo Social influye en el Código Civil estimando que mas allá de las leyes periféricas que se dictaron, fue la reforma de la Ley 17.711 la que incorpora figuras claves de esta tendencia. Finalmente, la incorporación al rango constitucional de los Tratados sobre los Derechos Humanos en la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, marca un cambio profundo como es colocar como eje del Derecho al Hombre y a partir de ello, se comienza a vislumbrar que las soluciones del código sustancial no podían apartarse del criterio dado por la norma Superior. Esta influencia de los DD HH se observa nítidamente, en los fallos donde está en litigio el interés de los niños y en el derecho de daño.

En la actualidad se verifica que el proyecto de unificación de los Código Civil y Comercial responde a este criterio.

## **Abstract**

In this work, was investigated the influence of the national Constitution on the Civil Code in the different historical periods of the Argentine State. Firstly, in the liberal State, where defense of the patrimony and contractual freedom prevailed. For then, check as social constitutionalism influences the Civil Code estimating more than peripheral laws which were issued; it was the reform of the law 17.711 which incorporates key figures of this trend. Finally, the addition to the constitutional rank of treaties on human rights in the reform of the national Constitution of 1994, marks a deep change as it is to place as axis of the right man and from that, begins to glimpse that the substantial source solutions could not to depart from the criteria

given by the higher standard. This influence of the DD HH is seen clearly, failures where is at issue the interest of children and on the right side of damage rights.

Actually, is verified that the unification of the civil and commercial code project meet this criterion.

### **Palabras clave**

Constitución Nacional, Derecho Civil, Proceso de constitucionalización, El Interés Superior del Niño, Derecho de Daños.

### **Keywords**

Constitution, Civil Rights, Constitutional process, The Interest of the Chile, Law of Damages.

#### **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 considera una necesidad jurídica ineludible para los tiempos modernos, como es la unificación del Derecho Civil con el Comercial (Alferillo, 2000).

Sin lugar a duda este debate de los privatista y la focalización de los publicistas en la valoración de la oportunidad y merito 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 (1945) 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”.

En la misma línea de preocupación, Moisset de Espanés (2002) 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”.

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 (Moisset de Espanés, 2002).

Mas 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 ínter influencia. El cambio legislativo puede ser vehículo, o motor, 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 (Moisset de Espanés, 2002).

Estas enseñanzas constituyen una guía para el estudio de la influencia de la renovación constitucional del año 1994 sobre el Derecho Civil tomando en consideración la situación de la normativa vigente que muestra un retraso en su adecuación a los nuevos tiempos presididos por las pautas fijadas por los Tratados Internacionales de los Derechos Humanos.

Esta situación de la normativa privatista, actualmente, se ve jaqueada por la posibilidad latente de una reforma integral promovida por el Poder Ejecutivo mediante la designación de la Comisión Decreto 191/2011 (B.O. 28/02/2011), en la cual se designó como responsables a los Dres. Ricardo Luís Lorenzetti, Aída

Kemelmajer de Carlucci y Elena Highton de Nolasco que hoy tiene estado parlamentario paralizado.

En función de ello, luego de un repaso histórico de la vinculación entre la Constitución Nacional y el Código Civil, se examinará la influencia de la norma superior en las soluciones jurisprudenciales para finalmente verificar el sentido ontológico de la propuesta de reforma que en esta investigación se agotará en analizar los aspectos generales del temas y se dejará para otra oportunidad examinar si las propuestas concretas condicen con la pauta directriz determinada como filosofía de la reforma.

## **II. Breve historia del 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, 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 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 (1993), 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” (Lorenzetti, 1993).

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 (Vanossi, s.f., p. 11) se inicia la etapa del constitucionalismo social en nuestra dogmática, mas allá de la resistencia opuesta por las interpretaciones liberales, que es irremediablemente 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 descripta 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 (Zarini, 1991, p. 71).

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)” (Ramella, 2000, p.1017).

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 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 esa influencia 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 (Alferillo, 1994).

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 (2008, p. 59),

...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<sup>1</sup>.

En ese contexto, la renovación del texto constitucional introdujo 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 Civil de cada país.

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 (Stark, 2002; Perlinger, 2008, entre otros).

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” (Gherzi, 1994).

---

<sup>1</sup> Picasso sostenía que ambas disciplinas “han coexistido largo tiempo en una majestuosa indiferencia recíproca”. El mismo diagnóstico es informado por Lorenzetti (2003, p. 207).

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” (Riveras, s.f., p. 38). 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 (Arce y Flores, 1986). Ello por cuanto le conceden 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.<sup>2</sup>

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 celebre 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 (Rivera, ob. cit; Alterini, 2004<sup>3</sup>).

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 1860, 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.

---

<sup>2</sup> El autor cita, por ejemplo, a Mathieu, Lasarte. *I Congreso de Derecho Vasco*, reseñado por Asua Igarretua en A.D.C. 1983-480.

<sup>3</sup> Alterini, A. (2004). Recuperado de [http://www.senat.fr//colloques\\_codification/colloques\\_codification16.html](http://www.senat.fr//colloques_codification/colloques_codification16.html)

Por su parte, el Código Civil fue sancionado a posteriori por el Congreso Nacional el 25 de septiembre de 1869 (Ley 340), en cumplimiento de la delegación conferida por la Constitución Nacional.

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 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” (Alberdi, p. 105-106).

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 1.994. 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 (Sarmiento, 1853, p. 28).<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> El maestro sanjuanino dijo: “El elemento del orden de un país no es la coerción; son los intereses comprometidos. La despoblación i la falta de industria prohijan las revueltas: poblad i cread intereses. Haced que el comercio penetre en todas partes, que mil empresas se inicien, que millones de capitales estén esperando sus productos, i creareis un millon de sostenedores del orden... Las preocupaciones populares pueden ser modificadas i dirigidas... Infundid a los pueblos del Rio de la

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 fijo su protección en la actividad laboral que podía llevar a cabo el ser humano pero no en el mismo.

A nuestro entender, anticipamos, el merito central de la reforma 1994 fue poner su esfuerzo transformador para rescatar al ser humano en si *proprio*, desplazando en la jerarquía superior a los otros importantes derechos que genera su actuación social o económica (Ekmekdjian , 1985)<sup>5</sup>.

### **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

---

Plata que están destinados a ser una grande nacion, que es arjentino 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, i a merced de estas ideas, esos pueblos marcharán gustosos por la via que se les señale, i doscientos mil emigrantes introducidos en el pais, i algunos trabajos preparatorios, darán asidero en pocos años a tan risueña esperanzas. Llamáos Los Estados Unidos de la América del Sud, i el sentimiento de la dignidad humana i una noble emulación conspirarán en no hacer un baldon 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 i de la fuerza brutal, es precio levantar mui alto por todas partes el pendon de la justicia i del derecho”.

<sup>5</sup> 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”.

consumidores y usuarios y, en el art. 43, una acción rápida y expedita para proteger, entre otros derechos los datos sensibles de la persona (Rosello, 1997).

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 preciso

...a los fines de establecer el sentido de la voz "persona" enunciada en el art. 8°, párr. 2° 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<sup>6</sup>.

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" Ekmekdjian, ob. cit.; Mosset Iturraspe, 2004).

Este autor sistematiza la jerarquía de los derechos civiles de la siguiente forma:

1°) Derecho a la dignidad humana y a la libertad de conciencia. 2°) Derecho a la

---

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14/10/1997, "Arce, Jorge D..La Ley 1997-F, p. 697; La Ley 1998-A, p. 326; Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional - Director: Daniel Alberto Sabsay, Editorial La Ley 2005, 325; DJ 1998-1, 404, AR/JUR/1160/1997

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 (Ibídem).

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 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<sup>7</sup>.

Este criterio fue reiterado por la Corte Federal en distintos pronunciamientos (Alferillo, 2009) 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<sup>8</sup>”.

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<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> CSJN, 16/10/2001, “M., M. c/ M. S. y A.S.”, La Ley 2001-F, p. 505; DJ 2001-3, 657; ED 27/03/2002, p. 13; JA 2002-II, p. 425; Sup. Const. 2002 (agosto), 39; La Ley 2002-E, p. 299.

<sup>8</sup> 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), p. 39; DJ 29/09/2004, p. 339; DT 2004 (septiembre), 1286; DJ 06/10/2004, 394; RCyS 2004-IX, p. 122; ED 25/10/2004, p. 5; DJ 10/11/2004, p. 798; IMP 2004-21, p. 131; TySS //2004, p. 778.

<sup>9</sup> 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).

La decisión constitucional de priorizar al ser humano en sí *proprio*, 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 (Da Rosa Júnior, 2008).

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. La 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..

#### 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. 3º, 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<sup>10</sup>.

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<sup>11</sup>”, 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<sup>12</sup>”.

---

<sup>10</sup> 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).

<sup>11</sup> 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)

<sup>12</sup> 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)

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<sup>13</sup>”.

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<sup>14</sup> o entre quién lleva a cabo la guarda frente al interés de recupero de los progenitores biológicos<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> 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, p. 571; AR/JUR/23/1997

<sup>14</sup> 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, p .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.

<sup>15</sup> Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 12/09/2001, “S., C.”, LLBA 2002, p. 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 concs., 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, p. 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

También se aplicó el principio para definir por la negativa sobre la pretensión de cambiar el colegio donde cursaba el menor<sup>16</sup>.

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<sup>17</sup>.

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<sup>18</sup>.

---

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.

<sup>16</sup> Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A, 18/09/2008, “S., L. M. c. L., E. G.” LLPatagonia 2008 (diciembre), p. 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)”.

<sup>17</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 03/10/1996, “P., V. A.”, La Ley 1997-D, p. 100 - Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil - Parte General - Director: José W. Tobías, Editorial La Ley, 2003, p. 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)”.

<sup>18</sup> 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

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<sup>19</sup>.

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

El 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.

---

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-“.

<sup>19</sup> 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..

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<sup>20</sup>, 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 (Verhellen Eugeen, 2002)<sup>21</sup>

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 (Sánchez, 2005; O'Donnell, s.f.)<sup>22</sup>.

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 Verhellen (Eugeen, ob. cit).

En la doctrina judicial de nuestro país se ha sostenido que

---

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> Recuperado de [http://books.google.com.ar/books?id=ETjj5YT0M\\_QC&printsec=frontcover&dq=la+convencion+ni%C3%B1o+VERHELLEN&hl=es&ei=rqV6TYrsApOC0QGvvZnMAw&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCkQ6AEwAA#v=onepage&q=la%20convencion%20ni%C3%B1o%20VERHELLEN&f=false](http://books.google.com.ar/books?id=ETjj5YT0M_QC&printsec=frontcover&dq=la+convencion+ni%C3%B1o+VERHELLEN&hl=es&ei=rqV6TYrsApOC0QGvvZnMAw&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”

<sup>22</sup> Recuperados de [http://www.sccalp.org/boletin/193/BolPediatr2005\\_45\\_156-160.pdf](http://www.sccalp.org/boletin/193/BolPediatr2005_45_156-160.pdf)) [http://www.sepeap.org/imagenes/secciones/Image/USER/Consentimiento\\_informado\\_capacidad\\_ecidir\\_nino\\_maduro.pdf](http://www.sepeap.org/imagenes/secciones/Image/USER/Consentimiento_informado_capacidad_ecidir_nino_maduro.pdf) y <http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%202.pdf>

...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<sup>23</sup>.

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<sup>24</sup>.

### **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 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 cual 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

---

<sup>23</sup> 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, p. 810.

<sup>24</sup> 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), p. 1102, AR/JUR/5596/2007

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. 3º, apart. 1º, Convención sobre los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada mediante ley 23.849 - Adla, L-D, 3693)<sup>25</sup>.

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 concubiniaria alguna entre la madre del accionante y el demandado<sup>26</sup>.

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<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> 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, p. 862, LLLitoral 1999, p. 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”

<sup>26</sup> 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), p. 783, AR/JUR/3062/2008

<sup>27</sup> 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), p. 482 - La Ley 12/08/2009, p. 5.

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<sup>28</sup>.

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<sup>29</sup>.

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<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 17/03/2010, "L., F. c. O., P. y otros", DJ 16/06/2010, p. 1638 - DFyP 2010 (junio), p. 57, DFyP 2010 (mayo), p. 62, AR/JUR/6167/2010

<sup>29</sup> 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), p. 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, p. 100, LLPatagonia 2009 (junio), p. 835, AR/JUR/2303/2009, entre otros.

<sup>30</sup> Cámara de Familia de 2a Nominación de Córdoba, 06/10/2009, "T., J. A. c. J. G. T. y otros", LLC 2010 (abril), p. 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, p. 300 expreso que "vulnera el principio de igualdad ante la ley -art. 16, Constitución Nacional y tratados internacionales sobre derechos

En los últimos años se mantiene el criterio y se amplía, cuando se explica que

...es inconstitucional el art. 249, primer párrafo, del Código Civil porque, al imposibilitar al reconociente impugnar la paternidad extramatrimonial, vulnera el derecho a la identidad del niño, el acceso a la justicia del reconociente, y lesiona además derechos patrimoniales, razón por la cual no se adecua a las directrices contenidas en los arts. 28 y 31 de la Constitución Nacional, arts. 1 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y arts. 3 y 11 Ley N° 26061<sup>31</sup>.

Ello por cuanto

...el derecho a acceder a la verdad biológica y con ello propender a la tutela de la identidad personal, es también un derecho del reconociente que luego de efectuarse la prueba genética comprueba que no es el padre biológico del reconocido, pues no puede verse privado de su verdadera identidad paterna en sentido negativo, y ser tenido legalmente como progenitor de quien biológicamente no lo es<sup>32</sup>.

Sin embargo, aún se encuentran pronunciamiento que hacen una interpretación sui generis del contenido normativo de los Pactos Internacionales de los Derechos Humanos. Ello ocurrió cuando se explicó que

...las disposiciones tuitivas consagradas en la Convención de los Derechos del Niño, que garantizan su derecho a preservar su identidad y sus relaciones familiares, no obstan que la ley privilegie, según las circunstancias, una identidad filiatoria consolidada que puede ser, incluso, no coincidente con la verdad biológica, o que favorezca vínculos tendientes al

---

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. 2° 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”.

<sup>31</sup> Cámara de Familia de 2a Nominación de Córdoba, “M., F. S. c. M., G. O. y otro”, 12/05/2011, AR/JUR/23083/2011

<sup>32</sup> ibídem. En este fallo también se juzgó que “si la manifestación de voluntad que surge del reconocimiento paterno y el consecuente emplazamiento en el estado no coincide con la realidad biológica que dimana del hecho biológico procreacional, el reconociente se encuentra legitimado desde el polo activo de la relación familiar para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad como interesado —art. 263 del Código Civil—” y de que “la decisión de mantener incólume el reconocimiento del niño por quien no es su padre, pese a la existencia de prueba biológica que excluye el vínculo filial, atentaría contra su derecho a la identidad, pues se lo colocaría como objeto de derechos, obligándolo a mantener una filiación que no se condice con su verdadera realidad biológica”.

fortalecimiento de una identidad filiatoria que supla carencias insuperables en el ámbito de la familia de sangre<sup>33</sup>.

Para ilustrar la crisis de la norma actual del código sustancial porque no resuelven las nuevas problemáticas que se le presentan viene a colación el fallo cuando especifica que

...corresponde rectificar la partida de nacimiento de un menor, debiendo consignarse que es hijo de quien lo dio a luz y de la mujer que es su pareja y donó el óvulo para que se produjera la fecundación pues, una solución contraria implicaría asentar registralmente una filiación que no corresponde a su verdadero mapa biológico, como así también aceptar una situación de clara discriminación por la condición sexual de la pareja, todo lo cual vulneraría los derechos fundamentales a la identidad y a la autonomía personal<sup>34</sup>.

Problemas de similares características es resuelto cuando se consideró que

...la actitud tomada por el Consulado argentino en Nueva Delhi al no inscribir como argentina a una niña nacida mediante la técnica de gestación por subrogación de vientre, debido a que la madre, argentina nativa, no reside en nuestro país, ha conculcado el derecho a la identidad de la menor que goza de expresa jerarquía constitucional a partir del año 1994, al incorporar la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>35</sup>.

Finalmente, marca el control internacional de las resoluciones nacionales el fallo dictado por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos donde se juzgó que

---

<sup>33</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, "L., F. c. O., P. y otros", 17/03/2010, DJ 16/06/2010, 1, 638, DFyP 2010 (junio), p. 57, DFyP 2010 (mayo), p. 62, JA 2010-IV, p. 77, DFyP 2011 (marzo), p. 36, AR/JUR/6167/2010.

<sup>34</sup> Juzgado en lo Contenciosoadministrativo y Tributario Nro. 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, M. del P. C. y otra c. GCBA, 07/04/2011, LA LEY 26/05/2011, p. 5 con nota de Mercedes Ales Uría, LA LEY 2011-C, p. 370 con nota de Mercedes Ales Uría, LA LEY 07/06/2011, p. 7 con nota de Eduardo A. Sambrizzi, LA LEY 2011-C, p. 474 con nota de Eduardo A. Sambrizzi, LLCABA 2011 (junio), 281 con nota de Karina A. Bigliardi; María A. Donato, DJ, DFyP 2011 (julio), p. 47 con nota de Jorge Nicolás Lafferrière; Ursula C. Basset; Ignacio González Magaña, DFyP 2011 (septiembre), p. 298, AR/JUR/15967/2011

<sup>35</sup> Juzgado de 1a Instancia De Distrito de Familia, San Lorenzo, S.G.E.F.y.G.C.E., 02/07/2012, LLLitoral 2012 (diciembre), p. 1250, AR/JUR/62130/2012. En ese fallo también se marco que "La negativa de inscribir como argentina a una niña nacida mediante la técnica de gestación por subrogación de vientre por parte del Consulado argentino en la ciudad de Nueva Delhi, avasalla su derecho a la nacionalidad entendido como un derecho humano básico en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde se consagró el reconocimiento a la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho reafirmado en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad entre personas".

...la imposibilidad de una niña de crecer con su familia biológica, al haber sido entregada por su madre mediante escritura pública a un matrimonio y luego, por la justicia en guarda a éste, en contra de la voluntad de su progenitor, y la ausencia de medidas dirigidas a relacionar al padre con su hija, afectó el derecho a la identidad de aquélla, además de su derecho a la protección familiar<sup>36</sup>.

Como se colige la transformación de los valores de la vida real es muy profundo y, a pesar de los esfuerzos realizados, la norma vigente no alcanza para dar soluciones de justicia haciendo primar los principios que la sociedad actual entiende como prioritarios: los derechos humanos de las personas.

#### **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 normas 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 (Alferillo, 2009).

---

<sup>36</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Forneron e hija c. Argentina, 27/04/2012, RCyS 2012-VIII, p. 261 con nota de Marcelo F. Trucco, DFyP 2012 (agosto), p. 101 con nota de Gabriela Yuba, LA LEY 06/09/2012, p. 5 con nota de Eloísa B. Raya de Vera, LA LEY 2012-E, p. 253 con nota de Eloísa B. Raya de Vera, RCyS 2012-X, p. 240 con nota de Jeremías Capaccio, DJ 07/11/2012, 29, LA LEY 31/12/2012, p. 5 con nota de Patricia Junyent de Dutari, AR/JUR/27523/2012

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 (Orgaz, 1992; Zannoni, 1993, entre otros).

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 mas 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” (Garrido Cordobera, 2004).

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<sup>37</sup>”, como en “Santa Coloma<sup>38</sup>”, 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<sup>39</sup>”.

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.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> CSJN “Gunther, Fernando Raúl c/ Estado Nacional (Ejército Argentino) s/ sumario”, 5/8/1986, T. 308, p. 1118.

<sup>38</sup> CSJN, 05/08/1986, “Santa Coloma, Luis Federico y otros c. E.F.A.”, Tº 308 F p. 1160. El otro pronunciamiento de ese día es “Honorio Juan Lujan v. Nación Argentina”, Tº 308 F p. 1110.

<sup>39</sup> CSJN, “Gunther...”, cit.

<sup>40</sup> 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. p. 436. XL; RHE “Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y

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<sup>41</sup>”

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

---

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.

<sup>41</sup> CSJN “Gunther,...”, cit.

indemnizaciones en las expropiaciones<sup>42</sup> y en el cumplimiento de las retribuciones en las contrataciones para realizar obras públicas<sup>43</sup>, en la actualización monetaria<sup>44</sup> 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 Luís 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<sup>45</sup>”. Esta opinión, sin

---

<sup>42</sup> 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, p. 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.”.

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> 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.

<sup>45</sup> 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 sobrevenido”.

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.<sup>46</sup>.

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<sup>47</sup>”.

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<sup>48</sup>”.

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

<sup>46</sup> CSJN, “Vieytes de Fernández, Juana Suc. c/ Provincia de Buenos Aires”, 1976, T. 295, p. 973.

<sup>47</sup> CSJN, P 263 XXVIII; “Pérez, Fredy Fernando c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos s/sumario”, 24/08/1995, T. 318, p. 1598.

<sup>48</sup> 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”.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe ser asumido por el Estado como un deber jurídico propio a fin de no incurrir en responsabilidad internacional<sup>49</sup>.

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.

Este principio adquiere una relevancia especial en el marco del Derecho Laboral, respecto de lo cual se sostiene, a modo de reflexión final, que "la plena aplicación del principio de reparación integral reconocido en nuestro ordenamiento legal con rango constitucional, genera una zona de conflicto con los toques previstos en los sistemas tabulados para el cálculo indemnizatorio.

Esta problemática es tema de debate permanente en los fallos emitidos por la Corte de Justicia de la Nación conforme se ha estudiado, de los cuales podemos efectuar las siguientes reflexiones a modo de conclusión:

1. Para la plena vigencia de los Derechos Humanos conforme los Pactos Internacionales suscriptos por la República Argentina y que fueran elevados al rango constitucional por la reforma del año 1994, se requiere de un compromiso activo de Estado en la aplicación de la normativa laboral que mejor proteja al trabajador.

2. En función de ello el principio constitucional a la "reparación integral" de la víctima reconocido para el fuero civil debe ser aplicado en el fuero laboral como el derecho a la reparación integral de todos los derechos del trabajador cuando estos son menoscabado injustamente.

3. Por esa razón cuando los límites impuestos en una tabulación indemnizatoria no satisfacen el principio de reparación integral, los toques deben ser declarado inconstitucionales.

4. Este criterio es una línea recta en la doctrina expuesta por la Corte Federal.

El contenido del fallo que adoptamos como pie de comentario, más allá de las razones procesales por las cuales entiende que debe dictarse un nuevo

---

<sup>49</sup> 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)

pronunciamiento por la instancia de merito y que se relacionan con la oportuna introducción del tema al debate judicial, queda nuevamente corroborada la línea interpretativa fijada por la Corte Federal, de hacer primar la defensa de los Derechos Humanos del hombre en todas las facetas de su vida (Alferillo, 2011).

#### **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”<sup>50</sup>. (Alferillo, 2002).

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<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> CSJN, noviembre 20-973, “Ataka Co. Ltda. c. González, Ricardo y otros”, La Ley, T° 154 p. 85. Ídem fallos T° 246, p. 87, Rev. La Ley T° 98 pág. 289; T° 272 p. 188, Rev. La Ley T° 133, p. 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...”

<sup>51</sup> 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...”

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 (Bidart Campos, 1985).

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”<sup>52</sup>

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

---

<sup>52</sup> CSJN, Fallo 323-747.

justicia<sup>53</sup>.

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)<sup>54</sup>.

Esta línea de pensamiento, fue recepcionada posteriormente por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza<sup>55</sup>, la Corte de Justicia de Tucumán<sup>56</sup>, el Superior Tribunal de Santiago del Estero<sup>57</sup>, la Suprema Corte de Buenos Aires<sup>58</sup>, Tribunal

---

<sup>53</sup> 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, p. 263.

<sup>54</sup> CSJN, B. 930. XXXVI “Boleso, Héctor Hugo c/ Estado de la Provincia de Corrientes”; 21/08/2003; T. 326, p. 2868.

<sup>55</sup> 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”

<sup>56</sup> 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”.

<sup>57</sup> 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”.

<sup>58</sup> 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

Superior de Justicia de Córdoba<sup>59</sup> y la minoría en el Tribunal Superior de San Luis<sup>60</sup>.

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<sup>61</sup>.

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

---

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)”

<sup>59</sup> 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”.

<sup>60</sup> 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, p. 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”.

<sup>61</sup> 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.

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”.<sup>62</sup>

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”.<sup>63</sup>

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

---

<sup>62</sup> Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: Recuperado de [http://www.acaderc.org.ar/biblioteca/biblioteca-virtual/actaprimercongresodscivil.pdf/view?searchterm=actos ilícitos](http://www.acaderc.org.ar/biblioteca/biblioteca-virtual/actaprimercongresodscivil.pdf/view?searchterm=actos%20il%C3%ADcitos)

<sup>63</sup> 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.

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 (Kemelmajer de Carlucci, 1979). En sentido concordante Zavala de González 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” (Zavala de González, 1999).

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<sup>64</sup>.

Ello por cuanto,

...el artículo 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)<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> CC0102 MP 127706 RSD-750-4 S 23-11-2004, “Rodrigo, Sandra E. c/ Bustos, Esteban s/ Daños y perjuicios”, LLBA 2005, p. 133, JUBA Civil y comercial B1404166.

<sup>65</sup> 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).

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) (Boragina, 2007) .

Para actualizar esta tendencia se verifica que en los últimos años se ha incrementado el número de pronunciamiento en este sentido.

Así se puede citar la doctrina donde se dice que

...debe declararse la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil en cuanto priva al concubino a obtener la reparación del agravio moral derivado del fallecimiento del conviviente como consecuencia de un hecho ilícito, en tanto, resulta evidente que se está desconociendo el compromiso asumido por nuestra República en la Convención Americana de Derechos Humanos, privando al supérstite de un derecho que tiene jerarquía supranacional (Del voto en disidencia parcial del Dr. Gusman)<sup>66</sup>

De igual modo,

...resulta inconstitucional el Art. 1078 del Código Civil en cuanto sólo otorga legitimación para reclamar el daño moral al damnificado directo y a los herederos forzosos, excluyendo a la madre y al hermano de una menor que fue abusada sexualmente por su padre, pues, constituye una arbitraria e infundada discriminación que les veda el acceso a la reparación plena e integral y vulnera el principio del *alterum non laedere*<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, P., R. O. y otro c. Quiroga, Julián Arturo y otro, 25/08/2010, RCyS 2010-XI, 59 con nota de Félix A. Trigo Represas, JA 08/06/2011, p. 36, JA 2011-II, p. 250, AR/JUR/49956/2010

<sup>67</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, A.M.A. c. F.N.R., 10/03/2011, RCyS 2011-VI, p. 49 con nota de Graciela Medina, AR/JUR/13666/2011. En igual sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, Demarchi, Sandra Fabiana y otros c. Vázquez, José Luis y otros s/ daños y perjuicios, 11/05/2012, La Ley Online, AR/JUR/25188/2012. En este fallo se dijo que “El art. 1078 del Cód. Civil, en cuanto restringe sólo al damnificado directo la acción para reclamar un resarcimiento por daño moral, es inconstitucional, pues veda la reparación a quienes pueden tener intereses lícitos y serios, y genera un trato desigual entre quienes sufren daños patrimoniales y extrapatrimoniales dado que, en el primer caso, la legitimación es amplísima en virtud

Por cierto que aún se verifican fallos aplicando el sentido tradicional, como es el siguiente donde se dice que

...es improcedente conceder una indemnización por daño moral al concubino de la víctima fallecida, pues, el art. 1078 del Código Civil no puede tener otra interpretación que la de referirse a los herederos forzosos que revisten ese carácter al momento de la muerte, lo que excluye al concubino por no reunir dicha condición y no existen razones para sostener una interpretación que resulte “contra legem”<sup>68</sup>.

#### **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 (1974) 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. 2.312 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, Mosset Iturraspe, 1996; Borda, s.f., entre otros).

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 (Alferillo, ob. cit.) a los cuales remitimos para su compulsión, rescatando, en esta oportunidad, la intención de confrontar esta doctrina

---

de lo establecido por el art. 1079 del mencionado cuerpo legal (del voto en disidencia parcial del Dr. Picasso)”. También la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén Sala III, M., J. C. y otro c. D., J. D. y otro, 03/09/2012, DFyP 2013 (enero-febrero), 200, AR/JUR/57357/2012, dijo que “El art. 1078 del Cód. Civil es inconstitucional, en cuanto limita a los herederos forzosos la legitimación para reclamar el daño moral por la muerte de la víctima —en el caso, reclaman los hermanos—, pues la rigidez de dicha norma hiere la sensibilidad y el sentido de justicia, y degrada la esencia misma del derecho a la reparación integral”.

<sup>68</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, P., R. O. y otro c. Quiroga, Julián Arturo y otro, 25/08/2010, RCyS 2010-XI, p. 59 con nota de Félix A. Trigo Represas, JA 08/06/2011, 36, JA 2011-II, 250, AR/JUR/49956/2010

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<sup>69</sup>, 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 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 24.411 (Adla, LV-A, 7) y 24.823 (Adla, LVII-C, 2894) a favor de familiares de desaparecidos durante el proceso militar no es un bien

---

<sup>69</sup> 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”.

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. 1º, ley 24.823)<sup>70</sup>.

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"<sup>71</sup>.

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.

<sup>70</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I, 01/12/2000, "F., R. L. y otra", LL Litoral, 2001, p. 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*".

<sup>71</sup> 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 Nº16841 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín Nº4/2006); 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".

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 proprio* 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

L ...os 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<sup>72</sup>

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.<sup>73</sup>

<sup>72</sup> 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.

<sup>73</sup> 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.

#### **IV. 4.6. La reformulación (*de lege ferenda*) 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 esta 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 (Alferillo, 2008).

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 (s. f.).

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 (Fernández Sessarego, 2000).

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 Fernández Sessarego , ob. cit.).

Gamarra (1991) 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.

## **V. La constitucionalización del Derecho Privado en el Proyecto Dec. 191/2011.**

En el momento actual no se puede dejar de examinar el contenido de la propuesta realizada por la Comisión que fuera designada por el Poder Ejecutivo Nacional e integrada los Dres. Ricardo Luís Lorenzetti, Aída Kemelmajer de Carlucci y Elena Highton de Nolasco con la cual colaboraron casi un centenar de juristas especializados en civil y comercial.

El Anteproyecto de la Comisión fue modificado por el Ministerio de Justicia y elevado al Congreso Nacional para el trámite parlamentario.

En la convocatoria, el Decreto 191/2011 marca, con claridad cordillerana, cual es el rumbo que debe tomar el trabajo de la comisión para elaborar el proyecto cuando expresamente en sus considerandos expresa 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. Que todas estas circunstancias tornan necesario proceder a actualizar y unificar la Legislación Nacional en materia de derecho privado, procurando elaborar una obra que, sin sustituir la legislación especial, contuviera una serie de principios generales ordenadores. Que cabe tener en cuenta los procesos de integración y las codificaciones de la Región, puesto que sería deseable promover cierta armonización en los aspectos fundamentales.

Como se colige, El poder político advirtió a partir del análisis de la doctrina de los tribunales<sup>74</sup> que se había producido una profunda desarmonización entre la norma decimonónica vigente y los principio introducidos por la Reforma de la Constitución al elevar al máximo rango (art. 75 inc 22) el contenido de los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos.

El criterio general indicado se ve plasmado en el Título preliminar cuando en el bosquejado art. Primero se fija como pauta que “los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea

---

<sup>74</sup> En los considerandos del Decreto se hace la siguiente referencia sobre el tema : “Que el Código Civil, siendo una pieza jurídica de reconocidos méritos, prevé un mecanismo para su propia actualización conforme los artículos 2º y 3º de la Ley N° 340, los que mandaban requerir de los tribunales federales y provinciales, informes anuales sobre las dudas y dificultades que su aplicación pudiera ofrecer en la práctica. Que el codificador previó la necesidad de incorporar las reformas que los tiempos futuros demandaran. Que durante muchos años, este proceso se realizó a través de numerosas leyes especiales que fueron actualizando diversos aspectos de los Código Civil y Comercial de la Nación. Que esta obra llevada a cabo a través de la mencionada legislación especial, produjo una modificación del ordenamiento lógico y de la estructura de principios y reglas existentes en los Códigos referidos”.

parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. 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”.

Esta norma está fijando que la jurisdicción en forma permanente debe realizar el test de constitucionalidad de su propio contenido a la luz de la dinámica de realidad cotidiana, pues no solo la norma inferior debe estar en consonancia con la Constitucional Nacional sino también la hermenéutica que lleven a cabo los magistrados al resolver los distintos casos.

En este punto es necesario recordar que las normas constitucionales, en la actualidad, se considera acertadamente que son operativas, razón por la cual no necesitan ser reglamentadas para que su contenido sea aplicable a los casos en pleito con preeminencia de las leyes inferiores como son los códigos sustanciales y procesales.

Esta pauta general, en el art. 2 se puntualiza cuando se expresa 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”.

Esta norma que propone una hermenéutica sistémica de todo el plexo normativo vigente para corroborar que la solución final responda realmente a la verdadera voluntad del Derecho vigente, pone el escena para destacar que en la actualidad la mayoría de los clásicos principios jurídicos han dejado de ser tal porque se han transformado en norma positiva, como ocurre con el principio de no dañar (*honeste vivere, alterum non laedere cuique suum tribuere*), actuar de buena fe (*bona fides*), el *in dubio pro debilis*, etc.

Va de suyo, que las nuevas generaciones crearán otros principios que algunas vez serán receptado por el ordenamiento positivo, como es el *in dubio pro hominis*, generado en los últimas décadas como contraposición a la protección preeminente que antes tenía el patrimonio.

## **V.I. Reflexiones finales**

La dinámica del cambio social en su interrelación con los cambios legislativos, en algunas oportunidades tiene particularidades especiales, como es el caso acaecido con la elevación al rango constitucional (art. 75 inc. 22) de los Tratados Internacionales relacionados con los Derechos Humanos. Ello, por cuanto a partir de considerar, siguiendo las tendencias del nuevo constitucionalismo, que las cláusulas de la constitución son operativas, la influencia de sus normas alcanza a todo la normativa inferior y, entre ellas, en forma directa al Código Civil.

El punto crucial está focalizado, en el cambio del eje que pasó de la preeminencia del patrimonio a la preferencia del Ser Humano.

En otras palabras, la sanción de la reforma constitucional de 1994, incorporó un nuevo lineamiento para todo el ordenamiento jurídico al privilegiar al ser humano en *si proprio*, en su esencia como hombre, por sobre todos los demás derechos desplazando de la centralidad al patrimonio.

La lógica consecuencia de esta decisión legislativa del Congreso Constituyente es, sin duda, la influencia sobre las interpretaciones judiciales en la revisión de la constitucionalidad de las normas vigentes y en las nuevas normativas a dictarse, las cuales deberán efectuarse teniendo en cuenta el *pro hominis*, ubicando a los intereses económicos en un segundo plano y al servicio de la plena realización del Ser Humano.

La transformación acaecida es muy profunda y, aún no es comprendida en su real dimensión por los operadores del Derecho, particularmente por aquellos que se resisten a aceptar la influencia reformadora de la Constitución Nacional sobre todo el plexo normativo inferior y, en particular, respecto del Código Civil como se puede comprobar en muchos fallos

Es por ello, que la ideología del proyecto elaborado por la Comisión Dec. 191/2011, siguiendo el criterio fijado en el mismo, de adecuar las soluciones del derecho privado a las pautas directrices dadas por la Constitución Nacional, particularmente por los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos, marca el buen camino el cual ninguna sociedad que se precie de vivir en el siglo XXI en forma civilizada, puede dejar de transitar. Pues hemos colocado al Ser humano en el centro de nuestras preocupaciones y ocupaciones jurídicas.

**Bibliografía (**

Alberdi, J. *Bases, XVI De la Legislación como medio de estimular la población y el desarrollo de nuestra repúblicas*. Buenos Aires: Plus Ultra. Cuarta edición.

Alferillo, P. (1994), *El contrato de elaboración por el sistema de maquila. Vinos – Caña de Azúcar*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.

Alferillo, P. (2000). *Introducción al Derecho Civil*. San Juan: Universidad Nacional de San Juan – Facultad de Ciencias Sociales – Secretaría Académica.

Alferillo, P. Flexibilización de la prejudicialidad penal. *Revista de la Responsabilidad Civil y Seguros*, año IV Nº VI - Noviembre 2002, p. 37.

Alferillo, P. Trascendencia de la valuación en la cuantificación de los daños a la persona. *DJ 2007-III*, p. 298.

Alferillo, P. (2009). *Daño a la Vida. Valoración – Cuantificación. Acción resarcitoria*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.

Alterini, A. (2004). Recuperado de [http://www.senat.fr//colloques\\_codification/colloques\\_codification16.html](http://www.senat.fr//colloques_codification/colloques_codification16.html)

Bidart Campos, G. La duración razonable del proceso. *L.L.* Tº 154 p. 85.

Da Rosa Júnior, F. El derecho contractual en el nuevo contexto del derecho civil - constitucional 18/09/2008. Recuperado de [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=831](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=831).

Ekmekdjian, M. Jerarquía constitucional de los derechos civiles. *L.L.* 1985-A, p. 847.

- Fernández Sessarego, C. Daño moral y daño al proyecto de vida. *Revista de Derecho de Daños* N° 6 "Daño moral". Santa Fe: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Fernández Sessarego, C. 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. *Ponencias I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Gamarra, J. (1991). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. T. XXIII, vol. 5 parte VII.
- García Martínez R. (1997). Los nuevos Derechos civiles constitucionales. En Ghersi, C. *Los Derechos del Hombre – Daño y protección a la persona* (pp. 477 y 491). Mendoza. Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Garrido Cordobera, L. (2004). *Casos de Responsabilidad Civil*– Colección académica, Buenos Aires: La Ley.
- Haro, R. (2000). Tendencias contemporáneas en el Derecho Constitucional. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Recuperado de <http://www.acader.org.ar>
- Kemelmajer de Carlucci, A. 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- p .14.
- Lorenzetti, R. 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, p. 675.

Llambías, J. La vida humana como valor económico. Carácter de la acción resarcitoria por causa de homicidio: Daño resarcible. *J.A., Doctrina* (Serie contemporánea - 1974), p. 624.

Moisset de Espanés, L. Cambio Social y cambio legislativo. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, N° 320, mayo 202, pp. 59-83.

Mosset Iturraspe, J. (1996). *El valor de la vida humana*. Tercera edición actualizada. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores.

O' Donnell, D. *La convención sobre los derechos del niño: estructura y contenido*. Recuperado de <http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%202.pdf>

Orgaz, A. (1992). *El daño resarcible*. Córdoba: Marcos Lerner – Editora, Córdoba.

Padilla, M. Los derechos sociales: una reinterpretación. *La Ley 1988-A*, p.1017.

Ramella, P. (1986). *Derecho constitucional*”, Tercera edición. Buenos Aires: Depalma.

Rosatti, H. *Código Civil Comentado – Doctrina-Jurisprudencia – Bibliografía. El Código Civil desde el Derecho Público*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.

Sánchez, J. (2005). *El menor Maduro*. Recuperado de [http://www.sccalp.org/boletin/193/BolPediatr2005\\_45\\_156-160.pdf](http://www.sccalp.org/boletin/193/BolPediatr2005_45_156-160.pdf)

Sarmiento, D. (1853). *Comentarios de la Constitución de la confederación Argentina con numerosos documentos ilustrativos del texto*. Santiago de Chile. Imprenta de Julio Belin I CA.

Silveira, A. La interpretación de las leyes en el proceso civil. *Revista de Derecho Procesal*, Año III 3er Trimestre 1945 Número III. Buenos Aires: Ediar Editores.

Vanossi, Jorge R. La constitución Nacional de 1949. Recuperado de [http://www.ancmyp.org.ar/user/files/La\\_constitucion.pdf](http://www.ancmyp.org.ar/user/files/La_constitucion.pdf)

Verhellen E. La Convención sobre los derechos del niño. Trasfondos. Motivos. Estrategias. Temas principales. Recuperado de [http://books.google.com.ar/books?id=ETjj5YT0M\\_QC&printsec=frontcover&dq=la+convencion+ni%C3%B1o+VERHELLEN&hl=es&ei=rqV6TYrsApOC0QGvvZnMAw&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCkQ6AEwAA#v=onepage&q=la%20convencion%20ni%C3%B1o%20VERHELLEN&f=false](http://books.google.com.ar/books?id=ETjj5YT0M_QC&printsec=frontcover&dq=la+convencion+ni%C3%B1o+VERHELLEN&hl=es&ei=rqV6TYrsApOC0QGvvZnMAw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCkQ6AEwAA#v=onepage&q=la%20convencion%20ni%C3%B1o%20VERHELLEN&f=false)

Zannoni, E. El daño en la responsabilidad civil, 2da. Edición actualizada y ampliada. 1ra. Reimpresión. Buenos Aires: Astrea.

Zarini, Helio J. (1991). Análisis de la Constitución Nacional – Comentario exegético, origen, reformas, concordancias y antecedentes, 3ra. Edición ampliada y actualizada. Buenos Aires: Astrea.