

Germán Bidart Campos y el derecho privado constitucionalizado

por AÍDA KEMELMAJER

Sumario: 1. PRELIMINARES. – 2. LOS VALORES CLÁSICOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL RECIBIDOS EN EL DERECHO PRIVADO. – 3. LA AUTONOMÍA DE LA PERSONA HUMANA. 3.1. DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL. PERSONAS TRANSEXUALES E INTERSEX. 3.2. EL DERECHO A LA VIDA ÍNTIMA. LAS CONDUCTAS AUTORREFERENCIALES. 3.3. EL DERECHO (NO LA OBLIGACIÓN) A CONOCER EL ORIGEN BIOLÓGICO. 3.4. DERECHO AL NOMBRE. 3.5. DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO. a) Restricciones establecidas en los reglamentos militares. b) El derecho a casarse de una persona con HIV. c) La derogación de la punibilidad del adulterio. 3.6. EL DIVORCIO Y LA AUTONOMÍA DE LOS CÓNYUGES. 3.7. LA AUTONOMÍA DE LOS PADRES Y LA REGULACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR. 3.8. LA AUTONOMÍA PROGRESIVA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. 3.9. LA AUTONOMÍA EN LAS RELACIONES LABORALES. – 4. LA IGUALDAD. 4.1. LA IGUALDAD REAL DE TODOS LOS HIJOS, CUALQUIERA SEA SU ORIGEN. 4.2. LA IGUALDAD Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD A LA BASE DE LOS VÍNCULOS GENERADOS POR LA FILIACIÓN POR ADOPCIÓN. a) Conflictos entre el vínculo biológico y el adoptivo. b) La adopción por personas casadas que se divorcian durante el juicio de adopción. c) La restricción legal de adoptar y el interés superior del niño en el caso. d) La adopción de integración y la adopción plena. 4.3. LA IGUALDAD Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. EL PLURALISMO DE LAS FORMAS FAMILIARES. – 5. LA SOLIDARIDAD. – 6. EL VALOR EFICACIA DE LAS DECISIONES EN LAS RELACIONES FAMILIARES. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A QUE LA SENTENCIA SE CUMPLA. – 7. LA VISIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE DAÑOS. 7.1. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERRORES JUDICIALES Y LA DURACIÓN INDEBIDA DE LOS PROCESOS. 7.2. CONSTITUCIONALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LAS ENTIDADES DEPORTIVAS. 7.3. LA LEGITIMACIÓN DE LA PERSONA CONVIVIENTE PARA RECLAMAR LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA MUERTE DE SU PAREJA. 7.4. LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA PRENSA Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. 7.5. LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA OMISIÓN DE RECONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD. 7.6. DAÑOS CAUSADOS POR INTERNACIONES ILEGÍTIMAS DE PERSONAS CON PADECIMIENTOS MENTALES. – 8. LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA. – 9. BREVES PALABRAS DE RECONOCIMIENTO.

1. Preliminares

Agradezco la invitación a participar en este número especial de la revista *El Derecho* en homenaje a quien fue su director, el Dr. Germán Bidart Campos. Este artículo pretende resumir la inconmensurable riqueza que sus enseñanzas aportaron al derecho privado constitucionaliza-

do, que tantas veces defendió, y que hoy recoge expresamente el Código Civil y Comercial (de ahora en adelante, CCyC). Extraigo parte de sus enseñanzas de algunas de sus extraordinarias notas a fallo, tan breves como sustanciosas, generadoras de diálogos, a punto tal que, en ocasiones, venían acompañadas de otro comentario que expresaba un diferente punto de vista.

Comienzo con dos frases suyas, que indefectiblemente utilizo como “disparadoras” cada vez que me convocan a hablar del llamado “proceso de contitucionalización del derecho privado”⁽¹⁾:

“En el campo del derecho privado, quienes lo cultivan, no siempre suben hasta el techo de la constitución, o no recuerdan que nuestro orden jurídico no termina en la ley civil, ni en la comercial, ni en la laboral, porque por encima de todas está la Constitución”⁽²⁾.

“Pobres sociedades las que adosan la dignidad humana a la tez, a la raza, a la creencia religiosa o a cualquier otra cosa semejante entre tantas que atrofian –a veces hasta a los jueces– el sentido de justicia”⁽³⁾.

No estaba solo; a su lado, grandes maestros europeos decían: “Ninguna cuestión de derecho ha tenido en España tan amplia y extensa resonancia como la del influjo de la nueva Constitución sobre las relaciones jurídicas civiles”⁽⁴⁾; “Los derechos fundamentales no son sólo un instrumento de protección del individuo frente al Estado sino un sistema de valores objetivo que aspira regir en todos los ámbitos; se produce, pues, lo que se llama ‘efecto irradiación’ de los derechos fundamentales; éstos no sólo rigen las relaciones individuo-Estado sino que también tienen vigencia en las relaciones entre particulares, y en tanto decisión básica jurídico-constitucional, proporcionan directrices para la legislación, la administración y la justicia”⁽⁵⁾.

Más aún, lo respaldaba nuestra propia historia constitucional. La vigencia de la Constitución Nacional en el año 1853 y las grandes corrientes migratorias que comenzaron a llegar al país motivaron que Nicasio Oroño, gobernador de Santa Fe, dijese en 1867, al fundamentar la necesidad del dictado de una ley de matrimonio civil: “Las instituciones que nos rigen han creado nuevas necesidades a las cuales no es posible satisfacer sino armonizando nuestra legislación con los preceptos fundamentales de la Constitución”. ¡Cuánta razón tenía! El artículo 20 de la Constitución argentina dispone que “Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano” y enumera en forma expresa, entre otros,

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *EL DERECHO: Crónicas de historia constitucional: El reglamento orgánico de 1811, la “primera Constitución Nacional”,* por ARMANDO MARIO MÁRQUEZ, EDCO, 2009-690; *Argentina: 200 años de historia. Bernardino Rivadavia: hombre de Mayo, estadista de su tiempo,* por ANTONIO CASTAGNO, EDCO, 2010-477; *Crónicas de historia constitucional: Labor legislativa de la Asamblea General Constituyente de 1813,* por ARMANDO MARIO MÁRQUEZ, EDCO, 2010-711; *Crónicas de historia constitucional: Hombres de Mayo: integrantes de la Junta de Gobierno (primera entrega),* por ARMANDO MARIO MÁRQUEZ, EDCO, 2010-719; *La historia constitucional argentina y el concepto de bicentenario,* por ARMANDO MARIO MÁRQUEZ, EDCO, 2011-687; *Sobre los pactos en la historia argentina. Pacto entre el gobierno y la oposición parlamentaria. Políticas de Estado para gobernar,* por EDGARDO H. CARDONE, ED, 245-845; *El día de la Constitución,* por EUGENIO L. PALAZZO, *El Derecho Constitucional*, 2014-329; *Ejecutando sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una contestación de oficio muy especial,* por ESTELA B. SACRISTÁN, EDCO, 2017-58; *El desenlace del conflicto entre la Corte Suprema argentina y la Corte interamericana,* por NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, ED, 275-938; *La doctrina del margen de apreciación nacional y la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* por EDUARDO BUENADER, ED, 279-489; *El Poder Ejecutivo frente al sistema internacional de derechos humanos y la ejecución de sentencia internacional,* por MARÍA MACARENA ALURRALDE URTUBEY, ED, 280-688; *La República Argentina ante la Corte IDH: año 2018,* por PAULINA R. CHIACCHIERA CASTRO, ED, 283-659; *El margen de apreciación nacional en la lectura de los tratados internacionales: ¿Laberinto o techo del derecho internacional de los derechos humanos?,* por LAUTARO E. PITIER y RICARDO G. RINCÓN, ED, 283-795; *La revisión de la cosa juzgada nacional frente a las sentencias de la Corte IDH,* por SERGIO NICOLÁS JAILL, ED, 284-919; *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* por MILTON C. FEUILLADE, *Derecho Constitucional*, marzo 2024, Número 3; 1° de mayo. *Día de la Constitución Nacional. Una Constitución de 171 años,* por ENRIQUE H. DEL CARRIL, ED, 306. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) Me he referido al derecho privado constitucionalizado en diversos trabajos a los que me remito, entre otros, *Constitución y codificación civil*, publicado en Villabella Armengol, C.; Pérez Gallardo, L. y Molina Carrillo, G. (Coordinadores), *Derecho Civil Constitucional*, Grupo Mariel, México, 2014, págs. 17/47 y en Autores Varios, *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2005, Tomo II, pág. 1193; Alberdi, *precursor de la constitucionalización del Derecho de Familia*, en Homenaje a Juan Bautista Alberdi, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2002, Tomo II, pág. 217; *El derecho daños en el marco del derecho constitucional*, en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (RAP), XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Año XXVI-309, Tucumán, 2004, pág. 171; *El derecho de familia en la República Argentina en los inicios del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y de adecuación a los tratados internacionales de Derechos Humanos*, en Revista de Derecho Comparado n° 10, Derecho de Familia II, Rubinzal Culzoni 2005-7; *Constitucionalización del derecho privado de las personas*, en *Constitucionalización del Derecho Privado*, en Larroumet, Christian (Dir.), *Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello*, ed. Universidad del Externado y Del Rosario, Bogotá, Colombia, 2007, págs. 43/77 y en Palmero, J. C. (Compilador), *Cuestiones Modernas de Derecho Civil*, V Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, Advocatus, 2011, págs. 37/55.

(2) Bidart Campos, Germán, *Divorcio vincular, derecho adquirido, cosa juzgada y derecho a casarse*, ED 115-203. Comenta el fallo de la CSN de 13/8/1985 que resolvió la validez de los matrimonios que se celebraron si la persona obtuvo el divorcio vincular durante el plazo que rigió el decreto 4070/56. Las notas sucesivas que citan sus comentarios omiten su nombre, para evitar repeticiones.

(3) *La discriminación racial en los intersticios familiares*, ED 154-1055.

(4) De Castro, Federico, *El derecho civil y la Constitución*, Rev. de Derecho Privado de Madrid, año XXII, 1935, pág. 33.

(5) Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. por Ernesto Garzón Valdés, 3ª reimpresión, Madrid, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pág. 507.

el de “casarse conforme a las leyes”. Está claro que la ley puede establecer restricciones a la libertad de contraer matrimonio fundadas, por ejemplo, en la aptitud para discernir, pero nunca en razones religiosas, pues la propia Constitución declara la libertad de cultos; en consecuencia, no es válido constitucionalmente un régimen legal que solo permita contraer matrimonio en el territorio a las personas que practican la fe católica, tal como sucedía por entonces, tal como lo enseñaba Germán Bidart Campos⁽⁶⁾.

Por otro lado, el tema de los vínculos entre el derecho constitucional y el derecho civil (especialmente, el de familia) fue objeto de un clásico debate entre los dos juristas más grandes de la historia del Derecho argentino: Juan Bautista Alberdi, autor de las Bases que dieron origen a la Constitución Nacional de 1853, y Dalmacio Vélez Sarsfield, que redactó del Código Civil argentino que rigió hasta agosto del año 2015, con el apoyo de importantes reformas.

Alberdi alegaba que “el Código Civil de un país es la parte de la legislación que tiene por objeto desarrollar los derechos naturales de sus habitantes considerados como miembros de la familia y de la sociedad civil. Esos derechos son esenciales del hombre, sin distinción de condición”. “La democracia entiende los derechos de un modo, la aristocracia de otro, y la autocracia de otro. Tomad por ejemplo el derecho relativo a la autoridad paterna, o el derecho relativo real de sucesión hereditaria, y veréis que cada legislación civil lo entiende de diversos modos, según el principio de su régimen político y social. No puede la Constitución política ir hacia el sur, y el Código Civil hacia el norte. La dirección debe ser común como lo es su objeto y mira. Si la democracia es la mente de la Constitución, la democracia debe ser la mente del Código Civil. No podéis cambiar el orden político sin cambiar el orden social y civil en el mismo sentido, porque lejos de ser independientes y ajenos uno de otro, son dos aspectos de un mismo hecho”. Con especial referencia al matrimonio afirmaba: “Mirad la Constitución del Estado de California del 12/10/1849: hace inviolables los matrimonios mixtos, que son el medio natural de formación de la familia en nuestra América, llamada a poblarse de extranjeros, y de extranjeros de buenas costumbres”. Por razones análogas, no era posible que la mujer casada fuese calificada como una “incapaz relativa de hecho”, ni que el ejercicio de la patria potestad correspondiese al marido. Con claridad asombrosa y anticipándose al ejercicio compartido de la responsabilidad parental, concluía: “Todos iguales quiere decir todos libres, el padre, la mujer, los hijos. La mujer no será la esclava, la doméstica, la pupila de su marido. La hija no será la mercancía de sus padres. El gobierno del hogar tendrá dos cabezas”.

2. Los valores clásicos del derecho constitucional recibidos en el derecho privado

Los tres pilares clásicos del constitucionalismo aclamados por la Revolución francesa, “libertad, igualdad, fraternidad”, responden hoy, en el derecho privado, a través de su relectura, a las expresiones *autonomía, igualdad real, solidaridad*.

Desde esa perspectiva, avanzo en el relato de los comentarios a fallos antes mencionados.

3. La autonomía de la persona humana

La defensa constitucional de la libertad personal, o sea, la posibilidad del ser humano de trazar su propio proyecto de vida, aparece reiteradamente.

3.1. Derecho a la identidad sexual. Personas transexuales e intersex

a) El derecho a la identidad sexual fue reconocido expresamente por el legislador argentino en mayo de 2012 por ley 26.743. En el concierto mundial, se trata de una de las normativas de mayor respeto a la autonomía de la persona, tal como lo reconoció la Corte IDH en 2017 en la Opinión consultiva OC-24/17.

Muchos años antes, anticipándose al legislador del siglo XXI, Germán Bidart Campos criticó una sentencia de la sala E de la Cámara Nacional Civil, fechada 31/3/1989, que, por mayoría, rechazó la acción deducida por una persona que, habiendo recurrido previamente a la cirugía (re-

quisito que hoy la ley no exige) solicitaba la modificación en su documento de identidad⁽⁷⁾. Enseñó entonces: “Ni la ciencia del derecho, ni la ley, ni el derecho judicial pueden sensatamente ser los primeros en hacer oír su voz. Cuando multi e interdisciplinariamente faltan los enfoques pre-jurídicos y prejudiciales de las ciencias médicas, la teología, la filosofía moral, la sicología y sobre todo faltan las terapias serias y científicamente aceptadas, las decisiones judiciales deben extremar su precaución para no resolver prematuramente mal e injustamente las dolorosas situaciones personales del transexualismo con y por supuesto bien intencionado propósito de cuidar y salvar la moral (privada o pública). También hay un ser humano que no es un NN sino una persona que protagoniza y vive su vida biográfica empujada por factores de muy distinta índole. Cuando como juez me encuentro con un drama biográficamente personal como éste, y las explicaciones científicas aportadas son algo muy vacilantes, mi duda se decide a favor de la integración personal y social no discriminatoria, haciendo lugar a la rectificación de la identidad civil”.

b) Años más tarde, en 1994, comentó a favor⁽⁸⁾ una sentencia dictada por el juez Hooft, un magistrado pionero en los temas bioéticos que autorizó la intervención quirúrgica voluntaria solicitada para “corregir el dimorfismo del pseudohermafroditismo ya que el individuo tiene derecho a la reafirmación de su identidad sexual ante la indefinición de su origen”. Con gran realismo, precisión y sin eufemismos, Bidart Campos explicó: “No era un caso de transexualidad ni de bisexualidad sino de *intersexualidad* por causa del pseudohermafroditismo. Lo que siempre destacamos es la anomalía que significa divorciar las realidades, en este caso biológicas y síquicas, de las normas jurídicas. No se trata de que éstas santifiquen a las primeras, ni de que las asuman tal cual son. Se trata de que las normas no escondan la cabeza bajo el suelo, como el avestruz, cual si nada pasara. Se trata de una persona que vivió 47 años como mujer estando anotada como hombre. ¿Pueden los jueces volver la cara, como si no ocurriera nada y apelar al orden público, o a la moral, o a algún otro slogan de los que si no se saben usar no sirven para nada? O, más bien, sirven para perjudicar a una persona como ésta. ¿Para qué sirven el orden público y la moral social si no alcanzan a brindar beneficios ni utilidad en la vida biográfica de cada persona? Solo para rotular lecciones baratas. Lo que ocurre es que hay algunos que no dejan al prójimo que viva su vida biográfica en identidad consigo mismo. Y lo marginan, lo exilian de la convivencia social. Y que se haga esto en nombre de la moral es, para nosotros, totalmente inmoral. ¿El orden público del nombre y de estado civil? No hay peor desorden que el que se consume legalmente falseando la identidad de una persona. Otra inmoralidad, esta vez, a título del orden público”.

3.2. El derecho a la vida íntima. Las conductas autorreferenciales

En 1992 comentó favorablemente una sentencia de primera instancia que autorizó la ligadura de trompas solicitada por una mujer, a quien el sistema de salud le negaba esa intervención⁽⁹⁾. Las enseñanzas se adelantaron en mucho a la ley 26.130 de anticoncepción quirúrgica de 2006.

Bidart Campos se preguntaba y respondía: “¿Está prohibida la ligadura de trompas? ¿Se la puede razonablemente prohibir? ¿Cabe decir, sin caer en el ridículo que el efecto esterilizante implica algo así como mutilación o lesión grave o cosa semejante?”. “La terapia elegida por el médico y aceptada por el paciente no puede ser interferida por el Estado con intromisiones arbitrarias. ¿O es que el Estado ostenta títulos sanitarios mejores y más seguros? ¿O es que mi salud, mi vida, mi decisión para seguir o no seguir un tratamiento médico precisa el visto bueno del Estado? La conciencia moral o las creencias religiosas de cada persona son las que han de gobernar conductas tan íntimas como casarse o no casarse, tener hijos o no tenerlos, determinar cuándo y cuántos se quieren tener; decidir sobre la propia sexualidad –íntima. Todo ello hace al plan personal, personalísimo de vida autorreferente, que no deriva efectos nocivos para los demás”.

(7) *El cambio de identidad civil de los transexuales quirúrgicamente transformados*, JA 1990-III-103.

(8) *El sexo legal y el sexo real: una sentencia ejemplar*, ED 159-465.

(9) *La tutela médica del estado providente y la privacidad matrimonial*, ED 145-440.

(6) *Matrimonio y libertad religiosa en la constitución*, LL 128-1188. Volvió sobre el tema en una nota breve, *El derecho de casarse*, LL 2002-C-1407.

3.3. El derecho (no la obligación) a conocer el origen biológico

En 1991 manifestó su opinión sobre el difícil tema que llegaba a la Corte y que enfrentaba el derecho a no saber, con el derecho a conocer de otra persona que también se siente víctima del ilícito de la desaparición de personas⁽¹⁰⁾.

En el resuelto el 13/11/1990, dijo: “En el caso, el menor no estaba en condiciones de capacidad para decidir si quería o no indagar su verdadera filiación. El derecho a acceder a esa verdad bien puede incluirse en el art. 233 pero no cabe presumir que el menor pretendía ejercerlo o que se le podía imponer judicialmente el descubrimiento de su filiación natural si es que su representante legítimo (el padre adoptivo) formuló oposición en la instancia en que lo hizo. No practicarle ahora esa prueba no era impedimento insalvable para que en el futuro el hoy menor pudiera averiguar voluntariamente su identidad de origen si lo deseara. No es una obligación. Es un derecho”.

3.4. Derecho al nombre

a) La defensa de la autonomía aparece también en su crítica de 1994 a la prohibición de nombres extranjeros⁽¹¹⁾, omitida hoy en el art. 63 del CCyC, siguiendo sus enseñanzas.

“No es mera retórica; es verdad a gritos: La prohibición de nombres extranjeros ¿es nacionalismo, es cerrazón idiomática o qué es? Un poco de todo. No queremos perder ni canjear nuestra espléndida lengua castellana, ni nuestras tradiciones, ni nuestro acervo cultural, ni nuestra idiosincrasia latina; pero no podemos aislarnos del mundo, ni tener en 1994 la ingenuidad de suponer que hay un interés social o general en prescribir que los seres humanos debemos llamarnos de una manera determinada y que solo podemos elegir un nombre dentro del encasillamiento de una ley. Dejémonos, por favor, de tonterías de este calibre. Pensemos si, acaso, la prohibición no ha caído en inconstitucionalidad sobreviniente y propugnamos su rápida respuesta”.

b) Otro tanto puede afirmarse de su adhesión, en 1995, al voto en disidencia de una sentencia que no admitió el nombre Darlen para un niño⁽¹²⁾.

c) La defensa de la autonomía surge clara al tratar los acuerdos celebrados en torno al nombre de la mujer divorciada⁽¹³⁾. Concretamente, afirma: “Puede parecer curioso que, en materia de nombre, una cuestión tan importante quede a disposición de la voluntad de los esposos; pero está bien que así sea, porque no creemos que se afecte el orden público ni las relaciones sociales, ni ningún otro interés, individual o colectivo. Por eso, cabe dar prioridad al acuerdo de partes, haya tenido o no homologación judicial”.

La solución no es ajena al CCyC; en efecto, si bien el art. 67 segundo párrafo afirma que “la persona divorciada o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo no puede usar el apellido del otro cónyuge, excepto que, por motivos razonables, el juez la autorice a conservarlo”, los acuerdos no están prohibidos. Adviértase que el primer párrafo, para la vida en común, abre a cada uno de los cónyuges, incluso unilateralmente, una importante posibilidad de opciones: “Cualquiera de los cónyuges puede optar por usar el apellido del otro, con la preposición ‘de’ o sin ella”.

3.5. Derecho a contraer matrimonio

a) Restricciones establecidas en los reglamentos militares

Las restricciones al derecho fundamental a contraer matrimonio no le fueron ajenas. En este sentido, comentó favorablemente una sentencia de 10/7/1987, que acogió un amparo⁽¹⁴⁾; en el caso, las fuerzas armadas habían negado a un conscripto el derecho a casarse con una determinada persona; el tribunal no declaró la inconstitucionalidad del reglamento, sino del acto que, en el caso concreto, impidió casarse con una persona. Insólitamente, desde la perspectiva de nuestros días, el acto administrativo se fundaba en “normas éticas y de equidad tendientes a su bienestar y a

una mejor adecuación a la institución de la célula familiar como una de las principales bases de su funcionamiento”. Afirmaba que la mujer “no reunía las condiciones necesarias para ser la esposa de un integrante de la fuerza, todo ello corroborado por los juicios vertidos por el jefe de departamento móvil y director de la escuela de suboficiales”.

Tiempo después volvió sobre el tema⁽¹⁵⁾.

b) El derecho a casarse de una persona con HIV

En 1991 comentó favorablemente una sentencia marplatense que hizo lugar al amparo y autorizó el matrimonio de una persona portadora de HIV que se encontraba detenida en una unidad carcelaria⁽¹⁶⁾.

Con claridad enseñó: “Una vez más, la equivocada burocracia inventó un impedimento matrimonial sin base legal”. “El derecho a casarse tiene base en el art. 20 de la CN. Por más que del derecho a contraer nupcias se predique la relatividad que lo somete a reglamentación razonable, la prohibición ha de contar con sustento legal suficiente y también razonable. Como siempre, vienen en auxilio normas internacionales bien claras. Esas normas de derechos humanos no son un adorno sino un reforzamiento al derecho interno y hay obligación, interna e internacional, de cumplirlos”.

La voz de Germán Bidart Campos es totalmente coincidente con las Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos versiones 1996, 2002 y 2006, que expresamente mencionan el derecho a contraer matrimonio⁽¹⁷⁾.

c) La derogación de la punibilidad del adulterio

El Código Civil y Comercial eliminó el deber de fidelidad en el matrimonio. El camino no fue fácil. El sistema jurídico argentino tipificó el adulterio como delito en el art. 118 del Código Penal hasta 1995, cuando fue derogado por ley 24.453.

Antes de que el legislador asumiera tan sabia solución, el recordado maestro dijo⁽¹⁸⁾: “Si personalmenteuviésemos que legislar, no incriminaríamos el adulterio, ni tal como está hoy en el código ni de otra manera. No hay un bien jurídico que alcance el nivel necesario en nuestra sociedad contemporánea ni en sus valores colectivos para ser acogido en la política criminal bajo una incriminación y su respectiva sanción. Si nos convenciéramos de que el bien jurídico es la honestidad o la fidelidad conyugal, diríamos que el artículo es inconstitucional, en cuanto diferencia la fidelidad o la honestidad del varón y de la mujer, sin razón suficiente y con discriminación desigualitaria”.

3.6. El divorcio y la autonomía de los cónyuges

Cuando el divorcio no era vincular, aunque la ley lo llamaba divorcio, abrió la puerta a la autonomía al pronunciarse a favor de la presentación sin expresión de causa, por mutuo acuerdo, incorporado por la ley 17.711⁽¹⁹⁾.

3.7. La autonomía de los padres y la regulación de la vida familiar

a) El CCyC abrió las puertas a los acuerdos entre los padres para regular las relaciones con los hijos. En esta línea, el art. 655 menciona el “Plan de parentalidad”.

Este reconocimiento a la autonomía aparece también en la obra de Bidart Campos al comentar favorablemente una sentencia de la CSN del 22/12/1993 que homologó el acuerdo por el cual los hijos menores de edad se radicaban en el exterior, convenio que el juez de grado había rechazado. German apoyó a la Corte cuando dijo que la decisión de la Cámara que negó la homologación del acuerdo que implicaba que las niñas (8 y 6 años) se iban a vivir a Perú con su madre desconocía el ámbito de la autonomía privada que se les debe reconocer a los padres en la solución de los conflictos familiares, sin que las facultades supletorias concedidas a los jueces al respecto puedan llegar a suplir la voluntad y deseo de las partes.

b) Una clara intromisión en la vida familiar se presenta cuando los jueces pretenden imponer el idioma que debe

(10) *En busca de la filiación de sangre: una prueba rechazada y discutida y muchos derechos comprometidos*, ED 141-263.

(11) *El nombre de las personas físicas*, ED 159-559.

(12) *Rigideces y holguras en el derecho a elegir el nombre de los hijos*, ED 164-315.

(13) *El apellido marital de la mujer divorciada vincularmente*, ED 157-613.

(14) *El derecho a casarse sin permiso previo de las fuerzas armadas*, ED 125-660. La sentencia está firmada por el prestigioso administrativista Ricardo Haro.

(15) *El derecho de los militares a contraer matrimonio*, ED 156-193.

(16) *La enfermedad de sida no es impedimento matrimonial*, ED 144-602.

(17) Versión consolidada de 2006, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/HIVAIDSGuidelinesp.pdf

(18) *La incriminación del adulterio*, ED 151-409. La nota comenta una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Tucumán de 8-7-1992.

(19) *El nuevo divorcio por mutuo consentimiento*, LL 132-123.

hablarse en el ámbito familiar. En este sentido, comentó⁽²⁰⁾ una extraña sentencia norteamericana, de un juez de Texas, que ordenó a una madre mexicana que hablara a su hija en inglés para que lo aprendiera y así estuviera en condiciones aptas para el éxito en los EE. UU. También en este caso habló sin tapujos: “La capacidad de asombro ante toda serie de disparates parece estar ya colmada en todo el universo. Que a fines del siglo XX gente de la edad de quien esto escribe tengamos que asistir a espectáculos de tanta soberbia y comprobar que en los ámbitos más diversos todavía rondan mandamás que violan derechos ajenos tan primarios y fundamentales como la intimidad y la privacidad es un signo de que en numerosas áreas y a causa de personajes de muy diferente estirpe todavía seguimos caminando hacia atrás, como el cangrejo”.

3.8. La autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes

La negativa de un niño, niña o adolescente a comunicarse con su padre requiere un análisis crítico serio que ayude a determinar si la oposición es espontánea o inducida; en suma, si los motivos alegados se refieren a pura subjetividad o se conectan con hechos cuya entidad alcanza para dar respaldo a la suspensión o restricción del régimen. Por eso, al comentar uno de estos “casos difíciles”, Germán reflexiona: “No sería difícil ni demasiado raro que, de existir la oposición infantil de una niña de siete años, ella se deba a alguna influencia de su madre. El mundo emocional, síquico, afectivo, sentimental de los menores ha de sufrir la menor carga posible de agresiones o desviaciones y los jueces han de colaborar para que ello no suceda, o para que, si ocurre, se supere de la mejor manera posible”⁽²¹⁾.

3.9. La autonomía en las relaciones laborales

Germán también defendió la autonomía personal en las relaciones laborales. En un interesante caso, entendió que la patronal (el Jockey Club de Bs. As.) no actuó conforme a derecho al despedir a un empleado solo porque se negaba a afeitarse⁽²²⁾.

4. La igualdad

La inclusión de la igualdad real constitucional en las relaciones jurídicas privadas no es tarea fácil, tal como lo muestran diversos comentarios.

4.1. La igualdad real de todos los hijos, cualquiera sea su origen

a) En el año 1992, Germán escribió: “Mal que les pese a muchos, la legislación argentina ha progresado mucho en materia de filiaciones extramatrimoniales hasta equipararlas, entre muchos avances, con las matrimoniales. Quedó atrás la absurda valoración de que los hijos nacidos fuera del matrimonio no tienen padre, ni madre, ni perro que les ladre. Son los padres los que optan por tener un hijo y los que, en general, pueden elegir con quién tenerlo. ¿Por qué habría entonces de haber discriminaciones entre quienes no gozaron de alternativas para escoger su filiación? Costó introducir en el plexo de derechos personales, con neto arraigo constitucional, el derecho a la identidad civil que, en estos casos, significa derecho a obtener emplazamiento filial”⁽²³⁾.

b) Una sentencia de la sala D de la Cámara Nacional Civil de 7/5/1985 afirmó que el art. 17 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos que establece la igualdad de los hijos “no es imperativa, sino una aspiración, todo lo enérgica que se quiera, pero respetuosa en definitiva de la soberanía de los pueblos, a que la actividad legiferante nacional lleve a término una iniciativa particular acorde a la orientación que se promueva a nivel internacional”. La crítica no se hizo esperar⁽²⁴⁾: “(...) la convención no es ninguna aspiración; que necesite la norma interna no significa que sea mera aspiración, pues

(20) *Los jueces, el idioma, la privacidad y la patria potestad*, ED 164-1269.

(21) *El régimen de visitas de los hijos con sus padres y el deber constitucional de protección integral a la familia*, ED 137-561.

(22) *De injustas intromisiones patronales en la privacidad de sus empleados, de despidos arbitrarios y de innumerables frivolidades*, ED 146-395.

(23) *El emplazamiento judicial de la paternidad y la filiación extramatrimonial. Sus perspectivas constitucionales*, ED 145-422.

(24) *El pacto de San José de Costa Rica y la filiación extramatrimonial (igualdad de los hijos)*, ED 1014-437.

si en definitiva no la acoge, habrá un incumplimiento internacional”.

c) Con base en la igualdad real, justificó constitucionalmente la intervención del Ministerio Público para iniciar las acciones previstas en el art. 255, hoy 583 del CCyC, con fuertes argumentos: “Se nos hace falaz acudir al argumento de la intimidad familiar. El hijo ya nacido tiene el derecho a conocer y emplazar su estado filiatorio, con todas las búsquedas previas que se enderezan con ese objetivo. Por eso, una vez prestado el consentimiento de la madre, el Ministerio Público puede seguir la acción adelante, aunque la madre pretenda desistirla”.

4.2. La igualdad y el derecho a la identidad a la base de los vínculos generados por la filiación por adopción

La filiación por adopción no le fue ajena. Más aún, de algún modo, aunque no utilice esta terminología, creo que se adelantó a la noción de “socioafectividad” y se acercó a la de “pluriparentalidad”.

a) Conflictos entre el vínculo biológico y el adoptivo

(i) En el lejano año 1973⁽²⁵⁾ comentó un caso resuelto por la CSN el 13/4/1973 (con la disidencia del juez Chute) relativo a una mujer que tiene una hija extramatrimonial y pacta con el padre que la guarda (hoy cuidado personal) correspondía al progenitor. Posteriormente, la esposa de este, con quien la niña vivía hacía ocho años, pide la adopción de integración. La madre biológica se opuso. La CSN sostuvo la imposibilidad de esa adopción por la falta de consentimiento de la madre biológica e inexistencia de razones para privarla de la patria potestad (hoy responsabilidad parental).

Germán Bidart Campos alerta:

- Las pautas que sienta la Corte deben ser cuidadosamente interpretadas en su conjunto y armonizadas por una integración coherente.

- La base constitucional de la sentencia es que los derechos y obligaciones que componen la patria potestad y que derivan del estado de familia surgidos de la procreación, pertenecen a los padres de sangre y están amparados implícitamente en el art. 33 de la CN. Hay un hondo sentido social en este punto de vista, a tono con la incorporación en el constitucionalismo social de los derechos de la familia y concordante con la cláusula familiar del art. 14 bis. La patria potestad que la Corte entiende protegida por la CN es la que deriva del nexo sanguíneo y de la procreación al que califica del “más fuerte de los lazos que puedan vincular a dos seres humanos”.

- Ciertamente, la adopción no puede ser dictada si los padres no son citados a juicio. En cambio, cabe dudar de la bondad de una frase tan terminante como “sin el consentimiento de uno de los progenitores sobre quien debe existir alguna causal de privación de patria potestad esa adopción no puede darse”. ¿Y si la oposición carece de fundamento o es arbitraria y la adopción resulta realmente conveniente, no puede el juez, sin llegar al extremo de declarar la pérdida de la patria potestad o su ejercicio, conceder la adopción?

“Es en este rigor en el que no coincidimos. Si la ley busca lo que es más conveniente para el menor, aunque no haya tacha contra los padres de sangre y aunque éstos nieguen su conformidad el juez puede discernir la adopción sin violentar los principios constitucionales”.

(ii) Cuando llegaron a los tribunales los primeros casos de los hijos de desaparecidos, que en aquel momento eran menores de edad y, en algún proceso, como medida cautelar, fueron desplazados de las familias en las que vivían, él se preguntó⁽²⁶⁾:

¿Es justo que en un instante un juez separe a un menor de la persona o de las personas con las que ha convivido pacíficamente y en condiciones favorables durante cierto tiempo y entregarlo a otras, casi desconocidas para él, aunque sean sus parientes consanguíneos? En el coro de respuestas, los siquiátras y sicoterapeutas, a quienes como expertos deben los jueces requerir informes concretos, son capaces de darlas, en cada caso.

(iii) En el mismo período, marcando el equilibrio que atiende a todos los intereses en juego, al comentar una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de 5/9/1989, consideró que la abuela biológica estaba cons-

(25) *La adopción y la patria potestad de los padres de sangre (problemas constitucionales)*, ED 48-581.

(26) En coautoría con Daniel Herrendorf, *El desplazamiento de menores desde un grupo familiar a otro*, ED 132-033.

titucionalmente legitimada para pedir la nulidad de una adopción que tenía origen en el hecho ilícito que configuraba un delito de lesa humanidad⁽²⁷⁾.

b) La adopción por personas casadas que se divorcian durante el juicio de adopción

El art. 604 del CCyC dispone que “las personas que durante el matrimonio o la unión convivencial mantuvieron estado de madre o padre con una persona menor de edad, pueden adoptarla conjuntamente aún después del divorcio o cesada la unión. El juez debe valorar especialmente la incidencia de la ruptura al ponderar el interés superior del niño”.

La norma recoge la opinión de Germán que apoyó la solución jurisprudencial en un caso en el que un niño tuvo vida familiar durante nueve años con una pareja hasta que esta decidió separarse⁽²⁸⁾.

c) La restricción legal de adoptar y el interés superior del niño en el caso

En ocasiones, la ley tiene razones válidas para poner barreras a la adopción; por ej., el art. 601 inc. b) del CCyC, al igual que en el régimen anterior a 2015, impide la adopción de un niño por parte de sus abuelos; el fin de la norma es la transparencia de los vínculos biológicos, tal como lo aconseja la psicología; o sea, que la progenitora biológica (normalmente una persona menor de edad) no se desdibuje bajo la apariencia de ser la hermana mayor. Pero la vida coloca al juez frente a casos “trágicos”, como el supuesto del padre que mata a la madre y el hijo, un bebé, va a vivir con sus abuelos maternos. Ese niño en algún momento conocerá la tragedia que lo precede, pero crece como hijo, tiene el apellido materno, así lo conocen en la escuela y en otros círculos sociales; sus tíos biológicos se comportan como sus hermanos y aceptan voluntariamente esa forma familiar. En ese caso, Germán afirma que “la ley no es el techo”; el techo es el bloque de constitucionalidad que contiene la Convención Internacional de los Derechos del Niño y, en el interés superior del niño, la adopción debe ser admitida⁽²⁹⁾.

d) La adopción de integración y la adopción plena

El CCyC ha regulado de modo sistemático la adopción de integración (arts. 630/633). El criterio flexible recoge las enseñanzas constitucionales de German Bidart Campos que sostenía que pese a la letra de la normativa anterior (que ordenaba la adopción simple) la adopción plena del hijo del cónyuge era posible⁽³⁰⁾.

4.3. La igualdad y los derechos económicos, sociales y culturales. El pluralismo de las formas familiares

La pluralidad de las formas familiares, expresamente reconocidas en el Código Civil y Comercial (arts. 509 y ss.), no es ajena a su obra. En una ocasión se hizo cargo de la resolución 230/89 dictada por la Corte Suprema de la Nación el 13/4/1989 en un expediente de superintendencia. En apoyo a lo establecido, afirmó: “Dentro del marco del art. 14 bis de la CN y de los criterios legislativos imperantes en el ámbito de la seguridad social, la protección constitucional de la familia no se limita a la surgida del matrimonio legítimo, porque a la altura contemporánea del constitucionalismo social sería inicuo desamparar núcleos familiares no surgidos del matrimonio”⁽³¹⁾.

5. La solidaridad

Germán Bidart Campos supo rescatar el valor constitucional solidaridad/fraternidad en diversos temas que, para otros autores, equivocadamente, serían casi instrumentales.

Así, por ej., analizó un caso de alimentos, llegado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el que estaba en discusión si el efecto de la sentencia de condena debía retrotraerse al momento de la interposición de la demanda o al del nacimiento del niño reclamante⁽³²⁾.

(27) *Cuestiones procesales y no procesales en un fallo de la Corte sobre la guarda de una menor*, ED 134-745.

(28) *El interés superior del niño y la protección integral de la familia como principios constitucionales. La adopción de un menor por cónyuges divorciados*, LL 1999-F-623.

(29) *La ley no es el techo del ordenamiento jurídico*, LL 1997-F-145.

(30) *De nuevo sobre la adopción del hijo del cónyuge*, ED 121-249.

(31) *Asignación prenatal y embarazo extramatrimonial (una audaz resolución de la Corte Suprema)*, ED 134-225.

(32) *Los formalismos y las sorpresas en el recurso extraordinario (el derecho alimentario retroactivo y el procedimiento sumario)*, ED 158-543.

6. El valor eficacia de las decisiones en las relaciones familiares. El derecho constitucional a que la sentencia se cumpla

El 16/7/1992 una jueza de primera instancia tomó “el toro por las astas” para hacer efectiva la decisión que había otorgado el cuidado personal al padre, que vivía en España. Mientras la niña estaba temporalmente con la abuela en la Argentina, se dictó una medida cautelar de prohibición de salida del país. Bidart Campos aprobó la decisión de la jueza que dispuso levantar la cautelar: “El juzgador no puede impedir que el padre de una niña ejerza sus derechos y goce de la libertad consagrada en la CN obligándolo a fijar su domicilio en este país so color de una medida cautelar consistente en la prohibición de salida del país de la menor. Por el contrario, la cautelar es la que debe levantarse”⁽³³⁾.

7. La visión constitucional del derecho de daños

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene, hace muchos años, que el principio de no dañar a otro tiene base constitucional. Esta jurisprudencia, iniciada de modo expreso en el caso “Santa Coloma, Luis F. y otro c/ EFA”, de 5/8/1986, se convalidó el 27/11/2012 cuando, en el caso “Rodríguez Pereyra”, sostuvo que la inconstitucionalidad de las normas que no lo respetan puede ser invocada de oficio por el tribunal⁽³⁴⁾.

Germán Bidart Campos rescató esa base en muchos temas vinculados al derecho de daños. Doy algunos ejemplos:

7.1. La responsabilidad del Estado por errores judiciales y la duración indebida de los procesos

El comentario resalta los valores constitucionales de una sentencia dictada por el juez Carlos Parellada el 29/12/1989 sobre el tema del epígrafe⁽³⁵⁾.

7.2. Constitucionalidad de la responsabilidad objetiva de las entidades deportivas

En algunos supuestos, la responsabilidad objetiva responde a fundamentos constitucionales, tal como señaló la Corte Suprema de Justicia en una sentencia de 24/3/1994, al analizar los alcances de la ley 23.184. En apoyo de la decisión, Bidart Campos⁽³⁶⁾ sostuvo que esa responsabilidad objetiva se funda en:

a) El valor solidaridad implícito en el plexo constitucional y en la solución legal y jurisprudencial;

b) El fin buscado por la norma y el medio elegido para lograrlo con la mayor eficacia posible, que no dejaron al legislador sitio para medidas menos rigurosas y severas que la adoptada. En efecto, “en la sociedad se difunde venenosamente una atmósfera viciada y contaminada de irresponsabilidad de toda clase: política, jurídica, ética; la responsabilidad se elude, se escabulle, se retacea. Esa es la tendencia y tanto como tendencia cuanto como realidad, la valoramos negativamente: es nociva. Nociva para la solidaridad, para el bienestar general, para la convivencia justa. Por eso, no hay avances desmedidos en la adjudicación de responsabilidad objetiva cuando no hay otro medio conducente, ni más benévolo para asegurar los valores de esa misma convivencia justa”.

7.3. La legitimación de la persona conviviente para reclamar los daños causados por la muerte de su pareja

Los arts. 1741 y 1745 del CCyC reconocen expresamente la legitimación de la persona conviviente para reclamar los daños sufridos por la muerte de su pareja. Pero las cosas no siempre fueron así ni en la jurisprudencia ni en la doctrina. Contrariamente a la posición negatoria, con visión constitucional, Germán Bidart Campos abrió el camino para el reconocimiento de esa legitimación aun antes de la reforma constitucional de 1994⁽³⁷⁾. Sus ense-

(33) *La aplicación judicial de la Convención sobre los derechos del niño*, ED 150-514.

(34) AR/JUR/60694/2012, CC Responsabilidad civil y seguros, año XV, n° 4, abril 2013, p. 131.

(35) *Una brillante sentencia de Mendoza sobre la responsabilidad del Estado por error judicial en el proceso penal*, ED 139-149.

(36) *Fútbol y responsabilidad objetiva*, ED 159-26.

(37) *La base constitucional del derecho indemnizatorio de la concubina por la muerte del compañero en un accidente de tránsito*, ED 147-259. En términos similares había criticado la sentencia de 27/12/1988 de la SC Bs. As., que había negado legitimación a la conviviente en *La unión de hecho y la reparación por daños*, ED 133-797.

ñanzas están plenas de realismo jurídico. Transcribo algunos de sus imperdibles párrafos:

“El tema parece reducirse al derecho privado, pero si es verdad que el art. 19 de la CN contiene el principio del *alterum non laedere* (no dañar a otro), entonces se filtra la veta constitucional. El derecho civil no puede decir la última palabra porque ésta le queda reservada al derecho constitucional. ¿Cuándo un perjuicio es jurídico y cuándo fáctico? ¿Es que la ley tiene la taumaturgia de conceder o de quitar juridicidad a las realidades convivenciales, a las conductas, a los daños? Si el derecho civil no tiene el monopolio del veredicto final, tampoco lo tiene la ley civil. Hay que descomprimir este normativismo positivista que le brinda a la ley un cheque en blanco para que lo llene a su gusto. Dejémos de hablar de interés legal, o de simple interés, o de perjuicio jurídico. Pongámonos otros visores, que vengan del orbe de los valores jurídicos y del plano constitucional. No nos importa que la concubina carezca de derecho alimentario porque la ley no se lo otorga. Nos importa mucho más que ese derecho haya estado realmente abastecido por la conducta espontánea, bien jurídico del hombre que compartía con ella la vida marital. Es realismo jurídico prestar atención a ese dato. El derecho no está en la ley sino en la vida”. “¿No habría que añadir que cuando el art. 14 bis de la Constitución alude a la protección integral de la familia está cubriendo también a la mujer que es madre de hijos comunes con un hombre que estaba unido a ella por una convivencia habitual y permanente?”. “Tampoco se puede decir que familia es únicamente el conjunto de personas que dispone de una libreta otorgada por el registro civil”. “No nos preocupamos por disipar todo argumento que pretenda introducir como test dirimente el problema de la moral, porque para indemnizar el daño causado por un accidente de tránsito que origina la muerte del concubino no interesa la índole de la relación convivencial que mantenía con la mujer acreedora al resarcimiento. Intercalar la lupa ética en este terreno es inmiscuirse indebidamente en conductas que para nada deben caer bajo ese tipo de valoración, cuando lo que se está juzgando es cosa totalmente ajena. Mucho más si hoy la ley reconoce amparo a la concubina en el ámbito de la seguridad social”.

7.4. Los daños causados por la prensa y el derecho a la intimidad de los funcionarios públicos

Si la jurisdicción interna hubiese seguido las enseñanzas de Bidart Campos, la Argentina se habría ahorrado la condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En su momento, al comentar la demanda del presidente Menem contra la editorial Perfil, sostuvo, con su habitual realismo, que, en el caso, la supuesta paternidad del funcionario no pertenecía a la esfera de su intimidad desde que la noticia también hacía referencia al origen de los fondos de un regalo que se habría realizado a la progenitora⁽³⁸⁾.

7.5. Los daños causados por la omisión de reconocimiento de la paternidad

La responsabilidad del progenitor biológico que omite reconocer a su hijo hoy está expresamente incorporada al CCyC (art. 587).

El ordenamiento recoge una jurisprudencia consolidada que Bidart Campos contribuyó a fundar sobre bases constitucionales⁽³⁹⁾.

7.6. Daños causados por internaciones ilegítimas de personas con padecimientos mentales

Sus profundas convicciones están a la base del comentario⁽⁴⁰⁾ a una sentencia que decidió: “Si el actor no solo

(38) ¿Pertenece a la privacidad la supuesta paternidad extramatrimonial del presidente de la república?, LL 1998-D-585.

(39) Paternidad extramatrimonial no reconocida voluntariamente e indemnización por daño moral al hijo: un aspecto constitucional, ED 128-331; Cuestiones sustanciales y procesales en un juicio de filiación por ausencia de reconocimiento paterno, ED 135-445; La filiación verdadera, ED 162-245.

(40) Una internación médica lesiva de la libertad, ED 141-754.

fue internado sin los recaudos que exige la ley sino que además fue medicado contra su voluntad, sin que importe el beneficio que los medicamentos puedan surtir desde que el árbitro de su existencia y de la calidad que le luzca es la propia persona y no el médico, el sobreseimiento penal para el director de la clínica significa que no es un delincuente, pero en tanto frustró mediante violencia el desplazamiento del actor, excede el marco represivo para enfrentar el derecho a la libertad civil y habilita al resarcimiento del daño que en el caso es tanto material como moral”. En su apoyo, dijo: “Internar y mantener internada a una persona sin concurrencia de los requisitos legales es privarla ilegítimamente de la libertad. El caso es un llamado de atención para los profesionales del arte de curar. La libertad, según la clásica expresión de Don Quijote, es el don máspreciado que Dios ha hecho al hombre; la sentencia que ordena reparar ese daño es un signo de la eficacia judicial en la protección constitucional de los derechos, en el caso, de la libertad”.

8. La protección de la vivienda

El CCyC regula la vivienda como una cosa dentro del patrimonio que requiere especial protección (arts. 244/256, entre otros).

La anterior legislación del llamado “bien de familia” exigió esfuerzos interpretativos considerables para adecuarse a los principios constitucionales, tarea a la cual Germán tampoco fue ajeno.

Por ej., al comentar una sentencia de la CSN de 10/9/1985, que otorgó oponibilidad a un bien de familia no inscripto, pero presentado al registro conforme surgía de la copia de la escritura notarial⁽⁴¹⁾; otra del mismo tribunal de 31/3/1992, al adherir al voto minoritario⁽⁴²⁾ que entendió que no correspondía desafectar el bien de familia aunque el deudor no había solicitado autorización administrativa para mudarse transitoriamente. En este sentido, dijo: “Como el bien de familia tiene jerarquía constitucional, la desafectación debe ser declarada con criterio restrictivo. ¿Cuál es la verdad objetiva, la real, no la puramente aparente y formal? La Corte perdió, por mayoría, la oportunidad de desprenderse de todo lo que ella misma señala a los jueces que deben desprenderse: el apego al ritualismo frustratorio de la verdad jurídica objetiva y de las garantías constitucionales en juego. Si ante el juez se acreditó la situación que debía haberse acreditado ante la autoridad administrativa, el bien de familia no debe ser desafectado”.

9. Breves palabras de reconocimiento

He omitido algunos comentarios a cuestiones difíciles que los profundos cambios sociales producidos desde su publicación hasta nuestros días pueden motivar otras reflexiones. A veinte años de su partida física, esta incompleta reseña debe ser considerada por el lector como mi más sincero agradecimiento al jurista notable, al amigo entrañable, a la gran persona que dejó un legado incommensurable para que el Derecho, público o privado, se concrete en la Justicia del caso.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHOS HUMANOS - CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - TRATADOS INTERNACIONALES - DIVORCIO - ADOPCIÓN - MENORES - INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO - DAÑOS Y PERJUICIOS - VIVIENDA - LEGITIMACIÓN PROCESAL - PRENSA - DERECHO A LA INTIMIDAD - PODER LEGISLATIVO - PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - JURISPRUDENCIA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - ESTADO NACIONAL - PODER JUDICIAL - DERECHO POLÍTICO - HISTORIA DEL DERECHO - DERECHO CONSTITUCIONAL

(41) Desde cuándo produce efectos la afectación de un inmueble como bien de familia, ED 115-579.

(42) Prioridad de pautas constitucionales sobre formalismos ritualistas (el bien de familia), ED 149-611.