



**PODER JUDICIAL
MENDOZA**

Expte: 250.517

Fojas: 106

AUTOS Nº 250.517, CARATULADOS: "P. M. D. C. Y OTS. C/M. D. AN. P/ DYP"

Mendoza, 23 de Junio de 2016.-

Y VISTOS:

Estos autos arriba intitulados y el llamado a resolver de fs. 105,

CONSIDERANDO:

I.- A fs. 76/77 se presenta el Dr. G. D. C. en representación del demandado Sr. D. A. M., e interpone incidente de caducidad de instancia y en subsidio, y en caso de considerarse interpuesto en forma extemporánea, formula incidente de nulidad de la notificación.

Expresa que con fecha 23 de abril de 2015 toma conocimiento el Sr. M. de la demanda incoada en su contra, e interpone el presente incidente de caducidad dentro de los tres días, sin consentir acto impulsorio alguno.

Afirma que el último acto útil es la contestación de la demanda realizada por la citada en garantía a fs. 50/56 y del cual ha transcurrido holgadamente el plazo de un año de caducidad previsto por la ley.

A fs. 80 se corre traslado del incidente a la contraria, el cual es contestado a fs. 85/93 y contesta solicitado el rechazo del presente incidente.

Afirma que la caducidad de la instancia es una institución procesal que protege el interés del Estado en no sostener contiendas judiciales dilatadas en el tiempo por la inactividad de las partes, y que ello no puede prevalecer por sobre el interés superior del niño, que en el caso de autos se traduce en evitar que perima la instancia.

Expresa que asimismo el último acto útil, por el principio de la indivisibilidad de la instancia, ha sido el decreto de fs. 70 que hace saber el juez que va intervenir en la causa y sus respectivas notificaciones, por lo que al momento de incoar el presente incidente no había transcurrido el plazo del año para considerarse perimida de la instancia.-

III.- A fs. 101 se presenta la Dra. Ana María Montalto, titular de la Séptima Defensoría de Menores e Incapaces y expresa que teniendo presente la naturaleza de la acción, la jurisprudencia y doctrina, ante la situación de duda, deberá estarse por la prosecución de la causa, teniendo presente el interés superior de aquellos que resultan más vulnerables, por lo que solicita se desestime la caducidad impetrada por cuanto la misma protege el interés superior de los tutelados.

A fs. 105 quedan los autos en estado de resolver.

I.- Atento a la cuestión llegada a resolver, considero importante realizar un recuento de la plataforma fáctica del presente proceso.

El objeto de la demanda es el resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos por el fallecimiento en un accidente de tránsito del Sr. J. M. P., iniciado por la Sra. M. del C. P. en su carácter de concubina, y sus hijos Y. E. P., J. S. P., M. Z. P., É. D. P., N. I. P., N. K. P., J. S. P., J. S. P., siendo los tres primeros nombrados actualmente menores de edad.

La demanda se interpone en contra del Sr. D. A. M. en su carácter de autor material del siniestro y titular registral del automotor del automóvil Ford dominio HJR-886 y de la aseguradora Federación Patronal Seguros S.A.

A fs. 41 se corre traslado de la demanda.

A fs. 42 toma intervención el Ministerio Pupilar por los menores de edad.

A fs. 45 luce notificación de la demanda a la citada en garantía.

A fs. 47 se presenta el Dr. J. L. R. por la citada en garantía y recusa sin causa al juez del noveno civil.

A fs. 48 luce auto donde el juez Plana se da por recusado.

A fs. 51/56 la citada en garantía, acepta la citación y contesta la demanda.

A fs. 57 el Noveno Juzgado Civil expresa que la contestación de la demanda deberá ser proveído por el Juez Subrogante.

A fs. 59 se da por recibida la causa en el Octavo Juzgado Civil.

A fs. 65 luce segundo emplazamiento al Dr. J. L. R., que actúa en representación de la citada en garantía, quien se llevó en préstamo el expediente con fecha 18 de junio de 2014, habiendo devuelto el expediente recién con fecha 09 de diciembre de 2014.-

A fs. 67 la parte actora solicita se provea la contestación de la citada en garantía.

A fs. 70 el Tribunal expresa que previo a todo deberá hacerse saber el juez que va a entender la causa.

A fs. 72 la parte actora solicita se provea la contestación de la citada en garantía.



PODER JUDICIAL MENDOZA

A fs. 75 el Tribunal expresa que previo deberá estar a la constancia de notificación de fs. 71.-

A fs. 76/78 se presenta el demandado incoando incidente de caducidad de instancia.

II.- Por razones metodológicas, considero importante analizar primeramente el instituto de la caducidad de la instancia, luego determinar el último acto útil, y si en este caso concreto traído a resolver, corresponde declarar o no la caducidad de la instancia.

III.- Se ha definido a la caducidad de instancia como el modo de extinción del proceso que tiene lugar cuando no se lo impulsa durante el tiempo establecido por la ley. (Fassi, Santiago, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Astrea, Bs. As., 1971, tomo I, pág. 310).

Tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que el instituto se basa en un elemento subjetivo y otro de carácter objetivo. El elemento subjetivo es la intención de las partes de abandonar el proceso, intención que se desprende de la falta de impulso del proceso por el lapso que establece la ley. El elemento de carácter objetivo tiende a evitar la pendencia indefinida de los procesos, lo que acarrea un peligro para la seguridad jurídica en general, y un perjuicio para los litigantes en particular.

De conformidad con lo dispuesto por nuestro código de rito es necesario que se cumplan tres requisitos para la procedencia de la incidencia planteada: a) que no se impulse el desarrollo de la causa por un plazo de un año, b) que el litigante que no tenga a su cargo el impulso del proceso interponga el pedido de caducidad sin haber consentido ninguna actuación judicial con posterioridad al vencimiento del plazo legal y c) que la paralización del proceso no se deba a una causa de fuerza mayor insuperable. (arts. 78 y 79 C.P.C.).

A fin de resolver la procedencia de la incidencia planteada y poder determinar la concurrencia de los recaudos arriba mencionados, debemos recordar que el acto útil, interruptivo del curso de la perención, es todo aquel que, además de ser eficaz en sí mismo para instar el trámite, produce efectos que se proyectan en una apreciación dinámica, determinando un efectivo avance del proceso. (2° C.C., L.A. 68-338). Este mismo Tribunal ha sostenido que acto útil, interruptivo del curso de la perención, es solo aquel que, además de ser eficaz en si mismo para instar el tramite, produce efectos que se proyectan en una apreciación dinámica, determinando un efectivo avance del proceso. De ahí que también se sostenga, que lo que lo define como tal "acto útil" no es tan solo su virtualidad impulsoria, sino el real efecto que produzca, o sea su resultado en orden al desarrollo de la instancia (Conf.Rillo Canale "Interposición, Suspensión y Prorroga de la Caducidad de Instancia" Pág.52,54/55 y 65).(Segunda Cámara de Apelaciones. L. A. 68, pág. 338).

Además no se debe olvidar que para que dicho acto además de útil sea interruptivo, resulta necesario que el mismo se lleve a cabo cuando el plazo de la instancia se encuentre corriendo, pero si dicho plazo ya ha vencido comienza a jugar el instituto de la purga de la caducidad.

En materia de perención, no son los litigantes los encargados de fijar la última actuación útil, o si ha mediado interrupción, etc., sino que tales aspectos dependen de las circunstancias comprobadas de la causa o que surjan de la compulsión del proceso, ya que lo contrario implicaría un contrasentido, pues la procedencia de la caducidad, en lo que hace al cómputo de la misma, dependería no de pautas objetivas establecidas en la ley, cuya valoración debe efectuar el Juez, sino de la apreciación del litigante, lo que es inadmisibile. (Cuarta Cámara Civil, año 2000, LA152 - Fs.02).-

En el caso traído a resolver, se observa que la notificación de la demanda al Sr. M. (confr. fs. 81), se realizó en la fecha denunciada por él, es decir el 23 de Abril de 2015, por lo que la interposición del presente incidente ha sido oportuna.

En cuanto al último acto útil, es dable aclarar que no es la presentación de la contestación de la demanda realizada por la citada en garantía a fs. 50/52, conforme alega el incidentante, ya que la misma nunca fue proveída por el Tribunal.

Al respecto la Cuarta Cámara Civil, ha expuesto: “Para que la presentación del code mandado en la que contesta la demanda planteando excepciones posea virtualidad interruptiva del plazo de caducidad, aquélla debe ser proveída de conformidad por el Tribunal, de lo contrario no produce ningún avance en el proceso, quedando el mismo en idéntico estado al que se encontraba con anterioridad a dicho escrito, por lo cual no reviste el carácter de acto útil” (Expte.: 33650 - SEGURO DE DEPOSITOS S.A., (SEDESA) C/ DALMASO, FABIAN ROLANDO Y OTS. P/ EJECUCIÓN TÍPICA. Fecha: 02/11/2011).-

Tampoco reviste el carácter de acto útil el decreto que se hace sabe el juez que va a entender en la causa, conforme alega la parte actora, la Suprema Corte de Justicia en reiterados fallos ha resuelto que “La circunstancia de la recusación sin causa formulada... no interrumpe ni suspende el plazo de la caducidad”. (LS171/103).-

Por ello, del examen de la causa se desprende que el último acto útil resulta ser la intervención del Ministerio Pupilar a fs. 42, de fecha 19 de Noviembre de 2013, conforme jurisprudencia sentada por la Tercera Cámara Civil. (LA.66-335).-



PODER JUDICIAL MENDOZA

Dicho esto corresponde preguntarse: ¿Resulta constitucional y convencionalmente ajustada a derecho la declaración de caducidad de la instancia en un proceso que tiene por objeto el resarcimiento de los daños sufridos por niños ante el fallecimiento de su padre, cuyo rubros indemnizatorios poseen un eminente carácter alimentario?

Resulta importante señalar que: “Los órganos jurisdiccionales locales- y los Tribunales Constitucionales que en determinados países no dependen del Poder Jurisdiccional- ejercitan el llamado control de constitucionalidad que importa una comparación, entre su Carta Magna y las normas que por su rango están por debajo de ella, debiendo darle prioridad a la primera”. En Argentina existe un control difuso que debe ser llevado a cabo, por todos y cada uno de los magistrados judiciales. (Hitters, Juan Carlos “Control de Constitucionalidad y Convencionalidad. Comparación. La Ley 27/07/2009).-

El control de convencionalidad es un mecanismo que debe ser llevado a cabo, primero por los cuerpos judiciales domésticos, haciendo una comparación entre el derecho local y el supranacional, es decir, los Tratados Internacionales ratificados por la Argentina, el *ius cogens* y la jurisprudencia de la Corte IDH donde la Argentina ha sido parte. (ver Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de Noviembre de 2003. Serie C Nro. 101 Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez).-

Los órganos judiciales internos, deben cumplir con la inspección de constitucionalidad, para evitar que en sus fallos se infrinja la carta suprema del país y en paralelo, ver si tales decisorios se acomodan con las convenciones internacionales ratificadas por la Argentina.(Fix Zamudio Héctor y Ferrer Mac. Gregor Eduardo, (2009). “Las sentencias de los Tribunales Constitucionales”. Editorial UNAM-PORRUA, México, p. 79)

La CIDH no ha hecho una descripción de qué tipo de preceptos locales deben ser controlados, por lo que se considera que cualquier regla de alcance general y abstracto que haya sido mal aplicada entra en el ámbito de control. Los jueces deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio* entre las normas locales y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias.

Marco jurídico internacional, nacional y local con relación a los derechos reconocidos a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos en estado de vulnerabilidad.

El 20 de Noviembre de 1989 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico el 22 de noviembre de 1990. La Convención proclama en la forma más completa posible los derechos

del niño y lo hace con la fuerza del derecho internacional. Incluye todas las escalas de derechos humanos, tanto civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Con la reforma constitucional del año 1994, esta Convención adquirió jerarquía constitucional, al ser incorporada en el art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna.

En el artículo 3 de la Convención se establece que: 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

“La expresión “interés superior del niño” resume la idea central de la Convención y prueba de ellos es que se encuentra plasmada en muchas de sus disposiciones (arts. 3 inc. 1°, 9, inc. 1°, y 3°; 18 inc. 1°, 20 inc. 1°; 21 y 37 apartado c). Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos -Opinión Consultiva OC-17/02, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. LL, 2003-B-312-, las palabras en análisis implican que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración y la aplicación de las normas en todos los órdenes relativos a la vida de éste. El tribunal aclaró, también, que entre esos derechos estaban los económicos, sociales y culturales”.

“El interés superior del niño, y su carácter de orden público, nos lleva de la mano a sostener que dicho interés no apunta solo al reconocimiento de aquél, en tanto constituye una persona humana, de todos los derechos que asisten a los adultos. Es más, porque a ello se le debe adicionar una protección especial, un plus de derechos, dada su situación de vulnerabilidad; en atención a que no han completado todavía la “constitución de su aparato psíquico”. Una y otra aristas están estrechamente ligadas dado que esa “protección especial” está destinada precisamente a dar efectividad a todos los derechos que se le reconocen los niños a tenor de la Convención Internacional que les atañe. En función de lo narrado, pues, los jueces están constreñidos a un rol activo, llevando a cabo una “supervisión adecuada” y efectuando el “control de convencionalidad”; para lo cual será indispensable “un permanente y puntual actividad de oficio”. (Arias de Ronchietto, Catalina Elsa Mizrahi, Mauricio Luis. (2014) “Interés superior del niño”. La Ley. 25/08/2014,4. Cita Online: AR/DOC/2891/2014).-

La Corte Suprema de la Nación señaló que “la natural condición de dependencia de la infancia hace necesario que las instituciones contribuyan a un resguardo particularmente cuidadoso de sus derechos, de manera que los niños “son acreedores de un resguardo intenso y



PODER JUDICIAL MENDOZA

diferencial por razón de su edad y de las variables de indefensión que las afectan, merecimiento al que los jueces deben dar efectividad directa como mandato de la Constitución. Se agregó que “esta regla de oro es reconocida por la comunidad jurídica occidental como un verdadero “prius” interpretativo, que debe presidir cualquier decisión que afecte directamente a personas menores de dieciocho años”. (CJSN, 2-12-2008. Fallos: 331:2691).-

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC17/02 párr. 62, del caso *Fornerón e hija vs. Argentina*, expresa que: “La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece”. En el caso “*Furlán y Familiares vs. Argentina*”, resalta que los menores de edad y las personas con discapacidad deben disfrutar de un verdadero acceso a la justicia y ser beneficiarios de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses.

En la exposición de motivos en la XIV “Cumbre Judicial Iberoamericana” en la elaboración de las 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en estado de vulnerabilidad se expuso que: “El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho. Si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio. Por ello, se deberá llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones. De esta manera, el propio sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social”. (Las Reglas de Brasilia. “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”. Cumbre judicial Iberoamericana. www.cumbrejudicial.org).-

A nivel Nacional la Ley de la Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescente Nro. 26.061 en su art. 5 se expresa que: “Las políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La prioridad absoluta implica: 1.- Protección y auxilio en cualquier circunstancia; 2.- Prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas; 3.- Preferencia en la atención, formu-

lación y ejecución de las políticas públicas; 4.- Asignación privilegiada e intangibilidad de los recursos públicos que las garantice; 5.- Preferencia de atención en los servicios esenciales. Y su art. 29 sienta el principio de efectividad. "Los Organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley".

Dichas "Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad", han sido receptadas por las Acordadas dictadas por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en el marco del "Compromiso en la Comunidad para la Justicia", como la Nro. 24.023.

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, quedó plasmada la constitucionalización del derecho privado, receptando y amalgamando los principios fundamentales de la Constitución, el derecho público y el derecho privado.-

Puntualmente los niños, niñas y adolescentes, por ser personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad, se encuentran protegidos por el ordenamiento jurídico sustancial en su totalidad.

El carácter alimentario de la indemnización por los daños sufridos por los hijos menores de edad por el fallecimiento de su progenitor.

El vocablo alimentos comprende "todo lo necesario para la vida de la persona necesitada" (Mazeaud, Henry Leon et Jean, Lecciones de Derecho Civil-EJEA, Buenos Aires, 1959, Parte I, Vol. IV, LECCION LXII, p. 147 N° 1208; conf. Lehman, Heinrich, Derecho de Familia, Vol. IV, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, p. 397, y Escriche, Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia, París, 1869).

Es decir que principios tan sólidamente vinculados con la dignidad del ser humano, como son el derecho a la vida y la solidaridad social sustentan con igual firmeza lo que en rigor constituye un derecho natural para aquél que requiere el alimento, que el legislador ha convertido en derecho positivo, elevando la exigibilidad moral al rango coactivo de deber jurídico. (conf. Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña, La obligación alimentaria: deber jurídico, deber moral, coedición de Ed. Porrúa y la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F. 1989, P. 10).

En similar lineamiento el Dr. Fernando A. Bermúdez expresa que: "... la dignidad humana debe estar fundada en el carácter ontológico de la noción de persona, y este fundamento, será



PODER JUDICIAL MENDOZA

el único baluarte de respeto y reconocimiento serio y objetivo de los derechos humanos, que ya no dependerá de ninguna circunstancia política, coyuntura social o legislación positiva, sino en este concepto trascendente, como el más sólido fundamento de los derechos entendidos como fundamentales. De lo contrario, estaremos ante meros edictos de tolerancia revocables y no ante auténticos derechos humanos”. (“Precisiones iusfilosóficas a cerca del fundamento de los derechos humanos”. Revista Internacional de Derechos Humanos/ISSJN 2250-5210/2012, Año II-Nº2. www.revistaidh.org).-

Esa positivización de la dignidad humana y su consecuencia, el derecho alimentario, se observa en el Código Civil y Comercial de la Nación en el art. 51 que establece la “Inviolabilidad de la persona humana”. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”, y en su art. 646 dentro de la enumeración de las obligaciones de los progenitores con relación a sus hijos, se encuentra el de prestarle alimentos.

Esa obligación alimentaria se transmuta en el art. 1745 al expresar: “Indemnización por fallecimiento. En caso de muerte, la indemnización debe consistir en: a) los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima. El derecho a repetirlos incumbe a quien los paga, aunque sea en razón de una obligación legal; b) lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintinueve años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente; esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto; el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes...”.-

La doctrina ha patentizado el carácter alimentario de la indemnización contenida en dicho artículo al expresar: “El Código Civil y Comercial precisa en el art 541 cuál es el contenido de la prestación alimentaria al decir que comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario, asistencia médica, correspondiente a la condición del que la recibe...Si el alimentado es una persona menor de edad, comprende, además lo necesario para la educación.” (Alterini Jorge. (2015). “Código Civil y Comercial comentado”. Bs. As. Ed. La Ley. p. 271).-

Se vislumbra claramente que en el caso de autos, el objeto del presente proceso es el resarcimiento por los daños sufridos por los hijos menores por el fallecimiento de su progenitor, el cual posee carácter alimentario en virtud de los arts. 1745 y c.c. del Código Civil y Comercial de la Nación, siendo el derecho alimentario de los niños, concerniente al orden público, reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico en su totalidad, y sobre todo inescindible de la dignidad humana. (ver art. 51 y c.c del C.C. y C).-

NORMAS EN CONFLICTO: ART. 78 Y C.C. DEL CPC Y EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS
CUYO PROGENITOR HA FALLECIDO

Llevados los conceptos vertidos precedentemente al caso de autos, se observa que la aplicación lisa y llana del art. 78 del CPC, traería aparejado un evidente menoscabo al interés superior de los niños damnificados por la muerte de su padre, ya que siendo personas en estado de vulnerabilidad, se les estaría privando de un verdadero acceso a la justicia, al negárseles la posibilidad de efectivizar sus derechos reconocidos sustancialmente, en caso de que prosperara la demanda.

Es decir, la aplicación de la norma procesal local antes mencionada, convertiría los derechos fundamentales reconocidos a los niños, en un mero catálogo, constituyéndose en un verdadero obstáculo para el ejercicio constitucional de los mismos.

Si todo el ordenamiento jurídico parte de la idea de que los niños, no se encuentran en igualdad de condiciones que un adulto, y que requieren un “prius” de protección de sus derechos, siendo el “interés superior del niño”, el principio de orden público rector que debe guiar a los jueces en la toma de sus decisiones, la aplicación en este caso concreto del art. 78 del Código Procesal Civil, resulta a todas luces inaplicable por contravenir los principios esenciales reconocidos en nuestra Carta Magna y los Tratados de Derechos Humanos, especialmente la Convención Internacional de Derechos del Niño.

Al respecto, resulta importante señalar que la Constitución Nacional expresa en el Art. 31 lo siguiente: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación y las autoridades de las provincias esta obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrarios que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto del 11 de noviembre de 1859.”

En su art. 27 expresa: “los principios, garantías y derechos reconocidos por los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Sobre la presente problemática, se ha expedido correctamente el Dr. Omar Palermo, en su voto en disidencia en la causa Nro. 13-02122930-4 (012174-10850901) caratulada “Bazán Ruth Yolanda Isabel en J. 99.111/36.635 BAZAN RUTH YOLANDA ISABEL Y OTS. C/ HOSPITAL CENTRAL Y OTS. P/ DYP/ CAS.”. “... Ahora bien, si el objetivo de la caducidad de instancia está dirigido a evitar un problema a la institución judicial –acumular causas paralizadas donde existe desinterés de los contendientes para llevarlas adelante- no destinado a garantizar el derecho de acceso a la justicia, su aplicación debe ser absolutamente restrictiva, sólo en aquellas situa-



PODER JUDICIAL MENDOZA

ciones donde surge palmaria y evidentemente que las consecuencias de la misma no generan daños mayores que los ya sufridos para quien acudió en busca de justicia...De este modo surge evidente que, ante el conflicto de intereses entre la aplicación de un instituto regulado por la norma procesal de la provincia y la Convención Internacional de Derechos del Niño, prevalece lo prescripto en esta última...Una segunda conclusión es posible establecer entonces: en el caso de autos este conflicto debe dirimirse en favor de la opción que mejor privilegie el interés superior de los niños partes en el proceso y que garantice su derecho de acceso a la justicia, más allá de la solución de fondo que se adopte conforme a la adecuada valoración de la prueba que oportunamente se realice. Dicho de otro modo: el interés del Estado en no sostener contiendas judiciales dilatadas en el tiempo por la inactividad de las partes no puede prevalecer por sobre el interés superior del niño que, en el caso de autos, se traduce en evitar que perima la instancia. "En definitiva, en razón del concierto de normas convencionales, constitucionales y legales que rigen en la materia, el art. 78 del C.P.C. de la provincia de Mendoza resulta inaplicable en aquellas situaciones, como la de autos, donde se encuentran involucrados intereses de niños, niñas y adolescentes".

Considero de gran importancia resaltar que la fecha del fallo anteriormente citado es de noviembre del 2014, anterior a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual marcó un hito en el derecho privado al constitucionalizarlo expresamente.

Ello se observa con nitidez en su ARTICULO 1°.- "Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho". ARTICULO 2°.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

En el derecho comparado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, ha establecido como tesis jurisprudencial, la inaplicabilidad del instituto de la caducidad de instancia en los juicios que se diriman derechos de menores e incapaces. "...Ahora, aun y cuando en los juicios del orden civil "rige el principio dispositivo consistente en que el "ejercicio de la acción procesal está a cargo tanto "en su forma activa como pasiva, de las partes "contendientes y no propiamente del juez, pues, "comienza a instancia de parte; éstas tienen el "poder de disponer del derecho material "controvertido de manera unilateral o bilateral, fijan "el objeto del proceso mediante las afirmaciones "realizadas en los escritos de demanda y "contestación, establecen el objeto de la prueba y "por ende, la actividad probatoria debe limitarse a "lo discutido por

ellas; todo lo cual permite "establecer que el impulso del proceso es una "carga que pesa sobre dichas partes a fin de "desencadenar los distintos estadios componentes "del juicio, impulso que se traduce en la obligación "a los litigantes de presentar promociones "tendientes a seguir su desarrollo para que éste "pueda continuar su curso, debiendo hacerse "dentro de los términos legales establecidos en la "norma aplicable, atentos a los principios de "estricto derecho y preclusión, sin embargo, si en "esos controvertidos se involucran derechos o "intereses de menores de edad o incapaces, "quienes por su condición de desarrollo carecen de "legitimación para promover por sí mismos, sino "que lo hacen a través de sus representantes, debe "estimarse que están en un plano de desigualdad "procesal con relación a aquella persona con "capacidad plena para dirimir esos conflictos; de "ahí, velando por el interés superior de la niñez y la "adolescencia, ponderando dicho interés previsto "por el artículo 4º de la Carta Magna, en "contrapartida con el debido proceso regulado por "el numeral 14 de la referida norma fundamental, se "arriba a la convicción de que son inaplicables a "los juicios en donde se diriman derecho o "intereses de menores o incapaces, en agravio "propiamente de éstos, las reglas procesales para "la tramitación del juicio, por imperar el interés "social y el orden público sobre el principio de "estricto derecho". (Tesis Jurisprudencial 5/2011. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 20 de enero de 2011. www.scjn.gob.mx).

En el caso traído a resolver, también se ha dado la particularidad, de que la citada en garantía no ha actuado con la debida lealtad procesal, al haberse llevado en préstamo por más de seis meses el expediente, y utilizar los mecanismos procesales existentes para la dilación de la causa (vulgarmente conocido como "chicanas procesales"), dicha conducta también se puede observar en otros expedientes con similares características en los que esta aseguradora ha sido parte, (véase causa S.C.J. Nro. 113.731 caratulada "Barrios Rosa Margarita y ots. en J. 58.537/50.672 Barrios Rosa Margarita y ots. c/ Leota Roque Alfredo P/ DYP s/ Ins. Cas"), ello pone en evidencia algunas flaquezas de la praxis judicial que terminan menoscabando el derecho de los más vulnerables.

A lo ya expuesto se suma que, en casos como el presente debería esperarse una actuación un poco más "proactiva" del Ministerio Pupilar, dado que es el representante promiscuo de los incapaces, en el caso, menores de edad (art 55 CC y 103 CCyC).-

Por todo lo expuesto, y atendiendo al carácter alimentario que poseen los rubros indemnizatorios reconocidos a los hijos menores en caso del fallecimiento de un progenitor, el art. 78 y c.c. del C.P.C., resulta en "concreto" inaplicable, porque al someterlo al control de constitucionalidad y convencionalidad, y ponderarlo con el principio de orden público, del "interés superior del niño", su aplicación traería aparejado una violación a los principios y garantías reconocidos en la Constitución Nacional (arts. 14, 28, 31, 75 inc. 22), los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, especialmente la Convención Internacional de los derechos del Niño, y de la Ley de la Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes Nro. 26.061, ade-



**PODER JUDICIAL
MENDOZA**

más de obstaculizar un verdadero “acceso a la justicia” a las personas más vulnerables, como son los niños, niñas y adolescentes.

IV.- Costas: de conformidad a lo normado por el art. 35 y 36 del C.P.C. co-rresponde pronunciarse sobre las costas del incidente planteado, debiendo ser estas soportadas por el litigante vencido.

Por lo expuesto y de conformidad con lo establecido por los Arts. 3, 9, 18, 20, 21 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 14, 28, 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, arts. 1, 2, 51, 646, 1745 del Código Civil y Comercial de la Nación, arts. 1, 5 y 29 de la Ley 26.061, y Acordada de la Suprema Corte de Justicia Nro. 24.023;

RESUELVO:

- I- Rechazar el incidente de caducidad de instancia interpuesto a fs. 76/77.
- II- Imponer las costas al incidentante vencido. (arts. 35, 36 del C.P.C.).
- III- Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

REGÍSTRESE - NOTIFÍQUESE.

meg/md

Fdo: Dra. María Eugenia Guzmán - Juez