

## La Constitución nacional y el derecho civil\*

Por Pascual E. Alferillo

### 1. Introducción

En las últimas décadas del siglo XX, los autores especializados en derecho privado recrearon una ardua polémica por imponer su impronta en lo que se consideraba una necesidad jurídica ineludible para los tiempos, como era la unificación del derecho civil con el comercial<sup>1</sup>.

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

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

---

\* Extraído del artículo publicado en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar). [Bibliografía recomendada.](#)

<sup>1</sup> Alferillo, Pascual E., *Introducción al derecho civil*, Universidad Nacional de San Juan, Facultad de Ciencias Sociales, Secretaría Académica, 2000, p. 102 a 105. Es dable recordar que “en el año 1987 la Honorable Cámara de Diputados de la Nación encargó a la denominada ‘Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial’ integrada por los doctores Héctor Alegria, Francisco A. de la Vega, Atilio A. y Jorge H. Alterini, Horacio Fargosi, Sergio Le Pera, Miguel C. Araya y Ana I. Piaggi, la elaboración de un proyecto de reforma. Éste tuvo trámite legislativo por ambas Cámaras y fue sancionado como ley 23.042. Sin embargo, este proyecto de norma fue vetado por el Poder Ejecutivo mediante el decr. 2719/91, razón por la cual no entró en vigencia”. Posteriormente, se conformaron distintas comisiones encargadas de elaborar, sin lograr el propósito de reformular el Código Civil redactado por Vélez Sársfield.

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

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

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”<sup>4</sup>.

Más adelante, al profundizar el tema descubre que “la relación ‘cambio social-cambio legislativo’ no se manifiesta únicamente en la influencia del primero sobre el segundo; por el contrario, entre estos dos hay una interinfluencia. El cambio legislativo puede ser vehículo o motor del cambio social; pero cuando el legislador pretende 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”<sup>5</sup>.

Estas enseñanzas constituyen una guía para el estudio de la influencia de la renovación constitucional sobre el derecho civil.

## **2. El vínculo entre la Constitución nacional y el Código Civil**

La reforma constitucional del año 1994 inició, sin lugar a hesitación, una nueva etapa en la vinculación entre la norma suprema y el derecho privado argentino, al reconocer jerarquía preferente a los tratados internacionales sobre los derechos humanos suscriptos por la Nación Argentina que se enumeran en el inc. 22 del art. 75.

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

---

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

<sup>4</sup> Moisset de Espanés, *Cambio social y cambio legislativo*.

<sup>5</sup> Moisset de Espanés, *Cambio social y cambio legislativo*.

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 dictarla, según el original inc. 11 del art. 67.

Cuando estudió la relación Lorenzetti encontró una zona de tensión ideológica entre estos cuerpos normativos motivados por el origen distinto 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”<sup>6</sup>.

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<sup>7</sup> se inicia la etapa del constitucionalismo social en nuestra dogmática, más allá de la resistencia opuesta por las interpretaciones liberales, que es irremediamente aceptada, a pesar de la total derogación de la reforma, en el art. 14 bis que elevó a rango constitucional los derechos sociales, gremiales y asistenciales de los trabajadores.

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

La situación es 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”<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Lorenzetti, Ricardo L., *Constitucionalización del derecho civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema*, LL, 1993-D-673; *Derecho constitucional. Doctrina esenciales*, t. II, 675; *El daño a la persona (Solución de casos de colisión de derechos fundamentales)*, LL, 1995-D-1012; *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales*, t. II, p. 1219; Rosatti, Horacio, *Código Civil comentado. El Código Civil desde el derecho público*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 37.

<sup>7</sup> Vanossi, Jorge R., *La Constitución nacional de 1949*, [www.ancmvp.org.ar/user/files/La\\_constitucion.pdf](http://www.ancmvp.org.ar/user/files/La_constitucion.pdf), p. 11.

<sup>8</sup> Zarini, Helio J., *Análisis de la Constitución nacional. Comentario exegético, origen, reformas, concordancias y antecedentes*, 3ª ed., Bs. As., Astrea, 1991, comentario al art. 14 bis, 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)”<sup>9</sup>.

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<sup>10</sup>.

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

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

<sup>9</sup> Ramella, Pablo A., *Derecho constitucional*, 3ª ed., Bs. As., Depalma, 1986, p. 92. Padilla, Miguel M., *Los derechos sociales: una reinterpretación*, LL, 1988-A-1017; Haro, Ricardo, *Tendencias contemporáneas en el derecho constitucional*, 9/8/00, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, [www.acader.org.ar](http://www.acader.org.ar).

<sup>10</sup> Alferillo, Pascual E., *El contrato de elaboración por el sistema de maquila. Vinos - caña de azúcar*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1994, p. 51; Altamira Gigena, *La intervención del Estado*, Academia Nacional de Derecho de Córdoba, sesión ordinaria 18/5/99; *Intervención Estatal en materia contractual*, [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar); Gonzáles Andía, Miguel, *La intervención del derecho en la actividad científica y tecnológica. Con especial referencia a la genética*, LL, 2000-F-1366; Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *Contrato y emergencia: aproximación a la filosofía jurídica de la Corte Suprema*, Supl. Emergencia Económica y Teoría del Derecho, 2003-10, LL, 2003-E-1066; *Derecho constitucional. Doctrinas esenciales*, t. IV, p. 123; Ekmekdjian, Miguel Á., *Desajustes entre la Constitución formal y la Constitución material en el ejercicio del poder de policía (El exceso de la función reglamentaria de los derechos individuales)*, LL, 1982-B-789; Carello, Luis A., *El “poder de policía”. Modernas tendencias*, LL, 1994-D-687; Quiroga Lavié, Humberto, *El orden económico constitucional. La intervención del Estado en el orden económico y social*, LL, 1988-C-1081; Borda, Alejandro, *El proyecto de ley de locaciones urbanas*, LL, 1/10/09, 1-DJ 28/10/09, 3090; Pose, Guillermo, *La intervención del Estado en empresas privadas*, LL, 1986-B-1095; Vallespinos, Carlos G., *La libertad en la contratación contemporánea*, LL, 984-A-886; Gelli, María A., *Las libertades económicas y el papel del Estado (Acerca de la suspendida ley de abastecimiento)*, LL, 2006-D-1081; *Derecho constitucional. Doctrinas esenciales*, t. III, p. 929; Hernández, Carlos A. - Fresneda Saieg, Mónica - Esborraz, David F., *Reflexiones sobre el orden público en materia locativa*, LL, 2004-A-137; Borka, Marcelo, *Locación inmobiliaria. Un recorrido por más de 80 años de emergencia*, Supl. Act., 5/10/04, 1; entre otros.

<sup>11</sup> Picasso, Sebastián, *La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema*, LL, 2008-C-562, cita a Mathieu, Bertrand, “Droit constitutionnel et droit civil: des vieilles outres pour un vin nouveau”, “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, 1994-59 quién sostenía que ambas disciplinas “han coexistido largo tiempo en una majestuosa indiferencia recíproca”. El mismo

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 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*<sup>12</sup>.

En nuestro país, Rivera advertía “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”<sup>13</sup>.

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<sup>14</sup>. 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<sup>15</sup>. 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>16</sup>.

---

diagnostico es informado por Lorenzetti, Ricardo L., *Fundamento constitucional de la reparación de los daños*, LL, 2003-C-1184; *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales*, t. I, p. 207.

<sup>12</sup> Stark, Christian, *Derechos fundamentales y derecho privado*, “Revista Española de Derecho Constitucional”, año 22, n° 66, 2002, [www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC\\_066\\_063.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_066_063.pdf); Atias, Christian, *La civilisation du droit constitutionnel*, “Jurnal des Economistes et des Etudes Humaines”, vol. 1, n° 3, 1990; Luchaire, François, *Les fondements constitutionnel du droit civil*, RTDC, 1982-242; Mathieu, Bertrand, *Droit constitutionnel e droit civil: des vieilles outres pour un vin nouveau*, RTDC, 1994-59; Perlinger, Pietro, *El derecho civil en la legalidad constitucional*, Dykinson, 2008, n° 177; Comanducci, Paolo, *Constitucionalización y teoría del derecho*, 23/8/05, [www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar); Barber Cárcamo, *La Constitución y el derecho civil*, Universidad de la Rioja; Zabalo Escudero, María, *La reforma del derecho civil Aragones: El marco constitucional*, entre otros autores europeos.

<sup>13</sup> Rivera, Julio C., *El derecho privado constitucional*, “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, n° 7, p. 27. De igual modo se han preocupado por el estudio del tema: Iturraspe, Juan B., *¿Código Civil vs. Constitución nacional?*, Supl. Act., 30/12/03, 2; Fresneda Saieg, Mónica - Hernández, Carlos - Esborraz, David, *La reforma constitucional: su incidencia en la evolución del derecho civil*, [www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc/article/view/1036](http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc/article/view/1036); Molina Quiroga, Eduardo - Viggiola, Lidia E., *Protección constitucional del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial*, [www.aaba.org.ar/bi150701.htm](http://www.aaba.org.ar/bi150701.htm); Ghersi, Carlos A., *El derecho constitucional a la tranquilidad y calidad de vida y la sistémica de la reparación de daños (Cuando el Poder Judicial se independiza del poder económico)*, LL, 1994-D-412; *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales*, t. I, p. 197; Ariza, Ariel, *Aspectos constitucionales del derecho civil*, [www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc/article/view/1014](http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc/article/view/1014).

<sup>14</sup> Rivera, *El derecho privado constitucional*, p. 38.

<sup>15</sup> Arce y Flores - Valdez, Joaquín, *El derecho civil constitucional*, Madrid, 1986, p. 87.

<sup>16</sup> Rivera, *El derecho privado constitucional*, p. 37 y 38. El autor cita a Mathieu, Lasarte en I Congreso de Derecho Vasco, reseñado por Asua Igaretua en A.D.C. 1983-480; Larenz, p. 101; De los Mozos, José L., en Castan Tobeñas, José, “Derecho civil español común y foral”, Madrid, 1984, t. I-I, p. 422; Cherot, Jean-Yves, *Les raptos du droit constitutionnel. Response a Christian Atias*, “Revue Française de Droit Constitutionnel”, p. 441.

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 que 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 según los intereses cambiantes de sus vaivenes políticos<sup>17</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.

Por su parte, el Código Civil fue sancionado *a posteriori* por el Congreso nacional el 25 de setiembre de 1869 (ley 340), en cumplimiento de la delegación conferida por la Constitución nacional.

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”<sup>18</sup>.

A partir de las razones expuestas, debemos descartar la idea de la elevación de rango de un “núcleo normativo constituyente” existente en el Código Civil argentino a la Constitución reformada en 1994<sup>19</sup>. Y, a la par, aseverar que el cambio social

---

<sup>17</sup> Talau, Jean-Marc, *La pérennité du Code Civil en France*, “Indret. Revista para el análisis del Derecho”, Barcelona, febrero de 2005, [www.indret.com](http://www.indret.com); Alterini, Atilio A., *L’Avenir de la codification en France et en Amérique Latine*, 2 y 3 de abril de 2004, [www.senat.fr/colloques/colloque\\_codification/colloque\\_codification16.html](http://www.senat.fr/colloques/colloque_codification/colloque_codification16.html).

<sup>18</sup> Alberdi, Juan B., *Bases*, cap. XVI “De la Legislación como medio de estimular la población y el desarrollo de nuestra repúblicas”, Bs. As., Plus Ultra, p. 105 y 106.

<sup>19</sup> Rosatti, *Código Civil comentado. El Código Civil desde el derecho público*, p. 101. Este autor, hace referencia a la impronta codificadora, calificando al Código Civil como fundante por su carácter de autosuficiente y hermético desde lo conceptual y por su carácter pedagógico desde lo semántico. Esta característica del Código es para las relaciones privadas de los argentinos, pero no para la estructuración del Estado nacional, lugar que ocupa la Constitución nacional.

operado fue notable al punto que no se conoce resistencia doctrinal ni política seria 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 a 12) que eran la piedra basal para desarrollar una economía incipiente inspirada en ese signo.

Esta selección de prioridades que la norma recepta fue descripta por Sarmiento, al comentar la Constitución nacional, cuando marca la necesidad de garantizar el orden social por medio de la ley para permitir el fomento del comercio y con ello atraer a los inmigrantes para poblar nuestro país<sup>20</sup>.

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, etcétera).

En los arts. 15, 16, 18 y 19 aseguran los beneficios de la libertad con la abolición de la esclavitud, el formal reconocimiento de la igualdad ante la ley, las garantías procesales y la exclusión de las acciones privadas de la autoridad de los magistrados.

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

A nuestro entender, anticipamos, que el mérito 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<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Sarmiento, Domingo F., *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina con numerosos documentos ilustrativos del texto*, Santiago de Chile, Imprenta de Julio Belin I CA, 1853, p. 28. 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 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 vía que se les señale, i doscientos mil emigrantes introducidos en el país, 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 p. 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>21</sup> Ekmekdjian, Miguel Á., *Jerarquía constitucional de los derechos civiles*, LL, 1985-A-847. Este autor, antes de la reforma constitucional de 1994 sostenía que “los derechos civiles están ordenados jerárquicamente de acuerdo a la ubicación que tenga en la escala axiológica el valor (interés) que

### 3. Cambio del centro de preferencia constitucional: del patrimonio al ser humano

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

A su vez, en el inc. 22 del art. 75, reconoció jerarquía constitucional a los tratados internacionales relacionados con la plena consagración internacional de los derechos humanos que enumera con la limitación de no derogar artículo alguno de la Primera Parte y ser complementarios de los derechos allí reconocidos.

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

Ello fue expresado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando precisó “a los fines de establecer el sentido de la voz ‘persona’ enunciada en el art. 8°, párr. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 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 por el que 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>23</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”<sup>24</sup>.

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 vida, a la integridad física, a la intimidad, a la educación; 3) derecho a la información; 4) los

---

cada uno de ellos está destinado a proteger. Existe entre ambos (derecho-interés protegido) una relación de medio a fin”.

<sup>22</sup> Rosello, Gabriela - Hise, Mónica, *Los derechos del consumidor en la Constitución y en la ley*; García Martínez, Roberto, *Los tratados internacionales y la Constitución nacional*, en Ghersi, Carlos A. (coord.), “Los derechos del hombre. Daño y protección a la persona”, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1997, p. 477 y 491.

<sup>23</sup> CSJN, 14/10/97, “Arce, Jorge D.”, *LL*, 1997-F-697; *LL*, 1998-A-326; Sabsay, Daniel A., (dir.), *Derecho constitucional*, Bs. As., La Ley, 2005; *DJ*, 1998-1-404.

<sup>24</sup> Ekmekdjian, *Jerarquía constitucional de los derechos civiles*, *LL*, 1985-A-847. En la misma opinión: Mosset Iturraspe, Jorge, *Otra muestra del “derecho privado constitucional”: La Constitución avanza sobre los privilegios concursales*, *Supl. CyQ*, 2004-29.

restantes derechos personales, en primer lugar los “derechos-fines” y luego los “derechos-medios”; 5) los derechos patrimoniales<sup>25</sup>.

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>26</sup>.

Este criterio fue reiterado por la Corte Federal en distintos pronunciamientos<sup>27</sup> 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>28</sup>.

En esta línea evolutiva del máximo tribunal resulta oportuno destacar, la conexión que se formula, en la disidencia parcial, con otros derechos vitales en el caso “Mesquida”, cuando se considera 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>29</sup>.

La decisión constitucional de priorizar al ser humano en si *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<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Ekmekdjian, *Jerarquía constitucional de los derechos civiles*, LL, 1985-A-847. Mosset Iturraspe, *Otra muestra del “derecho privado constitucional”: La Constitución avanza sobre los privilegios concursales*, Supl. CyQ, 2004-29.

<sup>26</sup> CSJN, 16/10/01, “M., M. c/ M. S. y A. S.”, LL, 2001-F-505; DJ, 2001-3-657; EDA, 2001/2002-200; JA, 2002-II-425; Supl. Const., 2002-39; LL, 2002-E-299.

<sup>27</sup> Alferillo, Pascual E. - Pandiella, Juan C., *Daño a la persona. Valoración. Cuantificación. Visión jurisprudencial*, Córdoba, Nuevo Enfoque Jurídico, 2009, p. 15.

<sup>28</sup> CSJN, 21/9/04, “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales SA s/accidentes ley 9688”, Supl.LL, 2004-39; DJ, 29/9/04, 339; DT, 2004-1286; DJ, 6/10/04, 394; RCyS, 2004-IX-122; ED, 209-559; DJ, 10/11/04, 798; IMP, 2004-21, 131; TySS, 2004-778.

<sup>29</sup> CSJN, 28/11/06, “Mesquida, Gregorio H. y otro c/Estado nacional - Armada Argentina y otro s/accidente en el ámbito militar y fuerzas de seguridad”, Fallos, 329:5382, disidencia parcial de los doctores Maqueda y Rueda.

<sup>30</sup> Da Rosa Júnior, Faustino, *El derecho contractual en el nuevo contexto del derecho civil-constitucional*, 18/9/08, [www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=831](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=831). Este autor brasilero sostiene que “la Constitución es, en relación al derecho civil, no una extraña o invasora, sino el propio motor de reflexión, desde lo cual orbitan las demás fuentes normativas, incluso el Código Civil –que hace mucho perdió la posición central que tenía en el derecho privado– y el Código de Defensa del Consumidor. La dicotomía derecho público-derecho privado merece ser superada, en favor de la aplicación, al ordenamiento jurídico como un todo, de los valores y principios constitucionales, se priorizando la persona humana y el respeto a su intangible dignidad”.

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.

#### **4. 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 que, 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.

##### **a. Influencia transformadora del interés superior del niño**

El art. 75, inc. 22 de la Const. nacional expresamente incorporó al máximo rango normativo a la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por ley 23.849) que fuere reglamentada mediante el dictado de la ley 26.061.

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>31</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>32</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>33</sup>.

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 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>34</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>35</sup> o entre quién lleva a cabo la guarda frente al interés de recupero de los progenitores biológicos<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> CSJN, 3/4/01, “S., V. c/M., D. A. s/medidas precautorias”, *Fallos*, 324:975; *LL*, 2001-C-309; *LL*, 2001-F-232; *LL*, 2002-A-757, votos de los doctores Moliné O’Connor y López y de los doctores Boggiano y Vázquez.

<sup>32</sup> CSJN, 1/11/99, “D. de P. V., A. c/O., C. H. s/impugnación de paternidad”, *Fallos*, 322:2701; *ED*, 185-451, con nota de Mazzinghi, Jorge A., *Derecho de la mujer a impugnar la paternidad del marido: un fallo elogiado de la Corte*; *LL*, 1999-F-670, disidencia del doctor Vázquez.

<sup>33</sup> CSJN, 3/4/01, “S., V. c/M., D. A. s/medidas precautorias”, *Fallos*, 324:975; *LL*, 2001-C-309; *LL*, 2002-A-757, disidencia del doctor Belluscio.

<sup>34</sup> STJ Tierra del Fuego, 8/10/97, “B., A. B. c/T., M. H.”, *LL*, 1998-F-571.

<sup>35</sup> CCivCom San Isidro, Sala I, 27/8/99, “D. de D., N. A. c/D., J. A.”, *LLBA*, 1999-1066: “A los fines de atribuir la tenencia ha de primar el interés superior del menor reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño de rango constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994”; CJ San Juan, 1/4/98, “G., A. V.”, *LLGranCuyo*, 1998-458, *LL*, 1998-F-64: “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”; STJ Tierra del Fuego, 8/10/97, “B., A. B. c/T., M. H.”, *LL*, 1998-F-571: “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”; CCivCom Morón, Sala II, 14/2/95, “G., C. A. c/J., L. L.”, *LLBA*, 1995-437: “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. 3°), máxime en la actualidad en que la nueva Constitución nacional le ha otorgado jerarquía constitucional, superior a las leyes mismas (art. 22, Const. nacional), y también la Const. de Bs. As. ha destacado el derecho a la protección y formación integral del niño (art. 36, inc. 2°)”.

<sup>36</sup> SCBA, 12/9/01, “S., C.”, *LLBA*, 2002-162: “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; 7° y 9°, 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— (voto en disidencia del doctor Hitters)”; CJ San Juan, 1/4/98, “G., A. V.”, *LLGranCuyo*, 1998-458, *LL*, 1998-F-64: “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

También se aplicó el principio para definir por la negativa sobre la pretensión de cambiar el colegio donde cursaba el menor<sup>37</sup>.

Finalmente, para cerrar esta breve enunciación de casos relacionados con menores, sobresale la limitación que se le impone a la prensa relacionado con la publicidad de sus actos<sup>38</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 éstas atentan 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>39</sup>.

---

sicológico o espiritual al niño. Tal decisión implica un apartamiento injustificado de la Convención sobre los Derechos del Niño, 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”; C2ªCivCom La Plata, Sala II, 14/9/99, “A., C.”, LLBA, 2000-44: “Si bien es cierto que el art. 9º de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los niños no deben ser separados de sus padres en contra de su voluntad, también lo es que existe un interés superior del niño que impone dicha separación cuando éste sea objeto de descuido por parte de sus progenitores, lo que sucede cuando se demuestra que la madre biológica no se encuentra capacitada para contener la problemática de su hijo y el desinterés en ayudarlo, sino con medios económicos de los que carece, al menos con los recursos humanos con que cuenta, por lo que no existe alternativa de reintegro del niño a su familia biológica, debiendo declararse su abandono y estado de adoptabilidad”.

<sup>37</sup> CApel Trelew, Sala A, 18/9/08, “S., L. M. c/L., E. G.”, LLPatagonia, 2008-585: “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 (voto del doctor Ferrari)”.

<sup>38</sup> CNCiv, Sala C, 3/10/96, “P., V. A.”, LL, 1997-D-100; Tobías, José W., *Derecho civil. Parte general*, Bs. As., La Ley, 2003, p. 212: “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)”.

<sup>39</sup> CSJN, 23/11/04, “Maldonado, Sergio A. s/materia: previsional s/recurso de amparo”, Fallos, 327:5210. También ha sostenido, CSJN, 29/4/08, “M. D. H. c/M. B. M. F.”, Fallos, 331:941; LL, 2008-C-537. En el fallo se estableció que “Al tratarse de la vida de una persona menor, la utilización ciega de la letra de la ley, huérfana de otra compañía que avale la prudencia de la decisión, en función de lo más conveniente para ese pequeño en particular, tiñe la actuación jurisdiccional de arbitrariedad, pues es claro que los textos positivos deben contrastarse con los antecedentes de hecho, máxime en asuntos en los que el interés del niño –de rango superior–, opera imperativamente en un papel integrador, que llena los eventuales vacíos de la ley y prevalece sobre los preceptos cuya implementación se revele contraria a los derechos de aquél. –Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–”.

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 inmediación del juez de la causa con la situación de los mismos, 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 Const. nacional–*”<sup>40</sup>.

## **b. La capacidad 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, según el art. 126. Además precisó que son menores impúberes, aquellos que no han cumplido con la edad de catorce años, de acuerdo con el art. 127.

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

La determinación de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la necesidad de escuchar la opinión de los menores en los temas de su incumbencia especialmente relacionados con sus derechos personalísimos<sup>41</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 pro-

---

<sup>40</sup> CSJN, 25/11/05, “S., M. Y. y otros s/procedimiento asistencial”, *Fallos*, 328:4081; íd., 28/4/09, “B., A. B. s/tutela”, *Fallos*, 332:903: “más allá de que el art. 400 del Cód. 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°, 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”. “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 Cód. 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” (*LLonline*); CCivCom Noroeste del Chubut, 17/8/99, “L., M. V. c/M., O.”, *LL*, 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”.

<sup>41</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, art. 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”.

blema que se le presenta al menor y, en el cual está involucrado, para dar su opinión sobre el mismo<sup>42</sup>.

La competencia del menor no está asociada a su capacidad civil sino a su particular proceso de madurez que le es propio de acuerdo con la experiencia de vida que haya tenido<sup>43</sup>.

En este sentido, Verhellen señala que “el reconocimiento de los niños como personas completamente legales implica no sólo el reconocimiento de que tienen derecho, sino también, y más especialmente, que son capaces de llevar a cabo estos derechos por sí mismos, lo cual nos lleva a la cuestión de la competencia”<sup>44</sup>.

En la doctrina judicial de nuestro país se ha sostenido que “conforme lo normado por el art. 75, inc. 22 de la Const. nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, 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>45</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>46</sup>.

<sup>42</sup> Verhellen, Eugeen, *La Convención sobre los Derechos del Niño*, Amberes/Apeldoorn, Garant, 2002, p. 39. 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>43</sup> Sánchez Jacob, M., *El menor maduro*, Boletín de la Sociedad de Pediatría de Asturias, Cantabria, Castilla y León, 2005, vol. 45, p. 156 a 160, [www.sccalp.org/boletin/193/BolPediatr2005\\_45\\_156-160.pdf](http://www.sccalp.org/boletin/193/BolPediatr2005_45_156-160.pdf); Ogando Díaz, B. - García Pérez, C., *Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro*, “Pediatría Integral”, 2007, vol. XI, n° 10, p. 877 a 883, [www.sepeap.org/imagenes/secciones/Image/\\_USER\\_/Consentimiento\\_informado\\_capacidad\\_decidir\\_nino\\_maduro.pdf](http://www.sepeap.org/imagenes/secciones/Image/_USER_/Consentimiento_informado_capacidad_decidir_nino_maduro.pdf); O'Donnell, Daniel, *La Convención sobre los Derechos del Niño: estructura y contenido*, [www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%20.pdf](http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%20.pdf), entre otros autores.

<sup>44</sup> Verhellen, *La Convención sobre los Derechos del Niño*, p. 157.

<sup>45</sup> CCivCom Noroeste del Chubut, 17/8/99, “L., M. V. c/M., O.”, *LL*, 1999-F-327, *DJ*, 2000-1-810.

<sup>46</sup> Juzg1ªInstCivCom de Conciliación y Familia Villa Dolores, 21/9/07, “C. J. A. y otra - solicitan autorización”, *LLC*, 2007-1102.

### **c. 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.

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 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 (art. 3º, ap. 1º, Convención sobre los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada mediante ley 23.849)”<sup>47</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 concubinaria alguna entre la madre del accionante y el demandado”<sup>48</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

---

<sup>47</sup> CCivCom Santa Fe, Sala I, 21/4/98, “M., M. I. c/G., B. L.”, *LL*, 2000-B-862, *LLLitoral*, 1999-416. En igual sentido, CNCiv, Sala H, 11/3/97, “I., N. y O. c/G., G. E.”, *DJ*, 1998-1-259. 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, supone para su operatividad el arbitrar los medios idóneos para el conocimiento de la verdad biológica”. También sobre el tema el STJ Río Negro, 28/12/09, “Rocha, Karina y Delgado, Omar”, precisó 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>48</sup> CCivCom Posadas, Sala I, 4/4/08, “Rivas Orue, Justina p.s.h.m. Cimo c/Maman Orfali, Abel O.”, *LLLitoral*, 2008-783.

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>49</sup>.

Con relación a la factibilidad que el padre pueda ejercer la impugnación fuera del plazo de caducidad, se han posicionado 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 Cód. 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>50</sup>”.

En contrario, se sostiene que “debe considerarse inconstitucional el art. 259 del Cód. 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>51</sup>”.

En el mismo sentido, se sostuvo que “es inconstitucional el art. 259 del Cód. 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>52</sup>”.

#### **d. 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 es-

<sup>49</sup> CJ San Juan, 5/3/09, “N. N. c/Suc. N. N. y N. N.”, *LLGranCuyo*, 2009- 482; *LL*, 2009-E-70.

<sup>50</sup> CNCiv, Sala F, 17/3/10, “L., F. c/O., P. y otros”, *DJ*, 16/6/10, 1638; *DFyP*, 2010-57, *DFyP*, 2010-62.

<sup>51</sup> CCivCom Salta, Sala III, 10/2/10, “M., R. S. c/S. S., G. y otro”, *LLNOA*, 2010-376; Juzg-Nac1ªInstCivil, n° 77, 29/4/09, “L., F. C. c/O., P.”; Juzg1ªInstCivil, Comercial, Laboral y de Minería, n° 2 Río Gallegos, 12/3/09, “F., V. H. c/M. C. A. y A. C. B.”, *LL*, 2009-C-100, entre otros.

<sup>52</sup> CFamilia1ªNom Córdoba, 6/10/09, “T., J. A. c/J. G. T. y otros”, *LLC*, 2010-324. Anteriormente, la CFamilia2ªNom Córdoba, 23/10/02, “T. D., J. E. c/R. D. Q.”, *LL*, 2003-C-300 expresó que “vulnera el principio de igualdad ante la ley –art. 16, Const. nacional y tratados internacionales sobre derechos humanos incorporados a la misma– la limitación temporal que tiene el padre para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial conforme el art. 259, párr. 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”.

casa evolución legislativa que ha tenido en nuestra dogmática nacional la normativa reglamentaria de la responsabilidad en el Código Civil.

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

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<sup>54</sup>.

De igual manera, se percibe la transformación en la evolución que se ha dado de la responsabilidad civil al derecho de daños, no sólo en la denominación sino en la concepción ideológica, pues se pasó de centralizar el estudio de los factores de atribución para definir si el patrimonio del dañador debía responder por la indemnización a focalizar la preocupación en la víctima del daño, en como resarcirla más adecuadamente.

Sobre el tema, Garrido Cordobera sostenía que “dada la situación actual de complejidad del mundo en que vivimos, la vulnerabilidad a la que estamos expuestos y los principios rectores de los derechos de daños, es que volvemos a sostener que la mejor herramienta con que se puede lograr la distribución de los daños para poder ser soportado por quién mejor pueda absolverlos, y que ellos no pesen sobre las víctimas inocentes de los daños injustamente sufridos”<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> Alferillo, Pascual E., *Daño a la vida. Valoración. Cuantificación. Acción resarcitoria*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2009, p. 34. Es notable en nuestro país la influencia y estrecha vinculación que existe entre la doctrina autoral y magistratura, al punto que se puede citar una importante cantidad de magistrados en actividad o jubilados que se destacan como juristas. Por ejemplo, Kemelmajer de Carlucci, Zavala de González, Moisset de Espanés, Zannoni, Belluscio, Bueres, Galdos, Wayar, Lorenzetti, etcétera. La historia del derecho marca otros ejemplos.

<sup>54</sup> Orgaz, Alfredo, *El daño resarcible*, Córdoba, Marcos Lerner, 1992, p. 98 y 99; Zannoni, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 1993, p. 29; Mosset Iturraspe, Jorge, *Daño de hecho y daño jurídico. Perjuicio originado en la muerte del hermano, LL*, 1982-B-171, *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales*, t. III, 331; entre otros autores que tratan el tema.

<sup>55</sup> Garrido Cordobera, Lidia M. R., *Casos de responsabilidad civil*, Bs. As., La Ley, 2004, p. 1. La autora sostiene que “aceptar que los cambios sociales tienen entidad suficiente para nutrir al derecho es aceptar el reto de solucionar los conflictos que nuestra realidad nos presenta hoy”.

Ahora bien, a *prima facie* se observa que la mentada reforma constitucional del 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 daños donde se manifiesta el conflicto interpretativo.

1) *La consolidación constitucional del deber de no dañar.* La Corte de Justicia de la Nación 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>56</sup>, como en “Santa Coloma”<sup>57</sup>, aseveró que el principio del *alterum non laedere* tiene su raíz constitucional en el art. 19 de la Const. 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 Cód. Civil sólo consagra el principio general establecido en el art. 19 de la Const. 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>58</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>59</sup>.

<sup>56</sup> CSJN, 5/8/86, “Gunther, Fernando R. c/Estado nacional (Ejército Argentino) s/sumario”, *Fallos*, 308:1118.

<sup>57</sup> CSJN, 5/8/86, “Santa Coloma, Luis F. y otros c/E. F. A.”, *Fallos*, 308:1160. El otro pronunciamiento de ese día es “Honorio, Juan L. c/Nación Argentina”, *Fallos*, 308:1110.

<sup>58</sup> CSJN, 5/8/86, “Gunther, Fernando R. c/Estado nacional (Ejército Argentino) s/sumario”, *Fallos*, 308:1118.

<sup>59</sup> CSJN, 25/9/97, “L., B. J. y otra c/Policía Federal Argentina”, *LL*, 1998-E-528; *id.*, 25/8/92, “Valenzuela, Rubén c/La Nación (Estado Mayor del Ejército) s/daños y perjuicios”, *Fallos*, 315:1731; *id.*, 21/9/04, “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales SA s/accidentes ley 9688”, *Fallos*, 327:3753; *id.*, 5/6/07, “Ramírez, Juan C. c/E. B. Y. s/daños y perjuicios”, *Fallos*, 330:2548; *id.*, 30/10/07, “Otero de Cufre, Sara B. c/Avícola Capitán Sarmiento SA y otro s/indemnización por fallecimiento”; *id.*, 8/4/08, “Arostegui, Pablo M. c/Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pamestal Peluso y Compañía SRL”, *Fallos*, 331:570; *id.*, 18/6/08, “Bernald, Darío c/Bertoncini Construcciones SA”, *Fallos*, 331:1488; *id.*, 22/12/93, “Navarrete, Margarita R. y otro c/Nación Argentina (Ministerio de Educación y Justicia - Servicio Penitenciario Federal), entre otros.

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>60</sup>.

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

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

El resarcimiento que correspondía por cada tipo de daño padecido fue legislado por el Código Civil de un modo flexible, dejando al arbitrio judicial la valoración y cuantificación de los mismos. Es por ello que el estudio de la evolución del concepto de daño resarcible en la doctrina civilista resulta importante dado que sobre la base de la labor de los autores y jurisprudencia, se amplió su contenido.

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

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

<sup>60</sup> CSJN, 5/8/86, “Gunther, Fernando R. c/Estado nacional (Ejército Argentino) s/sumario”, *Fallos*, 308:1118.

<sup>61</sup> CSJN, 1976, “Nación c/Roca de Schröder, Agustina”, *Fallos*, 295:157; íd., 1985, “Provincia de Buenos Aires c/Saico SA”, *Fallos*, 307:1306, 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 J., *La reparación integral. Problemas de un concepto innecesario y erróneo*, LL, 2008-C-961 quien 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>62</sup> CSJN, 31/10/89, “SACOAR SAIC c/Dirección Nacional de Vialidad s/ordinario”, *Fallos*, 312:2043; íd., 1976, “Pensavalle SRL c/Nación”, *Fallos*, 296:729; íd., 24/4/01, “Echenique y Sánchez Galarce SA c/Instituto de Vivienda del Ejército s/sumarísimo”, *Fallos*, 324:1315; íd., 1984, “Eduardo Sánchez Sánchez Granel Obras de Ingeniería SAICFI c/Dirección Nacional de Vialidad”, *Fallos*, 306:1409; entre otros.

<sup>63</sup> CSJN, 30/8/88, “Lo Iacono, Osvaldo J. c/Consejo Nacional de Educación Técnica CONET”, *Fallos*, 311:1722; 1961, “Pillet, Jorge C. c/Nación”, *Fallos*, 249:320; íd., 1975, “Argos Compañía Argentina de Seguros Generales SA c/Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*, 293:710; íd., 20/8/96, “Carello, Juan M. y otro c/Camba Cua SAAGMS y otro s/lesión y/o muerte de pasajero transporte aéreo”, *Fallos*, 319:1486; íd., 1976, “Vieytes de Fernández, Juana Suc. c/Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*,

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 anteriormente, lo utiliza como parámetro cuando realiza, en concreto, el análisis de arbitrariedad de los fallos.

Por ello, es 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 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>64</sup>. Esta opinión, sin duda, autorizaba a trasponer los límites resarcitorios impuestos en la reglamentación civil, pues se pasaba de la reparación legalmente autorizada a la posibilidad de resarcir otros rubros que la sociedad entendía debían ser reparados.

De igual modo, se juzgó en un caso de responsabilidad contractual que *“el principio de la reparación justa e integral debe entenderse como compensación con iguales características, de manera que se mantenga la igualdad de las prestaciones conforme al verdadero valor que en su momento las partes convinieron y no una equivalencia numérica teórica”*<sup>65</sup>.

El expreso reconocimiento del estatus constitucional del derecho a la reparación integral se verifica de un modo indirecto en “Pérez, Fredy F.” 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>66</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 Const. 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>67</sup>.

---

295:973; íd., 1977, “Scordo, Humberto F. c/SA Lago Electric”, *Fallos*, 299:125; íd., 1977, “Pérez de Neglia, María del C. c/Facchini, Gino y otra”, *Fallos*, 297:445; íd., 1979, “SAFAC SA Cía. Fabril, Comercial y Financiera c/Celulosa Argentina SA”, *Fallos*, 301:45; íd., 1980, “Stabilito, Bartolomé y otros”, *Fallos*, 302:1016; íd., 1981, “Villariño Malleiro, Raquel c/Luis Paulino suc.”, *Fallos*, 303:2010; íd., 1981, “Asís de Álvarez, Julia E. c/Ferrocarriles Argentinos”, *Fallos*, 303:1445; íd., 1981, “Banco Nacional de Desarrollo c/José A. Silva”, *Fallos*, 303:378, entre otros. Chiaramonte, José P., *El principio de la reparación integral en las obligaciones de dinero*, LL, 1976-D-239.

<sup>64</sup> CSJN, 1961, “Lucena, Rafael y otro c/Nación”, *Fallos*, 250:135. En igual sentido: STJ Entre Ríos, 18/4/50, “Heinz, Felipe c/La Continental (Cía. de Seguros)”, *LLonline* 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”.

<sup>65</sup> CSJN, 1976, “Vieytes de Fernández, Juana Suc. c/Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*, 295:973.

<sup>66</sup> CSJN, 24/8/95, “Pérez, Fredy F. c/Empresa Ferrocarriles Argentinos s/sumario”, *Fallos*, 318:1598.

<sup>67</sup> CSJN, 21/9/04, “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales SA s/accidentes ley 9688”, *Fallos*, 327:3753; *ED*, 209-559; *LL*, 2004-F-95; *JA*, 2004-IV-16; *LL*, 2005-A-230. En “Mesquida, Gregorio H. y otro c/Estado nacional - Armada Argentina y otro s/accidente en el ámbito militar y fuerzas de seguridad”, 28/11/06, *Fallos*, 329:5382, la disidencia parcial de los doctores Maqueda y Rueda fijó el

Posteriormente, la Corte Federal, en el marco de la internacionalización de nuestro derecho interno, amplió el concepto de reparación integral cuando dijo: “*el deber de investigar y sancionar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos, como una de las formas de reparación integral impuesta por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe ser asumido por el Estado como un deber jurídico propio a fin de no incurrir en responsabilidad internacional*”<sup>68</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.

3) *La flexibilización de la prejudicialidad penal*. La primera flexibilización de la rigidez del art. 1101 del Cód. 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>69</sup>.

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>70</sup>.

---

mismo criterio al reconocer “el derecho a una reparación integral en los términos del deber constitucional de no dañar a otro”.

<sup>68</sup> CSJN, 23/12/04, “Espósito, Miguel Á. s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa - Bulacio, Walter David”, *Fallos*, 327:5668, voto del doctor Antonio Boggiano.

<sup>69</sup> CSJN, 20/11/73, “Ataka Co. Ltda. c/González, Ricardo y otros”, *LL*, 154-85; *id.*, *Fallos*, 246:87, 272:188, *LL*, 98-289; *LL*, 133-414. En ese fallo completó 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 –más de cinco años– la dilación ocasiona agravios a la garantía constitucional del derecho de defensa”. Alferillo, Pascual E., *Flexibilización de la prejudicialidad penal*, “Revista de la Responsabilidad Civil y Seguros”, año IV, n° VI, nov. 2002, p. 37.

<sup>70</sup> CCivCom 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 C. c/Vedia, Dante s/daños y perjuicios”, Libro de Autos t. 94, f. 81/82, 27/2/97, 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° 15.536, “Ibáñez de Terzi, Beatriz del C. c/Andrés Morales s/daños y perjuicios sumario”, Libro de Sentencias t. I, f. 29/36, 25/2/00. En el mismo sentido, CCivCom Santiago del Estero, 11/4/96 “Leiva de Lescano, Clotilde A. 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 del Cód. Civil, importa una verdadera violación al art. 18 de la Const. nacional 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, Const. nacional), razón por la cual la limitación operativa del art. 1101 del Cód. Civil se fundaba en la inobservancia del mandato implícito contenido en el art. 18 de la Const. nacional<sup>71</sup>.

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<sup>72</sup> 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>73</sup>.

La Corte Federal, en la nueva etapa constitucional, en el caso “Zacarías, Claudio H. c/Provincia de Córdoba y otros”, estableció como doctrina que “*la postergación de la sentencia civil hasta tanto se dicte el fallo penal impuesta ante la dualidad de procesos originados en el mismo hecho, debe ceder cuando la suspensión determina una dilación indefinida en el trámite y decisión de este juicio que ocasiona agravio a la garantía constitucional de derecho de defensa y produce una denegación de justicia*”<sup>74</sup>.

Pues como ella misma señaló, “*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, consid. 5º)*”<sup>75</sup>.

<sup>71</sup> Bidart Campos, Germán, *La duración razonable del proceso*, LL, 154-85; Boffi Boggero, Luis M., *Tratado de las obligaciones*, t. 6, Bs. As., Astrea, 1985, p. 223.

<sup>72</sup> CSJN, Fallos, 312:2434; 311:1604; 305:913, entre otros.

<sup>73</sup> CSJN, Fallos, 323:747.

<sup>74</sup> CSJN, 28/4/98, Fallos, 321:1124; en igual sentido CNCiv, Sala F, 12/5/01, “Carvajal Víctor c/Fronteras, Tomás R.”, DJ, 22/5/02, año XVIII, n° 21, p. 263.

<sup>75</sup> CSJN, 21/8/03, “Boleso, Héctor H. c/Estado de la Provincia de Corrientes”, Fallos, 326:2868.

Esta línea de pensamiento, fue recepcionada posteriormente por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza<sup>76</sup>, la Corte de Justicia de Tucumán<sup>77</sup>, el Superior Tribunal de Santiago del Estero<sup>78</sup>, la Suprema Corte de Buenos Aires<sup>79</sup>, Tribunal Superior de Justicia de Córdoba<sup>80</sup> y la minoría en el Tribunal Superior de San Luis<sup>81</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.

<sup>76</sup> SCJ Mendoza, Sala 1, 29/6/00, n° 68195, “Velásquez, Patricia y otra, en J. Velásquez c/Cristóbal Moreno López s/daños y perjuicios”, libro S296, f. 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>77</sup> CJ Tucumán, 28/12/00, “Santillán Viuda de Villagra, Lola E. c/Municipalidad de San Miguel de Tucumán s/daños y perjuicios”, sent. 1137; 19/12/00, “Roquera, Darío L. c/Sol San Javier SA s/daños y perjuicios”, sent. 1089. 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, Cód. Civil), e imponen la necesidad de dictar la sentencia civil, sin esperar el pronunciamiento penal”.

<sup>78</sup> ST Santiago del Estero, 15/5/00, “Herrera de Celiz, Elsa A. y otros c/Paz, Gustavo R. y otros s/daños y perjuicios”. 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>79</sup> SCBA, 19/2/02, “Nastrucci, Stella M. c/Canal, Roberto y otro s/daños y perjuicios”, causa ac. 77.383. El tribunal siguiendo los lineamientos marcados por el voto del doctor Hitters sostuvo que “la aplicación aislada y literal del art. 1101 del Cód. Civil resulta irrazonable cuando no ha existido pronunciamiento definitivo en sede penal por una dilación *sine die* de dicho trámite. De lo contrario, se plasmaría una solución incompatible con un adecuado servicio de justicia (art. 15, Const. prov.) y con el derecho de obtener una sentencia en tiempo razonable (conf. arts. 18, 5, inc. 22 y ccs., Const. nacional; 5 de la provincial y 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”.

<sup>80</sup> TS Córdoba, Sala Civil y Comercial, 8/6/09, “Sanmartino Javier Cematti SAI y C c/Lizzi, Jorge O., DJ, 16/12/09. El tribunal sostuvo que “la excepción al principio de prejudicialidad establecido en el art. 1101 del Cód. 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>81</sup> STJ San Luis, 20/3/01, “Caro, Mónica S. c/Comisión Asesora de Vivienda de la CGT”, regional San Luis, *LLGranCuyo*, 2002-129. El voto de la minoría sostuvo que “el principio de la prejudicialidad cede, cuando –como en el caso–, la causa penal se encuentra prácticamente paralizada, sin haberse identificado a ningún imputado y sin que se presenten indicios de que tal cosa va a suceder en un tiempo razonable”.

4) *Cuestionamientos a las limitaciones del art. 1078 del Cód. 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>82</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 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>83</sup>.

La comisión del tema VIII “Responsabilidad civil por actos ilícitos”, integrada, entre otros notables, por los doctores 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 cuasidelito”.

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>84</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 contraria llevaría a rechazar la reclamación si no se tramita la declaratoria de herederos.

<sup>82</sup> El texto original fue sustituido por art. 1° de la ley 17.711, con vigencia a partir del 1° de julio de 1968.

<sup>83</sup> Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, [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>84</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, *Daño a la vida. Valoración. Cuantificación. Acción resarcitoria*, p. 320 y siguientes.

Por otra parte, esta autora entiende que sería absurdo que un padre –cuyo hijo ilícitamente fallecido tiene descendiente– pueda reclamar el daño material y no el moral<sup>85</sup>. 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”<sup>86</sup>.

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 del Cód. Civil, 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, párr. 3º, Const. nacional; 17, 27 y concs. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 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 Cód. 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>87</sup>.

Ello por cuanto, “el art. 1078 del Cód. 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 art. 1079 del Cód. Civil posibilita la legitimación activa a todos los damnificados indirectos con respecto a los daños materiales y el art. 1078 se limita a algunos legitimados. Esta desigualdad jurídica va contra el principio de reparación integral (art. 19, Const. nacional)”<sup>88</sup>.

La doctrina autoral ha sostenido la ampliación de la legitimación expresando que “el actual art. 1078 del Cód. Civil, 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, Const. nacional) 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,

<sup>85</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Falta de legitimación de la concubina (y del concubino) para reclamar los daños y perjuicios de la muerte del compañero (o compañera) en un hecho ilícito*, JA, 1979-III-14, y comentario al art. 1078 en Belluscio, Augusto C. (dir.) - Zannoni, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias*, t. 5, Bs. As., Astrea, 1984, p. 117.

<sup>86</sup> Zavala de González, Matilde, comentario al art. 1078 en Bueres, Alberto J. (dir.) - Highton, Elena I. (coord.), “Código Civil”, t. 3-A, Bs. As., Hammurabi, 1999, p. 182.

<sup>87</sup> C2ªCivCom Mar del Plata, Sala II, 23/11/04, “Rodrigo, Sandra E. c/Bustos, Esteban s/daños y perjuicios”, LLBA, 2005-133, JUBA Civil y comercial B1404166.

<sup>88</sup> CCivCom Mar del Plata, Sala II, 26/12/07, “C. M. y otro c/L. R. y otra”. En el mismo sentido: CNCiv, Sala K, 16/5/03, “J., S. A. c/Córdoba, Paulo D.”, LL, 2003-F-1035, voto de la minoría doctora Estevez Brasa y JuzgFed1ªInst Concepción del Uruguay, 28/12/04, “Ríos, María H., por sí y sus hijos menores y otra c/Mazur, Mario de J. y otros”, LLLitoral, 2006 (marzo).

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)<sup>89</sup>.

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 Llambías<sup>90</sup> se consolidó la idea que la reclamación de los daños derivados del fallecimiento, únicamente podían ser reclamados *iure proprio* y no *iure hereditatis*.

Tanto él como la doctrina que le ha seguido en su pensamiento se fundamentaron en dos pilares: a) la vida no constituye un bien con el alcance dado por el art. 2312 del Cód. 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<sup>91</sup>.

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<sup>92</sup> a los cuales remitimos para su compulsión, rescatando, en esta oportunidad, la intención de confrontar esta doctrina prevalente con la normativa contenida en los tratados internacionales que han sido incorporados al máximo nivel constitucional.

<sup>89</sup> Boragina, Juan C. - Meza, Jorge A., *Inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil*, “Revista de Responsabilidad Civil y Seguros”, año IX, n° XII, dic. 2007, p. 44. En igual sentido: Saux, Edgardo I., *El daño moral y la concubina ¿Ocaso del art. 1078 del Código Civil?*, “Revista de la Responsabilidad Civil y Seguros”, año X, n° V, may. 2008, p. 47; F.A.S., *Daño moral del concubino*, “Revista de la Responsabilidad Civil”, año IX, n° X, oct. 2009, p. 80, entre otros.

<sup>90</sup> Llambías, Jorge J., *La vida humana como valor económico. Carácter de la acción resarcitoria por causa de homicidio: Daño resarcible*, JA, doctrina, 1974-624; Bustos Berrondo, H., *Acción resarcitoria del daño causado por homicidio*, Jus, 1962, n° 3, p. 80.

<sup>91</sup> Mosset Iturraspe, Jorge, *El valor de la vida humana*, 3ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1996, p. 29; Borda, Guillermo A., *La vida humana ¿Tiene por sí sola un valor económico resarcible?*, ED, 114-849; Kemelmajer de Carlucci, comentario al art. 1085 en Belluscio (dir.) - Zannoni (coord.), “Código Civil y leyes complementarias”, t. 5, p. 196; Venini, Juan C., *El valor de la vida humana*, en “Responsabilidad por daño contractual y extracontractual”, Rosario, Juris, 1994, p. 760; Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños*, t. 4, n° 111, p. 52, entre otros. En la doctrina española, cabe recordar el pensamiento de Santos Briz, Jaime, *Derecho de daños* “Revista de Derecho Privado”, Madrid, 1963, p. 278 y ss., sostiene que “el caso práctico más frecuente e importante de reparación de daños es el motivado por muerte de una persona. Entonces el que perdió la vida, el mayor perjudicado por ello, no puede ser beneficiario de la reparación, que ha de ir a sus más próximos parientes. Tratándose de acción civil derivada de delito causante de la muerte, aquella es transmisible a los herederos del fallecido (arts. 104 y 105, Cód. Penal). En consecuencia, el TS ha declarado que la indemnización corresponde a los herederos del fallecido, no exigiendo con rigor el requisito del perjuicio directo. En cambio, tratándose de acción de reparación de daños derivados de culpa extracontractual, se excluye en la jurisprudencia a los herederos, pues no se considera el derecho de indemnización como ingresado en la herencia de la víctima a efectos de transmisión”.

<sup>92</sup> Alferillo, *Daño a la vida. Valoración. Cuantificación. Acción resarcitoria*, p. 155; *Prospectiva de la legitimación para demandar la indemnización de los daños por fallecimiento*, en “Responsabilidad civil y seguros”, Bs. As., La Ley, 2001, p. 187 y siguientes.

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 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>93</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 decr. 993/91, por el coeficiente 100”.

En el art. 2° precisa que “tendrán derecho a percibir igual beneficio que el establecido en el art. 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 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 arts. 3545 y siguientes del Código Civil, sin perjuicio de los derechos que reconoce el art. 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 y 24.823 a favor de familiares de desaparecidos durante el proceso militar no es un bien adquirido *iure proprio* por aquellos pues, mediando fallecimiento comprobado o presuntivo judicialmente declarado del desaparecido, se trata de un bien recibido *iure hereditatis* que, por ende, debe ser integrado al acervo hereditario (art. 1°, ley 24.823)”<sup>94</sup>.

En cambio, la Corte Federal juzgó 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, Cód. Civil). Esto no significaría otra cosa que conceder personalidad jurídica a un muerto, lo que es enfáticamente rechazado en nuestra doctrina (cfr. Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, Perrot, 1984, p. 248). Ha tratado el punto con claridad Alfredo Orgaz, al expresar que ‘el derecho positivo puede libremente conferirle personalidad a diversos substratos, de

<sup>93</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”.

<sup>94</sup> CCivCom Santa Fe, Sala I, 1/12/00, “F., R. L. y otra”, *LLLitoral*, 2001-697. En ese fallo, también se dijo que “habiendo fallecido el heredero forzoso de una persona desaparecida durante el proceso militar, la suma de dinero correspondiente al beneficio establecido por las leyes 24.411 y 24.823 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*”.

modo que éstos sean el término de imputación de un conjunto de derechos y deberes jurídicos. Esta libertad del ordenamiento jurídico, sin embargo, reconoce sustancialmente ciertas limitaciones. Ante todo, es necesario que haya, como hemos dicho, un substrato real que pueda ser el soporte o el portador de la personalidad: en consecuencia, no pueden reputarse personas los muertos”. Y agrega en su cita a pie de página: “En cuanto a los muertos, debe observarse, además, que la protección legal a su memoria, a su honorabilidad, etc., tiene inmediatamente en vista la protección de las personas vivas que podrían sufrir a causa del ultraje; los herederos del muerto carecen de acción, en ese carácter, para reclamar indemnización de los daños derivados del ultraje, pues no hay acción alguna a favor del muerto de la cual puedan aquellos ser herederos; sólo invocando algún perjuicio personal, sea material, sea moral, pueden los parientes del muerto, como ‘víctimas’, demandar la indemnización (cfr. *Personas individuales*, Depalma, 1946, p. 21 y 22 y nota 33 segundo párrafo, con destacado agregado)”<sup>95</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.

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 “*los daños sufridos por las víctimas hasta el momento de su muerte dan derecho a una indemnización. Ese derecho de las víctimas se transmite por sucesión a sus herederos*”. Ello por cuanto, “*la indemnización que se debe pagar por el hecho de haber privado a alguien de su vida es un derecho propio que corresponde a aquellos que han resultado perjudicados. Por esta razón, la jurisprudencia de los tribunales internos de los Estados acepta generalmente que el derecho de solicitar la indemnización por la muerte de una persona corresponde a los sobrevivientes que resultan afectados por ella. Esa jurisprudencia establece una distinción entre los sucesores y los terceros perjudicados. En cuanto a los primeros, se presume que la muerte de la víctima les ha causado un perjuicio material y moral y estaría a cargo de la contraparte probar que tal perjuicio no ha existido. Pero los reclamantes que no son suce-*

---

<sup>95</sup> CSJN, 22/5/07, “Sánchez, Elvira B. c/M° J y DD HH - art. 6, ley 24.41 (res. 409/01)”. En el mismo sentido, CNCiv, Sala M, 22/2/06, “Marzocca, Petra c/Marzoca, Ángela s/declaración de causahabientes”. “No desvirtúa lo expuesto que el art. 2° 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” (JA, 2006-II-12).

sores, tal como se expone más abajo (cfr. *infra*, párr. 68), deben aportar determinadas pruebas para justificar el derecho a ser indemnizados<sup>96</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>97</sup>.

6) *La reformulación interpretativa del art. 1068 del Cód. Civil*. El traslado del eje normativo del patrimonio al ser humano en *si proprio*, evidentemente, modifica la hermenéutica que se debe formular de los artículos del Código Civil reglamentarios del derecho de daño.

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

Va de suyo, que en el nuevo orden de jerarquía, en el vértice superior está el ser humano, razón jurídica y axiológica por la cual se debe calificar que el daño directo es el producido a la persona y, el indirecto, a su patrimonio<sup>98</sup>.

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<sup>99</sup>.

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 obvia-

<sup>96</sup> CIDH, “Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam”, sent. 10/9/93 (reparaciones y costas). En igual sentido “Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá”, sent. 12/8/08 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas); “Trujillo Oroza vs. Bolivia”, sent. 27/2/02 (reparaciones y costas); “Los Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, sent. 26/5/01 (reparaciones y costas); “Caballero Delgado y Santana vs. Colombia”, sent. 29/1/97; “Bámaca Velásquez vs. Guatemala”, sent. 22/2/02 (reparaciones y costas); “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, sent. 25/11/03 (fondo, reparaciones y costas), entre otras.

<sup>97</sup> CIDH, 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 27/11/98. Serie C n° 43, párr. 59; “Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia”, sent. 27/2/02 (reparaciones y costas), entre otras.

<sup>98</sup> Alferillo, Pascual E., *Trascendencia de la valuación en la cuantificación de los daños a la persona*, DJ, 2007-III-298, LL, 2008-A-159.

<sup>99</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Daño moral y daño al proyecto de vida*, “Revista de Derecho de Daños”, n° 6 “Daño moral”, Rubinzal-Culzoni, p. 37.

mente 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<sup>100</sup>.

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”<sup>101</sup>.

Propone Gamarra, 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<sup>102</sup>.

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, entre otros.

## **5. 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

---

<sup>100</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*, Cuadernos de Derecho n° 3, Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, sept. 1993, Ponencias I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial, Univ. Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1994 y “Gaceta Jurídica”, t. 79-B, Lima, jul. 2000.

<sup>101</sup> Fernández Sessarego, *Daño moral y daño al proyecto de vida*, p. 41.

<sup>102</sup> Gamarra, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991, t. XXIII, vol. 5, parte VII, “La reparación del perjuicio. Daño a la persona”, p. 17, citado por Lorenzetti, *Constitucionalización del derecho civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema*, LL, 1993-D-673.

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 esta 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 la 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, 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.

La senda a seguir ha sido marcada claramente por la Constitución nacional, a la fecha se han dado algunos pasos importantes pero aún resta mucho por transitar para consagrar efectiva y definitivamente el imperio de los derechos humanos en todas las soluciones jurídicas.

© Editorial Astrea, 2011. Todos los derechos reservados.