





LIBER AMICORUM



PASCUAL E. ALFERILLO - ALDO GUARINO ARIAS  
CHRISTIAN G. SOMMER

---

COORDINADORES

# LIBER AMICORUM

EN HOMENAJE AL  
PROF. DR. LUIS  
MOISSET DE ESPANÉS

TOMO II

Córdoba  
2010

La reproducción de este libro, ya sea total o parcial, en forma idéntica o con modificaciones, escrita a máquina por el sistema Multigraph, mimeógrafo, impreso, etc., que no fuera autorizada por esta Editorial, es violatoria de derechos reservados. Toda utilización debe ser solicitada con anterioridad.

**Liber Amicorum : en homenaje al Profesor Dr. Luis Moisset de Espanés** / coordinado por Aldo Guarino Arias; Christian Sommer; Pascual Eduardo Alferillo. - 1a ed. - Córdoba : Advocatus, 2010.  
v. oc, 0 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-551-176-7

1. Derecho Civil. I. Guarino Arias, Aldo, coord. II. Sommer, Christian, coord. III. Alferillo, Pascual Eduardo, coord. IV. Título  
**CDD 346**

Fecha de catalogación: 3/11/2010

**Liber Amicorum : en homenaje al Profesor Dr. Luis Moisset de Espanés** / coordinado por Pascual Eduardo Alferillo ; Aldo Guarino Arias ; Christian Sommer. - 1a ed. - Córdoba : Advocatus, 2010.  
v. 2, 772 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-551-175-0

1. Derecho Civil. I. Alferillo, Pascual Eduardo, coord. II. Guarino Arias, Aldo, coord. III. Sommer, Christian, coord.  
**CDD 346**

Fecha de catalogación: 3/11/2010

Los artículos publicados en este libro han sido transcritos literalmente de los originales enviados por sus autores, siendo de ellos la responsabilidad de sus contenidos y redacción.

**Impreso en:**

**ADVOCATUS**

Obispo Trejo 181 - Córdoba  
editorial@eadvocatus.com.ar

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723  
Impreso en Argentina



LUIS MOISSET DE ESPANÉS



## INDICE

### **Capítulo Quinto**

#### **Aportes desde el derecho de familia y sucesiones**

El principio ético-jurídico de matrimonialidad. Reconocimiento y concreción jurídica del derecho a casarse y fundar una familia. Garantía del derecho personalísimo de ser gestado, nacer y ser educado en familia

*Catalina Elsa Arias de Ronchietto* ..... 15

El albaceazgo en el derecho civil de Cataluña

*Josep-D. Guardia Canela* ..... 31

Consideraciones sobre la suspensión de la prescripción entre cónyuges

*María Josefa Méndez Costa* ..... 51

### **Capítulo Sexto**

#### **Aportes desde el derecho de daños y responsabilidad civil**

La constitucionalización del derecho de daños

*Pascual Eduardo Alferillo* ..... 81

El Estado y sus funciones dentro del derecho de daños

*Lidia M. R. Garrido Cordobera* ..... 115

La causalidad y la culpabilidad en la responsabilidad civil

*Benjamín Moisés* ..... 145

Cesación y reparación del daño futuro, en el pensamiento de Luis Moisset de Espanés

*José Fernando Márquez* ..... 167

La equidad: factor de atribución y pauta de morigeración en las obligaciones civiles <i>Edgardo Ignacio Saux</i> .....	183
Nuevas fronteras del daño. El daño moral <i>Gustavo Carranza Latrubese</i> .....	203
Aristas polémicas de la reparación del daño moral <i>Francisco Junyent Bas</i> .....	229
La responsabilidad civil de las personas jurídicas y las derivaciones de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación <i>Guillermo F. Peyrano</i> .....	257
Legitimación activa de las personas jurídicas para reclamar indemnización daño moral <i>Juan Carlos Palmero</i> .....	275
Acto médico, actividad peligrosa y responsabilidad civil de los médicos. Inaplicabilidad del régimen de las actividades peligrosas al acto médico <i>Carlos Ignacio Jaramillo J.</i> .....	301
Directivas anticipadas <i>Manuel Cornet</i> .....	335
Aspectos problemáticos de la responsabilidad profesional del abogado <i>Emanuele Lucchini Guastalla</i> .....	365
Responsabilidad de los padres por hechos de los hijos en los establecimientos educativos <i>María Cristina Plovanich</i> .....	375
Responsabilidad del Estado por omisión <i>Ramón Daniel Pizarro</i> .....	397
Responsabilidad por cosas arrojadas o caídas de un edificio en propiedad horizontal <i>Félix A. Trigo Represas</i> .....	425
La acción civil por resarcimiento de daños en el proceso penal <i>Juan José Casiello</i> .....	435
El rol del juez en lo civil y el proceso de daños <i>María del Pilar Hiruela de Fernández y Raúl E. Fernández</i> .....	459

**TERCERA PARTE****APORTES DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL**

De nuevo sobre la “constitucionalización” del derecho <i>José Raúl Heredia</i> .....	487
Derecho a la no discriminación. Daño por discriminación <i>Jorge Mosset Iturraspe</i> .....	521
Diversidad cultural y derechos humanos <i>Lily R. Flah y Rosana I. Aguilar</i> .....	541
Ensayo de formulación acerca de la relación entre jueces y medios de comunicación social <i>Armando S. Andruet (h)</i> .....	585
Nuevos presupuestos procesales del recurso extraordinario <i>Luis M. Zarazaga</i> .....	615

**CUARTA PARTE****APORTES DESDE EL DERECHO DE LOS RECURSOS NATURALES**

Ríos interestaduais, principios de razonabilidad y equidad en la distribución de sus aguas <i>Aldo Guarino Arias</i> .....	641
Los principios inherentes a todo ordenamiento jurídico relativo a catástrofes naturales <i>Bernard Debeuf Ponce de León</i> .....	663
El régimen jurídico de los residuos patológicos en Argentina (con especial referencia al caso de la provincia de Mendoza) <i>Miguel Mathus Escorihuela</i> .....	681

**QUINTA PARTE****APORTES DESDE EL DERECHO EN GENERAL**

El incendio y las vísperas. La Revolución de Mayo en Córdoba del Tucumán <i>Marcela Aspell y Ramón Pedro Yanzi Ferreira</i> .....	707
---	-----

La administración consultiva en España	
<i>José Antonio García Caridad</i> .....	737
Disidencias	
<i>Pedro León Tinti</i> .....	747
Materias susceptibles de arbitraje	
<i>Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya</i> .....	753

**CAPÍTULO QUINTO**

**APORTES DESDE EL DERECHO**  
**DE FAMILIA Y DE SUCESIONES**



## EL PRINCIPIO ÉTICO-JURÍDICO DE MATRIMONIALIDAD

**Reconocimiento y concreción jurídica del derecho a casarse y fundar una familia. Garantía del derecho personalísimo de ser gestado, nacer y ser educado en familia**

*Iustitia est ad alterum*

CATALINA ELSA ARIAS DE RONCHIETTO

### **Homenaje de sus amigos, colegas y discípulos al jurista *Luis Moisset de Espanés***

“... -¡Gracias!, pero... cumplir años no es un mérito”, me contestó con su típica simpatía, *Luis Moisset de Espanés*. Con afecto, le respondí que este año y ¡en buena hora!, su día de nacimiento nos ha dado la ocasión de reunirnos y saludarlo augurándole salud, labor, proyectos y alegría; que nos es muy grato celebrar su talento, su chispeante pluma y su fruto: su obra engarzada con su más fino sentimiento en Mendoza; su empeñamiento y generosidad *en tender rieleles académicos y bregar con su presencia y su palabra para que se animen*<sup>1</sup>; la infinidad de clases y las brillantes

---

<sup>1</sup> En el contexto de este homenaje, ¿cómo no recordar las varias reuniones cumplidas en Mendoza hace unos cuatro años, cuando convocando generosamente sólo contábamos con la asistencia de cinco profesores, representativos sí, pero sólo cinco, cuando aguardábamos al menos... veinticinco?. Imperturbable, Moisset de Espanés siguió sembrando y nació el Instituto de Derecho y Ciencias Sociales, Región Cuyo de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Así, con su presencia se realizó en San Juan un congreso con la participación de importantes juristas, bajo la dirección de Pascual

conferencias de las que hemos disfrutado muchas veces y a las que aguardamos escuchar porque enriquecen la vida académica con tan personal prestancia, que las hace además vivificante ejemplo para las nuevas generaciones de juristas.

**Sumario:** Introducción. 1. La familia encuentro de naturaleza y cultura. 2. El matrimonio: unión de naturaleza e institución. 3. Interrelación jurídica del derecho a casarse y fundar una familia con el derecho a ser gestado, nacer y ser educado en familia. Reflexión abierta.

## Introducción

Acorde al espíritu que impulsa esta colaboración y para contribuir a consolidar y proyectarnos hacia un futuro en común digno de nuestro derecho, sociedad y cultura, he elegido ofrecer algunas consideraciones sobre una cuestión jurídica que considero trascendente y que hoy se encuentra arbitrariamente cuestionada: el resguardo y concreción del principio ético-jurídico de matrimonialidad. Pienso que nuestro derecho, en especial el derecho civil, y en él, el derecho de familia, están en deuda con su protección sin ambages. Dada, además, la ardua controversia que hoy se ha suscitado al respecto, la ofrezco invitando al diálogo y a la reflexión ético-jurídica de la doctrina especializada y judicial de nuestro país.

---

Alferillo, en 2007. En 2008, con mi dirección y la vice-dirección de Gustavo Campoy, nuevamente le agradecemos haber expuesto y aceptado ser Presidente Honorario del Curso Anual Interuniversitario, en homenaje a Guillermo A. Borda, organizado por el Instituto de Derecho Civil que lleva su nombre al cumplirse los 40 años de la reforma al Código Civil por la ley 17.711, con la participación de todas las cátedras de Derecho Civil-FCJS-UM y distinguidos profesores invitados, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza.

<sup>2</sup> Julio CONTE GRAND, “La transformación del orden público” en *El Derecho*, N° 12.393, Buenos Aires, 2- diciembre- 2009. Adhiero, tal parece ser la pretensión oculta en las concatenadas situaciones públicamente planteadas, incluso ante los estrados judiciales; confr. Juan CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad*, 2ª ed., prólogo de Francesco Viola, Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma, 2009; Alfonso SANTIAGO, *Bien común y derecho constitucional*, Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma, 2002; Sergio COTTA, *El derecho en la existencia humana*, trad. de Ismael Peidró Pastor, EUNSA, Pamplona, 1987.

Este nodal principio, aplicación del más general de protección integral de la familia, también de rango constitucional, propugna la prioridad de la familia fundada en el matrimonio por sobre otras diversas formas de convivencia fáctica, las que alentadas por parte de la legislación comparada pujan por ser reglamentadas también en nuestro país como integrantes del derecho de familia, siendo algunas de ellas altamente arbitrarias, al punto que comprometen una inconsulta transformación del orden público<sup>2</sup>, excediendo con creces el ámbito de las acciones privadas.

El principio de matrimonialidad exige, el respaldo expreso por parte de las leyes, de la jurisprudencia y de la doctrina, como fuentes centrales del derecho, ser cauce y guía de las costumbres a partir de los principios generales del derecho; conlleva la exigencia de la celebración del matrimonio para proteger con su régimen específico de modo integral a la familia, es decir, desde su fundación. Sabido es que en consecuencia quedan excluidas de la protección del derecho aquellas otras convivencias que adolecen de impedimentos matrimoniales, tales como el de parentesco, de ligamen y otros expresamente enunciados; o aquellas otras que carecen de los requisitos básicos exigidos por la ley para contraer matrimonio, que a su vez responden a la naturaleza jurídica del matrimonio: la heterosexualidad de los contrayentes y su consentimiento expresión de voluntad matrimonial<sup>3</sup>.

El fundamento del principio de prioridad de la familia matrimonial, radica en el reconocimiento de la dignidad de cada persona humana y también, a fin de no alterar el resguardo de derechos fundamentales reconocidos en su consecuencia, como por ejemplo el derecho a casarse y fundar una familia, propugna contraer matrimonio como fuente creadora de un estado de familia, el estado matrimonial, concretado en un vínculo jurídico específico entre el varón y la mujer y originado en su consentimiento<sup>4</sup>, tal como está previsto en el plano del derecho positivo en el

---

<sup>3</sup> Catalina Elsa ARIAS DE RONCHIETTO, “Cuestión de resguardo del orden público. La familia matrimonial: indisponible bien jurídico del varón y la mujer”, en *El Derecho*, 15/12/2010; “El trato homosexual no constituye matrimonio ni funda una familia. La familia matrimonial: indisponible bien jurídico del varón y la mujer”, *La Ley Actualidad*, 18/12/2010.

<sup>4</sup> Eduardo A. SAMBRIZZI, para una comprensión cabal de la naturaleza jurídica del matrimonio, del destacado jurista, confr. *El consentimiento matrimonial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995 e *Impedimentos matrimoniales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

Código Civil y en Tratados Internacionales de rango constitucional. Implica la efectiva aplicación a la vida de la familia así fundada del régimen jurídico matrimonial previsto con carácter exclusivo -y excluyente- de deberes, derechos, obligaciones e impedimentos, expresivos y a la vez configuradores de la secular institución. Con Guillermo A. Borda, recordamos la clásica definición de Portalis: “el matrimonio es una sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino”. Advierte a continuación el ilustre jurista, a quien adherimos: “El matrimonio es la base necesaria de la familia legítima. Basta recordarlo para comprender su trascendencia en todo el Derecho de Familia y más aún en toda la organización social. Por ello decía Cicerón que el matrimonio es *principium orbis et quasi seminarium rei publicae*”<sup>5</sup>.

La institución matrimonial es el eje del más calificado resguardo ético-jurídico a fin que el derecho promueva y proteja cuanto cada familia constituye como bien humano indisponible del varón y la mujer; de sus hijos y de sus parientes consanguíneos, adoptivos y por afinidad; es el único instituto proporcionado a la protección y promoción de la familia, reconocida en textos internacionales de rango constitucional, expresivamente, como: “*célula natural y fundamental de la sociedad*”. Por ello, vamos anticipando aquí como aplicación del principio de matrimonialidad que respecto del vínculo filiatorio y de parentesco adoptivo, propugnamos al matrimonio como exclusivo adoptante conjunto, salvo extraordinarias circunstancias comprobadas judicialmente. También, cuando se reglamente la aplicación médica de las técnicas de fecundación humana asistida que ésta sea reservada para matrimonios y conforme a precisos límites jurídicos y deontológicos.

## 1. La familia encuentro de naturaleza y cultura

Rocco Buttiglione, logra con profunda objetividad expresar “de qué se trata” cuando se habla de la familia; señala: “... La vida del hombre

---

<sup>5</sup> Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho civil. Familia*, actualizado por Guillermo Julio Borda, 10ª ed., t. I, 2009, ps. 39-40.

recibe su ritmo de una meditación que la penetra y la hace fluir, señalándolos momentos fundamentales de la existencia: el nacimiento, el amor, el trabajo y la muerte. En la encrucijada de esas dimensiones fundamentales de la existencia está la familia, que constituye el espacio humano esencial, en el interior del que se verifican los acontecimientos, que tienen influencia decisiva en el constituirse de la persona y en su crecimiento, hasta la madurez y la libertad. Los momentos de crisis, las elecciones básicas, se trabajan en familia de tal modo que la persona es capaz de darse cuenta de su importancia, y por tanto de integrarlos en profundidad en la propia existencia y convertirlos en momentos del propio descubrimiento de los valores que dan consistencia a la vida”<sup>6</sup>.

En el derecho todo y como tal, en sus fundamentos y principios generales, y en sus normas expresas nacionales e internacionales, la familia es reconocida como realidad anterior a ellas: como realidad del derecho natural. Al respecto, el matrimonio es señalado por el derecho como ciencia práctica, como su más segura vía instrumental para concretar y ordenar en sociedad este reconocimiento, resguardando también otros derechos humanos fundamentales, en suma todos cuantos derivan del primigenio derecho a la inviolabilidad de cada vida humana en sentido integral<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Rocco BUTTIGLIONE, *La persona y la familia*, traducción Antonio Esquivias, Madrid, Palabra, 1999, p.7.

<sup>7</sup> Sobre la vinculación entre el derecho natural y el derecho positivo, fundamental en el tema tratado: en Filosofía Jurídica: confr. Carlos I. MASSINI CORREAS, “Derecho natural y ciencia jurídica. Consideraciones sobre la ciencia del derecho como ciencia práctica”, en Daniel A., HERRERA, compilador, AA.VV. *II Jornadas Internacionales de Derecho Natural. Ley natural y multiculturalismo*, Facultad de Derecho. Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana, Buenos Aires, EDUCA, 2008, ps. 185-231; asimismo de Carlos I. MASSINI CORREAS, confr. *La ley natural y su interpretación contemporánea*, Pamplona, EUNSA, 2006; Eduardo M. QUINTANA, *Notas sobre el derecho en el iusnaturalismo*, Buenos Aires, EDUCA, 2008.

En derecho de familia: Jorge A. MAZZINGHI, *Tratado de derecho de familia*, cit.; María Josefa MÉNDEZ COSTA, *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Santa Fe-Buenos Aires, 2007; Jorge O. PERRINO, *Derecho de familia*, prólogo de José María CASTÁN VÁZQUEZ, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2 tomos. Obra Premio Academia Nacional de Derecho, 2007. 2 tomos, en particular: “Derecho Natural y Derecho de Familia”, t. I, ps. 52-54; Guillermo A. BORDA, *Discurso de Apertura del Simposio sobre Principios Jurídicos*, Buenos Aires, Universidad Austral, 10 de septiembre de 1999. Resaltó “la vigencia efectiva del derecho natural en nuestro derecho positivo”; brindó ejemplos de su

En este estudio subrayamos la dependencia de este derecho con el resguardo del principio de matrimonialidad, con fundamento en la dignidad de cada persona humana la que exige proporción de las instituciones jurídicas con los bienes humanos reconocidos y protegidos por el derecho.

En el plano del derecho positivo, así lo enuncia expresa y conjuntamente el artículo 17 del Pacto de San José de Costa Rica: *1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*. *2 Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas en la medida que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención*" <sup>8</sup>.

La dignidad humana, fundamento del reconocimiento de los derechos esenciales del hombre, cuyo contenido son los bienes humanos básicos, que debieran ensamblarse firme y fluidamente con el derecho de familia también en la comprensión y asunción de los correlativos deberes. Éstos y aquellos deben ser cumplidos con madurez personal, nobleza, y una decidida comprensión de la inescindibilidad entre todos los recíprocos derechos-deberes así como del bien común familiar, el interés familiar y el bien propio; el interés individual de cada miembro de la familia y el bien común o bienestar general familiar y social. Realidad a la que el Estado en función subsidiaria debe respaldar y guiar desde el derecho.

Como bien enseña, en el magistral *Tratado de Derecho de Familia* de su autoría, *Jorge A. Mazzinghi*, en términos que hacemos nuestros, luego de advertir que: "... el derecho de familia nunca debe perder de vista la realidad natural que regula, recordar que la familia no está hecha

---

aplicación y promoción por la reforma al Código Civil de la ley 17.711. Al respecto, Catalina Elsa ARIAS DE RONCHIETTO, "El talento de Guillermo A. Borda y los principios vertebrales de la ley 17.711, claves de la generación de un nuevo orden civil nacional", Buenos Aires, La Ley Actualidad, 20/5/2008.

<sup>8</sup> Pacto San José de Costa Rica, artículo 17, inc. 1 y 2; Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo, p. 16, inc. 3; Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 23, incs. 1 y 2; Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales Culturales, artículo 10; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 16. 1 "... *Y en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) el mismo derecho a contraer matrimonio;...*" y concordantes.

por ni para el derecho, sino que a la inversa el derecho está ordenado a mantener la estructura familiar, a asegurar su solidez, a armonizar su funcionamiento”; define a la familia, en el plano jurídico como institución y a ésta como sistema de normas: “*Es una institución basada en la naturaleza y entendida como sistema de normas, que tiene el fin de asegurar la existencia y el desarrollo de la comunidad de personas, vinculadas por el matrimonio y la filiación en orden a procurar a todos sus miembros el logro de su destino personal, terreno y trascendente*”<sup>9</sup>.

Cuando la Universidad de Mendoza cumplió 44 años de su fundación, el 13 de mayo de 2004, sus autoridades me invitaron a pronunciar la conferencia de ese día; por la cercanía personal y académica de Moisset de Espanés con ella, incluyo aquí algunas consideraciones centrales que creo que señalan el meollo de la cuestión que con convicción sostengo también aquí. En la citada definición de familia de Mazzinghi -la que en clase de grado y postgrado da siempre lugar a muy animadas conversaciones sobre la persona humana, hoy y aquí- la familia resplandece cuanto la familia es: encuentro de recíproca implicancia de naturaleza y cultura.

Este engarce se aprecia desde la propia etimología: la palabra latina naturaleza, indica fecundidad y la palabra cultura, también de origen latino, deriva del verbo *colere*, cultivar (la tierra); como acepción figurada, indica infundir hábitos por la educación y afinar las facultades intelectuales del hombre mediante el conocimiento. Asimismo, presenta otros significados como honrar y venerar derivando entonces hacia el sustantivo “culto” que en sentido religioso significa el reverente y amoroso homenaje que se tributa (a una cosa) en testimonio de su excelencia<sup>10</sup>.

En la familia, ambos significados se hacen evidentes metonímicamente evidentes en la gratitud que sentimos en el abrazo al hijo; la veneración a

---

<sup>9</sup> Jorge A. MAZZINGHI, *Tratado de derecho de familia*, 4ª ed. actualizada y ampliada, prólogo de Guillermo A. Borda, Buenos Aires, La Ley, 2006, t. I., p. 14, p. 19.

<sup>10</sup> José Angel GARCÍA CUADRADO, *Antropología Filosófica. Una introducción a la Filosofía del Hombre*, Pamplona, EUNSA, 2001, p. 194. Confr. “La persona humana, genética y derecho” en José W., TOBIAS, *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, La Ley, 2009, ps. 75-95.

<sup>11</sup> Javier HERVADA, *Introducción al derecho natural*, 6ª ed., Pamplona, EUNSA, 1990, ps. 17-19.

nuestros padres con cuanto implica de deuda en sentido jurídico <sup>11</sup>; la lealtad conyugal y fraternal, la confianza en el trato incondicionado, de disponibilidad auténtica que logra la afirmación y desarrollo inefable de cada personalidad, de cada identidad; sentimientos, vivencias íntimos y a un tiempo difusivos bienes personales que hacen luego posibles otros bienes de proyección social indudable: la socialidad y la amistad. Reales bienes humanos que hoy no sólo no son resaltados, sino que su existencia en la realidad personal y familiar de nuestros días es negada, o al menos relativizada adjudicándole carácter excepcional y presentando como regla del compromiso asumido el fracaso, la deserción, la violencia, la frustración.

No obstante, la vida familiar bien llevada nos consta palpable -todavía- en nuestra cultura y sociedad en un gran número de familias argentinas. Entre tantos ejemplos de especial gratuidad en la donación de sí que podrían darse y que en la manipuladora información que circula, no es destacado pese a su alto poder ejemplificador, el alto porcentaje de matrimonios de cultura y condición económica limitada que en evidencia de comunión de esfuerzos logran enviar a sus hijos a estudiar en la Universidad. ¡Veremos que informa el próximo censo!. Tampoco la de los padres que teniendo hijos discapacitados o sumidos en distintas adicciones destructivas, hacen literalmente lo imposible para que sean atendidos y no los abandonan a pesar del escurridizo respaldo que reciben. Lo evidente es que el Estado no protege acorde a su deber, subsidiario pero insoslayable, a estas familias con políticas bien pensadas -justas- de salud, de trabajo, de vivienda, de créditos accesibles; se opta por el humillante y pernicioso sistema de subsidios de dudoso origen y destino.

## **2. El matrimonio: unión de naturaleza e institución.**

Así como la familia logra la comunión de la naturaleza humana con la cultura en el sentido referido, el matrimonio es expresión del servicio que la institución presta a la realización de aspectos configuradores de la naturaleza de la persona humana, en su beneficio y en el de la sociedad. Lo expresa con claridad, *Raúl Madrid Ramírez*, "... lo natural es para la tradición ahistórico, necesario y universal. Lo instituído, es decir aquello cuya fuente es exclusivamente la convención o aceptación por uno o muchos de algo es, por el contrario, histórico, contingente y particular. La

tradición concibe entre estos dos opuestos -lo natural y lo instituido- una estructura (...) desde la cual dejan de operar como contrarios y se convierten en complementarios (...) Así, naturaleza y cultura, naturaleza e institución se ordenan entre sí al modo de la substancia y el accidente: la naturaleza es el núcleo sustancial que padece la acción del accidente soportándolo ontológicamente y dotándolo en consecuencia de una dimensión entitativa derivada. Así pues, podría existir naturaleza sin institución, al menos desde una perspectiva teórica, pero en ningún caso institución sin naturaleza pues lo institucional (cultural) completa la naturaleza en dirección a lo singular, concreto e histórico”<sup>12</sup>.

*Alejandro Llano*, a su vez, afirma con comunicativa convicción: “... todas las realidades humanas están mediadas por la cultura, pero que esas mismas realidades no se reducen a su mediación cultural. En toda expresión cultural (...) hay “un recuerdo de la naturaleza humana” que en ella se manifiesta. De manera que ir contra esa naturaleza implica destruir el fundamento mismo de tal epifanía cultural. En último análisis, siempre nos encontramos con la propia naturaleza, por más oculta que parezca tras las construcciones y deconstrucciones culturales Así el relativismo ético de corte culturalista responde a una defectuosa concepción de la naturaleza humana y de la propia índole de la cultura”<sup>13</sup>. Continúa: “... en su dimensión subjetiva, es decir cómo la cultura interviene en el proceso de formación de la persona humana, la cultura es el ejercicio de las facultades espirituales mediante las cuales éstas son puestas en condiciones de dar los frutos más abundantes y mejores que su constitución natural lo permita. (...) Abarca el desarrollo biológico del hombre en sentido amplio, el desarrollo de sus facultades cognitivas y volitivas. Este desarrollo personal, se cumple mediante la asimilación del lenguaje, las costumbres y las instituciones que le hace participar en los valores humanos de la

---

<sup>12</sup> Raúl MADRID RAMÍREZ, “¿Naturaleza o convención? La extraña economía de institución y huella en Jacques Derrida” en *Philosophia, Anuario de Filosofía*, publicado por el Instituto de Filosofía, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 2000, ps. 98-99.

<sup>13</sup> Alejandro LLANO, *Humanismo cívico*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 154. De reciente publicación, confr. Úrsula C. BASSET, “Novedades sobre la validez epistemológica de los criterios morales en bioética y familia”, *El Derecho*, Buenos Aires, N° 12.371, 2/11/2009.

cultura. En su objetividad, la cultura está constituida por los frutos adquiridos por el hombre mediante el ejercicio de sus facultades, ya sean espirituales u orgánicas”<sup>14</sup>.

Por el contrario, tal como se ha sostenido desde los varios idealismos, escepticismos y positivismos: materialistas, racionalistas, historicistas, y hoy, en especial desde los diversos constructivismos, con *John Rawls* como difundido exponente, se niega la normatividad de la naturaleza, su teleología. Por el contrario, se pretende acomodar las exigencias legales imperativas, deberes, derechos, obligaciones, prohibiciones e impedimentos, del régimen jurídico de las instituciones del derecho de familia, a ilusas y anarquizantes “opciones” de sus sujetos. Se genera una casuística infinita de variantes subjetivas que pulveriza la objetividad, la proporción y la justicia del núcleo normativo institucional sin reparar en que se está agravando la específica y personalizada cadena de filiación en la que la vida consiste, en decantada expresión de *Pedro Morandé*<sup>15</sup>.

Por ello y no obstante, su aspiración de justicia y como tal, de objetividad, “estas falacias constructivistas (...) sólo alcanzan a constituir una ampliación sofisticada del subjetivismo, sin poder evitar las aporías de este último y sin alcanzar (...) el objetivo declarado: superar el relativismo ético y el positivismo jurídico”<sup>16</sup>.

En esa línea del relativismo subjetivista, del reduccionismo inmanentista, se pretende institucionalizar “lo acordado”, “lo deseado”, legitimándolo. En suma, se brega por respaldar lo que meramente “sucede”, empirismo sin realismo, como si los hechos por serlo, los simples pareceres, los meros impulsos, y aún las patologías, pudiesen resultar fundamento suficiente de la validez ético-jurídica de diversas formas de fun-

---

<sup>14</sup> V. MATHIEU, “Cultura” en *Enciclopedia Filosófica*, Firenze, 1957, citado en José A. GARCÍA CUADRADO, *Antropología filosófica. Una introducción a la filosofía del hombre*, Pamplona, EUNSA, 2001, p. 195.

<sup>15</sup> Pedro MORANDÉ, “Vida y persona en la posmodernidad”, en AA.VV., *¿Qué es la vida?. La bioética a debate*, Angelo SCOLA, (coord.), Madrid, Encuentro, 1999, p. 114.

<sup>16</sup> Carlos I. MASSINI CORREAS, “Bases para la superación del constructivismo ético” en *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, México, Universidad Autónoma de México, 2004, p. 49.

<sup>17</sup> Entre otros, Elizabeth JELIN, “La familia en Argentina”, en AA.VV., *La familia en el nuevo derecho*, Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI (directora), Marisa HERRERA (coordi-

dación de una “familia”<sup>17</sup>. En especial, da medida de la gravedad de la cuestión que estamos tratando, el nuevo embate para lograr la admisión del denominado “matrimonio” al trato convivencial entre dos personas del mismo sexo, con la aspiración además a constituir una familia mediante la adopción de hijos<sup>18</sup> o por la aplicación de las técnicas de fecundación *in vitro* recurriendo, en el caso de los varones, a la maternidad subrogada con prescindencia obnubilada del artículo 953 del Código Civil, y a un dador anónimo para lograr hijos en común por dos mujeres lesbianas,

---

nadora) “... Al naturalizar un cierto tipo de familia, otros tipos son estigmatizados, y quienes promueven mayores posibilidades de elección en cuanto a patrones de convivencia (incluyendo la orientación sexual) y filiación pueden ser vistos como anormales, subversivos, o aún como el mismo diablo”, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, t. I, p. 137.

<sup>18</sup> Ursula C. BASSET, “Tocante al proyecto de matrimonio y filiación homosexuales, ¿podrían derivarse responsabilidades por daños y perjuicios?. Sugerencias de la última doctrina norteamericana al respecto” en *El Derecho*, Buenos Aires, 8/11/2007, N° 11.879; “Parejas de personas del mismo sexo, Derechos Humanos y Derecho Civil”, *Informe en la Sesión Plenaria Comisiones de Legislación General y de Niñez Adolescencia y Familia*, H. Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, 5/11/ 2009.

En discrepancia, entre otros, Nora LLOVERAS - Marcelo SALOMÓN, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Universidad, 2009; Andrés GIL DOMÍNGUEZ, María Victoria FAMA, Marisa HERRERA, *Derecho constitucional de familia*, prólogo de Aída Kemelmajer de Carlucci, Buenos Aires, Ediar, 2006; Andrés, GIL DOMÍNGUEZ, “Constitución, familia y matrimonio”, en *La Ley*, 14/9/2007; SOLARI, “Matrimonios de personas del mismo sexo”, nota a fallo “Rachid”, CNCiv., Sala F, Buenos Aires, *La Ley*, 14/11/2007.

<sup>19</sup> Catalina Elsa ARIAS DE RONCHIETTO, “Dignidad personal del niño y protección integral de la familia. Su vinculación con la indispensable dilucidación ético-jurídica del carácter médico de la FIVET”, en prensa en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, *La Ley*, marzo 2009.

*El caso:* las actoras, dos mujeres convivientes, dedujeron acción de amparo contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (Obsba) reclamando que se les brinde cobertura económica del tratamiento de fertilización *in vitro*, por la técnica ICSI, en la clínica elegida a ese fin, para lograr el nacimiento de un niño “en común”. Si bien se trata de un tratamiento muy costoso, \$15.000 iniciales, no es ése el exceso central que anima las variadas cuestiones e instituciones ético-jurídicas y médicas, agredidas por esta resolución judicial a la que calificamos de abusiva...”.

Respecto de otros recientes fallos judiciales sobre cuestiones similares: confr. Eduardo A. SAMBRIZZI, Del destacado jurista vid. también sus notas a fallos, en *Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, mayo-junio 2008-II. Adherimos en especial a sus conceptos en la nota a fallo: “La Suprema Corte de

como lo ha planteado un reciente caso<sup>19</sup>. Todo ello atropellando la dignidad y derechos del eventual hijo/s, indiscutible/s tercero/s, abusados en la más absoluta indefensión e inocencia; todo lo cual, reiteramos, excede el ámbito de las acciones privadas, compromete al orden público, al bienestar de la vida social o bien común y a la médula ética de nuestro derecho.

Hoy, el derecho de familia al que los bienes jurídicos comprometidos brindan especiales caracteres y “fisonomía peculiarísima”<sup>20</sup>, es desafiado al replanteo de sus principios y contenidos jurídicos fundamentales, de la razonabilidad del imperio de sus normas centrales, en un momento socio-histórico que pretende reformular la valoración ético-jurídica de sus realidades-fuente: la unión intersexual y la filiación y, en consecuencia, su regulación positiva dando cabida en el mismo plano ético a muy diversas convivencias que se pretenden equiparar logrando la sanción de efectos jurídicos similares a los del régimen matrimonial. Si está a su alcance el matrimonio civil, con régimen disoluble previsto, y se encuentran en condiciones legales de casarse ¿por qué aceptar que no se cumpla con las leyes para acogerse a su protección como ocurre en toda conducta en alteridad de trascendencia social? Máxime, en este caso, que además abarca a los hijos, a las demás familias y a la sociedad que requiere y protege una red de familias legalmente constituídas, todos indudables terceros frente a acciones que trascienden y así manifiestan desear conquistarlo, el ámbito de privacidad de resguardo constitucional.

La arbitrariedad de las conductas es llamativamente asesorada en forma profesional calificada. En réplica, se deben esgrimir razones que por palmarias parecieran innecesarias, convocando al sentido común. Así, se ha planteado y promovido desde un sector de la doctrina, promover la

---

Mendoza rechaza una acción para que una obra social cubra un tratamiento de procreación asistida”, allí publicada; confr. del jurista *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, prólogo de Jorge A MAZZINGHI, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001 y *La filiación en la procreación asistida*, Buenos Aires, El Derecho, 2004.

<sup>20</sup> Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho civil. Familia I*, 9ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1993, p. 7; Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho civil. Familia I*, 10ª ed., actualizado por Guillermo Julio BORDA, 2009, p. 1.

<sup>21</sup> Verónica SPAVENTA, “La procreación asistida como forma de acceso a la monoparentalidad”, Marisa HERRERA - Verónica SPAVENTA, “La filiación adoptiva como causa fuente de monoparentalidad-desmonoparentalidad”; en AA.VV., *Familia*

legitimidad de familias fundadas en la voluntad inicial de una sola persona<sup>21</sup>. No se trata de situaciones sobrevinientes como puede ocurrir por la separación personal de los cónyuges, el divorcio, la nulidad, la viudez, también la familia matrimonial resguarda en su régimen a todos sus miembros, sino de las denominadas familias “monoparentales” autonómicas que se formarían recurriendo abusivamente a la filiación por adopción o a la aplicación de las técnicas de fecundación artificial. Al respecto, en este estudio subrayamos que como aplicaciones coherentes del principio ético jurídico de matrimonialidad, las leyes deberán disponer que el matrimonio sea el exclusivo sujeto adoptante, salvo extraordinarias situaciones judicialmente evaluadas y que cuando se legisle reglamentando la aplicación de las técnicas de fecundación asistida como práctica médica, éstas sólo puedan tener como destinatario al matrimonio y la exclusión de la participación del material genético de todo tercero/a y de la denominada maternidad por subrogación. Nos disculpamos por la reiteración pero la justificamos ante el estruendo de públicos reclamos.

Respecto de los matrimonios en segundas nupcias o cuando uno o ambos cónyuges lleva a esa unión matrimonial hijos de anterior relación, considero importante también insistir en proponer su estudio desde la doctrina especializada sobre la necesaria reglamentación legal específica integral, incluyendo derechos sucesorios, del parentesco por afinidad que surge entre un cónyuge y los parientes consanguíneos o adoptivos plenos del otro esposo.

Sostenemos que también sería una adecuada -y debida- aplicación del principio de matrimonialidad que resguardaría la concreta igualdad ante la ley de los hijos con independencia de su origen. En cambio, destacamos a

---

*monoparental*, Buenos Aires, Universidad, Cecilia GROSMAN, (directora) Marisa HERRERA, (compiladora), 2008.

En discrepancia, de la autora de este estudio: confr. *La adopción*, prólogo de Guillermo A. BORDA, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, reimpresión, 2008; “El bien personal del niño exige al matrimonio como exclusivo sujeto adoptante”, en *El Derecho. Familia*, EDFA, N° 12.357, 2009, Buenos Aires; “El requisito de inscripción registral contribuye a erradicar el delito del tráfico de niños y combate rémoras abusivas: “guardas de hecho” y “entregas directas”. De *lege ferenda*: su inclusión en el artículo 315 del Código Civil”, en *Boletín de Legislación El Derecho*, EDLA, N° 19, Buenos Aires, noviembre 2009.

diferencia de prestigiosa doctrina que no es suficiente el denominado “ensamble” de dos adultos y sus hijos anteriores<sup>22</sup>. Debido a un proyecto de ley presentado por el senador Daniel Filmus: “Normas protectoras de los hijos en las familias ensambladas”, el diario de doctrina y jurisprudencia *El Derecho*, ha publicado un número especial. En él nuestro título: “La tutela por afinidad respecto de los hijos de anterior unión. Oposición ético-jurídica al empleo de la designación “familias ensambladas” en el derecho de familia”, resume nuestra posición que el texto y la bibliografía allí citada desarrollan<sup>23</sup>, y a él remitimos en aras del cometido y extensión debidos en este estudio.

### **3. Interrelación jurídica del derecho a casarse y fundar una familia con el derecho a ser gestado, nacer y ser educado en familia**

Como evidencia de la trascendencia del resguardo del principio de prioridad de la familia fundada en el matrimonio, consideramos sumamente expresivo que todo lo expuesto al respecto entronca - en rigor, de modo inescindible- con la efectiva protección del reconocimiento del de-

---

<sup>22</sup> Cecilia P. GROSMAN e Irene MARTÍNEZ ALCORTA, *Familias Ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Ley y creencias. Problemas y soluciones legales*, Buenos Aires, Universidad, 2000.

<sup>23</sup> En ese número especial se publican: María J. MÉNDEZ COSTA, “Un proyecto legal sobre familia ensamblada”; Cecilia CABRERA DE GARIBOLDI, “Comentarios al proyecto de ley “Normas protectoras de los hijos en las familias ensambladas” y el nuestro: “La tutela por afinidad respecto de los hijos de anterior unión. Oposición ético-jurídica al empleo de la designación “familias ensambladas” en el derecho de familia”, Buenos Aires, *El Derecho*, N° 12.275, 16 de junio de 2009.

Similar propuesta expuse en el Primer Encuentro Académico Cuyano, organizado por el Instituto de Derecho y Ciencias Sociales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2007, citado.

<sup>24</sup> Jorge Nicolás LAFFERRIERE, “Las ovodonación y los dilemas de las técnicas de procreación artificial, Buenos Aires, *El Derecho*, en prensa, 2010; del jurista-bioeticista, confr. “Las técnicas de procreación artificial y su cobertura por el sistema de salud, Buenos Aires, *El Derecho*, 3/11/09, N° 12.372; “Técnicas de procreación humana. Propuesta para la tutela legislativa de la persona concebida”, sobre el Informe presentado en el Senado, Asuntos Constitucionales, agosto de 2006. Catalina Elsa ARIAS DE RONCHIETTO,

recho personalísimo a ser gestado, nacer y ser educado en familia<sup>24</sup>. Su solo enunciado resalta vigorosamente la misión humanizadora de la familia para cada persona humana y para garantía de la vida familiar y social. ¿Puede pensarse una intromisión más alevosa en la identidad, en el derecho a la intimidad y libertad, en suma, a la dignidad del ser humano que ser gestado a pedido de una “usuaria” con material genético de un tercero anónimo?; ¿o la de ser gestado por una mujer que oficiará de madre subrogada?; ¿O la de ser criopreservado por haber sido concebido supernumerario y destinado como material de experimentación?<sup>25</sup>.

También el principio de prioridad de la familia matrimonial deberá ser respetado en el caso que se reglamente la aplicación médica de las técnicas de fecundación asistida en nuestro país. Todo lo expuesto se encuentra acrecentado por el fenómeno contemporáneo del multiculturalismo como nuevo integrante del marco de referencia axiótico-normativo del derecho de familia nacional.

Tenemos presente, concordamos, con la advertencia de Francesco D’Agostino, quien señala la médula ideológica de esta cuestión contemporánea: “... el proyecto de des-institucionalización de la familia viene a encuadrarse en otro: en el más general y difuso propósito del antijuridicismo contemporáneo, (...) al cual hay que atribuir buena parte de la violencia que caracteriza al mundo de nuestros días”<sup>26</sup>.

---

“El derecho a ser concebido, a nacer y ser educado en familia”, en AA.VV., “Educación y Familia”, Revista del Departamento de Psicopedagogía, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2005; “El derecho a casarse y fundar una familia”, en *El Derecho*, N° 9646, Número especial, en adhesión al cincuentenario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Buenos Aires, 10/12/1998; “Promover la voluntad matrimonial: una cuestión de salud. Necesidad de la implementación legal del principio jurídico de matrimonialidad”, en *Derecho a la Salud*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Universidad Católica Argentina, 2007, ps. 41- 54.

<sup>25</sup> Catalina Elsa ARIAS DE RONCHIETTO, “La injusticia de la criopreservación ¿médica? de embriones”, en el Seminario “Ética y justicia en la asignación de recursos”, organizado por el Consejo Académico de Ética en Medicina, Academia Nacional de Medicina, Buenos Aires, 6 de julio de 2009.

<sup>26</sup> Francesco D’AGOSTINO, *Elementos para una filosofía de la familia*, Madrid, Rialp, 1991, p. 61.

### *Reflexión abierta*

Con palabras que hacemos nuestras para concluir instando a ejercer con lealtad la configurante capacidad de amistad específicamente humana, para pautar toda cuestión del derecho de familia resguardando - *conditio sine qua non* - la reconocida dignidad de cada persona humana, con consideración equitativa de las circunstancias personales y familiares, pero con firme objetividad en el resguardo de la realidad que vertebra los límites institucionales, los que sólo así serán jurídicos.

Refiriéndose al fundamento de la existencia de los derechos humanos, inquiriere *Massini Correas*: "... ¿qué principio es el que justifica que a los hombres, sin otra exigencia que la de pertenecer a la especie humana, se les reconozca el título suficiente para reclamar, justificadamente, ciertas prestaciones por parte de los demás hombres ?. La respuesta habitual es que esa razón, causa o fundamento, radica en la especial dignidad personal que compete a todo hombre, que lo hace acreedor, sólo por esa dignidad, a un cierto respeto y colaboración por parte de los demás sujetos. (...). Concluye: ¿qué se entiende por "dignidad personal" o "dignidad en cuanto persona", cuándo ella se refiere a la persona humana ? (...) la persona humana está revestida de ciertas calidades que la hacen mas perfecta que el resto de los entes del Universo: unidad más acusada, apertura cognocitiva a la verdad universal, ordenación libre al bien perfecto, y todo ello implica intimidad, autodirección y capacidad de amistad"<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Carlos Ignacio MASSINI CORREAS, "Acerca del fundamento de los derechos humanos", en AA.VV., "*El iusnaturalismo actual*", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 190.

# EL ALBACEAZGO EN EL DERECHO CIVIL DE CATALUÑA

JOSEP-D. GUARDIA CANELA

**Sumario:** I. Introducción. II. Consideraciones generales. III. La regulación del albaceazgo en el Código Civil de Cataluña. Concepto y posición jurídica del albacea. Nombramiento, capacidad y legitimación. Aceptación, excusa y renuncia. Cumplimiento del encargo, cese y finalización. IV. Albaceas universales y particulares. Clasificación de los albaceas. El albacea particular. El albacea universal, en general. El albacea universal de entrega directa. El albacea universal de realización de la herencia. Retribución de los albaceas. V. Reflexión conclusiva.

## I. Introducción

Permítanme que inicie este breve trabajo felicitando a los organizadores de este LIBER AMICORUM EN HOMENAJE AL DR. LUIS MOISSET DE ESPANÉS por su acierto en haberlo planeado y por el trabajo llevado a cabo para su efectividad. Conocí personalmente (antes lo había hecho a través de sus publicaciones jurídicas) a Luis Moisset cuando él, representando como Vicepresidente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y yo, como Presidente, en un primer mandato, de la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, asistimos al I Encuentro de Academias Hispanoamericanas de Jurisprudencia y Legislación celebrado en Granada los días 3 al 5 de noviembre de 1994<sup>1</sup>. Posteriormente

---

<sup>1</sup> Me parece de estricta justicia y me complace mucho señalar la importancia que este Encuentro ha tenido para el conocimiento mutuo y la intensificación de la relación entre las Academias de uno y otro lado del Atlántico. En Granada se firmó el Protocolo de colaboración entre las Academias de Jurisprudencia, Legislación y Ciencias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas, se constituyó la “Conferencia de Academias” y se

coincidimos en la Presidencia de ambas Instituciones y, pasados ya unos años al tiempo de escribir estas Notas, el azar depara que los dos repitamos mandato y que, en este sentido, vivamos experiencias similares.

Con Luis Moisset he compartido trabajos, realidades y esperanzas en el marco de la colaboración interacadémica general y específica entre nuestras dos Corporaciones. Así he podido seguir la evolución de su producción científica, de su curiosidad y espíritu crítico en los más variados ámbitos y de sus trabajos literarios. Y he conocido su afecto por nuestra tierra y por nuestro Derecho. Luis Moisset ha cultivado el Derecho Comparado en centros que tuvieron como promotores al matrimonio barcelonés constituido por Felipe y Regina de Solá Cañizares y cuando ha estudiado instituciones civiles existentes en derecho catalán, se ha ocupado también de su consideración.

Por ello, al participar en este LIBER AMICORUM, me ha parecido oportuno hacerlo con un breve trabajo en el que expongo la última reforma de la legislación catalana sobre el albaceazgo, producida con la publicación de la ley catalana 10/2008, de 10 de julio, del libro IV del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. Ello me permite, además continuar con la tarea de difundir al exterior, como ya tuve oportunidad de hacer en ocasión anterior<sup>2</sup>, nuestro derecho sucesorio, sustancialmente basado en el *ius commune* con una participación muy destacada del derecho romano aplicado *more itallico*, es decir no de la forma acrítica y geométrica como se aplicaba en otros países según el *mos gallicus*, sino a través de poner en valor el descubrimiento que los operadores jurídicos efectúan de las necesidades sociales a las que dan la mejor respuesta jurídica utilizando los instrumentos del derecho romano. Desde esta perspectiva hay que señalar, ya de entrada, que la institución que en la lengua y en el derecho

---

creó un Secretariado Permanente. Posteriormente se han celebrado Congresos en Madrid (1996), Córdoba -RA- (1998), Valencia (2000) Zaragoza (2005) y Bogotá (2007). Y reconocemos nuestras raíces en el Congreso celebrado en Madrid en 1892. Todos cuantos hemos tenido responsabilidades en estas tareas, y debo citar a Eduardo Roca y Luis Moisset en primer lugar, junto con José Antonio García Caridad, Xavier Gaxiola, yo mismo, Luis Angulo, Rafael Navarro, Marco-Gerardo Monroy y Fernando Serrano, nos sentimos muy orgullosos de los resultados obtenidos y esperamos que se continúen en el futuro.

<sup>2</sup> Se trata del trabajo “Vélez Sársfield, Martí Miralles y los principios del ordenamiento sucesorio catalán”, publicado, precisamente a través de Luis MOISSET DE ESPANÉS, en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, Córdoba, 2000, t. III, ps. 385-395.

español conocemos, con clara reminiscencia árabe, como “albaceazgo”, en Cataluña se sigue utilizando el nombre de “marmessoria” proveniente del “manumissor” del derecho romano.

En un trabajo de la naturaleza y brevedad de éste, me limitaré a la imprescindible exposición de los conceptos y de la evolución histórica que están en la base de la actual regulación, antes citada, efectuando algunas comparaciones con la regulación del Código civil español (artículos 892 al 911) y del Código civil argentino (artículos 3844 al 3874)<sup>3</sup>.

## II. Consideraciones generales

El albaceazgo o “marmessoria”, como mecanismo de ejecución testamentaria, surge en la Edad Media (los primeros documentos son del siglo XI), con claros precedentes germánicos (el *Salmann* sálico y el *Thinx* longobardo) y se incorpora al derecho canónico (en el marco de las disposiciones *pro salute animae*). Es recibido en el derecho catalán, formando parte del *ius commune*, en la primera recepción que de éste se hizo en nuestro ordenamiento jurídico a mitad del siglo XIII<sup>4</sup>. La institución se ve modulada fundamentalmente por la práctica que la acoge y utiliza de manera amplia. Para ilustrarlo con algunos ejemplos que enlazan más directamente con nuestra realidad actual, el primero de los juristas catalanes del siglo XVIII, José Finestres y de Monsalvo, en su testamento otorgado ante Párroco el 11 de noviembre de 1777 dispone: “... nom-

---

<sup>3</sup> Obviamente las referencias serán mayores al derecho español (que conozco un poco) que al derecho argentino (que prácticamente no conozco) pero al que quiero referirme en atención al carácter de este trabajo de homenaje y por partir de un tronco común que honra por igual a todas las ramas.

<sup>4</sup> El Derecho catalán tiene un marcado perfil histórico. En relación con él, se ha hablado de una “*iuris continuatio*” entre los distintos textos normativos. Y son fundamentales las ideas de “*recepción*” y de “*integración*”. En Cataluña tuvo un gran predicamento la denominada *Escuela Histórica del Derecho* de Savigny. Aun actualmente el título preliminar del Código civil de Cataluña alude (art. 111.2) a la “*tradición jurídica catalana*”. Y en el vigente Estatuto de Autonomía se expresa (art. 5) que: “*El autogobierno de Cataluña se fundamenta también en los derechos históricos del pueblo catalán, en sus instituciones seculares y en la tradición jurídica catalana...*”.

bro, senyalo y elegesch per Marmessors eo executors testamentaris... per a que simul et in solidum complian y cumplir facian lo que per ni en aquest testamnent està ordenat...”. Otro de nuestros grandes juristas Pedro Nolasco Vives y Cebriá, por su parte, en su obra *Usages y demás derechos de Cataluña*, publicada en 1833, escribe: “... casi en todos los testamentos hay nombramientos de albaceas...”. Por último, el más importante de los juristas catalanes del siglo pasado, Ramón María Roca Sastre en sus *Estudios de Derecho Privado* publicados en 1948 señala que hay una gran cantidad de nombramientos de albaceas sobre todo en la zona del levante español, que atribuye a “influjo del Derecho Catalán”.

Sin embargo, en el derecho civil propio de Cataluña son muy pocas las referencias a esta institución. Señalemos la Concordia de 27 de septiembre de 1315, entre el rey Jaume II y Ponç, obispo de Barcelona, recogida en el libro VI, *De les Pragmàtiques*, título segundo, con la rúbrica *De leixas pias*, del volumen segundo de las *Constitucions i altres drets de Catalunya*. Y por lo que se refiere al derecho local, encontramos la figura en el Codi de les Costums de Tortosa, els Costums de la Diòcesi de Girona i els Costums de Lleida. En esta última Compilación, el capítulo 145 establece: “*Non instituuntur haeredes nominatim per consuetudinem, sed fiunt manumisores in testamento qui rogantur sic precor ut dividant omnia bona mea sicut inferius aparebit*”, en un claro precedente del principio según el cual, en nuestro derecho civil, la institución de un albacea universal suple la necesaria institución de heredero.

La regulación extensa del albaceazgo se había de encontrar, por consiguiente, en el derecho supletorio aplicable en Cataluña y, en especial, en el derecho canónico y en el derecho romano, aunque a menudo la jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicaba, también a Cataluña, la legislación histórica de Castilla y especialmente el Código civil desde que éste reguló la institución con un cierto detalle.

Seguramente por este motivo, la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, de 1960, dedicó un amplio espacio a su regulación (arts. 235 al 241), mereciendo una crítica muy positiva, siendo de destacar especialmente la que efectúa Manuel Albaladejo<sup>5</sup>. Con posterioridad el Codi de

---

<sup>5</sup> Su obra *El albaceazgo en el Derecho español, común y catalán*, Madrid, Tecnos. 1969, 740 páginas, constituye sin duda el más profundo estudio sobre la materia del albaceazgo en derecho español.

successions de 30 de diciembre de 1991 efectuó una regulación más clara y sistemática (arts. 308 al 321). El nuevo título IV del Codi Civil de Catalunya ha mantenido substancialmente inalterado el régimen del albaceazgo (arts. 429.1 al 429.15)<sup>6</sup>, excepto por lo que se refiere al sistema de retribución.

La Jurisprudencia, por su parte, se ha ocupado con alguna asiduidad del albaceazgo, si bien han sido pocos y muy concretos los aspectos que han dado lugar a la mayoría de los conflictos judiciales. En este sentido procede recordar, como más importantes, las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1971 y especialmente la de 29 de septiembre de 1971, conocida como “el caso de la Embajada de Colombia”, a la que dedicaré una cierta extensión por su importancia intrínseca y por presentar puntos de conexión con una realidad hispanoamericana<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Aprovecho la oportunidad para explicar que el sistema de numeración del Código civil de Cataluña expresa con el primer dígito el número del libro, con el segundo el del título, con el tercero el del capítulo y a partir del punto el número concreto del artículo. Así, el albaceazgo figura en el libro 4, título 2, capítulo 9 y se halla regulado en 15 artículos. Ello obedece a la voluntad de configurar un Código “abierto” que quedó plasmada en la Primera Ley del Código Civil, que si bien se aprobó como ley 29/2002, de 30 de diciembre, fue elaborada cuando yo era titular del Departamento (Ministerio) de Justicia del Gobierno de la Generalidad de Cataluña.

<sup>7</sup> El supuesto de hecho era el siguiente: Don José, médico de nacionalidad española, falleció en Bogotá habiendo otorgado testamento ológrafo que fue protocolizado en una Notaría de Gerona. En él substancialmente disponía la desheredación de su segunda esposa, la revocación de sus testamentos anteriores, la atribución de sus fondos a la Dirección General de Mutilados y el legado de su automóvil y equipo médico al primer licenciado en Medicina que procediera del Colegio de Huérfanos Médicos. A los efectos que aquí y ahora nos interesan el testamento decía textualmente. “Que careciendo de herederos directos o parientes domiciliados en Colombia, ruego a la Autoridad diplomática o consular española más cercana al lugar de mi fallecimiento o a la persona en que ésta delegue... para que en calidad de Albaceas procuren el cumplimiento de mi última voluntad tal como lo expreso en este testamento.....”. Y más adelante. “Ésta es mi última voluntad reiterando mi ruego a la representación diplomática de España en Colombia o a cualquier otra autoridad española, que acepte en consideración a mi carencia de parientes en el país, la misión que le encomiendo de dar cumplimiento a mis últimos deseos...”. Llamaba también a la representación diplomática para la remisión de los fondos y la entrega del automóvil y equipo.

Doña Ramona, como presunta heredera abintestato, formuló demanda solicitando substancialmente la declaración de que la sucesión se regía por el derecho catalán, la

Por lo que se refiere a los órganos jurisdiccionales con sede en Cataluña y en los últimos tiempos, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, se ha ocupado de la legitimación activa del albacea para promover un interdicto (Auto de 12 de septiembre de 2002) y de la remoción del cargo de albacea por actuaciones dolosas o negligentes (Sentencia de 3 de diciembre de 2001). La Audiencia Provincial de Barcelona, por su parte, ha tratado diversas cuestiones referidas al albaceazgo en Sentencias de 30 de julio de 1999, 18 de junio de 2001 (luego casada por la citada STSJC de 3.12.01) y 18 de febrero de 2004, Auto de 29 de septiembre de 2005 y Sentencias de 24 de mayo de 2006, 25 de enero de 2007 y 25 de septiembre de 2007. La Audiencia Provincial de Tarragona se ha ocupado también de cuestiones de albaceazgo en Sentencia de 7 de enero de 1999.

### **III. La regulación del albaceazgo en el Código Civil de Cataluña**

Una de las mejoras técnicas de la nueva regulación consiste en la ordenación y organización de los preceptos y en la ayuda que proporciona el hecho de que cada uno de ellos esté encabezado por un título o rúbrica. El capítulo IX del Título II del Libro IV se titula “De los albaceas” y los quince artículos de que consta llevan por título respectivo: (1) Nombra-

---

nulidad del testamento ológrafo y la apertura de la sucesión intestada a su favor, por haber quedado válidamente revocados los testamentos anteriores. Se opusieron a la demanda el Abogado del Estado en representación de la Dirección General de Mutilados y el Patronato de Huérfanos de Médicos. La Sentencia de 1ª Instancia declaró nulo el testamento ológrafo por falta de institución de heredero, su validez como codicilo y que la demandante ostentaba la condición de heredera pero debía cumplir las cláusulas del codicilo. La Sentencia de la Audiencia profundizó en algunos de los temas jurídicos planteados y confirmó substancialmente la sentencia apelada. El Tribunal Supremo, también con alguna variación más formal que material, mantuvo el mismo criterio. A lo largo del proceso se plantearon numerosas cuestiones que aquí y ahora no nos interesan. La que efectivamente nos importa, relativa al albaceazgo, constituyó el núcleo del primer motivo del recurso de casación interpuesto por el Patronato de Huérfanos de médicos y fue resuelta por el Tribunal Supremo en el sentido de que el Albacea designado en el testamento en modo alguno podía ser considerado universal sino particular y en consecuencia no podía suplir la falta de institución de heredero, con lo que el testamento era nulo por este motivo.

miento. (2) Pluralidad de albaceas. (3) Capacidad y legitimación. (4) Aceptación, excusa y renuncia. (5) Retribución. (6) Gastos del albaceazgo. (7) Albacea universal. (8) Facultades del albacea universal. (9) Albaceazgo universal de realización de herencia. (10) Albaceazgo universal de entrega directa del remanente de bienes. (11) Destino de la herencia para sufragios o para pobres. (12) Albacea particular. (13) Cumplimiento del encargo. (14) Cese. (15) Finalización del encargo.

Trataré, por separado, en este capítulo, algunas cuestiones generales relativas al albaceazgo y luego me detendré especialmente en la cuestión del albaceazgo universal y particular.

### *Concepto y posición jurídica del albacea*

Del texto legal en general y singularmente del artículo 429.1, CCC resulta que se puede definir al albacea como aquella persona que, en nombre propio y en interés ajeno, está investida por el causante de las facultades correspondientes para que ejecute, respecto a su sucesión, los encargos que le haya conferido. El CCE no define en absoluto al albacea, antes al contrario lo da por supuesto en el art. 892 con el que se inicia su regulación. El CCA en su artículo 3844 alarga el precepto anterior e implícitamente define al albacea como “persona encargada del cumplimiento de su (del testador) testamento”. El siguiente artículo 3845 corrobora esta definición al calificar al albacea de “ejecutor testamentario”.

No hay en la ley catalana un pronunciamiento sobre la posición jurídica del albacea y, en concreto, sobre si éste es un mandatario, un fiduciario, un representante, un administrador, un curador o un titular de un cargo u oficio. En la doctrina y la jurisprudencia españolas, en general se ha considerado al albacea como un mandatario o un representante (del causante y no de los herederos). En el derecho argentino, la doctrina mayoritaria considera el albaceazgo como un *mandato post mortem*, con características especiales respecto al mandato común. El art. 1870, 7 CCA aplica las disposiciones del mandato “a las representaciones por albaceas testamentarios o dativos”.

Actualmente la doctrina civil catalana sostiene que el albaceazgo tiene un régimen jurídico propio que hace innecesaria la calificación de su posición jurídica, aunque, como a menudo acontece, su función tiene ele-

mentos de todas las figuras jurídicas mencionadas sin que se confunda con ninguna de ellas.

### *Nombramiento, capacidad y legitimación*

Tampoco se plantea ningún problema en relación con el tema de su nombramiento. Corresponde al causante de toda sucesión voluntaria (y por tanto al testador o al heredante<sup>8</sup>). Éste lo ha de hacer en el instrumento válido para el heredamiento y aquél tanto en testamento como en codicilo. No se puede designar albacea en memoria testamentaria aunque la legitimación para actuar sobre la validez e interpretación de ésta (si la hay) también corresponde al albacea según el artículo 429-8.2 CCC. Importa resaltar también que de acuerdo con el art. 429-12.4 CCC los albaceas han de cuidarse, entre otros extremos, del entierro, la incineración o el destino de los órganos o del cuerpo del causante y ésta es una materia regulable en la memoria según el artículo 421-21.3 CCC<sup>9</sup>. Tanto

---

<sup>8</sup> En Derecho catalán la sucesión voluntaria puede ser testamentaria o contractual. Los heredamientos, como institución contractual de heredero, han constituido un signo característico de nuestro derecho y han tenido gran importancia a lo largo de nuestra historia.

<sup>9</sup> Hoy en día, sin embargo, estas materias se recogen preferentemente en los documentos denominados de “voluntades anticipadas” (regulados por primera vez en el art. 8 de la ley 21/2000 del Parlamento de Cataluña) o de “instrucciones previas” (contemplados por la ley estatal 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente), que es la terminología legal para aquello que en la opinión pública se designa como “testamento vital”. También trata de esta cuestión el art. 212.3 del proyecto de ley del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia que en su apartado 2 explicita que en el documento de voluntades anticipadas pueden constar previsiones relativas a la donación de órganos o del cuerpo y a formas de entierro o incineración. En ambos preceptos se prevé que el autor del documento pueda designar un representante que vendría a constituir una figura similar a la del albacea. No obstante todo lo anterior, hay que ser consiente de que en estos documentos se trata fundamentalmente de adoptar decisiones sobre la propia salud en orden a lo que algunos textos legales y singularmente el Estatuto de Cataluña (ley orgánica 6/2006 de 19 de julio, art. 20) trata bajo la rúbrica de “derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte”. Entrar a fondo en esta materia aunque fuera sintéticamente, supondría exceder en mucho el marco de este trabajo.

en derecho español como en derecho argentino el nombramiento debe ser efectuado en testamento. No obstante es más perfecto técnicamente el art. 3845 CCA que el art. 892 CCE, ya que aquél precisa que el nombramiento ha de hacerse “bajo las formas prescritas para los testamentos, pero no es preciso que se haga en el testamento mismo cuya ejecución tiene por objeto asegurar”, con lo que resuelve diversos problemas que en derecho español ha tenido que resolver la jurisprudencia y la doctrina.

El mismo artículo 429.1 CCC dispone que el causante puede designar albaceas sustitutos y facultar a los albaceas titulares para que los designen. En función del carácter de la institución, los albaceas no pueden delegar sus funciones si no han sido facultados para ello. El artículo 909 CCE contiene esta misma norma. Y en el mismo sentido se pronuncia el artículo 3855 CCA con una regulación más precisa y detallada.

En caso de pluralidad de albaceas, el artículo 429-2 CCC aplica el principio general de mancomunidad y a no ser que el causante haya dispuesto otra cosa, se entiende que han de actuar por mayoría y que, si se producen vacantes, los albaceas que continúan, asumen las funciones y facultades de los que faltan. Esta solución legal concuerda con lo que establecen los artículos 894 al 897 CCE, (si bien sobre su aplicación concreta ha habido un notable debate doctrinal). En cambio es algo distinta la regulación que el Código civil argentino establece en los artículos 3844, 3870 y 3871, sobre cuya base la doctrina<sup>10</sup> ha distinguido entre albaceas sucesivos, mancomunados, solidarios y diversos. El tema es de gran interés pero no puede ser abordado en un trabajo de esta naturaleza.

Por lo que se refiere a la capacidad el artículo 429-3 CCC establece que puede ser albacea cualquier persona con capacidad para obligarse. Hay en este punto plena coincidencia con el criterio en el que se basan el art. 893 CCE y el artículo 3846 CCA<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> José Ignacio CAFFERATA, *El albacea testamentario en el derecho argentino*, Córdoba, 1952.

<sup>11</sup> Resulta curioso constatar que tanto el art. 893 CCE como el art. 3847 CCA exigían para que la mujer casada pudiera ser albacea la licencia del marido. Tal prescripción desapareció para ambos derechos desde hace ya mucho tiempo (en España mediante la Ley de 2 mayo 1975); en Argentina mediante la ley 11.357 de 23.09.26 sobre derechos civiles de la mujer). En Cataluña, la plena capacidad de la mujer casada se entendió vigente

En cuanto a la legitimación (para ser albacea, no para actuar como tal), el artículo 429-3 CCC dispone que pueden ser albaceas “el heredero, el legatario, las otras personas favorecidas en la sucesión y los que en cada momento ejercen un determinado cargo” en una fórmula que excluye una hipotética falta de legitimación de los implicados en la sucesión de que se trata. No hay duda acerca de la legitimación de los legatarios y otras personas favorecidas en la sucesión que pueden ser los más interesados en la ejecución de un testamento en forma que tal vez no interese al heredero. El art. 3848 CCA determina el mismo criterio.

El CCC posibilita, pues, que el heredero sea albacea. Personalmente me parece una incongruencia. Cierto es que en la práctica son muchos los testamentos en los que se produce un nombramiento de esta naturaleza y que en las fuentes clásicas se habla del “albacea legítimo” para referirse al heredero investido de tal condición, que de otra parte, ya le corresponde como heredero que es “sucesor en todo su (del testador) derecho o en una cuota de su patrimonio”<sup>12</sup>. La doctrina española ha admitido -aunque con críticas- que el heredero pueda ser albacea.

La segunda cuestión que plantea este precepto es la de si puede ser albacea una persona jurídica. La doctrina civil española ha discrepado notablemente en esta materia. En derecho catalán el problema ha sido también ampliamente debatido y pese a que en los últimos tiempos parecía prevalecer la respuesta positiva, el hecho de que el texto legal se refiera a “quienes en cada momento ejercen un determinado cargo”, personalmente me parece indicar que el legislador admite la designación por razón del cargo pero considerando siempre como albacea a la persona física que lo ejerza. En este punto, sin embargo, otros autores que se han ocupado del tema en derecho catalán y la doctrina española en general, con alguna voz en contra, ha aceptado también que las personas jurídicas puedan ser albaceas. También la doctrina argentina se pronuncia a favor de esta posición.

---

con carácter inmemorial, conforme a las fuentes clásicas. Disipó cualquier duda al respecto el artículo 49.3 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 21 de julio de 1960.

<sup>12</sup> Así lo establece el artículo 423-2 CCC. Personalmente me parecía mucho más acertada la anterior expresión de “sucesor en todo su derecho o en una parte de él” introducida en nuestro derecho por la Compilación de 1960.

### *Aceptación, excusa y renuncia*

El régimen de la aceptación, excusa y renuncia del albacea, regulado en el artículo 429-4 CCC no presenta dificultad ni especialidad digna de resaltarse. El cargo de albacea es voluntario pero una vez aceptado, aun de forma tácita, no puede ser objeto de excusa a no ser que concurra justa causa apreciada judicialmente. En el sistema del derecho español y del derecho argentino predomina la idea de la *voluntariedad* del cargo y, en consecuencia se admite la renuncia (arts. 899, 900 y 910 CCE y 3865 CC) con mayor amplitud (pese a la referencia a la “*justa causa*” de los dos primeros preceptos citados) que en derecho catalán.

Si el designado como albacea es requerido notarialmente por algún heredero o por persona interesada en la herencia y no acepta el cargo ante Notario (se excluye pues en este caso la aceptación tácita prevista para el supuesto normal) dentro del mes siguiente a la notificación, se entiende que lo renuncia. Tanto la renuncia como la excusa justificada al ejercicio del cargo no implican de forma alguna la pérdida de aquello que el causante haya dispuesto en su favor a título de heredero o de legatario, salvo que lo haya impuesto así expresamente.

En el sistema del Código civil español, los artículos 897 y 898 regulan de forma semejante la aceptación y la renuncia. En cambio la solución es contraria, en el artículo 900 respecto de la pérdida de los derechos recibidos a título sucesorio. El art. 3849 CCA responde al mismo criterio.

Por último, en lo que respecta a este capítulo, entiendo que debió aprovecharse esta última reforma para efectuar algo que no se ha hecho. Se trataría de establecer que el albacea sólo debiese actuar a solicitud o requerimiento de los herederos o de las personas interesadas en la herencia. En este sentido la aludida *interpellatio* no constituiría presupuesto de la renuncia sino de la aceptación. O al menos que, en defecto de disposición expresa del testador en sentido contrario, se pudieran poner de acuerdo todos los interesados en la sucesión para, de forma unánime, excluir la intervención del albacea. Así lo ha sostenido la mejor doctrina y, por otro lado, resultaría congruente con lo establecido en el artículo 464-6.2 CCC que permite a los herederos hacer la partición prescindiendo del contador-partidor y con lo establecido en el artículo 429-13 CCC que permite que los herederos, de común acuerdo, pueden ampliar los plazos y prórrogas establecidos por el testador (de forma análoga a lo que dispone el art. 906 CCE).

### *Cumplimiento del encargo, cese y finalización*

En materia de cumplimiento del encargo, la ley se refiere fundamentalmente a los plazos y a la rendición de cuentas. No hay en derecho catalán una norma similar a la del artículo 899 CCC según el cual, con la aceptación del cargo “el albacea... se constituye en la obligación de desempeñarlo”. Sin embargo considero que el régimen jurídico ha de ser el mismo. Con la aceptación, el albacea asume la obligación de ejercer el cargo y, en consecuencia deberá actuar conforme a los paradigmas de las obligaciones de hacer y responderá según el mismo criterio. Apunto simplemente que según el artículo 429-13, el plazo normal, en defecto de fijación por el testador (que, puede llegar a ser de 30 años o en relación a la vida de personas que no pasen de la segunda generación, como en los fideicomisos –artículo 426-10 CCC- ) es de un año desde la aceptación (al igual que el artículo 904 CCC), aunque resulta posible la prórroga por acuerdo unánime de los herederos o por decisión de la autoridad judicial, según los casos. El cumplimiento ordinario del encargo acaba con la rendición de cuentas según el artículo 429-13.5 CCC, de manera análoga a lo que establecen los artículos 907 CCE y 3868 CCA.

El cese de los albaceas se produce, según el artículo 429-14 CCC, por causas subjetivas (muerte, imposibilidad de ejercicio, excusa, incapacidad sobrevinida o por remoción fundamentada en una conducta dolosa o gravemente negligente), por causas objetivas (cumplimiento del encargo) y por causas temporales (transcurso del plazo). Los artículos 910 CCE y 3864 y 3865 CCA atienden substancialmente a las mismas causas.

La regulación del albaceazgo concluye con el artículo 429.15 CCC dedicado a la finalización del encargo. En él se prevé la posibilidad del nombramiento de un albacea dativo (sólo para la finalización del encargo). Y resulta especialmente interesante que se cierre la regulación del albaceazgo atribuyendo al heredero el cumplimiento del encargo o la misión dispuestos por el causante.

## **IV. Albaceas universales y particulares**

En el Derecho civil de Cataluña, la distinción entre el albacea universal y el particular tiene mucha importancia. El Código civil español contie-

ne esta distinción (art. 894) pero prácticamente no extrae de ella ninguna consecuencia. El Código civil argentino no se plantea esta clasificación.

El nuevo libro cuarto del Código civil de Cataluña dedica cuatro largos artículos (429-7 al 429-10) al albacea universal, uno (429-12) al albacea particular y en medio otro artículo (429-11) a la herencia destinada a sufragios o para los pobres, del que no voy a ocuparme.

La importancia del albacea universal radica en que en nuestro derecho la existencia de albacea universal suple la falta de institución de heredero *-caput et fundamentum totius testamenti-* (art. 429-7.2 y art. 423-1.3) que el testamento ha de contener necesariamente para que sea válido (art. 423-1.1).

### *Clasificación de los albaceas*

Habitualmente se distingue solamente entre albaceas universales y particulares. Personalmente esta clasificación me parece discutible y excesivamente tributaria del Código civil (art. 894 CCE) especialmente si tenemos en cuenta que la regulación posterior de éste no extrae ningún efecto o consecuencia relevante de la distinción, que parece inspirada en la diferencia entre el mandato general (universal) y el especial (particular) del artículo 1712 CCE.

Ello no obstante hay que tener presente que en derecho catalán hay dos efectos fundamentales en uno y otro caso. La designación de albacea universal suple la falta de la necesaria institución de heredero (art. 429-7.2), consecuencia que no se produce con el nombramiento de un albacea particular. La retribución es asimismo distinta puesto que, con independencia del reembolso de los gastos originados por su actuación (art. 429-6), el albacea universal percibe el 5% (antes el 10%) del activo hereditario líquido mientras que el albacea particular obtiene el 2% y únicamente en el caso de que sea contador partidor (art. 429-5.1).

Por tanto, tan válida resulta una configuración unitaria del albaceazgo, como su clasificación dual. También podría distinguirse tres supuestos de albaceazgo ya que el Código civil de Cataluña distingue dentro de los albaceas universales, entre el albacea universal de entrega directa del remanente de bienes (regulado en el art. 429-10) y el albacea universal de realización de la herencia (art. 429-9). En caso de duda acerca de si el

albacea es de una u otra clase, el art. 429-7.4 establece que se presumirá que tiene la condición menos intensa, de entrega directa del remanente.

Finalmente cabe apuntar que en un estadio muy cercano al del albacea universal se encuentra la figura del heredero de confianza regulada en los artículos 424-11 al 424-15 CCC. Esta institución se reconoce en la tradición jurídica catalana en la que se integra procedente del derecho canónico (Decretales) al que llegó por derivación del derecho romano<sup>13</sup>. Y así no es de extrañar que la ley disponga que una vez revelada la confianza, el heredero tiene la condición de albacea universal (art. 424-14.2 CCC) y, por otro lado, que si ya ha recibido retribución por este concepto, no le corresponde por el de albacea universal (art. 429-5.4 CCC).

En todo caso resulta indudable que la calificación de un albacea como universal o particular no depende del nombre atribuido por el testador sino de la naturaleza objetiva y funcional de su misión y de las facultades que se le confieren. Resulta definitivo al respecto el art. 429-12.2 CCC al disponer que el albacea designado con el simple encargo de tomar posesión de la herencia y entregarla íntegramente al heredero instituido, tiene condición de particular “aunque el causante lo califique de universal”.

### *El albacea particular*

Se trata de la figura de menor intensidad en el conjunto del albaceazgo y la que plantea menos problemas porque probablemente es la que pre-

---

<sup>13</sup> Modernamente la institución ha sido objeto de acerbas críticas y, en gran parte ha ido derivando precisamente hacia el albaceazgo universal. Ello no obstante, permanece en la ley 10/2008 siguiendo substancialmente los precedentes y la doctrina jurisprudencial y procurando dotar de las debidas garantías al proceso de cumplimiento de la voluntad del causante. El heredero de confianza es aquella persona física y determinada a quien el testador ha encomendado confidencialmente, de palabra o por escrito, que dé un destino concreto a su herencia. El heredero puede mantener reservada la confianza o revelarla, a no ser que la revelación haya sido expresamente prohibida por el causante. El nombramiento resulta ineficaz si el heredero revela o cumple la confianza en su favor o si resulta incumplible por desconocida, ilegal, contradictoria o indescifrable.

senta más características de mandato que de fiducia. El albacea particular ha de cumplir y ejecutar los encargos o disposiciones del causante y, con este fin, dispone de las facultades que éste le atribuye y de las que la ley le confiere. El nombramiento de albacea particular suele darse cuando hay un heredero instituido y, en consecuencia, su función consiste no tanto en ejecutar el testamento (competencia que corresponde al heredero) como en cumplir una misión o encargo que, a juicio del causante, el heredero podría no ejecutar, fundamentalmente a causa de eventuales intereses contrarios<sup>14</sup>. Por ello personalmente pienso que el albacea particular no debería intervenir en la sucesión si no a requerimiento de los titulares de los intereses que, por encargo del causante, ha de tutelar.

Los albaceas particulares no perciben retribución, excepto cuando hayan sido nombrados contadores-partidores, en cuyo caso la remuneración es del 2% del activo hereditario líquido. Tienen, sin embargo, derecho al reembolso, a cargo de la herencia, de todos los gastos efectuados.

El Código civil de Cataluña regula el contenido típico de la función de los albaceas particulares: cuidarse del entierro o la incineración, de los funerales y sufragios piadosos, del destino de los órganos o del cuerpo del difunto y pedir el cumplimiento de los modos testamentarios<sup>15</sup>.

Sobre algunas de estas funciones no se suscitan problemas pero, en cuanto a otras, hay más voluntarismo que efectividad, especialmente las inmediatas al fallecimiento cuando aún no hay constancia del nombramiento, una vez desaparecida la posibilidad de aceptación del cargo en el mismo instrumento de la designa.

---

<sup>14</sup> Me parece digna de subrayarse la opinión de VÉLEZ SÁRSFIELD, en la Nota al art. 3851 CCA según la cual el albaceazgo restringe los derechos de administración y disposición de los herederos, por lo que no puede extenderse más allá de los límites indispensables de su objeto.

<sup>15</sup> Sobre la primera parte, véase lo que digo en la nota 8 *supra*. En cuanto a la segunda, el Código civil Catalán contiene una amplia regulación de las “Disposiciones modales” en los artículos 428-1 al 428-6 que constituyen el capítulo VIII situado precisamente con inmediata anterioridad a la regulación del albaceazgo. Esencialmente el modo permite al causante imponer al heredero o legatario, una carga, un destino o una limitación que no redunde en beneficio directo de quien puede reclamarlo.

### *El albacea universal, en general*

En realidad constituye el origen de la institución, como instrumento para los casos de institución hereditaria de carácter piadoso o benéfico y de distribución de bienes entre los pobres. Con posterioridad se subdividió en dos figuras: albacea universal de entrega directa de bienes y albacea universal de realización dineraria de la herencia. Entre ambas no hay diferencia por lo que se refiere a los efectos (suplencia de la institución de heredero y retribución) pero sí respecto a su función institucional y a algunas de sus facultades, singularmente el ámbito de la posibilidad de enajenación a título oneroso de los bienes de la herencia. Ambos albaceas tiene atribuida explícitamente la facultad de interpretar el testamento, codicilo, memoria testamentaria o pacto sucesorio que haya de ejecutar, con los problemas que ello comporta en la práctica.

Concluiré este apartado diciendo que algunos ven en la figura del albacea universal el instrumento idóneo para acercar nuestro sistema sucesorio al que es propio de los países de tradición anglosajona y norteamericana, tesis que personalmente me parece totalmente rechazable.

### *El albacea universal de entrega directa*

Como ya he indicado anteriormente este tipo de albacea está situado en la frontera con el albacea particular. En efecto, puede ocurrir que un causante realice determinados encargos a un albacea disponiendo que, una vez efectuados y sin que sea necesario ningún acto de realización dineraria, entregue la herencia íntegramente a heredero o a personas designadas sin atribuirles tal condición. Conforme al ya expuesto art. 429-12.2, en el primer caso el albacea será particular (aunque el causante lo califique de universal) y en el segundo caso podrá ser calificado de universal, supliendo así la falta de institución hereditaria e impidiendo la nulidad del testamento por esta causa.

El albacea universal de entrega directa del remanente de bienes, ostenta, según el art. 429-10 CCC, las siguientes facultades: a) Pagar deudas y cargas hereditarias y los impuestos causados por la sucesión; b) Cumplir los legados y otras disposiciones testamentarias; c) Pedir el cumplimiento de los modos; d) Pagar las legítimas; e) Efectuar los actos de

realización dineraria que sean necesarios para cumplir las finalidades anteriores; f) Practicar la partición de la herencia.

### *El albacea universal de realización de la herencia*

Constituye el supuesto más claro de albaceazgo universal y justifica que a la institución se le reconozca naturaleza jurídica fiduciaria y virtualidad para suplir la falta de institución de heredero.

Sus facultades resultan del art. 429-9 CCC. Tiene las mismas que el albacea universal de entrega directa -apartados d), e), f) y g) y además puede: a) Enajenar a título oneroso los bienes de la herencia; b) Cobrar créditos y cancelar sus garantías; c) Retirar depósitos de todas clases; y h) En general, efectuar todos los actos necesarios para la realización dineraria de los bienes de la herencia. El albacea ha de dar al dinero obtenido, la inversión o el destino ordenados por el testador.

### *Retribución de los albaceas*

En esta materia se ha producido la única novedad substancial introducida por la nueva ley. A mi modo de ver, el legislador ha mirado con notable aprensión este tema, sin duda estimulado por algunas realidades flagrantes, pero lo ha hecho utilizando un mecanismo muy discutible<sup>16</sup>. Se

---

<sup>16</sup>Con toda seguridad se trataba de evitar la corruptela de la percepción de una retribución legal elevada por parte de supuestos albaceas universales que en realidad no lo eran. Sin embargo, en lugar de atacar directamente el problema, se dispuso la reducción del tipo a la mitad. Se trata de una solución salomónica que en lugar de resolver el problema lo agrava. Ahora algunos albaceas, que realmente no son universales, intentarán percibir una remuneración que seguramente seguirá siendo excesiva mientras que auténticos albaceas universales verán reducida su retribución por mero capricho legal. El tema se revela todavía más injusto cuando, como consecuencia de la expuesta simetría de las figuras del albacea universal y el heredero de confianza, también a éste se le ha rebajado la retribución al 5%.

ha limitado a rebajar al 5% el tipo (que antes era del 10%) para calcular la remuneración sobre el valor del activo hereditario líquido.

Por lo demás, en lo substancial se ha respetado la regulación general que ya efectuó la Compilación del Derecho Civil de Cataluña de 1960, que precisó que el tipo de la retribución debía aplicarse sobre el caudal hereditario líquido y no sólo sobre los frutos y rentas, como se había sostenido con anterioridad y estableció que la retribución era compatible, salvo disposición del testador en contrario, con los legados u otras disposiciones beneficiosas. En mi opinión ésta es también la solución en derecho argentino, según el artículo 3849 en relación con los artículos 3872 y 3873.

Otros dos temas relacionados con la retribución merecen, a mi juicio un comentario crítico. De un lado, el art. 429-5.1 dispone que “si el albaceazgo es ejercido profesionalmente, los honorarios que se devenguen por la prestación de servicios se imputan al porcentaje de retribución”. Con independencia de la imprecisión de esta expresión (propriadamente no hay albaceazgo profesional, sino en todo caso albaceazgo ejercido por profesionales), no acierto a hallar la razón por la cual el albacea que no sea profesional puede encargar servicios profesionales, pagarlos, reembolsarse de ellos como gastos y percibir su retribución, mientras que si el albacea es profesional sus eventuales honorarios deben imputarse a su remuneración. De otro lado, el art. 429-5.3 dispone el reparto igualitario de la retribución cuando son varios y simultáneos los albaceas. En especial, después de la considerable rebaja del tipo general, podría haberse considerado la posibilidad de aumentarlo en caso de pluralidad de albaceas, como acontece en casos análogos, de manera que los albaceas, por ejemplo en el caso de ser tres, no perciban tres veces la remuneración que correspondería a uno solo, pero sí algo más que la remuneración de uno solo, a reparto.

Con independencia de los detalles concretos y de su escasa importancia teórica, me he detenido en esta cuestión porque, en mi opinión, existe el riesgo de que esta medida se inserte en una corriente de opinión tendente a restar importancia a la figura del heredero y sus asimilados. En el trámite parlamentario se intentó suprimir la cuarta falcidia y la cuarta trebeliánica. Finalmente se mantuvieron de forma que a mi me parece merecedora de todos los parabienes<sup>17</sup>. Y es que, en definitiva, mientras la

---

<sup>17</sup> La cuarta falcidia consiste en el derecho que corresponde (art. 427-40 CCC) al heredero gravado con legados, de que le quede libre la cuarta parte del activo hereditario

institución de heredero sea esencial en nuestro sistema sucesorio, se la ha de dotar de un contenido patrimonial. No hacerlo seguramente supondría la paulatina desaparición de la necesidad de la institución y con ella la pérdida de uno de los signos de identidad de nuestro derecho sucesorio.

## V. Reflexión conclusiva

Decía ya en la Introducción que mi propósito al escribir este trabajo consistía fundamentalmente en dar cuenta de una institución -el albaceazgo- que ha sido modificada pero mantenida en la última reforma importante de la legislación catalana, producida con la publicación de la ley del Parlamento de Cataluña 10/2008, de 10 de julio, del libro IV del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones.

He querido exponer unas Notas, a modo de pinceladas, acerca de lo que supone el albaceazgo en nuestro derecho civil. Aun cuando su encaje en un sistema de *successio* romana presenta algunas importantes dificultades, constituye una institución muy utilizada en la práctica, lo que aconseja su mantenimiento y la mejora de su regulación. Ello no obstante, el albaceazgo no debería ser utilizado como instrumento o vehículo para transitar hacia un sistema general de realización de herencia que no es propio de nuestra tradición jurídica.

La última regulación ha mantenido y sistematizado la anterior regulación y, en este sentido, merece un juicio favorable. Ello no obstante se ha desaprovechado la ocasión para resolver las cuestiones discutidas. Y se han introducido modificaciones, en especial en materia de retribución, que resultan muy discutibles. En todo caso esperamos que en el futuro la institución del albaceazgo siga contribuyendo, como lo ha hecho hasta el presente, a un mejor desarrollo del proceso sucesorio.

---

líquido. Lo mismo le corresponde, con el nombre de cuarta trebeliánica (art. 426-32 CCC) al heredero gravado con fideicomisos. Estos supuestos no son sustancialmente distintos de aquel en el que el testador, en lugar de designar heredero, designa un albacea universal. Aunque admitamos que el uso del "*nomen haeredis*" puede justificar una cierta distinción de trato, me parece que tanta diferencia de retribución, especialmente después de la reducción del tipo, no tiene justificación alguna.



# CONSIDERACIONES SOBRE LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN ENTRE CÓNYUGES

MARÍA JOSEFA MÉNDEZ COSTA

**Sumario.** A. Formuladas inmediatamente antes de la entrada en vigencia de la ley 26.618. 1. El tema. 2. Sobre la distinción entre prescripción adquisitiva y prescripción extintiva. 3. Fundamentos de la suspensión de la prescripción entre cónyuges. 3.1. ¿Sería procedente la usucapión entre cónyuges?. 3.2. ¿Sería procedente la prescripción liberatoria entre cónyuges?. 3.3. ¿Media jerarquía entre los mencionados fundamentos?. 4. Alcance cronológico de la suspensión. 5. Algunos planteos jurisprudenciales. 6. Extensión de la suspensión a terceros. 6.1. El artículo 3970. 6.2. Invocabilidad activa y sujeto pasivo de la suspensión. Los artículos 3981 y 3982. 6.2.1. Consideración del tema en materia de fraude según Mazzinghi. 6.2.2. Consideración del tema (supuesto de acción que debe entablarse contra el cónyuge y un tercero) por Guastavino. 6.2.3. El aporte jurisprudencial. 7. Ciertas cuestiones en particular. 7.1. ¿Prescribe la acción de nulidad del matrimonio? 7.2. Prescripción y gestión de bienes de los cónyuges. 7.2.1. Proyección de la falta del debido asentimiento conyugal. 7.2.2. Sobre la vigencia del artículo 3971. 8. Los caracteres de la suspensión de la prescripción durante el matrimonio. B. Formuladas después de la entrada en vigencia de la ley 26.618. 9. Reformas introducidas por la ley del 2010. 10. Derecho extranjero y proyectos argentinos.

## **A. Formuladas inmediatamente antes de la entrada en vigencia de la ley 26.618**

### *1. El tema*

El Código de Vélez, redacción original, dedica tres artículos en forma expresa a la prescripción entre cónyuges, los artículos 3969, 3970 y 3971, Capítulo I (“De la suspensión de la prescripción”), Título Primero (“De la prescripción de las cosas y de las acciones en general”), Sección Tercera (“De la adquisición y pérdida de los derechos reales y

personales por el transcurso del tiempo”), Libro Cuarto (“De los derechos reales y personales”). La fórmula “De la adquisición y pérdida de los derechos reales y personales por el transcurso del tiempo” es denominación por lo demás significativa y clara, tratándose en este mentado Capítulo I de la *suspensión de la prescripción entre marido y mujer*, de la *acción de la mujer que hubiere de recaer sobre el marido* y del remanente que queda de prescripción contra la mujer casada, de manera que sólo el primero, el artículo 3969, hace propiamente a la prescripción entre cónyuges. Del artículo 3971 anticipamos su inaplicabilidad actual dada la igualdad de los esposos, la capacidad civil de la mujer casada y la separación de gestión y de deudas que tipifica el vigente régimen patrimonial matrimonial en nuestro derecho positivo. Sobre este artículo y sobre el 4031 en que es expresamente mencionada la mujer casada, también original del codificador, se formulan algunas observaciones mas adelante concurriendo en el tema de la gestión de bienes de los esposos. Otros textos son convocados por un tratamiento genérico, por ejemplo, los artículos 3981 y 3982.

La suspensión de la prescripción significa que el curso de la misma se inmoviliza si ya hubiera comenzado a correr por causa anterior a las nupcias o que no comienza a transcurrir si se diera causa prescriptible posterior a las mismas. En el primer caso, lo transcurrido se agrega al curso reactivado cuando la suspensión termina. Innecesario anticipar que no hay prohibición legal alguna que impida a un cónyuge demandar al otro si median los fundamentos legales y fácticos pertinentes, dentro de la amplitud del contenido del artículo 19 de la Constitución Nacional.

Los textos dedicados a la suspensión de la prescripción cubren tanto la adquisitiva o usucapión (art. 3948) como la liberatoria o extintiva (art. 3949).

Cabe observar que importantísimas obras doctrinarias especialmente dedicadas al Derecho de Familia e incluso al Derecho de Familia Patrimonial, prescinden de incluir un tratamiento específico, sistemático e independiente de la prescripción entre cónyuges, destacándose la exposición de Cafferata <sup>1</sup> que invoca las notas del codificador para justifi-

---

<sup>1</sup> José Ignacio CAFFERATA, *Derecho de familia*, Córdoba, Mediterránea, 2005, t. 1, Cap. XL, p. 539 y ss.

carlo, notas que conservan su valor pese al cambio de costumbres y de legislación que impacta en la relación marido - mujer, si bien ningún autor deja de referirse a la institución de la prescripción extintiva en los casos particulares.

No es fácil precisar la razón de ser de esta omisión, al margen de lo particular del tema que ocupa su lugar en los tratados sobre Obligaciones y sobre Derechos Reales. Tal vez cuadra remitirse a la infrecuencia de hecho de la problemática de cada una de las especies (adquisitiva y extintiva) en relaciones conyugales o proyectándose sobre ellas.

Los dos textos básicos rezan: artículo 3969 “La prescripción no corre entre marido y mujer, aunque estén separados de bienes, y aunque estén divorciados por autoridad competente”; artículo 3970 “La prescripción es igualmente suspendida durante el matrimonio cuando la acción de la mujer hubiere de recaer contra el marido, sea por un recurso de garantía, o sea porque lo expusiere a pleitos, o a satisfacer daños e intereses”. El texto del artículo 3971 expresa: “Fuera de los casos de los artículos anteriores, la prescripción corre contra la mujer casada, no solo en cuanto a los bienes cuya administración se ha reservado, sino también respecto de los bienes que han pasado a la administración del marido”.

El artículo 3969 debe ser leído en el contexto original de Vélez Sársfield y proceder a encuadrarlo en la legislación vigente sin distorsionarlo. La prescripción liberatoria y la prescripción adquisitiva están suspendidas entre cónyuges, es decir, mientras son cónyuges y no cuando han dejado de serlo por haberse divorciado vincularmente. No trasciende que esos cónyuges se encuentren conviviendo, separados de hecho, separados personalmente (lo que corresponde a la expresión *divorciados por autoridad competente* propia de la época histórica del originario artículo 3969 y que corresponde ahora a los *separados personalmente* conforme al artículo 201, siguientes y concordantes del Código Civil según la ley 23.515), o separados de bienes (situación patrimonial accesible a solicitud de la esposa por las causales de mala administración o concurso del marido según el artículo 1294 originario y accesible ahora a pedido de uno u

---

Personalmente abordamos brevemente la cuestión en María Josefa MÉNDEZ COSTA, FRANCISCO A.M. FERRER y Daniel Hugo D'ANTONIO, *Derecho de Familia*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. II, 2008, Cap. IX, II, p. 11 y ss..

otro cónyuge en virtud de la redacción impresa a dicho texto por la mentada ley 23.515 que agregó la causal de abandono de hecho, admitiéndose también en el caso de curatela de un cónyuge por un tercero según el artículo 1290 asimismo originario) .No existe divergencia doctrinaria ni jurisprudencial alguna en cuanto a la expuesta interpretación. Pero si puede notarse que en alguna versión jurisprudencial, que se citará oportunamente <sup>2</sup>, la separación personal se estima determinando el cese de la suspensión de la prescripción, de manera que ésta se produciría siempre que la sociedad conyugal se disuelve (véase el artículo 1306), lo que excede los márgenes del artículo 3969 trasladando la situación de los ex cónyuges a la de aquellos que siguen siendo cónyuges después de la separación no vincular . Y, estrictamente, *lo decisivo para la suspensión de la prescripción es el ser conyugal de los implicados*. Así ha expuesto la Sra. Ministra de la Suprema Corte de Mendoza Dra A.K. de Carlucci, rehusando que la existencia o no existencia del régimen patrimonial matrimonial deba tener efectos sobre el curso de la prescripción porque la suspensión está fundada en los lazos generados por el vínculo matrimonial y no en un determinado régimen conyugal de bienes. De lo contrario, explica, también debería cesar la suspensión cuando el régimen patrimonial matrimonial legal se extingue sin disolución del vínculo <sup>3</sup>.

## 2. Sobre la distinción entre prescripción adquisitiva y prescripción extintiva

Es adecuado recordarla al iniciar el análisis del tema. Moisset de Espanés lo sintetiza en su obra sobre prescripción <sup>4</sup>. La prescripción liberatoria es presentada por nuestro homenajeado como la consecuencia de que concurren dos elementos, a saber, el “no ejercicio de las facultades

---

<sup>2</sup> Ver infra N° 5 y nota N° 30

<sup>3</sup> S.C. de Mendoza, Sala I, 18/11/1993, L.L. 1994-B-549; D.J. 1994-1- 621; J.A. 1994-I—686, E.D. 159-65. La sentencia ha sido sintetizada por Carlos H. ROLANDO y comentada por la autora de este trabajo en María Josefa MÉNDEZ COSTA, *Visión jurisprudencial de la sociedad conyugal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 61 y ss.

<sup>4</sup> Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Prescripción*, Córdoba Advocatus, 2006.

des propias del derecho respectivo”, esto es, lo que denomina *inactividad*, y el “transcurso del tiempo fijado por la ley”. “En la prescripción adquisitiva, escribe, en cambio, vemos que una persona posee una cosa y ejercita sobre ella las facultades que corresponderían a determinado derecho real (aunque en verdad no sea titular de ese derecho), de manera que podemos señalar también dos elementos: 1) el ejercicio de la posesión sobre una cosa (*actividad*), el transcurso del tiempo fijado por la ley”<sup>5</sup>. Obviamente, trasciende el resultado de la prescripción cumplida conforme a sus requisitos: el artículo 3947 especifica: “Los derechos reales y personales se adquieren y se pierden por la prescripción. La prescripción es un medio de adquirir un derecho, o de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo”, si bien exige más que el mero suceder de días pues reclama o una posesión no breve de la cosa o una abstención de actuar tampoco breve (“una larga posesión o una larga inacción”)<sup>6</sup>. En efecto, la prescripción adquisitiva hace a los derechos reales y se conceptúa por sus resultados en el artículo 3948, resultados que dependen del cumplimiento de los requisitos correspondientes: “La prescripción para adquirir, es un derecho por el cual el poseedor de una cosa inmueble, adquiere la propiedad de ella por la continuación de la posesión, durante el tiempo fijado por la ley”. Y la extintiva, por los suyos, con análoga dependencia, en el artículo 3949. “La prescripción liberatoria es una excepción para repeler una acción por el solo hecho que el que la entabla, ha dejado durante un lapso de tiempo de intentarla, o de ejercer el derecho al cual ella se refiere”. La prescripción adquisitiva opera no solamente con respecto al dominio sino también con respecto a los derechos reales que se ejercen por vía posesoria de inmuebles y de muebles. Moisset de Espanés

---

<sup>5</sup> *Idem*, p. 84.

<sup>6</sup> Félix A. TRIGO REPESAS, en Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, Claudio KIPER y Félix A., TRIGO REPESAS, *Código Civil comentado. Privilegios. Prescripción. Aplicación de las leyes civiles*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, comentario al art. 3947; Beatriz AREAN, en Alberto J. BUERES y Elena I. HIGHTON, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 6 B, *Sucesiones, Privilegios. Prescripción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, comentario al art. 3947 (le corresponde la frase final transcripta); Edgardo Ignacio SAUX, en Jorge Joaquín LLAMBÍAS y María Josefa MÉNDEZ COSTA, *Código Civil anotado*, t. V-C. Sucesión testamentaria, *Desheredación, Legados, Privilegios, Derecho de retención, Prescripción*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, comentario al art. 3947.

ejemplifica con el artículo 3017 y en particular con el 4015 que tanto en su redacción vigente según la ley 17.711 como en su redacción original, se refiere a la propiedad de las “cosas inmuebles “y a los “demás derechos reales”<sup>7</sup>. Trigo Represas enuncia: el dominio, el usufructo, el uso y la habitación, las servidumbres continuas y aparentes, la propiedad horizontal y el condominio y Saux, el dominio, el usufructo, el uso y habitación y las servidumbres continuas y aparentes<sup>8</sup>.

En una síntesis muy elaborada y reducida al supuesto de presentación más frecuente en la práctica, pero no, por cierto, único entre los derechos reales, cabe afirmar que la usucapión hace al dominio: aquel que se impone por una prescripción adquisitiva que se opuso al propietario de la cosa con fundamento legal judicialmente reconocido, adquiere el dominio (o el derecho real en cuestión si de él se trataba): es legalmente, dueño y el anterior propietario dejó de serlo.

El resultado de la invocación de la prescripción extintiva admitida es distinto. La prescripción liberatoria se refiere a las acciones que se extinguen por su razón y causa, sin mengua de que la obligación devenga obligación natural<sup>9</sup> o, con mayor exactitud, es prescripción “que se produce por el transcurso del tiempo y (que) el juez no la hace nacer con su sentencia, sino que se limita a declarar que existe, cuando alguien que tenga legitimación para hacerlo, la opone”<sup>10</sup>.

La suspensión, así como la interrupción, son contingencias de la prescripción pero no pueden afectar la *caducidad* de ciertos derechos y acciones, instituto de relevancia en cuestiones jurídicas de familia, por ejemplo, en las acciones de impugnación de estado (arts. 258, 259, 263<sup>11</sup>).

---

<sup>7</sup> Ob. cit., p. 87.

<sup>8</sup> TRIGO REPRESAS, ob. y lug. cits., comentario al art. 3948; SAUX recién cit., comentario al art. 3948.

<sup>9</sup> Véase AREAN, ob. y lug. cits., comentario al art. 3949, ps. 569/ 570. SAUX, ob. y lug. cits. comentario al art. 3949, N° 3.

<sup>10</sup> MOISSET DE ESPANÉS, ob. cit., p. 23 *ab initio*.

<sup>11</sup> Ver TRIGO REPRESAS, ob. y lug. cits., comentario al art. 3949, N°. 5, p. 288.

### 3. *Fundamentos de la suspensión de la prescripción entre cónyuges.*

La exposición doctrinaria, coincidente al respecto, iniciándose con la misma nota del codificador y a pesar de proyectarse sobre ella la mutada realidad social y legal que nos rodea, permite agrupar la argumentación justificadora de la suspensión de la prescripción entre cónyuges en razones de concordia matrimonial y razones de coherencia con la regulación legal de las relaciones patrimoniales entre esposos.

Guastavino apelaba a no perturbar la armonía conyugal y Llambías a cohibir cualquier sentimiento de hostilidad recíproca<sup>12</sup>. Hoy continúan expresando Bossert y Zannoni que se trata de no crear en un cónyuge la necesidad de actuar contra el otro<sup>13</sup>. Es cuestión de no suscitar o de no ahondar el distanciamiento de los esposos. Subyace en este propósito legal una finalidad protectora del matrimonio y la suspensión de la prescripción solamente cede cuando ya éste se encuentra destruido.

En materia de relaciones patrimoniales entre los cónyuges, el propósito legal se mantiene en límites de conformidad con el régimen patrimonial matrimonial organizado legalmente, de no refutarlo con la admisión de especies que pudieran llegar a contradecirlo, incluso si ha sido sustituido por la separación de bienes, tal vez por razón de principio o ante la posibilidad de su reconstitución en caso de ser procedente, pues la “sociedad conyugal” puede reconstituirse por la reconciliación de los cónyuges separados personalmente (art. 234, primer párrafo) y, si obedeció a otras causales, aplicando los artículos 1304 y 1305. Pero no es cuestión de proteger el régimen de “sociedad conyugal” sino, en todo caso, el matrimonio del que es manifestación sólo excepcionalmente sustituida por un mínimo de normativa de relaciones patrimoniales a lo que es adecuado denominar, como hacemos, régimen de “separación de bienes”.

---

<sup>12</sup> Importante estudio de Elías P. GUASTAVINO, “Suspensión de la prescripción por causa de matrimonio” en Boletín del Instituto de Derecho Civil, N° 1, Santa Fe, 1959, vol. II, 4, p. 110 y ss.; Jorge Joaquín LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, 14ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1991, actualizada por Patricio RAFFO BENEGAS., t. II, N° 2123, p. 685, frecuentemente cit.; ver Aidilio FABIANO, en LLAMBÍAS - MÉNDEZ COSTA, ob. y lug. cits., comentario al art. 3969, A,1.

<sup>13</sup> Gustavo A. BOSSERT y Eduardo A. ZANNONI, *Manual de Derecho de Familia*, 6ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2005, parágr. 311.

La interpretación de textos contemporáneos al codificador en un régimen modificado por trascendental evolución legal, que se remonta a la casi insignificante incidencia de la ley 2393, fundamentalmente se define en términos de complejidad a partir de la ley 11.357, incluso con importantes fuentes y respaldo constitucionales. Convoca a un mayor detenimiento.

### 3.1. *¿Sería procedente la usucapión entre cónyuges?*

Argumentamos con la hipótesis de perfiles más evidentes. Dado que la usucapión implica cambio del titular del derecho real sobre la cosa determinada, se trataría del reemplazo del propietario, por ejemplo, la esposa, por su marido. Esta consecuencia es inaceptable en el régimen patrimonial matrimonial argentino pues los medios, diríase, normales, para obtener tal efecto se encuentran vedados: ni la compraventa (art. 1358), ni la permuta (art. 1490), ni la donación (art. 1807, inc. 1º. y 1820) están permitidas entre esposos. Las interdicciones, entre las otras que entran en el estudio de los contratos prohibidos entre cónyuges<sup>14</sup>, de singular importancia, constituyen verdaderas incapacidades de derecho cuya violación acarrea nulidad absoluta<sup>15</sup>. Dado este fundamento, los cónyuges pretensos contratantes no podrían adquirir válidamente por prescripción derechos que les está prohibido adquirir de determinado enajenante: su cónyuge. La admisión de la usucapión implicaría una discordancia insuperable con este sistema aún no desplazado por una apertura a la capacidad contractual recíproca entre consortes que ya aparece explícita en importantes derechos extranjeros<sup>16</sup>. He aquí una fundamentación razo-

---

<sup>14</sup> La bibliografía y la jurisprudencia son muy amplias y calificadas. Como un breve aporte reciente que incluye referencias importantes: María Josefa MÉNDEZ COSTA, “¿Por qué, para qué y hasta cuándo las prohibiciones contractuales entre cónyuges?”, en *Derecho de familia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, N° 42, marzo-abril 2009, p. 65 y ss.

<sup>15</sup> María Josefa MÉNDEZ COSTA, “Partición de gananciales: negocio único”, L.L. 1986-E-158 y ss. y en *Código Civil comentado, Derecho de Familia patrimonial*, Buenos Aires- Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 18, 2, a. Ver el tema y sus referencias, con opiniones a confrontar, en Eduardo A., SAMBRIZZI, *Régimen de bienes en el matrimonio*, Buenos Aires, La Ley, 2007, t. I, parágr 155.

<sup>16</sup> Ver nuestro artículo cit. en nota 14, III, 2.

nable de la imposibilidad de usucapir entre marido y esposa. Téngase presente que conforme al artículo 3950 “todos los que pueden adquirir pueden prescribir”, lo que torna evidente que quien no puede adquirir de determinada persona tampoco puede prescribir adquisitivamente contra ella.

Tal vez pueda presentarse algún caso de ingreso de un bien al dominio de uno de los cónyuges proveniente del patrimonio de su consorte pero se trataría de hipótesis donde convergen otras instituciones. Es aceptable, y no cabe ninguna objeción, la división de condominio entre marido y mujer que adquirieron un bien en común antes del matrimonio o después del matrimonio, empleando fondos propios o gananciales de su respectiva gestión<sup>17</sup>. O que son coherederos de un causante *ab intestato* o de un testador, o simplemente, donatarios de un donante. Pero en estos supuestos no es cuestión de recibir el dominio uno de los consortes de su consorte.

La habilidad contractual entre esposos separados de bienes no es un tema definido por la aceptación en la doctrina actual. Porque tampoco lo es encarar la “separación de bienes” como régimen patrimonial matrimonial entre cónyuges que son tales. Los artículos 1358 y 1807, inc. 1º, expresamente disponen la prohibición de la compraventa y de la donación entre cónyuges “aunque hubiese separación judicial de bienes” y “durante el matrimonio” respectivamente. La evolución legal carga con la responsabilidad de la insuficiente claridad de los planteos. Recién a partir de la ley 17.711, la disolución de la sociedad conyugal fue consecuencia del divorcio no vincular sin requerir la solicitud del cónyuge inocente y recién con la ley 23.515, la sentencia de separación personal determina *ipso iure* el emplazamiento de los cónyuges separados fuera de la dicha sociedad conyugal. (art. 1306), mientras que a la separación de bienes puede accederse, a su vez, en las figuras dispuestas en el artículo 1294. Una ubicación doctrinaria predominante distingue entre los esposos *sin sociedad conyugal* (separados de bienes) sin separación personal y los que *no están vinculados por sociedad conyugal* (separados de bienes) porque están separados personalmente. Para estos se extingue la prohibición en opinión de Zannoni, es poco razonable que se mantenga en opinión de Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda, mientras que Borda y Belluscio

---

<sup>17</sup> Ver nuestro *Derecho de Familia patrimonial* cit., en particular sobre los “gananciales de titularidad conjunta”, ps. 143-144 y jurisprudencia cit. en ps. 147- 148.

se definen por lo contrario sin negar, el último, su irrazonabilidad, Azpiri auspicia la reforma legal y Mosset Iturraspe apela a un criterio interpretativo finalista más allá de la sola exégesis o de la pura lógica jurídica<sup>18</sup>. La prohibición de la donación también se extinguiría por quedar privada de fundamento en caso de separación personal<sup>19</sup>. Estimamos que mientras la capacidad contractual recíproca de los esposos no resulte definida legalmente con claridad, siempre será posible que se discuta la validez de un contrato de compraventa o donación entre separados personalmente o separados de bienes, pero que la reforma es de esperar subrayando que no se trata de abrir la aptitud para contratar entre sí de esposos en normal matrimonio sino el de esposos separados de bienes, particularmente, si lo es por separación personal. Volviendo a nuestro tema, es decir, a la discordancia entre la usucapión y el status de los esposos separados de bienes, el argumento recién esbozado resulta operante.

Corresponde interrogarse también sobre la procedencia de los requisitos de la adquisición por prescripción. Si el medio o factor instrumental, es la posesión durante el término prescripto legalmente, esta posesión exclusiva, del no propietario con respecto al propietario, es jurídicamente impracticable entre esposos. El artículo 4006 prescribe que la buena fe requerida en materia de prescripción breve “es la creencia sin duda alguna del poseedor, de ser exclusivo señor de la cosa “y no es excusable la fundada en error de derecho (art. 4007); también los artículos 4015 y 4016 requieren posesión (aún sin buena fe) en la prescripción de veinte años. El concepto de posesión se encuentra en el artículo 2351: “Habrá posesión de las cosas cuando alguna persona, por si o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho

---

<sup>18</sup> Eduardo A. ZANNONI, *Derecho de Familia*, 4ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2006, t. I, parágr. 520; Abel FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, y Eduardo G. ROVEDA, *Régimen de bienes en el matrimonio*, Buenos Aires, La Ley, 2001, Cap. III, 4, b; Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho civil argentino, Familia*, 9ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, t. I, Nº 426; Augusto César BELLUSCIO, *Manual de derecho de familia*, 8ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2006, t. I, paragr. 319, Jorge AZPIRI, O., *Régimen de bienes en el matrimonio*, Buenos Aires, Hammurabi, 2002, Cap. II, paragr. 7; Jorge MOSSET ITURRASPE, *Compraventa inmobiliaria*, Buenos Aires, 1976, p. 260.

<sup>19</sup> Jorge Adolfo MAZZINGHI, *Tratado de derecho de familia*, Buenos Aires, La Ley, 2006, t. 2, paragr. 375, b, 3.

de propiedad “y en el artículo 2352: “El que tiene efectivamente una cosa, pero reconoce en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa, y representante de la persona del propietario, aunque la ocupación de la cosa repose sobre un derecho”. Según Moisset de Espanés, para Vélez Sarsfield, la posesión-medio para adquirir la cosa, “no se reduce únicamente al caso en que haya “animus domini” sino que comprende todos los casos en que se ejercite el poder efectivo sobre una cosa, con el ánimo de tener un derecho sobre ella, cualquiera sea este derecho real”<sup>20</sup>.

Pues bien, los bienes propios y gananciales son de su dueño, un cónyuge, el otro, o uno y otro si se hallan en copropiedad. Su uso corresponde a ambos cónyuges y ello puede exteriorizar una cierta y compartida posesión material de las cosas. La gestión jurídica de propios y gananciales corresponde al titular de los derechos sobre cada bien determinado con el requisito del asentimiento conyugal para disponer en los supuestos en que así se encuentre establecido y corresponde en conjunto a ambos esposos con respecto a bienes cuyo origen no puede determinarse o es de prueba dudosa (arts. 1276 y 1277 vigentes según leyes 17.711 y 25.781).

En todo caso, cualquier dificultad aparece superada por la sencilla y evidente razón de que la prescripción está suspendida entre cónyuges, con los límites temporales posibles de presentarse a que se alegrará más adelante. Aunque pudiera concebirse posesión de un propio o ganancial de un cónyuge por el otro, el curso de esta prescripción estaría interrumpido y no podría cumplirse el requisito del plazo de la misma. Moisset de Espanés ofrece el siguiente ejemplo. “Pedro usurpa un inmueble de Josefina, quien tiene un plazo de veinte años para intentar la acción reivindicatoria; al cabo de cinco años Pedro y Josefina se casan y la prescripción queda suspendida mientras dure el matrimonio. Josefina, en atención al afecto que siente por su marido, prefiere no demandarlo. Luego de veinte años de matrimonio muere uno de los cónyuges, o se divorcian, y a partir de esa circunstancia la prescripción retoma su curso”<sup>21</sup>. Ya no se trata de una relación entre cónyuges : se trata del viudo o viuda y de los herederos del difunto o de un ex-cónyuge frente a su ex-cónyu-

---

<sup>20</sup> MOISSET DE ESPANÉS, ob. cit., p. 87.

<sup>21</sup> Idem, p. 107.

ge. La prescripción adquisitiva procederá si concurren sus extremos legales y conforme a los mismos.

En conclusión: no puede haber prescripción adquisitiva entre cónyuges porque no pueden configurarse los requisitos dispuestos por la ley que tipifican inexorablemente la figura. La suspensión de la prescripción entre ellos conforme al artículo 3969 lo impide (aunque la posesión pertinente fuera imaginable teóricamente). El término, en su caso, comenzará una vez cesada la interrupción.

### 3.2. *¿Sería procedente la prescripción liberatoria ente cónyuges?*

Nos referimos, por supuesto, a considerar las acciones prescriptibles o a aquellos casos en que, al menos, la prescriptibilidad de la o las acciones correspondientes sea una de las posibilidades que se plantean frente a que su inoperancia es razonablemente justa.

La prescripción extintiva o liberatoria es tema de extinción de derechos o de su modificación sustancial en la hipótesis de derechos creditorios a los que relega a la mínima eficiencia de la obligación natural (art. 515, inc. 2°.), todo ello resultante del no ejercicio o de la inacción del titular durante el período legal. Al encontrarse suspendida entre esposos, la acción del uno contra el otro no se extingue por el transcurso del tiempo y el uno puede demandar al otro conforme a las características de la relación singular que exista entre ellos. Los ejemplos ofrecidos por la vida cotidiana y la intervención jurisprudencial no son excepcionales, por ejemplo, en la demanda de la esposa contra el marido por daños sufridos por accidente de tránsito causado por éste <sup>22</sup>.

El fundamento para rehusar la prescripción adquisitiva entre cónyuges, esbozado en párrafos anteriores, es ahora desplazado y absorbido por el propósito de no perturbar la armonía de la pareja matrimonial Salerno

---

<sup>22</sup> Ver CNCiv., Sala L, 23-11-2006, L.L. 2007-C-382 con nota de Augusto César BELLUSCIO, “Acciones judiciales entre cónyuges”. También: Marcelo U. SALERNO, “El matrimonio como casual suspensiva de la prescripción”, L.L. 2007-C-382.

se ha detenido en puntualizar que la ley persigue afianzar la unión nupcial y “proteger a los esposos de cualquier posible conflicto entre ellos “. Menciona que el Código Civil no rehusa referirse al “temor reverencial “de la mujer respecto al marido para mencionarlo en el art. 940 (donde lo excluye como causa suficiente para anular los actos) y que incluye el beneficio de competencia (art. 800) entre los beneficiarios de esta ventaja conceptuada en el art. 799 <sup>23</sup>.

### 3.3. *¿Media jerarquía entre los mentados fundamentos?*

La pregunta no es trascendente. Sin duda, ambas posiciones son defendibles: apelar al concierto matrimonial o sostener, con Cafferata que la verdadera razón por la que se suspende la prescripción “es la incapacidad de los esposos de hacerse beneficios irrevocables en materia patrimonial mientras el vínculo subsiste” <sup>24</sup>.

## 4. *Alcance cronológico de la suspensión .*

Se trata de cuándo opera el comienzo o reinicio de la prescripción suspendida entre cónyuges.

El tema conduce al final del matrimonio, en términos del Código Civil, a la disolución del vínculo matrimonial, causante de dicha operatividad. El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los esposos (art. 213, 1) produciéndose en su fecha el fin de la suspensión de la prescripción la que comienza o continúa entre el sobreviviente y los herederos del otro o entre los herederos de ambos según el caso; por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento (idem, 2); por sentencia de divorcio vincular (idem, 3) en la fecha de la sentencia firme según jurisprudencia que se mencionará, comen-

---

<sup>23</sup> SALERNO recién cit.

<sup>24</sup> CAFFERATA, ob. y lug. cit., N° 3345, p. 541.

zando o continuando entonces el término suspendido<sup>25</sup>. La anulación del matrimonio también afecta la suspensión: la del matrimonio putativo con buena fe de ambos contrayentes en la fecha de la sentencia de anulación (art. 221) ; en la hipótesis de matrimonio celebrado de buena fe por uno solo de los contrayentes, la suspensión beneficia a éste hasta la fecha de la sentencia de anulación, aunque oportunamente se inclinara por liquidar conforme al artículo 1315 (art. 222). No hay suspensión de prescripción entre los pretensos cónyuges de un matrimonio celebrado de mala fe por ambas partes (art. 223, inc. 1º), lo que alguna opinión atribuye a que “al haber sido celebrado de mala fe por los dos, la sociedad conyugal no habría existido en ningún momento y, por lo tanto, el artículo 3969 no sería de aplicación”<sup>26</sup>. La razón es que nunca hubo matrimonio.

La relación entre el matrimonio y la sociedad conyugal no puede dejar de incidir interpretativamente en el tema. En verdad, de ella resulta un orden entre las causales de extinción o fin de la suspensión: son efectivas las causales de disolución del vínculo matrimonial, no son efectivas las causales de extinción de la sociedad conyugal que la reemplazan por la separación de bienes, esto es, las del artículo 1294 y, estimamos, la separación personal.

La prescripción corre normalmente entre los divorciados a partir de la fecha de la sentencia de divorcio, precisamente, dado que no es cuestión de vigencia de la sociedad conyugal que termina para los esposos en la fecha de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta (art. 1306)<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Recuérdense los divorcios decretados durante la aplicación del artículo 31 de la ley 14.394, cuya influencia en el fin de la suspensión de la prescripción no es aceptada por todos los autores, por ejemplo, la rehusan Díaz de Guijarro y Llambías. Ver FABIANO, ob. y lug. cit., p. 765.

En general, sobre la influencia del divorcio vincular en el tema, ver, Francisco A.M., FERRER, en MÉNDEZ COSTA, FERRER, y D'ANTONIO, *Derecho de Familia* cit., t. III- B, Buenos Aires - Santa Fe, 2009, Cap. XIII, N° 75, p. 333-334 y sus citas de Vidal Taquini y Mazinghi.

<sup>26</sup> José Ignacio CAFFERATA, ob. y lug. cit., N° 3363, p. 544

<sup>27</sup> Ver sentencia citada en el párrafo inmediato posterior.

### 5. Algunos planteos jurisprudenciales

La Sala I de la SC de Mendoza, en fallo ya recordado y con el voto mencionado, sostiene que el efecto suspensivo de la prescripción conforme al artículo 3969 recién deja de operar cuando la sentencia de divorcio queda firme y no cuando obtuvo ejecutoria anterior a ese estado. Y explica la razón de ser de esta acertada conclusión en que la sentencia de divorcio es constitutiva en el sentido de que extingue el estado de familia existente, efecto que no puede operar mientras está sometida a un recurso, lo que estaría en contra de la esencia misma del carácter constitutivo. En conclusión, desde que la sentencia de divorcio está firme, las pretensiones de un cónyuge contra el otro prescriben en lo sucesivo sin suspensión alguna. La Ministra preopinante informa el apoyo doctrinario recibido por esta interpretación por la ponencia de Fernando Tomás Carbonell a las 3<sup>as</sup>. Jonadas Bonarenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal de Junín (1988) <sup>28</sup>.

En distinta posición, el ST de Entre Ríos ha interpretado el artículo 3969 en el sentido de que la suspensión de la prescripción queda incólume mientras subsiste la convivencia y el vínculo matrimonial se mantiene, pero no si ha tenido lugar la separación de hecho y se ha promovido el juicio de divorcio y separación de bienes, dado que “ya no existen razones que sirvan de fundamento a la norma”, conclusión que estimamos carente de fundamento legal y que demandaría un esfuerzo probatorio para determinar el comienzo del curso de la prescripción <sup>29</sup>.

Pero la Sala G de la Cámara Nacional Civil, a su vez, ha resuelto que el divorcio no vincular es causa impeditiva de aplicación del artículo 3969, pues compota la exclusión de la comunidad de vida y de afectos, aunque no produce la extinción del vínculo matrimonial. En consecuencia, encontró decisiva la sentencia de divorcio que declaró disuelta la sociedad conyugal en los términos del artículo 1306 <sup>30</sup>. Nuestra opinión contraria a

---

<sup>28</sup> Ver *supra* nota N° 3

<sup>29</sup> ST Entre Ríos, Sala II Civil y Comercial, 30-9-1994, D.J. 1995-1-43, sintetizado por Carlos H. ROLANDO en obra cit. *supra* en nota N° 3, p. 65 y ss.

<sup>30</sup> CNCiv., Sala G, 8-10-1997, L.L. 1998 -B -242

este razonamiento ya ha sido expuesta : mientras hay matrimonio, hay suspensión de la prescripción, obviamente, salvo que se produjera una aclaración o modificación legal expresa.

## 6. Extensión de la suspensión a tercero

### 6.1. El artículo 3970

La norma comprende ambas prescripciones, la extintiva y la adquisitiva. Siendo sus fundamentos análogos a los que se invocan para el artículo precedente, según ejemplifica el codificador mismo en la nota apelando a doctrina y derecho extranjero de su tiempo, predomina el propósito de proteger las relaciones conyugales y el interés de la descendencia. Por tales motivos, resulta razonable titular este apartado como “Extensión de la suspensión de la prescripción entre cónyuges”. Anticipamos el cambio de redacción del texto, en virtud de la ley 26.618, a la que nos referimos *infra* en el N° 9.

Es evidente que la referencia legal exclusiva a la esposa del artículo originario del Código Civil no obstaculizaba que la preceptiva fuera aplicable también a las acciones del marido contra terceros. La excepcionalidad de la suspensión injustifica una interpretación contraria, restrictiva a los términos textuales. Explicó Guastavino, siguiendo a Fornieles<sup>31</sup>, que hay excepciones que constituyen a su vez una regla dentro del campo propio en que funcionan y que como están inspiradas en consideraciones de orden general son susceptibles de interpretación extensiva y, aún, analógica. Afirmó Belluscio, por su parte, que “si median iguales razones a las que fundan la excepción prevista para aceptar otras, nada obsta a que se les extienda en la medida necesaria o en la que resulte de la similitud de fundamentos<sup>32</sup>. También Spota sostuvo que la igualdad de marido y es-

---

<sup>31</sup> GUASTAVINO, ob. cit., IV, 17

<sup>32</sup> Augusto César BELLUSCIO, *Derecho de familia*, Buenos Aires, Depalma, 1974, t.III, p. 627-628.

posa imponía la referida situación de reciprocidad <sup>33</sup>. La afirmación formulada y justificada en etapa anterior de la legislación nacional, es más incuestionable con la ya recordada consagración de la igualdad civil de marido y esposa, de base constitucional, y todas sus aplicaciones que, en la igualdad de capacidad, gestión de los bienes y régimen de deudas, supera holgadamente la igualdad en que se encuentran en cuanto al beneficio de competencia desde el Código originario. Escribió Cafferata: “Como otra consecuencia de la equiparación de la capacidad civil de los esposos, como regla, cualquier disposición del Código que otorgue poderes especiales al marido, o le imponga obligaciones, se debe hacer extensiva a la mujer y lo mismo ocurre en caso contrario” <sup>34</sup>. Asimismo aceptó la extensión de la preceptiva al marido, Borda <sup>35</sup> y lo acompañaron Arean <sup>36</sup> y Fabiano <sup>37</sup>.

La suspensión alcanza al cónyuge aunque se encuentre separado de hecho, separado personalmente o separado de bienes y beneficia al o a los cónyuges de buena fe del matrimonio putativo hasta la sentencia de anulación. Son los alcances que impone la fórmula “durante el matrimonio”.

Una interpretación de la Cámara Nacional Civil, Sala C, sostuvo que en los casos previstos en el artículo 3970, con respecto a terceros, la prescripción se reanuda cuando uno de los esposos inicia la demanda de divorcio. La Cámara Nacional Comercial, Sala A estimó que si la acción no se dirige contra el cónyuge de la actora, sino contra el acreedor hipotecario, resultan inaplicables los artículos 3969 y 3970 <sup>38</sup>.

---

<sup>33</sup> Alberto G. SPOTA, *Tratado de derecho civil. Derecho de familia*, Buenos Aires, Depalma, 1968, vol. 10, p. 301, nota 601 bis

<sup>34</sup> José Ignacio CAFFERATA, ob. y lug. cit., N° 3342, p. 541.

<sup>35</sup> Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 5ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, t. II, N° 1029, p. 26

<sup>36</sup> AREAN, ob. cit., comentario al art. 3970, p. 646.

<sup>37</sup> FABIANO, ob. y lug. cit., comentario al art. 3970, p. 767

<sup>38</sup> 7-6-1955, J.A. 1955- III-279; 2-6-2009, publicado en boletín de La Ley del 19 de enero de 2010 y que puede consultarse en [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar)

## 6.2 . *Invocabilidad activa y sujeto pasivo de la suspensión. Los artículos 3981 y 3982*

Los artículos 3981 y 3982 no son de sencilla interpretación cuando se llevan a circunstancias concretas las reglas que enuncian con aparente claridad. Según el primero, el beneficio de la suspensión de la prescripción solo puede ser invocado por o contra las personas en perjuicio o en beneficio de las cuales está establecida y no por sus cointeresados o contra sus cointeresados; el artículo 3982 hace excepción de las obligaciones o cosas reales indivisibles. La perspectiva jurisprudencial exhibe la dificultad que comportan <sup>39</sup>.

### 6.2.1. *Consideración del tema en materia de fraude según Mazzinghi*

Destaca Mazzinghi que, según el artículo 3969, la acción pauliana entre cónyuges sería imprescriptible y pone en evidencia que la acción pauliana de un cónyuge contra el otro, al perseguir la inoponibilidad del acto fraudulento, interesa necesariamente a un tercero cuya participación en el fraude es indispensable. Nos permitimos transcribir los claros párrafos del distinguido autor: “Ese tercero debe ser parte en un juicio cuyos efectos lo alcanzarán seguramente. Más aún, continúa ,si se ha producido la enajenación del bien, y éste se encuentra en el patrimonio del tercero, será el tercero quien afrontará las consecuencias mas rigurosas de la acción pauliana, en cuanto deberá soportar la ejecución del bien adquirido si ha actuado de mala fe. Y la imprescriptibilidad de la acción entre cónyuges, que deriva del artículo 3969, no podrá serle opuesta a dicho tercero, que podrá alegar en todo caso la prescripción contra el cónyuge demandante. Recordamos que el artículo 3981 solo admite que la suspensión de la prescripción sea invocada por o contra las personas en cuyo perjuicio o beneficio fue instituida, pero no por o contra sus cointeresados. Por lo tanto, si vencido el plazo que establece el artículo 4033, un cónyuge iniciara la acción pauliana contra el otro y contra el

---

<sup>39</sup> Véanse los comentarios en las obras citadas de Bueres-Highton (de Arean); K. de Carlucci, Kiper y Trigo Represas (de Trigo Represas) y Llambías - Méndez Costa (de Fabiano).

tercero cootorgante del acto impugnado, este último podrá oponer la prescripción, y el cónyuge demandante no podrá alegar la suspensión. Por su parte, el cónyuge codemandado no podrá invocar la prescripción, que se encuentra suspendida por imperio del artículo 3969. Pero al no poderse cumplir los efectos de la acción pauliana respecto del tercero amparado por la prescripción, los efectos de dicha acción se reducirán al reconocimiento de un crédito del cónyuge accionante, a cargo del cónyuge demandado”<sup>40</sup>.

*6.2.2. Consideración del tema (supuesto de la acción que debe entablarse contra el cónyuge y un tercero) por Guastavino.*

Se trata del consorcio pasivo necesario, sobre la base de algunos planteos judiciales. Sostiene Guastavino que los artículos 3969 y 3970 son aplicables en lo previsto con respecto a terceros pero también en lo previsto en cuanto a los consortes entre sí. Resuelve el problema examinando la naturaleza de la obligación cuyo cumplimiento se persigue. Si se trata de una obligación divisible, se remite a los artículos 678 y 3981: el tercero puede verse perjudicado por la suspensión de la prescripción invocable contra el cónyuge del actor. Si se trata de una obligación indivisible, se remite al artículo 3982: la suspensión de la prescripción invocable contra el cónyuge del actor se extiende a su codemandado. Si la obligación es simplemente mancomunada se remite al artículo 686: el tercero no puede ser perjudicado. Si la obligación es solidaria, ante la falta de texto expreso, estima que la solución debe obtenerse de los artículos 3981 y 3982: la suspensión de la prescripción no afecta a los codeudores pues la obligación solidaria queda sumida en la regla genérica del primer artículo citado<sup>41</sup>.

Un ejemplo muy significativo es planteado por la acción de simulación que un cónyuge tuviera que plantear contra el otro y el tercero cosimulador con el objeto de restituir al acervo ganancial un bien indebidamente sustraído al mismo. Si bien es de difícil presentación actualmen-

---

<sup>40</sup> MAZZINGHI, ob. cit., t 2, paragr 364, p. 326 y ss

<sup>41</sup> GUASTAVINO, ob. cit., V, N° 27 y ss y “Prescripción de la simulación entre cónyuges y derecho locativo ganancial”, J.A. 1965-V-471.

te porque el requisito del asentimiento conyugal obstaculiza la simulación, puede ofrecer casos importantes en materia de muebles no registrables. Aplicando el razonamiento de Guastavino, la acción refiere a una obligación de restituir que cae dentro del concepto de obligación de dar (art. 574 *in fine*) y, por lo tanto, indivisible (arts. 679 y 669 a contrario), de donde resulta aplicable el artículo 3982 con los alcances señalados: la suspensión de la prescripción invocable contra el cónyuge demandado debe ser soportada también por el tercero codemandado

### 6.2.3. *El aporte jurisprudencial*

La Cámara Nacional Civil, Sala E, en un planteo en que se buscaba reintegrar al patrimonio de los cónyuges, en calidad de gananciales, bienes adquiridos con fondos gananciales inscriptos a nombre del hijo del matrimonio, interpretó que el tercero debía soportar la suspensión de la prescripción que es regla entre los cónyuges, suspensión establecida en el artículo 3970, que alcanza a todos los intervinientes en el acto simulado. En otra especie sostuvo que el artículo 3970 está fundado en reflexiones análogas a las del artículo 3969 y que no es prudente poner a la esposa en la disyuntiva de afrontar una acción que recaerá sobre su cónyuge o sacrificar sus intereses pecuniarios y los de sus hijos. Resolvió aplicable el artículo 3970 si, dadas las circunstancias del caso, la acción que involucra a los terceros necesariamente repercutirá entre los cónyuges, de modo que, al tratarse de cuestiones atinentes a las relaciones entre ellos, la suspensión de la prescripción alcanza a todos los que intervinieron en el acto. Sobre la acción de simulación se manifiesta en que exige litis consorcio pasivo necesario pues la sentencia no podría pronunciarse útilmente sin una litis compuesta por todos aquellos que participaron en el acto impugnado. También exige litis consorcio pasivo la simulación, para la Sala I de la Suprema Corte de Mendoza y hay analogía de fundamentos entre los artículos 3969 y 3970. Sostiene este tribunal que, como la restitución al acervo ganancial del bien sustraído por un cónyuge y un tercero mediante un acto simulado, es una obligación de dar y, por dicha razón, indivisible, resulta aplicable el artículo 3982, razón por la cual la suspensión de la prescripción es invocable contra el cónyuge y contra el tercero interviniente, aunque se haya interpuesto la demanda de separación. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación entendió que “no constituye derivación razonada del Derecho vigente, con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa, la sentencia en que la demanda

por fraude y simulación de la esposa contra el marido y con los terceros adquirentes del inmueble que aquél les enajenó, hizo lugar a la excepción de prescripción considerando que el caso se regía solo por el artículo 3970 del Código Civil, y que la suspensión de la prescripción prevista en esa norma se agota cuando los cónyuges han iniciado entre sí la acción de divorcio, pues la interpretación no se compadece ni con letra ni con el espíritu de la ley”<sup>42</sup>.

Farsi y Bossert sostienen que, respecto del tercero contratante, corre la prescripción de 10 años (art. 4023) y podrá recurrir a ella para rechazar la acción del esposo impugnante y que, desde entonces, el consorte perjudicado podrá pedir que se computen los perjuicios en la liquidación de la sociedad conyugal<sup>43</sup>.

## 7. Algunas cuestiones en particular

### 7.1. ¿Prescribe la acción de nulidad del matrimonio?

El tema excede los límites de esta breve colaboración. Es uno de los decisivos en el estudio de la importantísima eficacia del vínculo matrimonial, su existencia o inexistencia, validez, nulidad, caducidad. Sobre la base de la imprescriptibilidad indiscutible de la nulidad absoluta entra la alternativa entre la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de la nulidad relativa, que divide a los mas destacados autores, ya que el Código no contiene normas al respecto y la nota al artículo 4019 no tiene eficacia imperativa. La vinculación es íntima con las posiciones doctrinario-jurisprudenciales sobre la especialidad de las nulidades matrimoniales con la cual se identifica la prescriptibilidad de la acción o la aplicación subsidiaria de las nor-

---

<sup>42</sup> En orden de las referencias: Sala E, 24-9-1993, Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 9, p. 380 y J.A. del 19 de abril de 1995, N° 5929; 12-9-1996, D.J. 1998-1-240; SCJ Mendoza, 12-3-1998, L.L. 2000 -B -842, 42.484 - S y DJ 2000 -1 - 124; SCJN, 29-7-1986; LL. 1987-A-717, sum. 878.

<sup>43</sup> Santiago Carlos FASSI y Gustavo A. BOSSERT, *Sociedad conyugal*, Buenos Aires, Astrea, 1978, t. 2, p. 200, parágr. 28 y jurisprudencia que cita (fallos de 1946, 1953 y 1965).

mas genéricas sobre la nulidad de los actos jurídicos con la cuales se unifica la doctrina de la especialidad. Subrayando la importancia de la doctrina al respecto destacamos el aporte de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Corrientes, 1985): recomendaron que las acciones de nulidad del matrimonio son imprescriptibles. Tal imprescriptibilidad, que compartimos, desplaza la trascendencia que podría acompañar a la suspensión de la prescripción y su reinicio una vez cesada.

## *7.2. Prescripción y gestión de bienes de los cónyuges*

### *7.2.1. Proyección de la falta del debido asentimiento conyugal*

La doctrina y la jurisprudencia no se han puesto de acuerdo y divergen fundamentalmente en dos sentidos en cuanto a las consecuencias de la falta del debido asentimiento conyugal: para algunos autores y fallos, el negocio carente del debido asentimiento es inoponible al cónyuge; para otros, dicho negocio es pasible de nulidad relativa e, incluso, en ciertos criterios, de nulidad absoluta. La tesis de la inoponibilidad es sustentada por López de Zavalía, Vidal Taquini, Cafferata, Cichero, Venini, Solari<sup>44</sup>. La tesis de la nulidad por Llambías, Guastavino, Mazzinghi, Borda, Belluscio, Moisset de Espanés, Fassi, Bossert, Zannoni, Mosset Iturraspe, Fanzolato Fleitas Ortiz de Rozas, Roveda, Medina, Dutto, Perrino, Sambrizzi, Lloveras y participamos de ella<sup>45</sup>, con fundamentos y conclusiones no siempre coincidentes y preferente consideración del acto como anulable. Las divergencias judiciales son también frecuentes y precedidas de elaboradas fundamentaciones<sup>46</sup>. En la cuestión que nos ocupa es destacable que la inoponibilidad no prescribe, mientras que la nulidad relativa es prescriptible. "... si se trata de una nulidad, escribe Cafferata, el ejercicio de la acción, por ser personal, prescribe a los diez años, mientras que si se acepta el derecho a invocar la inoponibilidad, es

---

<sup>44</sup> Ver nuestra obra cit. en MÉNDEZ COSTA-FERRER- D'ANTONIO, t. II cit., N° 135, ps. 220-221 y sus referencias

<sup>45</sup> Idem, N° 136, p. 221 y ss. y sus referencias

<sup>46</sup> Idem, texto y notas 470 y 471, ps. 225, 226 y 227.

imprescriptible”... “salvo en los casos en que la ley establezca un plazo para ello”...”<sup>47</sup>.

Pues bien, ubicándose en la tesitura de la nulidad relativa del acto anulable por falta del debido asentimiento conforme al artículo 1277 del Código Civil, el curso de esta prescripción se encuentra suspendido por el artículo 3969 de manera que la consecuencia coincide con la que se sustenta según la tesis de la inoponibilidad. La divergencia entre una y otra interpretación se plantea recién una vez que se inicia o iniciaría el curso de la prescripción entre el cónyuge celebrante del negocio viciado y su consorte de cuyo asentimiento se prescindió, conforme a las consideraciones que se deducen al respecto.

Esta es también una de las hipótesis interesantes a plantearse con respecto a si la suspensión de la prescripción entre cónyuges incide sobre el tercero que adquirió de uno de los esposos sin el asentimiento del otro. Según Guaglianone, de ordinario la prescripción se hallaría suspendida con respecto al tercero contratante, “por cuanto quien dispuso del bien estaría involucrado siempre y sería responsable ante aquél por el acto que se frustra”<sup>48</sup>. Coincidiendo, interpretamos que la protección del tercero adquirente no debe privar sobre la protección del cónyuge no titular. La legislación ha sido cuidadosa en organizar aquella y lo ha acentuado con preceptos como el del artículo 1051. En el artículo 1277 no se expresa nada que autorice a anteponer el interés del tercero al interés del cónyuge omitido, interés que no es futuro (a la “disolución de la sociedad conyugal”) sino actual y que consiste en el derecho a preservar la integridad del patrimonio ganancial o la habitación de los hijos menores o incapaces. La suspensión de la prescripción comporta un riesgo para el tercero adquirente pero, insistimos, nada justificaría preferir que su derecho hartamente defectuosamente originado, incluso a pesar de la buena fe con que puede haber actuado, se anteponga al derecho del cónyuge olvidado, cuando resultara consolidado el defectuoso por una prescripción de accionar cumplida.

---

<sup>47</sup> CAFFERATA, ob. y lug. cit., N<sup>tos</sup> 1168 y 1167, p. 216.

<sup>48</sup> Aquiles Horacio, *Régimen patrimonial del matrimonio*, Buenos Aires, Ediar, 1975, t. II, N<sup>o</sup> 325, p. 392.

### 7.2.2. *Sobre la vigencia del artículo 3971*

El artículo 3971 excede la prescripción entre cónyuges aunque, en verdad, incluye tanto la de los terceros como la del cónyuge contra la mujer casada, de modo que podría ser interpretada como excepción a las reglas de los artículos 3969 y 3970 (dice expresamente “fuera de los casos de los artículos anteriores “), con los límites objetivos señalados en el texto en cuestión porque se trata de que corre la prescripción “contra la mujer casada “y “en cuanto a los bienes cuya administración se ha reservado “y “también respecto de los bienes que han pasado a la administración de su marido. “El vigente régimen de gestión estructurado en los artículos 1276 y 1277 del Código Civil, redacción de las leyes 17.711 y 25.781, resulta incompatible con *bienes de administración reservada de la esposa* y con *bienes que han pasado a la administración del marido*. Para Trigo Represas, el artículo “ha quedado casi como un precepto superfluo “y para Arean, en su colaboración en Bueres-Highton, “carece de sentido “. No obstante, ambos autores recién citados aclaran que el artículo 3971 puede resultar aplicable en supuesto de mandato expreso o tácito de la esposa a su marido, contrato expresamente previsto en el artículo 1276, con posibilidad de que el mandatario resultara responsable de perjuicios ocasionados al mandante “por la prescripción operada si no interpuso hábilmente la correspondiente acción interruptiva de aquélla”<sup>49</sup>.

## 8. *Los caracteres de la suspensión de la prescripción durante el matrimonio*

Lo caracteres de la suspensión de la prescripción entre cónyuges son diáfanos. En primer lugar, es igualitaria entre marido y mujer y ello desde una época de la historia de nuestro derecho positivo en que tal igualdad no era legal ante la incapacidad de la mujer casada. Sorprende, a pesar de la definición legal -constitucional que se remonta a la ley 17.711,

---

<sup>49</sup> TRIGO REPRESAS, ob. cit., comentario al art. 3971 (la oración final transcrita también le pertenece) y AREAN, ob. cit., comentario al mismo artículo.

el distinto tratamiento de la esposa y su marido que dispone el artículo 4031 al poner en dos años la prescripción de la nulidad de las obligaciones contraídas por mujer casada sin la autorización competente. Hay actualmente negocios jurídicos de mujer casada con una “suerte de autorización” que es el asentimiento marital o la autorización judicial supletoria del artículo 1277, requisito que igualmente afecta al varón casado. Pero el artículo 4031 se refiere solamente a los negocios de la mujer casada y a la nulidad de las hipótesis restantes ubicadas en el artículo 1277 les corresponde la prescripción de 10 años. No obstante la aparente notoriedad que conduce a la solución del problema a favor de una solución uniforme coincidente en el término más extenso, no hay acuerdo doctrinario<sup>50</sup> en un tema de positivo interés e importancia, que excede los límites de este trabajo: de dos años para una y de diez para el otro, o de diez para una y otro, la prescripción está suspendida entre los cónyuges por el artículo 3969.

El otro carácter destacable es también evidente: la suspensión es facultativa en su “uso” o “aprovechamiento” por el cónyuge que se acoge a ella o la invoca. Puede accionar cuando resuelva hacerlo. Si lo hace ¿cesa la suspensión? Esto es ¿hay una suerte de interrupción de la suspensión como existe la posibilidad de la interrupción de la prescripción?. ¿Qué sucede si el “interrupción” se abstiene de continuar actuando el medio del cual se valió para dejar de lado la suspensión manifestando tácitamente que renunciaba a ella? ¿Esta se reinicia? O, por el contrario, comienza el curso normal de la prescripción, es decir ¿la suspensión deja de ser? El artículo 3987 sugiere una lejana analogía no tan difícil de justificar: da por no sucedida la interrupción de la prescripción si el demandante desiste de la demanda que la interrumpió o ha desertado de la instancia. Es razonable entender que, de análoga manera, la interrupción no consumada de la suspensión no abre el curso normal de la prescripción que deberá continuar suspendida hasta que acaezca su fin legal.

---

<sup>50</sup> Se pronuncian por el término de dos años: MAZZINGHI, ob. cit., t. 2, párr. 356; SAUX en BUERES-HIGHTON cit., com. al art. 4031 y MOISSET DE ESPANÉS, ob. cit., ps. 70-71. Se pronuncian por el término de 10 años: TRIGO REPRESAS en *Código Civil comentado* cit., comentario al art. 4031, 1; SAMBRIZZI, ob. cit., t. I, N° 140; Jorge Oscar, PERRINO, *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2006, t. I, N° 628.

## **B. Formuladas después de la entrada en vigencia de la ley 26.618**

### *9. Reformas introducidas por la ley de 2010*

La ley 26.618 entró en vigencia el 31 de junio de 2010. No es éste el lugar oportuno para formular la crítica negativa que nos merece el ilógico “matrimonio de personas del mismo sexo”, respetables en cuanto tales, sino solamente de referirse al tema de su incidencia en materia de prescripción entre las que integran la pareja. En este caso, como en la mayoría de los que inciden en el régimen patrimonial matrimonial, la nueva ley se ha limitado a reemplazar la mención de “marido” y “mujer” o “esposo” y “esposa” por expresiones que permiten prescindir de toda alusión al respectivo sexo: “contrayentes”, en su caso, o “cónyuges”. El art. 3969 ha quedado redactado de la siguiente manera: “La prescripción no corre entre cónyuges, aunque estén separados de bienes, y aunque estén divorciados por autoridad competente” (art. 34, ley 26.618). El art. 3970 dispone: “La prescripción es igualmente suspendida durante el matrimonio, cuando la acción de uno de los cónyuges hubiere de recaer sobre el otro, sea por un recurso de garantía, o sea porque lo expusiere a pleitos, o a satisfacer daños e intereses” (art. 35, ley 26.618).

Es, por lo tanto, sencillo acceder al razonamiento que hace extensivos a estos textos las reflexiones formuladas en las precedente páginas de este trabajo. Lamentablemente, se agregan nuevas razones a las que hacen jurídicamente deseable (e incluso, necesaria) la modificación integral del régimen de bienes de los cónyuges, tratado por un sinnúmero de leyes que van desde la ley 11.357 de 1926 hasta la reciente ley 25.781. Ni siquiera se han modificado o directamente suprimido, los artículos 3971 y 4031, pese a las críticas que reciben y a los esfuerzos realizados para conferirles algún sentido coherente con el régimen patrimonial legal.

### *10. Derecho extranjero y proyectos argentinos*

La suspensión de la prescripción entre esposos es una institución generalizada. Si bien no absolutamente todas, las legislaciones occidentales la toman en consideración por lo que resultan excepcionales los casos

de España y Chile que prescindan de ella <sup>51</sup>. En España nada se dispone al respecto quedando el tema en la comprensión general de la igualdad de los cónyuges (art. 66 del Código Civil según la redacción de la ley 13 de 2005) y dentro del principio, que es asimismo excepcional, de que “los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos” (art. 1323 de idem), no obstante lo cual organiza la sociedad de gananciales, el régimen de participación y el de separación de bienes. En otras legislaciones, la suspensión de la prescripción tanto acompaña a un régimen patrimonial matrimonial imperativo como abierto a opciones. En Francia, la redacción es brevísima, ubicada en tema de prescripción y posesión, no registra modificaciones históricas: “Elle (la prescription) ne court pas entre époux” (art. 2253) y, como es sabido, los esposos pueden optar entre el régimen de comunidad legal o convencional, el de separación de bienes y el de participación en las adquisiciones (acquêts). En Perú está dispuesta en el inc. 2 del artículo 1994, entre los cónyuges durante la vigencia de la sociedad de gananciales, de manera que no rige entre aquellos que han optado por el régimen de separación de patrimonios (el art. 295 prevé la posibilidad de optar).

Todos los Proyectos de reforma del Código Civil argentino la incluyen <sup>52</sup>. Señalamos que el artículo 312 del Proyecto de 1936 lo hace, con régimen único e imperativo de bienes entre los esposos, advirtiendo que no la afecta el que se encuentren separados judicialmente y que “el mismo principio se aplicará cuando la acción de la mujer durante la unión conyugal, hubiere de recaer sobre los bienes del marido por garantía, resarcimiento u otra causa “, es decir, el equivalente del actual artículo 3970. El artículo 313 del Anteproyecto de 1954 establece la suspensión entre cónyuges, siendo propuesto por el mismo un único régimen de sociedad de gananciales. El artículo 2479 del Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 propone suspender el curso de la prescripción durante el matrimonio (art. 2479, a) y ofrece la opción ente el régimen de comunidad y el de separación de bienes con el primero como supletorio.

---

<sup>51</sup> Salerno cita a ambos

<sup>52</sup> Si bien la ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1991 (vetada por el Poder Ejecutivo) limitaba la suspensión a la subsistencia de la sociedad conyugal (art. 3907, inc. 10).

Creemos que se trata de una medida prudente y enfocada, antes que nada, a facilitar la relación matrimonial. Factor de armonía, ha de ser comprendida y apoyada . Si algún riesgo patrimonial pudiera desprenderse de ella, al ser solamente esto, una facultad de cada consorte, no hay argumentos que promuevan su eliminación. Y ha de permanecer tal como rige, en pro del matrimonio y no de la “sociedad conyugal “de la cual la “separación de bienes “no tiene indispensables caracteres de perpetuidad en vida de los esposos.

*Santa Fe, octubre de 2010*

**CAPÍTULO SEXTO**

**APORTES DESDE EL DERECHO DE DAÑOS**  
**Y RESPONSABILIDAD CIVIL**



# LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS

PASCUAL EDUARDO ALFERILLO

**Sumario:** I. En celebración de los 80 años de vida de Luis Moisset de Espanés. II. El vínculo entre la Constitución Nacional y el Código Civil. III. Cambio del centro de preferencia constitucional: del patrimonio al ser humano. IV. La constitucionalización del derecho de daño. IV.1. El sustento constitucional del deber de no dañar. IV.2. El principio de la reparación integral. IV.3. La flexibilización de la prejudicialidad penal. IV.4. Cuestionamientos a las limitaciones del art. 1078 del Código Civil. IV.5. Cuestionamiento a la transmisión iure hereditatis de la acción de resarcimiento. V. Reflexiones finales.

## I. En celebración de los 80 años de vida de Luis Moisset de Espanés

Cuando el paso inexorable del tiempo marca un hito, ochenta años, en la historia de una persona estrechamente vinculada a la ciencia jurídica, como es el Dr. Luis Moisset de Espanés, sus discípulos y amigos tienen que discernir cual sería el mejor presente que se le puede ofrecer para celebrar el acontecimiento.

Esta disyuntiva se presenta a quienes tenemos la dicha de gozar, no sólo, de las enseñanzas del maestro del Derecho y de la vida, sino fundamentalmente de su amistad viril que simbolizaba, al despedirse en sus clásicas misivas manuscritas, con “un fuerte apretón de manos”.

El razonamiento no se hace esperar y, rápidamente, se encamina rumbo a la decisión de dedicar un fruto de las muchas semillas que cultivó en las aulas de la Casa de Trejo, particularmente en el Centro de Investigación de Derecho Comparado “Dr. Enrique Martínez Paz” donde convocó, cuando se iniciaba la larga noche de la democracia argentina (1976), a jóvenes abogados y a alumnos avanzados a concentrarse en el estudio especializado del Derecho. Y, hoy, expandiendo la vocación por el conocimiento cien-

tífico del país interior, a través de los Institutos regionales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba que preside.

Entre sus innumerables investigaciones jurídicas, en esta especial oportunidad, me permito transcribir, como pie para las presentes reflexiones, el pensamiento expuesto sobre “cambio social y cambio legislativo”<sup>1</sup>.

Sobre el tema, Moisset de Espanés pensaba 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>2</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>3</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

---

<sup>1</sup> Luis MOISSET DE ESPANÉS, “Cambio Social y cambio legislativo”, Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, N° 320, mayo 202, ps. 59/83.

<sup>2</sup> Luis MOISSET DE ESPANÉS, *idem*. 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>3</sup> Luis MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.* En igual sentido, Luis DIEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas y Teoría del derecho*, Barcelona, Ariel, 1973; Antonio HERNÁNDEZ GIL, “Metodología de la ciencia del derecho” y “El abogado y el razonamiento jurídico”.

interinfluencia. El cambio legislativo puede ser vehículo, o motor, del cambio social; pero cuando el legislador pretenda utilizar el ordenamiento jurídico para encauzar la realidad por nuevas sendas, deberá hacerlo con suma prudencia, para conseguir una modificación paulatina de la vida social”<sup>4</sup>.

Estas enseñanzas constituyen una guía ineludible para iniciar el estudio del tema seleccionado para festejar el cumpleaños del maestro y amigo, la influencia de la renovación constitucional en el Derecho de Daños.

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

La reforma constitucional del año 1994 inició una nueva etapa en la vinculación entre la Norma Suprema y el Derecho Privado al reconocer rango liminar a los Tratados Internacionales 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, mas allá de fijar la organización de la estructura del Estado Argentino, estableció, en su primera parte, las Declaraciones, Derechos y Garantía que en ese momento se entendían debían tener rango superior.

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

El profesor Lorenzetti encuentra una zona de tensión ideológica entre estos cuerpos normativos motivados por el distinto origen de los antecedentes inspiradores al recordar 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

---

<sup>4</sup> Luis MOISSET DE ESPANÉS, ob. cit.

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>5</sup>.

Este análisis es relativamente cierto si lo circunscribimos estrictamente a la vinculación con el Derecho Civil, pues no se puede desconocer que con la sanción de la Constitución de 1949<sup>6</sup> se inicia una clara etapa de constitucionalismo social en nuestra dogmática, mas allá de la resistencia opuesta por las interpretaciones liberales, que es irremediablemente aceptada, a pesar de la total derogación de la reforma, en el art. 14 bis que elevó a rango constitucional los derechos sociales, gremiales y asistenciales de los trabajadores.

A partir de ese tiempo ya no se puede hablar de una constitución con ideología liberal e individualista; estas ideas políticas, evidentemente, habían sido morigeradas en la sociedad y en la normativa al punto que permite aseverar la consagración 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>7</sup>.

---

<sup>5</sup>Ricardo L. LORENZETTI, “Constitucionalización del derecho civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema”, L.L. 1993-D-673, Derecho Constitucional- Doctrina Esenciales, t. II, 675; “El daño a la persona (Solución de casos de colisión de derechos fundamentales)”, L.L. 1995-D, 1012, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, t. II, 1219; Horacio ROSATTI, *Código Civil Comentado - Doctrina-Jurisprudencia – Bibliografía, El Código Civil desde el Derecho Público*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 37.

<sup>6</sup>Jorge Reinaldo VANOSI, “La Constitución Nacional de 1949”, [http://www.ancmip.org.ar/user/files/La\\_constitucion.pdf](http://www.ancmip.org.ar/user/files/La_constitucion.pdf), p. 11.

<sup>7</sup>Helio Juan ZARINI, *Análisis de la Constitución Nacional - Comentario exegético, origen, reformas, concordancias y antecedentes*, 3ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, Astrea, 1991, comentario art. 14 bi., 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>8</sup>.

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 que encontró sustento constitucional a partir de la misma.

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>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Pablo A. RAMELLA, *Derecho constitucional*, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 92; Miguel M. PADILLA, “Los derechos sociales: una reinterpretación”, L.L. 1988-A, 1017; Ricardo HARO, “Tendencias contemporáneas en el derecho constitucional”, 9 de agosto de 2000, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, <http://www.acader.org.ar>

<sup>9</sup> Pascual Eduardo ALFERILLO, *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 18/5/1999; “Intervención estatal en materia contractual”, <http://www.acaderc.org.ar/>; Miguel GONZÁLEZ ANDÍA, “La intervención del derecho en la actividad científica y tecnológica. Con especial referencia a la genética”, L.L. 2000-F, 1366; Renato RABBI-BALDI CABANILLAS, “Contrato y emergencia: aproximación a la filosofía jurídica de la Corte Suprema”, Sup. Emergencia Económica y Teoría del Derecho 2003 (agosto), 10, L.L. 2003-E, 1066, Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales, t. IV, 123; Miguel Ángel EKMEKDJIAN, “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)”, L.L. 1982-B, 789; Luis Armando CARELLO, “El ‘poder de policía’. Modernas tendencias”, L.L. 1994-D, 687; Humberto QUIROGA LAVIÉ, “El orden económico constitucional. La intervención del Estado en el orden económico y social”, L.L. 1988-C, 1081; Alejandro BORDA, “El proyecto de ley de locaciones urbanas”, L.L. 1/10/2009, 1-DJ 28/10/2009, 3090; Guillermo POSE, “La intervención del Estado en empresas privadas”, L.L. 1986-B, 1095; Carlos Gustavo VALLESPINOS, “La libertad en la

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>10</sup>.

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

El movimiento interpretativo se lo conoce bajo la denominación de “Derecho civil constitucional” generado, fundamentalmente, a partir de la incorporación al texto constitucional de figuras que anteriormente eran consideradas exclusivas de la esfera *jus privatista*<sup>11</sup>.

---

contratación contemporánea”, L.L. 984-A, 886; María Angélica GELLI, “Las libertades económicas y el papel del Estado (Acerca de la suspendida ley de abastecimiento)”, La Ley 2006-D, 1081-Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales, t. III, 929; Carlos A. HERNÁNDEZ, Mónica FRESNEDA SAIEG, David F. ESBORRAZ, “Reflexiones sobre el orden público en materia locativa”, La Ley 2004-A, 137; Marcelo BORKA, “Locación inmobiliaria. Un recorrido por más de 80 años de Emergencia”, Sup. Act. 05/10/2004, 1; entre otros.

<sup>10</sup> Sebastián PICASSO, “La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema”, L.L. 2/6/2008, 4, cita a Bertrand MATHIEU, “Droit constitutionnel et droit civil: des vieilles outres pour un vin nouveau”, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1994-59 quién sostenía que ambas disciplinas “han coexistido largo tiempo en una majestuosa indiferencia recíproca”. El mismo diagnóstico es informado por Ricardo L. LORENZETTI, “Fundamento constitucional de la reparación de los daños”, L.L. 2003-C, 1184, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, t. I, 207.

<sup>11</sup> Christian STARK, “Derechos fundamentales y derecho privado”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 22. N° 66. septiembre-diciembre 2002, [http://74.125.47.132/search?q=cache:KhoYOREVS2MJ:www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC\\_066\\_063.pdf+LUCHAIRE+FRANCOIS+FONDEMENTS&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=ar](http://74.125.47.132/search?q=cache:KhoYOREVS2MJ:www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_066_063.pdf+LUCHAIRE+FRANCOIS+FONDEMENTS&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=ar); Atias Christian, “La civilisation du droit constitutionnel”, Journal des Economistes et des Etudes Humaines, vol. 1 número 3, octubre 1990; François LUCHAIRE, “Les fondements constitutionnel du droit Civil”, en R.T.D.C. 1982-242; Bertrand MATHIEU, “Droit

El profesor Rivera advertía, en nuestro país, “una constitucionalización de materias del Derecho Privado por reconocimiento directo de nuevos derechos y garantías constitucionalmente amparados y por vía de reconocimiento del rango constitucional de tratados que regulan materias de Derecho Civil”<sup>12</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>13</sup>. A esta conclusión arriba luego de transcribir el pensamiento de autores europeos que estimaban que el Derecho Civil Constitucional no es Derecho Constitucional, sino Derecho Civil formalmente integrado en la Constitución<sup>14</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>15</sup>.

---

Constitutionnel e Droit Civil: des vieilles outres pour un vin nouveau”, en R.T.D.C. 1994/59; Pietro PERLINGERI *El derecho civil en la legalidad constitucional*, Dykinson, 2008, N° 177; Paolo COMANDUCCI, “Constitucionalización y teoría del derecho”, 23/8/2005, <http://www.acader.unc.edu.ar>; BARBER CÁRCAMO, “La Constitución y el derecho civil”, Universidad de La Rioja, María ZABALO ESCUDERO, *La reforma del derecho civil aragonés: El marco constitucional*, entre otros autores europeos.

<sup>12</sup> Julio César RIVERA, “El derecho privado constitucional”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 7 “Derecho Privado en la reforma constitucional”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 27. De igual modo se han preocupado por el estudio del tema: Juan Bernardo ITURRASPE, “¿Código Civil vs. Constitución Nacional?”, Sup. Act. 30/12/2003, 2; Mónica FRESNEDA SAIEG - Carlos HERNÁNDEZ - David ESBORRAZ, “La reforma constitucional: su incidencia en la evolución del Derecho Civil”, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc/article/view/1036>; Eduardo MOLINA QUIROGA y Lidia E. VIGGIOLA, “Protección constitucional del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial”, <http://www.aaba.org.ar/bi150701.htm>; Carlos A. GHERSI, “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), L.L. 1994-D-412 - Responsabilidad civil Doctrinas Esenciales t. I, 197; Ariel ARIZA, “Aspectos constitucionales del Derecho Civil”, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc/article/view/1014>

<sup>13</sup> Julio César RIVERA, *ibidem*, p. 38.

<sup>14</sup> Joaquín ARCE y FLORES-VALDEZ, *El derecho civil constitucional*, Madrid, 1986, p. 87.

<sup>15</sup> Julio César RIVERA, *ob. cit.*, ps. 37/38. El autor cita a Mathieu, Lasarte en I Congreso de Derecho Vasco, reseñado por Asua Igaretua en A.D.C. 1983-480; LARENZ, p.

La relación entre la Constitución y el Código Civil en España y 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” marcando la importancia que tenía la sanción del código sustancial para consolidar la nacionalidad. El vínculo entre el Código Civil y la nacionalidad en Europa fue más fuerte que el creado por sus constituciones que eran permanentemente reformuladas conformes a los intereses cambiantes de sus vaivenes políticos<sup>16</sup>.

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

El Código Civil, actualmente vigente, fue sancionado por el Congreso Nacional conforme a la delegación conferida por el art. 67 inc. 11 del texto original de la Constitución.

En otras palabras, en nuestra dogmática, el “núcleo normativo constituyente” del Estado, se encontraba redactado en la propia Constitución Nacional y no en el Código Civil que, sin perjuicio de ello y lugar a hesitación, acompañó el proceso de consolidación de la identidad nacional.

---

101; José Luis DE LOS MOZOS, en José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español común y foral*, Madrid, 1984, t. I-I, p. 422; Jean -Yves CHEROT, “Les raptos du droit Constitutionnel - Response a Christian Atias”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*”, p. 441.

<sup>16</sup> Jean-Marc TALAU, “La pérennité du Code Civil en France”, *Indret - Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, febrero de 2005, 268, [www.indret.com](http://www.indret.com).; Atilio Anfbal ALTERINI, “L’Avenir de la codification en France et en Amérique Latine”, 2,3 abril 2004, [http://www.senat.fr//colloques\\_codification/colloques\\_codification16.html](http://www.senat.fr//colloques_codification/colloques_codification16.html)

A partir de ello, 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>17</sup>. El cambio social operado fue notable al punto de que no se conoce resistencia doctrinaria ni política sería contra las modificaciones introducidas por la última Constituyente.

El liberalismo de origen estadounidense que influyó en la redacción de la Constitución de 1853 centralizó su énfasis garantista en el Derecho de propiedad (art. 17) y en la libertad de comercio (arts. 9, 10, 11 y 12) que era la piedra basal para una economía inspirada en ese signo.

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

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

A nuestro entender, el mérito central de la reforma 1994 fue poner su esfuerzo transformador para rescatar al ser humano en sí *proprio*, desplazando en la jerarquía superior a los otros importantes derechos que genera su actuación social o económica<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Horacio ROSATI, ob. cit., 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.

<sup>18</sup> Miguel Ángel EKMEKDJIAN, “Jerarquía constitucional de los derechos civiles”, L.L. 1985-A, 847. Este autor, antes de la reforma constitucional de 1994 sostenía que “los derechos civiles están ordenados jerárquicamente de acuerdo a la ubicación que tenga en la escala axiológica el valor (interés) que cada uno de ellos está destinado a proteger. Existe entre ambos (derecho-interés protegido) una relación de medio a fin”.

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

La reforma constitucional de Santa Fe reconoce en la parte dogmática “nuevos derechos y garantías” (Capítulo Segundo - Primera Parte), enumerando, en el art. 41, el derecho a un ambiente sano y equilibrado, en el art. 42, la protección de consumidores y usuarios y, en el art. 43, una acción rápida y expedita para proteger, entre otros derechos los datos sensibles de la persona<sup>19</sup>.

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

Un repaso mínimo por el contenido de los Tratados Internacionales trae plena convicción que la *ratio* constitucional se focaliza en reconocer la personalidad jurídica de la persona humana marcando que entre ellas no existen diferencias. Donde hay un ser humano existe una persona para el derecho. En el mismo nivel se coincide en reconocerle 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>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Gabriela ROSELLO - Mónica HISE, “Los derechos del consumidor en la Constitución y en la ley”; Roberto GARCÍA MARTÍNEZ, “Los tratados internacionales y la Constitución Nacional”, en el capítulo “Los nuevos derechos civiles constitucionales”, en libro *Los derechos del hombre. Daño y protección a la persona*, coordinado por Carlos A. Ghersi, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1997, ps. 477 y 491.

<sup>20</sup> Miguel Ángel EKMEKDJIAN, ob. cit. En la misma opinión: Jorge MOSSET ITURRASPE, “Otra muestra del ‘Derecho Privado Constitucional’: la Constitución avanza sobre los privilegios concursales”, Sup. CyQ 2004 (septiembre), 29.

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 restantes derechos personales, en primer lugar los “Derechos-fines” y luego los “Derechos-medios”. 6°) Los derechos patrimoniales<sup>21</sup>.

Sin lugar a duda, la reforma constitucional del año 1994, modificó definitivamente el clásico paradigma normativo nacional ubicando al ser humano 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>22</sup>.

Este criterio fue reiterado por la Corte Federal en distintos pronunciamientos<sup>23</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>24</sup>.

En esta línea evolutiva del máximo tribunal resulta oportuno destacar, la conexión que formulan, en la disidencia parcial, los Dres. Maqueda y Rueda con otros derechos vitales en el caso “Mesquida” por la influen-

---

<sup>21</sup> Ibidem.

<sup>22</sup> C.S.J.N., 16/10/2001, “M., M. c/ M. S. y A.S.”, La Ley 2001-F, 505; DJ 2001-3, 657; ED 27/03/2002, 13; JA 2002-II, 425; Sup. Const. 2002 (agosto), 39; La Ley 2002-E, 299.

<sup>23</sup> Pascual Eduardo ALFERILLO - Juan Carlos PANDIELLA, *Daño a la persona. Valoración. Cuantificación. Visión jurisprudencial*, Córdoba, Nuevo Enfoque Jurídico, 2009, p. 15.

<sup>24</sup> C.S.J.N., 21/09/2004, A. 2652. XXXVIII, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, Sup. Especial La Ley 2004 (septiembre), 39; DJ 29/09/2004, 339; DT 2004 (septiembre), 1286; DJ 06/10/2004, 394; RCyS 2004-IX, 122; ED 25/10/2004, 5; DJ 10/11/2004, 798; IMP 2004-21, 131; TySS //2004, 778.

cia que tiene en temas relacionados, cuando consideran que “*la vida es el primer derecho de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva y que su efectiva tutela se encuentra enlazada a otros derechos tales como la integridad psíquica y física, la protección integral de la familia, el derecho a una reparación integral en los términos del deber constitucional de no dañar a otro*”<sup>25</sup>.

La decisión constitucional de priorizar al ser humano en sí *proprio*, por encima de sus derechos patrimoniales, tiene influencia al momento de adoptar una decisión frente a una hipótesis de conflicto entre estos valores. Pues, sin la menor hesitación, la hermenéutica debe ser *in dubio pro homini*, siempre en favor del ser humano<sup>26</sup>.

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 confluencia reglamentaria entre el contenido de la Constitución Nacional y el Código Civil, de cuya interesante temática, en estas reflexiones limitaremos a verificar su desarrollo en la esfera comprendida por el Derecho de Daños.

---

<sup>25</sup> C.S.J.N., M. 687. XXXVIII; REX “Mesquida, Gregorio Hugo y otro c/ Estado Nacional - Armada Argentina y otro s/accidente en el ámbito militar y fuerzas de seguridad”, 28/11/2006, T. 329, P. 5382, (Disidencia parcial de los Dres. Juan Carlos Maqueda y Luis Roberto Rueda).

<sup>26</sup> Da Rosa Júnior, Faustino, “El derecho contractual en el nuevo contexto del derecho civil -constitucional”, 18/9/2008, [http://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 lo derecho privado ? y el Código de Defensa del Consumidor. La dicotomía derecho público-derecho privado merece ser superada, en favor de la aplicación, al ordenamiento jurídico como un todo, de los valores y principios constitucionales, se priorizando la persona humana y el respeto a su intangible dignidad”.

#### IV. La constitucionalización del derecho de daño

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

Ello permitió asegurar que “uno de los aspectos más sorprendente del actualmente denominado Derecho de Daño, es justamente la mutación del contenido del “daño resarcible” que ha tenido a lo largo de la existencia del Código Civil. La misma, cabe consignar, no es producto de la evolución legislativa, sino por el contrario, es el resultado de las transformaciones socio-económicas acaecidas en la Argentina que motivaron profundas meditaciones de la doctrina de los juristas que a partir de la percepción de los cambios socio - económicos, procuraron compatibilizar los nuevos reclamos de justicia con la estática letra de la normas civil. En el mismo nivel de apremio se encuentra la doctrina judicial que a través de sus sentencias, intentó dar respuesta a las modernas exigencias de equidad de la sociedad<sup>27</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

---

<sup>27</sup> Pascual Eduardo ALFERILLO, *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, etc. La historia del derecho marca otros ejemplos.

ejemplo, la exclusión del concubino, la del pariente lejano alimentado por el fallecido, etc., de la legitimación para reclamar el daño material<sup>28</sup>.

De igual manera, se percibe la transformación en la evolución que se ha dado de la responsabilidad civil al derecho de daños, no solo en la denominación sino en la concepción ideológica, pues se pasó de centralizar el estudio de los factores de atribución para definir si el patrimonio del dañador debía responder por la indemnización a focalizar la preocupación en la víctima del daño, en como resarcirla mas adecuadamente. Sobre el tema, Garrido Cordobera sostenía que “dada la situación actual de complejidad del mundo en que vivimos, la vulnerabilidad a la que estamos expuestos y los principios rectores de los Derechos de Daños, es que volvemos a sostener que la mejor herramienta con que se puede lograr la distribución de los daños para poder ser soportado por quién mejor pueda absolverlos, y que ellos no pesen sobre las víctimas inocentes de los daños injustamente sufridos”<sup>29</sup>.

Ahora bien, la mentada reforma constitucional/94 introduce modificaciones en la normativa interna del país y una jerarquización nueva de los Tratados Internacionales que tiene influencia en el Derecho privado. Esta transformación de la legalidad superior colocó a los juristas y magistrados en la tarea de medir la dimensión de la influencia en la normativa inferior, particularmente en los códigos sustanciales dictados por el Congreso Nacional.

El impacto jurídico de la reforma fue medido por Heredia quién como colofón de su estudio en homenaje al profesor Chabas, observaba que “la Constitución reformada y “recobrada” ha provocado y está provocando

---

<sup>28</sup> Alfredo ORGAZ, *El daño resarcible*, correcciones e índice a cargo del abogado Miguel Domingo Martínez, Córdoba, Marcos Lerner Editora, 1992, ps. 98/99; Eduardo A. ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, 2ª edición actualizada y ampliada, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 29; Jorge MOSSET ITURRASPE, “Daño de hecho y daño jurídico. Perjuicio originado en la muerte del hermano”, L.L. 1982-B, 171, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, t. III, 331; entre otros autores que tratan el tema.

<sup>29</sup> Lidia M.R. GARRIDO CORDOBERA, *Casos de responsabilidad civil*, Colección Académica, Buenos Aires, 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”.

en el Derecho interno una profunda conmoción cuyos alcances no están precisados...es un proceso, esta *in fieri*, haciéndose”<sup>30</sup>.

#### IV.1. El sustento constitucional del deber de no dañar

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

Así, en el caso “Gunther”<sup>31</sup>, como en “Santa Coloma”<sup>32</sup>, aseveró que el principio del *alterum non laedere* tiene su raíz constitucional en el art. 19 de la Constitución Nacional al entender que tanto las acciones públicas como las privadas son alcanzadas por la autoridad de los magistrados cuando perjudican los derechos de terceros quedando en la esfera de reserva personal únicamente las acciones privadas que no ofenden la moral pública ni el derecho de otro.

A partir de esta premisa se falló que “*la responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 del Código Civil sólo consagra el principio general establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los “hombres” perjudicar los derechos de un tercero*”. Razón por la cual “*la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica*”<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> José Raúl HEREDIA, “La Constitución como fuente de la pretensión de reparación de daños. Algunos supuestos especiales”, en libro *Responsabilidad civil*, Santa Fe-Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 13.

<sup>31</sup> C.S.J.N. “Gunther, Fernando Raúl c/ Estado Nacional (Ejército Argentino) s/ sumario”, 5/8/1986, T. 308, P. 1118.

<sup>32</sup> C.S.J.N., 5/8/1986, “Santa Coloma, Luis Federico y otros c/ E.F.A.”, t. 308 Fº 1160. El otro pronunciamiento de ese día es “Honorio Juan Lujan v. Nación Argentina”, t. 308 Fº 1110.

<sup>33</sup> C.S.J.N., “Gunther...”, cit.

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>34</sup>.

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>35</sup>.

#### IV.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”.

---

<sup>34</sup> C.S.J.N., 25/9/1997, “L., B. J. y otra c/ Policía Federal Argentina”, La Ley 1998-E, 528; V. 125. XXIII.; “Valenzuela, Rubén c/ la Nación (Estado Mayor del Ejército) s/ daños y perjuicios”, 25/08/1992, T. 315, P. 1731; A. 2652. XXXVIII.; “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, 21/9/2004, T. 327, P. 3753; R. 1398. XLI; REX “Ramírez, Juan Carlos c/ E.B.Y. s/ daños y perjuicios”, 05/06/2007, T. 330, P. 2548; O. 271. XL; REX “Otero de Cufre, Sara Beatriz c/ Avícola Capitán Sarmiento S. A. y otro s/ indemnización por fallecimiento”, 30/10/2007; A. 436. XL; RHE “Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía S.R.L.”; 8/4/2008, T. 331, P. 570 B. 3534. XXXVIII; RHE “Bernald, Darío c/ Bertoncini Construcciones S.A.”, 18/06/2008, T. 331, P. 1488; 22/12/1993; Navarrete, Margarita Reina y otro c/ Nación Argentina (Ministerio de Educación y Justicia -Servicio Penitenciario Federal-), entre otros.

<sup>35</sup> C.S.J.N. “Gunther,...”, cit.

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 que se lo ha utilizado para medir la justicia de las indemnizaciones en las expropiaciones<sup>36</sup> y en el cumplimiento de las retribuciones en las contrataciones para realizar obras públicas<sup>37</sup>, en la actualización monetaria<sup>38 39</sup>, etc.

---

<sup>36</sup> C.S.J.N., “Nación c/ Roca de Schröder, Agustina”, 1976, T. 295, P. 157; “Provincia de Buenos Aires c/ Saico S.A.”, 1985, T. 307, P. 1306, entre otros. En las expropiaciones ocupa un lugar especial el tema de que si la imposición de las costas por su orden afecta la reparación integral. En un sentido, muy negativo y contrario a la constitucionalización del derecho codificado sustancial y procesal, se ha pronunciado Laplacette, Carlos José, “La reparación integral. Problemas de un concepto innecesario y erróneo”, La Ley 2008-C, 961 quién llega a decir que “no es la Constitución Nacional el lugar donde deben buscarse respuestas a decisiones legislativas que simplemente no son de nuestro agrado. De lo contrario, el derecho constitucional se trivializa y con él la autoridad de nuestra Carta Magna.”

<sup>37</sup> C.S.J.N., S. 26. XXII.; “SACOAR SAIC. c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ ordinario”, 31/10/1989, t. 312, p. 2043; “Pensavalle S.R.L. c/ Nación”, 1976, t. 296, p. 729; E. 136. XXXIV. “Echenique y Sánchez Galarce S.A. c/ Instituto de Vivienda del Ejército s/ sumarísimo”, 24/04/2001, t. 324, p. 1315; “Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.I.C.F.I. c/ Dirección Nacional de Vialidad”, 1984, T. 306, P. 1409; entre otros.

<sup>38</sup> C.S.J.N., L. 33. XXII.; “Lo Iacono, Osvaldo José c/ Consejo Nacional de Educación Técnica CONET”, 30/8/1988, t. 311, p. 1722; “Pillet, Jorge Carlos c/ Nación”, 1961, t. 249, p. 320; “Argos Compañía Argentina de Seguros Generales S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”, 1975, t. 293, p. 710; C. 88. XXXI. “Carello, Juan Miguel y otro c/ Camba Cua SAAGMS. y otro s/ lesión y/o muerte de pasajero transporte aéreo”, 20/8/1996, t. 319, p. 1486; “Vieytes de Fernández, Juana Suc. c/ Provincia de Buenos Aires”,

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

Por ello 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, el voto de Luis María Boffi Boggero sostuvo que *“el principio de la reparación integral que gobierna, entre otros, a la responsabilidad “aquiliana”; exige que se coloque a los damnificados en las mismas condiciones en que habrían estado de no haberse producido el hecho ilícito”*<sup>40</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>41</sup>.

---

1976, t. 295, p. 973; “Scordo, Humberto Francisco c/ S.A. Lago Electric”, 1977, t. 299, p. 125; “Pérez de Neglia, María del Carmen c/ Facchini, Gino y otra”, 1977, t. 297, p. 445; “SAFAC, S.A. Cía. Fabril, Comercial y Financiera c/ Celulosa Argentina S.A.”, 1979, t. 301, p. 45; “Stabilito, Bartolomé y otros”, 1980, t. 302, p. 1016; “Villariño Malleiro, Raquel c/ Luis Paulino suc.”, 1981, t. 303, p. 2010; “Asís de Álvarez, Julia Ester c/ Ferrocarriles Argentinos”, 1981, t. 303, p. 1445; “Banco Nacional de Desarrollo c/ José Antonio Silva”, 1981, T. 303, P. 378, entre otros.

<sup>39</sup>José Pedro CHIARAMONTE, “El principio de la reparación integral en las obligaciones de dinero”, L.L. 1976-D, 239.

<sup>40</sup> C.S.J.N., “Lucena, Rafael y otro c/ Nación”, 1961, t. 250, p. 135. En igual sentido: Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, 18/4/1950, “Heinz, Felipe c/ La Continental (Cía. de seguros)”, La Ley Online cuando dijo que “la reparación del daño debe ser integral; es decir, debe restablecerse el estado de cosas que hubiera existido si la circunstancia que obliga a la indemnización no hubiese sobrevenido”.

<sup>41</sup> C.S.J.N., “Vieytes de Fernández, Juana Suc. c/ Provincia de Buenos Aires”, 1976, t. 295, p. 973.

El expreso reconocimiento del status constitucional del derecho a la reparación integral se verifica de un modo indirecto en “Pérez, Fredy Fernando” cuando la Corte entendió que *“el principio constitucional de la reparación integral no justifica que sean sorteadas explícitas normas procesales que determinan el preciso alcance de la competencia apelada y que hacen a la tutela de la defensa en juicio”*<sup>42</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 juzgó que *“el art. 19 de la Constitución Nacional establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero: alterum non laedere, que se encuentra entrañablemente vinculado a la idea de reparación”*<sup>43</sup>.

Posteriormente, la Corte Federal, en el marco de la internacionalización de nuestro derecho interno, amplió el concepto de reparación integral cuando dijo: *“el deber de investigar y sancionar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos, como una de las formas de reparación integral impuesta por la 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>44</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

---

<sup>42</sup> C.S.J.N., P 263 XXVIII; “Pérez, Fredy Fernando c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos s/sumario”, 24/8/1995, t. 318, p. 1598.

<sup>43</sup> C.S.J.N., A. 2652. XXXVIII.; “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, 21/09/2004, t. 327, p. 3753; E.D. 25/10/04, N° 52.021; E.D. 15/11/04; L.L. 17/11/04; J.A. 24/11/04; L.L. 1/12/04, N° 108.383; E.D. 03/12/04. En autos M. 687. XXXVIII; REX “Mesquida, Gregorio Hugo y otro c/ Estado Nacional - Armada Argentina y otro s/accidente en el ámbito militar y fuerzas de seguridad”, 28/11/2006, t. 329, p. 5382, la disidencia parcial de los Dres. Juan Carlos Maqueda y Luis Roberto Rueda fijo el mismo criterio al reconocer “el derecho a una reparación integral en los términos del deber constitucional de no dañar a otro”.

<sup>44</sup> C.S.J.N., E. 224. XXXIX.; “Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa - Bulacio, Walter David”, 23/12/2004, t. 327, p. 5668 (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

contractual, ampliación de los rubros incluidos y cuantía adecuada), para incluir el deber estatal de investigar, reprimir y resarcir los daños derivados de las violaciones de los Derechos Humanos.

### *IV.3. La flexibilización de la prejudicialidad penal*

La primera flexibilización de la rigidez del art. 1101 del Código Civil fue propuesta 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>45 46</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>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, noviembre 20/11/73, “Ataka Co. Ltda. c/ González, Ricardo y otros”, La Ley, t. 154 p. 85. Idem fallos t. 246, p. 87, Rev. La Ley t. 98 p. 289; t. 272 p. 188, Rev. La Ley t. 133, p. 414. En ese fallo completo su pensamiento asegurando que “...la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial debe pronunciarse sin supeditar su fallo “hasta tanto recaiga pronunciamiento en sede penal” pues si existen demoras en ese trámite - mas de cinco años - la dilación ocasiona agravios a la garantía constitucional del derecho de defensa...”

<sup>46</sup> Pascual Eduardo ALFERILLO, “Flexibilización de la prejudicialidad penal”, Revista de la Responsabilidad Civil y Seguros, año IV N° VI - noviembre 2002, p. 37.

<sup>47</sup> Cámara Apel. Civ. Com. y M., San Juan, Sala 1ª, Libro de Autos t. 84 F° 187/188 - 26-2-93, Libro de Autos t. 94 F° 39/40 - 12-12-96; N° 14.605 “Ramírez, Ernesto Clemente c/ Vedia Dante - Daños y perjuicios”, Libro de Autos t. 94 F° 81/82 - 27/2/1997, entre otros. La sala II ha sostenido que “... el prolongado transcurso del tiempo sin que la actuación haya proseguido hace presumir que la acción penal está prescripta, por lo cual debe resolverse en sede civil los reclamos indemnizatorios. De no ser así, habría

Al momento de dictarse el fallo por la Corte Federal, cabe subrayar que aún no se habían incorporado al texto de la Constitución Nacional los distintos tratados internacionales (art. 75 inc. 22 C. N.), razón por la cual la limitación operativa del art. 1101 del Código Civil se fundaba en la inobservancia del mandato implícito contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional<sup>48</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/

---

que suspender *sine die* el pronunciamiento civil con lo que se lesionaría derechos de raigambre constitucional...", Autos N° 15536 "Ibáñez de Terzi, Beatriz del Carmen c/ Andrés Morales - Daños y Perjuicios - sumario", Libro de Sentencias t. I F° 29/36, 25/02/2000. En el mismo sentido, Cám. Civ. y Com. Santiago del Estero, C 10288 S 11/4/1996 "Leiva de Lescano Clotilde Asunción c/ Empresa de Transporte de Pasajeros Coop. "La Unión" y/o Propietarios responsables s/ Daños y Perjuicios". Este tribunal sostuvo que "... la dilación indefinida del trámite y de la decisión de un juicio hiere el derecho de defensa. Por ello es de fundamental importancia que el proceso tenga una duración razonable, esto implica que las dilaciones, suspensiones, etc., sin razón suficiente conspiran contra dicha celeridad y como tal es inconstitucional. En consecuencia, dejar un proceso abierto *sine die* sin el dictado de la sentencia respectiva por imperio de lo dispuesto por el art. 1101 C. Civil, importa una verdadera violación al art. 18 de la C.N. y privación de justicia..."

<sup>48</sup> Germán BIDART CAMPOS, "La duración razonable del proceso", L.L. t. 154 p. 85; Luis María BOFFI BOGGERO, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1985, t. 6, p. 223.

González”, sino, por el contrario, reafirmó sus convicciones perfeccionando el concepto de privación de justicia, en varios pronunciamientos (312-2434; 311-1604; 305-913, etc.) al juzgar que es inconstitucional la prolongación indefinida de los procesos. Ello al punto de sentenciar en un caso paradigmático, luego de intimar a un Superior Tribunal de Justicia provincial a pronunciarse sin dilación alguna que *“la garantía de la defensa en juicio significa el derecho a obtener una decisión”*<sup>49</sup>.

La Corte Federal, en la nueva etapa constitucional, en el caso “Zacarías, Claudio H. v. Provincia de Córdoba y otros”, estableció como doctrina que *“... la postergación de la sentencia civil hasta tanto se dicte el fallo penal impuesta ante la dualidad de procesos originados en el mismo hecho, debe ceder cuando la suspensión determina una dilación indefinida en el trámite y decisión de este juicio que ocasiona agravio a la garantía constitucional de derecho de defensa y produce una denegación de justicia...”*<sup>50</sup>.

Pues como ella misma proloquió, en el fallo “Boleso, Héctor Hugo c/ Estado de la Provincia de Corrientes - Recurso de Hecho”, *“reconocer un derecho pero negarle un remedio apropiado equivale a desconocerlo, y que la garantía de defensa en juicio incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido dentro de un plazo razonable (fallos: 324:1944, considerando 5º)...”*<sup>51</sup>.

Esta línea de pensamiento, fue recepcionada posteriormente por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza<sup>52</sup>, la Corte de Justicia de

---

<sup>49</sup> C.S.J.N., Fallo 323-747.

<sup>50</sup> C.S.J.N., 28/04/1.998, Fallo 321-1124. en igual sentido CNCiv., sala F, 2001/12/05 “Carvajal Víctor c/ Fronteras, Tomás R.”, doctrina Judicial 22/05/2002 - Año XVIII N° 21, p. 263.

<sup>51</sup> C.S.J.N., B. 930. XXXVI “Boleso, Héctor Hugo c/ Estado de la Provincia de Corrientes”; 21/08/2003; T. 326 P. 2868.

<sup>52</sup> Suprema Corte de Justicia Mendoza, N° 00199198 Sala: 1, 29-06-2000, N° 68195 - Velásquez Patricia y otra, en J. Velásquez c/ Cristóbal Moreno López p/ Daños y perjuicios - Ordinario -Casación”, Libro S296 Fojas: 046. Este tribunal entendió que “la suspensión del dictado de la sentencia civil hasta tanto recaiga resolución en sede penal no es una regla legal absoluta; por el contrario, ella debe compatibilizarse con los principios constitucionales de acceso a la justicia y al derecho a obtener una decisión dentro de un tiempo razonable....”. Por lo cual “... cabe dictar sentencia civil aunque no

Tucumán<sup>53</sup>, el Superior Tribunal de Santiago del Estero<sup>54</sup>, la Suprema Corte de Buenos Aires<sup>55</sup>, Tribunal Superior de Justicia de Córdoba<sup>56</sup> y la minoría en el Tribunal Superior de San Luis<sup>57</sup>.

---

haya recaído sentencia en sede penal si por su magnitud la pendencia impide en forma real el derecho de defensa en juicio”

<sup>53</sup> Corte de Justicia Tucumán, 28/12/2000, Sent. N° 1137 “Santillán Viuda de Villagra, Lola Elvira vs. Municipalidad de San Miguel de Tucumán s/ Daños y perjuicios”; 19/12/2000, Sent. N° 1089 “Roquera, Darío Leoncio c/ Sol San Javier S.A. s/ Daños y perjuicios”. Este organismo jurisdiccional afirmó que “... el exceso de tiempo transcurrido desde el siniestro, la dilación en el trámite de la causa penal, el estado procesal de la misma, la imposibilidad para los actores de instar aquel proceso, el tiempo transcurrido desde la suspensión dispuesta por esta Corte sin avances significativos, el desistimiento de la acción civil respecto del imputado en la causa criminal y las circunstancias personales de la víctima (persona de avanzada edad) configuran una excepción al principio de la prejudicialidad (art. 1101 del Cód. Civil), e imponen la necesidad de dictar la sentencia civil, sin esperar el pronunciamiento penal”.

<sup>54</sup> Supremo Tribunal de Santiago del Estero, 15/5/2000, “Herrera de Celiz, Elsa Alicia y otros c/ Paz Gustavo Ramón y/u Otros s/ Daños y perjuicios - Casación”. Este Tribunal aseveró que “... la norma legal de prejudicialidad penal que impone la suspensión en sede civil del dictado de la sentencia, mientras exista un proceso penal pendiente, no reviste carácter absoluto y habrá de estarse a las particularidades de cada caso, por cuanto las normas jurídicas aún las imperativas y de orden público, deben ser interpretadas razonablemente en función de las circunstancias particulares del caso concreto, en los principios generales del ordenamiento jurídico y de las normas de jerarquía constitucional que le atañen. Por eso toda vez que la pendencia del proceso penal sea de tal magnitud que impide en forma real el derecho de defensa en juicio, cabe dictar resolución civil, aun cuando no haya recaído sentencia en sede penal”.

<sup>55</sup> SCBA, causa Ac. 77.383, “Nastrucci, Stella Maris c/ Canal, Roberto y otro. Daños y perjuicios”, 19/2/2002. El tribunal siguiendo los lineamientos marcados por el voto del Dr. Hitters sostuvo que “la aplicación aislada y literal del art. 1101 del Código Civil resulta irrazonable cuando no ha existido pronunciamiento definitivo en sede penal por una dilación sine die de dicho trámite. De lo contrario, se plasmaría una solución incompatible con un adecuado servicio de justicia (art. 15, Const. prov.) y con el derecho de obtener una sentencia en tiempo razonable (conf. arts. 18, 5 inc. 22 y ccs., Constitución Nacional; 5 de la Provincial y 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica)”.

<sup>56</sup> Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Civil y Comercial, 8/6/2009, “Sanmartino Javier Cematti S.A.I. y C. c/ Lizzi, Jorge Osvaldo”, D.J. 16/12/2009, 3584. El tribunal sostuvo que “la excepción al principio de prejudicialidad establecido en el art. 1101 del Código Civil puede concederse en aquellos casos en los cuales el interesado demuestre que el plazo de duración del proceso penal le generó un

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

#### *IV.4. Cuestionamientos a las limitaciones del art. 1078 del Código Civil*

Otros de los puntos donde se debate sobre la influencia de la Constitución Nacional en la normativa del Código Civil, es el relativo a la legitimación para reclamar el daño moral reglada por el art. 1078 del primero<sup>58</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

---

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>57</sup> Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis, 20/3/2001, “Caro, Mónica S. c/ Comisión Asesora de Vivienda de la C.G.T.”, regional San Luis, LL Gran Cuyo 2002, 129. El voto de la minoría sostuvo que “el principio de la prejudicialidad cede, cuando -como en el caso-, la causa penal se encuentra prácticamente paralizada, sin haberse identificado a ningún imputado y sin que se presenten indicios de que tal cosa va a suceder en un tiempo razonable”.

<sup>58</sup> El texto original fue sustituido por art. 1° de la Ley N° 17.711 (B. O. 26/4/1968), con vigencia a partir del 1° de julio de 1968.

indemnización debe comprender no solamente los daños y perjuicios patrimoniales sino también la reparación del agravio moral”<sup>59</sup>.

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

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

De la simple lectura del nuevo texto, el paso dado por la reforma puede ser calificado como de apertura, a pesar de poner coto a la legitimación para reclamar el daño moral cuando del hecho ilícito resultare la muerte de la víctima, autorizando únicamente a los “herederos forzosos”. Sin embargo, la presión de la realidad social que aceptaba nuevas formas de convivencia requirió una mayor amplitud de la legitimación y ello fue recepcionado por la doctrina en las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1984) donde de *lege ferenda*, se aconseja “ampliar en una futura reforma del Código Civil el ámbito de damnificados, indirectos legitimados para reclamar la reparación del daño moral”<sup>60</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

---

<sup>59</sup>Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: [http://www.acaderc.org.ar/biblioteca/biblioteca-virtual/actaprimercongresodscivil.pdf/view?searchterm=actos ilícitos](http://www.acaderc.org.ar/biblioteca/biblioteca-virtual/actaprimercongresodscivil.pdf/view?searchterm=actos+ilicitos)

<sup>60</sup> En las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1984) el despacho A), suscripto por Alberto J. Bueres, Ramón D. Pizarro, Matilde Zavala de González, Silvana Chiapero de Bas, Beatriz Junyent de Sandoval, María E. Lloveras de Resk y Gabriel Stiglitz. Alferillo, Pascual Eduardo, “Daño a la vida. Valoración - Cuantificación. Acción resarcitoria”, (Ediciones Jurídicas Cuyo - Mendoza - 2009), p. 320 y sig.

reclamación sino se tramita la declaratoria de herederos. 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>61</sup>. En sentido concordante Zavala de González puntualiza: que “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>62</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 C.C., cuando se estimó que “*debe admitirse el reclamo de daño moral de la concubina, fundamentado en los preceptos constitucionales de protección de la familia (arts. 14 bis tercer párrafo, Const. Nacional; 17, 27 y conc. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”; 10 y 23 “Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”), igualdad ante la ley (art. 16, Const. Nacional) y doctrina emanada del art. 1079 del C. Civil, en cuanto sienta el principio general de responsabilidad civil y, a su amparo, amplía el espectro de los legitimados para reclamar por daño”*<sup>63</sup>.

Ello por cuanto, “*el artículo 1078 del Código Civil es inconstitucional toda vez que viola la protección integral de la familia ya que*

---

<sup>61</sup> Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Falta de legitimación de la concubina (y del concubino) para reclamar los daños y perjuicios de la muerte del compañero (o compañera) en un hecho ilícito”, J.A. 1979-III-14; Comentario al art. 1085 en la obra *Código Civil y Leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Augusto César Belluscio (director) - Eduardo A. Zannoni (coordinador), Buenos Aires, Astrea, 1984, t. 5, p. 117.

<sup>62</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, Comentario art. 1078 en comentario arts. 1067, 1084/85 en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Arts. 1066/1116 “Obligaciones”, Alberto J. Bueres (director) - Elena I. Highton (coordinadora), Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 3 A p. 182.

<sup>63</sup> CC0102 MP 127706 RSD-750-4 S 23-11-2004, “Rodrigo, Sandra E. c/ Bustos, Esteban s/ Daños y perjuicios”, LLBA 2005, 133, JUBA Civil y comercial B1404166.

*en el mundo de hoy se considera familia aunque las personas no se encuentren unidas por matrimonio. También se viola la igualdad en la reparación de los daños, la que debe ser integral, toda vez que el artículo 1079 del Código Civil posibilita la legitimación activa a todos los damnificados indirectos con respecto a los daños materiales y el artículo 1078 se limita a algunos legitimados. Esta desigualdad jurídica va contra el principio de reparación integral. (artículo 19 de la Constitución Nacional)”<sup>64</sup>.*

La doctrina autoral ha sostenido la ampliación de la legitimación expresando que “el actual art. 1078 del C.C., en tanto impide el acceso a esa legítima reparación, no tiene posibilidad de sortear el test de constitucionalidad, y no sólo por resultar incompatible con el art. 1079 del mismo cuerpo (que no restringe a ningún damnificado indirecto el acceso al resarcimiento del daño patrimonial), sino por resultar contraria al *alterum non laedere* (art. 19 C.N.) desde una doble vertiente: (a) de un lado, porque para este principio es indiferente la naturaleza patrimonial o extrapatrimonial del interés lesionado para considerarlo jurídicamente “daño” y, consecuentemente, para habilitar la congrua indemnización; (b) y, de otro, porque la letra del art. 1078 privilegia la situación del responsable por encima de los damnificados, jaqueando el derecho de estos últimos a la reparación integral del daño sufrido, a pesar del reconocimiento constitucional de esta posibilidad (art. 21 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala 2ª, 26/12/2007, “C. M. y otro v. L. R. y otra”. En el mismo sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 16/05/2003, “J., S. A. c/ Córdoba, Paulo D.”, La Ley 2003-F, 1035, voto de la minoría Dra. Estevez Brasa y Juzgado Federal de 1ª Instancia de Concepción del Uruguay, 28/12/2004, “Ríos, María Hortensia, por sí y sus hijos menores y otra c/ Mazur, Mario de Jesús y/u otros”, L.L. Litoral 2006 (marzo).

<sup>65</sup> Juan Carlos BORAGINA - Jorge Alfredo MEZA, “Inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil”, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año IX N° XII - Diciembre 2007, p. 44. En igual sentido: Edgardo I. SAUX, “El daño moral y la concubina ¿Ocaso del art. 1078 del Código Civil?”, Revista de la Responsabilidad Civil y Seguros, año X, N° V, mayo 2008, p. 47; F.A.S., “Daño moral del concubino”, Revista de la Responsabilidad Civil, año IX, N° X, octubre 2009, p. 80, entre otros.

#### IV.5. Cuestionamiento a la transmisión *iure hereditatis* de la acción de resarcimiento

Sin pretender agotar esta interesante temática, en la dogmática nacional, a diferencia de otros países, a partir del pensamiento defendido por el profesor Llambías<sup>66</sup> se consolidó la idea de que la reclamación de los daños, particularmente de los derivados del fallecimiento, únicamente podían ser reclamados *iure proprio* y no *iure hereditatis*.

El profesor y la doctrina que le ha seguido en su pensamiento se fundamentaron en dos pilares: a) La vida no constituye un bien con el alcance dado por el art. 2.312 del Código Civil, por ende, no es indemnizable y b) la muerte nunca configura un daño jurídico que pueda sufrir el propio interfecto, por lo tanto no puede adquirir un derecho a la indemnización para ser deferido a sus herederos<sup>67</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>68</sup> a los cuales remitimos

---

<sup>66</sup> Jorge Joaquín LLAMBIÁS, “La vida humana como valor económico. Carácter de la acción resarcitoria por causa de homicidio: Daño resarcible”, J.A., Doctrina (Serie Contemporánea, 1974), p. 624; H. BUSTOS BERRONDO, “Acción resarcitoria del daño causado por homicidio”, Jus, 1962, N° 3, p. 80.

<sup>67</sup> Jorge MOSSET ITURRASPE, “El valor de...”, cit., p. 29; Guillermo A. BORDA, “La vida humana...”, cit., p. 849; Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, Comentarios al art. 1.085 C.C. Código..., t. 5, p. 196; Juan Carlos VENINI, ob. cit., p. 760; Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Resarcimiento de daños...”, p. 52, entre otros. En la doctrina española, cabe recordar el pensamiento de Jaime SANTOS BRIZ, *Derecho de daños*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 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, le 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 del C.P.). En consecuencia, el T.S. ha declarado que la indemnización corresponde a los herederos del fallecido, no exigiendo con rigor el requisito del perjuicio directo. En cambio, tratándose de acción de reparación de daños derivados de culpa extracontractual, se excluye en la jurisprudencia a los herederos, pues no se considera el derecho de indemnización como ingresado en la herencia de la víctima a efectos de transmisión...”.

<sup>68</sup> Pascual Eduardo ALFERILLO, “Daño a la vida...”, cit., p. 155; “Prospectiva de la legitimación para demandar la indemnización de los daños por fallecimiento”, en “Responsabilidad Civil y Seguros”, La Ley t. 2001, p. 187 y sig.

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

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

Sobre el punto, es imprescindible recordar la sanción, el 7 de diciembre de 1994, de la Ley N° 24.411, en la cual se reglan los beneficios que tendrán derecho a percibir por medio de sus causahabientes, establece en el art. 1° que “las personas que al momento de la promulgación de la presente ley se encuentren en situación de desaparición forzada<sup>69</sup>, tendrán derecho a percibir, por medio de sus causahabientes, un beneficio extraordinario equivalente a la remuneración mensual de los agentes Nivel A del escalafón para el personal civil de la administración pública nacional aprobado por el decreto 993/91, por el coeficiente 100...”.

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

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

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

---

<sup>69</sup> El artículo precisa que “a los efectos de esta ley, se entiende por desaparición forzada de personas, cuando se hubiera privado a alguien de su libertad personal y el hecho fuese seguido por la desaparición de la víctima, o si ésta hubiera sido alojada en lugares clandestinos de detención o privada bajo cualquier otra forma del derecho a la jurisdicción”.

En ese sentido, se ha dicho que *“el beneficio establecido por las leyes 24.411 (Adla, LV-A, 7) y 24.823 (Adla, LVII-C, 2894) a favor de familiares de desaparecidos durante el proceso militar no es un bien adquirido “iure proprio” por aquellos pues, mediando fallecimiento comprobado o presuntivo judicialmente declarado del desaparecido, se trata de un bien recibido “iure hereditatis” que, por ende, debe ser integrado al acervo hereditario (art. 1º, ley 24.823)”*<sup>70</sup>.

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

---

<sup>70</sup> Cámara en lo Civil y Comercial de Santa Fe, Sala I, 1/12/2000, “F., R. L. y otra”, L.L. Litoral, 2001-697. En ese fallo, también se dijo que “habiendo fallecido el heredero forzoso de una persona desaparecida durante el proceso militar, la suma de dinero correspondiente al beneficio establecido por las leyes 24.411 (Adla, LV-A, 7) y 24.823 (Adla, LVII-C, 2894) debe transferirse al juicio sucesorio de aquél heredero -en el caso, fue tramitado por los hijos del heredero forzoso fallecido- pues se trata de un bien recibido “iure hereditatis”.

*cual puedan aquellos ser herederos; sólo invocando algún perjuicio personal, sea material, sea moral, pueden los parientes del muerto, como 'víctimas', demandar la indemnización" (cfr. "Personas Individuales", Ed. Depalma, 1946, págs. 21/22 y nota 33 segundo párrafo, con destacado agregado)"<sup>71</sup>.*

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

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*

---

<sup>71</sup> C.S.J.N., S. 1091. XLI "Sánchez, Elvira Berta c/ M° J y DD HH - art. 6 ley 24.41 (Resol. 409/01).

y los terceros perjudicados. En cuanto a los primeros, se presume que la muerte de la víctima les ha causado un perjuicio material y moral y estaría a cargo de la contraparte probar que tal perjuicio no ha existido. Pero los reclamantes que no son sucesores, tal como se expone más abajo (cfr. *infra*, párr. 68), deben aportar determinadas pruebas para justificar el derecho a ser indemnizados”<sup>72</sup>.

Cabe aclarar que la concesión de la indemnización a la víctima directa (fallecido) no implica de modo alguno que, la doctrina de la CIDH, cercene la posibilidad de los familiares o víctimas indirectas puedan reclamar el resarcimiento padecido *iure proprio*. Ambos resarcimientos no son incompatibles<sup>73</sup>.

---

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

<sup>72</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam”, Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones y Costas). En igual sentido: “Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá”, Sentencia de 12 de agosto de 2008, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); “Trujillo Oroza vs. Bolivia”, Sentencia de 27 de febrero de 2002 (Reparaciones y Costas); “Los Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, Sentencia de 26 de mayo de 2001 (Reparaciones y Costas); “Caballero Delgado y Santana vs. Colombia”, Sentencia de 29 de enero de 1997; “Bámaca Velásquez vs. Guatemala”, Sentencia de 22 de febrero de 2002, (Reparaciones y Costas); “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), entre otras.

<sup>73</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Reparaciones, *supra* nota 3, párr. 68; Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros). Reparaciones, *supra* nota 4, párr. 85; y Caso Castillo Páez. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C, Nº 43, párr. 59; Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia”, Sentencia de 27 de febrero de 2002, (Reparaciones y Costas), entre otros.

## V. Reflexiones finales

La celebración de los 80 años de Luis Moisset de Espanés nos pone en situación para recordar el año de su nacimiento (1930) y, a partir de ello, hacer un brevísimo recorrido por los principales avatares de nuestra sociedad.

Nació en una época marcada por una profunda crisis económica, social y política. De esa época se destaca, en el ámbito nacional: el derrocamiento de la democracia y, en lo internacional: la recordada crisis del año 1929.

A partir de ello, creció junto al desarrollo del maquinismo industrial que trajo aparejado, primero, toda la problemática propia del ámbito laboral para luego extender el riesgo tecnológico a la vida civil de todos los ciudadanos.

Ese desarrollo industrial trajo la puja de intereses entre quienes defendían la producción nacional (proteccionistas) y quienes propiciaban el libre cambio con otros países que se manifestaba en la producción de normas para conseguir el fin amparado.

En pocas palabras, Luis ha vivido en un tiempo de permanentes cambios profundos y vertiginosos, tanto en lo tecnológico como en lo social y económico que tuvo su recepción en la normativa cuya última referencia trascendental, es la reforma constitucional de 1994.

Estas vivencias, sin duda motorizaron sus inquietudes para comprender la fenomenología tratando de perfilar algunas reglas. Así por ejemplo, es preocupación constante enseñar que el estudio de los cambios normativos debe realizarse sin perder de vista su conexión con la realidad social, económica y política de la comunidad que lo rodea.

El método de ver al Derecho como un fenómeno de la vida cotidiana que evoluciona constantemente en búsqueda de nuevos horizontes, facilita observar la influencia que ejerce la Constitución Nacional sobre el Derecho Civil, en general y de Daños, en particular, para aceptar que hoy existe un reclamo Universal de ver al Ser Humano como el centro de todas las preocupaciones cuando las ecuaciones de la matemáticas financiera lo habían colocado como un componente mas en el cálculo de sus lucros.

La Constitución Nacional, en la reforma del año 1994, consagró el camino de los Derechos del Hombre que estaban en la piel de la sociedad argentina. Ahora es responsabilidad de los operadores del derecho, espe-

cialmente, de los magistrados que se enfrentan todos los días con los reclamos de justicia, interpretar adecuadamente las exigencias sociales de este tiempo.

Y sobre este punto que aparecen nuevamente las enseñanzas de Luis, al transmitir que no basta la mera acumulación de datos, ni tampoco el conocimiento de la “última novedad”, ni la aceptación de la “opinión mayoritaria”, si ellas no ofrecen garantías de seriedad y verdad. Nuestras búsquedas deben dirigirse hacia las realidades concretas, y mantener contacto con las cosas, analizando reflexiva y críticamente su naturaleza, para desentrañar la verdad, como único camino apto para lograr que se haga efectiva la justicia. Es menester, por tanto, formar las mentes para que sus decisiones no se adopten por simple mimetismo de las opiniones ajenas, sino para que aprendan a actuar con rigor científico, penetrando en la raíz íntima de las cosas para desentrañar su esencia<sup>74</sup>.

Estas palabras señeras permiten comprender la admiración del discípulo, Piero Calamandrei, al resaltar, como cualidad sobresaliente, el rigor científico de su maestro: Giuseppe Chiovenda cuando “recomendaba la honestidad de las investigaciones, la perfección acabada de las informaciones, la obligación de meditar largamente sobre los escritos de los demás, antes de arriesgar una conclusión propia que sin presunción pudiera aspirar a la originalidad”<sup>75</sup>.

La historia no se repite. Jalona el camino hacia la perfección del hombre que es el triunfo del bien, con paradigmas para imitar. Entre ello sin duda, están los ochenta años de vida ejemplar, de Luis Moisset de Espanés.

*San Juan, época de cosecha de las vides, 2010.*

---

<sup>74</sup> Luis MOISSET DE ESPANÉS, “El cambio social y el jurista”, *Semanario Jurídico de Comercio y Justicia*, N° 63, 21 de noviembre de 1978, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-cambio-social-y-el-jurista/?searchterm=cambio+jurista>

<sup>75</sup> Piero CALAMANDREI, *Chiovenda - Recuerdo de juristas*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p. 92.

# EL ESTADO Y SUS FUNCIONES DENTRO DEL DERECHO DE DAÑOS

LIDIA M. R. GARRIDO CORDOBERA

**Sumario:** 1. Punto de partida. 2. Otras consideraciones previas. 3. La llamada responsabilidad patrimonial del Estado. 4. El fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado. 5. El problema de la aplicación del Código Civil. 6. Las teorías de la indemnización y de la reparación. 7. La cuestión del poder de policía. 8. El poder de policía y su relación con los derechos de los ciudadanos y de la colectividad. 9. El rol preventivo del Estado en el derecho de daños. 10. La responsabilidad patrimonial del Estado y el ejercicio del poder de policía. 11. Palabras de cierre.

## 1. Punto de partida

El Estado cumple complejas funciones, cuyo ejercicio entra, muchas veces, en colisión con los intereses de los administrados. La cuestión medular que se plantea es saber si la responsabilidad patrimonial del Estado difiere en sus reglas de la responsabilidad civil clásica, y si es posible estructurar una teoría diferente, y de ser así, qué bases podemos dar en nuestro derecho positivo <sup>1</sup>.

Ya hemos fijado nuestra posición respecto al tradicional derecho de la responsabilidad civil y dicho que sostenemos las ideas de López

---

<sup>1</sup> Debemos recordar que fue necesaria una evolución y todo un trabajo doctrinario para admitir la responsabilidad del Estado, y como observaremos, por ejemplo, persiste en torno al factor de atribución y a sus alcances por la actividad lícita la polémica, lo que nos permite, aunque de manera somera, a modo de punta del iceberg, atisbar la magnitud de la cuestión.

Olaciregui de que la noción-base es la distribución de los daños y el repartir sus consecuencias; habrá que ver, pues, cómo se inserta el Estado en este esquema. Pretendemos una vez más plantear una visión integradora ante el daño injustamente sufrido por el accionar lícito del Estado y por las nuevas realidades que nos circundan.

Este tema es uno de los pilares del estudio actual, y es imperioso abordarlo con una cosmovisión y tratar de solucionar los conflictos que surgen constantemente por ese parcelamiento de las disciplinas que en él tratamiento del fenómeno convergen (derecho constitucional, derecho político, derecho administrativo, derecho civil, derecho internacional público).

Si bien ya hemos reflexionado en varios estudios sobre esas nuevas realidades, tenemos que merituar cuál es el papel protagónico o rol que le corresponde al Estado. Puesto que consideramos que debido a los caracteres de la sociedad actual, es menester tener en claro un concepto de “poder de policía” por los dilemas con los que nos enfrenta el daño colectivo y los intereses colectivos o difusos, que se hacen patentes en temas como el ambiental, la responsabilidad por productos, el daño nuclear y ciertos actos de violencia.

Asimismo, es necesario abordar la posible aplicación de normas que, si bien pueden hallarse en el Código Civil, tienen el carácter de reglas o principios generales rectores para toda situación dañosa, sosteniendo, como lo hacemos, la unidad del fenómeno de la reparación.

Todo esto sin perjuicio de que la obligación del Estado de reparar los daños sufridos por los particulares encuentre fundamento, en nuestro derecho positivo, en la Constitución Nacional y en la existencia del “Estado de derecho”.

Pero no debemos olvidar que el derecho de daños no sólo tiene en miras la indemnización de las víctimas, sino que pone énfasis en la prevención, y es allí donde el Estado desempeña su rol fundamental <sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Es un tema que implica una toma de decisión política, sobre todo en los supuestos de implementarse los fondos de garantía y de dictarse una ley especial que regule la cuestión de un modo orgánico

Habrá que analizar, pues, si la calidad del sujeto responsable debe influir en el tratamiento que se dé al evento dañoso y, de ser así, en qué medida.

## 2. Otras consideraciones previas

Existen una serie de nociones y elaboraciones que deben darse necesariamente por conocidas, es imposible incluirlas acabadamente pero influyen, en los alcances que le asignemos al rol del Estado dentro del sistema del derecho de daños .

Si pretendiéramos dar una noción de lo que puede entenderse por “Estado”, debiéramos intentar remontarnos en la historia hasta llegar al momento actual, pasando por Maquiavelo <sup>3</sup>. Pero la situación actual, reflejada por nuestros autores y los extranjeros, muestra una diversidad de puntos de vista en cuanto a la definición del Estado <sup>4</sup>. Nosotros consi-

---

<sup>3</sup> En este intento hallaremos al remontarnos en la historia, que los helenos denominaban “polis” a la organización de la ciudad, los romanos utilizaban *civitas* en una forma similar y luego acuñaron el término *res publica*.

Fue a comienzos del siglo XV, generalizándose en Italia la necesidad de una denominación que describiera la ciudad como entidad jurídico-política y su gobierno, y en ese sentido se plasma en *El Príncipe*, la clásica obra de Maquiavelo.

A fines del siglo XVI, Bodin emplea la palabra *republique* al referirse al Estado en general, y reserva el término *état* para la forma de gobierno.

Podemos mencionar también que en los comienzos del siglo XVII, tanto Shakespeare como Loyseau utilizan el término en el sentido amplio de Maquiavelo, según lo puntualiza SMITH en el *Diccionario Enciclopédico Omeba*.

Para un mayor desarrollo puede consultarse Juan Carlos SMITH, “Estado”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1959, t. X, p. 816 y ss..

<sup>4</sup> A la pregunta de qué es el Estado, las respuestas se diversifican y lo conciben como un ser de la naturaleza, una relación de fuerza, el espíritu objetivo, una realidad social, como conteniendo una doble faz (una real y una ideal), un sistema normativo. Además, apenas se plantea la cuestión de la personalidad del Estado los caminos nuevamente se bifurcan (ver: Julio L. ALTAMIRA GIGENA, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Astrea, 1973, p. 22 y ss.; Manuel María DIEZ, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Omeba, 1963, t. I, p. 7 y ss..

deramos que el Estado es una organización necesaria, con facultades y atribuciones que le son propias <sup>5</sup>.

Puntualiza Bielsa que el Estado se caracteriza como poder jurídico, y presupone dos elementos materiales (población y territorio) y un elemento formal (el poder o *imperium*) <sup>6</sup>.

En cuanto al elemento teleológico del Estado, también éste ha suscitado múltiples estudios, como lo reseña Adolfo Posada en su *Tratado de derecho político*, y es sumamente importante en cuanto se pretenda establecer el rol que le corresponde al Estado en la organización de la vida social y en especial en el derecho de daños.

Podemos recordar las palabras finales de este autor, que involucran la real dimensión del problema de la finalidad del Estado en los Estados contemporáneos, que sentencian que el fin del Estado se concreta en un régimen de obligaciones para el Estado mismo <sup>7</sup>.

Adherimos a la afirmación de que la institución del Estado se asienta en la creencia de que la calidad de vida bajo su organización y sus restricciones es superior a la que pueda realizarse individualmente, y que se debe tender al imperio del “Estado de derecho” y a lograr el bienestar general, como lo expresa nuestra Constitución Nacional.

Recordemos también, que son diversas las teorías que se han expuesto sobre la personalidad del Estado, entre las que podemos mencionar las negatorias, las positivas restrictivas, las que lo identifican con el orden jurídico, las que admiten la doble personalidad, y finalmente, de la personalidad única que puede operar en dos ámbitos, como se sostiene actualmente <sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Puede caracterizárselo, entonces, como la organización jurídico-política de una comunidad, tendiente a lograr de un modo sistemático y efectivo la ordenación de la vida social, con una autoridad suprema, dentro de un territorio y en las condiciones determinadas por factores históricos y culturales

<sup>6</sup> Rafael BIELSA, *Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed., Buenos Aires, El Ateneo, 1947, t. 1, p. 87 y ss..

<sup>7</sup> Adolfo POSADA, *Tratado de derecho político*, Madrid, Góngora, 1955, t. 1, p. 302 y ss. Este autor manifiesta: “*El problema del fin en los Estados contemporáneos, es, en esencia, un complejo problema de derecho... ¿Puede el Estado abstenerse ante el espectáculo de necesidades esenciales no satisfechas, en el supuesto que se da cuenta de la situación que revela la no satisfacción de esas necesidades?*”.

<sup>8</sup> Julio L. ALTAMIRA GIGENA, ob. cit., p. 26 y ss.; Miguel MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, t. I, p. 372 y ss..

Asimismo, se han elaborado las distinciones entre actos de gestión y actos de imperio; entre “*falta personal*” y “*falta de servicio*”<sup>9</sup>.

Las funciones que el Estado desempeña son las legislativas, las judiciales y las administrativas; aceptamos esa terminología y no la de aludir a los órganos, pues éstos pueden realizar, también, cualquiera de las tres funciones, aunque la preponderante sea una de ellas, como se observa claramente en el clásico ejemplo de la Legislatura Nacional.

Cuando utilizamos el término Estado lo hacemos eludiendo a la Nación, a las provincias y a los municipios; en cada caso concreto se establecerá quién es el obligado, ya que según nuestra organización política existen en las constituciones, poderes concurrentes, delegados y exclusivos.

En cuanto a lo que se denomina usualmente responsabilidad del Estado, ésta puede ser objeto de una serie de clasificaciones que han originado profundos estudios de los doctrinarios, y que podemos sintetizar así<sup>10</sup>:

- a) estar referida al ámbito internacional o al interno;
- b) debe ser regida por las normas del derecho público o del derecho privado;
- c) corresponder a un actuar lícito o ilícito del Estado;
- d) insertarse en el ámbito de la responsabilidad contractual o pertenecer al ámbito contractual;
- e) incumbir a una actividad legislativa, judicial o administrativa;
- f) Provenir de una responsabilidad expresa o inferirse de normas o principios aplicables al caso; y
- g) ser directa o subsidiaria

En cuanto a la responsabilidad del funcionario, sostenemos que ésta debe ser aplicada plenamente y el Estado goza de la acción de repetición cuando ha solventado, frente a la víctima, la indemnización<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Rafael BIELSA, ob. cit., t. 1, p. 207 y ss., y t. 2, p. 372 y ss.; María Graciela REIRIZ, *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, 1969, p. 109 y ss..

<sup>10</sup> Esta clasificación intenta aunar criterios diversos, pues cada autor aborda la cuestión desde un punto de vista, y a nuestro modo de ver, de una situación puede predicarse más de una clasificación

<sup>11</sup> Creemos firmemente que se debe responsabilizar al funcionario, y tal es la tendencia de nuestros más grandes doctrinarios y la que se encuentra en el derecho comparado.

Coincidimos con Reiriz de que ante la existencia de una norma concreta como el art. 1112, ésta debe ser aplicada conjugándose armoniosamente la responsabilidad del Estado con la del funcionario para “*salvaguardar los principios y moralizar la vida administrativa*”<sup>12</sup>.

Debemos tener presente que en nuestro país existe un reconocimiento de que la responsabilidad estatal se halla en una fase de derecho público y que no pretendemos retrotraer esa evolución alcanzada, sino sostener que el derecho de daños debe erigirse por encima de la antinomia derecho civil-derecho administrativo, y resolver la cuestión de un daño injustamente sufrido.

Nos interesa primordialmente la responsabilidad patrimonial del Estado por los actos lícitos en el ámbito extracontractual, ya que es allí donde observamos las mayores dificultades

### 3. La llamada responsabilidad patrimonial del Estado

Constituye un tema de honda gravitación en el mundo actual, pues, como señalaba ya Reiriz en el epílogo de su obra, la multiplicación de funciones, la estrecha interdependencia económica, social y política, “*hacen que los daños causados por los Estados tengan una entidad y gravedad antes insospechada*”<sup>13</sup>.

Suele admitirse en doctrina varias denominaciones: se la llama responsabilidad civil para distinguirla de otros tipos de responsabilidades, o bien se la califica como responsabilidad patrimonial y, deja trasuntar una cuestión ideológica.

Podemos puntualizar que se dan tres etapas evolutivas: I. fase de la irresponsabilidad ligada a la noción absolutista; II. fase civilista basada en la individualidad y los requisitos de los códigos civiles, y III. fase del derecho público en la que se afirma el derecho social, que sería la etapa en que se inserta el derecho de daños<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> María Graciela REIRIZ, ob. cit., p. 171 y ss..

<sup>13</sup> María Graciela REIRIZ, ob. cit., p. 169.

<sup>14</sup> Roque F. GARRIDO y Luis ANDORNO, *El art. 1113 del Código Civil*, Buenos Aires, Hammurabi, 1983, p. 148 y ss..

Recordemos que “*el principio de irresponsabilidad estatal va creciendo lenta y trabajosamente, a la par que se transforman correlativamente las nociones de Estado, de soberano y de poder público*”<sup>15</sup>, podemos aprender de la evolución que ha tenido la jurisprudencia francesa y en el derecho español, una vez más, la historia y el derecho comparado nos brindan una ayuda inapreciable<sup>16</sup>.

Seguimos sosteniendo que nunca la “*soberanía puede ser sinónimo de impunidad, Soberanía significa el ejercicio de poderes superiores pero dentro del derecho, dentro de normas legales o constitucionales que fijan la conducta a observar por los funcionarios del Estado*”<sup>17</sup>.

Acuña Anzorena, Garrido, Andorno, Morello, Mosset Iturraspe y otros coinciden con esta reflexión, y en lugar de la presunción de infabilidad del poder público se erige el principio de la obligación del Estado de reparar todo el daño indebidamente producido.

Podemos compartir el pensamiento de que repugnaría a los principios de la Justicia y de la Equidad que la víctima de un acto estatal no pudiese obtener una reparación por “*el solo hecho de que tal violación ha sido cometida por el guardián del orden jurídico: el Estado*”<sup>18</sup>.

---

Para la evolución histórica desde el Estado irresponsable hasta nuestros días, en el derecho comparado puede consultarse REIRIZ, ob. cit., p. 1 y ss.; también a Bielsa, Diez, Marienhoff, Altamira Gigena, entre otros.

<sup>15</sup> María Graciela REIRIZ, ob. cit., p. 2

<sup>16</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso administrativo*, Madrid, Civitas, 1977, t. II, p. 308 y ss.; María Graciela REIRIZ, ob. cit., p. 107 y ss.; Julio L. ALTAMIRA GIGENA, ob. cit., ps. 65 y ss. y 123 y ss..

<sup>17</sup> Cualquiera fuere la concepción sociopolítica a la que haya adscripto un pueblo, sus postulados fundamentales conducen al reconocimiento de la responsabilidad estatal por los daños que ocasione en ejercicio de sus funciones

Miguel MARIENHOFF, ob. cit., p. 693 y ss. Este autor cita a Bullrich, quien sustentará esta posición en sus obras *La responsabilidad del Estado y Curso de derecho administrativo*.

Arturo ACUÑA ANZORENA, *Estudios sobre responsabilidad civil*, actualizado por Augusto M. Morello, La Plata, Platense, 1963, p. 165 y ss., sostiene que en lugar de infabilidad del poder público, se erigió como principio la obligación del Estado de reparar todo daño indebidamente producido.

Ver también: Roque F. GARRIDO y Luis ANDORNO, ob. cit., p. 150.

<sup>18</sup> María Graciela REIRIZ, ob. cit., p. 18.

El nudo de la cuestión es saber si el Estado tiene, o no tiene, el deber jurídico de no dañar, y si el orden jurídico prevé sanciones para tal supuesto; apuntamos aquí que nuestro más alto tribunal ha sostenido que el principio *alterum non laedere* posee raíz constitucional y es aplicable al Estado <sup>19</sup>.

En determinados ordenamientos la responsabilidad estatal puede estar expresamente establecida en la Constitución o en una ley (a veces de manera directa y en otras subsidiariamente), y esto ocurre frecuentemente en el derecho comparado y también en algunas constituciones provinciales argentinas <sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Atilio Aníbal ALTERINI, *Lesión al crédito y responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, p. 77.

<sup>20</sup> Las leyes francesas del 7 de enero de 1983 y del 9 de septiembre de 1986 son ejemplos contundentes y están asentadas en la exigencia de la solidaridad nacional. También aquellas que se refieren a las cuestiones sanitarias.

En la Argentina, constituciones provinciales la consagraban: La Rioja, arts. 19 (por violación a los derechos humanos) y 48 (responsabilidad solidaria por mal desempeño de las funciones); Santa Fe, art. 18 (por los actos ilícitos de sus funcionarios y deja a salvo a la acción de reembolso); Misiones, arts. 27 (error judicial) y 80 (daños y perjuicios por mal desempeño en ejercicio de las funciones); La Pampa, art. 11 (por error judicial); Río Negro, art. 55 (por sí y por los actos de sus agentes con motivo o en ejercicio de sus funciones); Neuquén, art. 40 (por privación de la libertad por error o violación de las garantías constitucionales); Chubut, art. 28 (por error judicial); Chaco, arts. 21 (error judicial) y 72 (responsabilidad de la provincia y sus agentes); San Juan, art. 16 (violación derechos humanos); San Luis, art. 14 (violación derechos humanos); Jujuy, art. 10 (deja a salvo la acción del Estado contra el agente). Esto sin perjuicio de los artículos de las constituciones provinciales que aluden a la demandabilidad del Estado, que tiene un carácter más general.

Además, algunas aludían expresamente a la responsabilidad del funcionario: Formosa: art. 33; Mendoza: art. 48; Neuquén: art. 200; Santiago del Estero: art. 7°; Tucumán: art. 4°; Córdoba: art. 14 (solidaria con el Estado); Buenos Aires: arts. 44 y 185; Entre Ríos: art. 23; Corrientes: arts. 16 y 160; San Juan: art. 43 (sin perjuicio de la responsabilidad del Estado); Santa Cruz: art. 17.

Como se puede observar, las provincias siempre fueron a la vanguardia en la consagración expresa de la responsabilidad del Estado en sus cartas fundamentales.

En la Argentina han existido, además, leyes que consagran la responsabilidad del Estado de una manera expresa: v.gr., las leyes de expropiación, ley 3959, ley 4863, ley 9080, ley 23.054, ley 23.353, ley 20.007 (de subsidios por hechos de terrorismo).

La carencia de la legislación argentina se evidencia en no poseer una ley especial de responsabilidad del Estado y de los funcionarios que brinde un criterio uniforme y ponga fin a las discusiones existentes.

En el ámbito jurisprudencial, en nuestro país, desde el caso “Devoto” -que marca un hito en la responsabilidad extracontractual del Estado-, toda esta temática ha continuado su perfeccionamiento <sup>21</sup>.

En tal sentido, se ha reconocido el derecho a ser indemnizado cuando ha mediado una actividad lícita, pero dañosa por parte del Estado como ha ocurrido por ejemplo *in re* “Cantón c/ Gob. Nacional” <sup>22</sup>.

La responsabilidad patrimonial estatal por actos lícitos sería la que, originada en un hecho o acto de la administración, de la legislatura o de la judicatura, que ocasiona un daño a un particular quebrando ciertos principios de igualdad, pero que no proviene de un actuar ilegítimo sino del ejercicio de atribuciones que le son propias.

No podemos dejar de mencionar la expropiación y la garantía constitucional del derecho de propiedad, aunque su tratamiento nos excede y sólo lo abordamos de manera incidental al comparar el quantum de la reparación.

A partir del conocido caso “Laplacette”, tiene consagración la tesis de la responsabilidad del Estado cuando el acto es lícito, pero, a la vez, lesivo <sup>23</sup>. En esta línea, “Los Pinos c/ M.C.B.A.”, el caso “Cantón” ya mencionado, “Sánchez Granel, Obras de Ingeniería S.A. c/ Dirección Nacional de Vialidad”; “Alzaga de Lanusse c/ Pcia. de Bs. As.”, fueron hitos fundamentales <sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Caso: “Devoto c/ Gob. Nacional”, Fallos 169:111. Se puede consultar nota crítica de Rafael Bielsa, en J.A. t. 43, p. 416.

<sup>22</sup> Roque F. GARRIDO y Luis ANDORNO, ob. cit., p. 164, señalan que “*se trata por lo tanto de un precedente judicial muy importante toda vez que se admite la responsabilidad estatal por actos administrativos lícitos que provocan perjuicios a derechos de particulares válidamente constituidos bajo normativas preexistentes*”.

Puede consultarse también L.L. 1979-C-219, con nota de Jorge Mosset Iturraspe.

<sup>23</sup> Caso: “Laplacette s/ sucesión”, L.L. t. 29, p. 697; Luis Orlando ANDORNO, “La responsabilidad del Estado por actividad lícita lesiva”, en *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, p. 77 y ss..

<sup>24</sup> Casos: “Los Pinos c/ M.C.B.A.”, L.L. 1976-B, con nota de Canasi; “Cantón c/ Gob. Nac.”, L.L. 1979-C-219; “Sánchez Granel c/ D. Nac. de Vialidad”, E.D., semanario del 13/12/84. También suelen citarse “Ferrocarril Oeste c/ Pcia. de Bs. As.”; “Asociación Escuela Popular Germana c/ Gob. Nacional”; “Vadell c/ Pcia. de Bs. As.”, pues son sumamente importantes.

Es de saber qué pesa más en la balanza de la Justicia, como dicen Mosset Iturraspe, Kemelmajer y Parellada, la injusticia del daño o la injusticia del obrar; estamos convencidos de que los daños injustamente sufridos deben obtener una reparación <sup>25</sup>.

Pero la cuestión suele plantearse una vez aceptada la premisa de la responsabilidad estatal en los términos de saber si ésta es igual a la teoría de la responsabilidad civil clásica, o si puede construirse una teoría propia teniendo en cuenta el carácter público del sujeto obligado, y que su actuar es lícito y el interés es general <sup>26</sup>.

Agregamos hace tiempo una posibilidad más, la de incluirla dentro del derecho de daños; decíamos que ello podría alarmar tanto a los civilistas tradicionales -apegados al criterio estricto de la reunión de todos los elementos tradicionales y que erigen a la culpa como exponente supremo- como a los que consideran que los sistemas de seguridad (fondos de garantía) deben pertenecer al derecho Administrativo y no tienen cabida en nuestro análisis.

También, originó, resquemores en el derecho administrativo, pues se considera que es una invasión del derecho civil; pero autores como García de Enterría, en España, manifiestan que se basa en “*una garantía integral del patrimonio privado frente a una acción administrativa*”, y esa “garantía” es lo que permite la distribución de los daños <sup>27</sup>.

La doctrina nacional se muestra pacífica en aceptar que la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por actos lícitos reconoce como presupuestos básicos su actividad, el daño, la relación causal y el factor de atribución, y que deviene como una consecuencia lógica del estado de derecho.

Nosotros creemos firmemente, tal como lo sostuvimos en el Congreso de San Juan de 1986, y se plasma en el Despacho mayoritario, que tal responsabilidad es directa y objetiva y se basa en normas de nuestra Carta Fundamental, principios y normas del derecho público que rigen

---

<sup>25</sup> Jorge MOSSET ITURRASPE; Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI y Carlos A. PARELLADA, *Responsabilidad de los jueces y del Estado por la actividad judicial*, Santa Fe, 1986.

<sup>26</sup> María Graciela REIRIZ, *Curso de posgrado sobre responsabilidad del Estado* en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.B.A.

<sup>27</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 304 y ss.

casos particulares, y en ausencia de ley específica en disposiciones que sustentan el deber de reparar del derecho común<sup>28</sup>.

Este derecho de daños, al que aludimos tiene su centro de gravedad en el daño injustamente sufrido, se asienta en la idea de Justicia y de solidaridad social, y contiene un criterio unitario común al derecho público y al derecho privado, basándose en las normas de la Constitución Nacional y en leyes tanto civiles como de derecho público.

#### 4. El fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Podemos señalar los siguientes fundamentos doctrinarios:

Teoría de la representación: se basa en que los actos que realiza el representante se reputan realizados por el representado, fundándose la responsabilidad en la culpa *in vigilando* o *in eligiendo*, o modernamente en el factor objetivo de garantía<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Conclusiones de las 3<sup>ras</sup>. Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, Comisión IV, despacho de *lege data*, punto 4:

“La responsabilidad extracontractual derivada de la actividad lícita lesiva del Estado forma parte integrante de la Teoría general del Derecho de Daños. Dicha responsabilidad es directa y objetiva; tal deber de reparar se basa en normas de la Constitución Nacional y principios y normas del derecho público que rigen casos particulares.

“Ante la ausencia de previsión normativa específica se aplicarán: a) las disposiciones que gobiernan el deber de reparar en el derecho común (Andorno, Bueres, Carlucci, Garrido Cordobera, Mundet, Laplacette, Messina de Estrella Gutiérrez, entre otros);

“b) las disposiciones que gobiernan el deber de reparar en la analogía de los supuestos contemplados en el Derecho Público porque tienen en común el accionar del Estado en el interés público de la comunidad (Ghersy y Bossert);

“c) enmarcándose el caso en una problemática interdisciplinaria, no es posible prescindir de la conjugación de preceptos y principios que brindan el derecho administrativo y civil, lo que se refleja especialmente cuando se pretende fijar la extensión del quantum indemnizatorio (Palacio)”.

Puede consultarse el fallo plenario de las cámaras civiles de la Capital Federal: “Ricci c/ M.C.B.A.”, del 3/3/88.

<sup>29</sup> Julio L. ALTAMIRA GIGENA, ob. cit., p. 75.

*Teoría de la expropiación:* Se considera a Consolo como uno de sus exponentes, quien sostiene que “el derecho de propiedad del ciudadano si debe ceder al bien público, no debe ser sacrificando al mismo”; de la regla de la expropiación hace surgir un principio de carácter universal de que el patrimonio de los administrados no debe sufrir ningún daño que pueda derivarse de una actividad del Estado <sup>30</sup>.

*Teoría del sacrificio especial:* Atribuida a Mayer, contiene el aporte de ser aplicable al tacto estatal aunque éste sea legal, “cuando haya perjudicado a un individuo de manera desigual y desproporcionada con respecto a los demás”, y establece ciertos requisitos <sup>31</sup>.

*Teoría de la igualdad ante las cargas públicas:* Teissier extrae del art. 13 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano un principio: “Los ciudadanos no deben sufrir más, los unos que los otros, las cargas impuestas en interés de todos”; pero, lamentablemente, va a tratar de acotar los alcances de su propuesta estableciendo que los particulares deben soportar sin derecho a indemnización los perjuicios emergentes del ejercicio legítimo y regular de los poderes públicos, y del funcionamiento normal de los servicios públicos en interés general <sup>32</sup>.

*Teoría del enriquecimiento sin causa y del abuso de derecho:* Sostenida por Hauriou, considera que el principio de justicia sobre el que debe fundarse la indemnización es el enriquecimiento sin causa y debe reunir por lo tanto sus extremos ordinarios (empobrecimiento en el patrimonio del particular, ausencia de justa causa y enriquecimiento en el Estado); menciona, pero no desarrolla, el abuso de derecho para los daños causados sin culpa por las operaciones administrativas <sup>33</sup>.

*Teoría de los derechos adquiridos:* La posición de Gierke se basa en el principio del derecho natural de la inviolabilidad de los derechos adquiridos: cuando esto ocurre nace un derecho de indemnización contra el Estado <sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> María Graciela REIRIZ, ob. cit., p. 27

<sup>31</sup> María Graciela REIRIZ, ob. cit., p. 28; Julio L. ALTAMIRA GIGENA, ob. cit., p. 83.

<sup>32</sup> María Graciela REIRIZ, ob. cit., p. 29; Julio L. ALTAMIRA GIGENA, ob. cit., p. 77.

<sup>33</sup> María Graciela REIRIZ, ob. cit., p. 30

<sup>34</sup> María Graciela REIRIZ, ob. cit., p. 35

*Teoría del riesgo:* Fue Duguit quien se alejó de las ideas de ilegalidad y culpa para plantear la cuestión con un criterio objetivo; habla del “riesgo”, pero como niega personalidad al Estado, hace responsable a la “Caja Pública”, que funciona como un fondo o seguro colectivo que reparará el perjuicio particular en pro del interés colectivo: su criterio sigue siendo de aplicación en Francia y se ha expandido notablemente <sup>35</sup>.

*Teoría de la estricta justicia:* Sostenida por Félix Sarria, quién manifiesta de que si se sostiene que el Estado es o debe ser justicia, si esto es su esencia, no puede quedar excluido cuando se trate de distribuir entre los ciudadanos esa especie de carga pública del daño, previsible o no, causado por las cosas del servicio público <sup>36</sup>.

*Teoría de la solidaridad:* Defendida en nuestro país por Altamira Gigena, impone la obligación de resarcir en virtud de un acto de justicia distributiva que la sociedad está obligada a realizar para con aquellas personas que, por hechos que no les son imputables, se encuentran en una situación de inferioridad para cumplir su fin individual y social, siendo el Estado el órgano por el cual la sociedad realiza ese acto de solidaridad, a menos que el funcionario o agente se haya extralimitado ostensiblemente en el ejercicio de sus funciones <sup>37</sup>.

*Teoría del bien común:* Sustentada por Altamira Gigena en su obra, significaría que corresponde indemnizar los perjuicios que se ocasionen por la actividad de la administración, pues el bien de toda la comunidad no puede encontrarse satisfecho si un miembro o un grupo de miembros sufre los daños sin obtener reparación <sup>38</sup>.

En nuestro país se puede sostener que el fundamento es el estado de derecho, y que nuestra Constitución plasma una serie de normas que permiten dar base legal a la responsabilidad del Estado, por ej., arts. 4º, 14 al 20, 31, 33, 41, 42 y 116 (el 100 antes de la Reforma de 1994 éstos, a su vez, pueden reconocer su fundamentación teórica, en alguna de las teorías que hemos expuesto <sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> María Graciela REIRIZ, ob. cit., p. 37; Julio L. ALTAMIRA GIGENA, ob. cit., p. 80.

<sup>36</sup> Julio L. ALTAMIRA GIGENA, ob. cit., p. 85.

<sup>37</sup> Julio L. ALTAMIRA GIGENA, ob. cit., p. 86.

<sup>38</sup> Julio L. ALTAMIRA GIGENA, ob. cit., p. 88 y ss..

<sup>39</sup> María Graciela REIRIZ, ob. cit., p. 44, señala que pueden aplicarse a nuestro ordenamiento constitucional las construcciones doctrinarias; así, por ejemplo, serían de aplicación:

En realidad, las ideas que se han ido elaborando a través de los años pueden compaginarse, pues no todas son contradictorias; podemos reconocer la existencia de nuestras normas constitucionales y del Preámbulo y a la vez aceptar la responsabilidad objetiva por garantía o por riesgo en el actuar del Estado.

## 5. El problema de la aplicación del Código Civil

La discusión de la aplicación de las normas del Código Civil a las cuestiones de responsabilidad del Estado ha dividido las aguas de nuestra doctrina nacional, y aún suscitan ciertas airadas opiniones en temas como el daño moral en los supuestos de actividad lícita estatal.

Entre los autores que se opusieron tenazmente a la aplicación analógica del Código Civil para fundar la responsabilidad extracontractual del Estado podemos mencionar a Bielsa, quien critica a la jurisprudencia iniciada con el caso “Devoto”, en 1933<sup>40</sup>.

---

i) Las teorías del sacrificio especial y de la igualdad ante las cargas públicas por lo dispuesto en los arts. 4º y 16, *in fine*.

ii) La garantía del derecho de propiedad por el art. 17. Aclara que la Corte Suprema le ha otorgado un sentido muy amplio al término “propiedad”, y se aplica a todos los supuestos de lesión a los derechos individuales.

iii) La teoría de los derechos adquiridos, pues los derechos individuales reconocidos por la Constitución en los arts. 14 al 20 constituyen derechos adquiridos por los particulares en sus relaciones frente al Estado y no puede desconocérselos sin indemnización.

“De esta manera nuestra Constitución Nacional brinda el fundamento jurídico para declarar la responsabilidad del Estado, toda vez que la actividad de cualquiera de sus órganos (P.L., P.E., P.J.) cause un perjuicio especial a un habitante de la Nación, en violación de los derechos que la misma Constitución consagra en sus artículos 14 a 20. Esa responsabilidad existe sea que los agentes actúen con o sin culpa y aunque nazca de un acto legítimo (ejemplo, de una ley), por cuanto su antijuridicidad surgiría de su incidencia en la Constitución Nacional”.

Es también muy útil la reseña que realiza de las posiciones de Gordillo (p. 42 y ss.) y de Fiorini (p. 46 y ss.).

<sup>40</sup> Puede consultarse: J.A. 43, p. 416.

Pero recordemos como siempre la opinión de Marienhoff, que compartimos en muchos aspectos, de que las normas del Código Civil pueden ser aplicadas por analogía, pero también son susceptibles de ser consideradas como principios o normas generales válidas para todos: es una aplicación directa de normas <sup>41</sup>.

Consideramos que los principios y elementos que configuran la obligación de reparar constituyen parte de la teoría general, en la que no interesa tanto dónde se encuentran las disposiciones normativas sino el fin que ellas persigan.

Vélez Sársfield partió de la tesis de la ficción en cuanto a las personas jurídicas; éstas eran incapaces de hecho y debían valerse de sus representantes, pero en virtud del texto del art. 43 no podían ejercerse acciones civiles extracontractuales contra ellas basadas en el actuar de sus representantes. La ejecución de un hecho ilícito implicaba siempre la extralimitación de la representación, conforme a lo estipulado en el art. 36 del C.C..

La doctrina tradicional sustentada hasta el caso “Devoto” partía de ciertos postulados, a saber: a) la doble personalidad del Estado; b) cuando el Estado obra como poder público, en virtud de la soberanía, es irresponsable; c) es responsable solamente en el ámbito contractual; d) responde por su actividad excepcionalmente cuando una ley expresamente lo establece.

Con el fallo “pretoriano” del 22 de septiembre de 1933 se consagra la responsabilidad extracontractual del Estado basándose en los arts. 1109 y 1113 del C.C., e ignorando los arts. 36 y 43, iniciando así una polémica con respecto al criterio de la Corte; exponentes de tal situación son las posiciones de Bullrich y de Bielsa.

Podemos recordar el pensamiento de Linares Quintana de que cuando el Estado lesiona derechos de terceros, está obligado a reparar basado en el principio de igualdad ante las cargas públicas, aún en los supuestos de una actividad legislativa, ilustrando su posición con casos del derecho francés <sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Miguel MARIENHOFF, ob. cit., t. 1, p. 173 y ss..

<sup>42</sup> Segundo LINARES QUINTANA, “La responsabilidad del Estado”, L.L., t. 36, p. 1092.

Con la reforma de la ley 17.711 se establece una redacción que resulta armónica con la jurisprudencia de la responsabilidad del Estado, al preceptuar en el art. 43: “Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o sus cosas, en las condiciones establecidas en el título: “De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”.

Dicho texto, según Garrido y Andorno, implicaría en su primera parte la consagración de una responsabilidad directa de la persona jurídica y en la referencia a los dependientes una responsabilidad indirecta o refleja, igual a la consagrada para las personas físicas <sup>43</sup>.

La frase “con motivo o en ocasión” ha suscitado en la doctrina las críticas, hoy abandonadas, de Llambías y la consagración en la jurisprudencia del criterio amplio.

La jurisprudencia de la Corte Suprema reconoce, luego de aceptar la responsabilidad del Estado, las líneas que la asientan en los arts. 1109 y 1113, o bien conjugando el art. 1112 y el 1113, que establecen una responsabilidad indirecta <sup>44</sup>. Pero existen fallos como “Vadell” u “Hotelera Río de la Plata”, que consagran la responsabilidad directa del Estado, criterio con el que concordamos <sup>45</sup>.

Esta responsabilidad, en nuestra opinión, se asienta en un criterio objetivo de atribución, denominado en el derecho administrativo “falta de

---

<sup>43</sup> Roque F. GARRIDO y Luis ANDORNO, ob. cit., p. 124 y ss.

<sup>44</sup> En nuestra jurisprudencia se pueden sostener estas líneas luego de abandonar el sistema de la irresponsabilidad fundada:

- a) en los arts. 1109 y 1113 (p. ej., fallo “Irala Arias”);
- b) en los arts. 1112 y 1113 (p. ej., fallos “Lucena” y “Valenzuela”);
- c) en el art. 1112 (p. ej., fallos “Vandell” y “Hotelera Río de la Plata”).

Sobre este último criterio de una responsabilidad directa basada en la norma del art. 1112 puede consultarse L.L., 1986-B, 105 ss., con un comentario de Roberto García Martínez: La responsabilidad del Estado y los principios generales del derecho que sustenta un criterio de reparación plena.

<sup>45</sup> Se basan en el art. 1112 del C.C. Puede consultarse sobre la interpretación de este artículo y su análisis exegético de las citas del Codificador a Viviana-Bonpland, en L.L. 1987-A-779.

servicio” (*faute du service*), de carácter impersonal y objetivo, ligando al funcionamiento del servicio público también el “riesgo de la actividad”.

Entendemos que no existe ningún impedimento para establecer la responsabilidad del Estado en virtud de la teoría del riesgo creado, pues en nuestro sistema ha sido receptado y debe limitarse la norma del art. 1113, 2ª parte.

Recordemos las palabras de Aguiar Días, quien, citando a Lessa, responde a los temores de quienes consideran que este sistema de responsabilidad viene a “*augmentar desmesuradamente una fuente de cargas ya bastante onerosa*”, pues “*de suceder tal cosa, el hecho sólo revelaría el mal funcionamiento del servicio público y el desorden de la administración*”<sup>46</sup>.

Pero debemos señalar que en muchas situaciones coexistirán la responsabilidad patrimonial del Estado y la de los agentes implicados, debiendo éstos ser obligados a afrontar su responsabilidad y no descargarla sobre aquél; deberíamos ser más rigurosos y no tan indulgentes con sus faltas, y esto requiere más impulso doctrinario y jurisprudencial para concienciar a la comunidad<sup>47</sup>.

Ante la víctima, es el Estado el que muchas veces soportará el pago de la indemnización; pero siempre debe gozar de la acción contra los funcionarios comprometidos para obtener el reembolso de lo pagado por su causa<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> José AGUIAR DÍAS, *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1957, p. 226. Es por esto que creemos que son compatibles en su espíritu los artículos 1112 y 1113, segunda parte.

<sup>47</sup> Entre las obras que se dedican a este tema podemos señalar las de GHERSI, MARTÍNEZ VIVOT (H), DE ANTUENO, MARCES Y CRUCHAGA, *Responsabilidad de los funcionarios públicos, responsabilidad civil, penal, constitucional, administrativa y política*, Buenos Aires, Hammurabi, 1987. También el libro de las I Jornadas Chaqueñas de Derecho Civil y Procesal Civil en *Homenaje a Augusto M. Morello*, de mayo de 1987.

La legislación que se dicte debe prever explícitamente la responsabilidad del funcionario frente a los terceros y al mismo Estado.

<sup>48</sup> En la conclusión 2 de *lege lata* del tema I, que abordó la cuestión en las Jornadas Chaqueñas, se dispuso: “El Estado está en el deber jurídico de repetir lo que hubiere pagado. No sólo puede hacerlo sino que debe hacerlo con base en el principio republicano de gobierno”.

El Código Civil es de aplicación en cuanto base de la Teoría General del Derecho de Daños o de la obligación de responder. Al situarnos, como lo hacemos, en el derecho de daños, la coexistencia de normas de derecho público y de derecho privado, que en muchos casos constituyen aplicaciones o verdaderos principios generales, es una constante, pues se pretende armonizar saltando los antagonismos y las divisiones para solucionar los conflictos de la manera más justa.

Nuestra realidad nos muestra graves zonas irritas con respecto a los rubros indemnizables y a la prescripción por los daños provenientes de la actividad lícita lesiva del Estado, lo que demuestra que la cuestión no está aún zanjada <sup>49</sup>.

## 6. Las teorías de la indemnización y de la reparación

En el derecho público, sustentadas por Garrido Falla y García de Enterría en España, han surgido las teorías que nos ocupan, ya que son de aplicación en el derecho argentino.

Las líneas argumentales sobre el mismo texto español difieren sustancialmente:

Para Garrido Falla, la “indemnización” es una “*reparación debida por la Administración Pública al titular de ciertos derechos que ceden ante el ejercicio legítimo de una potestad administrativa*”; aclara, además, que el sacrificio del derecho particular se realiza por la administración legítimamente, o sea que el daño que el particular sufre no es, en ningún caso, la consecuencia de una actividad ilegal <sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Se discute la procedencia, o no, del lucro cesante y del daño moral. En cuanto al plazo de prescripción, el plenario “Ricci” recepta la pauta de los dos años pese a que los fundamentos de los votos de los camaristas demuestran la discrepancia de si corresponde el de dos, o diez años. Es por esto, y por ser básicamente una cuestión de decisión política, que se requiere el dictado de una ley que expresamente solucione la cuestión.

<sup>50</sup> Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, p. 240, Este autor le dedica al tratamiento del tema su Capítulo 4 denominado “La teoría de la indemnización en el derecho público”.

La teoría sustentada por este autor es típica del derecho público, como él mismo lo expresa, y encuentra su fundamento en la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, a veces auxiliada por el enriquecimiento sin causa, siendo una consecuencia “de las internas exigencias” y no una aplicación paralela de las “*categorías civilistas de la responsabilidad por culpa y riesgo*”<sup>51</sup>.

Además, otra particularidad consiste en distinguir la responsabilidad patrimonial de la administración, que surge, como consecuencia de la actividad ilícita o sin título jurídico para hacerlo, de la teoría de la indemnización que se aplica a la actividad lícita.

Considera que para que se reconozca el derecho a indemnización deben darse los siguientes requisitos: singularidad del daño, efectividad de la protección jurídica del derecho que se sacrifica y mensurabilidad económica del daño<sup>52</sup>.

En cuanto a la medida de la indemnización, establece dos reglas: 1) Debe indemnizarse el daño efectivamente soportado por el particular, pero sin que la indemnización pueda convertirse nunca en motivo de lucro. 2) La indemnización debe limitarse al daño emergente, sin que se deba tener en cuenta el denominado lucro cesante<sup>53</sup>.

Recalca que en la aplicación práctica de estas reglas deben distinguirse los supuestos de a) expropiación; b) prestaciones personales; c) otros derechos<sup>54</sup>.

Además de su elaboración doctrinal, contiene un juicio muy duro contra el intento sostenido por García de Enterría de hallar una base y fundamento común a la indemnización y a la responsabilidad, sobre todo en una larga nota, sumamente interesante<sup>55</sup>.

Justamente, en la otra posición se enrolan García de Enterría y Fernández, para quienes las instituciones aparentemente tan disímiles como la expropiación forzosa y la responsabilidad civil de la Administración

---

<sup>51</sup> Fernando GARRIDO FALLA, ob. cit., p. 241.

<sup>52</sup> Fernando GARRIDO FALLA, ob. cit., p. 250 y ss..

<sup>53</sup> Fernando GARRIDO FALLA, ob. cit., p. 254

<sup>54</sup> Fernando GARRIDO FALLA, ob. cit., p. 255 y ss..

<sup>55</sup> Garrido Falla, Fernando, ob. cit., p. 243 y nota 9.

tienen como referencia común la lesión patrimonial de un administrado producida por la actuación administrativa <sup>56</sup>.

Especifican que el sistema de responsabilidad es directo y objetivo, aproximándose a la profecía que Duguit hizo hace medio siglo, y prescindiendo acertadamente de la licitud o ilicitud del acto originador del daño <sup>57</sup>.

Consideran que la responsabilidad, al desprenderse de toda idea de ilicitud y culpa ya no reposa en la sanción de la acción de un sujeto culpable, sino en un principio abstracto de garantía, convirtiéndose en un mecanismo objetivo de reparación que se pone en funcionamiento *“sólo si, y en la medida en que se ha producido una lesión patrimonial”* <sup>58</sup>.

Se preocupan por distinguir los conceptos de perjuicio, al que le asignan un contenido amplio, y el de “lesión resarcible”, que tiene la característica de ser antijurídico ya que el sujeto que lo sufre no tiene un deber jurídico de soportarlo; ser patrimonialmente evaluable, aceptando la inclusión de los daños morales, y ser efectivo, lo que apunta a la característica de certeza contraria a la eventualidad del daño <sup>59</sup>.

Además, para alejar toda duda, manifiestan que el problema de la imputación, o sea, la atribución por el ordenamiento jurídico de las consecuencias de un evento dañoso, persigue el fin de localizar un patrimonio que pueda hacer efectiva la reparación.

Con respecto a cuál es la base o título por el cual se puede atribuir a la administración el deber de reparar, sostienen que es el de “funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”, siendo suficiente la titularidad de la actividad para justificar la imputación, tanto para la actuación legítima como ilegítima, y tiene carácter directo <sup>60</sup>.

Por otra parte, consideran que el dato de integración en la organización permite ampliar adecuadamente el término “funcionario” más allá del concepto formal, y recalcan que no se requiere localizar al agente concreto que haya causado el daño, pues “puede tratarse -y así ocurre

---

<sup>56</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 317 y ss.

<sup>57</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 317 y ss..

<sup>58</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 319.

<sup>59</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 319 y ss..

<sup>60</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 329.

con frecuencia- de daños anónimos e impersonales no atribuibles a persona física alguna, sino a la organización en cuanto a tal <sup>61</sup>.

De forma que la titularidad de la organización o del servicio justifica la imputación de los daños al Estado, tanto si el servicio ha funcionado mal como si no ha funcionado o lo ha hecho defectuosamente, y el parámetro, para referenciar, estaría dado por el estándar de rendimiento medio del servicio de que se trate, lo que significa que ingresan en la apreciación factores variables en cada época, según la sensibilidad social y el desarrollo de la actividad.

Plantean García de Enterría y Fernández que al Estado podrán atribuirse los daños provenientes de un caso “fortuito”, pero no de “fuerza mayor”, que se engendran siempre en una causa extraña a la actividad que se desarrolla <sup>62</sup>.

También la responsabilidad del Estado podrá operar ligada al enriquecimiento, aún en la forma negativa de la eliminación de un perjuicio.

Siguiendo con el prolijo planteamiento, analizan la relación de causalidad -recordemos que nuestro sistema argentino se enrola en la causalidad adecuada-, y sentencian que “el principio de la garantía de la víctima” suele hacer que el juzgador renuncie a todo intento de categorización y resuelva los casos concretos “*utilizando expresiones de valor no muy preciso y dotadas de flexibilidad suficiente*” <sup>63</sup>.

Las otras causales de ruptura de la relación de causalidad -la culpa de la víctima y del hecho ajeno-, al concurrir con la actividad imputable al Estado por algunos de los títulos que la facultan, plantean –al decir de los autores- “*un concurso de causas, dotada cada una de ellas de una determinada potencialidad dañosa, que justifica en principio el reparto en la proporción correspondiente*” <sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 332.

<sup>62</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 332 y ss..  
Es muy interesante la comparación que hacen estos autores entre estas situaciones. La ley española excluía expresamente la fuerza mayor.

<sup>63</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 335 y ss..

<sup>64</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 341 y ss..

En cuanto a la efectividad de la reparación, sostienen, que ella puede adoptar las formas clásicas de indemnización o reparación “in natura”, y debe cumplir con el principio general de dejar “indemne” a la víctima del daño injusto, lo que significa abarcar todos los daños y perjuicios sufridos (daño emergente y lucro cesante) como consecuencia del evento dañoso.

Todo su sistema permite unir, en la cuestión de la responsabilidad del Estado, los criterios y principios del derecho de daños para una realidad en la que el Estado está presente en todas y cada una de las manifestaciones de la vida colectiva, llevando consigo la creación de riesgos.

## 7. La cuestión del poder de policía

Planteamos el tema puesto que en virtud de tal atribución se aplican ciertas limitaciones coactivas en los derechos de los particulares, e implica, como veremos, un amplio campo que no siempre tiene los contornos nítidos entre qué es lo que debe soportarse sin que dé lugar a indemnización y cuáles son los supuestos en que corresponde el pago de ésta.

Marienhoff señala que “policía” sería una función o actividad administrativa que tiene por objeto la protección de la seguridad, moralidad o salubridad pública y de la economía pública en cuanto afecte a la primera <sup>65</sup>. El “poder de policía”, en cambio, es una potestad atribuida por la Constitución Nacional al órgano legislativo a fin de que éste reglamente el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales de los individuos.

Por su parte, Bielsa expresa que el concepto de “poder de policía” sería el conjunto de servicios organizados por la administración pública con el fin de asegurar el orden público y garantizar la integridad física y aún moral de las personas, mediante limitaciones impuestas a la actividad personal (individual y colectiva), y que “policía” significa, en su aceptación más amplia, el ejercicio del poder público sobre hombres y cosas <sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> Miguel MARIENHOFF, ob. cit., t. IV, p. 510 y ss..

<sup>66</sup> Rafael BIELSA, ob. cit., t. 4, p. 1 y ss..

En nuestro país, el contenido que se le asigna es amplísimo, de contornos difíciles de establecer, y se acostumbra a la noción de “emergencia” para justificar la validez de su ejercicio, así como a la noción de “prosperidad”<sup>67</sup>.

Debemos distinguir al denominado “estado de policía” del “Estado de derecho”; este último implica que a todo principio de derecho lo acompaña la seguridad de que el Estado se obliga a cumplirlo (el derecho se impone tanto a gobernantes como a gobernados), de que se somete en sus relaciones con los ciudadanos a un régimen de derecho<sup>68</sup>.

El “Estado de derecho”, se establece en interés de los administrados para preservarlos y defenderlos de las arbitrariedades de las autoridades estatales<sup>69</sup>, mientras que el “estado de policía”, esta inspirado en el axioma de que el fin justifica los medios, con una concepción de autoridad suprema, actúa de manera discrecional y sin trabas frente al individuo, que carece de acción que proteja sus derechos contra el Estado.

Como podemos observar, desde nuestro sistema jurídico se predica la existencia de un “Estado de derecho”, por lo que es posible, y hasta imperativo, plantearnos el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado.

---

<sup>67</sup> Con respecto a la vaga noción de “emergencia”, se suelen fijar los requisitos que ésta debe reunir:

“I) La situación de emergencia debe ser declarada por ley del Congreso (Fallos t. 127, p. 21; t. 173, p. 65; t. 238, p. 76).

“II) La declaración de emergencia debe perseguir un fin público que consultó los superiores y generales intereses del país (Fallos t. 172, p. 21; t. 199, p. 466; t. 202, p. 465; t. 238, p. 76).

“III) Las restricciones excepcionales de derechos deben ser transitorias, nunca permanentes (Fallos t. 138, p. 170; t. 144, p. 220; t. 200, p. 450).

“IV) Los medios elegidos para superar la emergencia deben ser adecuadamente proporcionados al fin perseguido (Fallos, t. 172, p. 21; t. 243, p. 472)” (ver autor y ob. cit. en L.L. 1990-E-884).

Con el vocablo “emergencia” se enrolan una serie de disposiciones de la realidad argentina como la “Ley de emergencia económica”, “Ley de Reforma del Estado”, “Ley de emergencia sanitaria”, etc..

<sup>68</sup> Miguel MARIENHOFF, ob. cit., p. 516 y ss..

<sup>69</sup> En tal sentido, C.S.J.N., *in re* “Salazar de Campo c/ Pcia. de Buenos Aires”.

## 8. El poder de policía y su relación con los derechos de los ciudadanos y de la colectividad

El “poder de policía” implica un poder de reglamentación, ya que tiene su fundamento en el carácter relativo de las prerrogativas establecidas en la Constitución Nacional. Pero, a la vez, ese ejercicio del “poder de policía” compromete al Estado, pues no se trata solamente de una facultad acordada por la ley, sino de una función que debe ser cumplida obligatoriamente; es un deber y un derecho al mismo tiempo.

Recordemos que no se concibe un derecho indefinido e ilimitado y, por ende, tampoco un derecho de libertad que no esté regulado por las leyes que lo garanticen, toda vez que, como dice Montesquieu, *“la libertad consiste en hacer todo lo que las leyes permiten, pues si un ciudadano pudiese hacer lo que ellas prohíben, no estaría mucho en posesión de esa libertad, porque sus conciudadanos querrían aprovechar de esa misma facultad”* <sup>70</sup>.

Tengamos presente las palabras de A.L. Gioja al trabajo de Pound sobre los intereses sociales: existe una nueva clasificación de intereses, los individuales y los sociales, que son aquellos que tienen los miembros de un grupo social en su totalidad o en su mayoría <sup>71</sup>.

Roscoe Pound considera que dentro de los intereses sociales encontramos, por ejemplo, el interés social a la seguridad general, a la seguridad de las instituciones, a la conservación de los recursos sociales, y el interés social en el progreso general <sup>72</sup>.

Quiroga Lavié expresa con respecto a lo que él denomina “derecho público subjetivo”, de que la entidad moral colectiva es donde se apoya el sentido jurídico de esta categoría, en este derecho la sociedad desarrolla el freno a la pretensión expansiva del Estado, se controlan sus excesos, se desarrolla el cumplimiento de la política legislativa y se reclama la

---

<sup>70</sup> Rafael BIELSA, ob. cit., t. 4, nota 9, p. 9.

<sup>71</sup> ROSCOE POUND, “Examen de los intereses sociales”, *Cuadernos del Centro de Derecho y Ciencias Sociales*, trad.: Alberto Ciria, introducción de A.L. Gioja, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959, p. 13.

<sup>72</sup> ROSCOE POUND, ob. cit., p. 37 y ss..

operatividad de la legislación que promete cumplir ese “bienestar general” de la Constitución Nacional.

Señala Altamira Gigena que el Estado tiene una doble obligación: atender las necesidades de los particulares y propender al bien común, y hay que poner énfasis en evadir el doble escollo del individualismo y del colectivismo, a fin de lograr ser ecuánimes <sup>73</sup>.

Entendemos que existe en nuestro ordenamiento jurídico un derecho a la prevención del daño como garantía social e individual, y está implícitamente cubierto por el generoso manto amparador de la Constitución Nacional <sup>74</sup>.

Ya se ha dicho de una manera categórica y contundente que ninguna fortaleza ni eficiencia estatal podrá jamás edificarse sobre los despojos de un pueblo cuyos derechos son impunemente violados.

Nuestros autores siempre han enfatizado la vulnerabilidad del hombre actual frente a las direcciones, cada vez más sutiles, con las que el Estado despliega su “poder de policía”, ya que a todos nos alcanza el poder de policía de seguridad, salubridad, moralidad, financiero, profesional y ecológico.

López Cabana reflexiona sobre la posibilidad de elegir los riesgos que queremos correr con nuestras propias vidas, reaccionando contra el avance incesante del Estado; pero opinamos que debemos evaluar quién de nosotros está en condiciones de comprender la complejidad de nuestras realidades tecnológicas y asumirlas <sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Julio L. ALTAMIRA GIGENA, ob. cit., p. 88. En tal sentido aclara: “*Si mira excesivamente al hombre y olvida a la sociedad ‘corre el grave riesgo de caer en el individualismo. Y si por el contrario se olvida del individuo y vuelca su mirada especialmente en la comunidad, se precipitará hacia el colectivismo’*”.

<sup>74</sup> Podemos recalcar la actitud del Dr. Iribarne en el caso “Altamirano” c/ Cerámica Martín S.A. y otros”, comentario de Augusto M. MORELLO y Gabriel STIGLITZ, “Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la Justicia”, L.L. 1987-D-364.

<sup>75</sup> Roberto M. LÓPEZ CABANA, “Responsabilidad civil del Estado derivada del poder de policía”, en *Derecho de daños*, Buenos Aires, La Rocca, 1989, p. 761.

## 9. El rol preventivo del Estado en el derecho de daños

Es quizá la cuestión más trascendente, aún más que el tema del quantum indemnizatorio, pues sitúa al Estado en una actividad primordial para la organización de la vida en comunidad, ya que el individuo actual, al no aceptar el daño como un designio divino, exige que se tomen las acciones preventivas para evitarlo, y si esto falla, que sea resarcido.

Existen áreas donde, innegablemente, el Estado actúa cumpliendo o intentando cumplir este rol, tales como el control de medicamentos, alimentos o contaminación, pero, desgraciadamente, son más los supuestos en los que esa tutela no existe o se realiza deficientemente.

Es necesario un cambio de mentalidad tanto de los integrantes de la comunidad como del Estado, pues es un área confluyente, pero no excluyente ni exclusiva.

Aquí se intenta que los procesos de control eviten los daños al detectar las situaciones de peligro; es contrarrestar los efectos lesivos, o bien, cuando éstos comienzan a originarse, obstaculizar su producción atacando la causa desde su raíz <sup>76</sup>.

Señalaba ya De Cupis que el ejercicio de la prevención requiere una delicada valoración comparativa de la importancia del interés en peligro y del interés a quien puede imputarse el peligro, y que una aplicación estricta de la prevención implica el riesgo de oprimir las libertades de los demás <sup>77</sup>.

Recordemos una vez más las palabras de Morello y de Stiglitz, que le dan a la prevención el rango de garantía constitucional individual y social que merece, pues está cubierta implícitamente por el generoso manto de nuestra Constitución Nacional <sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> Gabriel STIGLITZ, *La responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 1984, p. 94 y ss..

<sup>77</sup> Adriano DE CUPIS, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch, 1975, p. 575 y ss..

<sup>78</sup> Augusto M. MORELLO y Gabriel STIGLITZ, ob. cit., p. 365.

## 10. La responsabilidad patrimonial del Estado y el ejercicio del poder de policía

Toda vez que la administración debe ejercer su poder de policía en los ámbitos establecidos, y siendo su ejercicio irregular, excesivo, insuficiente, o aparecer omitido, se plantea el tema que nos ocupa.

Debido al amplio marco que se le ha asignado a la cuestión policial en nuestro país, como lo hemos puntualizado, es que surgen infinidad de supuestos con contenido diverso, desde las leyes 3959 y 4863 sobre policía sanitaria animal y agraria; el famoso fallo de la Corte Suprema de “Los saladeristas c/ Pcia. de Buenos Aires”, de 1887; la sentencia con referencia a la ley 14.226 conocida como “Cine Callao” -con el dictamen adverso del procurador Sebastián Soler y el voto negativo de Boffi Boggero-; las leyes de emergencia locativa, los fallos de los ribereños de las lagunas encadenadas de la provincia de Buenos Aires, los referidos a la emergencia económica etcétera <sup>79</sup>.

En cuanto a la posible responsabilidad del Estado por omisión en el ejercicio del poder de policía, suele recalcarse que para que una conducta omisiva genere responsabilidad debe estar usualmente ligada al resultado final, de modo tal que la abstención pueda ser considerada como factor eficiente de la consumación operada <sup>80</sup>.

Pero, por múltiples razones, existe en esta materia una tendencia restrictiva que contrasta con la evolución general del tema de la responsabilidad: subyace la idea de que es necesario adoptar soluciones que se ajusten a la realidad económica, y parecería injusto, en los dichos de Macarel, que el Estado se convierta en el eterno Asegurador de todos los daños.

Una de las líneas será situar el tema en el factor subjetivo de atribución -entendemos más acertado ligarlo a la noción objetiva de falta de servicio o riesgo- y otra, considerar que, en la relación de causalidad, la omisión no constituye la causa del daño.

---

<sup>79</sup> Puede consultarse, entre otros, a MARIENHOFF, ob. cit., t. IV, p. 518 y ss., y los repertorios jurisprudenciales.

<sup>80</sup> Roberto LÓPEZ CABANA, ob. cit., p. 747 y ss..

En un clásico comentario de Bustamante Alsina al fallo de la Corte Suprema en el caso “Ruiz y otro c/ Pcia. de Buenos Aires”, donde se demandaba por daños y perjuicios por la muerte de una persona al colisionar su automóvil con un caballo suelto, este autor refuta los argumentos del pronunciamiento y sostiene que existe fundamento para determinar la responsabilidad del Estado, dándose en autos todos los elementos de la responsabilidad civil y surgiendo ésta de la abstención de su específico deber de vigilancia de las rutas camineras <sup>81</sup>.

Existen en la jurisprudencia ciertos casos que marcan hitos, tal como lo fue “Franck c/ Pcia. de Buenos Aires”, que admitió la responsabilidad del Estado por omisión en el mantenimiento de las rutas navegables, pero esto contrasta con la tendencia mayoritaria y actual <sup>82</sup>.

Uno de los clásicos es el fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, *in re* “Torres”, cuya línea argumental fue elaborada por Aída K. de Carlucci, en el cual se revocó la sentencia de primera instancia, confirmada por la Cámara, que establecía la responsabilidad de la provincia <sup>83</sup>.

Recordemos que se ha sostenido que el Estado se encuentra obligado a actuar aún en ausencia de norma expresa cuando se dan los siguientes requisitos: a) un interés jurídicamente relevante (cualitativa o cuantitativamente); b) la necesidad material de actuar en dicha protección, y c) la proporción entre el sacrificio que acarrearía la actuación y la utilidad que se obtendría.

Tengamos presente que el Estado debe ejercer su poder de policía en cada uno de los ámbitos donde es necesario, pues, como recalca López Cabana, no se trata de una “facultad” acordada por la ley <sup>84</sup>.

Justamente, en este tema de la responsabilidad, los términos de “razonabilidad y proporcionalidad” adquieren singular relevancia.

---

<sup>81</sup> Jorge BUSTAMANTE ALSINA, “La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder de policía”, L.L. 1990-C-429.

<sup>82</sup> Beltrán GAMBIER, “Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado, por omisión, a la luz de la jurisprudencia”, L.L. 1990-E-617.

<sup>83</sup> Juan Carlos CASSAGNE, “Responsabilidad del Estado por omisión”, L.L. 1989-C-512.

<sup>84</sup> Roberto LÓPEZ CABANA, *ob. cit.*, p. 748 y ss..

Es por todo esto que consideramos perfectamente viable la responsabilidad del Estado en virtud del poder de policía, y que la omisión puede ser, al igual que la acción defectuosa o excesiva, la causa del daño que deba ser reparado.

Será una cuestión de apreciación en el caso concreto el que se den los requisitos para operar tal responsabilidad, pero doctrinariamente, a priori no encontramos óbice para su aplicación, pues responde a los mismos fundamentos constitucionales existentes en el estado de derecho.

## 11. Palabras de cierre

Puesto que el derecho de daños tiene su centro de gravedad en el daño injustamente sufrido, que se asienta en las ideas de justicia y solidaridad y contiene un criterio unitario; creemos que en él se inserta el gran tema de la prevención a cargo del Estado y también su responsabilidad patrimonial

El Estado, en virtud del ejercicio del poder de policía, deberá tomar las medidas necesarias para la evitación de los daños pues entendemos que existe en nuestro ordenamiento jurídico un derecho a la prevención del daño como garantía social e individual

Ante la ausencia de ley expresa, la hermenéutica de recurrir a los principios de leyes análogas debido a la interpretación prevista en el art. 16 -que es en realidad un principio general vigente en nuestro derecho- nos puede conducir a dos caminos opuestos, frente a un supuesto de actividad lícita lesiva, la extensión analógica de la ley de expropiación o la reparación plena si se considera al *alterum non laedere* con rango constitucional<sup>85</sup>.

Al considerarlo un capítulo especial dentro del derecho de daños, y teniendo en cuenta los fines que éste persigue, consideramos que en principio la reparación deberá ser plena, ponderando las circunstancias del

---

<sup>85</sup> Señalemos que creemos firmemente en la necesidad de la adopción de una ley expresa referida a la responsabilidad del Estado, que ponga fin a las discusiones en cuanto al monto indemnizatorio en la actividad lícita lesiva.

caso, las consecuencias inmediatas y mediatas, por lo que se indemnizará el daño emergente y el lucro cesante, así como también el daño moral <sup>86</sup>.

Esto requiere suma prudencia en su aplicación y un fino criterio en los jueces, pues es tan peligroso un Estado irresponsable como uno que responda absolutamente por todo; ninguno de estos caminos llevan a la realización de la justicia.

---

<sup>86</sup> Recomendación 5 del despacho de *lege lata* de las III Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil.

# LA CAUSALIDAD Y LA CULPABILIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

BENJAMÍN MOISÁ

**Sumario:** 1. Luis Moisset de Espanés: padre intelectual, maestro y amigo. 2. Las dos grandes cosmovisiones sobre la responsabilidad civil. 3. Causalidad y culpabilidad. 4. Derrocamiento de la culpa y entronización de la causalidad. 5. Las fuentes francesas en la raíz de todos los males. 6. Una construcción jurisprudencial útil en Francia, pero carente de sentido en nuestro país. 7. Dos palabras sobre la llamada “causa ajena”. 8. Redefinición subjetiva de la teoría del riesgo

## 1. Luis Moisset de Espanés: padre intelectual, maestro y amigo

Ochenta jóvenes años cumplió Luis Moisset de Espanés<sup>1</sup>, mi padre intelectual, mi admirado maestro, mi queridísimo e incondicional amigo. No es fácil rendir homenaje a una personalidad de la envergadura intelectual y jurídica de Moisset, pero por sobre todas las cosas de tamaño grandeza espiritual; no obstante, juntando valor, arremeteré la empresa y trataré de estar a la altura de las circunstancias.

Conocí personalmente a Luis, más allá de lo que sabía por sus numerosos libros y publicaciones, a fines de marzo de 2000 con motivo de las Jornadas Inaugurales del Instituto de Derecho Civil y Comercial del Colegio de Abogados de Tucumán, jornadas a las que concurrieron los más

---

<sup>1</sup> El 20 de febrero de 2010, día en que se conmemora la Batalla de Salta (1813) -como él siempre lo recuerda-, en la que el general Manuel Belgrano, luego de haber batido ya a las tropas realistas en la Batalla de Tucumán (24 de septiembre de 1812), obtiene el rendimiento incondicional del general español Pío Tristán. Ambas batallas fueron decisivas en la guerra por la independencia de nuestro país.

destacados juristas de nuestro país y que fueron en homenaje a Fernando Justo López de Zavalía y Gustavo Manuel Silvetti. Moisset me deslumbró cerrando las mismas con una conferencia cuyo título, “Vélez Sársfield y el Calendario Gregoriano”, inicialmente -a mi parecer, como integrante de la comisión organizadora, y al de otros- no generaba mucha expectativa, pero a cuyo término, a pesar del agotamiento del auditorio por lo avanzado de la hora, se ganó el merecido reconocimiento del entusiasta aplauso del público.

Quizá sea la bondadosa y carismática personalidad del homenajeado la responsable de que, a una semana de habernos conocido, aprovechando la coincidencia de nuestra concurrencia a la XIII Conferencia Nacional de Abogados, que tuvo lugar en Jujuy los primeros días de abril de 2000, me haya “atrevido” a pedirle que me dirigiera en mi tesis doctoral. La feliz respuesta no se hizo esperar, fue inmediata, pero no sin antes advertirme lo que significaba someterme a la escrupulosa revisión de su implacable “lapicera asesina”. En julio de 2000, al regalarme un ejemplar de sus “Obligaciones naturales y deberes morales”, en su dedicatoria me adoptó como “nuevo hijo del intelecto”, naciendo así una perenne relación discipular que me honra y llena de orgullo.

Maestro como ningún otro y fiel a sus enseñanzas, jamás procuró convertir al discípulo en un mero reflejo de sus propias ideas, estimulándome siempre a seguir mis propios derroteros y aceptando las discrepancias de opiniones como algo natural<sup>2</sup>: así puede comprenderse, entonces, la mágica conciliación entre su *solidarismo humanista*<sup>3</sup> y mi *liberalismo personalista*<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Confr. Luis MOISSET DE ESPANÉS, “Patología de maestros y discípulos”, en *El cazador, casado*, Córdoba, Miguel Ángel Libros, 1991, p. 50.

<sup>3</sup> En el prefacio de su tesis doctoral, Moisset de Espanés -con cita de Demontès- nos dice: “El dilema se plantea en estos términos: ‘O el orden jurídico se conforma con dejar actuar a los interesados, mientras sus convenciones sean la obra de voluntades aparentemente libres; o, por el contrario, el derecho se considera obligado a ordenar a cada uno la línea de conducta que debe seguir y reprime todos los ataques contra la regla moral superior que domina las relaciones de los hombres...’. No vacilamos en adherir a esta última posición” (Luis MOISSET DE ESPANÉS, *La lesión en los actos jurídicos*, Buenos Aires, Zavalía, 1979, p. 16).

---

Y en *El cazador, casado*, confirmando su concepción de la vida, Moisset expresa: “La amistad y el amor al prójimo, que la inspira, dan calidez y sentido a las relaciones humanas, liman asperezas...”

Hoy, que el liberalismo y el individualismo se batan en retirada, dejando paso a corrientes ‘solidaristas’, parece conveniente volver nuestros ojos a las enseñanzas que las Partidas contienen sobre la amistad, que nos podrán ayudar a solucionar tantos conflictos” (Luis MOISSET DE ESPANÉS, “La amistad y las Leyes de Partida”, en *El cazador, casado*, Córdoba, Miguel Ángel Libros, Argentina, 1991, p. 115).

<sup>4</sup> “Para orientarse certeramente en materia de Estimativa Jurídica -y por tanto de Filosofía política- urge cobrar clara conciencia de que la oposición primaria, radical e irreductible es la que media inzanjablemente entre personalismo y transpersonalismo. Las demás oposiciones -por ejemplo la que se dé entre individualismo y socialismo- son secundarias y no radicales. Pues el individualismo y el socialismo (humanista) coinciden ambos en un fondo personalista, a saber: en considerar que el Estado y el Derecho deben estar al servicio de los valores del hombre; y divergen tan solo en cuanto a los medios que estiman conducentes para la realización de ese fin.

El individualismo liberal cree que el Estado servirá tanto mejor a la personalidad humana, cuanto mayor sea el volumen de libre actividad que le conceda, limitándose a garantizarla mediante una eficaz protección; y estima que el espontáneo juego de las iniciativas particulares es la óptima fuente de solidaridad social. El socialismo no materialista, esto es, como programa de justicia, pretende cabalmente el mismo fin que la escuela liberal: servir al mayor bien de todos los individuos. Pero cree que esto tan solo es posible lograrlo atribuyendo al Estado amplias facultades, para organizar con la máxima minuciosidad la cooperación social y sobre todo la economía. La mayoría de los programas auténticamente socialistas (excluyendo naturalmente al bolchevismo, que es algo por entero diferente) no endiosan al Estado, no lo convierten en fin de las humanas actividades, sino que lo que pretenden es hacer mejores y más felices a los hombres, ni más ni menos que el liberalismo, bien que valiéndose de otros medios; pues los programas socialistas creen que tal fin lejos de poder ser logrado merced al libre entrelace de las iniciativas espontáneas, tan solo puede conseguirse mediante una regulación jurídica taxativa de las actividades económicas. De manera que, en el fondo, los idearios socialistas -no materialistas- son también humanistas y no estatólatras, pues aspiran a que los hombres sean más cultos, se alimenten mejor, y, en suma, a que eleven su nivel de vida espiritual y material; para obtener lo cual entienden que es preciso renunciar a un sector bastante grande de libertad personal, cediéndosela al Estado, a fin de que éste organice el consorcio social. Pero en el socialismo humanista se conserva el respeto a las libertades íntimas (conciencia, pensamiento) y a la autodeterminación personal. También son personalistas o humanistas todas las posturas intermedias entre el individualismo liberal y el socialismo, tales como por ejemplo, los múltiples programas llamados intervencionistas. Estos, sin aspirar de modo alguno a la estatificación de la economía, sostienen que el Estado no puede cruzarse de brazos ante las consecuencias de la explotación inhumana y de la desorganización económica, a que dio lugar el liberalismo a

Y por fin, qué decir de la amistad de Luis y de su amada Azucena, de cuya afable compañía, indeleble en el recuerdo, temprana aunque sin duda temporalmente nos vinieron a privar los misteriosos designios del Señor. Entrañables amigos siempre: en los momentos difíciles, brindándose íntegramente, con el consejo prudente y oportuno, acompañado de una generosidad sin retaceos; en los gratos momentos, haciéndonos partícipes de la cercana calidez de los seres queridos, de su amena conversación, y de esa extraordinaria y contagiosa capacidad de asombro ante las cosas más simples de la vida, como el vuelo de un picaflor o las costumbres del “chilalo”. Momentos grabados a perpetuidad en el propio corazón y en el de los míos -quienes, desde que Luis me adoptara como “hijo del intelecto”, son también los de él y Azucena-: Tafí del Valle, Amaicha, Quilmes, Agua de Oro, Estancia El Rosal, Esquel, Bariloche, La Angostura, Los Alerces, Trelew, Jujuy son sólo algunos de los lugares que pueden dar testimonio de aquellas vivencias inolvidables.

Celebro como el mejor modo de homenajear al maestro y amigo este *liber amicorum*, iniciativa de Pascual Alferillo, Aldo Guarino Arias, Bernard Debeuf y Christian Sommer, a quienes con toda gratitud reconozco su gran dedicación y esfuerzo en el éxito de esta obra colectiva. Vaya ahora mi modesto aporte.

---

ultranza de la escuela de Manchester. Son, propiamente, programas que conservan del liberalismo lo que este tiene de valor perenne y supremo, a saber: el respeto máximo a la conciencia individual y a la autonomía personal; pero tratan a la vez de crear condiciones de libertad colectiva que impidan que alguien se aproveche de su situación de ventaja en perjuicio de la situación de desventaja de otros; y admiten que, para esta defensa, así como también para asegurar un mayor bien común, el Estado intervenga en la organización, control y garantía de una serie de actividades, que antes eran de la libre iniciativa individual y social; pero sin anular la espontaneidad individual, que es siempre la fuente de toda creación y progreso.

Entre todas esas doctrinas aludidas en el párrafo anterior cabe la comunicación: es posible establecer un contacto entre ellas, porque a pesar de sus grandes divergencias, tienen una común inspiración personalista o humanista” (Luis RECASÉNS SICHES, *Vida humana, sociedad y derecho. Fundamentación de la filosofía del derecho*, La Casa de España en México, 1940, p. 357 y ss.).

## 2. Las dos grandes cosmovisiones sobre la responsabilidad civil

No podemos encarar seriamente el estudio y deslinde de la *causalidad* y de la *culpabilidad*, como elementos decisivos de la obligación de indemnizar, si previamente no definimos nuestra posición ideológica sobre la cuestión.

Hay en realidad, decía ya Fernando Justo López de Zavalía, dos grandes corrientes doctrinarias enfrentadas sobre los fundamentos de la responsabilidad civil a las que, por darles un nombre, podemos llamar: la corriente de los *juristas clásicos*, y la de los *juristas modernos*. Para los juristas clásicos, el deber de indemnizar un daño se funda en una atribución que se hace al sujeto en base a factores subjetivos: dolo o culpa. En cambio, la visión de los juristas modernos es mucho más simple: ellos prescindían de todo factor subjetivo. Es verdad que se niegan a ser caratulados como defensores de la responsabilidad objetiva, porque dicen que ellos exigen otros factores de atribución del daño, como el riesgo creado; pero, cuando uno examina a fondo sus concepciones y sus aplicaciones concretas, se llega a la conclusión que, por debajo del ropaje de las palabras, son partidarios de la responsabilidad objetiva, donde lo único que hace falta para que una persona responda de un daño es que haya puesto, en la escena del mundo jurídico, la fuerza física desencadenante de la consecuencia<sup>5</sup>.

Ahora bien, es en medio de esta disputa de cosmovisiones que aparece la reforma al Código Civil con el célebre agregado a su artículo 1113, que, compartiendo el pensamiento del muy ilustre comprovinciano tucumano, estimamos un “malhadado agregado”, pero cuya interpretación, en última instancia, va a depender en gran medida de que se sea *clásico* o *moderno*<sup>6</sup>.

En suma, las posiciones adoptadas en la polémica por más esfuerzo que se haga resultan irreductibles, pues, excediendo lo estrictamente jurídico, responden a diferentes ideologías, o si se quiere a dos concepciones

---

<sup>5</sup> Fernando Justo LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Las dos grandes cosmovisiones en materia de responsabilidad civil*, en la sección *Doctrina* del sitio web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).

<sup>6</sup> Idem.

distintas de la vida: quienes defendemos una concepción liberal personalista, nos mostraremos siempre partidarios de la doctrina de la culpa; por el contrario, los que atribuyen un papel predominante a las ideas socialistas o solidaristas, suscribirán por lo general las teorías objetivas<sup>7</sup>.

### 3. Causalidad y culpabilidad<sup>8</sup>

Consecuentemente, los alcances que se asignen a estas dos nociones, *causalidad* y *culpabilidad*, están en la base de las diferencias y dificultades entre el sistema tradicional de la culpa y el sistema propuesto por la teoría del riesgo, repercutiendo decisivamente sobre la configuración de los elementos fundamentales de la responsabilidad civil. Para la teoría del riesgo, es suficiente que se acredite la existencia de un nexo causal entre el hecho humano y el daño causado, independientemente de toda noción de culpa. Por el contrario, para quienes somos fieles seguidores del sistema tradicional, esa sola relación de causalidad no basta para configurar la responsabilidad civil. Es indispensable, además, la concurrencia de otra relación de entidad espiritual o psicológica propia de la acción humana, esto es, la culpabilidad<sup>9</sup>.

---

López de Zavalía, con singular poesía, nos dice: “Y no se asombren ustedes si digo que un mismo texto puede ser interpretado de modo distinto, según cual sea la cosmovisión con la cual se lo enfoque.

Ocurre con la letra de las leyes, como con los instrumentos musicales, de los cuales unos extraen melodías que llegan al alma, en tanto que otros les arrancan arpegios que estimulan las vísceras que el hombre comparte con los animales” (Fernando Justo LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. et loc. cit.).

<sup>7</sup> Confr. Jorge PEIRANO FACIO, *Responsabilidad extracontractual*, Bogotá, Temis, 2004, p. 156, N° 83,.

<sup>8</sup> Nuestro querido y tristemente ausente René Antonio Padilla ya advertía que la ambigüedad y la equivocidad de los conceptos fundamentales, constitutivos de los presupuestos de la responsabilidad civil, dejan al descubierto la crisis que dogmáticamente acosa a dichos elementos, incluso desde el mismo nombre asignado al instituto (René A. PADILLA, *Sistema de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997 p. 18.).

<sup>9</sup> Jorge PEIRANO FACIO, op. cit., p. 412, N° 229.

Desde el punto de vista ontológico, existe una clara distinción entre las nociones de causalidad y de culpabilidad: la última responde a la idea de un *quid* subjetivo; la primera, en cambio, es tributaria de un fenómeno rigurosamente objetivo que no entra, en absoluto, en el ámbito de la psicología y de la mente humana. La causalidad relaciona fenómenos o cosas en tanto ellas pertenecen al mundo de los objetos reales, es decir, al mundo físico<sup>10</sup>.

Así, entre *causalidad* y *culpabilidad*, existe una diferencia esencial que se funda en un disímil criterio de imputación. Tanto una como otra son distintas maneras de establecer una relación entre dos fenómenos o seres independientes, pero, mientras la causalidad se refiere a la simple imputación física (*imputatio facti*), la culpabilidad se refiere a la imputación moral o jurídica (*imputatio iuris*).

#### 4. Derrocamiento de la culpa y entronización de la causalidad

Para la concepción socialista o solidarista del derecho, partidaria de la teoría del riesgo, el elemento social toma una importancia decisiva y pasa a un primer plano. La regla que debe predominar en materia de responsabilidad, lo mismo que en todo el mundo jurídico, es el respeto del individuo hacia el grupo. En consecuencia, si un individuo con su actividad lesiona a sus semejantes, el derecho debe reaccionar de inmediato previendo normas que, mediante un mecanismo de restituciones, permitan restablecer el equilibrio violado. Pensar que en este restablecimiento la noción de culpa pueda tener alguna trascendencia, es atribuir al hombre una inadmisibles primacía frente al grupo o a la colectividad. Cuando se produce un daño no hay que pensar si en su origen existió culpa, sino -simplemente- si el interés social exige su reparación<sup>11</sup>.

Como lo señalara Orgaz, la culpa es el "enemigo" a derrotar<sup>12</sup>, y los objetivistas se valen en su intento -con bastante éxito en nuestro país- de

---

<sup>10</sup> Idem, p. 411, N° 229.

<sup>11</sup> Idem, p. 153 y ss., N° 82.

<sup>12</sup> Alfredo ORGAZ, *La culpa -actos ilícitos-*, Córdoba, Lerner, 1992, p. 23, N° 4.

cinco argumentos, que Peirano Facio, siguiendo a Mazeaud-Tunc<sup>13</sup>, sintetiza del siguiente modo: a) argumento materialista; b) argumento solidarista; c) argumento de equidad o de justicia; d) argumento histórico; y e) argumento práctico<sup>14</sup>.

### *Argumento materialista*

El auge de doctrinas materialistas y positivistas llevó a considerar que es preciso materializar el derecho civil: es necesario dejar de lado el aspecto psicológico y todos los elementos que subsisten en el derecho contemporáneo como supervivencia de concepciones metafísicas propias de siglos pasados, y considerar, solamente, el aspecto patrimonial o económico como esencial de toda relación jurídica. Esta orientación es la precursora del llamado *concepto objetivo* de la obligación, que nació en Alemania a principios del siglo pasado y que en los países latinos tuvo a Saleilles como principal expositor<sup>15</sup>.

En síntesis: “Cuando se ha dañado un patrimonio en razón de la expansión de la actividad de otro patrimonio, no tiene sentido hablar de culpa; lo único que procede es dar la norma que restablezca el equilibrio objetivo entre ambos órdenes económico-patrimoniales”<sup>16</sup>.

### *Réplica*

La tentativa de Brinz de transformar la clásica obligación romana en una mera *asignación* patrimonial no ha tenido éxito, pues, como lo ha puesto de relieve Lerebours-Pigeonnière a propósito de la obra de Saleilles,

---

<sup>13</sup> Confr. Henri y Léon MAZEAUD - André TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Buenos Aires, EJE, 1977, t. I-2, p. 3 y ss., N° 341 y ss.; tr. bajo la dirección y responsabilidad de Santiago Sentís Melendo.

<sup>14</sup> Jorge PEIRANO FACIO, *op. cit.*, p. 152 y ss., N° 82.

<sup>15</sup> Confr. *idem*, p. 153, N° 82.

<sup>16</sup> *Idem*.

toda esta concepción parece haberse basado en un sofisma de falsa oposición: afirmar que una deuda tiene un valor abstracto, no equivale a pretender que tenga existencia independiente de la persona del deudor. En el derecho moderno, la teoría de las obligaciones sigue basada en la voluntad; y en materia de responsabilidad, precisamente, la culpa es el factor que vincula la obligación de reparar con la voluntad<sup>17</sup>.

Así, el argumento extraído de la necesidad de materializar el derecho civil no posee actualmente sino un valor histórico, sin que, por lo tanto, sea esgrimido por ningún autor contemporáneo<sup>18</sup>.

### *Argumento solidarista*

Como lo anticipáramos al inicio de este apartado, para la concepción socialista o solidarista del derecho, el elemento social es de una importancia decisiva, por lo cual en materia de responsabilidad civil, como en todo el mundo jurídico, debe prevalecer el respeto del individuo hacia el grupo.

### *Réplica*

Es cierto que es necesario tener en cuenta el aspecto social, pero no es menos cierto que el hombre no puede ser degradado a la condición de animal gregario: el hombre es la única realidad que tiene valor esencial, y la sociedad no existe más que por él y en función de él<sup>19</sup>.

En este sentido, Luis Recaséns Siches de un modo insuperable explica: “El individuo es esencialmente social; hasta el punto de que el individuo aislado no es algo real, ni siquiera posible, sino una pura abstracción. El individuo existe tan sólo en la sociedad; vive en el nivel histórico de ésta, apoyándose sobre ella y aprovechando los bienes que en ella en-

---

<sup>17</sup> Idem, p. 156, N° 83.

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> idem, p. 157, N° 83.

cuentra. Incluso el anacoreta y Robinson llevan la colectividad dentro de sí y viven desde el nivel de ella. El individuo descansa sobre los valores realizados en la historia y que le son transmitidos por la colectividad; y casi todo lo que hace se apoya sobre esos bienes comunales; y, en el mejor de los casos, consigue a lo sumo elevarse un poco sobre ese nivel histórico de esos bienes que le ha transmitido la colectividad.

Pero aunque lo social sea algo esencial al hombre, los bienes que se realizan en la colectividad son bienes tan solo de carácter instrumental, son medios para la realización de los supremos valores, que sólo al individuo corresponden y que sólo por el individuo pueden y deben ser cumplidos. Sin sociedad no hay hombre; pero el hombre -se entiende el hombre individual, que es el único que constituye una realidad radical y substantes superior axiológicamente a la sociedad. Pues la sociedad es algo hecho por él y para él<sup>20</sup>.

### *Argumento de equidad o de justicia*

Entienden los corifeos de la responsabilidad objetiva que su posición es más justa y equitativa que la tesis de la culpa. En el mundo actual, sostienen, en la mayoría de los casos es imposible para la víctima probar la culpa del agente. Ante tal situación, resulta injusto que la víctima quede privada de reparación: colocados en la necesidad de elegir entre la víctima y el autor del daño merece mayor protección la primera, porque de ordinario es la de menores recursos económicos y porque nada ha hecho para provocar el daño. La tesis objetiva tiende a evitar que ello ocurra<sup>21</sup>.

### *Réplica*

Creemos que en muchos casos la cuestión de la prueba -cuya dificultad no negamos- es una simple excusa para encubrir una cuestión

---

<sup>20</sup> Luis RECASÉNS SICHES, *op. cit.*, p. 363.

<sup>21</sup> Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago de Chile, Imprenta Universitaria, 1943, p. 115 y ss., N° 73,

ideológica más profunda. Se trata de la eliminación de la culpa mediante la socialización del derecho; de romper con la tradición de los filósofos cristianos y de la escuela del derecho natural, con la consiguiente negación de la persona humana como fundamento del derecho<sup>22</sup>.

Nos lleva a pensar de este modo el hecho que para los seguidores de la teoría objetiva no basta con una presunción *iuris et de iure* de culpa -la que descartan mediante la sofística afirmación según la cual *una presunción que no admite prueba en contrario, no es en realidad una presunción*<sup>23</sup>-, sino que es necesario reemplazar la idea de *culpabilidad* por la idea de *causalidad*, con el consiguiente vaciamiento moral del derecho.

La prédica de los objetivistas responde de alguna manera al sentido de una solidaridad “a lo Robin Hood”: quitarle a los ricos para darle a los pobres, sin más justificación que el hecho de que unos son ricos y los otros pobres; no se propone una nivelación de fortunas, sino simplemente se postula que los ricos deben ayudar a los pobres y por eso tienen la obligación de cargar con las desgracias sociales<sup>24</sup>. Pero se olvidan los objetivistas que muchas veces el “pobre” no es la víctima sino la persona a quien “sin culpa” se le impone la carga del infortunio. Como diría López de Zavalía: “una solidaridad fácil de proclamar cuando se ejercita con bolsillos ajenos y cerrando los ojos a las exigencias del progreso”<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Henri y Léon MAZEAUD - André TUNC, *Tratado...*, t. I-2, p. 4 y ss., N° 343.

<sup>23</sup> Sobre esta problemática, en particular sobre la distinción entre *presunción legal* y *ficción*, puede verse nuestro trabajo “La prueba de la culpa en la responsabilidad civil”, D.J., 2008-1, 605, en especial el apartado III, b.

<sup>24</sup> Confr. Fernando de TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001 t. I, p. 58, N° 18.

<sup>25</sup> Fernando Justo LÓPEZ DE ZAVALÍA, prólogo a *Visión crítica a las cuestiones centrales de la responsabilidad civil* de Rodrigo PADILLA, Tucumán, El Graduado, 2001 p. 9.

Dice, además, LÓPEZ DE ZAVALÍA: “Pedro, sin dolo ni culpa, causó materialmente un daño a Juan. En mi opinión, Pedro no debe reparar, porque la justicia a eso no lo obliga, pero debe acudir en auxilio de Juan, porque la fraternidad se lo impone.

Los juristas modernos aplaudirán la segunda afirmación, y sin duda dirán que eso es precisamente lo que ellos enseñan. Pero entre su pensamiento y el que sostengo hay una radical y profunda diferencia que pone al desnudo el abismo entre ambas concepciones. En la tesis que sostengo, si la fraternidad obliga a Pedro, obliga también a todos los demás, porque todos, incluso el juez, son prójimos de Juan. Pero a los juristas modernos

En concreto, como concluyentemente lo sostienen los Mazeaud, en este plano de la equidad y de la justicia no es dudoso que la tesis de la responsabilidad objetiva no puede competir con la teoría de la culpa; porque, si es justo que el autor culpable de un daño esté obligado a repararlo, no ocurre lo mismo con quien ha actuado de un modo prudente y diligente. No se advierte en virtud de qué principio este último puede ver comprometida su responsabilidad<sup>26</sup>.

No obstante, cabe reconocer que la teoría del riesgo-beneficio logra un considerable progreso con respecto a la teoría puramente negativa. Con ella se justifica de algún modo ante la moral y la equidad la condena por daños y perjuicios, en ausencia de toda culpa; se concibe que quien obtenga los provechos asuma los riesgos. Pero entonces cabe concluir que ambas tesis, la de la culpa y la del riesgo-beneficio, poseen un elevado fundamento moral. Ninguna de ellas, por lo tanto, logra en esto una ventaja sobre la otra: “La equidad quiere que quien logre los provechos soporte los riesgos; pero también quiere que aquél cuya conducta sea irreprochable, no pueda ser inquietado”<sup>27</sup>.

### *Argumento histórico*

También se invoca como argumento a favor de la tesis objetiva una ley general que se pretende deducir de la historia: el progreso de los pueblos civilizados, se dice, marca una evolución fatal que se impone aun al legislador; en razón de esta evolución se percibe una separación cada vez más honda entre la responsabilidad civil y la penal, o desde otro ángulo,

---

les cabe aquello de ‘haz lo que yo digo y no lo que yo hago’, pues están muy dispuestos a recordarle a Pedro que debe ser fraterno, y olvidarse de hacérselo notar a los demás. Si lo recordaran, cambiaría toda su perspectiva, porque advertirían que en esa fraternidad general queda incluido el propio damnificado, que obligado a tratar fraternalmente a Pedro, no debiera pretender volcar sobre él, todo el peso del infortunio, porque infortunio es el daño no atribuible a la voluntad” (Fernando Justo LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Las dos grandes cosmovisiones...*).

<sup>26</sup> Henri y Lèon MAZEAUD - André TUNC, *Tratado...*, t. I-2, p. 14 y s., N° 353.

<sup>27</sup> Ídem, p. 15, N° 353.

entre la pena y la reparación. La responsabilidad objetiva, al prescindir de la conducta del agente, elimina de la responsabilidad civil toda idea de pena o de castigo, y no ve en la reparación, sino un medio de restablecer el equilibrio económico destruido por el hecho ilícito<sup>28</sup>.

### *Réplica*

Con razón señalan los Mazeaud que, desde el punto de vista científico, el argumento histórico es una pura petición de principio. En sí, nada prueba. Describe el movimiento pasado y afirma la necesidad de llegar a un estadio siguiente, del cual se ofrece una descripción desprovista de todo fundamento<sup>29</sup>.

Pero, aun cuando así no fuese, es un concepto pacíficamente aceptado en la actualidad que la responsabilidad objetiva resulta predominante en las etapas poco evolucionadas de la historia cultural de los pueblos. Así, con razón, ha podido decir Planiol: “Esta nueva doctrina, lejos de ser un *progreso*, constituye un retroceso, que nos conduce a los tiempos bárbaros, anteriores a la ley Aquilia, en la que se atendía a la materialidad de los hechos. De las reglas formuladas por esa ley la idea de culpa ha sido lentamente deducida por los jurisconsultos, con la ayuda de un largo trabajo de análisis, que habría que recomenzar si la idea simplista del riesgo llegara a imponerse”<sup>30</sup>.

Este argumento, considerado por Demogue como débil para fundar por sí solo la tesis de la culpa, no lo es sin embargo para rebatir el argumento histórico que esgrime a su favor la teoría de la responsabilidad objetiva<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Jorge PEIRANO FACIO, op. cit., p. 155, N° 82.

<sup>29</sup> Henri y Léon MAZEAUD - André TUNC, *Tratado...*, t. I-2, p. 16 y s., N° 354.

<sup>30</sup> Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, París, L.G.D.J., 1912, t. II, p. 276, N° 363 ter.

<sup>31</sup> Jorge PEIRANO FACIO, op. cit., p. 158, N° 83.

Por lo demás, la separación entre el concepto de pena y de reparación no parece ser todavía una verdad enteramente adquirida, a pesar de los esfuerzos que se han hecho en ese sentido<sup>32</sup>.

### *Argumento práctico*

Finalmente, se sostiene que existen considerables ventajas prácticas en sustituir el viejo criterio de la culpabilidad por la noción de responsabilidad objetiva. La culpa, se dice, además de ser una noción vaga y de difícil aprehensión, obliga al juez a un examen de la conducta del ofensor, lo que da siempre lugar a grandes dificultades; en cambio, nada de esto ocurre en la tesis objetiva, pues en ella todo se reduce a un problema de simple causalidad<sup>33</sup>.

### *Réplica*

Este argumento no resiste el menor análisis, pues, como bien lo observa Pouliot, si se prescinde de la idea de la culpabilidad es insoluble el problema de la causalidad material<sup>34</sup>.

## **5. Las fuentes francesas en la raíz de todos los males**

Para introducir su sistema, los partidarios de la teoría del riesgo precisaban un texto legal. Creyeron encontrarlo en el art. 1384, párr. 1°, del

---

<sup>32</sup> Idem. confr. Benjamín MOISÁ, “Los llamados “daños punitivos” en la reforma a la ley 24.240”, RCyS N° VIII, Buenos Aires, La Ley, abril de 2008, p. 32 y s., en especial II.1 y II.2.

<sup>33</sup> Jorge PEIRANO FACIO, op. cit., p. 155, N° 82.

<sup>34</sup> Citado por Jorge PEIRANO FACIO, op. cit., p. 140 y s., N° 76.

Código de Napoleón<sup>35</sup>, afirmando que esa disposición, al igual que el art. 1385<sup>36</sup>, establece una responsabilidad sin culpa. Saleilles y Josserand, a quienes luego se sumó Savatier, fueron los primeros en sostener con fuerza esta posición<sup>37</sup>.

Henri Capitant, defensor de la culpa, seguido pronto por sus discípulos Henri y Lèon Mazeaud -quienes al hacerlo se vieron forzados a tomar partido por uno de sus dos grandes y queridos maestros: Capitant y Josserand<sup>38</sup>-, se alza con firmeza contra la nueva doctrina. Pero: ¿cómo sostener que si el guardián está obligado es porque ha incurrido en una culpa?, ¿se dirá que se trata de una presunción irrefragable de culpa? Eso sería olvidar que el art. 1352, párr. 2º, del Código Civil francés<sup>39</sup>, que

---

<sup>35</sup> Artículo 1384 (primer párrafo): “Se es responsable no solamente del daño que se causa por el hecho propio, sino también del causado por el hecho de las personas por las que se debe responder, o de las cosas que se tienen bajo guarda”.

*Article 1384 (premier alinéa): “On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde”.*

<sup>36</sup> Artículo 1385: “El propietario de un animal, o quien se sirve de éste, mientras lo esté usando, es responsable del daño que el animal cause, sea que el animal estuviere bajo su guarda, sea que se hubiere extraviado o escapado”.

*Article 1385: “Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé”.*

<sup>37</sup> Henri y Lèon MAZEAUD - André TUNC, *Lecciones de derecho civil*, Buenos Aires, EJE, 1969 Parte II, v. II, p. 264 y ss., N° 538, tr. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, bajo la dirección y responsabilidad de Santiago Sentís Melendo.

<sup>38</sup> Así lo reconocen Henri y Lèon MAZEAUD en el emotivo prólogo a la cuarta edición de su tratado: “Josserand sufrió a causa de ello. Nos reprochamos ese sufrimiento; lo hubiera sin duda evitado algo más de medida en la expresión de nuestro pensamiento. Pero eso es una prueba de lo que nos apreciaba. Y él sabía muy bien que nosotros lo queríamos.

Henri Capitant. Louis Josserand. Ellos tenían discípulos porque [al igual que Luis Moisset de Espanés] iluminaban su saber con su alma” (Henri y Lèon MAZEAUD - André TUNC, *Tratado...*, t. I-1, p. XVII).

<sup>39</sup> Artículo 1352: “La presunción legal dispensará de toda prueba a aquel en cuyo favor exista.

Ninguna prueba es admitida contra la presunción de la ley, cuando, sobre el fundamento de esta presunción, ella anule ciertos actos o deniegue la acción judicial, a

enuncia taxativamente las hipótesis de presunciones irrefragables, no se refiere ni directa ni indirectamente a los arts. 1384, párr. 1º, y 1385<sup>40</sup>.

La Corte de Casación, según los partidarios del riesgo, comprendió tan bien la cuestión que *transformó* la naturaleza misma de la presunción. Ya no se trata más de una presunción de culpa, puesto que no admite la prueba de la ausencia de culpa; se trata de una presunción de causalidad, que cae frente a la prueba de la ausencia de la relación de causalidad, esto es, ante una causa extraña. He aquí el porqué la Corte de Casación, luego del fallo de las Salas reunidas del 13 de febrero de 1930<sup>41</sup>, no contempla más una *presunción de culpa*, sino una *presunción de responsabilidad*, siendo según la doctrina francesa más exacto hablar de una *presunción de causalidad*<sup>42</sup>.

---

menos que ella hubiera reservado la prueba en contrario y salvo lo que será dicho sobre el juramento y la confesión judiciales”.

Article 1352: “La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe.

*Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires”.*

<sup>40</sup> Henri, Lèon y Jean MAZEAUD, *Lecciones...*, Parte II, v. II, p. 265, N° 538.

<sup>41</sup> “El caso de la viuda de Jand’heur contra las Galerías de Belfort, al que puso término la sentencia de las Cámaras reunidas de la Corte de Casación, pronunciada el 13 de febrero de 1930, ha suscitado polémicas a veces apasionadas (confr., además de las notas aparecidas en las colecciones sobre resoluciones de jurisprudencia, las crónicas de Henri CAPITANT, D. H. 1930, crón. p. 29; y de D. H. JOSSEAND, 1930, crón., p. 25; y el artículo de Maurice PICARD, en rev. gén. ass. terr., 1930, p. 259 y ss.). Para el gran público, se trataba de saber si triunfarían los *aplastadores* automovilistas y sus aseguradores o los *aplastados* peatones. Para los juristas, quién prevalecería entre los partidarios del art. 1384, párrafo 1º, y sus adversarios, deseosos de mantener en su extensión el *gollete* del vicio propio de la cosa” (idem, p. 268).

<sup>42</sup> Henri, Lèon y Jean MAZEAUD - François, CHABAS, *Derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Zavallía, 2006, t. II, p. 190, N° 535, tr. Luis Andorno.

## 6. Una construcción jurisprudencial útil en Francia, pero carente de sentido en nuestro país

El Código Civil francés en sus arts. 1349 a 1353, en el capítulo destinado a la “prueba de las obligaciones y del pago”, regula todo lo concerniente a las *presunciones: establecidas por la ley* (arts. 1350 a 1352) y *no establecidas por la ley* (art. 1353)<sup>43</sup>. Es lógico entonces que la jurisprudencia y la doctrina francesas, para salvar el impedimento positivo para establecer una *presunción irrefragable* que resulta del párrafo segundo del art. 1352, hayan recurrido al “artificio” de sostener que los arts. 1384, párr. 1º, y 1385 no establecen una *presunción de culpa*, sino una *presunción de responsabilidad* -para la jurisprudencia- o una *presunción de causalidad* -para la doctrina-, desvirtuable mediante la prueba de una *causa ajena*. Y todo ello para salvar un obstáculo legal derivado de una mala técnica legislativa, disimulando bajo la forma de una *presunción de causalidad* lo que en realidad es una *presunción de culpa*.

Los partidarios de la teoría del riesgo, verdaderos sofistas de la responsabilidad civil, no perdieron la oportunidad y se apresuraron a hacer de esta singular situación una cuestión de fondo, con las derivaciones que todos conocemos.

Ahora bien, en nuestro derecho positivo, aun luego de la reforma introducida por la ley 17.711 al art. 1113 del Código Civil, la realidad es totalmente distinta, pues nuestro código -a diferencia del francés- no contiene ninguna regulación sobre *presunciones*, sean legales o judiciales, ni establece limitación alguna con respecto a las primeras.

No obstante, nuestra doctrina, sin prestar mayor atención a la diferencia de régimen apuntada y confundiendo técnicamente lo que es una *presunción legal* con una *ficción legal*<sup>44</sup>, inconsciente o consciente-

---

<sup>43</sup> Libro III, Título III, Capítulo VI, Sección III.

<sup>44</sup> Por todos, Alfredo ORGAZ, op. cit., p. 187, N° 78.

“No debe caerse en el grave error de confundir lo que es una *ficción legal* con una *presunción*, lo que impone su distinción. Así, si bien la ficción legal tiene de común con la *presunción iuris et de iure* que no admite la prueba en contrario, la primera a diferencia de la segunda no se basa en la experiencia sino en razones de técnica legislativa, aun median-

mente -en este último caso, por los seguidores de la doctrina del riesgo-importaron y divulgaron la artificiosa construcción francesa<sup>45</sup>.

## 7. Dos palabras sobre la llamada “causa ajena”

Sentada la premisa errónea que la presunción establecida por el art. 1113, segundo párrafo, segunda parte, de nuestro Código Civil es una *presunción de causalidad* y no una *presunción de culpa*, había que acomodar las causales eximentes de responsabilidad a la nueva idea y así se recurrió al concepto francés de *causa ajena*<sup>46</sup>, no merecedor de los mejores elogios desde el punto de vista científico.

---

do el conocimiento del legislador de una realidad distinta, como, por ejemplo, la ficción según la cual la ley es conocida por todo el mundo, a sabiendas de que esto es imposible; o la que considera que el heredero es continuador de la persona del causante, cuando en realidad se trata de dos personas diferentes. Esto ha llevado a Ihering a definir a las ficciones como mentiras técnicas consagradas por la necesidad” (Benjamín MOISÁ, “La prueba de la culpa en la responsabilidad civil”, D.J., 2008-1, 605, en especial el apartado III.b). Confr. Hugo ALSINA, *Derecho procesal*, Buenos Aires, Ediar, 1964, t. III, p. 685; Hernando DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, Zavalía, 1981, t. II, p. 707 y ss.

<sup>45</sup> Por todos, Alfredo ORGAZ, quien ocupándose del sistema de presunciones establecido por el Código, dice: “Algunas son efectivamente presunciones de culpa, otras son más exactamente presunciones de causalidad”; y aclara: “Las primeras se destruyen simplemente con la prueba de que ‘no se tuvo culpa’, es decir, con la prueba de la diligencia normal; las segundas exigen la prueba más severa y concreta de una causa extraña (caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima o de un tercero). Éstas se fundan únicamente en la *causalidad*, y son, por tanto, supuestos de responsabilidad objetiva; aquéllas se basan en la *culpabilidad*, es decir, pertenecen al ámbito de la responsabilidad subjetiva” (Alfredo ORGAZ, op. cit., p. 160 y s.).

<sup>46</sup> Por todos, Alfredo ORGAZ, op. cit., p. 225 y ss., N° 86 y ss.

Los partidarios de la teoría del riesgo descubren, en el empleo de esa expresión, la exigencia de una exterioridad: el acontecimiento debe ser exterior a la empresa del demandado. La tesis de Adolf Exner, que distingue la fuerza mayor del caso fortuito teniendo en cuenta un elemento cualitativo y otro cuantitativo, dio sustento a la posición objetivista.

“El elemento cualitativo es la exterioridad. La fuerza mayor nunca ocurre en el interior de la empresa, dentro del círculo de acción de la misma, debe ser extraña a la órbita de la explotación. El acontecimiento de efectos extraordinarios que ocurre dentro de ella, es caso fortuito.

Excedería con creces los límites del presente trabajo un estudio minucioso de la cuestión, pero el mismo quedaría inconcluso si no explicáramos, aunque más no sea someramente, la causa y las consecuencias de la deficiente doctrina francesa.

En la raíz de todos los males, encontramos la reducción a tres (daño, culpa y causalidad), con sacrificio del hecho ilícito, de los cuatro elementos de la responsabilidad civil (ilicitud, daño, causalidad y culpabilidad), lo cual perjudica una debida consideración de la fundamental cuestión de la imputación -atribución- tanto fáctica (*imputatio facti*) como jurídica (*imputatio iuris*) de la responsabilidad. Es cierto que en la *práctica* todos estos elementos se presentan de un modo convergente e

---

El elemento cuantitativo, hace a los caracteres de importancia y notoriedad que debe revestir el hecho de fuerza mayor.

Son estos casos de fuerza mayor, los que relevan de responsabilidad, no los casos fortuitos, que se consideran previsibles por acontecer dentro de la esfera de acción de la empresa, hasta donde se extiende la autoridad del patrono y han debido preverse todas las consecuencias dañosas” (Enrique V. GALLI, en Raymundo S. SALVAT - Enrique V. GALLI - actualizador-, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, Buenos Aires, TEA, 1957, t. I, p. 153 y ss., N° 144; confr. Adolf EXNER, *De la fuerza mayor en el derecho mercantil romano y en el actual*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1905, tr. Emilio Miñana y Villagrasa).

Pero, sin embargo, como bien lo advierten los Mazeaud, la expresión “causa ajena que no puede serle imputada” (“*cause étrangère qui ne peut lui être imputée*”) del art. 1147 del Código Civil francés forma parte de un todo: en el pensamiento de los redactores, la causa es ajena al deudor cuando ella no le es imputable (Henri y Léon MAZEAUD - André TUNC, *Tratado...*, t. II-2, p. 167 y s., N° 1566).

Es obvio, entonces, que el vaciamiento de subjetividad de la llamada *causa ajena* responde a las exigencias argumentales de la teoría del riesgo, cuya finalidad consiste, naturalmente, en disminuir lo más posible el número de acontecimientos susceptibles de absolver al demandado (Henri y Léon MAZEAUD - André TUNC, *Tratado...*, t. II-2, p. 157, N° 1557). De este modo, la responsabilidad del deudor se mecaniza y se convierte en una responsabilidad objetiva, ya que esta concepción no apoya la responsabilidad sobre el fundamento de la culpa (Eduardo B., BUSO, *Código civil comentado*, Buenos Aires, Ediar, 1949, t. III, p. 302, N° 18,

Héctor Lafaille se pronuncia en similar sentido, expresando de un modo concluyente que: “Repugna ciertamente al respeto que merece la dignidad humana, someter las acciones de nuestros semejantes a las mismas leyes que gobiernan el orden físico” (confr. Héctor LAFAILLE, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Ediar, 1947, t. I, ps. 178 y 183, N<sup>tos</sup> 185 y 193).

interrelacionados<sup>47</sup>, pero ello no es excusa para eludir su correcta distinción e identificación en una apropiada disección *teórica*.

Este vicio lleva a los Mazeaud a sostener equívocamente que: “*la culpa del demandado debe ser la causa del daño*”<sup>48</sup>. En efecto, no es la *culpa* sino el *hecho ilícito* la causa del *daño*, mientras que la *culpa* es la causa de la *responsabilidad* del *agente* -sujeto actuante-. En otras palabras, la primera es una *relación de causalidad*, mientras que la segunda es una *relación de culpabilidad*; la primera hace a la *imputación de hecho* (*imputatio facti*) del *daño*, en tanto que la segunda hace a la *imputación jurídica* (*imputatio iuris*) de la *responsabilidad* por ese *daño*. De ahí es, también, que confusamente los Mazeaud sostengan la necesidad de dos vínculos de causalidad: 1°) un “*vínculo de causalidad entre la actividad del demandado y el incumplimiento de la obligación*”; y 2°) un “*vínculo de causalidad entre el incumplimiento y el daño*”<sup>49</sup>. Indudablemente, el primer caso se refiere a la necesidad de *culpabilidad*, mientras que el segundo, en cambio, se refiere a la *causalidad* en sentido propio.

Esta grave confusión, inexorablemente, conduce a considerar al *caso fortuito o de fuerza mayor* y al *hecho de la víctima o de un tercero* -equiparable al *casus*, en virtud de su imprevisibilidad e inevitabilidad- como *causas ajenas o extrañas* que vienen a fracturar el nexo causal<sup>50</sup>, cuando en realidad son eximentes subjetivas de *responsabilidad* que excluyen la *culpa* -no hay culpa ante lo imprevisible e inevitable- del sindicado como responsable. En consecuencia, si devolvemos todas las cosas a su lugar -del que nunca debieron salir-, tendremos: a) que en la *responsabilidad* por el *hecho de las cosas* -animadas o inanimadas- existe una presunción agravada de culpa que, como tal, puede ser desvirtuada mediante la prueba del *caso fortuito o de fuerza mayor* y por el *hecho de la víctima o de un tercero*; b) que la llamada presunción de causalidad viene a contradecir los postulados mismos de la doctrina del riesgo, al presumir el único elemento -la *relación de causalidad*- que se-

---

<sup>47</sup> Confr. René A. PADILLA, op. cit., p. 18 y ss.

<sup>48</sup> Henri, Lèon y Jean MAZEAUD, *Lecciones...*, Parte II, v. II, p. 310, N° 560.

<sup>49</sup> Idem, p. 311, N° 562.

<sup>50</sup> Idem, p. 317 y ss., N° 571 y ss.

gún esta doctrina debe ser probado; y c) que estas conclusiones son predicables incluso en el sistema francés, en el cual, al quedarse la llamada *presunción de causalidad* sin la posibilidad de la prueba en contrario -pues, reiteramos, el caso fortuito o de fuerza mayor y el hecho de la víctima o de un tercero, más allá de la literalidad de algún término del art. 1147<sup>51</sup>, no rompen el nexo causal sino que excluyen la culpa-, se convierte en una *presunción irrefragable*, vedada por el mismísimo segundo párrafo del art. 1352 del Código de Napoleón, utilizado precisamente por los objetivistas como argumento para descalificar a la doctrina tradicional.

Por lo demás, no podemos dejar de referirnos a la perniciosa influencia sobre la cuestión que deriva de la llamada “teoría de la causalidad adecuada”<sup>52</sup> en la apreciación del nexo causal, la cual es superada ampliamente por la “teoría de la causa eficiente”, en el sentido propio -aristotélico, y no de la tesis de Birkmeyer- que le atribuyen los belgas Roger Pirson y Albert de Villé<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Artículo 1147: “El deudor será condenado, si hubiera lugar, al pago de daños y perjuicios, sea en razón del incumplimiento de la obligación, sea en razón del retraso en el cumplimiento, todas las veces que no justifique que el incumplimiento proviene de una causa extraña que no puede serle imputada, aunque no haya ninguna mala fe de su parte”.

*Article 1147: “Le débiteur est condamné, s’il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l’inexécution de l’obligation, soit à raison du retard dans l’exécution, toutes les fois qu’il ne justifie pas que l’inexécution provient d’une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu’il n’y ait aucune mauvaise foi de sa part”.*

<sup>52</sup> “Se critica a esta tesis el volver a la confusión de los conceptos de culpabilidad y de causalidad: para llegar a establecer si una circunstancia es causa adecuada de un suceso será siempre menester precisar en mayor o menor grado la previsibilidad del resultado, con lo que, inadmisiblemente, el concepto de causalidad material viene otra vez a vincularse, a una noción de culpabilidad, o cuando menos, a un *quid* psicológico (la previsibilidad), lo que es menester rechazar según ya se expresó. Se trató de obviar esta crítica con la formas objetivas de la causalidad adecuada que -como enseña claramente Rumelin- buscan formular el juicio de probabilidad ubicándose, no en el plano del sujeto actuante, sino en un plano rigurosamente objetivo. Sin embargo, como es notorio de este modo no se obvia la dificultad sino que se retrotrae la apreciación subjetiva, trayéndose el problema de la previsibilidad a la mente del juez, que será quien, en definitiva, deberá resolver sobre la posibilidad de la previsión” (Jorge PEIRANO FACIO, op. cit., p. 426, N° 238).

<sup>53</sup> Confr. Idem, p. 429 y s., N° 241.

## 8. Redefinición subjetiva de la teoría del riesgo

En conclusión, desde la perspectiva de quienes aspiramos a la concreción de un verdadero ideal de justicia y no de la de quienes se conforman con la constatación de una supuesta realidad legal, aceptamos y somos partidarios de una *teoría del riesgo redefinida* en el sentido que, además de tener como antecedente la voluntariedad del acto que creó la *posibilidad de un perjuicio*, ante esa posibilidad, no deje de reconocer como fundamento una *omisión culposa*, una negligencia, esto es, una falta de la diligencia adecuada para evitar que la cosa o actividad riesgosa provoque un daño. Pues, quien se vale de una cosa o realiza una actividad, ambas riesgosas, debe extremar su diligencia para evitar ocasionar un perjuicio<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> “El orden que une a los hombres en sociedad, no les obliga solamente a no perjudicar en nada por sí mismos a quien quiera que sea, sino que obliga también a cada uno a tener todo lo que posee en un estado tal que ninguna persona reciba ni mal, ni perjuicio” (“*L’ordre qui lie les hommes en société, ne les oblige pas seulement à ne nuire en rien par eux-mêmes à qui que ce soit, mais il oblige aussi chacun à tenir tout ce qu’il possède en un tel état que personne n’en reçoive ni mal, ni dommage*”). Jean DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, en *Œuvres complètes*, París, Alex - Gobelet, 1835, t. I, p. 473.

# CESACIÓN Y REPARACIÓN DEL DAÑO FUTURO, EN EL PENSAMIENTO DE LUIS MOISSET DE ESPANÉS <sup>1</sup>

JOSÉ FERNANDO MÁRQUEZ

**Sumario:** 1. Luis Moisset de Espanés. 2. Introducción. Reparación y prevención del daño. 3. El estudio del derecho comparado. Recuerdo del Centro de Derecho Comparado Enrique Martínez Paz. 4. El daño y el tiempo en el pensamiento de Luis Moisset de Espanés. 5. La cesación del daño. 6. El daño futuro en obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero. 6.1. Daño presente y futuro. Daño emergente y lucro cesante. 6.2. La reparación del daño futuro. Alternativas. 7. El daño futuro en obligaciones de dar sumas de dinero. 8. Conclusiones.

## 1. Luis Moisset de Espanés

Es tarea difícil encontrar un adjetivo que sintetice la personalidad de Luis Moisset de Espanés, para, de algún modo imperfecto, definirlo.

Es seguro que podría calificárselo como jurista profundo y riguroso, características que han logrado que nos legue una vasta obra abarcativa de los más diversos temas del derecho, que perdurará en la cultura jurídica.

---

<sup>1</sup> En base a la conferencia dictada por el autor en el marco del III Congreso Iberoamericano de Derecho Civil y I Congreso Internacional de Derecho Privado, organizado por las Universidades Nacional y Católica de Córdoba y auspiciado por la Editorial La Ley, que tuvo lugar en la Ciudad de Córdoba, Argentina, entre los días 19 y 21 de octubre de 2005, en homenaje a los Dres. Luis Moisset de Espanés y Félix Alberto Trigo Represas, y en la memoria del Dr. Fernando López de Zavalía. Agradezco a Carlos Viramonte y Maximiliano Calderón por la colaboración en la búsqueda y compaginación de la información.

Es seguro que pueden predicarse sus dotes pedagógicas y didácticas, que lo constituyen en un Maestro que sigue formando discípulos después de mas de cincuenta años de docencia.

Mas, por mi parte, pondría el acento en su generosidad. Moisset ha “gastado” buena parte de sus jóvenes ochenta años a brindar, sin condicionamientos, su ayuda y apoyo a quienes se acercan en búsqueda de consejos o enseñanzas. El fruto de esta actitud es el afecto que lo rodea, uno de cuyos frutos es esta obra homenaje que ve a luz, de la mano de sus amigos y discípulos.

Me reuno al homenaje y brindo por muchos años mas de sus enseñanzas y compañías.

## **2. Introducción. Reparación y prevención del daño**

El problema de la reparación del daño es un tema central en la teoría de la responsabilidad civil. Comprobada la existencia de un daño resarcible, determinado que el perjuicio no está justificado, y que no debe ser soportado por la víctima sino por una persona distinta (el autor del hecho o un tercero), debe decidirse el modo en que se reparará al perjudicado.

La reparación en especie, principio del art. 1083 C.C., ha pasado a ser la norma subsidiaria, pues, en general, la reparación se realiza mediante el pago de una suma de dinero. El desafío, entonces, es determinar cuál es el monto dinerario adecuado para resarcir el daño.

Cuando el perjuicio ya se produjo, la cuestión es relativamente menos compleja. Cuando de lo que se trata es reparar un daño futuro, las técnicas deben afinarse, pues se trata de otorgar un resarcimiento sobre bases siempre probables y, además, provisorias.

El daño aún no producido, además, genera la necesidad de que el derecho tienda a su prevención. Aún un perjuicio en cauce debe ser detenido, para evitar la continuidad o agravación de los efectos dañosos.

Los temas fueron motivo de preocupación por parte del profesor Moisset de Espanés, especialmente en varios trabajos que recordaremos: “Reflexiones sobre el daño actual y el daño futuro, con relación al daño emergente y al lucro cesante”, publicado en *El Derecho*, t. 59, p. 791; “La indemnización en forma de renta. Estudio de derecho comparado”, en colaboración con Ramón Pizarro y Carlos Vallespinos, publicado en *Re-*

vista Jurídica de San Isidro, N° 15, 1980, p. 31; “Formas de reparación (Estudio de derecho comparado y argentino)”, en Temas de Responsabilidad Civil, en Homenaje a Augusto Mario Morello, Platense, 1981, p. 127; “La reparación de los daños continuados o permanentes”, en *Libro Homenaje a Bustamante Alsina*, Abeledo, 1990; “La cesación del daño”, en Jurisprudencia Argentina, 1999-IV-981 y en sendas recensiones “La nouvelle législation québécoise sur les accidents de la circulation”, de Jean Louis Baudoin, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, año XXXI, 1979, N° 2, ps. 381-394” en Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, año XLIV, 1980, N° 1-5, p. 327 y “La indemnización en forma de renta”, de Enrique Ruiz Vadillo, en *Revista de Derecho de la Circulación*, Madrid, año XV, N° 5, septiembre-octubre 1978, ps. 451-466, en Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, año XLV, 1981, N° 1-5, p. 398.

Las cuestiones que el derecho de daños plantea al intérprete, siempre arduas, generan la inquietud de Moisset:

*“El campo de la responsabilidad civil tiene tal riqueza de contenido que no puede sorprendernos el hecho de que, pese a los numerosos estudios que se le dedican, continúe generando nuevas cuestiones, o exigiendo a la doctrina el esfuerzo de considerar aspectos que antes no había sido necesario analizar”* (“La reparación de los daños continuados o permanentes”).

*“La verdad es que el juez, en su búsqueda de pautas que le permitan valorar el daño padecido por la víctima, tropieza en muchos casos con graves inconvenientes para estimar con precisión su real magnitud, así, por ejemplo, cuando tiene que evaluar la vida de un hombre, o la función de un órgano, debe siempre recurrir a elementos arbitrarios, y también al dinero –como medida de valores– ante la imposibilidad de estimar en forma exacta el menoscabo sufrido, que no admite una concreta valuación. Pensamos con Bonucci que todo sistema de determinación de valores humanos, por elaborado que sea, adolecerá del vicio de origen, constituido por la imposibilidad de valorar exactamente bienes insustituibles y no reducibles a dinero* (“La indemnización en forma de renta...”).

El jurista, inquieto, aborda la cuestión.

### **3. El estudio del derecho comparado. Recuerdo del Centro de Derecho Comparado Enrique Martínez Paz**

En los trabajos ahora recordados, como en toda la obra de Moisset, el derecho comparado es una herramienta utilizada de manera constante.

En sus innumerables aportes monográficos y libros, en las clases de grado, en los cursos de posgrado o en cualquiera de las largas charlas a los que nos tiene acostumbrados (en las que cualquier tema de actualidad puede derivar en el análisis profundo de un tema jurídico), la referencia a las soluciones adoptadas en otros países (del sistema de derecho romano o de otro) es habitual.

Este hábito da al jurista una concepción diferente, amplia, abarcadora. Ello no implica la necesaria aceptación con las soluciones extranjeras, sino la búsqueda de otras posibles, en una actitud inconformista, también habitual en Moisset.

*“En tales oportunidades puede resultar útil acudir al Derecho Comparado, para averiguar si en otros países se ha presentado ya una problemática similar y, en tal caso, aprovechar esa experiencia que nos muestra las virtudes y defectos de distintas soluciones, lo que facilita nuestra búsqueda de la Justicia. El estudio comparativo de los distintos sistemas jurídicos ha sido muchas veces factor determinante para la posterior concreción legislativa de instituciones que originariamente no aceptaba nuestro Código civil, o bien para la renovación de otras, con el fin de adecuarlas convenientemente a las necesidades actuales” (“La reparación de los daños continuados...”).*

Este fue el espíritu que gobernó los estudios que, durante largos años, se desarrollaron en el Centro de Derecho Comparado Enrique Martínez Paz, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad Nacional de Córdoba, a cargo de Moisset durante por más de veinte años, cantera de docentes, en el cual abrevamos desde jóvenes muchos de los aquí presentes, cuyo recuerdo vivo flota en este auditorio.

Sirva también esta oportunidad para brindar un emocionado recuerdo a aquel Centro.

#### 4. El daño y el tiempo en el pensamiento de Luis Moisset de Espanés

El quid del resarcimiento del daño (y también el de su prevención y cesación) presenta, en la obra de Luis Moisset de Espanés, múltiples aristas que darían lugar a otras tantas líneas de investigación.

Hemos escogido aquella que vincula al daño con el transcurso del tiempo. Moisset parte de identificar el hecho dañoso como una circunstancia que puede acaecer en un instante puntual o prolongarse, enseñando que, a su vez, los efectos dañosos de tal hecho pueden proyectarse en el tiempo.

Este prius conceptual abre numerosas vías de análisis que Moisset desarrolla en sus trabajos, como la necesidad de provocar la cesación del daño cuando este se mantiene en el tiempo, como hecho diferenciado de su reparación y la forma de reparación de daños futuros.

En este sentido, expresa:

*“Nos parece indispensable analizar dos aspectos: el primero se vincula con el carácter instantáneo o continuado del “hecho generador” que ocasiona el daño; el segundo con los “efectos dañosos” propiamente dichos. En cuanto a su proyección temporal es posible imaginar que tanto el hecho generador, como sus efectos, sean de carácter instantáneo y se agoten en un momento único; o, por el contrario, tengan cierta continuidad o proyección en el tiempo que les dé una permanencia con relevancia jurídica....”.*

*“... El hecho generador del daño puede ser “instantáneo”, y sin embargo, provocar efectos que perduran, con una proyección temporal de tal magnitud que debe ser tomada en consideración al momento de pronunciar la sentencia indemnizatoria. Así, por ejemplo, un accidente de tránsito, que como hecho generador se agota en el instante mismo en que colisionan dos vehículos, puede generar a la víctima lesiones permanentes, que disminuyan de manera parcial o total la capacidad laborativa, durante toda su vida. En otros casos el hecho generador “instantáneo” agota su virtualidad dañosa en ese mismo momento, como sucede cuando se destruye un objeto no fructífero, por ejemplo, un cuadro que sólo brinda a su propietario el goce de contemplarlo como un adorno en la sala de su casa”.*

*“Por otra parte, encontramos hechos generadores de daño que por sus propias características tienen cierta proyección temporal, lo*

que no significa “a priori” que el daño que de ellos surja sea también continuado, aunque con frecuencia así suceda. Entre los hechos generadores “continuados” podemos mencionar las “inmisiones”, en las relaciones de vecindad: ruidos molestos, malos olores, exhalaciones cloacales, etc. Por lo general en estos casos el “efecto dañoso” también se proyecta en el tiempo, mientras no cese la inmisión y -sin duda- la víctima procurará que la justicia ordene se supriman las causas generadoras del daño, pero no siempre ha de lograrlo, y así el artículo 2618 del Código civil, luego de las modificaciones que le introdujo la ley 17.711, prevé en su segundo párrafo que “según las circunstancias del caso los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias” y más adelante establece algunas directivas que procuran armonizar las necesidades de la industria con el respeto debido al uso regular de la propiedad (“La reparación de los daños continuados o permanentes”).

Hecho instantáneo no es correlativo a daño actual, ni hecho continuado a daño futuro.

## 5. La cesación del daño

Un primer aspecto de interés que plantea la proyección temporal de los efectos del daño es el de su cesación.

Moisset distingue claramente la cesación de la reparación. La primera ocurre cuando “sin entrar en la faz indemnizatoria, se suprime el efecto dañoso principal”. La segunda importa precisamente la indemnización del daño padecido (“Cesación del daño”).

Esta figura es examinada por Moisset en su aplicación en numerosas figuras propias del daño en relaciones reales, obligacionales, derivadas de actos ilícitos y en materia ambiental.

Claramente el autor diferencia cesación de reparación, implicando la primera poner fin a la proyección temporal de los efectos del daño, sin incidir sobre su resarcimiento o indemnización. Por caso, en materia obligacional, cabe distinguir el resarcimiento del daño de la ejecución coactiva de la prestación debida. Lo segundo no es resarcir sino “*simplemente realizar un hecho que hace cesar el daño por la vía de la*

*ejecución de la prestación*”, paso prioritario a tenor de lo normado por diversas normas tales como el art. 505 C.C..

## **6. El daño futuro en obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero**

Ingresando a la órbita del resarcimiento, también se plantean problemáticas relevantes derivadas del transcurso del tiempo.

En este tópico nos centraremos en la distinción efectuada por Moisset entre daño presente y futuro y la forma de indemnizar el daño futuro, directamente vinculada con su carácter incierto.

### *6.1. Daño presente y futuro. Daño emergente y lucro cesante*

#### *a) Delimitación conceptual*

Moisset, movido por algunas afirmaciones de obras publicadas en la época de sus reflexiones que asimilaban daño presente con daño emergente, y al lucro cesante con daño futuro, examina y delimita los conceptos.

En este sentido indica:

“Daño emergente”, a nuestro entender, es el perjuicio efectivo sufrido en el patrimonio de la víctima, que ha perdido un bien o un derecho que ya estaban incorporados a ese patrimonio. El “lucro cesante”, en cambio, contempla la ganancia frustrada, es decir los daños que se producen por la falta de ingreso de determinados bienes o derechos al patrimonio de la víctima, que se ve privada de beneficios que hubiera obtenido, de no mediar el hecho dañoso. Hay, pues, una clara distinción entre “daño emergente” y “lucro cesante”, y la doctrina suele coincidir en señalar como notas diferenciales las que hemos destacado más arriba” (“Reflexiones sobre el daño actual y el daño futuro, con relación al daño emergente y el lucro cesante”).

Por el contrario, respecto al daño actual y futuro puntualiza:

“... Desde el punto de vista jurídico encontramos dimensiones de tiempo ideal que son diferentes a los tiempos físicos, como la duración de un proceso (cita a López de Zavalía, Irretroactividad de la ley, LL 135-1485)...”.

*“...Como todos los daños son posteriores al hecho generador, no es éste el momento que se tomará como punto de referencia para clasificarlos en “actuales” y “futuros”, sino que deberá considerarse “daños futuros” a aquellos que se produzcan, o puedan producirse, con posterioridad al litigio en que la víctima reclamó el resarcimiento. Por lo general la doctrina suele hablar de daños “futuros” refiriéndose a los que se concretan después de la sentencia que pone fin al pleito, y denomina “actuales” a los que se habían producido con anterioridad a la demanda” (La reparación de los daños continuados...”).*

“... Creemos que hay cierta imprecisión en estas afirmaciones y que “jurídicamente” el momento presente es un complejo temporal más extenso, que no se limita a la sentencia, ni a la demanda, sino que comprende al litigio en su totalidad, desde que se inicia, hasta la resolución definitiva del juez o tribunal. Toda esa actividad que requiere el litigio, cuya duración se prolonga en el tiempo y se proyecta a lo largo del período que comienza con la deducción de la pretensión ante la justicia, pasa a través de la actividad probatoria desarrollada en el pleito y termina con la sentencia, debe conceptuarse idealmente como un instante único. El juez en su fallo deberá referirse a aquello que se reclamó, alegó y probó, es decir a actividades desarrolladas en momentos anteriores, como si realmente estuviesen fusionadas en un instante único con el momento de la sentencia. La actualidad o futuridad del daño, pues, está referida al “presente” del litigio...”.

“... Serán daños actuales los anteriores al litigio, los que ya se habían producido al momento de entablarse la demanda, brindarse la prueba y dictarse el fallo; y daños futuros los posteriores a ese tiempo ideal único que es el pleito (“Reflexiones sobre el daño actual ...”, y “La reparación de los daños continuados...”).

Concluye, entonces, acerca de cómo puede presentarse el lucro cesante, como actual o futuro: *“...La pérdida de ganancia por la incapacidad hasta el momento de la sentencia. El futuro a partir de la sentencia* (“Reflexiones sobre el daño actual ...”).

*b) Daño emergente actual y daño emergente futuro.*

El daño emergente puede ser futuro, a pesar de emerger de una causa instantánea. Recurre el jurista a la literatura, otra de sus pasiones, para ejemplificar.

*El búcaro roto (Sully-Prudhomme).*  
 “El búcaro en que muere esa flor pura,  
 un golpe de abanico lo quebró,  
 y tan ligera fue la rozadura  
 que ni el más leve ruido se advirtió.  
 Pero la breve, imperceptible grieta,  
 con marcha lenta y precisión fatal,  
 prosiguiendo tenaz su obra secreta,  
 rodeó todo el circuito de cristal.  
 El agua fue cayendo gota a gota,  
 Y la espléndida flor marchita véis,  
 Aunque nadie lo sabe ni lo nota  
 Roto el búcaro está...No lo toquéis”

El búcaro, apenas agrietado por una causa actual e instantánea, produce un daño futuro, pero inevitable.

*c) Continuidad del hecho generador y continuidad del daño*

En este punto, Moisset toma como partida la distinción ya enunciada entre hecho dañoso y efectos dañosos y su posible prolongación en el tiempo, y aclara que:

“Adelantamos, desde ya, que a los fines de nuestro estudio lo que realmente interesa es la continuidad de los “efectos dañosos”, y que ella no guarda relación directa con el carácter instantáneo o continuado del “hecho generador...”.

“El problema se plantea cuando los “daños continuados” se proyectan hacia el futuro y el magistrado, aunque tiene plena certidumbre de su existencia y la necesidad de indemnizarlos, tropieza con serias dificultades para mensurarlos adecuadamente y otorgar a la víctima una indemnización que, por una parte debe satisfacer integralmente el perjuicio que va a sufrir, y por otra parte, no debe exceder los límites de ese perjuicio, ya que nunca se puede predecir con exactitud el tiempo de duración del efecto dañoso, ni cuál será el momento en que ha de cesar...” (“Reparación de los daños continuados o permanentes”).

*d) Un fallo a propósito del daño presente y futuro.*

En el caso de Moisset es posible hallar otra fuente fructífera a fin de auscultar su pensamiento más allá de sus opiniones doctrinarias: los fallos que dictó en su calidad de Vocal del T.S.J., cargo que ocupó entre los años 1992 a 1997.

Para desentrañar un aspecto solamente procesal, cual es la procedencia de la excepción de defecto legal, recurre a conceptos sustanciales, que recordaremos:

*“El hecho dañoso puede seguir actuando de manera oculta, y sus secuelas aparecer recién mucho tiempo después, efectivizándose en la destrucción de elementos que se encontraban en el patrimonio de la víctima, es decir ocasionando un daño futuro. Efectuadas dichas precisiones, resulta ineludible meritar aquel desdoblamiento analizado más arriba, a los fines de analizar la procedencia de la excepción de defecto legal opuesta respecto de una pretensión resarcitoria de lucro cesante como la impetrada en autos... Ello así, respecto del daño actual, es decir aquel producido hasta la sentencia, es procedente la excepción planteada y aplicable en consecuencia, lo sustentado precedentemente, por cuanto resulta ineludible la exigencia de determinarlos no sólo en su cuantía, sino también en su extensión... Si bien el rubro en cuestión -ganancias dejadas de percibir puede requerir para su más exacta determinación cuantitativa el dictamen de expertos, actividad que debe cumplirse en la etapa procesal pertinente (arg. art. 187, Cód. de Proced. Civil), la actora debió estimar aproximadamente el monto pretendido, y para ello le bastaban averiguaciones requeribles a cualquiera que actúe con la diligencia necesaria para iniciar un pleito. Por otra parte, no se vislumbra, ni es puesto de manifiesto por el accionante, el real obstáculo que impida determinarlos en su extensión esto es, explicitar en qué consisten... En punto a los “daños futuros”, es decir los posteriores al pleito, y que comprenden aquellos daños que todavía no se han producido, sí cabe eximir al accionante de la obligación de cuantificarlos.. En consecuencia, dejó expresado mi voto de la siguiente manera: la excepción de defecto legal respecto de la pretensión de lucro cesante por los daños actuales, debe prosperar y se rechaza por los daños futuros, en los cuales existe real imposibilidad, no sólo de determinarlos sino de justificar su cuantía..”* (Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala civil y comercial,

06/09/1995, Villalba, Juana F. c. Consorcio de propietarios Edificio “Gaucho”, LLC 1996, 790).

## 6.2. La reparación del daño futuro. Alternativas

Se abren para el sistema dos posibilidades: la entrega a los damnificados de una suma única actual, o fraccionar la indemnizaciones en pagos periódicos, que aseguren a los víctimas un ingreso similar al privado por el hecho dañosos. Moisset analiza ambas posibilidades.

### a) Pago mediante una suma global.

*“Un camino es recurrir al pago de una suma global, que se efectúa de una sola vez, pero: ¿cómo se determina ese monto? La estimación de los daños futuros de naturaleza continuada será siempre en alguna medida arbitraria, ya que no puede conocerse de antemano durante cuanto tiempo persistirá el hecho dañoso generando sus consecuencias. Incluso, aunque ese dato fuese conocido con certeza, y pudiésemos afirmar que el daño continuado solamente prolongará sus efectos durante uno, cinco o diez años: ¿cuál será la suma adecuada para satisfacer el perjuicio, especialmente cuando los futuros daños son los ingresos frustrados, que dependen de la capacidad laborativa de la víctima, capacidad que podría haberse acrecentado, como sucede normalmente con muchos sujetos, que a medida que adquieren experiencia van ascendiendo en su actividad laboral? Jurisprudencia y doctrina han procurado afinar el concepto y suelen afirmar que, para no incurrir en arbitrariedades, esa indemnización debe corresponder al capital adecuado para generar una renta equivalente a la disminución de ingresos que sufre la víctima durante el tiempo que subsiste su incapacidad laborativa (“Reflexiones sobre el daño actual y el daño futuro...” y “La nouvelle législation québécoise sur les accidents de la...”).*

*“Lamentablemente esa solución tiene varias limitaciones; en primer lugar, como ya hemos dicho, debe fijar arbitrariamente el tiempo de duración del “daño continuado”, recurriendo a estadísticas sobre “posibilidades de duración de la vida de la persona”, o poniendo como límite el momento en que alcanzaría a obtener una jubi-*

lación, etc. En segundo lugar, suele cristalizar el “valor” de las ganancias frustradas, tomando en consideración los ingresos que percibía la víctima al momento del pleito, sin computar el proceso evolutivo de ascenso en sus capacidades laborativas. En tercer lugar, le resulta imposible prever las variaciones que en el tiempo suelen producirse en los efectos dañosos, sea por su agravamiento, sea porque el sujeto recupera aptitudes que se habían computado como definitivamente perdidas. Finalmente, no todas las personas tienen capacidades empresarias, o conocimientos como inversores, que les permitan -al recibir un capital que supuestamente está destinado a producir frutos- emplear esos fondos de manera útil y, poco tiempo después, en especial en países como el nuestro -afectados por procesos gravemente inflacionarios- se encuentran sin dinero, padeciendo todas las consecuencias dañosas del siniestro (Reflexiones sobre el daño actual y el daño futuro...”).

*b) Pago en forma de renta.*

La alternativa es la indemnización en forma de renta, tema poco trabajado y reflexionado aún como vía posible.

Moisset realiza un minucioso estudio de los sistemas posibles, recorriendo las legislaciones de distintos países. Francia, en donde la legislación no prevé la indemnización en forma de renta, pero la doctrina lo acepta; España, país en el que no es aceptada; legislaciones que lo prevén, como Alemania, Suiza, Código Griego, Italia o sistemas jurídicos de la llamada familia socialista anteriores a los 90. También recuerda a pronunciamientos de certámenes jurídicos argentinos, como las “Jornadas sobre temas de Responsabilidad Civil en caso de muerte o lesión de personas”, realizadas en junio de 1979 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Rosario, organizadas por iniciativa del Dr. Roberto H. Brebbia, en las cuales se votó una Recomendación que, luego de recordar que en el sistema jurídico argentino no existen normas expresas sobre el punto, estimó que el artículo 1083 del Código civil faculta a los magistrados a optar entre ésta u otras formas de indemnizaciones, y que en muchos casos el pago de una renta o pensión es medio más idóneo para satisfacer el perjuicio sufrido “en especial cuando se trata de calcular daños futuros y continuados”.

Repasa los inconvenientes del sistema (“Reflexiones sobre el daño actual y el daño futuro...”): “a) *Lo difícil que puede resultar garanti-*

zar que el responsable mantendrá su solvencia patrimonial de manera que atienda debidamente el pago de la renta. La primera de esas dificultades suele ser atendida de manera expresa en muchos de los códigos que regulan la reparación por la vía de prestaciones periódicas, estableciendo que solamente se recurrirá a ella si el responsable ofrece garantías suficientes de pago. b) Los inconvenientes que ocasiona el que las partes queden vinculadas por una relación litigiosa durante períodos muy extensos. La segunda nos obliga a distinguir las distintas hipótesis de efectos dañosos continuados, para llegar a la conclusión de que, pese al inconveniente que entraña la prolongación del vínculo litigioso, es posible que no quede otro remedio cuando la indemnización tiende a sustituir prestaciones de carácter alimentario, como sucede en materia de Derecho de Familia”.

Y también las ventajas:

“No debemos perder de vista que la capitalización de los daños, y su pago en forma de una suma global de gran magnitud, puede tener consecuencias muy graves y disvaliosas para el civilmente responsable, que puede carecer de medios para afrontar esa obligación e, incluso, quedar en la inopia” (“La indemnización en forma de renta...”).

c) *El pago en forma de renta en modernos proyectos.*

Es de destacar que diversos proyectos, nacionales e internacionales, prevén la indemnización en forma de renta.

Así, el Proyecto de reformas al Código Civil argentino, formulado por la Comisión designada por Decreto 468/92, en su art. 1570, expresa: “En los supuestos de muerte y lesiones, la reparación podrá liquidarse bajo la forma de una renta vitalicia, siempre que el responsable asegure el efectivo cumplimiento de los pagos futuros y el damnificado no oponga razones fundadas a este modo de resarcimiento”.

El denominado Proyecto de 1998, de Unificación de los códigos civil y comercial, prevé, en el art. 1639: “Reparación en forma de renta. El acreedor tiene derecho a requerir que el condenado a reparar el daño lo haga en forma de renta”.

A nivel internacional, los “Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil”, el más moderno documento tendiente a la fijación de

principios generales de prevención y reparación del daño, en su art. 10: 102, reza: *“Suma alzada o renta periódica. La indemnización se otorga mediante la suma alzada o renta periódica según resulte apropiado en atención, de modo especial, a los intereses de la víctima”*.

## **7. El daño futuro en obligaciones de dar sumas de dinero**

El estudio de las obligaciones de dar sumas de dinero es habitual en la obra de Moisset. Es quizá el jurista argentino que más se ha dedicado al tema.

Luego de sancionada la llamada Ley de Convertibilidad, que prohibió la indexación en la argentina (principio todavía vigente, a pesar de haberse abandonado la convertibilidad misma), se presentó de manera frontal el problema de determinar mecanismos que, pesa a la prohibición de actualizar la moneda, provean al acreedor una suma equivalente a la adeudada en origen.

Cuando se trató de determinar la tasa de interés en un marco legal nominalista, pero con inflación, la doctrina, autoral y judicial, se dividió. Aquellos que entendieron que vieron en el art. 8 del Dec. 529/91 la determinación de la tasa prevista por el art. 622 C.C., y aplicaron la tasa pasiva promedio publicada por el Banco Central (C.S.J.N., Y.P.F. c/ Corrientes, López c/ Cía. Pesquera, plenario de la Cámara Nacional Civil) u otra posición que propugnó que debía aplicarse la tasa activa bancaria para las deudas en mora (Cámara Nacional Comercial en pleno).

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba fijó una posición intermedia, siguiendo la doctrina de Luis Moisset.

En *“Fassi, José c/ Municipalidad de Córdoba - Expropiación Inversa - cuerpo de ejecución - recurso de revisión”* (24/7/92, L.C.C. 1992-900) y *“Pugliese, Domingo y otro c/ Dirección Provincial de Hidráulica”* (30/12/1994, L.L.C. 1995, 955): *“Así pues, consideramos que a fin de efectuar el cálculo del monto reparatorio, éste deberá liquidarse mediante la aplicación de la tasa bancaria pasiva promedio mensual, según la encuesta que realiza el Banco Central de la República Argentina y que es lo que hubiera obtenido la actora de habersele abonado el capital en tiempo oportuno, con más un 1 % nominal mensual, a fin de preservar el contenido económico de la sentencia.*

*Ratificamos el propósito de la ley en el sentido de que el sistema que se adopte tiene que ser ecuánime, para que no contribuya a generar inflación; pero, a la vez, se debe impedir su efecto negativo que es el desalentar los pagos en término en las deudas. Si el interés que se fije resulta bajo estimulará la especulación y ello provocará -como ya ha ocurrido en otras oportunidades el retardo en el pago y la colocación del dinero en el mercado financiero -para obtener mayor beneficio de las sumas que legal y moralmente debieron pagarse al damnificado. Entendemos que con la fórmula propugnada nos colocamos en un justo punto equidistante. Es posible que en algún caso la omisión del pago en término habrá determinado la necesidad por parte del acreedor de recurrir al circuito financiero pagando una tasa de las llamadas "activas", pero ello no aparece como una consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento comprendido en la presunción de causalidad establecida por el art. 622 del Cód. Civil sino como una consecuencia mediata, que para ser asignada a la esfera de responsabilidad del deudor deberá ser concretamente alegada".*

Aunque, en principio se pronunció por la aplicación de la tasa activa (siguiendo a Busso), finalmente se decide por un criterio que hemos denominado "intermedio".

Decía Moisset: *"Destaqué en esa oportunidad que dicho principio orientador puede no verse satisfecho si sólo se manda pagar el promedio de tasas pasivas de interés, que solamente a título de ejemplo se ordena al Banco Central de la República Argentina publicar, explicando que sin apartarse del espíritu de la ley, ni poner en riesgo la estabilidad económica, se podía seguir el camino trazado por el dec. 959/91 que para atender a distintos tipos de obligaciones dinerarias, y precisamente con el fin de "mantener incólumes los valores adeudados", prevé varios de sus artículos "que a la tasa pasiva se sumen tasas de interés de hasta el 1 % mensual. No desconozco que cualquier solución que se adopte en materia de intereses moratorios es esencialmente aleatoria, ya que responde a las fluctuantes condiciones de la economía de un país. Es un hecho notorio que las tasas de interés no permanecen estáticas, sino que con el transcurso del tiempo, por el influjo de distintos factores, varían considerablemente, lo que puede -en cualquier momento obligamos a revisar los criterios que hoy se establecen, para adaptarlos a nue-*

*vas realidades económicas. Por eso resulta “inconveniente y ocasiona injusticias”, fijar una tasa rígida de interés legal, como lo hacen algunas leyes civiles. Considero, además, que atento las fluctuaciones que pueda sufrir la realidad económica en el devenir del tiempo, el aludido plus que aplicamos, sumado a la tasa pasiva promedio mensual, no podría superar, en conjunto con ésta, el importe de la tasa activa para el correspondiente período”.*

Debo confesar que no compartí el criterio de Moisset. Entendí que el plus fijo determinó criterios rígidos, no adecuados a períodos de inestabilidad como los que vivió nuestro país.

La realidad, los operadores, le dieron la razón al maestro pues hoy, a trece años desde que dejó el alto tribunal, el criterio subsiste.

## **8. Conclusiones**

Se marca a la ruptura con el pasado como una de las características del posmodernismo. El olvido de las raíces y las tradiciones, en un mundo veloz y superconectado, coloca al hombre en una soledad difícil de sobrellevar.

Dos escritores populares, Salzano y Dolina, reflexionaban recientemente en un jugoso diálogo publicado en un matutino local, y se preguntaban: “¿Qué nos ha pasado? Eramos soldaditos y nos quedamos sin general”, en una muestra cabal de la necesidad de volver al pasado como camino de proyección al futuro.

Esta obra ha convocado a los soldaditos a recordar y homenajear a su Maestro. El recuerdo de su trayectoria y el rescate de sus ideas, las que seguramente nos seguirán acompañando por largo tiempo, será la fructífera conclusión de esta tarea.

## LA EQUIDAD: FACTOR DE ATRIBUCIÓN Y PAUTA DE MORIGERACIÓN EN LAS OBLIGACIONES CIVILES

EDGARDO IGNACIO SAUX

Sumarse a una obra colectiva pensada y hecha en homenaje al Profesor Doctor Luis Moisset de Espanés es varias cosas simultáneamente.

Un honor, al sentirnos integrantes de la enorme pléyade de abogados que desde la cátedra, la docencia, el ejercicio de la magistratura o el profesional queremos dar un modesto testimonio de sus valías.

Un deber, en cuanto sentimos que de manera alguna queremos ni podemos estar ausentes en lo que el emprendimiento implica: decirle a Luis -aunque él quizás lo niegue, desde su sabia modestia- lo que representa como hombre (primero) y como jurista (luego) para muchas generaciones de otros hombres que nos sentimos sus amigos y además sus discípulos, directos o indirectos.

Y una especial alegría, el intentar retribuirle, mínimamente, toda su generosidad en la dinámica de su vida, personal y académica, de la cual hemos sido reiterada e inmerecidamente beneficiarios.

En ese designio, y por la también generosa propuesta de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba -su segundo hogar-, a la cual y por la cual tanto diera e hiciera, aquí estamos.

*“Cuando pudiere y debiere tener lugar la equidad,  
no cargues todo el rigor de la ley al delincuente;  
que no es mejor la fama del juez riguroso que  
la del juez compasivo”*

(Consejo del Quijote a Sancho Panza cuando fuera designado gobernador de la ínsula Barataria)

*Miguel de Cervantes, El Quijote de la Mancha,*

2ª Parte, Capítulo XLII)

**Sumario:** I. La equidad: su función multifacética. II. La equidad como factor objetivo de atribución (art. 907 C.C.) y el acto involuntario. III. La equidad como elemento morigerador del deber resarcitorio según el art. 1069 del C.C. IV. Equidad: ¿principio del derecho o receptáculo de la referencia legal expresa? V. La equidad y el estado de necesidad.

## I. La equidad: su función multifacética

La noción clásica de la equidad (*aequitas*, del latín, que como derivación de *aequus*, supone “plano, horizontal, sin desigualdades”, raíz semántica que mantiene correlato con las nociones equivalentes de la *equity* anglosajona, o de la *équité* francesa, o la *equità* italiana, o la *equidade* portuguesa) implica, genéricamente “imparcialidad, ecuanimidad, espíritu de justicia”<sup>1</sup>; acepción a la cual, en segundo orden, se la perfila como el conjunto de valores al cual puede acudir el juez en casos particulares que no tienen solución prevista en el texto legal<sup>2</sup>; y en tercero, por oposición al “derecho estricto” o positivo, al sistema jurídico en el cual los jueces, cuando los faculta para ello la ley, pueden apartarse prudentemente de él en el caso particular, buscando los dictados de su leal saber o entender.

Como señalara oportunamente Luis Recaséns Siches<sup>3</sup>, estos significados polivalentes tienen un denominador común, que pasa por entender

---

<sup>1</sup> Eduardo COUTURE, *Vocabulario jurídico*, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República”, 1060, p. 269.

<sup>2</sup> En tal sentido, opera como una suerte de elemento de hermenéutica jurídica, quedando de algún modo incluida implícitamente en la enunciación genérica que a la aplicación de “los principios generales del derecho” hace el art. 16 del C.C. argentino en su último párrafo. Coincide en ello el maestro rosarino Juan FARINA (*vide* su obra *Justicia, ficción y realidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 196), quien predica que los principios generales del derecho están relacionados con el texto mismo del preámbulo constitucional (en la referencia a “afianzar la justicia”), y que la doctrina judicial de la C.S.J.N., así lo ha entendido, declarando que los jueces no deben omitir hacer uso adecuado de la equidad para llegar a una conclusión que contemple todas las circunstancias particulares del caso concreto y dictar así un juicio equitativo que se adapte a cada situación, como que es ésta la función primordial de todos los magistrados (Fallos 296:729, “S.R.L. Pensavalle c/ Nación Argentina”, del 28/12/76).

<sup>3</sup> LUIS RECASÉNS SICHES, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, t. X, 1959, p. 427 y ss..

la equidad “como lo fundamentalmente justo”, en un concepto que, al contrario de lo que por ejemplo acontece con otros institutos jurídicos clásicos (como v.gr., la prescripción adquisitiva o liberatoria), priorizan aquel valor fundante de la escala axiológica por sobre otros valores subalternos (como la seguridad jurídica). De alguna manera, el precitado y prestigioso autor premencionado destaca que de aquellas acepciones del término quizás la mas representativa sea la vieja referencia aristotélica de la equidad como la “justicia del caso concreto”, vale decir, la consideración que el intérprete auténtico de la norma -el juez- hace al resolver la controversia que tiene en sus manos para decidir, buscando que el resultado de su tarea de subsunción del caso en la estructura normativa comprometida arroje un resultado preordenado a lograr la preservación del valor “justicia”, aun cuando la norma en concreto pueda sugerir una opción diferente, formalmente adecuada a la tipología pero que en su aplicación puntual y singular determine un producto axiológicamente desfasado.

Como dijera John Rawls <sup>4</sup>, “*la idea de equidad es la idea fundamental en el concepto de justicia*”, aunque ello no implique “*recurrir al apremio de los sentimientos*”.

Castán Tobeñas <sup>5</sup> refiere a que la equidad “... *es el criterio de justicia individualizado y adecuado a las particularidades de cada caso concreto, pero adaptado también a los ideales jurídicos de una sociedad y sobre todo a los principios supremos del derecho*”.

Y su aplicación no es privativa del derecho privado, ni del derecho de fondo, ya que como se lo ha puesto de resalto tanto por la doctrina <sup>6</sup>, juega

---

<sup>4</sup> JOHN RAWLS, *Justicia con equidad*, Madrid, Tecnos, 1986, trad. de M.A. Rodilla, p. 18.

<sup>5</sup> CASTÁN TOBEÑAS, “La idea de equidad y sus relaciones con otros conceptos morales y jurídicos”, citado por Vallet de Goytisolo en “Lo justo, lo equitativo”, en la obra *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, citados ambos por Lidia Garrido Cordobera en su trabajo “La cuantificación de daños: un debate inconcluso”, L.L. 2007-D-1204.

<sup>6</sup> FARINA, op. cit., p 211; así como Ricardo WELTZER MALBRÁN, “El principio de preclusión y la equidad”, E.D. 133-641, quien trae a cita un fallo de la Cámara Nacional Civil por su Sala G del 25/10/88, *in re* “Moka S.A. c/ Graiver, David”, en el cual se priorizó la equidad y la justicia por sobre el rito procedimental de la preclusión. Quizás uno de los precedentes mas paradigmáticos y conocidos del resguardo del valor justicia a

también en el ámbito del proceso, cuando la entronización ritual de las puras formas -en resguardo final del valor seguridad jurídica- agravian sustancialmente el valor fundante: la justicia.

Con cita de la tesis doctoral de F. Rodríguez García publicada en Méjico en el año 1950, se dice -creo que con buen tino<sup>7</sup>- que la equidad no busca “corregir la ley”, sino “interpretarla razonablemente”, mirando sus resultados previsibles<sup>8</sup>. Francisco Suárez<sup>9</sup> proponía que las “*condiciones necesarias para que la obligación general de la ley cese en el caso particular*” pueden ser dos: a) Que la conducta intrínsecamente justa que ella manda adoptar “en condiciones normales”, contraría en su operatividad “razones de humanidad”, y b) Que ese apartamiento de la regla general se justifique en que por las especiales circunstancias del caso, no estuvo en la mente del legislador (la *ratio legis*) obligar en tal caso.

En esa línea, la noción no es ajena a lo que muy recientemente se predica sobre lo que Lorenzetti llama “*el paradigma consecencialista*”<sup>10</sup>, vale decir, que la decisión obtenida por el juez en base a reglas y principios “debe ser controlada mediante el examen de sus consecuencias, que incluyen los aspectos económicos y sociales, individuales y colectivos”.

En tal sentido, por ejemplo, la doctrina de la “realidad económica” de la cual ha hecho reiterada aplicación la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, supone una clara instrumentación<sup>11</sup>.

---

través de su manifestación como equidad se derive del caso “Colalillo c/ Compañía de Seguro España y Río de la Plata”, del 18/9/57 (C.S.J.N., Fallos 238:550)..

<sup>7</sup> *Idem* cita N° 3, p. 428.

<sup>8</sup> En similar punto de miras se computa la opinión de Cicerón (De officiis, Libro 1, p. 10), quien propone exorbitar el marco puro de las “palabras” de la ley cuando su aplicación estricta vulnera los motivos y los fines que ella misma tuvo al ser sancionada. De alguna manera -decimos nosotros- no atender al requerimiento de la equidad cuando las circunstancias lo ameritan, implica alguna forma de abuso de derecho (requerida por la parte que impetra la aplicación positivista y consentida, en tal supuesto, por el juzgador que prescinde de la consideración del resultado de su silogismo argumental en su aplicación al caso).

<sup>9</sup> De legibus, Libro 6, Capítulo 7, párrafos 5/8

<sup>10</sup> *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 377 y ss..

<sup>11</sup> Me permito remitir al paciente lector, por aplicación del designio de brevedad argumental, a las consideraciones que en un trabajo previo de mi autoría hiciera con título

Como decía Aristóteles, el derecho positivo está formado en base a reglas pretensamente universales, por lo cual la ley -como norma de conducta con ambición de aplicación universal, al menos entendida en su rol de fuente material de derecho- se formula en consideración previa del caso usual, corriente, frecuente (diríamos hoy, estadísticamente comprobable), al caso “típico habitual” que ella rige<sup>12</sup>. Pero no obstante ello, la misma ley ignora que esa fórmula general puede resultar errónea o inadecuada (injusta, en definitiva) para casos que aún formalmente encuadrables en su supuesto de hecho, escapan a ese *standard* de lógica formal y sustancial que conforma el sustrato de la ciencia jurídica como orden regulatorio coactivo de conducta social<sup>13</sup>.

Mas allá de estas elementales consideraciones sobre la conformación histórica-filosófica del concepto (que atiende básicamente a la confrontación consecuencialista entre norma positiva-resultado justo de su aplicación), lo real es que en ciertas circunstancias, como vemos infra, la propia ley en algunos casos remite ella misma (o habilita expresamente al Juez) a echar mano a la equidad para arribar a ese resultado “justo” (como sucede, por ejemplo, en las indemnizaciones no “de derecho” sino “de equidad” que contempla nuestro Código Civil en el art. 907 en el segundo párrafo incorporado a la norma por la ley 17.711 a cuento de la responsabilidad civil por actos involuntarios; o en la eventual reducción de la responsabilidad civil del deudor -contractual o aquiliano- también incorporada por el legislador de 1968 en el segundo párrafo del art. 1.069), por mencionar los que son quizás los dos supuestos mas paradigmáticos de la

---

“Anatocismo y realidad económica en la doctrina judicial de la C.S.J.N.”, publicado en Doctrina Judicial, Año XXV, N° 21 del 27/5/09.

<sup>12</sup> Abelardo Rossi, “Equidad *stricto sensu* y derecho natural”, E.D. t. 226-930, menciona -a cuento de la justificación de su existencia- que “*la ley es siempre general, los casos son singularísimos*”. En otro trabajo de su autoría (“La virtud de la equidad. Sus dos vicios opuestos”, E.D. 229-925) refiere a que los jurisconsultos romanos nos enseñaron que es propio de la ley prever casos *in eo quod plerumque fit*, vale decir, de aquello que sucede ordinariamente, por lo común, la mas de las veces, lo que hace que la misma se dicte *in pluribus*; pero que hay casos concretos que se dan *ut in paucioribus*, o sea en situaciones que caen bajo su texto pero que la ley a ellos se comete una grave y flagrante injusticia, siendo la equidad el remedio para tales distorsiones.

<sup>13</sup> *Ética a Nicómano*, Libro 5, Capítulo 10.

función operativa del instituto, ya que las referencias legales a él son muchas y muy variadas <sup>14</sup>.

Por su parte, aun sin mención expresa en la norma, la dogmática autoral y judicial ha reconocido a la equidad como un factor objetivo de atribución, operativa junto con otros (como el riesgo, el deber de garantía o la obligación de seguridad) <sup>15</sup>.

Como vemos, entonces, en materia obligacional (aun cuando buceando en sus proyecciones la noción pueda y deba ir mas allá de lo puramente patrimonial), la equidad proyecta sus consecuencias de modo pluralmente operativo, aun cuando jusfilosóficamente su esencia sea siempre la misma.

## **II. La equidad como factor objetivo de atribución (art. 907 C.C.) y el acto involuntario**

No hace mucho tiempo atrás, publicábamos una nota -crítica- a un fallo en el cual se había invocado a la equidad como fundamento del deber resarcitorio aquiliano cuando en realidad el tribunal se hallaba -en nuestra óptica- frente a un claro supuesto de acto realizado en estado de necesidad <sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Para el caso, la equidad está mencionada además de en dichos dos artículos, en muchos otros (515, 954, 1071 bis, 1084, 1306, 1316 bis, 1638, 3477, etc.).

<sup>15</sup> Conf. ponencia de la Dra. Lidia M. Garrido Cordobera a la Comisión N° 6 de las “Jornadas de responsabilidad por daños en homenaje al Profesor Jorge Bustamante Alsina”, Buenos Aires, marzo de 1991, publicada en Zeus 55-D-107. Asimismo, Edgardo LÓPEZ HERRERA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 391 y ss., y Carlos CALVO COSTA, *Derecho de las obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, t. 2 -Derecho de Daños-, p. 353; Luis Daniel CROVI (“La autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria de los contratos y la equidad”, J.A. 2001-II-856) alude a que la equidad es un concepto que “integra el ordenamiento jurídico de un modo absoluto” -lo que da una pauta de su rango de verdadero principio general-, y además, citando a Armando Andruet -“Equidad y sistema normativo”, E.D. 119-877-, lo hace también “parcialmente”, ya que es objeto de cita reiterada dentro del contexto normativo positivo.

<sup>16</sup> Ver, de nuestra autoría, “La equidad como factor objetivo de atribución”, comentario jurisprudencial publicado en “Revista de Responsabilidad civil y seguros”, LL, Bs.As., julio de 2008, p. 43 y ss. La misma sentencia mereció otra nota (publicada

En lo que a la cuestión concierne, entendemos que mas allá de las reflexiones ya anticipadas por Alfredo Orgaz<sup>17</sup> y Jorge Carranza<sup>18</sup> en el sentido de que no son involuntarios los hechos ilícitos cumplidos sin intención o sin libertad en razón de error y violencia física o intimidación (ya que no hay privación de discernimiento, y por ello resultan imputables pero no generan responsabilidad por ausencia de culpa), lo cierto es que nos permitimos coincidir con el criterio sustentado por calificados exponentes de la doctrina nacional<sup>19</sup> en cuanto en la ilicitud civil la contrariedad con el orden normativo (la antijuridicidad) es un elemento objetivo, con lo cual el acto involuntario puede ser ilícito, aun cuando propiamente

---

coetáneamente en la misma Revista) del Dr. Félix Alberto Trigo Represas, la cual, a diferencia de la nuestra, adhería al criterio del órgano sentenciante. Los hechos, muy sucintamente, consistían en una demanda promovida por un grupo de personas (amigas entre sí, y también con el demandado) por los perjuicios sufridos por un atraco perpetrado por ladrones que fueron conducidos por la fuerza (física y moral) ejercida sobre el demandado (a quien despojaron previamente de sus pertenencias, golpearan y maltrataran), empleado como “señuelo” para poder acceder al lugar adonde estaban reunidos los actores (una fiesta), en la cual había participado hasta momentos antes el mismo accionado. Según nuestro criterio, el accionar del demandado (víctima también de los cacos) no debió ser encuadrado en el amplio marco de los actos involuntarios (según el art. 907 del C.C.), sino dentro del marco (no normado) de la responsabilidad por los actos dañosos causados en estado de necesidad. En realidad, como concluimos estas digresiones abundando sobre el tema, más allá de la referencia que a ella hacemos aquí, nos permitimos remitir al lector a la parte final de esta labor.

<sup>17</sup> Alfredo ORGAZ, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Buenos Aires, Zavalía, 1963, p. 22.

<sup>18</sup> Jorge CARRANZA, “La responsabilidad por los hechos involuntarios en la reforma”, en la obra *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, La Plata, Platense, 1971, t 2, p. 143.

<sup>19</sup> Ver Alberto BUERES, *El acto ilícito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1986, p. 47; Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Código Civil y leyes complementarias*, dirigido por A. Belluscio y coordinado por E. Zannoni, Buenos Aires, Astrea, 1984, t. 5, comentario al artículo 1066, ps. 2 y 3; Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, La Plata, Platense, 1973, t. 4, p. 124; Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. I, Buenos Aires, Ediar, 1971, p. 28; Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Reflexiones sobre ilicitud”, J.A. 1981-IV-736. Coparticipan también de este punto de vista Atilio Alterini, Roberto Vázquez Ferreyra, Carlos Calvo Costa; y en doctrina comparada, entre otros, Genevieve Viney y Phillippe Le Tourneau.

no genere (como principio, allá las excepciones de los arts. 907 y 908 del C.C.) responsabilidad resarcitoria <sup>20</sup>.

Sin perjuicio de estas disquisiciones de rango dogmático, creemos que si en realidad la pretensa “involuntariedad” del acto lesivo (en el caso comentado, operar como persona conocida frente al visor del portero eléctrico de la finca a la cual luego accedieron los ladrones, quienes amenazaban de muerte al demandado para así actuar) la violencia hubiera sido irresistible (en los términos del art. 936 del C.C.), la misma borraría la autoría, siendo entonces el texto del artículo 907 inaplicable <sup>21</sup>. En tal sentido se pronunciaba el texto del art. 1653 del Proyecto de Código Unificado Civil y Comercial de 1998, cuando disponía que “El acto realizado por quien sufre fuerza irresistible no genera responsabilidad para su autor, sin perjuicio de la que corresponde a título personal a quien ejerce la fuerza irresistible”.

En las “Jornadas de Responsabilidad por Daños” realizadas en homenaje al Prof. Jorge Bustamante Alsina en la Universidad del Museo Social Argentino (Bs. As., 1990), la Comisión N° 6 sesionó sobre el tema “La responsabilidad civil y las soluciones de equidad”, con un marco de calificadísimas opiniones que justifican la referencia al evento <sup>22</sup>. Son interesantes algunas conclusiones a las que se arribara.

Para el caso, se dijo en términos generales que la equidad “como valor social implícito en todo ordenamiento legal” (lo cual pareciera admitir su operatividad aún sin norma legal expresa que lo admita en el caso, cuestión relevante que analizamos singularmente *infra*) “... constituye un poder morigerador atribuido al juez, para adaptar la justicia a las circunstancias del caso de cada situación particular”; agregando que la reforma de la ley 17.711 amplió de manera notable su campo operativo al incluirla de modo expreso en varios artículos del Código Civil.

---

<sup>20</sup> Se señala como elemento probatorio de tal aserto la admisión de la eximente de legítima defensa ante la agresión de parte de un inimputable (BUERES, op. cit., p. 47).

<sup>21</sup> Conf. Enrique C. MÜLLER, “La indemnización fundada en razones de equidad”, en la obra *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI* (En homenaje al Prof. Roberto López Cabana, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, p. 277).

<sup>22</sup> Integraron el trabajo en esa Comisión, entre otros destacados juristas, Videla Escalada, Trigo Represas, Compagnucci de Caso, Cifuentes, Salerno, Sassot, Ghersi, Laplacette, Agoglia, Meza y Boragina.

Con relación a su campo de acción dentro del texto del segundo párrafo del art. 907 (la Comisión destacó que en materia de responsabilidad civil, sin perjuicio de otras referencia legales, las funciones más destacadas del instituto anidan en él y en la modificación del art. 1.069, tal como nosotros lo postuláramos *supra*) se dijo de modo textual que “aparece en el mismo un nuevo factor de atribución -objetivo- que es la equidad”, expidiéndose dos despachos (Ay B) en punto a cómo debe interpretarse la noción de “actos involuntarios” incluida en la norma. Para algunos (mayoría) comprende a “todos los supuestos de inimputabilidad conformados por actos humanos en los que estén afectados el discernimiento, la intención o la libertad”; mientras que para la minoría (Compagnucci de Caso, Salerno, y con quienes personalmente coincidimos por razones que hemos enunciado precedentemente y que ampliamos *infra*, al diferenciar claramente la no aplicabilidad de las reglas de la equidad a los casos en los que el daño se causa con discernimiento pero sin libertad en virtud del estado de necesidad del dañador) sólo se vincula al caso de las personas que se encuentran privadas de discernimiento. Se hizo también la salvedad -esta vez, sin disidencias- que la indemnización de equidad no resulta operativa en caso de que hubiera mediado alguna causa de justificación que borrara la antijuridicidad de la conducta del dañador inimputable; y se coincidió en que tratándose de un supuesto de apreciación judicial (“el juez podrá”), se debe graduar la condena en función de los parámetros de fortuna de víctima y victimario, no siendo necesaria la reparación plena o integral. Asimismo, se dejó en claro que “... se trata de una responsabilidad distinta y separada de la del tercero civilmente responsable; y que se aplica tanto a la responsabilidad contractual como la aquiliana (aun cuando, agregamos nosotros, es más difícil hacerla operativa en el primer supuesto).

Es sabido -algo dijimos *supra*- que la noción de equidad que el Codificador asume reiteradamente como pauta de referencia dentro de su obra tiene una doble vertiente: la noción aristotélica plasmada en su *Ética a Nicómano*, afín a los conceptos de *clementia*, *benignitas*, *caritas*, *pietas*, *moderatio* y *humanitas*<sup>23</sup>, y la *aequitas* romana, que básicamente se aproxima al concepto puro de “igualdad”. En esa doble con-

---

<sup>23</sup> Juan Carlos PALMERO, *El daño involuntario*, Buenos Aires, Astrea, 1973, p. 154.

formación el instituto recibe reiterada acogida dentro del contexto normativo del Código Civil argentino, según lo hemos referido ya *supra* (v.gr., arts. 515 en materia de obligaciones naturales; o 1084 en relación a la indemnización por el delito de homicidio, etc.; a los se suman las alusiones incorporadas por la ley 17711 en el art. 954 en materia de lesión; en el 1071 bis sobre indemnización por intromisión en la vida íntima; en el 1306 en materia de alimentos o imputación de gananciales, o en el art. 1069 y en el 907 a cuento de indemnizaciones por daños; o en el 1316 bis en materia de créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal; o en el 1638 en tema de locación de obra, o en el art. 3477 en materia de cómputo en la acción de colación, etc.).

Yendo particularmente a la operatividad de la equidad -noción que Armando Andruet califica como ínsita al sistema normativo argentino y no como elemento “metalegal” o “integrador” del mismo <sup>24</sup>- como pauta excepcionante de la regla de no resarcibilidad de los daños derivados de actos involuntarios según la referencia del texto vigente en el art. 907 del C.C., luego de la reforma de 1968-, señala Palmero que ante la notoria injusticia que implica la aplicación absoluta de tal principio, se han propuesto al menos tres alternativas de solución: por una parte, la reparación por cuenta del Estado (sustentada ya por Héctor Laffaille en el Primer Congreso de Derecho Civil de Córdoba en el año 1927); por la otra la de Llambías en su Anteproyecto de 1954 (propiciada también por Henoch Aguiar) que auspiciaba la distribución del perjuicio por partes iguales entre dañador y dañado “en proporción a sus fortunas”; y finalmente la adoptada por el legislador de 1968, que faculta al juez para otorgar una reparación de equidad atendiendo a “dos pautas muy precisas: la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima”. Señala así Palmero que “... *Esto quiere decir que la indemnización debe ser el resultado de una ecuación anterior comparativa de los bienes y fortuna del autor del hecho y la situación personal de la víctima*” <sup>25</sup>.

A partir de estas premisas, lo que parece claro es que el art. 907 del C.C. argentino autoriza al juez a imponer una indemnización de equidad (la cual, va de suyo, puede no satisfacer integralmente el perjuicio) cuan-

---

<sup>24</sup> “Equidad y sistema normativo”, E.D. 119-877.

<sup>25</sup> *El daño involuntario*, op. cit., p. 175.

do, ante la evidencia de un daño causado a través de un acto realizado sin discernimiento, intención o libertad, la situación patrimonial del victimario (holgada, en el sentido de permitir la erogación parcialmente satisfactoria) y la de la víctima (necesitada, al menos en relación a dicha compensación parcial), justifiquen materializar tal mecánica resarcitoria <sup>26</sup>. Es el supuesto del dañador “rico” que actúa sin discernimiento (demente, menor impúber) y del dañado “pobre” (como *standards* no extremos ni paradigmáticos, sino sujetos a consideración singular del juzgador frente al caso).

Tal valoración concreta, puntual y cuantitativa no sólo hace al *quantum* de lo otorgado, sino también a la procedencia misma de la indemnización de equidad, y por ende cuando se invoque la norma de marras para justificar su procedencia deviene indefectible atender ese elemento fáctico integrativo del mecanismo activador de la reparación: la valoración de la situación personal y patrimonial de cada uno de los involucrados.

Así lo interpretaron los primeros comentaristas de la reforma al art. 907 <sup>27</sup>, al decir que no son involuntarios -siguiendo en ello a Alfredo Orgaz- los actos jurídicos y los hechos ilícitos compelidos sin intención o sin libertad en razón del error o la violencia física o intimidación, porque han contado con la premisa básica del discernimiento (del que depende la imputabilidad), pero la razón de la no derivación de responsabilidad se desprende de la ausencia de culpabilidad.

El recordado -ya desaparecido- jurista rosarino Luis Andorno <sup>28</sup>, si bien postulaba que en la regla general del primer párrafo del texto origina-

---

<sup>26</sup> Las lecturas que del mencionado artículo hace la doctrina son absolutamente coincidentes en tal sentido. Baste para ello, entre otros, ver lo dicho por el propio Guillermo BORDA (*La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, Perrot, 1971, p. 221; Jorge CARRANZA, *La responsabilidad...*, op. cit., p. 146; Patricio RAFFO BENEGAS y Rafael SASSOT, “Indemnización por razones de equidad”, J.A. Doctrina-1970, p. 772; Enrique C. MÜLLER, *La indemnización...*, op. cit., p. 280; Luis ANDORNO, comentario al art. 907 en la obra *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, obra dirigida por A. Bueres y coordinada por E. Highton, Buenos Aires, Hammurabi, 1998, t. 2B, p. 439, etc.).

<sup>27</sup> Ver Jorge CARRANZA, “La responsabilidad por actos involuntarios en la reforma”, en la obra colectiva *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, La Plata, Platense, 1971, t. 2 (Obligaciones), p. 141 y ss..

<sup>28</sup> Ver su comentario al art. 907 en la obra *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, dirigida por A. Bueres y coordinada por E. Highton, Buenos Aires, Hammurabi, 1998, t. 2B, p. 439.

rio del art. 907 sólo se justifica indemnizar el daño causado por un acto involuntario en la medida en que medió enriquecimiento sin causa (tal como nosotros lo preconizamos respecto del acto realizado en estado de necesidad, según se lee *infra*), la inserción del segundo párrafo por obra de la reforma de 1968 -que incorpora la indemnización de equidad cuando el juez tuviera en cuenta la diferente situación patrimonial de víctima y victimario de ese acto lesivo aunque involuntario- tiene como fundamento la justicia distributiva “a los fines de mantener el equilibrio vulnerado por el hecho involuntario”, poniendo de resalto un elemento fundamental: que tal indemnización “de equidad” ante todo no implica que deba cubrir “todo” el daño causado, sino aquello que, apreciado *ex aequo et bono* por el juez frente al caso, parezca razonable aplicando esas pautas equitativas, siendo además facultativo el hacerlo o no (“podrá”) en función de esa apreciación no arbitraria pero sí al menos discrecional. Menciona que “es el triunfo de la solidaridad a los fines de mitigar los efectos del infortunio”, y cita como pautas afines de derecho comparado al art. 2047 del Código italiano, al art. 829 del alemán, al art. 489 del portugués, al 1187 del venezolano, a la ley belga del 16 de abril de 1935 y a otros más.

### **III. La equidad como elemento morigerador del deber resarcitorio según el art. 1069 del C.C.**

Hemos anticipado *supra* que dentro de aquellas multifacéticas funciones que la equidad cumple dentro del marco del derecho privado -y, mas puntualmente, según nuestro enfoque, en el de las obligaciones civiles-, quizás las dos mas paradigmáticas sean las de operar como un factor de atribución objetivo frente a los daños derivados de un acto involuntario (según el art. 907 del Código reformado por la ley 17.711), y la de permitir -judicialmente- la reducción de la indemnización debida por el deudor al acreedor atendiendo a la situación patrimonial del primero de ellos (lo cual marca ya una diferencia sustancial con la indemnización de equidad del artículo 907, en la cual el juez debe atender al patrimonio de ambos, dañador y dañado), y quedando excluida tal perspectiva (de morigeración) si hubiera mediado dolo del deudor. Como la doctrina mayoritariamente involucra en el instituto tanto a la responsabilidad aquiliana como contractual, se incluyen en la referencia las dos manifestaciones del dolo que se

correspondan con una y otra : el dolo como intención deliberada de causar un daño (si es un ilícito civil extracontractual, art. 1076), o el dolo en el incumplimiento contractual (la deliberada intención de no cumplir, art. 506).

La perspectiva de que la reducción judicial de la indemnización debida por parte del deudor tenga operatividad tanto en el ámbito extracontractual (de lo cual no hay dudas, tanto por la ubicación metodológica de la norma del art. 1069 dentro del diseño del Código Civil, dentro del Título 8° -“De los actos ilícitos”- de la Sección Segunda del Libro II; como por el empleo de la expresión “... Los jueces, al fijar la indemnización por daños...”, lo cual es típica terminología aquiliana) como contractual, se entiende que responde a varios justificativos. A) Ante todo, al argumento analógico (previsto en el art. 16 del mismo Código); B) a otro argumento lógico de analogía *a fortiori*: si en la responsabilidad contractual en principio no se responde por las consecuencias mediatas (art. 520), mientras que en la aquiliana se lo hace también por ellas cuando hubieran sido previsibles (arts. 901 a 904), sería contradictorio que aquella menor extensión del marco indemnizatorio no tuviera un correlato en esta posibilidad morigeradora de la misma, y C) Que no se advierte razón alguna de rango axiológico para excluir uno de los ámbitos de la responsabilidad civil en desmedro del otro <sup>29</sup>.

Los requisitos de procedencia de la morigeración se entiende -coincidentemente en doctrina mayoritaria- <sup>30</sup> que son varios:

---

<sup>29</sup> Conf. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, dirigido por A. Belluscio y coordinado por E. Zannoni, Buenos Aires, Astrea, 1984, t. 5, p. 42; así como Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, dirigido por A. Bueres y coordinado por E. Highton, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, tt. 3, p. 107. En similar sentido se expidió por mayoría (con la disidencia de los Dres. Alvarez Juliá y Salerno) la Comisión N° 6 de las ya citadas “Jornadas de Responsabilidad civil en homenaje al Prof. Jorge Bustamante Alsina”, celebradas en Buenos Aires en el año 1990.

<sup>30</sup> Ver entre otros, las mencionadas conclusiones de la Comisión N° 6 de las referidas “Jornadas de Responsabilidad Civil en homenaje al Prof. Jorge Bustamante Alsina”; así como Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Código Civil...*, op. cit., p. 108 y ss; Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Ediar, 1982, t. I, p. 268; Julia Elena GANDOLLA, “La atenuación de la indemnización: una opción entre los artículos 1069 y 1083 del Código Civil”, en *Revista de Derecho de Daños*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001-1, p. 209 y ss.; J.J. LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Obliga-*

La posibilidad de atenuación del débito resarcitorio por el incumplimiento culposo (si es contractual) o por un factor de atribución objetivo o subjetivo (si el vínculo es aquiliano) no puede ser aplicada de oficio por el juez, sino que requiere un planteo concreto del interesado (el deudor), junto con la asunción de la carga de la prueba de su condición económica y de las dificultades que le implica atender la satisfacción del mismo.

La valoración de las circunstancias del caso (por el juez) es inexorable, no pudiendo disponerse la reducción o modalización de la indemnización con meras referencias generales a la equidad como principio mencionado en la norma de referencia.

La reducción es “excepcional” pero no “discrecional” (en el sentido de que no depende del puro arbitrio del juez, quien ante el requerimiento y prueba de las condiciones de procedencia, debe admitirla <sup>31</sup>)

La situación patrimonial del deudor debe ser apreciada al tiempo de producirse el daño <sup>32</sup>.

Causado y probado el daño (como lo dice claramente el art. 1069), no es viable tal reducción o modalización mediando dolo del deudor. No obstante (Zavala de González), si el deudor en dificultades patrimoniales no responde por su propio actuar doloso sino indirectamente por el hecho de otro (v.gr., el principal que lo hace por el hecho doloso de su dependiente), podría invocar la reducción equitativa. Hay quienes <sup>33</sup> postulan que podría extenderse la inaplicabilidad de la reducción a casos de culpa grave, criterio que no compartimos atento a la clara letra de la norma y a

---

*ciones*, Buenos Aires, Perrot, 1973, t. III, p. 553; CALVO COSTA, *Derecho de las obligaciones*, t. 2, op. cit., p. 354, etc..

<sup>31</sup> Guillermo BORDA, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 478.

<sup>32</sup> Conf. “Jornadas de Responsabilidad civil en homenaje al Prof. Jorge BUSTAMANTE ALSINA, op. cit.. En contra, MOSSET ITURRASPE (*Responsabilidad por daños*, op. cit., p. 271, quien estima que el cálculo debe hacerse al tiempo de la sentencia (pese a que, agregamos nosotros, aun en este supuesto mas propiamente lo que se hará en la sentencia será cuantificar o modalizar la indemnización, pero la valoración de la situación del obligado surgirá de lo que se haya probado en la causa, y en el momento en el cual esa prueba haya sido incorporada al proceso).

<sup>33</sup> BORDA, op. cit., p. 444; GANDOLLA, op. cit., p. 214; MOSSET ITURRASPE, op. cit., p. 269.

la excepcionalidad de su aplicación, que afecta el principio de reparación integral del daño causado.

La clara letra de la norma comprometida, a diferencia de lo que acontece con la equidad como factor de atribución objetivo en el texto del art. 907, requiere atender a la situación patrimonial del deudor y no a la del acreedor (Kemelmajer de Carlucci; López Herrera). (En contra, Llambías, Zavala de González y Mosset Iturraspe, quienes propician que ante la paridad de indigencias no cabe favorecer al culpable en desmedro del inocente) <sup>34</sup>.

Mediando cobertura asegurativa del deudor, en principio la regla no resulta operativa (salvo que mediaran franquicias) (Kemelmajer de Carlucci, Zavala de González).

La “reducción” no sólo debe entenderse como puramente cuantitativa, sino que involucra -según el buen criterio judicial y atento a las circunstancias del caso- perspectivas tales como el otorgamiento de plazos para el pago en cuotas (Llambías, Gandolla, Zavala de González).

Tal perspectiva de reducir equitativamente la indemnización debida no puede llegar al extremo de admitir la remisión total o integral de la deuda (Mosset Iturraspe)

Mediando pluralidad de obligados en la legitimación pasiva múltiple, la norma juega individualmente respecto de cada uno de ellos. Y si la obligación es solidaria (perfecta o “in solidum”) lo que paga en menos uno de los coobligados debe ser compensado con mayor aporte de los otros. (Zavala de González, Gandolla).

#### **IV. Equidad: ¿principio del derecho o receptáculo de la referencia legal expresa?**

Un aspecto interesante que de alguna manera ha sido objeto de debate en calificados ámbitos de la dogmática nacional y comparada, es el de si la equidad es un concepto supralegal, que frente a la norma opera –

---

<sup>34</sup> Este último criterio pareciera haber tenido acogida en la doctrina judicial de la C.S.J.N. en el fallo “Empresa de Ferrocarriles Argentinos c/ Gálvez”, 17/12/96, E.D. 174-431.

para hacer un paralelismo no técnico pero sí ilustrativo- como lo hace en la teoría general del Derecho la costumbre *praeter legem* frente a la ley, vale decir, permitiendo “integrar” en la función hermenéutica los “vacíos” legales consistentes en aquella disfunción, de la que hablamos *supra*, según la cual el legislador prevé un resultado normativizado para la generalidad o habitualidad de los casos análogos al juzgado, pero que en ciertas condiciones resulta inicuo para aquel que se debe resolver en concreto; o si, en cambio, no hay perspectiva de recurrir a ella (la equidad) en la medida en que no exista una remisión concreta de la ley a la misma, como acontecería -manteniendo el paralelismo- con la costumbre *secundum legem*. Relevantes exponentes de uno y otro criterio se enrolan en cada uno de los criterios divergentes, y las consecuencias de la respuesta que se dé al interrogante no son menores.

En la primera postura nos permitimos quizás aludir al decir de Juan M. Farina <sup>35</sup> (con quien, a título personal, coincidimos), quien perfila a la equidad como un genérico correctivo del desacople finalístico de la ley con su objetivo natural (la justicia), cuando ese marco normativo teórico, abstracto, genérico, casi estadístico en materia conductista, se presenta inicuo frente a la realidad multifacética de una ciencia que no es exacta sino conductista, y que por ende no puede ser aprehendida apriorísticamente en todas sus posibles conformaciones. Dice el destacado jurista rosarino “... *Insistimos: dentro de los principios generales del derecho se halla ínsita la equidad. Sin equidad no hay justicia*”, y trae a cita palabras de Jorge Joaquín Llambías cuando refiere a ella como “*elemento que proporciona el criterio para arribar a una solución de especie*”, en la misma línea aristotélica que reconoce en el mundo jurídico que hay “*materias rebeldes a una sujeción a normas generales*”. Y es función del operador jurídico (para el caso, concretamente el juez) echar mano a la equidad como pauta elastizadora o morigeradora de ese desfasaje axiológico, haya o no norma legal que lo autorice a hacerlo cuando lo detecta <sup>36</sup>. En palabras de Jorge

---

<sup>35</sup> *Justicia, ficción y realidad*, op. cit., p. 193 y ss..

<sup>36</sup> Cita Farina palabras de la C.S.J.N. (“Monastirsky, Salomón y otro c/ Falconi, Sergio y otro”, 7/4/92, E.D. 149-668) cuando dijera expresamente que “... Puesto que el desempeño judicial no se agota con la remisión a la letra de los textos, no deben admitirse

Portela <sup>37</sup>, “... *el juez ha de ser un arquitecto del edificio de la justicia y no un artefacto o mero instrumento de él*”. En orden a ello, hemos aludido ya a que por una parte no parece errado el criterio que vincula a la equidad con la esencia misma de las garantías constitucionales (“afianzar la justicia”, según el preámbulo) <sup>38</sup>; y además hemos dejado en claro nuestra opinión vinculada a que la equidad, como principio general, subyace en el texto del art. 16 del mismo Código Civil cuando, al marcar las pautas de la labor interpretativa judicial frente al caso concreto, se hace referencia a los principios generales del derecho como elemento propio de la labor hermenéutica <sup>39</sup>.

Y, siguiendo a Lorenzetti <sup>40</sup>, asumiendo que la equidad implica un verdadero principio general, cuando el mismo no tiene formulación expresa en el contexto legislativo, puede encontrar su “validez material” aun cuando no tenga la “validez formal” que se deriva de las reglas del positivismo, todo ello iluminado por la priorización de los mandatos constitucionales (expresos o subyacentes) por sobre las reglas legales a veces insuficientes, contradictorias o injustas.

Dentro del otro posicionamiento, el destacado jusfilósofo Miguel Angel Ciuro Caldani, puntualiza que “... *urge no confundir el recurso a la equidad, que es la justicia del caso particular, con el mero aparta-*

---

soluciones notoriamente injustas que no se avienen con el fin propio de la labor de los jueces de determinar los principios acertados para el reconocimiento de los derechos de los litigantes en las causas concretas a decidir, dado que la ley les acuerda la facultad de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos, facultad que no puede ser renunciada cuando su eficacia para determinar la verdad sea indudable”.

<sup>37</sup> E.D. 149-668.

<sup>38</sup> Conf. Germán BIDART CAMPOS, E.D. 139-374.

<sup>39</sup> Silvina Pereira Marques, en un interesante trabajo titulado “La aplicación del principio de equidad con fundamento en el derecho natural en la función jurisdiccional – Los derechos constitucionales como derechos naturales”, publicado en “Jurisprudencia Santafesina”, Editorial Panamericana, Santa Fe, diciembre de 2004, tomo 61, p. 37 y ss., recuerda que mas allá de adscribir al criterio de que la equidad conforma un verdadero principio del derecho, no puede perderse de vista que la propia Constitución Nacional, mas allá de la obligación de “afianzar la justicia” que se deriva de su preámbulo, menciona a ella –la equidad– en tres de sus cláusulas: los arts. 42, 75 inc. 2° e igual artículo, inc. 19.

<sup>40</sup> *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos del derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 72.

*miento de la legalidad, pues el respeto a la equidad puede exigir este apartamiento, pero apartarse de la solución legislada no significa necesariamente equidad. De ahí que algunos pronunciamientos que pueden entenderse contra la equidad son en realidad pronunciamientos contra la falsa equidad”*<sup>41</sup>. Como dijera en similar línea de lectura Roberto Brebbia (otro ilustre rosarino), “... *Los límites a la aplicación de la equidad como criterio para establecer justicia en el caso concreto, surgen de su misma función específica como factor ordenador -y no corrector- de la ley, para obtener una decisión justa. Lo que significa que no se puede crear, de por sí, derechos y obligaciones, sin el soporte del derecho positivo. La equidad no ha sido establecida en nuestro ordenamiento jurídico independientemente de la ley. No es fuente directa del derecho, a menos que la ley se remita a ella para determinadas instituciones. Sólo constituye un elemento de indiscutible valor en la interpretación de las normas positivas, para lograr la justicia que el caso requiere”*<sup>42</sup>.

## V. La equidad y el estado de necesidad

Parece -apriorísticamente considerado- que hablar de la responsabilidad por el daño necesario<sup>43</sup>, o por el daño causado en estado de necesidad, de alguna manera presupone asumir que su autor opera no privado de discernimiento, pero sí de libertad. Es lo que Llambías denominara como supuesto de “violencia objetiva”<sup>44</sup>, en la cual la coacción que inci-

---

<sup>41</sup> “Comprensión jusfilosófica de la equidad”, E.D. 155-694. En similar sentido ver Guillermo PESARESI, “Apuntes sobre los conceptos, clasificaciones y aplicaciones de la equidad en el derecho argentino”, J.A. 2005-I-1353.

<sup>42</sup> “La equidad en el derecho de daños”, L.L. 1997-B-1140.

<sup>43</sup> En la designación que la atribuye la excelente obra de Matilde Zavala de González, de título homónimo, editada por Buenos Aires, Astrea, 1985.

<sup>44</sup> *Tratado de derecho civil. Parte General*, Buenos Aires, Perrot, 1975, t. II, p. 512. Al respecto, traía a cita un fallo de la Corte de Casación francesa del año 1887 en un caso en el cual se controvertía la validez de un contrato de salvamento de un buque en riesgo de naufragio que el capitán del barco salvador había hecho suscribir al del buque en

de en la libertad contractual proviene no directamente de un tercero o de la contraparte, sino de las circunstancias exteriores.

Las “III Jornadas de Derecho Civil” celebradas en la ciudad de San Miguel de Tucumán en el año 1967 (de las que la reforma de 1968 se nutrió en mucho), por su Comisión N° 1, expidieron un despacho de interesante perfil. Se dijo allí que “Se recomienda incorporar al Código Civil una disposición que diga: ‘Si alguien se viere constreñido a causar a otro un daño para evitar un mal mayor e inminente al que hubiere sido extraño, y que no tuviere la obligación de soportarlo, le estará permitido hacerlo en la medida de lo indispensable. En tal situación, siempre que el riesgo no proviniera del mismo bien dañado, el agente o el beneficiado si lo hubiere, deberá una justa indemnización según las circunstancias del caso’”.

Lo cierto es que, como lo ha consignado acertadamente la doctrina <sup>45</sup>, la reforma de 1968 dejó en el tintero (y la deuda no ha sido saldada) una regulación específica del tema de la responsabilidad civil por el daño causado en estado de necesidad, similar al que ofrece el art. 2045 del Código italiano de 1942 <sup>46</sup>.

Hay consenso en señalar como elementos integrativos de esta situación de necesidad objetiva el peligro de ocurrencia de un mal inminente, la existencia de un hecho que causa un daño para evitar ese mal amenazado, la entidad superior de este último <sup>47</sup>, la necesidad de la conducta para

---

avería, bajo condiciones leoninas y en claro aprovechamiento de la carencia de opciones por el suscriptor: o se convenía un precio de rescate abusivo, o se perdía el barco, la tripulación y la vida.

<sup>45</sup> Ver entre otros Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Responsabilidad por el daño necesario*, op. cit., p. 219; Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, Santa Fe, Rubinzal-Cuzoni, 1999, p. 105; Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, comentario al art. 1066 en *Código Civil y leyes complementarias*, op. cit., t. 5, p. 11.

<sup>46</sup> “Cuando el que ha cometido un hecho dañoso lo ha hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otro del peligro actual de un daño grave a la persona y el peligro no ha sido causado voluntariamente por él ni era evitable de otra forma, se debe al perjudicado una indemnización equitativa, la determinación de cuya cuantía es confiada a la apreciación equitativa del juez”.

<sup>47</sup> Mosset Iturraspe hace una interesante referencia sobre las alternativas que se dan estando en juego por un lado derechos de la personalidad y por otro derechos patrimoniales; así como los conflictos entre dos derechos, entre dos deberes, y entre un derecho y un deber (*Responsabilidad por daños*, op. cit., p. 107).

lograr ese objetivo y la finalidad del autor del daño de apartar aquel peligro, así como que el peligro que se procuró apartar no haya provenido del propio bien lesionado.

Ahora bien, ante la ausencia de una norma expresa en derecho argentino, coincidimos con Zavala de González <sup>48</sup> y con Kemelmejer de Carlucci <sup>49</sup> en que el daño necesario es actualmente irresarcible salvo que mediere un enriquecimiento en favor del beneficiado dañado. Como postula expresamente la lúcida jurista mendocina, “.. *no se está en presencia de un hecho involuntario que permita aplicar el artículo 907...*”, dado que sólo hay un conflicto de intereses legítimos, frente al cual el que causa el daño opta racionalmente.

Coincidimos plenamente con tal postulado. No hay aquí “recurso a la equidad”, ni puede vincularse a la referencia del art. 907 del C.C., como medio analógico de justificación de una indemnización por quien sufriera el daño causado en estado de necesidad; y sólo el principio del enriquecimiento sin causa -si lo hubo- podría dar soporte jurídico a requerir una compensación.

---

<sup>48</sup> *Responsabilidad por el daño necesario*, op. cit., p. 219.

<sup>49</sup> *Código Civil y leyes complementarias*, op. cit., p. 11.

# NUEVAS FRONTERAS DEL DAÑO. EL DAÑO MORAL

GUSTAVO CARRANZA LATRUBESSE

**Sumario:** 1. El caso que origina este comentario. 2. La idea del “daño desproporcionado” del derecho civil español. 3. El concepto del daño moral. 4. La limitación legislativa en el art. 1078, Código Civil. 5. La ampliación de los legitimados. 6. El fallo de la Corte en “Aquino”. 7. Conclusión.

## 1. El caso que origina este comentario

Fue resuelto por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, por acuerdo del 17 de mayo de 2007, en la demanda promovida por los padres de un menor de 4 años de edad que concurre a un hospital público de la provincia de Buenos Aires en busca de auxilio médico, ante la fractura del tabique nasal padecido mientras el niño se encontraba en el jardín de infantes al que concurría; los médicos diagnosticaron dicha fractura como solucionable por una pequeña cirugía. Sometido a la misma, por una falla en el vaporizador de la anestesia, padeció una “braquicardia por inhalación excesiva de vapores anestésicos” generándole, como horrorosa consecuencia, una cuadriplejía representativa de una incapacidad absoluta y permanente, irreversible y de un cien por ciento. El juez Roncoroni, que emite el primer voto, sostuvo: “Es una incapacidad para toda la vida, un problema médico, social, educacional y económico”. El cuadro médico descripto por la perito actuante sobrecoge por la multitud de funciones vitales que han desaparecido como consecuencia de la destrucción del tejido cerebral irreversible, lo que lleva al magistrado citado a “extrovertir la conmoción que embarga mi conciencia como ser humano y como juez de cara a la tragedia”. Es muy difícil no compartir este sentimiento. En todo caso, el horror conturba el ánimo y hace que el hombre se aleje de su condición no humana y, a un tiempo, replantea frente a la ley la necesidad

de su morigeración o de su cambio. Esta es la situación del art. 1078, Código Civil (C.C.), que hace crisis frente a los casos dolorosos y pone en tensión el alma de los jueces.

El voto del juez Negri se ocupa de la confrontación entre lo demandado y lo resuelto, para sostener que no hay afectación del principio de congruencia para sostener que el *hecho* del daño moral de los padres se encuentra probado: “que ellos no sean *también* damnificados *directos*, entender que su mortificación es sólo *refleja*, sería contrariar lo probado”. Esto conlleva una cierta modificación en la inteligencia de la norma impeditiva pues, en adelante y con arreglo a este precedente, será menester dejar acreditado la condición de víctima *directa* del hecho o acto ilícito, *causante* del daño. Para sostener este aserto, afirma que “un hecho puede dañar *directa y moralmente* a más de una persona: esto es lo ocurrido aquí”. Lo propio del daño es que afecte intereses de la persona que lo sufre, patrimoniales y morales; pero hay infinidad de hechos que afectan a un colectivo de personas en sus *intereses*, no siempre en cuestiones patrimoniales pero sí en aspectos espirituales, vinculados a aquellos “valores precipuos” del ser humano, como son la paz, la tranquilidad, etc., etc. Y esto es lo que, para evitar los reclamos en cascada, el legislador quiso acotar estableciendo la limitación en favor sólo de los herederos forzosos. Esta nueva clave interpretativa debe afinarse, sin riesgo para mí, de generar la tal cascada, si se toma en consideración la vinculación particular que liga a las víctimas del mismo hecho (los hermanos, los concubenarios, como acuerda la Corte IDH, los novios, las parejas estables de larga data -cuánto?-, los amigos íntimos) y se exija una prueba acabada de su existencia real, concreta, de cierta profundidad. Ciertos hechos de la vida en sociedad nos producen justificada indignación, a menudo nos alteran y perturban de un modo singular pero difícilmente un juez estaría dispuesto a concedernos una indemnización de tal naturaleza. Esto lleva a la conclusión de que la procedencia de la reparación no está sólo en función del daño, sino de modo especial aquí, de la vinculación que exista entre las personas que lo sufren, sin que sea posible descartar un ápice la causalidad. El fallecimiento en un accidente de tránsito de un maestro singular, como en su momento fue Clariá Olmedo, dejó una pléyade de turbados condiscípulos, discípulos y amigos, que hubiera sido menester indemnizar de modo que el patrimonio del responsable se hubiera agotado prontamente.

En el ámbito de los intereses difusos es dable indemnizar el daño, material y moral, que “se supone” afecta a un colectivo de personas, pero allí la incidencia es propia, en todos y cada uno de los individuos que lo integran, bastando que se acredite que “podría” afectar a uno de ellos; este concepto tiene utilidad para poner en funcionamiento la prevención y para dar justificación a la supresión de la causa que lo motiva, pues, en definitiva, no está en tela de juicio un derecho subjetivo sino un “interés” (allí, el medio ambiente sano) tutelable por medio de acciones inhibitorias y resarcitorias de legitimados activos que representan intereses difusos o colectivos (conf., voto de la doctora Mattera, CNCiv., sala J, 27.10.2005, “Aspiroz Costa, Francisco y otros c/ PASA. S.A. y otros”, J.A. 2006-I-455). Pero creo que no será posible modificar la absoluta necesidad de acreditar la naturaleza y cuantía del daño individual, patrimonial y moral, porque este sigue siendo un presupuesto ineludible de la responsabilidad civil, y sólo con relación al daño moral será posible presumir su existencia con apego a la construcción de lo que suele acontecer según el curso natural y ordinario de las cosas. Existencia, más no cuantía, que debe ser acreditada con relación a su intensidad y de las circunstancias particulares de las que aquella existencia emana. La remisión de la Corte federal a lo que sobre el punto resuelvan las jurisdicciones respectivas, aún con riesgo de sentencias contradictorias (C.S., 20.06.2006, “Mendoza, Beatriz S. y otros c/ Estado Nacional y otros”, considerando 19, J.A. 2006-III-294) participa, me parece, de esta apreciación; aunque, cabe precisar, se ajusta de modo especial a un supuesto de daño ambiental respecto del cual la Corte federal reivindica su jurisdicción y su competencia originaria, de resorte constitucional. Es obvio que a la par de la defensa supraindividual del medio ambiente, se yergue la pretensión individual de cada dañado a que se le repare “su” daño material y moral, en la extensión y cuantía que corresponda al daño efectivamente padecido; la sentencia sobre el objeto de la defensa del ambiente adquirirá efectos *erga omnes*, a ese colectivo que padece la afectación del ambiente, pero mantendrá la individualidad del efecto entre partes en orden a la reparación del daño (conf. C. 1ª Civ. y Com., La Plata, Sala 3ª, 15.11.1994 “Sagarduy, Alberto O”, J.A. 1995-IV-178 y J.A. 1995-IV-188). No es posible negar la existencia de un daño moral colectivo ni ciertas vías de satisfacción global de los afectados; pero, así las cosas, el discurso nos aleja de la cuestión en debate, que se cierne sobre los legitimados en tanto sean, según el texto legal, legitimarios potenciales como herederos forzosos. Y

el juez Negri dice que “damnificado *directo* es el que *por sí mismo* sufre el daño moral” y ello es así, dice, porque no puede leerse la norma como si dijera que “la acción por indemnización por daño moral *sólo competereá al damnificado por el daño material*”, y en rigor, lo que dice, es que “*sólo competereá al damnificado directo*”; y estos son los padres que han sufrido en su propio corazón el tremendo daño físico padecido por su hijo. Y argumenta, con razón en que un daño no es componente ontológico del otro. La Corte federal lo ha dicho varias veces, afirmando que el daño moral *no es accesorio* del daño material ni debe guardar su reparación alguna proporción con el, insistiendo en su carácter resarcitorio<sup>1</sup>.

El juez de Lázari adhiere a la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 C.C., y formula apreciaciones complementarias que ponen en tela de juicio aquellas consideraciones del juez Negri. Siguiendo a Matilde Zavala de González estima equivocado el encuadre de su colega, entendiendo que damnificado directo “es la persona que sufre un daño en calidad de víctima inmediata del suceso”, los demás son damnificados indirectos aunque también experimentan un perjuicio a raíz del hecho; la diferencia estaría en el modo como incide en ellos; en los indirectos, por repercusión o reflejo. Habría, dice, una conexión objetiva entre la situación de uno y otro: el bien o interés del damnificado directo satisface también y de algún modo un bien o interés del otro. El argumento no es fácil de asimilar ni me parece definitorio; en primer lugar, hay una primera

---

<sup>1</sup> C.S., 28.04.98, “Martínez, Diego Daniel c/ Provincia de Corrientes”, Fallos 321:1117; C.S., 16.06.88, “Bonadero Alberdi de Inaudi, Martha A. y otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos”; Fallos 311:1018; C.S., 07.09.89, “Forni, Francisco; Forni, Alberto y Forni, Raúl c/ Ferrocarriles Argentinos”, Fallos 315:1597; C.S., 09.12.93, “Harris, Alberto c/ Ferrocarriles Argentinos”, Fallos 316:2774; C.S., 09.12.93, “Gómez Orue de Gaete, Frida A. y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otras”, Fallos 316:2894; C.S., 17.04.97, “Savarro de Caldara, Elsa I. y otros c/ Ferrocarriles Argentinos”, Fallos 320:536; C.S., 26.10.99, “Pérez, Claudia Marisa c/ Provincia de Entre Ríos y otro”, Fallos 322:2658; C.S., 01.11.99, “Rosa, Carlos Alberto c/ Estado Nacional / Ministerio de Justicia y otro”, Fallos 322:2685, consid. 27 y sus citas; C.S., 09.11.2000, “Saber, Ciro Adrián c/ Provincia de Río Negro y otros”; C.S., 21.05.2002, “Camargo, Martina y otros c/ Provincia de San Luis y otra”; C.S., 20.03.2003, “Lema, Jorge H. c/ Provincia de Buenos Aires y otros”; C.S., 20.03.2003, “Mochi, Ermanno y otra c/ Provincia de Buenos Aires”; C.S., 27.05.2003, “Sitjá y Balbastro, Juan R. c/ Provincia de La Rioja y otro”; C.S., 23.12.2004, “Goldstein, Mónica c/ Provincia de Santa Cruz”; C.S., 29.11.2005, “Gerbaudo, José L. c/ Provincia de Buenos Aires y otro”).

afectación con la frustración del contrato, celebrado con el médico, que incide sobre los padres contratantes de su prestación profesional, aunque adquiere mayor trascendencia la afectación que produjo en la persona del niño; que se violó el contrato, no hay dudas, y que hay responsabilidad extracontractual tampoco, aunque esta tradujo el inmenso daño en la persona del menor, que vino a producirse por la vía de la violación del contrato. Esta acaeció primero o de modo concomitante, pero la segunda es *mayor* por la consecuencia horrorosa que produjo. Este modo de razonar da lugar a un supuesto de responsabilidad contractual y, aunque no he leído el fallo de la cámara, es posible que haya sido la vía de solución frente a la valla del art. 1078 C.C.. La cita de Zannoni apunta a la vinculación personal que existe entre la víctima inmediata o directa y aquellos que lo padecen por repercusión o reflejo; la doctrina y jurisprudencia española lo llama “daño de rebote” El Diccionario de Ossorio llama “*damnificado directo* [a] la víctima inmediata del delito, y *damnificado indirecto*, aquel que resulta perjudicado en su persona o derechos sólo en forma refleja, por encontrarse vinculado de alguna manera con la víctima del acto ilícito”<sup>2</sup>. Y dice el juez de Lázari, con cita de Zavala de González, que también los damnificados indirectos padecen un perjuicio propio y personal “pero si es de índole moral su resarcimiento aparece vedado por dicha norma”. Así las cosas, esta vía de interpretación de la norma cierra el camino a la indemnización del daño moral, ciertamente padecido por los padres. Pareciera entonces que la vía de la confrontación con la Constitución sea la más adecuada para encontrar la solución justa; el citado juez encuentra que la norma en cuestión vulnera el art. 16, Constitución Nacional, pero también otras disposiciones, cuyo tenor analiza. Así, el art. 19 C.N., y la formulación del *neminem laedere* al que la Corte federal le ha asignado raíz constitucional (C.S., 5.8.66, “Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Ferrocarriles Argentinos”, *Fallos* 308:1160; C.S., 5.8.86, “Gunther, Fernando c/ Gobierno Nacional”, *Fallos* 308: 1118); con citas de Bidart Campos se refiere a los tratados (arts. 5 y 21.2, del Convención ADH; el art. 17, C.N., relativo a la expropiación; el art. 41, C.N., en materia ambiental; el art. 10, Convención ADH, relativo al error judicial), y agrega el derecho a la reparación por las “responsabilidades ulteriores” del art. 13,

---

<sup>2</sup> Manuel OSSORIO, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 21ª ed., Buenos Aires, Heliasta, 1994, p. 268.

Convención ADH, lo que lo lleva a afirmar que el “derecho de daños” tiene rango constitucional. Alude a los arts. 14 y 28, C.N., y aduna en que la reglamentación de los derechos no puede desconocerlos y cita a la Corte federal (C.S., *Fallos* 249:252). Concluye en que no encuentra razón para limitar sólo al daño patrimonial (art. 1079 C.C.) la reparación de los damnificados indirectos, sin que el peligro del desborde de acciones sea una razón de peso para sostener la vigencia del precepto impeditivo, pues el orden jurídico prevé normas reguladoras (arts. 1071 y 1069, segundo párrafo C.C.).

El juez Soria plantea otra cuestión de sumo interés para la solución del caso, aunque se define por una solución de tipo procesal toda vez que, sostiene con cita de la foja del libelo de responde de la demanda, que el Fisco ahora recurrente, “sostuvo la naturaleza contractual” de la responsabilidad médica imputada a la demandada, que fue también el encuadrado al caso por el juez de la primera instancia y adoptado por la cámara, sin que admitiera el recurso de la actora de que se constriñera a ese ámbito exclusivo la obligación de reparar el daño; y ello porque su queja carecía de la entidad necesaria para ser constitutiva de agravio. La cuestión no es menor desde la óptica procesal pues compromete la posición asumida por la demandada, conforme a la teoría llamada de “los propios actos”, que exige congruencia de la conducta posterior con la afirmación de una situación previa, elegida o admitida libremente; o, como dijo el juez citado, su reclamo es inaudible como fruto de una reflexión tardía. Por ello, el magistrado entiende innecesario ingresar al análisis de la inconstitucionalidad del art. 1078 C.C., toda vez que la cuestión finca en la responsabilidad contractual.

Por fin, el juez Pettigiani aporta otro fundamento en favor de la relación extracontractual que, a su juicio, rige el caso; esto es, que la obligación del Estado de reparar las consecuencias de las malas prácticas médicas se inscribe, sostiene, en el derecho público y se instala en aquel ámbito o cauce de la responsabilidad civil, criterio que no comparto, pues la relación médico-paciente no deja de ser de tipo científico y profesional, sustancialmente contractual, cualquiera sea la relación de dependencia funcional que tenga el médico con el Estado. Por esta vía adhiere a la argumentación del primer juez y al voto del juez De Lazzari, en su planteo de confrontación constitucional.

Hay algo de paradójico en todo esto pues la parte dispositiva del fallo sólo traduce el rechazo del recurso extraordinario, con las condignas cos-

tas, de donde sólo es posible concluir en que “no es fundado” el recurso de inaplicabilidad de ley que motiva el pronunciamiento. Y otra paradoja es que los votos traducen las opiniones divergentes acerca de la responsabilidad del hospital público, contractual para unos, extracontractual para otros -a lo que se suma el riesgo o vicio de la cosa- y de derecho público, constitucional o administrativo aunque se apliquen en la solución del caso disposiciones de derecho privado. Caminos diversos que, en el caso, confluyeron en la consagración de una solución justa, lo que pone -de nuevo- de manifiesto la necesidad de insistir en la unificación de la responsabilidad civil, buscando en sus dos aspectos distintivos -prescripción y extensión del resarcimiento, esto último más doctrinario que práctico- una síntesis útil para todos los casos. Me parece a mí que el horror ha sido el convocante, pero hay infinidad de situaciones tristes que merecen un tratamiento “axiológico” engarzado en las normas de la Constitución; en su fuerza normativa y, otra vez, como quería y pregonaba Bidart Campos, su vigencia, “con ley, sin ley, contra la ley”. No es posible confiar, solamente, en el alma de los jueces; la Constitución con su centenaria sabiduría, vierte soluciones prácticas aún en contra de la voluntad del legislador y, como en este caso, más allá de las discrepancias doctrinarias, ilumina las soluciones justas.

## **2. La idea del “daño desproporcionado” del Derecho civil español**

A fin de abordar adecuadamente la noción del epígrafe, conviene recordar, con palabras de Elena Vicente Domingo, que el daño es el motor de la responsabilidad civil<sup>3</sup>; que al impulso de las convicciones sociales acerca de su concepto, se van extendiendo los supuestos que encuentran reparación en los fallos judiciales en la medida, cabe acotar, que exhiban cierto sustento normativo en las previsiones generales del Derecho común. Esto, a su vez, requiere explicitar que el C.C. argentino como los restantes que encuentran en el C.C. francés, específicamente en el art. 1382, una cláusula general sobre los presupuestos de la responsabili-

---

<sup>3</sup> Elena VICENTE DOMINGO, *Tratado de responsabilidad civil*, coordinado por L. Fernando Reglero Campos, Thomson, Aranzadi, Cizur Menor [Navarra], 2006, p. 231.

dad civil, organizan un sistema atípico de supuestos de daños resarcibles; sin perjuicio de contener previsiones sobre algunos de los supuestos dañosos más allá de aquella cláusula general (art. 1109 C.C. argentino; art. 1902 C.C. español; art. 1382 C.C. francés), como la que resulta de los arts. 1084 a 1095 C.C. argentino (delitos contra las personas y contra la propiedad). A diferencia de los C.C. francés y español, el C.C. argentino define con bastante latitud el contenido del daño resarcible, como “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” (sic, en lo pertinente, art. 1068 C.C. argentino). Esta atipicidad permite a los juristas elaborar nuevas fórmulas para atrapar daños, con lo que se va extendiendo la frontera de la responsabilidad civil. Es claro que, en orden a los daños “a la persona”, se abren posibilidades de daños que no siempre encuentran ajustado encaje en las normas del sistema, siendo del caso recordar las posiciones doctrinarias acerca de la distinción o equivalencia entre daño psíquico y daño moral, que ha ocupado a los juristas; hoy por hoy, cabe sostener la distinción entre uno y otro, sin que quepa negar que un daño psíquico, en la medida que configura una disminución de la capacidad del sujeto, puede generar pérdidas de oportunidades económicas y, a su vez, merecer una reparación por la afectación moral que produce en la persona que lo padece. La CNCiv., Sala H, por voto del doctor Kiper, delimitó ambos conceptos, que producen su influencia en el ámbito de la “psique”, sosteniendo “como delineación inicial que el daño moral acontece prevalentemente en el sentimiento, mientras que el daño psíquico afecta con preponderancia el razonamiento. Esto no determina, por supuesto, una suerte de compartimentos estancos. Si bien son definibles o idealmente separables, el razonamiento y el sentimiento tienen zonas estrechamente relacionadas y relacionantes y acaecen en la esfera de la psique. El sentimiento se acerca más a la emotividad, a la impresión. Por su parte, el razonamiento forma ideas, conceptos, juicios para llegar a conclusiones”<sup>4</sup>. La fórmula del C.C. argentino contiene, todavía más, una amplitud que deja margen para su extensión cualitativa y cuantitativa, habida cuenta que involucra el daño “indirecto” que resulta “a su persona

---

<sup>4</sup> CNCiv., Sala H, 28.6.2001, “Lastra Lidia c/ Heredia Fernán Santiago y otro s/ Daños y perjuicios”.

o a sus derechos o facultades”. La invasión a la privacidad, el derecho a la propia imagen, el derecho a no haber nacido (en supuestos de nacimiento de niños con malformaciones congénitas que pudieran haber autorizado a la madre a optar por la interrupción del embarazo, que contempla la doctrina y jurisprudencia española), el daño a la salud de que es tributario el daño a la integridad psicofísica (con autonomía conceptual en la doctrina de la Corte federal)<sup>5</sup>, el derecho a “ser dejado a solas”<sup>6</sup>, todas las facultades que integran el ámbito de la “propiedad” en el sentido amplio con que la Corte federal define ese concepto<sup>7</sup>, son susceptibles de fundar un reclamo resarcitorio.

---

<sup>5</sup> “Cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que puede corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida” (C.S., 01.12.1992, “Pose, José Daniel c/ Provincia del Chubut y otra, daños y perjuicios”, *Fallos* 315:2834; C.S., 21.05.2002, “Camargo, Martina y otros c/ Provincia de San Luis y otra, daños y perjuicios”; C.S., 20.03.2003, “Mochi, Ermanno y otra c/ Provincia de Buenos Aires, daños y perjuicios”; C.S., 27.05.2003, “Sitjá y Balbastro, Juan R. c/ Provincia de La Rioja y otro, daños y perjuicios”; C.S., 11.06.2003, “Cebollero, Antonio R. y otros c/ Provincia de Córdoba, daños y perjuicios”; C.S., 29.06.2004, “Coco, Fabián A. c/ Provincia de Buenos Aires y otros, daños y perjuicios”; C.S., 11.07.2006, “Bustos, Ramón R. c/ Provincia de La Pampa y otro, daños y perjuicios”; C.S., 07.11.2006, “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ Provincia de Buenos Aires y otro y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente, daños y perjuicios”; C.S., 06.03.2007, “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de y otros, daños y perjuicios”). Ver, además, los numerosos fallos que protegen el derecho a la salud por vía de amparo; así, C.S., 12.7.2001, “Álvarez, Oscar Juan c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción de amparo”, en que, además, concede una medida cautelar consistente en el suministro del tratamiento y medicación necesaria, en el término de cinco días y bajo apercibimiento de astreintes.

<sup>6</sup> C.S., 6.4.1993, “Bahamondez, Marcelo”. El “derecho a ser dejado a solas” que sirve de fundamento para negarse a recibir tratamientos médicos y que encuentra su exacta equivalencia en el derecho tutelado por el art. 19 CN, no puede ser restringido por la sola circunstancia de que la decisión del paciente pueda parecer irrazonable o absurda a la opinión dominante de la sociedad (Del voto en disidencia de los Dres. Belluscio y Petracchi), J.A. 1993 - IV - 558.

<sup>7</sup> C.S., El término “propiedad” contenido en los arts. 14 y 17, CN, “ampara a todo el patrimonio, incluyendo los derechos reales y personales, bienes materiales o

El lucro cesante en sentido técnico, dice Zavala de González, “es amplio: debe incluir, además de la pérdida de concretos enriquecimientos, la que así sea a largo plazo apareja el menoscabo de potencialidades humanas que son fuente de futuras ventajas económicas; es decir, no únicamente la frustración de lo que ya se tenía título o derecho a obtener y sí también lo que verosímil y probablemente se esperaba lograr más adelante, sea con el grado de certeza relativa inherente al lucro cesante *stricto sensu* o bien, al menos, con el de mera probabilidad que caracteriza a una ‘chance’”<sup>8</sup>. El daño a la persona, sus derechos y facultades, comprende entonces todos los menoscabos que, a partir de la demostración de la certeza del daño, sea posible acreditar. A veces, los fallos judiciales se ocupan del tema de la “chance” de obtener ingresos económicos sin advertir que la lesión a las facultades de la persona, contiene un rico veneno de daños posibles. Esa limitación indebida se observa, por ejemplo, en la reparación de daños por la pérdida de hijos menores, en cuyo caso se sustenta la “chance”<sup>9</sup> en los beneficios económicos que hubiera podido aportar el hijo en la ancianidad de sus padres, sin advertir que otros aspectos, como la posibilidad de imponerles tareas acorde a su edad (art. 277, según ley 23.264), la mera satisfacción de educarlos (art. 267 C.C.), verlos crecer, acompañarlos y ser acompañados por ellos en el curso de la vida (art. 266 C.C.), constituyen privaciones a facultades que exceden las casillas del daño patrimonial y del daño moral, y que deben ser indemnizados con prescindencia de ellos, en la única forma en que el dinero lo permite, como satisfacción por equivalente.

Para no abundar en nociones conocidas, concreto la referencia al epígrafe, relativa al llamado “daño desproporcionado”, que no es otra cosa que un supuesto “inesperado” entre las hipótesis de acaecimiento de

---

inmateriales y en general a todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo y de su vida y libertad” (Fallos 137:47; 294:152; 304:856).

<sup>8</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Daños a las personas*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, t. 2<sup>a</sup>, p. 249.

<sup>9</sup> “La chance es la posibilidad de un beneficio probable, que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe. Privar de esa esperanza al sujeto conlleva daño, aun cuando pueda ser dificultoso estimar la medida de ese daño, porque lo perdido, lo frustrado, en realidad es la chance y no el beneficio esperado como tal”, C. Civ. y Com. San Isidro, Sala 1<sup>a</sup>, 16.6.1993, “Jaura, José O. L. c/ Club Atlético Tigre y otros”, L.L. 1993-D-208.

daños como consecuencia de situaciones que, de ordinario, no deberían producirse; supone una ausencia de riesgos conocidos que, por tanto, el acaecimiento obedece a una situación impensada o imprevisible, lo que significa que los otros presupuestos de la responsabilidad civil no aparecen nítidamente acreditados. En palabras de Elena Vicente Domingo, el Tribunal Supremo español (T.S.) ha elaborado esta doctrina referida a daños padecidos en ocasión de prestaciones médicas y hospitalarias, cuando la culpa y la relación causal “se intuyen pero no se pueden demostrar”; dice la autora, con cita de sentencias del T.S., que cuando el resultado dañoso es “tan manifiestamente desproporcionado en relación con el riesgo asumido por el paciente, se dice que los hechos hablan por sí solos o *res ipsa loquitur* y se deduce la responsabilidad”; esta regla, dice el T.S., “se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia”, se asimila a la doctrina francesa de la *faute virtuelle*, “lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente”<sup>10</sup>. En nuestro derecho, la cuestión se resuelve con aplicación de las presunciones *hominis*, graves, precisas y concordantes que resulten de hechos probados y puedan extraerse de la conducta desplegada; en este sentido, cabe recordar, como señala Bueres, que el juez está facultado para analizar la conducta del sujeto sin sujeción a estándares o moldes rígidos fijados de antemano<sup>11</sup>. Y es esa, claramente, la postura del Codificador en la nota al art. 512 C.C., aunque en algunos supuestos contemplados en el Código se haya referido a distintos grados de culpa, cuya inutilidad se había encargado de demostrar. En rigor de verdad, la influencia del C.C. francés en el C.C. español hace que, a menudo, se incluya en la previsión del art. 1902 C.C. español, no sólo la culpa sino también la ilicitud y la causalidad, cosa que cabe apreciar en el modelo francés. En derecho argentino, insisto, no cabe “dar por presumida” la relación causal pues debe ser demostrada, en los supuestos de responsabilidad médica, con igual precisión que la culpa (tratándose de obligaciones de medios, en las que solo se compromete diligencia o actividad). En todo caso, si la conducta no es causa del daño, puede ocurrir que haya impedido una “chance”, que exige ser también

---

<sup>10</sup> Elena VICENTE DOMINGO, op. cit., p. 252.

<sup>11</sup> Alberto J. BUERES, *Derecho de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, p. 461.

probada y, en ese caso, lo que habrá de indemnizarse es la chance misma y no la totalidad del daño. El maestro Bueres lo explicita de esta forma: “hay una fusión errónea entre culpabilidad y causalidad. Insistimos con nuestro criterio: si hay causalidad probada entre el hecho y la muerte o el desmejoramiento de la salud y hay culpa (exhumada de ese denominado riesgo injustificado o de otras circunstancias) existirá responsabilidad integral. De lo contrario no la hay”<sup>12</sup>. El llamado “daño desproporcionado”, pues, no se ajusta a los requisitos o presupuestos de la responsabilidad civil, aunque sea dable conceder que demuestra una preocupación de los jueces nacida de la particular circunstancia en que el daño se produce. No es ocioso destacar aquí que, en gran medida, esa preocupación tiene un sustento normativo en la propia cúspide del sistema, pues en la CE de 1978, la salud es reconocida como un bien esencial<sup>13</sup>.

Siguiendo el criterio del maestro Bustamante Alsina, “El nexo causal es el elemento que vincula el daño directamente con el hecho e indirectamente con el factor de imputabilidad subjetiva o de atribución objetiva del daño. Es el factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, o en su caso, el riesgo, se integran en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar. Es un elemento objetivo porque alude a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o la cosa”<sup>14</sup>. Como ha dicho la CNCiv., “La relación de causalidad permite determinar la autoría del hecho ilícito y la extensión del resarcimiento debido, vinculando a su vez el daño inmediatamente con el hecho de la persona o cosa y mediatamente con el factor de atribución. Entonces, su importancia es decisiva en los casos en los cuales el factor de atribución es de carácter

---

<sup>12</sup> Alberto J. BUERES, *Responsabilidad civil de los médicos*, 3ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2006, p. 269.

<sup>13</sup> Ha dicho el TC que los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, y son origen inmediato de derechos y obligaciones, y no meros principios programáticos. Este principio general de aplicabilidad inmediata no sufre mas excepciones que las que imponga la propia Constitución, expresamente o bien por la naturaleza misma de la norma (STC 15/82). En sentencia 71/92, de 13 de mayo, sostuvo que en virtud del art. 53.1 CE, los derechos fundamentales tienen una especial fuerza vinculante directa no supeditada a intermediación legal alguna.

<sup>14</sup> Jorge BUSTAMANTE ALSINA, “Una nueva teoría explicativa de la relación de causalidad”, L.L. 1991-E-1378.

objetivo”<sup>15</sup>. Es claro, así, que la causalidad, fundada también en la previsibilidad, apunta a determinar la autoría. Como ha enseñado Aída Kemelmajer de Carlucci, la causalidad es útil, también, para definir la extensión del resarcimiento. Sostuvo que “En el campo de la responsabilidad la relación de causalidad cumple una doble función: a) permite determinar con rigor científico a quien atribuírsele un resultado dañoso y b) brinda los parámetros objetivos indispensables para calibrar la extensión del resarcimiento mediante un régimen predeterminado de imputación de consecuencias”<sup>16</sup>.

En el ámbito de la actuación médica, la prueba de la culpa debe integrarse con la prueba de la relación de causalidad de modo que, como ha dicho la Corte federal, “La responsabilidad galénica sólo puede surgir de la adecuada valoración del reproche de la conducta profesional en orden a la previsibilidad de sus consecuencias”<sup>17</sup>.

La CNCiv., Sala D, sostuvo que, en ausencia de una prueba contundente, “puede revelarse el nexo causal cuando el daño fue precedido por la creación de un riesgo injustificado o por la creación culposa de un estado de peligro, si dicho criterio se utiliza con carácter residual o corroborante”; agrega que “si unas infracciones “abstractas” al esquema de diligencia exigible generan un peligro (o riesgo) injustificado, es razonable captar tales circunstancias en el cúmulo probatorio, para flexibilizar la apreciación de una prueba tortuosa”: pero que “no resulta compartible la “teoría de la causalidad virtual”, conforme a la cual aunque no se demuestre la relación de causa a efecto entre el hecho médico y la muerte o desmejoramiento en la salud del paciente, cuadra conceder a éste una indemnización con fundamento en la equidad y a título de pérdida de chances de sobrevida o curación” (CNCiv., Sala D, 29.2.1996, “Turon, Claudia J. c/ Municipalidad de Buenos Aires”, J.A. 1996 - IV – 386). Como es fácil advertir, en ausencia de una prueba acabada que permita

---

<sup>15</sup> CNCiv., Sala H, 29.11.1996, “El Cóndor S.A c/ Municipalidad de Buenos Aires”, L.L. 1998-F-494.

<sup>16</sup> SC Mendoza, Sala I, 26.3.92, “Buel c/ Compañía de Perforaciones Río Colorado”, L.L. 1992-C-115 y ED 149-663; en similar sentido, CNCiv., Sala D, 12.11.91, ED 147-575; Sala H, 29.11.96, “El Cóndor E.T. S.A. c/ Municipalidad de Buenos Aires”, L.L. 1997-E-1010, 39.780-S.

<sup>17</sup> C.S., 13.2.1996, “Peleriti, Humberto R.”, J.A. 1998-I, síntesis.

imputar al galeno la responsabilidad por las consecuencias de su actuación<sup>18</sup>, el tribunal podrá arbitrar una indemnización atenuada si media, por la creación de un riesgo innecesario previo, la existencia de medios de convicción que permitan extraer que la actuación médica dio lugar a una pérdida de chance de curación o sobrevida.

En el ámbito de la circulación automotriz, tratándose el afectado de un peatón, la responsabilidad se funda en el riesgo o vicio de la cosa y pone a cargo de su dueño o guardián la carga de indemnizar las consecuencias. Por la ley nacional de tránsito 24.449, el peatón goza de una presunción favorable de haber actuado en consonancias con los reglamentos del tránsito; el propósito del legislador es tutelar su integridad física frente a los riesgos de los automotores. El art. 64, en lo que aquí interesa destacar, dice: “El peatón goza del beneficio de la duda y presunciones a su favor, en tanto, no incurra en graves violaciones a las reglas del tránsito”. Esto es, que la ley no ampara conductas desaprensivas o graves violaciones a los reglamentos (aparición súbita a mitad de cuadra, cruce corriendo). A su vez, le impone al demandado para exonerarse una prueba acabada de la culpa de la víctima, con los caracteres propios del caso fortuito (culpa o hecho de la víctima o de un tercero por quien no deba responder). En consonancia con ello, la jurisprudencia ha creado las llamadas “presunciones de culpabilidad” o de “imputabilidad subjetiva” que, con base en la culpa, encubren violaciones a los reglamentos del tránsito (carácter de embistente, violación de la prioridad de paso, colisión en la parte posterior del rodado embestido; colisión con la parte frontal que exhibe la de embistente, conducción en retroceso o en contramano, detención en lugar indebido y, tratándose de peatones, cruces imprevistos, a la carrera, cruces de vías rápidas y autopistas, por lugares no iluminados, etc.; tratándose de conductores profesionales, se pone a su cargo la conducta del “peatón distraído”, porque no es imprevisible su aparición en proximidades de las bocacalles; velocidad excesiva y pérdida del dominio del rodado).

---

<sup>18</sup> Luis MOISSET DE ESPANÉS, “imputar es atribuir a una persona una acción u omisión, con el objeto de hacerla responsable de sus consecuencias”, “Acto ilícito y responsabilidad civil”, en *La responsabilidad*, Libro de Homenaje al Prof. I. Goldenberg, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 101.

Entre aquellas afectaciones de daño “indirecto” a la persona, a sus derechos y facultades, es dable consignar el que apareja un cambio entre el estar bien, al tiempo del hecho, y el resultante como consecuencia de la acción dañosa. A mero título ejemplificativo porque así lo he sostenido en una demanda judicial, las alteraciones que el hecho produce en el bienestar propio del sujeto al tiempo del hecho y su evidente modificación como consecuencia del evento, constituye un daño resarcible<sup>19</sup>; desde que no produzca, como inmediata consecuencia, la pérdida de posibilidades o beneficios económicos, habrá de repararse como daño extrapatrimonial; en el caso, se trataba de una señora de avanzada edad, próxima a los 80 años, que fue atropellada en la vía pública por un vehículo en circunstancias en que cruzaba correctamente por la senda peatonal. Aunque pudo curar de las fracturas recibidas, no pudo gozar en adelante de la plenitud anterior; se vio reducida en sus desplazamientos, la comenzaron a afectar dolores inespecíficos vinculados al cambio del tiempo y, por fin, cierto temor se fue apoderando de ella que la inhibía de transitar libremente por las calles. Había perdido el placer de sentirse bien<sup>20</sup>. Por lo demás, es indiscutible el derecho de vivir en plenitud todas las etapas de la existencia humana<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Luis MOISSET DE ESPANÉS, dice con relación al daño futuro, que el juez “sólo podrá tomar en cuenta aquellos en que exista certeza de que han de producirse”, “Reflexiones sobre el ‘daño actual’ y el ‘daño futuro’”, E.D. 59-791.

<sup>20</sup> Como indica la autora que cito en la nota 9, este derecho se conoce en la doctrina española con su nombre en francés, *préjudice d'agrément*; supone la pérdida de una determinada calidad de vida, la que debe indemnizarse como “daño moral puro”; op.cit., p. 292. Tiene su correlato en la “disminución de las capacidades vivenciales”, elaborada por la Corte federal: C.S., 15.10.1987, “Prille de Nicolini, Graciela Cristina c/ Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires y Provincia de Buenos Aires”, *Fallos* 310:2103; C.S., 28.5.2002, “Vergnano de Rodríguez, Susana B. c/ Provincia de Buenos Aires y otro s. Daños y perjuicios”.

<sup>21</sup> CNCiv., Sala H, 27.6.201, “Alice, Blanca Delia c/ Empresa de Transportes Alberti SRL y otro s/ daños y perjuicios”: “Además, en relación a la edad del damnificado, corresponde enfatizar que cada persona, sin que importe su edad, tiene derecho a vivir en plenitud todas y cada una de las etapas biológicas de su existencia”.

### 3. El concepto del daño moral

En numerosos trabajos y demandas he tomado, como concepto del daño moral, al elaborado por la Sala C de la CNCiv., como aquel que tiene “vigencia propia que asienta en aspectos extrapatrimoniales definidos, como son el dolor, las afecciones destruidas, la herida a caros sentimientos, los padecimientos de toda índole. Más allá de los gastos y las ganancias, emerge la silueta principal e irrefutable del peso de las desgracias, de las tribulaciones, que muy bien pueden influir hasta en la capacidad de trabajo y en la producción de bienes, desmejorando por estados de ánimo depresivos las posibilidades personales de quien las sufre” (ED 81-521). Y he reproducido la cita de Mosset Iturraspe, con igual claridad, que lo considera como “la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precipuo en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los demás sagrados afectos”<sup>22</sup>.

El dolor, la frustración a muy caros e íntimos sentimientos, pone en acción la necesidad de compensar a la víctima, esto es, a quien padece ese daño, la necesidad de su reparación. Y creo yo, cuando en una causa judicial se comprueba la existencia de un daño de este tipo, que no es diverso en esencia del que define el art. 1068 C.C., aunque no se haya solicitado su reparación en la demanda, debe concederse en la sentencia si su existencia está acabadamente comprobada; así lo ha sostenido la CNCiv., por su Sala L: “una vez acreditada la responsabilidad de la demandada, la desestimación del daño material, no impide el progreso de la acción por el daño moral desde que no hay duda alguna que si se ha configurado la existencia de un menoscabo extrapatrimonial debe ser resarcido”<sup>23</sup>; en especial, cuando los viejos abogados no olvidamos de colocar en las demandas aquella prevención contra una pretensión *ultra petita*, de “o lo que en más o en menos resulte de la prueba”. Justifico este aserto en que el daño moral, a salvo su incidencia en lo espiritual o inma-

---

<sup>22</sup> Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Ediar, 1979, t. I, Parte general, p. 103.

<sup>23</sup> CNCiv., Sala L, diciembre de 2006, “Cuello c/ Banco Patagónico”; id. Sala C, “Travieso Vitalis c/ Lloyds Tsb. Bank”, de noviembre de 2004.

terial, en nada difiere del daño en cuanto daño, consecuencia de una conducta reprochable, sea que resulte del mero incumplimiento contractual, en donde la responsabilidad civil es un *posterius*, sea que provenga de un hecho ilícito o, como en el triste caso de este comentario, resulte de la incidencia del riesgo o vicio de una cosa<sup>24</sup>.

Nadie desconoce la dificultad de determinar el monto indemnizatorio del daño moral, en donde el juez debe ponderar todas las circunstancias del hecho y, en particular, las condiciones de las personas, del tiempo y del lugar, y dejar expresa constancia de su valoración respecto de cada una de ellas, de modo de poder controlar el juicio judicial<sup>25</sup>. Siendo todavía juez de la CNCiv., Elena Highton de Nolasco sostuvo que “El dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado. El dinero es un medio de obtener contentamientos, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes

---

<sup>24</sup> En el sentido de tener por acreditado el daño moral, aún ausente la prueba de un daño material, véase los fallos de la CNCiv., Sala L, 8.5.06, “Bousquet, Ricardo c/ Organización Veraz s/ Ds. y Pjs.”, Expte. N°: 64.261, elDial - AA364C; y Sala L, dic. 2006, “Cuello, Marcelo Alberto c/ Banco Patagonia s/ daños y perjuicios”.

<sup>25</sup> Ha dicho la Corte federal que cabe “tener en cuenta las circunstancias personales del damnificado y la gravedad de las secuelas que pueden extenderse no sólo al ámbito del trabajo, sino a su vida de relación, incidiendo en las relaciones sociales, deportivas, etc.” con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida; C.S., 12.12.1989, “Ortiz, Eduardo Adolfo /menor, Ortiz, Enrique A. c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos”, Fallos 315:2412; conf. C.S., 19.08.1999, “Irala Aguayo, Abundio c/ Provincia de Formosa”, Fallos 322:1792; C.S., 07.02.1995, “Toscano, Gustavo Cayetano c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 318:38; C.S., 21.03.1995, “Rebesco, Luis Mario c/ Policía Federal Argentina/Estado Nacional/Ministerio del Interior”, Fallos 318: 385; C.S., 12.09.1995, “Scamarcia, Mabel y otro c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 318:1715; C.S., 21.05.2002, “Camargo, Martina y otros c/ Provincia de San Luis y otra”; C.S., 11.06.2003, “Cebollero, Antonio R. y otros c/ Provincia de Córdoba”; C.S., 29.06.2004, “Coco, Fabián A. c/ Provincia de Buenos Aires”, entre muchos otros.

extrapatrimoniales”; y agrega: “El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia”<sup>26</sup>. Otro tribunal de provincia elaboró un consejo para los jueces que estimo de utilidad consignar: “El juzgador, como hombre común, debe subrogarse mentalmente en la situación de la víctima para determinar con equidad si él, en un caso análogo, hubiese padecido moralmente con intensidad suficiente como para reclamar una reparación, sin que ello implique que ésta sea el precio del dolor, sino que la función satisfactoria del dinero es, precisamente, la que permite reparar los daños que no son estrictamente valorables pecuniariamente”<sup>27</sup>.

#### **4. La limitación legislativa en el art. 1078, Código Civil**

Como es sabido, el texto vigente no es original del Código velezano; fue dispuesto por la ley 17.711 con miras a extender la responsabilidad del dañador, pero acotándolo a los herederos forzosos. La Corte federal fue morigerando el campo de aplicación del precepto, ampliando la legitimación en favor de herederos que resultarían desplazados por otros forzosos de rango superior: “Corresponde admitir el reclamo por daño moral efectuado por los padres de la pasajera de una aeronave que perdió la vida impactada por una hélice al momento del descenso en un aeropuerto “no controlado”, en razón de la interpretación amplia -en el caso, la víctima tenía un hijo- acordada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al art. 1078 del Cód. Civil”<sup>28</sup>, manteniendo la doctrina de su precedente “Bustamante, Elda y otra c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”<sup>29</sup> y “Gómez Orue de Gaete, Frida A. y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otros”<sup>30</sup>, en cuyo considerando 6 acuerda a una abuela la legiti-

---

<sup>26</sup> CNCiv., Sala F, 8.9.2003, “Ferreyra c/ Pereyra”.

<sup>27</sup> C. Civ. y Com. Morón, Sala 2ª, 11.05.1995, “Peña, Wenceslao R. c/ Empresa de Transporte del Oeste S.A.”, J.A. 1997-III-síntesis).

<sup>28</sup> C.S., 9.11.2000, “Fabro, Víctor y otra c/ Provincia de Río Negro y otros”.

<sup>29</sup> C.S., 10.12.96, Fallos 316:2894.

<sup>30</sup> C.S., 9.12.93, Fallos 316:2894.

mación para reclamar por la muerte de su nieto –concepto amplio de heredera forzosa– y en el considerando 4, excluye a una tía como pariente colateral, que modifica la sentada en “Noya, Alfonso y otro c/ Provincia de Buenos Aires”<sup>31</sup>. No la reconoció, sin embargo, en “Silveyra, Alberto y otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos y otros -recurso de hecho”, por cuestiones formales (abarroamiento de casos en la Corte), aunque pudo admitir la queja planteada dando una solución en justicia, como sentaron en voto disidente los jueces Nazareno, Moliné O`Connor y López (C.S., 15.7.97, considerando 7). Dijeron allí los citados “Que, en consecuencia, al excluir al heredero potencial del concepto definido por la ley, la sentencia apelada desvirtuó el principio de la reparación integral propio de la materia en examen, de lo que se desprende la existencia de relación directa e inmediata entre lo resuelto y las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas (art. 15 de la ley 48), por lo que se impone su descalificación como acto jurisdiccional válido”. Como se verá luego, el germen de la relación entre el entramado constitucional y el deber de no dañar campeaba en las ideas de la Corte; ésta lo concreta, con ajustado criterio sistemático y amplitud fundada en el deber de no dañar y en el principio de la reparación integral, en la causa “Aquino”; antes se había pronunciado, entre otros, en “Necchi c/ Santa Fe”, citado en el antes nombrado; de allí, una reparación que no involucrara todo el daño no sería justa pues no sería integral. Pero el daño moral seguía constreñido por la voluntad política del legislador en la exclusiva legitimación de la víctima y, sólo por su muerte, en los damnificados indirectos. Cruento pero cierto, la reflexión del preopinante –el juez Roncoroni en el fallo en comentario– apunta a mostrar que la muerte del niño autorizaría una indemnización que su horrorosa postración deniega. Y, entonces, el tremendo dolor de esos padres, ¿no se indemniza? El razonamiento, fundado en Derecho, aparece adecuado de mano del control difuso de constitucionalidad y con apego a la reinante doctrina de la Corte federal acerca de la declaración de oficio de este remedio sanador de la ley<sup>32</sup>; en alguno de sus párrafos la había calificado de inicua, aunque las razones del legislador pudieran ser atendibles; la rigidez de la norma impide su aplicación “lésbica”; impi-

---

<sup>31</sup> C.S., 26.8.75, Fallos 292:428, considerando 19.

<sup>32</sup> C.S., “Mill de Pereyra c/ Provincia de Corrientes”, Fallos 324:3219.

de amoldar la norma a las circunstancias de la vida, con esa fuerza que el genio de Vélez Sarsfield plasmó al definir la culpa y su incidencia en los efectos: lo que acostumbra suceder según el curso natural y ordinario de las cosas; y en ese entendimiento, es claro que difícilmente haya un dolor mayor que la pérdida de un hijo; qué decir de su postración inesperada, antinatural, sin sentido. La declaración de inconstitucionalidad deviene, así, necesaria, porque “la repugnancia con la cláusula constitucional sea [es] manifiesta e indubitable” (considerando 10), aunque la conclusión no es unívoca. No me sorprende esta declaración que, como abogado, en algunas causas invoqué adunando en la oficiosidad de su planteo, aún con solitaria opinión del juez Fayt que la había anticipado en voto minoritario; la tesis de “Marbury v. Madison” adquiere protagonismo y, entre nosotros, Bidart Campos postulaba con vigor la fuerza normativa de la Constitución, “con ley, sin ley, contra la ley”. Y, con aplicación de esa idea superadora, el juez califica a la norma en cuestión -el art. 1078 C.C.- “un escollo insalvable para la realización de la justicia en el caso concreto”. Y es verdad que no habría riesgo de juicios en cascada si se habilita la vía muerta, pues basta con aplicar con rigor la prueba del daño, de la culpa, de la antijuridicidad y de la relación de causalidad; por lo demás, la jurisdicción no se caracteriza por la magnanimidad en el otorgamiento de indemnizaciones; desde otra óptica, es preferible que sea audible la pretensión de reparación que su negativa total; la primera encuentra ciertos límites en la tasa de justicia y en la imposición de las costas por demandar sin derecho; la segunda, carece de toda justificación porque frustra el derecho al debido proceso para la defensa de los intereses de “todo” tipo (art. 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos). No es ocioso indicar aquí la amplitud con que la jurisdicción trasnacional confiere al daño moral, sin que encuentre en la violación de derechos humanos una razón que justifique una regulación particular; en ese ámbito se protege a la familia en sentido natural o familia “ampliada”, y reciben indemnización los hermanos (Corte IDH, caso *Blake*, Reparaciones, Serie C N° 48, sentencia del 22 de enero de 1999, p. 36; Caso *Loayza Tamayo c/ Perú*, Reparaciones, Serie C N° 42, sentencia del 27 de noviembre de 1998) y hasta “las” concubinas (caso *Aloeboetoe c/ Surinam*, Reparaciones [art. 63.1 Convención ADH]. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No 15, párr. 71 y Caso *Garrido y Baigorria*, Reparaciones, párr. 52).

En varios pronunciamientos las salas de la CNCiv. habían dejado asentado la necesidad de la interpretación amplia de la expresión “here-

deros forzosos” hasta que la cuestión adquirió validez general a través del plenario dictado en la causa “Ruiz c/ Russo”: “Cuando del hecho resulta la muerte de la víctima, los herederos forzosos legitimados para reclamar la indemnización por daño moral según lo previsto por el art. 1078 del Código Civil, no son sólo los de grado preferente de acuerdo al orden sucesorio”<sup>33</sup>. En la causa “Folgan c/ Del Rivero”, por voto del procurador fiscal al que remitió la Corte federal, se sostuvo todavía el impedimento, haciéndose constar de modo expreso que no se había reclamado la inconstitucionalidad del precepto<sup>34</sup>, pese a que regía ya el fallo de “Mill de Pereyra”, en que se abordó el control de oficio. En el voto disidente del juez Petracchi en “Parisi”, sostuvo que “El art. 1078 C.C. limita el derecho a la reparación del daño moral a la víctima, carácter que no revisten los damnificados indirectos que, no obstante haber sufrido perjuicios de esa índole, ven restringido -por razones de política legislativa- su derecho al pleno resarcimiento, máxime cuando no ha mediado pedido oportuno de inconstitucionalidad de la norma”<sup>35</sup>.

Las distintas salas de la CNCiv., habían dado operatividad a la vigencia del artículo, sin un análisis profundo de las circunstancias del caso. Así, con un voto del distinguido juez, doctor Zannoni, al que adhirió el juez doctor Posse Saguier, sostuvo, en un caso en que un niño de corta edad había sufrido quemaduras, que “la ley veda todo reclamo de daños no patrimoniales a damnificados indirectos cuando el ilícito no ha producido la muerte de la víctima. Esta restricción atañe a una solución de política legislativa que, salvo tacha de inconstitucionalidad que no ha sido articulada, debe ser aplicada en el marco de los agravios deducidos ante este Tribunal”<sup>36</sup>.

El fallo que comento abre, ahora a través del alto tribunal provincial, un nuevo cauce al planteo de la cuestión, aunque no hubiere acuerdo en

---

<sup>33</sup> CNCiv., en pleno, 28.02.1994, “Ruiz, Nicanor y Otro c/ Russo, Pascual P. s. Daños y perjuicios”.

<sup>34</sup> C.S., 2.12.03, “Folgan, Roberto c/ Del Rivero, Edgardo Sergio y otro”.

<sup>35</sup> C.S., 30.09.2003, “Parisi, Jorge O. y otros c/ Obra Social del Papel Cartón y Químicos y otros”.

<sup>36</sup> CNCiv. Sala F, 3.8.2004, “T., V. O. y otros c/ MCBA”. En igual sentido, CNCiv., Sala A, 23.12.2003, “D. C. M. L. y otro c/ S., G. J.”, J.A. 2004-II-602; Sup. Corte Bs. As., 22.12.1992, “D. C. M. c/ M. M. C.”, J.A. 1994-IV, síntesis; C. Civ. y Com. Junín, 18.08.1994, “Ochoa, Oscar A. c/ Alonso, Domingo”, J.A. 1995-IV-169.

las soluciones aplicables en el caso concreto; la inconstitucionalidad ha sido una de ellas y es, a tenor de la nueva jurisprudencia de la Corte federal, la que mejor anclaje encuentra en el sistema jurídico pues se ajusta a las normas superiores del ordenamiento.

## 5. El fallo de la Corte en “Aquino”

La Corte, luego de ponderar el principio de la dignidad humana y de progresividad de los derechos, sostenidos en instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, sostiene que la forma de reparación de daños establecida en el art. 39, inc. 1º, de la ley de riesgos del trabajo, produce una clara afectación a esos principios. Dice la Corte que “El hecho de que los menoscabos a la integridad psíquica, física y moral del trabajador prohibidos por el principio *alterum non laedere* deban ser indemnizados sólo en los términos que han sido indicados (supra considerando 6º), vuelve al art. 39, inc. 1, de la LRT contrario a la dignidad humana, ya que ello entraña una suerte de pretensión de reificar a la persona, por vía de considerarla no más que un factor de la producción, un objeto del mercado de trabajo”. Agrega, en lo que interesa destacar, reiterando que la LRT “Ha negado, a la hora de proteger la integridad psíquica, física y moral del trabajador, frente a supuestos regidos por el principio *alterum non laedere*, la consideración plena de la persona humana y los imperativos de justicia de la reparación, seguidos por nuestra Constitución Nacional y, de consiguiente, por esta Corte, que no deben cubrirse sólo en apariencia (Fallos: 299:125, 126, considerando 1º y sus citas, entre muchos otros)”<sup>37</sup>. En esa línea de pensamiento, ya había formulado con fuerza el postulado 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>38</sup>.

---

<sup>37</sup> C.S., 21.09.2004, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”.

<sup>38</sup> C.S., 24.10.2000, “Campodónico de Beviacqua, Ana C. c/ Estado Nacional”, J.A. 2001-I-464.

## 6. La ampliación de los legitimados

La ampliación de los legitimados por las decisiones judiciales, reconoce a mi juicio dos fundamentos; uno, la distinta apreciación por la “justicia” del caso, con notorio abandono de la concepción de la “fuerza vivificante del dolor” que, como indicaba Llambías entendiendo que era improcedente la indemnización del daño moral en los cuasidelitos<sup>39</sup>, determinaba a las víctimas a soportar las contingencias penosas de la vida en aras de un reconocimiento de naturaleza religiosa o confesional; a ello añadido, una mayor consideración acerca de la dignidad de la persona; otro, la modificación operada en las convenciones sociales y su apertura a una mayor tolerancia y permisividad en las costumbres. La Corte federal fue manteniendo la vigencia de la norma y su exclusión de legitimados indirectos dejando abierta la puerta para nuevos planteos, mediando invocación de inconstitucionalidad. Es el caso resuelto en “Folgán c/ Rivero”, a partir del cual se abre una nueva expectativa, en tanto se postule la cuestión constitucional, en orden al reclamo de los concubinos de que se reconozca su propio daño moral en caso de fallecimiento de uno de ellos. La CNCiv., como he indicado antes, mantenía la prohibición del art. 1078 C.C., al tiempo que reconocía la procedencia de la indemnización, por derecho propio, del daño material resultante de la postración del esposo y padre, en tanto se le negaba a la esposa e hijos el reclamo de su propio daño moral<sup>40</sup>. En el caso de hermanos la CNCiv., reconocía a los hermanos la indemnización de los daños materiales, de modo especial si se acreditaba la convivencia. En un voto de la Sala C, el doctor Santos Cifuentes dijo: “que, la prueba de los daños debe ser de amplia interpretación, pues el vínculo entre hermanos revela por sí mismo una posibilidad muy cierta de apoyos mutuos y de ayudas que se pierden. Sobre todo si se demuestra que vivían juntos. Hay derecho a indemnización por valor vida por la muerte de un hermano, si está demostrado no sólo que ambos hermanos -víctima y reclamante- vivían juntos, sino que el sobreviviente perdió apo-

---

<sup>39</sup> Jorge Joaquín LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, 1973, t. III, p. 511 y su remisión al t. I, N° 264 y 275.

<sup>40</sup> A mero título de ejemplo: CNCiv., Sala K, 28.02.1992, “Bustamante de Vázquez, Margarita c/ Blázquez, Rubén Omar s/ Sumario”.

yos solidarios que representan un precioso valor a considerar”<sup>41</sup>. La Corte federal había rechazado la indemnización pedida por una hermana de la víctima<sup>42</sup>. Otro tanto había hecho frente al reclamo de una tía<sup>43</sup>. En orden a la legitimación de los nietos, se admitió con aplicación del plenario de la CNCiv. en “Ruiz c/ Russo” y un precedente de la Corte federal<sup>44</sup>.

En cuanto al derecho indemnizatorio del agravio moral de los concubenarios, la CCiv. y Com. de Mar del Plata, sostuvo que “Corresponde hacer lugar al reclamo de daño moral deducido por muerte del concubino dado el hecho de haberse tratado de una relación de convivencia estable, prolongada en el tiempo, con un alto grado de certeza sobre su proyección futura, a partir de la cual se compartió no sólo el hogar sino la vida en todos los aspectos, y cuyo fruto ha sido un hijo en común que es criado por la reclamante juntamente con los otros hijos del anterior matrimonio de la víctima”<sup>45</sup>.

## 7. Conclusión

Es claro para mí que, al impulso de esta doctrina del tribunal cimero, una nueva lectura del art. 1068 C.C., permite atrapar en las fronteras del daño resarcible todos aquellos supuestos que afectan no sólo a la persona, sino también a sus derechos y facultades, con lo que cada violación de éstos en el infinito devenir de las relaciones humanas, podrá habilitar vías reparatorias cada vez que actos ilícitos, culpables y en relación causal con el daño, las produzcan; ello, obviamente, no deroga los principios de resorte del legislador conforme a los cuales deba responderse sin culpa, con fundamento en factores de atribución objetivos. Repasando algunos

---

<sup>41</sup> CNCiv., Sala C, 05.05.1992, “González, Manuel c/ Quintana, José Manuel s. Daños y perjuicios”.

<sup>42</sup> C.S., Fallos 322:621.

<sup>43</sup> C.S., Fallos 316:2894.

<sup>44</sup> CNApel. Civ. y Com. Fed., 12.12.2003, Causa N° 2.388/97, “G., J. E. y otros c/ Instituto Coghland SRL y otros s/ daños y perjuicios”.

<sup>45</sup> C.Civ. y Com. Mar del Plata, Sala 2ª, 23.11.2004, “R. S. E. c/ Bustos, Esteban y otra”, J.A. 2005-IV-284.

pensamientos de Ricardo de Ángel Yáguez<sup>46</sup>, un cometido específico de la doctrina nacional habrá de ser el de la búsqueda de una forma o, tal vez, una “fórmula”, para la determinación de la cuantía de esos daños singulares que pueden no tener, en lo inmediato, una expresión patrimonial definida. A diferencia de lo que ocurre respecto de los daños a la salud, en que la valoración de las incapacidades encuentra su quicio en las utilidades dejadas de percibir, los derechos y facultades dependen, en gran medida, de valoraciones subjetivas difíciles de ponderar igualitariamente. Nuevamente, aquella sentencia popular española de “dad al rico su riqueza y al pobre su pobreza” aporta, desde la ciencia popular, la impronta de una difícil solución al tema de la reparación integral. Lo importante es que el desarrollo doctrinario y jurisprudencial abra cauces a la reparación de los daños, eliminando vallas que, en casos singulares como el que comento al principio, han sido erigidos para evitar supuestas cataratas de reclamos. Tanto en la protección al consumidor como al medio ambiente, el número de los legitimados se diluye en un colectivo que expresa una identidad de propósitos; en ellas la actividad asegurativa tiene un rol trascendente, con lo que las “fórmulas” de determinación cuantitativa del daño interese a los fines de las previsiones respectivas. Pareciera tener validación constitucional suficiente que la reparación debe ser integral, de modo que no quede daño sin reparar. La vieja promesa de “afianzar la justicia”, contenida en el Preámbulo de la Constitución Nacional, seguirá teniendo el sabor de las utopías legítimas que alimentan el estudio y el trabajo de los doctrinarios y anidan, al acecho, en el corazón de los jueces.

---

<sup>46</sup> Ricardo DE ÁNGEL YÁGUEZ, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Madrid, Civitas, 1995.



# ARISTAS POLÉMICAS DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL

FRANCISCO JUNYENT BAS

**Sumario:** I. Proemio. II. La acción resarcitoria de la lesión espiritual. III. Las notas típicas del daño moral. IV. La limitación del artículo 1078 al damnificado directo. V. Los postulados del daño moral. V.1. Caracterización V.2. Algunos precedentes del derecho judicial. VI. Las reglas para su determinación. VI.1. Consideraciones generales. VI.2. El carácter resarcitorio y ejemplar del daño moral. VI.2.a. Los diversos planos del perjuicio. VI.2.b. Recaudos del daño. VI.3. Las pautas de valoración. VI.3.a. La definición reglas objetivas. VI.3.b. En torno a opiniones judiciales. VI.3.c. La problemática de la prueba. VII. La legitimación activa. VII.1. Los aspectos centrales y la norma de cierre. VII.2. La dudosa validez del art. 1078 del Código Civil. VII. 2. a. Una norma limitativa: el damnificado directo. VII. 2 b. La superación del cerrojo normativo. VIII. Los precedentes certero sobre daño moral. VIII.1. La autonomía del daño moral y la cuestión de su prueba. VIII.2. La cuestión de la legitimación. IX. Un capítulo aparte: leve esbozo sobre las personas jurídicas. IX. 1. ¿Es factible predicar daño moral en caso de esta categoría jurídica? IX.2. Una visión diferenciada sobre la viabilidad del daño moral. X. Epítome.

*En sentido homenaje a Luis Moisset de Espanés, mi profesor de grado y de posgrado, un maestro del derecho que siempre me ha honrado con su sincera amistad.*

*Por ello, vayan estas líneas sobre un tema de “daños” que son su especialidad en demostración de que sigo estudiando lo más que puedo y en la medida de mis posibilidades, rogándole siga siendo generoso al juzgarlas y sepa descubrir en ellas una verdadera demostración de afecto.*

*(Pancho Junyent)*

## I. Proemio

Desde antes de la reforma del Código Civil, mediante ley 17.711, en 1968, el daño moral ha concitado los afanes de la doctrina especializada tanto en torno a su conceptualización, como a su determinación y cuantificación, como también en orden a los legitimados activos, todos aspectos polémicos y de compleja definición.

Desde esta perspectiva, las dificultades de la doctrina y la jurisprudencia en articular un concepto autónomo del daño moral, llevaron a que los autores debatieran arduamente dicho aspecto y las diversas opiniones se reflejaron en las pautas de cuantificación por parte de la jurisprudencia.

En consecuencia, además de los debates doctrinarios, la crítica sobre la falta de similitud de los criterios del derecho judicial se hizo notar permanentemente en la búsqueda de parámetros objetivos que sirvieran al momento de cuantificar el daño en supuestos análogos y en cada caso concreto.

En esta inteligencia, resulta entonces de suma utilidad seguir analizando la jurisprudencia de los tribunales tanto en los aspectos relativos a la caracterización del daño moral como a las pautas para su determinación.

En esta oportunidad, aprovecharemos para detenernos en dos precedentes dictados sobre la temática en estudio para intentar seguir aportando criterios de ponderación en torno al perfil jurídico del daño moral

Así, en un fallo de la Excma. Cámara 2<sup>a</sup> en lo Civil y Comercial<sup>1</sup>, se analizó la procedencia del daño moral consolidándose una sana hermenéutica en orden a que este tipo de perjuicio opera por un derrotero presuncional, ya que se refiere a “la lesión de las afecciones espirituales del sujeto”, lo que no requiere de “prueba directa” sino que se infiere en función de las reglas de la experiencia y sobre la base de “pautas de normalidad” de una determinada situación objetiva, que hace presumir la lesión espiritual.

---

<sup>1</sup> CCiv. y Com. 2<sup>a</sup> Nom., Córdoba, 2010/04/28, “Naser, Edgardo c/ Municipalidad de Córdoba”.

Es que el daño moral<sup>2</sup> compromete lo que el sujeto “es”, en tanto el daño patrimonial lesiona lo que la persona “tiene”. Las principales vertientes del daño moral residen en lesiones que afectan la vida, la salud o la dignidad de la persona; es decir su existencia y su integridad sicofísica, espiritual y social.

De tal modo, como enseña Matilde Zavala de Gonzalez<sup>3</sup> la elaboración del daño moral no tiene la madurez similar a la del perjuicio patrimonial y se encuentra emparentado con el avance en la dignificación de la persona.

En esta línea, existen diversas teorías a propósito del concepto de daño moral que atiende a la naturaleza de los derechos menoscabados y del interés lesionado.

Así, las formas más frecuentes de daño moral residen en el dolor, la angustia, la tristeza etc... Por ello, la noción de daño moral ha sido muy subjetivizada y emparentada con los sufrimientos psíquicos, pero hoy se asiste a una tendencia hacia la objetivación y la socialización del daño moral que se recibe en la jurisprudencia.

En esta línea, el debate en torno a la naturaleza resarcitoria y eventualmente ejemplar del daño moral ha motivado innumerables debates doctrinarios, todo lo cual se ha trasladado a la complejidad relativa a la estimación pecuniaria del daño moral.

Desde otro costado, otro tema clave lo constituye la diferencia entre el daño psíquico y el moral, como así también las limitaciones que establece el art. 1078 del C. Civil en orden a la titularidad de la acción resarcitoria y que han sido analizados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, por lo que también comentaremos una sentencia de la Suprema Corte de Buenos Aires<sup>4</sup> sobre los llamados damnificados indirectos.

---

<sup>2</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 4, p. 178.

<sup>3</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Tratado de daños a las personas - Disminuciones psicofísicas*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2009 p. 20.

<sup>4</sup> “C.L.A. y otro c/ Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros - Daños y Perjuicios”, Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires.

La temática en estudio nos llevará a recorrer sucesivamente los antecedentes jurisprudenciales que hemos citado tratando de demostrar la problemática relativa al daño moral.

## **II. La acción resarcitoria de “la lesión espiritual”**

En el primero de los resolutorios en comentario, dictado por la Cámara cordobesa<sup>5</sup>, la situación fáctica que dio lugar, tanto al resolutorio de primera instancia como a la sentencia de Cámara, se originó con motivo de una demanda de daños y perjuicios dirigida contra la Municipalidad de Córdoba por un médico a quién se le había impuesto una sanción administrativa que fue anulada por la justicia contenciosa administrativo, luego del correspondiente proceso judicial.

En su consecuencia, la pretensión se fundó en el daño moral sufrido por el médico de una larga trayectoria en la tarea pública, con motivo de la imposición de la aludida sanción injusta y la aptitud de dicho comportamiento de la Administración de originar una situación de angustia como consecuencia de la pérdida de prestigio y consideración, acrecentada por su edad y por estar fundada en un motivo disciplinario que carecía de fundamentos.

La demandada se defendió señalando que el daño moral no se había acreditado puesto que la sanción no le habría impedido culminar su carrera médica y, por ende, no había repercutido en el desempeño laboral y profesional que continuó hasta la jubilación.

## **III. Las notas típicas del daño moral**

Desde esta perspectiva, el decisorio del tribunal de alzada, en voto de la Dra. Silvana Chiapero, señaló con notable precisión que los padecimientos del actor no tienen relación con la carrera profesional del médico,

---

<sup>5</sup> CCiv. y Com. de 2ª Nom., Córdoba, 28/4/2010, “Naser Edgardo c/ Municipalidad de Córdoba”.

sino con una sanción absolutamente injusta, anulada por la jurisdicción contenciosa administrativa.

En esta línea, la vocal del primer voto expresa que la aludida “injusticia” tiene por sí sola, aptitud para producir una conmoción espiritual con trascendencia psíquica por todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desencadenó el episodio que lo tuvo involucrado al profesional médico y que indudablemente alcanzó también el seno familiar y social, entre sus colegas, dependientes y superiores.

Dichas circunstancias fueron acreditadas mediante una serie de testimonios y la correspondiente pericia psicológica que demuestran la afectación a la subjetividad de la persona que se traducen en sentimientos de intranquilidad, sufrimiento, inquietud y desasosiego.

En esta inteligencia, la sentencia pone de relieve la perturbación anímica que implicó la injusta sanción disciplinaria y que originó en el actor una lesión espiritual que no requiere de prueba directa, sino que, se infiere de las reglas de la experiencia y de las circunstancias de tiempo lugar y modo debidamente acreditadas por las testimoniales y que reconocen su remate en la prueba pericial.

En una palabra, la sentencia en estudio se ubica en la buena senda al advertir que la sanción afectó al profesional en lo que el “es” y, por lo tanto, menoscabó su dignidad personal, por lo que tuvo actitud lesiva en el orden extrapatrimonial al exponerlo frente a sí mismo, a su familia, como así también, en el ámbito médico donde se desempeñaba.

Dicho derechamente, la injusticia de la sanción afectó anímicamente al espíritu del profesional, produciéndole una patente modificación disvaliosa que se tradujo en un modo de estar diferente al de antes de dicho acto administrativo y que, por ende, fue causa adecuada de la reparación moral que ratifica el tribunal de alzada.

La única observación que cabe realizar al decisorio judicial es que no haya sido más explícito en orden a las pautas de cuantificación del resarcimiento, máxime teniendo en cuenta el reclamo permanente de la doctrina en este terreno <sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Ramón Daniel PIZARRO, “Reflexiones en torno al daño moral y su reparación”, J.A. 1986- II-900.

En síntesis, la sentencia ratifica la condena por daño moral validando los elementos probatorios que dieron sustento a las afecciones de tipo espiritual que sufriera el actor.

#### **IV. Las limitaciones del artículo 1078 del Código Civil en orden a la legitimación activa**

##### *IV.1. La evolución de la tesis restrictiva*

La diversa amplitud reglada en el art. 1079 del Código Civil en orden a los legitimados activos para el reclamo de daños patrimoniales y la diferencia con el art. 1078 que habilita a reclamar el daño moral al damnificado directo y , solamente en caso de muerte de éste último a los herederos forzosos, se ha justificado en la necesidad de evitar los abusos en este tipo de reclamos.

La doctrina <sup>7</sup> entiende que la norma trasunta la preocupación que siempre tuvieron los juristas sobre la conveniencia de limitar el número de titulares a la reparación del daño moral, citando a tal fin precedentes del derecho comparado.

De todas formas, hoy en día la corriente autoral se pronuncia por una reforma del art. 1078 que amplíe el círculo de legitimados por daño moral <sup>8</sup>.

La tendencia se aprecia también en los proyectos de reforma del Código Civil que habían establecido que la acción de indemnización del daño moral competará al damnificado directo, y en vida de este, a sus padres, hijos y cónyuges.

En igual sentido, el último proyecto del Código Civil de 1998 extendió la legitimación al cónyuge, los descendientes, los ascendientes y quienes conviven con el damnificado directo recibiendo un trato familiar ostensible.

---

<sup>7</sup> Félix TRIGO REPRESAS, Marcelo LÓPEZ MESA, *Tratado de Responsabilidad Civil*, La Ley, 2004, t. 4, p. 478.

<sup>8</sup> Jornadas sobre Responsabilidad Civil, Rosario 1979 y Jornadas de Derecho Civil de San Juan 1984.

#### *IV.2. Un precedente relevante*

Esta situación que venimos explicando se visualiza en el segundo fallo en comentario de la Suprema Corte de Buenos Aires, en donde se acreditó que un menor de 4 años sufrió en un acto operatorio menor un accidente descrito como “braquicardia por inhalación excesiva de vapores anestésicos” que le produjo lesiones cerebrales que lo dejaron cuadripléjico.

Ante este cuadro fáctico, el Tribunal entendió que “... dominando este escenario en donde se enseñorea el inmenso dolor espiritual de los padres, se encuentra el art. 1078 del Código Civil, norma que en su último párrafo adoptó un sistema cerrado de legitimados activos habilitados para reclamar la reparación del agravio moral. Acorde con dicho precepto, solamente el damnificado directo tiene acción para reclamar la indemnización de dicho daño. Si la víctima sobrevive a las lesiones sufridas, por más real, intenso y profundo que fuere el sufrimiento espiritual sufrido por otras personas, como en este caso los padres, carecen de legitimación por ser ellos damnificados indirectos. Dicho en otros términos, si S.A. hubiera fallecido como consecuencia del daño cerebral ocasionado por la sobredosis de anestesia, sus progenitores hubieran podido reclamar la reparación del agravio moral que la pérdida del hijo produjo...”.

De tal modo, la Corte bonaerense realiza el control oficioso de constitucionalidad y concluye declarando la invalidez de la limitación en la legitimación de los padres del menor, tal como lo analizaremos pues, deviene un reclamo imperioso superar el cerrojo del actual art. 1078.

### **V. Los postulados del daño moral**

#### *V.1. Caracterización*

La caracterización del daño moral ha merecido alongados debates doctrinarios, que no cabe reseñar en una nota a fallo, sin perjuicio de lo

---

<sup>9</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, “El concepto de daño moral”, en J.A. 1985-I-729.

cual es prudente señalar que tal como enseñan Zavala de González <sup>9</sup> y Daniel Pizarro <sup>10</sup>, así como el daño patrimonial constituye una modificación disvaliosa del patrimonio que se traduce en un modo de estar diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho y como consecuencia de este; del mismo modo “el daño moral es una modificación disvaliosa, anímicamente perjudicial del espíritu, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho y como consecuencia de este”.

En esta línea, Mosset Iturraspe <sup>11</sup> ha resaltado los aciertos de la definición transcrita precedentemente, expresando que pone el acento en el daño al espíritu, expresión amplia que alude a los distintos estados de la persona y que marca cuidadosamente que el daño debe guardar relación de causalidad con el hecho lesivo.

Así, podemos decir que el daño moral ha sido conceptualizado como la lesión en los sentimientos que determinan dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insuceptibles de apreciación pecuniaria <sup>12</sup>.

En sentido coincidente, Daniel Pizarro <sup>13</sup> lo perfila a este tipo de daño, como “una minoración de la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés extrapatrimonial”.

Análogamente, quizás es más apropiado aludir a daño espiritual o existencial que la actual nomenclatura que utiliza el término “moral” para significar todo menoscabo a la subjetividad en orbitas ajenas a valoraciones económicas, comprendiendo los detrimentos anímicos y sentimentales, pero sin reducirse a ellos.

La indemnización del daño moral tiende a reparar la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor destacado en la vida del hombre, como son la paz, la tranquilidad de espíritu, la integridad psicofísica, el honor y los más sagrados afectos.

---

<sup>10</sup> Ramón Daniel PIZARRO, “Reflexiones en torno al daño moral y su reparación”, J.A. 1986-II-900.

<sup>11</sup> Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. 4, ps. 91/92.

<sup>12</sup> CNCiv. Sala J, 1/6/93, “Silvero Rodríguez de Aquino, Eugenia c/ Empresa Transporte Alberdi S.A. y otro”, L.L. 1993-E-109 y D.J. 1994-I-141.

<sup>13</sup> Daniel PIZARRO, *Daño moral*, p. 41.

Entre nosotros, Llambías considera repugnante al sentido moral que los dolores físicos o espirituales puedan ser aplacados o remediados por el dinero <sup>14</sup>.

La afirmación del maestro nos recuerda la discrepancia existente entre Savigny <sup>15</sup> y Von Ihering <sup>16</sup> sobre la reparabilidad del daño moral. Así, el primero se pronunció por la no indemnización del daño moral pues entendía que nadie negocia sobre bienes que están fuera del comercio como el honor, sus afectos etc... Por el contrario Ihering sostuvo que cualquier interés aunque sea moral es merecedor de protección por parte del derecho y que el dinero cumple una mera función satisfactoria.

Entre nosotros, Orgaz <sup>17</sup> ha replicado que la tesis negatoria confunde derecho y moral y que las leyes pueden ser justas o injustas pero no inmorales. En esta línea, la tarea del juez es realizar la justicia humana y consecuentemente el dinero no solo tiene una función reparadora o compensatoria, sino también una función satisfactoria; esta función cumplida por el dinero no puede calificarse ni de impura ni de espuria ni de moralmente rechazable. El dinero es de valor neutro, ni bueno ni malo, todo depende del empleo que se le dé <sup>18</sup>.

Así pues, el daño moral se proyecta más allá de lo que el sujeto realmente piensa, quiere o siente, para comprender la lesión a cualquier aspecto de lo que “vive”. Hay lesiones que trascienden el exclusivo bienestar psicofísico y que conciernen a la orientación existencial hacia valores: vivir con una buena reputación, manteniendo reserva de la vida privada, sin que los demás alteren la identidad personal <sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> LLAMBIÁS, *Estudio*, p. 148, nota 147, citado por BELLUCIO, ZANONNI, *Código Civil Anotado*, Astrea. t. V, p. 109,

<sup>15</sup> Federico Carlos SAVIGNY, *Le droit des obligations*, trad. al frances de Hippert, Paris, Ed. A. Durand-1873, T.1, p. 21.

<sup>16</sup> Rudolph Von IHERING, *De l'intérêt dans les contrats, et de la prétendue nécessité de la valeur patrimoniale des prestations obligations*, citado por Trigo Represas, *Daño Moral, Responsabilidad Civil, Advocatus*, Año 1997, p. 200 y sgts.

<sup>17</sup> Alfredo ORGAZ, *El daño moral ¿Pena o reparación?*, ED-79-855.

<sup>18</sup> CIFUENTES, su voto en fallo de la CNCivil Sala C. 25/07/78 LL 1978-D..

<sup>19</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, t. II-c, Daño a las peronas, parágrafo 9.

Dentro de tal perspectiva, enseña Matilde Zavala de Gonzalez<sup>20</sup> que la noción de daño moral abarca el menoscabo de la actitud para actuar las potencias y atributos del ser humano, en la vida aislada o en la vida social.

Desde esta perspectiva, cabe reiterar que el “moral” es un daño jurídico no coincidente necesariamente con una infracción a normas éticas y su reparación significa espiritualizar el derecho, tal como lo explica la autora citada precedentemente.

En suma, el adjetivo moral apunta al detrimento mismo, no al proceder que lo genera.

En síntesis, cabe coincidir en la necesidad de ensanchar la comprensión del daño moral que se propaga “más allá de las lágrimas” pues, tiene una dimensión espiritual, personal, que no se agota en el vivencia anímica.

## *V.2. Algunos precedentes del derecho judicial*

Entre nosotros, nuestro Código Civil, ya en su versión originaria establecía expresamente la reparabilidad del daño moral en materia de derechos ilícitos en sus art. 1078 y 1083 del Código Civil, preceptiva que fue ampliada a los casos de incumplimiento contractual mediante la modificación del art. 522 por la ley 17.711.

De tal modo, y más allá de las diversas caracterizaciones del daño moral que hemos delineado en el apartado precedente, el derecho judicial fue precisando a este rubro como aquél que tutela los derechos personalísimos o de la personalidad y que refieren a atributos tales como la privacidad, la libertad individual, la salud, la integridad psicofísica de los seres humanos, como así también el honor, la honra, el pudor sexual, los sagrados afectos, en fin, todo lo que se conoce como “afecciones legítimas”<sup>21</sup>.

Así se ha dicho que el daño moral es la modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de

---

<sup>20</sup> Op. cit., p. 182.

<sup>21</sup> TRIGO REPRESAS, *Daño moral, Responsabilidad civil*, Córdoba, Advocatus, 1997, p. 206 y ss.

aquél en que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicada<sup>22</sup>.

En igual sentido, se ha considerado que el daño moral queda configurado siempre que se infiera a la víctima un daño espiritual, con las consiguientes angustias, padecimientos y dificultades, sin que sea exigible que la causa de tales padecimientos sea permanente, pues sostener lo contrario importaría tanto como limitar la viabilidad del ítem a los supuestos que se producen lesiones que dejen secuelas permanentes, limitación ésta que no surge de la ley -art. 1078 del Cód. Civil- y que atentaría contra la integridad de la indemnización<sup>23</sup>.

Desde otro costado, la jurisprudencia ha ratificado que el daño moral tiende a resarcir el sufrimiento que es connatural a todo episodio traumático y que afecta a todo aquel que atravesase dicha situación, más allá de las secuelas de orden psíquico que el episodio pueda o no dejar en la víctima, según su peculiar sensibilidad y sus circunstancias personales<sup>24</sup>.

En síntesis, aun cuando la mayoría de nuestra legislación refiere a la función resarcitoria del daño moral, no puede obviarse la nota represiva que también lo integra justamente cuando se tiene en cuenta la conducta del ofensor y demás circunstancias del caso, tal como lo hace la jurisprudencia citada.

En definitiva, todo este debate converge en la cuestión de la cuantificación del daño moral.

## **VI. Las reglas para su determinación**

### *VI.1. Consideraciones generales*

Uno de los aspectos más debatidos del tema no solo gira en torno a la caracterización del daño moral y su reparabilidad, sino también en torno a la cuantificación.

---

<sup>22</sup> Cámara Nacional en lo Civil, Sala C, 22/12/2005, “Vega Rubilan, Sonia de las Mercedes c/ Transporte Automotor General Las Heras S.R.L.”, La Ley Online.

<sup>23</sup> Cámara Nacional en lo Civil, Sala E, 26/5/2006, “Montalbetti, Carlos F. y otros c/ Microómnibus Sur S.A.C. y otros”, D.J., 30/8/2006, 1265.

<sup>24</sup> Cámara Nacional en lo Comercial, Sala C, 28/4/2006, “Presta, Jorge H. y otro c/ Turismo Río de la Plata S.A. y otros”, La Ley Online.

Desde la primera perspectiva, cabe insistir que los dolores, angustias y padecimientos con que habitualmente se identifica el daño moral, son en realidad consecuencias de dicho daño, y que por ello, aquellos serán resarcibles a condición de que resulten de la lesión a una facultad de actuar que impida o frustre la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales reconocidos a la víctima por el ordenamiento jurídico.

La cuestión era tan compleja, que nuestro Código Civil en su versión originaria la reparabilidad del daño moral en materia de actos ilícitos, art. 1078 y 1083, hasta que, con la reforma de la ley 17.711 se lo incorporó también en caso de incumplimiento contractual.

En realidad, la reparación del daño moral implica la conculcación de un derecho no patrimonial o extrapatrimonial, es decir, derechos inherentes a la personalidad y de allí la sabiduría del codificador cuando en la nota al art. 2312 corrobora que en el Código Civil se haya consagrado como principio general el resarcimiento de los agravios morales, pues, hay derechos, y los más importantes, que no son bienes, y que tienen su origen en la existencia de la persona misma.

En esta inteligencia, es justamente la dificultad de mensurar los aspectos afectados por la lesión moral los que tornan tan dificultosa la cuestión de la cuantificación y exige analizar los diversos niveles del perjuicio y tratar de buscar pautas de valoración.

## *VI.2. El carácter resarcitorio y ejemplar del daño moral*

### *VI.2.a. Los diversos planos del perjuicio*

Desde esta atalaya, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia considera que el daño moral tiene por objeto compensar por medio del dinero el dolor experimentado por la víctima, y de allí que la indemnización asignada no tiene carácter de sanción sino que es resarcitoria.

Al igual que el daño patrimonial, en el moral se debe distinguir el perjuicio efectivo y el beneficio cesante. Así, en el perjuicio espiritual efectivo, existe un empobrecimiento psicosocial, donde el desmedro en las facultades y actitudes de que gozaba la víctima altera su equilibrio espiritual. Por ejemplo, el sufrimiento de un ciego que no puede ver.

Ahora bien, la cuestión no es menor pues el daño moral no solo se traduce en sentimientos, situaciones psíquicas dolorosas, sino también en la pérdida de afectos puntuales y hasta en la aptitud para experimentar

afectividad o en una imposibilidad para encontrarse o arribar a una condición anímica deseable, valiosa o siquiera normal, tal como enseña Zavala de González <sup>25</sup>.

Dicho de otro modo, en cualquier hipótesis se valora no solo la emotividad conculcada, sino el mal existencial mismo pues, hay un “capital moral” del ser humano y esa riqueza existencial de la persona es la que se lesiona.

Ahora bien, el daño no solamente implica una pérdida actual, es decir el perjuicio efectivo que hemos referenciado, sino también que se proyecta impidiéndole gozar en el porvenir de alguna faceta de plenitud, realización o superación como persona.

En una palabra, en el beneficio espiritual cesante se pierde un enriquecimiento espiritual por mutilación de las posibilidades existenciales de la víctima y que el hecho le impide disfrutar.

El perjuicio espiritual efectivo y el cesante constituyen modalidades de un mismo menoscabo espiritual, que coadyuvan a captarlo y dimensionarlo en toda su amplitud.

De todas formas, no puede ignorarse que la reparación del daño moral, si bien tiene carácter resarcitorio, cumple también una función ejemplar y correctiva por lo que tiene un doble carácter que no puede obviarse en tanto sanciona la conducta del agente del daño.

#### *VI.2.b. Recaudos del daño*

En esta línea, y tal como lo señala López Mesa <sup>26</sup> el daño moral debe ser cierto, personal y derivar de una lesión a un interés legítimo, ya que supone la privación o disminución de bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu y la integridad psicofísica.

En esta línea, se ha dicho que el daño moral existe cuando se lesionan derechos de las personas que son extraños a valores económicos y

---

<sup>25</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Tratado de daños a las personas - Disminuciones psicofísicas*, t. 2, p. 394, Buenos Aires, Astrea, 2009

<sup>26</sup> TRIGO REPESAS-LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. 1, p. 504.

su reparación tiene un carácter resarcitorio y no meramente sancionatorio o ejemplar, en tanto lo que se trata de lograr a través de la indemnización, es una compensación que, en alguna medida, morigere los efectos del agravio moral sufrido <sup>27</sup>.

El daño moral se proyecta más allá de lo simplemente psíquico y se introduce en al esfera volitiva y afectiva de la persona que ve afectada su propia sensibilidad para lo cual no es preciso tener conciencia, saber o conocer.

Dicho derechamente, la falta de comprensión del propio dolor y de su origen no excluye su existencia.

Así, Matilde Zavala de González <sup>28</sup> nos enfrenta con claridad meridiana, con la temática relativa a la innecesariedad de la aptitud para pensar o decidir al hacernos ver que el demente y el recién nacido también sufren y son sujetos de daño moral.

Es más, cabe afirmar con la conocida jurista que, las personas sin discernimiento son sujetos pasivos de daño moral <sup>29</sup>.

En igual sentido se pronuncia Mosset Iturraspe <sup>30</sup> y la jurisprudencia que concretamente ha señalado que es resarcible el daño moral de dos recién nacidas <sup>31</sup> contagiadas de Sida con motivo de transfusiones de sangre contagiadas en un hospital, como así también cuando se provocan lesiones incapacitantes en una criatura a raíz de mala praxis durante el parto <sup>32</sup>.

En una palabra, la inmadurez o el retardo mental de ningún modo aminoran el daño moral presente y futuro.

Por su parte, en orden a la cuestión relativa al daño moral en víctimas en estado vegetativo o en coma, la doctrina y jurisprudencia se en-

---

<sup>27</sup> CNCom., Sala C, "Flehner, Eduardo c/ Optar S.A.", 25-6-87.

<sup>28</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Tratado de daños a las personas - Disminuciones psicofísicas*, Buenos Aires, Astrea, 2009, t. 2, p. 400,

<sup>29</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, "Las personas sin discernimiento y las personas jurídicas como sujetos pasivos de daño moral", JA. .1985-I 703.

<sup>30</sup> MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t.4, p. 218.

<sup>31</sup> C1ª Civ.Com. La Plata. Sala 1, 29/5/98, Responsabilidad Civil y Seguros, 1999-562.

<sup>32</sup> C1ª Civ.Com. 6/6/2002, Zeus Córdoba, N° 15, 23/07/2002.

cuentra dividida a cuyo fin remitimos para su estudio a la conocida obra de Matilde Zavala de González <sup>33</sup>.

Desde otro costado, la reparación del agravio moral, derivado de la responsabilidad contractual queda librada al arbitrio del juez, quien libremente apreciará su procedencia, sin perjuicio de que también debe establecer los parámetros sobre los cuales funda su determinación. Sin embargo, en estas alternativas se debe conceder con cierta estrictez y es a cargo de quien lo reclama su prueba concreta, atento el carácter convencional de la relación jurídica cuyo incumplimiento es causa del daño moral.

A todo evento, el daño moral es una alteración emocional profundamente subjetiva e inexcrutable, y de allí la complejidad de su cuantificación que necesariamente debe ser objetiva y abstracta.

### VI.3. *Las pautas de valoración*

#### VI.3.a. *La definición reglas objetivas*

De tal modo, para su valoración debe tomarse en consideración cual pudo ser el “estado de una persona común” colocada en las mismas condiciones concretas en que se haya la víctima del daño lesivo, e intentar llegar así a “la determinación equitativa” de la “cuantía” de este daño.

Así se ha dicho que en cuanto al daño moral, para fundar esa sanción ejemplar cabe atender a la gravedad de la falta cometida por el autor del hecho antes que a la intensidad de las lesiones <sup>34</sup>.

En cambio, quienes afirman la naturaleza resarcitoria parten de la base de que es la relación de causalidad y no la culpabilidad la que determina la extensión del resarcimiento.

De todas formas, Orgaz <sup>35</sup> explica que entre la gravedad de la culpa y la importancia del daño puede no haber una relación necesaria y que es a la víctima a quién el juzgador debe mirar.

---

<sup>33</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Tratado de daños a las personas - Disminuciones psicofísicas*, Buenos Aires, Astrea, 2009, t. 2, p. 408.

<sup>34</sup> CNCivil, Sala F, 29-09-1976, L.L. 1977-B-520.

<sup>35</sup> ORGAZ, *El Daño Moral*, Ed 79-875 N° IV.

Dicho derechamente, el daño moral habrá de ser fijado en consideración a la especial repercusión que debe haber tenido sobre una persona el carácter de las lesiones a la personalidad. Por ello, los daños morales no tienen por que guardar relación con los perjuicios materiales, sino que, deben atender a ciertas pautas tales como las circunstancias particulares de la afección, unidad y cohesión de la familia, situación de ampo o de desamparo de la víctima.

En una palabra, tanto la jurisprudencia como la doctrina han puesto de relieve la imperiosa necesidad de adoptar parámetros razonablemente objetivos y uniformes, que ponderen de modo particular, los valores indemnizatorios condenados a pagar por otros tribunales en casos próximos o similares a fin de lograr los valores de equidad, seguridad jurídica y predictibilidad a la hora de cuantificar este tipo de daño.

Hemos dicho que el daño moral puede ser directo o indirecto. Así, es directo cuando se lesiona inmediatamente una faceta de la persona misma o de sus atributos y es indirecta cuando deriva de la lesión a bienes patrimoniales .

La principal consecuencia práctica de la distinción es la siguiente: el daño moral directo es resarcible prácticamente de rigor, mientras el indirecto es indemnizable en supuestos limitados solo si el sujeto tenía un interés espiritual en el goce del bien patrimonial <sup>36</sup>.

### *VI.3.b. En torno a opiniones judiciales*

Desde esta perspectiva, el derecho judicial ha establecido que para la fijación del quantum indemnizatorio por daño moral debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de dicho rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste <sup>37</sup>.

En síntesis, cabe admitir la imposibilidad de dimensionar exactamente el rubro en forma material, tal como se hace en el ámbito patrimonial y

---

<sup>36</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Daño moral por lesión de bienes patrimoniales”, La Ley 1985-B-968.

<sup>37</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/3/2003, “Lema, Jorge H. c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, La Ley Online.

de allí la necesidad de tomar pautas objetivas que sirvan de parámetros en al cuantificación del importe a resarcir pero considerar también la relación existente entre el agente productor del acto lesivo y la víctima.

En esta última línea, cabe tener muy presente las circunstancias de tiempo, lugar y modo de la persona afectada, tal como lo veremos a continuación.

### VI.3.c. La problemática de la prueba

Con relación a la prueba, la doctrina es conteste en que el daño moral no requiere una prueba directa de su existencia y extensión y que los jueces gozan de un amplio arbitrio para la determinación, tomando en cuenta los padecimientos sufridos.

En este sentido, la Suprema Corte de Buenos Aires <sup>38</sup> ha sostenido que en ciertos casos, el daño moral se tiene acreditado por la sola comisión del ilícito y surge *in re ipsa* de los hechos mismos.

En esta línea de pensamiento, la jurisprudencia <sup>39</sup> ha expresado que el daño moral reclamado por el cónyuge y los hijos de la víctima debe tenerse por configurado por la sola producción del evento dañoso, presumiéndose por el grado de parentesco la lesión inevitable de los sentimientos de los reclamantes.

En igual sentido, tal como lo hemos explicado, la índole espiritual de este tipo de daño conlleva a que se considere configurado *in re ipsa* por la sola producción del evento dañoso, pues se presume por el grado de parentesco, en el caso, una madre reclamó resarcimiento por la muerte del hijo, la lesión inevitable de los sentimientos, que se tradujo para la demandante en un evidente cuadro de angustia e incertidumbre por el desconocimiento de la suerte de su hijo durante el lapso aproximado de un año <sup>40</sup>.

Desde otra perspectiva, también puede citarse las consecuencias modernas de los errores técnicos en los tratamientos de belleza <sup>41</sup>, opor-

---

<sup>38</sup> SCBA, 20/10/76, LL 1977-D-435.

<sup>39</sup>C.S.J.N., 24/8/2006, “Ferrari de Grand, Teresa Hortensia Mercedes y otros c/ Entre Ríos, Provincia de y otros s/daños y perjuicios.”, Fallos: 329:3403.

<sup>40</sup> C.S.J.N., 28/6/2005, “Ramos, Graciela Petrona c/ Córdoba, Provincia de s/ daños y perjuicios”, Fallos: 328: 2546.

<sup>41</sup> Cámara Nacional en lo Civil, Sala M, 28/4/2006, “Fernández, Susana c/ Rímolo, Mónica Cristina María”, La Ley 2007-A, 560.

tunidad en que también procede el daño moral a favor de quien se sometió a este tipo de prácticas médicas en el convencimiento de que mejoraría su apariencia, con productos naturales y resultó no sólo engañada en este sentido, pues los productos naturales no eran tales, sino que vio afectada su salud, creándole incertidumbre e inseguridad sobre su estado, aunque en la actora no hubiesen quedado secuelas incapacitantes, pues se trata de daños diferentes que pueden existir separadamente.

En rigor, la problemática de la prueba en orden a la cuantificación del daño moral, aparece arto dificultosa, tanto en doctrina como en jurisprudencia <sup>42</sup>. Así, la tarea de fijar la cantidad de dinero, es decir la compensación pecuniaria, justifica la gran cantidad de estudios publicados sobre el tema, tanto en el derecho nacional como en el extranjero <sup>43</sup>.

De tal modo, se ha cuestionado la falta de pautas razonables en orden a la determinación de las indemnizaciones por daño moral y entre nosotros Mosset Iturraspe <sup>44</sup> ha establecido lo que considera diez reglas básicas <sup>45</sup>, mientras en el derecho brasileño <sup>46</sup> se predica la necesidad de establecer “grupos de casos típicos” mediante la sistematización de precedentes.

En este punto cabe recordar también los los parámetros judiciales analizados por la doctrina y jurisprudencia <sup>47</sup>.

---

<sup>42</sup> José MENDELEWICZ, “La sistematización de precedentes judiciales. Herramienta para la cuantificación del daño moral”, *El Derecho*, 26/7/2006.

<sup>43</sup> Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, *El daño a la persona en la jurisprudencia de la Sala I, Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Dirección de Fallos Judiciales*, volumen 1, julio 2001.

<sup>44</sup> J. MOSSET ITURRASPE, “Diez reglas para la cuantificación del daño moral”, L.L. 1994-A-728.

<sup>45</sup> 1. No a la indemnización simbólica .2. No al enriquecimiento injusto. 3. No a la tarificación con piso o techo. 4. No a un porcentaje del daño patrimonial. 5. No a la determinación sobre la base de la mera prudencia. 6. Si a la diferenciación según la gravedad del daño. 7. Si a la atención a las peculiaridades del caso: de la víctima y del victimario. 8.S i a la armonización de las reparaciones en casos semejantes. 9. Si a los placeres compensatorios. 10 Si a sumas que pueden pagarse dentro del contexto económico del país y del general estándar de vida.

<sup>46</sup> Judith MARTINS-COSTA, “Los daños a la persona en el derecho brasileño y la naturaleza de su reparación”, *Responsabilidad Civil y Seguros*, p. 10.

<sup>47</sup> José, MENDELEWICZ, *La ardua tarea de cuantificar el daño moral en el derecho de familia*, E.D., 10 de setiembre de 2009, p. 8, donde el autor acompaña en cuadro

En suma, tal como señala Pizarro<sup>48</sup>, la seguridad jurídica se agrieta cuando en casos similares se otorgan indemnizaciones dispares, fruto del criterio disímil de los Tribunales.

## VII. La legitimación activa

### VII.1. *Los aspectos centrales y la norma de cierre*

Uno de los vacíos más notables de la legislación es el relativo a la limitación de los legitimados activos al damnificado directo, por imperio del art. 1078 in fine del Código Civil.

Esta solución ha sufrido algunos embates, fundamentalmente en el caso de “desaparición de personas” o secuestro o privación ilegítima de la libertad, casos en los cuales debería otorgarse legitimación a los familiares directos de los secuestrados, art. 1071 bis.

La cuestión fue tratada en las Jornadas sobre temas de Responsabilidad Civil, Rosario 1979, donde se presentaron dos despachos:

La acción por indemnización del daño moral corresponderá también, de acuerdo por lo establecido en el art. 1079 del Código Civil, a los parientes que acrediten haber sufrido una lesión en sus intereses legítimos, aunque del hecho ilícito no haya derivado la muerte de la víctima.

No es conveniente la modificación de la segunda parte del art. 1078 del Código Civil.

Desde otra perspectiva, la ampliación de la legitimación activa se concreta cuando del hecho hubiera resultado la muerte de la víctima, lo que habilita la acción de los herederos forzosos en una verdadera excepción al principio general.

Tal como se advierte, toda la temática del daño moral constituye una materia de indudable complejidad y de allí la importancia del fallo dictado

---

comparativo de la jurisprudencia recaída en torno al daño moral y divorcio redactado por Agustín Sojo.

<sup>48</sup> Daniel Ramón PIZARRO, “Valoración y cuantificación del daño moral”, L.L.C. 2006-893.

por el Tribunal de Alzada Cordobés, al ratificar que la lesión espiritual posee aptitud propia para producir una afección personal que implica un perjuicio que debe resarcirse sobre parámetros específicos.

### *VII.2. La dudosa validez del art. 1078 del Código Civil.*

#### *VII. 2. a. Una norma limitativa: el damnificado directo*

La limitación que el art. 1078 apareja en orden al legitimado como el damnificado directo, salvo la hipótesis de muerte donde se habilita a los herederos forzosos, ha traído innumerables inconvenientes tal como lo explicamos supra.

Uno de los casos paradigmáticos es el derecho al daño moral que le asiste al conviviente o concubino de su pareja y que muchas veces se ha quedado sin el debido reconocimiento por la estrechez de la norma.

En alguna otra oportunidad<sup>49</sup>, el texto del art. 1078 del Código Civil fue calificado como inconstitucional ante la patencia de su injusticia.

En el fallo de la Corte bonaerense se acreditó que un menor de cuatro años con motivo de tener que asistirlo por “un traumatismo nasal” y con motivo del “acto operatorio” ocurrió un accidente descrito como “braquicardia por inhalación excesiva de vapores anestésicos”, que le produjo al menor lesiones cerebrales en virtud de las cuales a los cuatro años de edad, que lo dejaron cuadripléjico.

Así, los jueces destacaron que del dictamen pericial presentado por la médico pediatra se derivaba que S.A. presentaba una incapacidad total y permanente del 100%, que podía considerarse irreversible, no progresiva y absoluta, por destrucción de los tejidos nobles.

Así, los magistrados destacan que el menor no tiene posibilidades de desarrollar las tareas propias de las actividades diarias, motrices, recreativas, intelectuales, sociales, laborales, sexuales, entre otras.

En una palabra, el Tribunal destaca que se está ante una incapacidad para toda la vida. Así, se ha plasmado un problema médico, social, educa-

---

<sup>49</sup> “C., L.A. y otro c/ Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros - Daños y perjuicios” Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires.

cional y económico que hace que el niño requerirá de por vida de ayuda de terceros (enfermero u otra persona especializada), por su severo déficit motor-cognitivo, para la alimentación, higiene, movilización, vestimenta, traslado, etc.

En esta línea, el tribunal enfatizó que resulta muy ilustrativa la pericia producida por la doctora G. E. E., médica neuróloga, la que da cuenta de la magnitud del daño inferido al menor: "... Hipoxia cerebral por bradicardia extrema durante acto quirúrgico [...] que la cuadriplejía espástica produce imposibilidad de movimientos voluntarios, con gran rigidez y resistencia a la movilización pasiva (por otra persona). Pero S.A.C. padece parálisis deglutoria, ambliopía, hipoacusia, hidrocefalia (con válvula de derivación peritoneal), opistótonos de tronco, falta de sostén cervical con desviación permanente de cabeza, caída sobre tórax, falta de motividad vegetativa (no puede evacuar vejiga ni materia fecal sin ayuda externa...), no se comunica de ninguna manera, hay desconexión total con el medio. Debe alimentarse por sonda nasogástrica y alguna papilla mediante cucharita, pero como continuamente le produce aspiración pulmonar los especialistas que lo asisten consideran practicarle gastrostomía, para que el alimento se introduzca directamente por la sonda al estómago. Estas lesiones están corroboradas por los estudios que se adjunta y es debido a la destrucción del tejido cerebral [...] irreversible...".

De tal modo, el Tribunal dijo que "... dominando este escenario en donde se enseorea el inmenso dolor espiritual de los padres, se encuentra el art. 1078 del Código Civil, norma que en su último párrafo adoptó un sistema cerrado de legitimados activos habilitados para reclamar la reparación del agravio moral. Acorde con dicho precepto, solamente el damnificado directo tiene acción para reclamar la indemnización de dicho daño. Si la víctima sobrevive a las lesiones sufridas, por más real, intenso y profundo que fuere el sufrimiento espiritual sufrido por otras personas, como en este caso los padres, carecen de legitimación por ser ellos damnificados indirectos".

De tal modo, la Corte Suprema de Buenos Aires advierte "*icto óculi*" que la situación es de tal naturaleza que cabe afirmar que "... Dicho en otros términos, si S.A. hubiera fallecido como consecuencia del daño cerebral ocasionado por la sobredosis de anestesia, sus progenitores hubieran podido reclamar la reparación del agravio moral que la pérdida del hijo produjo...".

### *VII.2.b. La superación del cerrojo normativo*

Por ello, para superar el cerrojo de la norma, el Alto Cuerpo bonaerense declaró la inconstitucionalidad del art. 1078 señalándose que no es factible que el art. 1079, referido al daño patrimonial tutele a los damnificados indirectos y, por el contrario, el art. 1078 referido al daño moral, deje sin cobertura a los padres del niño en una solución totalmente “írrita”.

Así, en dicha oportunidad, el Tribunal se señaló que “... bien señalan Bueres y Highton (conf. op. cit., pág. 181) que esta disparidad de tratamiento implica una desigualdad ante la ley y que por ello no debería superar con éxito el control de constitucionalidad (art. 16 de la Constitución nacional). Se trata en efecto de un caso de incompatibilidad material entre la norma inferior y la norma superior (art. 31 de la Constitución citada), al establecer la primera una diferenciación para la categoría de damnificados indirectos que no es razonable, pues si el daño es moral carecen ellos de la legitimación que sí se les concede cuando el daño sufrido es patrimonial (arts. 1078 y 1079 del Código Civil). La ley, tal como lo ha expresado la Corte Suprema, debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias (conf. C.S.J.N., “Fallos” 16:118; íd. 200:424; íd. 1198:112; íd. 312:826; íd. 200:428; cf. Quiroga Lavié, H. y otros, “Derecho Constitucional Argentino”, Rubinzal-Culzoni, 1<sup>a</sup>. Edición, Buenos Aires, tomo I, pág. 376; Gelli, M. A., “Constitución de la Nación Argentina”, La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 136; González, J. V., “Manual de la Constitución Argentina”, La Ley, Buenos Aires, 2001, pág. 70), resultando arbitrario el criterio empleado al radicarse en la necesidad de evitar la proliferación de acciones que pudieran proponerse, cómo si ello pudiera ocurrir sólo cuando el daño es moral. La existencia de un daño cierto y la relación causal adecuada son, a mi entender suficientes, para poner coto al desmadre que se quiere evitar desconociendo legitimación activa en casos como el que nos ocupa y que se nos presenta como un supuesto de especial gravedad que no puede ser resuelto sin más bajo el principio restrictivo indicado (conf. Pizarro, Ramón D., “Daño moral”, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, págs. 212-213)...”.

Tal como se advierte, resulta patente la conveniencia de establecer un paralelismo entre los art. 1078 y 1079 del Código Civil para evitar situaciones de pura injusticia como las relatadas en el fallo citado.

## VIII. Los precedentes sobre daño moral

### *VIII.1. La autonomía del daño moral y la cuestión de su prueba: la certeza del fallo cordobés*

De todo lo dicho, se sigue uno de los aciertos de la sentencia de la Cámara Segunda cordobesa que, además de delimitar adecuadamente la significación del daño moral, se pronuncia sobre su prueba expresando que la falta de demostración de que la sanción disciplinaria no habría afectado la carrera profesional del médico no impide el resarcimiento por la afección a “la subjetividad de la persona”.

De tal modo, se advierte claramente que la causa del daño moral lo constituye la ilicitud de la sanción disciplinaria impuesta por la Administración y luego anulada por la Cámara Contenciosa Administrativa, todo lo cual demuestra que en una labor profesional como la del médico, la aplicación de una sanción es un elemento autónomo con aptitud suficiente para afectar espiritualmente al profesional injustamente sancionado.

En este sentido, no cabe ninguna duda que una sanción disciplinaria, que requirió de un juicio en el fuero contencioso administrativo para ser anulada, no solo apareja el daño patrimonial, sino que implica un grado de compromiso personal que afecta la esfera psicoespiritual de la víctima, proyectándose claramente en su integridad personal como profesional y que impacta también en el seno familiar y social.

Va de suyo que todos estos aspectos merecieron prueba suficiente mediante las declaraciones testimoniales de los colegas del actor, como así también de familiares y amigos, todo lo cual culminó en la pericia psicológica que reconoce expresamente la afección a la subjetividad del sujeto.

En una palabra, no puede negarse la situación de angustia, conmoción espiritual y trascendencia personal y social que aparejó la sanción disciplinaria y que repercutió negativamente en el profesional como así también en su seno familiar y social.

En síntesis, el fallo en estudio se endereza en la buena jurisprudencia en materia de daño moral.

*VIII.2. La cuestión de la legitimación: el criterio de la Corte Bonaerense*

En orden a la actual limitación de los legitimados activos que contiene el art. 1078 del Código Civil, hemos visto que es cuestionada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia y el decisorio del alto cuerpo de la Provincia de Buenos Aires culmina declarando su invalidez constitucional.

Así, se advierte la amplitud existente en el art. 1079 del Código Civil en orden a los legitimados activos para el reclamo de daños patrimoniales que no es receptada por el art. 1078 del C.C., todo lo cual conduce a situaciones de “suma injusticia”

Así, la doctrina<sup>50</sup> entiende que la norma trasunta la opinión que tuvieron los juristas sobre la conveniencia de limitar el número de titulares a la reparación del daño moral.

Ahora bien, actualmente los autores se pronuncian por una reforma del art. 1078 que amplíe el círculo de legitimados por daño moral<sup>51</sup> para receptar la realidad que supera el esquema normativo y lo torna anacrónico y, por ende, sumamente inequitativo.

En esta línea, la tendencia se refleja en los proyectos de reforma del Código Civil que habían establecido que la acción de indemnización del daño moral competará al damnificado directo, y en vida de este, también a sus padres, hijos y cónyuges.

En igual sentido, el último proyecto del Código Civil de 1998 extendió la legitimación al cónyuge, los descendientes, los ascendientes y quienes conviven con el damnificado directo recibiendo “un trato familiar ostensible”.

Esta línea de opinión es la que hoy predomina, tanto en doctrina como en jurisprudencia, tal como da cuenta el fallo que comentamos con la autoridad de la Corte de la Provincia de Buenos Aires..

---

<sup>50</sup> Félix TRIGO REPRESAS - Marcelo LÓPEZ MESA, *Tratado de responsabilidad civil*, La Ley, 2004, t. 4, p. 478.

<sup>51</sup> Jornadas sobre Responsabilidad Civil, Rosario 1979 y Jornadas de Derecho Civil de San Juan 1984.

## IX. Un capítulo aparte: leve esbozo sobre las personas jurídicas

### IX.1. *¿Es factible predicar daño moral en caso de esta categoría jurídica?*

La cuestión relativa a la posibilidad de que las personas jurídicas sufran daño moral ha sido largamente debatida en la doctrina.

En general los autores parten de señalar que el debate comienza a partir de la concepción que de este tipo de daño se asuma para predicarlo como viable o no en el caso de las personas jurídicas.

En un intento de realizar una breve sistematización cabe recordar que la “posición negativa” o restrictiva entiende que este tipo de personas carecen de “subjetividad” y son, por ende, insusceptibles de experimentar daño moral<sup>52</sup>.

Con la claridad que la caracteriza, Matilde Zavala de González<sup>53</sup> explica que la persona de existencia ideal tiene “subjetividad jurídica” pero carece de sustrato biológico, psíquico y espiritual. De tal modo, si bien es cierto que la persona jurídica posee atributos y bienes extrapatrimoniales, ellos no se asientan en un soporte existencial indispensable para experimentar cualquiera de las consecuencias espirituales en que consiste el daño moral.

La autora citada explica que en el caso de la persona humana, principio y fin de las instituciones, es decir un fin en si misma, sus bienes e intereses extrapatrimoniales conciernen a su existencia. En cambio, este tipo de bienes o intereses en las personas jurídicas tienen carácter instrumental y por ello su lesión perjudica a los miembros de la entidad.

---

<sup>52</sup> Ramón Daniel PIZARRO, *Daño moral. Prevención. Reparación, El daño moral en las diversas ramas del derecho* Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 253; Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños presupuestos y funciones del derecho de daños*, 4, Buenos Aires, Hammurabi, p. 193; Félix TRIGO REPRESAS, *Daño moral en responsabilidad civil*, Córdoba, Advocatus, 1997, p. 240.

<sup>53</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños*, 4, Buenos Aires, Hammurabi, p. 193

En igual sentido Pizarro<sup>54</sup>, sostiene que la lesión a los atributos de la persona jurídica solo pueden producir daño patrimonial al igual que el maestro Jorge Mosset Iturraspe<sup>55</sup>.

### *IX.2. Una visión diferenciada sobre la viabilidad del daño moral.*

Desde otro costado, Moisset de Espanés<sup>56</sup>, Zannoni<sup>57</sup> y Brebbia<sup>58</sup> entre otros identifican daño moral con la lesión a un derecho o interés extrapatrimonial y consecuentemente sostienen que toda persona, sea física o jurídica tiene derecho a que se la considere digna de respeto y no se les afecte en su fama o reputación; atributos de la personalidad estos que hacen a la vida en relación.

En esta línea, la distinción del maestro cordobés resulta interesante en cuanto, si bien obviamente reconoce la ausencia de subjetividad de la persona colectiva, admite el daño extrapatrimonial objetivo que afecta la parte social del patrimonio moral y cuestiona las posiciones negativas que tiene un concepto excesivamente econocmicista de las personas jurídicas.

Por último, podemos señalar que hay autores<sup>59</sup> que se ubican en una posición intermedia y que admiten que algunas personas por sus fines altruistas pueden sufrir daño moral. Esta posición entiende que la existencia de daños extrapatrimoniales también puede predicarse de las personas jurídicas pues existe un honor objetivo y una fama que si bien tienen traducción económica, son bienes extrapatrimoniales.

---

<sup>54</sup> Ramón Daniel PIZARRO, *Daño Moral. Prevención. Reparación, El daño moral en las diversas ramas del derecho*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, ps. 253/257.

<sup>55</sup> J. MOSSET ITURRASPE, “¿Pueden las personas jurídicas sufrir daño moral?”, L.L. 1984-C,511.

<sup>56</sup> Luis MOISSET DE ESPANÉS, “Daño extrapatrimonial o moral a las Personas jurídicas, Lexis N° 003/70045484-1.

<sup>57</sup> ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea 1987.

<sup>58</sup> BREBBIA, “La persona jurídica como sujeto pasivo del daño moral”, en *Temas de Responsabilidad Civil*, en honor a Augusto Mario Morello, La Plata, 1981, p. 55.

<sup>59</sup> CIFUENTES, *El daño moral y la persona jurídica, en Derecho de Daños, Primera Parte*, TRIGO REPRESAS-STIGLITZ, p 393; CAMILO TALE, “Daño moral a las personas jurídicas”, E.D. 155-845.

En nuestra opinión, no cabe duda alguna que tanto la posición afirmativa como la intermedia, en el caso de la persona jurídica, efectúan una aplicación “analógica” del término extrapatrimonial que no es exacta pues, refieren a “bienes intangibles” pero siempre patrimoniales.

En síntesis adherimos a la corriente negatoria y a todo evento remitimos a un excelente trabajo <sup>60</sup> sobre esta temática.

## X. Epítome

A todo evento, y retornando a la cuestión más dificultosa de ponderar y cuantificar el daño moral y a los fines de colaborar con la magistratura, resulta conveniente volver a recordar las conocidas diez reglas del maestro Jorge Mosset Iturraspe <sup>61</sup>

No a la indemnización simbólica.

No al enriquecimiento injusto.

No a la tarifación con piso o techo.

No a un porcentaje del daño patrimonial.

No a la determinación sobre la base de la mera prudencia.

Si a la diferenciación según la gravedad del daño.

Si a la atención a las peculiaridades del caso: de la víctima y del victimario.

Si a la armonización de las reparaciones en casos semejantes.

Si a los placeres compensatorios.

Si a sumas que pueden pagarse dentro del contexto económico del país y del general estándar de vida.

En fin, va de suyo que solo se trata de pautas, pero que permiten objetivizar uno de los aspectos más complejos relativos a la determinación del daño moral.

---

<sup>60</sup> Santiago Manuel BASSO, “El daño moral a las personas jurídicas”, L.L. Córdoba, Año 27 N° 6, Julio de 2010, p. 323.

<sup>61</sup> J. MOSSET ITURRASPE, “Diez reglas para la cuantificación del daño moral”, L.L. 1994-A-728.



# LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LAS DERIVACIONES DE UN FALLO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

GUILLERMO F. PEYRANO

**Sumario:** I. Introducción. II. El caso “Mosca”. Los fundamentos de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación para responsabilizar a la Asociación del Fútbol Argentino (entidad de segundo grado). III. De lo particular a lo general. La responsabilidad de las entidades de segundo grado por consecuencias dañosas primariamente atribuibles a las entidades que las conforman. IV. Colofón.

## I. Introducción

El régimen de la responsabilidad civil aplicable a las personas jurídicas deriva en nuestro derecho privado, del juego de un conjunto de disposiciones que regulan los alcances de la misma, tanto en la órbita contractual como extracontractual.

Básicamente su responsabilidad contractual se enmarca en lo previsto por los arts. 35, 36, 37 y 42 del Código Civil<sup>1</sup>, y la extracontractual por el art. 43 del mismo cuerpo legal, con la remisión que realiza esta última disposición en relación a los daños que causen sus dependientes o

---

<sup>1</sup>Esta última norma dispone que “Las personas jurídicas pueden ser demandadas por acciones civiles, y puede hacerse ejecución en sus bienes”, lo que en palabras de Rivera implica “...que todo aquél que adquiere un derecho respecto de la persona jurídica, puede ejercer las acciones que corresponden a ese derecho, y que son inseparables del mismo, sin excepción alguna que pudiera fundamentarse en la naturaleza jurídica del ente que ha entrado como sujeto pasivo de la relación” (Julio César RIVERA, *Instituciones de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, t. II, p. 289).

las cosas, a las previsiones establecidas en el Título: “De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”.

A su vez este régimen se ve impactado en ciertos supuestos especiales por regímenes específicos, con entidad suficiente para generar alteraciones en su aplicación.

Tal el caso de los espectáculos deportivos, regulado por la el art. 33 de la ley 23.184<sup>2</sup>, modificado por el art. 51 de la ley 24.192<sup>3</sup>.

Prescindiendo en este análisis introductorio de la incidencia que en el régimen general de responsabilidad civil de las personas jurídicas, pueden operar sistemas especiales de responsabilidad legalmente dispuestos, la distinción entre las personas jurídicas y sus miembros se encuentra nítidamente establecida por el art. 39 del Código Civil, al preceptuar que “Las corporaciones, asociaciones, etcétera, serán consideradas como personas enteramente distintas de sus miembros. Los bienes que pertenezcan a la asociación, no pertenecen a ninguno de sus miembros; y ninguno de sus miembros, ni todos ellos, están obligados a satisfacer las deudas de la corporación, si expresamente no se hubiesen obligado como fiadores, o mancomunado con ella”.

Como lo recuerda Rivera “... la consecuencia fundamental del reconocimiento de la personalidad jurídica de los entes colectivos, es que por esa razón son sujetos de derecho distintos de quienes las constituyeron, sean individuos u otras personas jurídicas, así como los miembros que actúen en ellas, en su caso...”<sup>4</sup>, agregando que ello implica la perfecta distinción de relaciones jurídicas y de patrimonios, reconociendo empero que tal distinción puede llegar a ceder en casos excepcionales.

De tal tajante diferenciación deriva que las personas jurídicas y sus miembros responden por sus propias obligaciones (sean estas de origen

---

<sup>2</sup> Que disponía “Las entidades o asociaciones participantes de un espectáculo deportivo son solidariamente responsables civiles de los daños sufridos por los espectadores de los mismos, en los estadios y durante su desarrollo, si no ha mediado culpa por parte del damnificado. La entidad o asociación que hubiese indemnizado una parte mayor que la que le corresponde podrá ejercer la acción de reintegro contra el o los codeudores solidarios al grado de responsabilidad en que hubiesen incurrido”.

<sup>3</sup> “Las entidades o asociaciones participantes de un espectáculo deportivo, son solidariamente responsables de los daños y perjuicios que se generen en los estadios”.

<sup>4</sup> Julio César RIVERA, op. cit., ps. 230/231.

contractual o extracontractual), a menos que se den supuestos de carácter excepcional (como aquéllos derivados, por ejemplo, de la aplicación de la denominada “teoría de la penetración”).

Por ende la regla general es la de que los entes colectivos no responden por las obligaciones de sus miembros, ni éstos por las obligaciones de los primeros.

Sobre esto no pueden caber dudas.

Como lo expresa Lloveras de Resk, comentando el referido art. 39 del Código Civil “la responsabilidad contractual y extracontractual independiente y distinta de las personas jurídicas y de los miembros de una asociación es otra consecuencia de la personalidad jurídica adquirida por el ente colectivo”<sup>5</sup>, quien califica a este principio como “riguroso” en las asociaciones, en tanto que expresa que no tiene ese carácter en el ámbito de las sociedades civiles y comerciales.

No obstante ello, y como lo hemos adelantado, esta nítida diferenciación en ocasiones sufre el impacto que ocasionan situaciones o regímenes especiales de responsabilidad, que generan que las personas jurídicas deban asumir obligaciones cuya asignación correspondería de modo principal a los miembros que las componen, o por el contrario, que éstos deban hacerlo en relación a obligaciones de aquéllas.

El abuso de la personalidad jurídica constituye una de esas situaciones, en las que por la utilización desviada del recurso de la aludida personalidad<sup>6</sup>, se autoriza a “correr el velo” (“disregard”), para determinar los auténticos responsables que deben asumir las consecuencias jurídicas de relaciones (tanto de origen contractual como extracontractual) originadas al amparo de la misma<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> María E. LLOVERAS DE RESK, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, dirigido por Bueres, Alberto J. y coordinado por Highton, Elena I., t. I, p. 358 Buenos Aires, Hammurabi, 1995

<sup>6</sup> “En lo esencial esta doctrina se dirige a la “remoción de la forma de la personalidad jurídica cuando ella sirve para encubrir finalidad o negocios jurídicos que desvirtúan los fines mismos de su creación” (María E. LLOVERAS DE RESK, op. cit., p. 359).

<sup>7</sup> “... frente a las diversas formas de aprovechamiento abusivo la doctrina y la jurisprudencia fueron gestando la necesidad de formular remedios jurídicos y abandonaron la idea de que entre la persona jurídica y los individuos que la componen se levantaba una muralla infranqueable. Sin que ello importe afectar de modo alguno al instituto de la

Los regímenes especiales de responsabilidad (tal, el mentado caso de la eventual aplicación de la ley 24.192) constituyen en realidad supuestos de responsabilidades específicas asignables a ciertas personas jurídicas en determinados casos, estatuidas legalmente.

En tal sentido, la responsabilidad solidaria dispuesta por el art. 51 de la ley 24.192 respecto de las entidades o asociaciones participantes de un espectáculo deportivo, por los daños que se generen en los estadios, refleja una atribución legal de responsabilidad, que prescinde del carácter de las entidades o asociaciones involucradas.

La atribución de responsabilidad a su respecto, no se define ni se deslinda por la eventual membresía de unas en relación a otras, toda vez que la solidaridad se dispone en orden a la circunstancia de la “participación” en el espectáculo deportivo, cuyos alcances han sido objeto de distintas interpretaciones.

En tal sentido, en la causa “Zacarías”, en orden a lo prescripto por el art.33 de la ley 23.184, la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que “Esa norma, al fijar el régimen de responsabilidad civil, se refiere a “las entidades o asociaciones participantes de un espectáculo deportivo” condición que no cabe adjudicar a la Asociación del Fútbol Argentino, la que no organiza ni participa del espectáculo ni ejerce control directo sobre los espectadores. En ese sentido, los fines de la institución y sus atribuciones en materia de superintendencia como órgano rector del

---

personalidad jurídica, pues la misma subsiste en tanto no se la use más allá de los fines lícitos previstos por la ley. Por tanto, se entendió que dicha barrera debía ser penetrada para adentrarse en ella y hallar la verdad, la realidad oculta detrás de ella. A tal fin responde la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica. Así, se habla de la doctrina del descorrimiento o levantamiento del velo societario, de la penetración de la personalidad jurídica, del allanamiento, de la redhibición, de la desestimación, de la prescindencia, de la inoponibilidad, de la superación de la personalidad jurídica; o se recurre a nombres extranjeros, tales como piercing of the corporate veil, to pierce and look behind the veil of personality, disregard of legal entity, to disregard the corporation fiction, durchgriffhaftung, etc. Lo importante no es tanto la expresión que se use, sino el concepto. Bajo nombres diferentes lo que se persigue siempre es un mismo objetivo: desaprobar conductas antijurídicas y de aprovechamiento disfuncional de la personalidad jurídica, “desestimando” la estructura formal del ente y “penetrando” en el sustrato real que subyace bajo la apariencia jurídica del mismo” (Sebastián A. MATACH, “La teoría del disregard en el anteproyecto de modificación a la Ley Societaria”; J.A. 2004-III-1179).

deporte, en particular en lo que hace a las condiciones exigidas a los estadios de los clubes afiliados (ver al respecto el art. 74 del reglamento que obra a f. 146) parecen periféricos sobre el punto y no permiten una conclusión asertiva acerca de la responsabilidad que se le pretende endilgar...”<sup>8</sup>.

Este criterio resultó sustancialmente modificado en la causa “Mosca”, en la que el más alto Tribunal del país consideró que “No cabe duda de que la asociación rectora del fútbol argentino fue también organizadora (participante) y beneficiaria del espectáculo deportivo que originó la lesión del actor, surgiendo tal condición de su propio reglamento, en cuanto le corresponde organizar y hacer disputar el torneo de primera división como así también la programación de los partidos, teniendo facultades de contralor, en cuanto establece las condiciones que deben reunir los estadios, su control de ventas de entradas por representantes, designación de árbitros, verificación de medidas de seguridad”<sup>9</sup>.

Es decir que el carácter que cabe asignar a esa entidad, en orden a la “participación” exigida por la ley, ha variado en la jurisprudencia de la Corte, la que a partir del referido caso “Mosca”, estima se corresponde con los parámetros exigidos por la ley para considerarla responsable solidaria de los daños generados “en los estadios” donde se desarrollen espectáculos deportivos, con los alcances que en el mismo fallo resultan objeto de ponderación<sup>10</sup>.

El propósito de estas reflexiones finca en analizar, cómo las consideraciones de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, concretadas principalmente en el voto de la mayoría en el referido caso “Mosca”, para responsabilizar a la Asociación del [Fútbol Argentino – entidad de segundo grado que agrupa a las entidades de primer grado que la integran- por los daños sufridos en ocasión de un espectáculo deportivo, pueden incidir sobre el régimen de responsabilidad general,

---

<sup>8</sup> “Zacarías, Claudio c/ Provincia de Córdoba” fallado el 28/04/98 por la C.S.J.N. (Fallos 321:1224).

<sup>9</sup> “Mosca, Hugo c/ Provincia de Buenos Aires”, fallado el 6/03/07 por la C.S.J.N. (L.L. 2007-B, 261 ; J.A. 2007-IV-483).

<sup>10</sup> A cuyo respecto no habremos de formular consideraciones, por resultar las mismas extrañas al objeto de este trabajo.

tajantemente diferenciado por nuestro Código civil, entre las personas jurídicas y sus miembros (con prescindencia de lo relacionado con los referidos espectáculos).

## **II. El caso “Mosca”. Los fundamentos de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación para responsabilizar a la Asociación del Fútbol Argentino (entidad de segundo grado)**

Como ya lo señalamos, en la causa “Mosca” la Corte concretó un sustancial cambio en su propia jurisprudencia.

Este fallo ha sido considerado por la más calificada doctrina como “excelente”<sup>11</sup>, y fue recibido con general beneplácito<sup>12</sup>.

Al analizar la responsabilidad de la Asociación del Fútbol Argentino en el referido caso “Mosca”, en el voto de la mayoría la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación deja sentada como premisa liminar respecto de las asociaciones de segundo grado (en el caso, la entidad rectora del fútbol profesional en nuestro país), la de que en principio las mismas no responden extracontractualmente por los daños y perjuicios que las entidades agrupadas por las primeras causen a terceros.

---

<sup>11</sup> Así la califica Casiello, quien expresa que “...muestra a un tribunal superior decidido a adquirir protagonismo en la tarea que asume cada día de rector de la jurisprudencia del país. Y esto, en cualquier materia, como lo ha demostrado en los pronunciamientos emitidos en los últimos meses y lo reitera en el caso que comentamos, en el que ha buscado con inteligencia y con afán cualquier adecuado fundamento de derecho, del más obvio al más sutil, para no dejar sin reparación un daño injusto” (Juan José CASIELLO, “La Corte Suprema en el caso ‘Mosca’ y las soluciones realistas en el tema de la responsabilidad por daños”, SJA 27/6/2007).

<sup>12</sup> En contra del criterio sostenido por la mayoría del Tribunal, se ha expresado que “Se ha intentado atribuir a la Asociación del Fútbol Argentino (AFA) responsabilidad civil por la organización de los campeonatos o torneos, no por la organización de partidos en concreto, en los cuales no interviene. Es decir, que se ha sostenido que la AFA sería responsable civil respecto de daños por el simple hecho de aprobar el fixture o asignar la calidad de local o visitante. Parece ciertamente equivocada tal pretensión de atribución de responsabilidad” (Enrique José QUINTANA, “Algunas precisiones respecto de la responsabilidad civil en supuestos de un árbitro agredido por un jugador”, E.D. (11/12/2009, N° 12.399).

Expresa en tal sentido la Corte que “La regla general es que una entidad que agrupa a otras entidades no es responsable por los daños extracontractuales que estas últimas causen a terceros. Las asociaciones de segundo grado, pueden ejercer cierto poder de vigilancia sobre aspectos generales, pero normalmente, no tienen facultades de control sobre las prestaciones que sus asociados dan a los terceros, ni participan de modo relevante en los beneficios. Por esta razón, no son responsables extracontractualmente”<sup>13</sup>.

Tal enunciación constituye una necesaria derivación del principio sentado por el referido art. 39 del Código Civil, toda vez que implica el reconocimiento de la diferenciación de las personalidades jurídicas entre el ente colectivo y sus integrantes (que en el supuesto de las asociaciones de segundo grado, resultan otros entes colectivos).

Sin embargo, a continuación la Corte se preocupa por dejar aclarado que este principio reconoce excepciones, que devienen de supuestos de hecho referidos a las relaciones que se establezcan concretamente entre esas entidades de segundo grado, y las entidades que las componen o integran.

Así refiere el más alto tribunal del país que “...en la medida en que la situación de hecho no se subsume en la regla general, pueden darse situaciones de responsabilidad. Ello es así, porque hay un abanico de supuestos muy amplio y puede identificarse, en un extremo, las asociaciones de primer grado autónomas con entidades de segundo grado que obran como representantes, y en otro extremo la situación contraria, en que podrían identificarse asociaciones que son controladas totalmente por una entidad madre que las absorbe en su autonomía. En las situaciones intermedias de este amplio marco, corresponde examinar con rigor si existe una verdadera entidad que sólo representa, o bien una que “participa” (art. 33 ley 23184) en la actividad de sus controlados”<sup>14</sup>.

La Corte en este punto, se preocupa por fijar los parámetros de la “participación”, exigida tanto por el art. 33 de la ley 23.184, como por

---

<sup>13</sup> “Mosca, Hugo c/ Provincia de Buenos Aires”, fallado el 6/3/07 por la C.S.J.N. (L.L. 2007-B, 261; J.A. 2007-IV-483).

<sup>14</sup> “Mosca, Hugo c/ Provincia de Buenos Aires”, fallado el 6/3/07 por la C.S.J.N. (L.L. 2007-B, 261; J.A. 2007-IV-483).

el art. 51 de la ley 24.192, como supuesto de la atribución de responsabilidad<sup>15</sup>.

Para ello estima que hay que recurrir a dos pautas, una relacionada con el contralor de la prestación, y otro con la participación en los beneficios de la actividad y su relevancia.

Concretamente expresa la mayoría en el fallo que venimos analizando que “Los dos criterios jurídicos para analizar esta situación son: a) si el poder de vigilancia se traslada a la prestación; y b) si se participa en los beneficios de modo relevante. Ambos criterios son expresión de una antigua máxima de la responsabilidad civil que señala que “a mayor control mayor responsabilidad”<sup>16</sup>.

En palabras de Boragina y Meza, para determinar la responsabilidad de la entidad madre del fútbol argentino (y definir su carácter de “participante del espectáculo”) la mayoría de la Corte lo hace “...desde dos vertientes que convergen: una económica (riesgo provecho o beneficio) y otra estatutaria reglamentaria (factor organizativo), lo que le permite concluir que la AFA resulta, en el caso, “participante económica y organizadora” del espectáculo deportivo en el cual se generó el daño”<sup>17</sup>.

La doble directiva de la Corte, ponderada y aceptada por la mayoría del Tribunal en el fallo referido, surge del mismo texto de la sentencia y es así reconocida por la doctrina.

La Asociación del Fútbol Argentino, a la sazón, entidad de segundo grado que agrupa a otras asociaciones<sup>18</sup>, en principio no debe responder

---

<sup>15</sup> Conforme López Herrera, “El carácter de “participante” es determinante para poder ser responsable...” (Eduardo LÓPEZ HERRERA, “Reflexiones sobre la responsabilidad civil de la AFA. en el caso ‘Mosca’”, J.A. 2007-IV-483).

<sup>16</sup> “Mosca, Hugo c/ Provincia de Buenos Aires”, fallado el 6/3/07 por la C.S.J.N. (L.L. 2007-B, 261 ; J.A. 2007-IV-483).

<sup>17</sup> Juan C. BORAGINA - Jorge A. MEZA, “Responsabilidad por daños en espectáculos deportivos. La doctrina de la Corte Nacional”, J.A. 2007-II-500.

<sup>18</sup> Respecto de la naturaleza de las relaciones entre la Asociación del Fútbol Argentino y los clubes se ha expresado “Clubs-AFA: la principal relación que enlaza a los Clubs que participan en los torneos organizados por la AFA es de carácter asociativo en cuanto resultan miembros directa o indirectamente afiliados de dicha asociación. En virtud de tal relación, por ejemplo, los clubs delegan a la AFA la organización de los campeonatos, el aspecto disciplinario, etcétera” (Diego A. DOLABJIAN y Mario A.

por los daños de naturaleza extracontractual, cuya responsabilidad primaria corresponda a sus asociadas.

No obstante ello, esta regla derivada de la diferenciación de personalidad, de patrimonios y de responsabilidad que antes hemos referenciado, en el criterio de la mayoría de la Corte, reconoce excepciones derivadas de la multiplicidad de situaciones concretas que pueden darse en las relaciones entre la persona jurídica asociación y sus miembros (en el caso que se examina, otros entes colectivos).

A mayor protagonismo de la persona jurídica “madre” en la actividad de sus entidades miembros, mayor responsabilidad.

Así diferencia entre lazos de relación de mínima significación, hasta lo que califica como el “control total” (situación esta última que –entendemos- permitiría identificar el accionar de los miembros con el de la asociación, y del cual derivaría una plena y total responsabilidad).

La asociación aglutinante y las entidades miembros, no admitirían una real diferenciación en este último caso, y éstas obrarían como una suerte de órganos de la primera.

En ese contexto las relaciones de “participación”, no permiten la identificación anterior, y tienen un alcance más limitado.

Tal el supuesto del art. 51 de la ley 24.192.

Para delimitarlas, la mayoría de la Corte recurre a los dos parámetros aludidos, uno relacionado con el contralor y el otro con los beneficios económicos.

A su vez entiende esa mayoría que recurrir a esas pautas es lo que resulta razonable, expresando en tal sentido que “... la regla que establece la responsabilidad civil de la Asociación del Fútbol Argentino derivada del control que ella ejerce sobre la organización, la prestación y los beneficios de un espectáculo que produce riesgos para quienes asisten al mismo, es razonable si se juzgan sus consecuencias”<sup>19</sup>.

En suma, cuando -en el criterio de la mayoría de la Corte, recibido con beneplácito por la doctrina conforme se ha recordado- se conjugan

---

SCHMOISMAN, “Relaciones contractuales y de responsabilidad en el deporte (con especial referencia al fútbol asociación)”, E.D. 16/12/2009, N° 12.402).

<sup>19</sup> “Mosca, Hugo c/ Provincia de Buenos Aires”, fallado el 6/03/07 por la C.S.J.N. (L.L. 2007-B, 261; J.A. 2007-IV-483).

las aludidas pautas del control de la prestación y del aprovechamiento de los beneficios de la actividad, la persona jurídica de segundo grado debe responder por los daños cuya responsabilidad resulta primariamente atribuible a las entidades de primer grado que integran a la primera.

En el voto mayoritario se puntualizan los elementos que evidencian el protagonismo que cabe asignar a la entidad de segundo grado en la actividad.

Dicho protagonismo se infiere de su potestad de organización y de control sobre la actividad de las personas jurídicas que la componen (en el caso, en lo específicamente relacionado con espectáculos deportivos).

Se destacan así las pautas que fija la primera para dicha actividad, y el contralor que ejerce para su cumplimiento.

Asimismo se analiza la participación en los beneficios que en la actividad en cuestión, le cabe a la asociación de segundo grado (específicamente a la Asociación del Fútbol Argentino).

De todo ello se concluye en que se encuentra configurada la exigencia legal, para que pueda atribuirse responsabilidad solidaria a la entidad de segundo grado, en su carácter de “partícipe”, a tenor de lo requerido por la ley <sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> “Pues bien, la AFA. es una entidad civil que tiene como miembros a los clubes y a las asociaciones de éstos que sean admitidos en su seno como afiliados, cuyo objeto es fomentar el fútbol y coordinar la acción de todas las entidades asociadas que lleven a cabo dicho deporte, en pro de su difusión y práctica disciplinada, para lo cual -ajustándose a las disposiciones de la Federación Internacional del Fútbol Asociado- se establece un estatuto y un reglamento general que dota a la entidad de amplia funcionalidad en su manejo (art. 2 de su Estatuto, fs. 504). La mencionada institución organiza y diagrama -según sus normativas en vigencia- el fixture y establece los días y horarios para los encuentros futbolísticos de primera división (informe de la Secretaría de Deporte y Recreación, fs. 397). En función de lo anterior, no cabe duda de que esa asociación rectora del fútbol argentino fue también organizadora (participante) y beneficiaria del espectáculo deportivo que originó la lesión del actor. En efecto, su condición de organizadora surge de su propio reglamento, en cuanto le corresponde organizar y hacer disputar el torneo de primera división como así también la programación de los partidos (arts. 101 y ss. Reglamento General de la Asociación del Fútbol Argentino). También tiene facultades de contralor, en cuanto establece las condiciones que deben reunir los estadios, su control de ventas de entradas por representantes, designación de árbitros, verificación de medidas de seguridad, etc. (arts. 45, 54, 74, 128 y ss., 157 y concs., reglamento citado), y las consiguientes potestades disciplinarias (art. 69 del Estatuto). En cuanto a su calidad de beneficiaria, si bien se trata de una asociación civil sin fines de lucro, lo cierto es que

A mayor abundamiento, en el voto mayoritario, la Corte añade en apoyatura de sus consideraciones, el deber de seguridad que asigna a la Asociación del Fútbol Argentino, a tenor del derecho que al respecto corresponde a los usuarios y consumidores conforme el art. 42 de la Constitución Nacional<sup>21</sup> (en especial a quienes utilizan “servicios masivos”, a cuyo respecto, necesariamente deben confiar en las previsiones que adopten quienes los prestan<sup>22</sup>), agregando a ello la racionalidad económica que encuentra en la relación entre los beneficios que reportan y las eventuales consecuencias dañosas que generen.

### **III. De lo particular a lo general. La responsabilidad de las entidades de segundo grado por consecuencias dañosas primariamente atribuibles a las entidades que las conforman**

El fallo a que se ha hecho referencia precedentemente -que implicó un giro “copernicano”<sup>23</sup> en el criterio que venía sosteniendo la Corte en lo

---

obtiene un provecho económico del espectáculo al percibir un porcentaje sobre la recaudación bruta de los partidos oficiales de torneos organizados por la AFA., como así también sobre el producido de la televisación de esos encuentros (art. 61 inc. a aps. 1 y 3 del Estatuto; art. 142 y conchs. del reglamento citado)” (“Mosca, Hugo c/ Provincia de Buenos Aires”, fallado el 6/3/07 por la C.S.J.N. (L.L. 2007-B, 261; J.A. 2007-IV-483).

<sup>21</sup> En similar sentido se ha expresado respecto de las relaciones entre los Clubs y los espectadores que “... la relación del espectador con los clubs, en cuanto consumidor del evento deportivo, se rige por el contrato celebrado al abonar el ticket de entrada que se enmarca en las previsiones del Código Civil y de la ley 24.240 o por la relación asociativa correspondiente de tratarse de un socio del club local” (Diego A. DOLABJIAN, y Mario A. SCHMOISMAN, “Relaciones contractuales y de responsabilidad en el deporte (con especial referencia al fútbol asociación)”, E.D. 16/12/2009, N° 12.402).

<sup>22</sup> “Ello es así porque la prestación de servicios masivos presenta un grado de complejidad y anonimato que resultan abrumadores para los ciudadanos que los reciben. El funcionamiento regular de la actividad, el respaldo que brinda la asociación, es lo que genera una apariencia jurídica que simplifica su funcionamiento y lo hacen posible” (“Mosca, Hugo c/ Provincia de Buenos Aires”, fallado el 6/03/07 por la C.S.J.N. (L.L. 2007-B, 261; J.A. 2007-IV-483).

<sup>23</sup> “El giro es copernicano. Los argumentos, antes poco convincentes, ahora son centrales. No es cierto que la AFA. no tenga facultades de dirección. De ahora en más se

que hace a la responsabilidad de la Asociación del Fútbol Argentino en los espectáculos deportivos-, reconoce en la temática que venimos abordando, supuestos de hecho y de derecho específicos.

Tales los que se relacionan con los daños generados en espectáculos deportivos y la normativa que les es aplicable.

Es decir que la problemática de la responsabilidad de las entidades de segundo grado, parte en el caso de supuestos particulares.

No obstante ello, las argumentaciones del voto mayoritario de la Corte, tienen en nuestro criterio entidad para que sean trasladables, a supuestos más generales, que exorbitan tanto lo referido a las relaciones derivadas del fútbol profesional, del espectáculo que brinda y de las entidades involucradas en esas actividades, como lo relativo a la “participación” entendida en los términos del hoy en vigencia art. 51 de la ley 24.192, y a las entidades “participantes” de espectáculos deportivos.

Esto es, adquieren relevancia para ponderar la eventual responsabilidad de entidades de segundo grado, respecto del accionar dañoso (tanto en la esfera contractual como extracontractual), primariamente atribuible a las personas jurídicas que las integran.

Ello es así en razón de los ejes argumentales, que sobre el punto, se han sostenido por la mayoría del alto Tribunal.

El control y la eventual participación en los beneficios de la actividad llevada a cabo por los miembros, no tienen por qué resultar patrimonio exclusivo de la Asociación del Fútbol Argentino, ni tampoco de otras entidades deportivas de segundo grado.

Son criterios generales trasladables a otras relaciones asociativas, que en definitiva pueden confrontarse con supuestos concretos de ilimitada variedad.

En el caso de verificarse que el poder de vigilancia de la entidad de segundo grado se traslada a la prestación que brinda la persona jurídica de primer grado que la integra, como asimismo una participación “relevante” de la primera en los beneficios generados por la actividad, se concretarían las pautas requeridas en el fallo apuntado por la Corte, con

---

considera que la AFA. es participante, en los términos del art. 51, ley 23184 y sus reformas...” (Eduardo LÓPEZ HERRERA, “Reflexiones sobre la responsabilidad civil de la AFA. en el caso ‘Mosca’”, J.A. 2007-IV-483).

prescendencia de toda relación con espectáculos deportivos o referidos al fútbol profesional.

Un ejemplo totalmente extraño a este deporte al que podría resultar aplicable el criterio de atribución de responsabilidad sentado en el fallo “Mosca”, es el que deriva de daños ocasionados a espectadores de otras disciplinas deportivas, en las que las entidades de primer grado directamente participantes del espectáculo, se encuentran aglutinadas por entidades de segundo grado, que ejerzan similares potestades de contralor en la prestación y reglamentación de la actividad, y que tengan asimismo relevante participación en los beneficios generados por la misma (tal caso podría ser el del baloncesto o el de otros deportes (profesionales, semiprofesionales, o incluso de carácter amateur), en los que se dan relaciones de similares características a las del fútbol profesional entre las entidades de primero y segundo grado (no obstante las diferencias que puedan verificarse en los montos de los beneficios económicos que reportan).

Empero, si bien ese esquema de relaciones entre personas jurídicas de distinto grado, con potestades de vigilancia, reglamentaciones, contralor y participación en los beneficios de actividades que se realizan brindando espectáculos al público, resulta característico de las relacionadas con el deporte, de por sí no existen razones para reputarlo exclusivo de las mismas.

Por todo ello es que advertimos que la interpretación del voto mayoritario de la Corte en la causa que hemos referido, podría ser aplicada a situaciones análogas, en las que se verifiquen los supuestos de hecho que fueron tenidos en cuenta por el alto Tribunal, para responsabilizar –en el caso sometido a su decisión- a la entidad de segundo grado.

Como lo sostuvo el Maestro Luis Moisset de Espanés hace tiempo “...la función del intérprete no se agota con la averiguación del sentido que tiene la norma, sino que también debe ahondar en los hechos del caso concreto, para establecer si concuerdan con el “supuesto de hecho” contemplado por la norma, única manera de determinar si es o no aplicable al caso...”<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Luis MOISSET DE ESPANÉS, “Interpretación del derecho e interpretación de hechos- Reflexiones a raíz del “valorismo judicial”, Comercio y Justicia-Seminario Jurídico N° 12, 26/09/1977.

Algo similar ocurre cuando toca interpretar la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Si los supuestos de hecho contemplados en la misma concuerdan con otros similares, la doctrina sentada para los primeros puede resultar aplicable a los segundos.

En materia de responsabilidad de las personas jurídicas, la doctrina sentada en el caso “Mosca”, admitiría abrir una brecha en la tajante diferenciación establecida por el art. 39 del Código Civil a que más arriba se ha aludido.

Esa apertura, podría permitir responsabilizar a las personas jurídicas de segundo grado por daños generados en actividades propias de las entidades que las conforman, prescindiendo de la responsabilidad independiente derivada del criterio sentado por la norma precedentemente recordada.

La ruptura para superar esa responsabilidad diferenciada, sería posible –en nuestro criterio– siguiendo la doctrina sentada en la opinión mayoritaria de la Corte, aún prescindiendo de la existencia de una norma que expresamente lo autorice.

Bastaría verificar la coincidencia con los supuestos que surgen de la doctrina sentada.

Ante situaciones en las que el poder de vigilancia se traslada a la prestación (por la reglamentación predisuelta por la entidad de segundo grado, y el control que se reserva del cumplimiento de la misma), y en las que se da un relevante participación en los beneficios generados por la actividad involucrada, la responsabilidad podría extenderse a la entidad controlante y beneficiaria.

Cierto es que se carecería de la apoyatura que brinda la “participación” establecida como supuesto por el art.51 de la ley 24.192, pero también lo es que las razones expresadas en el voto de la Corte se adentran más allá de ese requisito legal, y también encuentran en las relaciones de consumo de servicios masivos, y en la seguridad que debe garantizarse a sus usuarios, fundamentos para atribuir responsabilidad a la entidad de segundo grado.

#### **IV. Colofón**

Hace más de setenta años Alfredo Orgaz analizaba los arduos debates en torno a la responsabilidad de las personas jurídicas, derivados de

los contrapuntos existentes en torno a la naturaleza de estas personas<sup>25</sup>, y recordaba que "... la mayor parte de los escritores modernos, abandonando el terreno especulativo, explican esta responsabilidad en consideraciones de orden práctico, en atención a las necesidades sociales..."<sup>26</sup>.

Más allá de la crítica que al ilustre jurista cordobés le mereciera referenciar la "responsabilidad" a las personas jurídicas, e incluso los mismos términos "responsabilidad objetiva", en tanto y en cuanto consideraba que la noción de "garantía" resultaba más propia para estos entes colectivos, lo cierto es que el recordar la invocación a las razones de orden práctico en esta materia –a las que la entonces "moderna doctrina" recurría, conforme lo expresara Orgaz-, guarda cierta relación con el trasfondo del criterio adoptado por la Corte –en el fallo recordado- respecto de la atribución de responsabilidad a las entidades de segundo grado.

La puntualización en el voto mayoritario del deber de vigilancia que en el caso cabía a la entidad de segundo grado, en razón de la reiteración y de la gravedad de los acontecimientos dañosos que se suscitan en los espectáculos con cuya organización guarda relación, constituye una invocación a asumir la realidad y sus consecuencias<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Alfredo ORGAZ, "Observaciones sobre la responsabilidad de las personas jurídicas", en *Estudios de Derecho Civil- Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, edit. Dirección de Publicidad Universidad Nacional de Córdoba, 1936, p. 301 y ss..

<sup>26</sup> Alfredo ORGAZ, op. cit..

<sup>27</sup> "La Asociación del Fútbol Argentino tiene el deber de preocuparse en grado extremo por la seguridad de las personas que asisten al espectáculo del fútbol. Los numerosos acontecimientos de violencia, los daños sufridos por las personas, la zozobra por la inseguridad, y la conmoción social que existe por estos sucesos, no puede pasar desapercibida para un dirigente razonable y prudente. Por esta razón no es excesivo señalar que deberían haber destinado una parte de sus medios organizativos para prevenir y resolver situaciones como la que originó la presente demanda" (del voto mayoritario, "Mosca, Hugo c/ Provincia de Buenos Aires", fallado el 6/03/07 por la C.S.J.N. (L.L. 2007-B, 261; J.A. 2007-IV-483). Ya Trigo Represas advertía que "Por nuestra parte pensamos que desde el momento en que el organizador ofrece a un público indeterminado la celebración de un contrato de espectáculo, no sólo asume la obligación de su "simple ejecución", sino que se compromete también a adoptar todas las precauciones necesarias para que el desarrollo del espectáculo se efectúe sin peligro para los asistentes, por cuanto no es imprevisible su imprudencia o temeridad, ya que su propio entusiasmo puede hacerles incurrir a veces, en riesgos que una adecuada instalación preventiva podría

Como igualmente lo es la referencia a la conmoción social que estos hechos ocasionan.

Si bien estrictamente ello no implica invocar razones de “orden práctico”, tampoco se está tan distante de esa invocación.

Ante daños generados en esas circunstancias, surge el deber de reparación, y dicha reparación corresponde no sólo a las personas jurídicas directamente involucradas, sino que también resulta razonable que se extienda a la persona jurídica de segundo grado que las primeras componen, en tanto y en cuanto esta última reglamentó y debió controlar la actividad, y en razón de haberle cabido un relevante participación en los beneficios producidos por la misma.

Más allá de la naturaleza de la prestación, prescindiendo de que la actividad involucrada se corresponda con la relativa a la comprendida en los supuestos de hecho del fallo de la Corte al que nos venimos refiriendo, e incluso sin computar la incidencia que en el mismo haya tenido la normativa específica aplicable (en el caso, los términos del art. 33 de la ley 23.184, modificados por el art.51 de la ley 24.192), lo cierto es que las consideraciones del voto mayoritario del más alto Tribunal del país en ese fallo, constituyen un puente apto para superar la aludida tajante diferenciación que se deriva de lo dispuesto por el art. 39 del Código Civil.

La responsabilidad de las personas jurídicas y la de sus miembros, otrora nítidamente distinguida, se presenta así con contornos más plásticos e imprecisos.

La eventual reglamentación y control de la actividad que se atribuyan o reserven las primeras en orden a los segundos, las características de la prestación comprometida, la naturaleza de las relaciones que se generen con terceros y la eventual participación en los beneficios de la actividad desplegada, -aspectos que en cada supuesto sometido a análisis corresponderá ponderar- habrán de ser los parámetros para determinar si los límites derivados del art. 39 del Código Civil, pueden o no -en el caso sujeto a juzgamiento- ser soslayados.

---

evitar o disminuir” (Félix A. TRIGO REPRESAS, “*Responsabilidad deriva del deporte-espectáculo*”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio (homenaje a Atilio A. Alterini)*, dirigida por Kemelmajer de Carlucci, Aída y Bueres, Alberto J., Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo Perrot, 1997).

En suma, la Corte atendiendo a la realidad con que se presentan las relaciones entre las personas jurídicas y sus miembros (en el caso una entidad de segundo grado y las entidades miembros que la integran), la naturaleza de la prestación en orden a las vinculaciones con terceros, las potestades que corresponden a la primera en relación a sus integrantes, la comunidad que se verifica en los beneficios generados por la actividad y la repercusión social que han adquirido los eventos dañosos producidos con relación a la misma, encuentra razonable adoptar un criterio que, lo cierto es, prescinde de la separación de responsabilidades derivada del art. 39 del Código Civil.

Consecuencia de ello será que ante situaciones equivalentes ese criterio puede considerarse aplicable, empero no verificarse una absoluta identidad con la sujeta a juzgamiento.

Los límites que el codificador pretendió dejar sentados en el art. 39 del Código Civil, han encontrado otro resquicio para poder ser superados.

Refiriéndose al ya recordado insigne jurista Alfredo Orgaz, el Maestro Luis Moisset de Espanés expresó que "... un jurista completo... tiene siempre presente la "unidad del ordenamiento jurídico", y esa visión global le permite lograr mejor el equilibrio de que debe hacer gala el magistrado en su augusta misión de impartir justicia"<sup>28</sup>.

Las consideraciones del presente trabajo se corresponden con esa visión recordada por Moisset de Espanés, pues constituyen una consecuencia razonablemente derivada de un criterio sentado por la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el marco de "unidad" que resulta exigible para una correcta administración de justicia.

---

<sup>28</sup> Luis MOISSET DE ESPANÉS, "Daño moral y personas jurídicas", Zeus Córdoba, 1985, t. 4, p. 134.



# **LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PARA RECLAMAR INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL**

JUAN CARLOS PALMERO

**Sumario:** 1. Introducción: palabras de homenaje al Dr. Luis Moisset de Espanés. 2. El planteamiento de la cuestión a la luz de una problemática moderna y actual. 2.1. El fenómeno del asociacionismo modernos. 2.2. La evolución en el concepto de persona jurídica. 2.3. Los nuevos horizontes de la responsabilidad civil. 3. Legitimación de las personas jurídicas para reclamar el agravio moral previsto en el art. 1078 del Código Civil. 3.1. Tesis tradicional que imposibilita el reclamo de daño moral a las personas jurídicas. 3.2. Tesis intermedia que admite la procedencia según sea la persona jurídica de que se trate. 3.3. Tesis que acepta la reparación del agravio moral de las personas jurídicas cuando resultan afectados sus intereses extrapatrimoniales

## **1. Introducción: palabras de homenaje al Dr. Luis Moisset de Espanés**

Antes de avanzar en la consideración específica del tópico señalado en el título precedente, es menester detenernos un momento para rendir este justiciero como merecido homenaje con motivo de cumplirse el octogésimo aniversario del nacimiento del Prof. Emérito Dr. Luis Moisset de Espanés, onomástico que indudablemente mueve los recuerdos y sentimientos de amigos y discípulos, para destacar su importante legado científico y académico cumplido a través de una valiosa y proficua trayectoria, tanto si se la aprecia desde una visión estrictamente personal, como así cuando se la valora en el terreno profesional o de la docencia, donde ha dejado huellas difíciles de omitir u olvidar.

En el campo del Derecho Civil, recorrió en su integridad los caminos que conducen a la obtención de una formación científica integral, habiéndose desempeñado como profesor titular de Parte General, Obligaciones

y Reales, es decir, los nucleamientos centrales de esta amplísima asignatura, situación que le brindó una indubitable solidez técnica para avanzar sobre diversas instituciones dotado de una preparación sobresaliente, a la que debe agregarse el cultivo del derecho comparado, que le brindaron la más amplia perspectiva en la apreciación de los problemas estructurales de estas disciplinas.

La impronta de su magisterio, ha quedado marcada con signos inconfundibles en numerosas generaciones de estudiantes y abogados que disfrutaron de sus enseñanzas, como así de una pléyade de discípulos que hoy integran el cuadro de profesores de Derecho Civil en diversas universidades públicas y privadas del país, que le reconocen su decisiva influencia intelectual, la capacidad didáctica para la transmisión de los conocimientos, pero al mismo tiempo, se muestran agradecidos de su dedicación, empeño y estímulo para contagiar el entusiasmo por la investigación y el mejoramiento de los basamentos científicos y prácticos del Derecho Privado actual.

Es por todo ello que cuando nos enteramos que estaba en ciernes la elaboración de este justiciero Libro Homenaje, manifestamos de inmediato nuestra entusiasta adhesión y de esta manera queremos expresar a través del presente trabajo, nuestros sentimientos de solidaridad, reconocimiento y gratitud a un jurista de condiciones relevantes.

Como mejor recordación en este aniversario, hemos elegido un tema que ha sido alguna vez objeto de su tratamiento y aunque todavía su opinión no ha prevalecido de manera contundente en la doctrina nacional, ello no obstante nos motiva a volver sobre el mismo tópico las veces que haga falta, no sólo porque consideramos que conforma un problema concreto de la vida diaria, sino también en razón que existe una corriente científica que va abriendo camino en orden a obtener -obviamente desde nuestro punto de vista-, una más justa solución de justicia, tanto si se lo aprecia desde la teoría general de la persona jurídica, como así desde la perspectiva del derecho patrimonial de daños: nos referimos obviamente, a la legitimación activa de los entes colectivos para reclamar perjuicios producidos por el daño o agravio moral<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Luis MOISSET DE ESPANÉS, "Daño moral y personas jurídicas", Zeus, 985, t. 4, p. 134 (Sección Comentario a fallos).

## **2. El planteamiento de la cuestión a la luz de una problemática moderna y actual**

### *2.1. El fenómeno del asociacionismo modernos*

Antes de comenzar en la consideración específica del tema merece ponerse en consideración algunas situaciones que deben gravitar a no dudar sobre el intérprete, en orden a la solución que propiciamos y están vinculadas con esa evolución natural que sufre el derecho a la luz de los grandes cambios que se operan en la sociedad como consecuencia de paso del tiempo y de las mutaciones tecnológicas y culturales que golpean las puertas de los juristas reclamando las modificaciones necesarias para ubicarnos a la altura de las exigencias y necesidades actuales.

En algún otro trabajo<sup>2</sup>, escrito hace ya mucho tiempo, destacamos que a partir de la mitad del siglo XX y en particular, en estos últimos años, se advierte una evidente y notoria prevalencia en la utilización de las personas colectivas como sujetos protagonistas de las relaciones jurídicas entre particulares

Cada época muestra sus rasgos sobresalientes y distintivos y en este sentido la doctrina societaria en especial, pone de manifiesto la existencia de un fenómeno llamado de “*asociacionismo*”, que evidencia esta evolución o preferencia de los operadores del derecho en la utilización de las más diversas fórmulas técnicas en miras a la implementación de los negocios y actos entre particulares, tanto en lo que se refiere a entidades con fines de lucro (sociedades), como así e igualmente, en lo que hace a las que tienen como objeto el bien común (asociaciones civiles con o sin personería concedida por el Estado).

De alguna manera, asistimos a una significativa y evidente proliferación de la utilización del recurso de la persona jurídica como sujeto de las relaciones privadas, todo lo que obviamente ha despertado en gran medida la importancia de esta parte de la teoría general, no sólo por la magni-

---

<sup>2</sup> Juan Carlos PALMERO, “Unificación y armonización de la legislación latinoamericana en torno a la sociedad multinacional”, publicado en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, t. 2, II, N° 187/84, p. 467

tud del fenómeno, sino también y particularmente, como consecuencia de los diversos problemas que se presentan a diario y que resultaban inimaginables con sólo retrotraernos unas cuantas décadas atrás.

El “*asociacionismo*” aparece entonces, como signo de nuestro tiempo, a punto tal que muestra su repercusión en el terreno estrictamente económico, donde es factible apreciar consecuencias directas, como lo constituye el fenómeno de “*concentración económica*”, que ha dado nacimiento nada menos que al “*Derecho de grupos*”, mediante construcciones o entrecruzamiento de entidades de primer y/o segundo grado de una complejidad que supera con creces cualquier previsión decimonónica que pudiera haberse querido realizar en este sentido.

En consecuencia y como una primera observación, cabe señalar que resultaría un cercenamiento injustificable de la cuestión el pretender resolver este problema desde una visión estrictamente teórica del llamado derecho de daños, sin tener en cuenta todo lo ocurrido en el amplísimo universo de las personas de existencia ideal o colectivas, como sujeto permanente, constante y claramente mayoritario de las relaciones intersubjetivas de contenido patrimonial, donde la actuación a título individual cede notoriamente frente a la que se cumple a través de innumerables fórmulas técnicas de imputaciones diferenciadas.

Un tratamiento completo e integrado de la cuestión -dotado de un cierto y necesario pragmatismo requerido por las exigencias del tráfico-, demandan de los juristas la apreciación de este tópico incluyendo consideraciones y razonamientos derivados entonces de la teoría general de las personas.

Dicho de otra manera, la multiplicación desbordante generada por la prevalencia de la opción efectuada por los operadores del empleo de los entes colectivos como sujetos titulares de derechos y deberes, provoca una nueva realidad a la que el derecho debe apreciar en su cabal magnitud y brindar respuestas ajustadas a los requerimientos propios de la época y por sobre todas las cosas, encontrar soluciones a situaciones que con mucha frecuencia ocurren en la vida diaria y que por ello, no pueden quedar al margen de una respuesta normativa.

## 2.2. *La evolución en el concepto de persona jurídica.*

Es bueno destacar en este sentido que si bien nuestro Código Civil, -haciendo gala respecto de otros ordenamientos de su época-, elabora en

su Libro I, Sección Primera, una “teoría general de la personalidad” completa, lo cierto es que en su art. 32 no logra precisar un concepto esencial o científico de la persona jurídica, relegando a la doctrina o jurisprudencia la tarea de establecer tales imprescindibles precisiones.

No es el caso ni la oportunidad<sup>3</sup> de explicar las razones por las que Vélez Sársfield evita un pronunciamiento directo -como lo hiciera en el art. 51 del C.C. con las personas físicas-, y utiliza en cambio, el método de la exclusión, pero lo cierto es que el derecho ha mostrado un verdadero itinerario histórico en la elaboración de sus elementos o componentes esenciales, circunstancia que obliga al intérprete adecuarse de alguna manera a los cambios experimentados a través de este milenar camino transcurrido para lograr una construcción completa y de valor universal de la figura.

Es más, resulta fácilmente apreciable que el concepto técnico de personalidad observado a través del decurso de todo el tiempo señalado, afrontó diversas crisis esenciales<sup>4</sup> cuya superación fue permitiendo la elaboración de sus perfiles actuales, circunstancia que muchas veces no resultan suficientemente advertidas por juristas demasiado apegados a elaboraciones estrictamente formales y sustancialmente consolidadas.

En una brevísima síntesis, corresponde recordar al menos tres grandes etapas en este incuestionable itinerario transcurrido en casi dos mil años, ya que no resulta igual la concepción del sujeto colectivo, si es que se la aprecia en su primer ciclo, a la finalización del derecho romano, cuando el *corpus* y la *universitatis* logran diferenciarse como entes abstractos respecto de sus integrantes, elaborando lo que luego la doctrina moderna denominó como el “*principio de diversidad o alteridad*” o consecuencia inevitable del “*centro de imputación diferenciado*” - (“*quod est universitatis non est singulorum*”)-, de lo que ocurriera en el siglo

---

<sup>3</sup> Juan Carlos PALMERO, *La persona y el derecho en el fin de siglo*, Santa Fe, Ed. Universidad Nacional del Litoral, 1996, “Las personas físicas y jurídicas como sujetos de derecho en el fin de siglo”, pto. 7 y ss., p. 361.

<sup>4</sup> Juan Carlos PALMERO, “Personalidad”, publicado en *Derecho Societario y de la Empresa*, Córdoba Advocatus, t. I, p. 179 y ss. Igualmente: “La persona jurídica en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación”, publicado en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, N° 119/120, p. 818.

XIX -el segundo epicentro de la crisis-, momento en el cual se discutiera su naturaleza ontológica, entre la teoría de la ficción de Savigny, con la de la realidad que defendía Gierke, discusión que a la postre, se trató de un debate en torno a la composición o naturaleza de su substracto, en el sentido si correspondía a una “*cualidad conferida*”, o por el contrario, a una “*cualidad inferida*” por el Estado, llegándose al final y según la visión superadora de Ferrara, entender que respondía a una “*realidad técnica*” mediante la integración esencial de sus componentes, es decir, tanto de su presupuesto fáctico, como del normativo.

Por último, resulta evidente que a la luz de la multiplicación geométrica del fenómeno societario del mundo contemporáneo en sus mas diversas y variadas manifestaciones -tercera etapa de este recorrido histórico-, resulta evidente que hoy nos encontramos ante una concepción integrativa y catalizadora de las posturas anteriores, situación que obliga de alguna manera entender este fenómeno de la personalidad con perfiles y dimensiones diferentes de lo que venía ocurriendo hasta el presente.

Por otra parte, la historia también muestra una diferenciación evidente en los protagonismos de los diversos sujetos colectivos según las épocas que se analice, porque mientras en la antigüedad predominaron los “*corporae*” y las “*universitates*”, semejantes en su organización institucional a la República, en el siglo diecinueve hubo una evidente preponderancia de las asociaciones civiles y demás entidades de bien público, para por fin en la actualidad, se advierte una presencia y preponderancia casi incuestionable de las sociedades en sus más diversas tipologías como instrumentos capaces de dar cabida a diversos emprendimientos de los particulares, situaciones que obviamente, no pueden resultar ignoradas por el intérprete de nuestro tiempo.

Cabe recordar a este respecto el pensamiento de Paolo Grossi <sup>5</sup> en cuanto afirma que en el itinerario histórico de la personalidad colectiva, es menester diferenciar la perspectiva medieval y la decimonónica, de la visión actual, de forma tal que sea factible ajustar sus soluciones a los tiempos modernos y de esta manera brindar soluciones de justicia ade-

---

<sup>5</sup> Paolo GROSSI, Página Introduttiva, en “Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno” 11/12 (1982,1983) “Itinerari moderni della persona giuridica”, Parte 1, Milán, Giuffré Editore.

cuadas, donde el problema del agravio moral a las personas jurídicas constituye una realidad insoslayable y que merece una respuesta indiscutible por parte del derecho.

### 2.3. *Los nuevos horizontes de la responsabilidad civil*

Sin dejar de advertir algunos desbordes que se dieron respecto de los alcances modernos de la responsabilidad civil, que hemos dejado sentado nuestros reclamos de prudencia para evitar excesos injustificados, no hay ninguna duda que los conceptos y criterios en materia de responsabilidad civil no son los mismos de los que regían en tiempos pasados y en este sentido la doctrina ha destacado la existencia de un verdadero corrimiento de sus llamadas fronteras, privilegiando el resarcimiento como valor central de toda construcción jurídica en esta materia.

Es que el eje central de la reparación gira en la actualidad en torno a los derechos de la víctima del daño y ello ha incidido no sólo en el campo estricto de la interpretación sino también incluso en la propia dogmática, a punto tal que ahora se resalta hasta la existencia de un derecho constitucional del damnificado a la reparación de los perjuicios sufridos.

A título de ejemplo, resulta importante recordar los esfuerzos de nuestra jurisprudencia frente a la ortodoxia de la teoría de la ficción que imposibilitaba el reclamo a la persona jurídica de los daños y perjuicios derivados por la comisión de actos ilícitos de sus directivos o administradores propios de la responsabilidad extracontractual o *aquiliana*, que terminó por fuerza de la evidencia de la vida teniendo que ceder hacia una concepción más adecuada a los tiempos actuales, mucho antes de la Reforma del año 1968.

De alguna manera entonces, esta tendencia también tendría que ejercer algún tipo de influencia inclinando la balanza en miras a la facilitación de la obtención del resarcimiento de los perjuicios sufridos, aplicándose en este sentido una hermenéutica de mayor laxitud en torno a este espinoso problema, para quedar el derecho de esta manera dando una respuesta a un problema real, de todos los días y donde de no seguirse los criterios actualizados, quedarían impunes una cantidad de situaciones sin la adecuada indemnización, todo lo que conformaría un flagrante injusticia.

En definitiva, si tenemos en cuenta el fenómeno del *asociacionismo* moderno, fruto genuino de la concentración económica de la economía liberal de nuestro tiempo, el itinerario histórico en la construcción del nuevo concepto de persona jurídica, como así, el constante corrimiento de las fronteras de la responsabilidad civil, todo indica acerca de la necesidad de realizar una revisión de la concepción tradicional respecto de la legitimación activa de un ente colectivo para la reclamación de los daños experimentados de carácter extrapatrimonial, todo ello sin perjuicio de las demás disquisiciones y razonamientos que se formularán a continuación.

Los precedentes señalados, constituyen otros elementos que se suman a los argumentos tradicionales en orden a establecer una visión diferente de esta cuestión que aparece como un problema concreto de nuestra realidad y que golpea todos los días la puerta de los juristas en miras al logro de una solución más justa y adecuada a las exigencias del tráfico.

### **3. Legitimación de las personas jurídicas para reclamar el agravio moral previsto en el art. 1078 del Código Civil**

Existen sobre el particular, tres posiciones bien definidas a este respecto, las que se a su vez tienen sustento como punto de partida en la concepción, contenido y alcance que se le asigne al daño moral según las dos posiciones fundamentales, es decir, si constituye el resarcimiento de un padecimiento síquico o de las afecciones legítimas, sentimientos propios o alteraciones del espíritu en sus facultades de una persona física en su “entender, querer o sentir”<sup>6</sup> -, o si por el contrario, además de lo seña-

---

<sup>6</sup> Luis MOISSET DE ESPANÉS, “Daño moral y personas jurídicas”, ob. cit. Nota N° 1, donde el autor expone con mucha claridad el dilema del resultado de la cuestión a partir de las dos concepciones tradicionales en torno a la naturaleza, contenido y alcance del agravio moral, como daño resarcible de la responsabilidad civil. De esta manera, si se partiera del concepto exclusivamente subjetivista, obviamente que la solución debería ser negativa a la procedencia de este reclamo por parte de los entes colectivos, ya que a nadie se le puede ocurrir que una persona jurídica pueda tener psiquismo como para “entender, sentir o querer”. A contrario *sensu*, si el fundamento de este rubro indemnizatorio comprende y subsume los llamados intereses extrapatrimoniales, entonces la solución que propiciamos luce con total claridad y no habría inconveniente alguno de su aceptación general.

lado precedentemente, abarca un espacio más amplio que comprendería toda afectación o lesión a un interés extrapatrimonial legítimo.

No hace falta abundar en consideraciones para advertir que si estamos intentando resarcir lo que se ha dado en llamar figurativamente el “precio al dolor”, tal padecimiento sólo lo experimentan las personas de carne y hueso y obviamente, no podría extenderse a los supuestos de las personas jurídicas o entes abstractos propios de la subjetividad colectiva.

Por el contrario, si el agravio moral comprende además del sufrimiento, todo menoscabo o detrimento de un interés extrapatrimonial legítimo, entonces cabe claramente la posibilidad que se reconozca la legitimación activa de las personas jurídicas para pretender una indemnización por este concepto en toda situación de comportamientos antijurídicos que abran el supuesto condicionante o *factum* de la responsabilidad civil.

Esta división se advierte de manera muy evidente cuando se repasan los autores que se encuentran enrolados en una u otra de las posiciones antagónicas en torno a las posibilidades de éxito de esta acción, a punto tal que todo indica que este debate -que tiene un perfil eminentemente teórico y por ello, alejado de los requerimientos propios de una nueva realidad que pusimos en evidencia en el punto anterior-, condiciona casi de manera inexorable una solución de justicia que cada vez reclama con mayor insistencia el hallazgo de fórmulas que beneficien el principio superior del *nenimen laedere*, hoy elevado incluso a la jerarquía de orden constitucional.

Con estos antecedentes en claro, caben entonces distinguir tres posiciones bien definidas en torno al problema a saber: a) una primer teoría que rechaza terminantemente la posibilidad del reclamo por parte de una persona jurídica del agravio moral; b) una segunda de tipo intermedia, que la reconoce según la naturaleza del fin propio del ente y en tanto se trate de un objetivo de bien común; y c) por último, los que consideran que por conformar el agravio moral la protección de un interés extrapatrimonial, la subjetividad jurídica propia de las personas jurídicas pueden ser lesionadas en este tipo de bienes y por lo tanto, merecen la protección y legitimación de la acción.

### 3.1. Tesis tradicional que imposibilita el reclamo de daño moral a las personas jurídicas

En primer lugar, existe una vertiente doctrinaria -llamada tradicional o subjetivista-, que entiende al agravio moral -tal como se encuentra redactado en el Art. 1078 del C.C., que sólo puede ser experimentado por las personas físicas (art. 51 del Cód. Civ.), en toda situación donde el acto ilícito ocasione - con la debida causalidad adecuada-, un padecimiento síquico, de las afecciones legítimas, alteraciones del espíritu o sentimientos en sus facultades de “*entender, querer o sentir*”, y como las personas jurídicas (art. 32 del C.C.) no revisten este tipo de subjetividad psicológica, desaparece entonces el presupuesto lógico necesario como para dar fundamento a una conclusión asertiva, de forma tal que nunca pueden llegar a verse perjudicadas en función de este ítem de la indemnización civil.

Esta orientación se encuentra principalmente defendida -entre otros-, por tres prestigiosos profesores que resultan muy respetados en materia de Derecho de Daños: Jorge Mosset Iturraspe, por un lado <sup>7</sup>, y de manera especial, Matilde Zavala de González <sup>8</sup>, y Daniel Pizarro <sup>9</sup> quienes constituyen en las actualidad un conjunto de opiniones de relevancia como defensores de la tesis restrictiva o negativa a reconocer el daño moral de las personas colectivas.

---

<sup>7</sup> Jorge MOSSET ITURRASPE, “¿Pueden las personas jurídicas sufrir un daño moral?”, publicado en L.L. 1984-C-511.

<sup>8</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ: “Las personas sin discernimiento y las personas jurídicas como sujetos pasivos de daño moral”, publicado en J.A. 1987-I-794, pero luego con particular énfasis aparece nuevamente reiterando su posición en la obra “Responsabilidad por Daños”, Buenos Aires, Hammurabi, t. 2d, p. 143.

<sup>9</sup> Daniel PIZARRO, *Daño moral*, Buenos Aires, Hammurabi, parágrafo 49, p. 257 y ss. Además, en: Daniel PIZARRO - Horacio ROITMAN: “El daño moral y la persona jurídica”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, 1992, N° 1, p. 215 y ss. Sostienen estos autores que la persona jurídica tiene ciertas símiles con las personas de existencia física, a saber: nombre y denominación; prestigio y reputación externa, al honor objetivo; el secreto en los negocios mercantiles y reservas con la intimidad, la seguridad a la integración física. Pero mientras en un caso el agravio a estos atributos da nacimiento al derecho a una indemnización por agravio moral en el otro en cambio sólo se vuelve resarcible en cuanto configure un daño cierto y de carácter patrimonial.

Fundamentan su pensamiento en este sentido y como argumentación lógica de esta orientación, que sólo la persona física puede reconocérsele *intimidación*, como espacio psicológico propio del ser humano, cualquier sufrimiento o “modificación disvaliosa del espíritu” y por lo tanto, cuando se trata de entes abstractos, al carecer absolutamente de estas cualidades esenciales propias de su naturaleza, el único rubro o pretensión indemnizatoria debe consistir en el daño patrimonial, en tanto y en cuanto pueda llegar a ser motivo de prueba <sup>10</sup>.

Como dijimos anteriormente, esta postura además de haber tenido repercusión mayoritaria en los tribunales ordinarios <sup>11</sup>, parece ser igualmente la posición sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación <sup>12</sup>, que recepta este temperamento a partir de un primer fallo en la

---

<sup>10</sup> Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil: Las conclusiones de la reunión académica referida en la nota, han sido publicadas en J. A., 1984-IV p. 883. El despacho B, dispuso: “*Las personas jurídicas no pueden ser sujetos pasivos de un daño moral*”, En cambio, el despacho de comisión, conclusión N° 13, se dijo: “*Las personas de existencia ideal, cuando sufren un menoscabo a los atributos o presupuestos de su personalidad, están legitimadas para reclamar la reparación del daño moral padecido*”.

<sup>11</sup> Jorge BUSTAMANTE ALSINA, comentario al fallo “KasdoF”, publicado en E.D. 138. 189. A su vez, esta opinión es receptada plenamente en el voto minoritario y en disidencia de la Dra. Ana Piaggi, integrante de la CNCom., Sala B, *in re*: “Casa Hutton S. A. vs. Resmacon S.R.L.”, de fecha 11/02/2000. La posición mayoritaria, estuvo expresada por los Dres. Enrique Butty y María L. Gómez Alonso de Díaz Colodrero. En esta misma orientación, además de las sentencias que se hará referencia de Suprema Corte de Justicia de la Nación, es factible encontrar los siguientes pronunciamientos de tribunales ordinarios: CNCom., Sala D, “Materiales Texda Argentina S.A.C.I.F.I. v Texsa Brasileira Ltda” del 17/11/1988; CNac. Civ. y Com. Fed.: “JFT y Telefónica Argentina S/ Incumplimiento de servicios telefónico”, del 28/03/1996; CNCon. Adm., Sala IV, del 1/3/88, publicado en J. A. 1997-I-794; Cám. 3ª Civil y Comercial de Córdoba, fallo del 1/19/87, publicada en Seminario Jurídico del 25/2/88; CNCrim. Corr. Sala 6ª, 8/3/74 publicado en J. A. 23-1975-25 y/o L. L. 154-511; CNCom. Sala B. 14/3/83 en L. L. 1983-C-2331; CNFed. Civ. y Com. Sala 1º 7/4/82 en L. L. 1983-D-644 ; CNCon. Adm., Sala IV, del 1/3/88 publicado en J. A. 1997-I-794; CNFed. Civ. y Com. Sala 1º 7/4/82 en L. L. 1983-D-644 .

<sup>12</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, en fallo del 3/11/1992, *in re*: “De la Matta Manuel H y otro vs. Gas del Estado y otros” publicado en L. L. 1994-B-449; “KasdoF S.A. v. Provincia de Jujuy y otro”, fallo del 22/05/1999, publicado en L. L. 1991-A-50; “Empresa Gutiérrez S.R.L. v Provincia de Catamarca” publicado en J. A. 1997-III; “Industrias Maderera Lanín SRL. v Gobierno Nacional, del 20/6/1977, publicado en E D 73-717. .

década del noventa, pero que la ha reiterado en varios pronunciamientos bastantes recientes, a saber: *“No cabe una reparación del daño moral a favor de una sociedad comercial, pues dado que su capacidad jurídica está limitada por el principio de la especialidad y que su finalidad propia es la obtención de ganancias, todo aquello que pueda afectar su prestigio o su buen nombre comercial, o bien redunde en la disminución de sus beneficios o bien carece de trascendencia a los fines indemnizatorios, ya que se trata de entes que no son susceptibles de sufrir padecimientos espirituales”*<sup>13</sup>.

En una recopilación jurisprudencial sobre el tema de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha dicho: *“Analizando la jurisprudencia de la Corte Suprema entre los años 1983/1993 con relación al tema del daño moral (Art. 1078 del CC.) podemos inferir que en cuanto a su naturaleza jurídica, se trata de un agravio de índole espiritual, una lesión inevitable en los sentimientos de una persona física, y es precisamente por ello que se lo tiene configurado con la sola producción del evento dañoso (“Gómez Orue de Gaele, Frida A. y otra v/ Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, 9/12/93); y por tal motivo no cabe la reparación del daño moral a favor de una sociedad comercial (persona jurídica)”*<sup>14</sup>.

En igual sentido: y en los autos “Brumeco S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”, de fecha 18/09/1990<sup>15</sup>, la Corte reitera: *“No cabe ninguna reparación en concepto de daño moral en favor de una sociedad comercial, pues dado que su capacidad jurídica está limitada por el principio de la especialidad y que su finalidad propia es la obtención de ganancias, todo aquello que pueda afectar su prestigio o su buen nombre comercial, o bien redunde en la disminución*

---

<sup>13</sup> Conf. SCJN, 22/3/90, in re: “Kasdorf S.A. c/ Provincia de Jujuy y otro” doctrina de la mayoría, LLC, 1990-204, con nota desaprobatoria del Dr. Brebbia: “Las personas jurídicas - y las sociedades comerciales en particular-, como sujetos pasivos de agravio moral”.

<sup>14</sup> Raúl GARRIDO GONZÁLEZ: “El daño Moral en la jurisprudencia de la Corte”, J. A. IV-1063.

<sup>15</sup> Conf. SCJN. in re: “Brumeco S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”, de fecha 18/09/1990.

*de sus beneficios o bien carece de trascendencia a los fines indemnizatorios, ya que se trata de entes que no son susceptibles de sufrir padecimientos espirituales.*” situación que resulta reproducida casi en los mismos términos un tiempo de después en autos “De la Matta Manuel H. c/ Gas del Estado y otros”<sup>16</sup>.

Esta posición encuentra una repetición en fallo dictado con fecha 11 de julio del año 2002, en autos “Provincia de Santa Fe c/ Econtesa” donde una vez más se sigue dentro de los mismos e idéntico parámetros en la apreciación del problema: “*Esta Corte tiene dicho, que dado que la capacidad jurídica de las sociedades comerciales está limitada por el principio de especialidad, (Art. 35 C.C.y 2 LS.) y que su finalidad propia es la obtención de ganancias (Art. 1 LS), todo aquello que pueda afectar su prestigio o su buen nombre comercial, o bien redunde en la disminución de sus beneficios, o bien carece de trascendencia a los fines indemnizatorios, ya que se trata de entes que no son susceptibles de sufrir padecimientos espirituales*”<sup>17</sup>.

Existe también un fallo importante -por el tribunal de que se trata-, de fecha 11/02/2000, dictado por la Sala B de la Cámara Nacional Comercial de la Capital Federal, que dispone: “*Si bien en el ámbito de las relaciones entre empresarios no cabe descartar la configuración de un daño moral resarcible, ello importa supuestos excepcionales, ya que tales agravios o bien se subsumen en la frustración de ganancia o en supuestos en que la entidad haya sido ofendida en su reputación, en su honor o en el crédito de que es merecedora respecto de la confianza del público*”... “*No cabe reparación del daño moral directo a favor de una sociedad comercial por carecer de bienes extrapatrimoniales que pueden verse afectados, por lo que frente a la lesión del nombre o fama comercial sólo procede resarcir el daño patrimonial indirecto*”<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Conf. SCJN. en fallo: “De la Matta Manuel H. c/ Gas del Estado y otros”, publicado en L. L. 1194-B-449.

<sup>17</sup> Conf. SCJN in re: “Provincia de Santa Fe c/ Encotesa”, fallo del 11/7/2002, publicado en L.L. 2002-F-852.

<sup>18</sup> Ob cit. nota N° 8.

Como se advertirá la posición subjetivista o tradicional ha tenido buena repercusión en el campo de los pronunciamientos jurisdiccionales de los tribunales ordinarios y tal como se ha visto precedentemente, constituye en la actualidad, la posición que sustenta el más Alto Tribunal de la Nación, circunstancias que deben valorarse de manera especial por tratarse de una doctrina judicial de alguna manera consolidada.

El debate debía repercutir inevitablemente en el campo doctrinario y fueron justamente las “II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil”, que se llevaron a cabo en el año 1984 y con posterioridad, en las “XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil”<sup>19</sup> que se reunieron en la ciudad de Tucumán, en el mes de setiembre de 1993, donde se discutió acaloradamente la cuestión, habiendo adherido a la tesis restrictiva es decir, que “*Las personas jurídicas no pueden ser sujetos pasivos de un daño moral*”, un grupo de distinguidos juristas<sup>20</sup>, aunque es bueno reconocer que en ambas reuniones académicas la contraposición de ideas no pudo eludir la encerrona propia del derecho de daños sobre el contenido mismo del agravio moral, en lo que se refiere a los llamados intereses extrapatrimoniales, sin que fuese factible abrir el horizonte hacia una consideración más actual de la teoría general de la personalidad jurídica, tal como será materia de tratamiento más adelante.

---

<sup>19</sup> XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, reunidas en la ciudad de Tucumán en el mes de setiembre del año 1993. El despacho mayoritario, con treinta y tres votos a favor, sostuvo: “*La persona jurídica no puede ser titular del derecho a la indemnización por daño moral. Sin perjuicio de ello, es plenamente resarcible el daño patrimonial indirecto, el que debe ser valorado con razonable flexibilidad* “ habiendo sido apoyada esta proposición por juristas como Atilio Alterini, Alberto Bueres y Daniel Pizarro. En contra se propuso el siguiente despacho minoritario: “*La persona jurídica sin fines de lucro puede ser titular del derecho a la indemnización por daño moral, además de la correspondiente al daño patrimonial indirecto*”, habiendo obtenido sólo tres adhesiones.

<sup>20</sup> Dentro de los autores que presentaron posiciones o manifestaron su adhesión al despacho B, acordes a la línea tradicional o subjetivista, cabe mencionar: Jorge Mosset Iturraspe, Alberto Bueres, Daniel Pizarro, Silvana Chiappero, Matilde Zavala de González, Esteban Sandoval Luque y Beatriz Junyent de Sandoval, que sostuvieron la irreparabilidad del agravio moral de una persona jurídica.

### 3.2. *Tesis intermedia que admite la procedencia según sea la persona jurídica de que se trate*

La segunda tendencia o también denominada como tesis intermedia -que no ha adquirido gran predicamento-, sostiene que para resolver la cuestión, es menester apreciar el tipo de persona jurídica de que se trate, ya que no resulta correcto generalizar una fórmula absoluta a la luz de las diversas especies corporativas que ofrece la realidad contemporánea.

Para ello, consideran que hay que diferenciar entre las personas jurídicas que tienen fines *altruistas* -asociaciones o fundaciones del art. 33, 2ª parte, 1 del C.C. y que por ello, revisten como única finalidad el bien común, a las cuales resulta factible lesionarlas a través de difamaciones, injurias o calumnias en su consideración o prestigio público y consecuentemente, ocasionarles un daño moral, de las personas jurídicas que tienen sólo finalidad de *lucro* (art. 33 2ª parte, 2. del C.C.), a las que no es posible reconocerles otro perjuicio que no sea el estrictamente patrimonial, precisamente, porque las características propias de su objeto les asigna el sentido y la función de su ministerio (art. 35 C.C.).

Esta línea argumental claramente minoritaria, aunque revela una gran originalidad, es defendida por el distinguido jurista Santos Cifuentes<sup>21</sup>, que en un importante trabajo sobre el tema logra establecer esta distinción, al considerar que el prestigio o consideración pública de ciertas entidades se diferencian sustancialmente de las otras, que sólo tienen como objeto la obtención de ganancias, entendiéndose en consecuencia que sólo las primeras resultan factibles de ser agraviadas en un interés estrictamente moral, mientras que las segundas por el contrario, deben seguir las reglas propias de la prueba de cualquier rubro resarcitorio de contenido patrimonial.

La orientación en análisis, ha recibido escasa recepción jurisprudencial<sup>22</sup> en un fallo de la década del ochenta, aunque el voto sobre el cual se construye el silogismo lógico de la sentencia resulta el elaborado por el

---

<sup>21</sup>Santos CIFUENTES, en su trabajo sobre “El daño Moral y la persona jurídica”, publicado en *Derecho de Daños*, 1ª parte, 1989, p. 408.

<sup>22</sup>Fallo dictado por la CNCiv. Sala C del 17/6/85, in re: “Crédito integral S.A. c/ Braseto S.A. Eugenio y otros”, publicado en L. L. 1986-A-214, sentencia con voto elaborado por el autor de la cita.

propio Dr. Cifuentes, defensor como se ha explicado precedentemente, de esta posición intermedia o ecléctica entre las posturas en pugna.

Aunque en cierta forma cercenada, es bueno destacar que a través de esta orientación científica, se empieza a vislumbrar la posibilidad de reconocer la existencia de una subjetividad real a los sujetos colectivos, capaz de ser atacada o lesionada, con intereses propios y autónomos independientes al de las personas que la integran, diferenciada de cualquier apreciación psicológica y en cambio, valorizada y apreciada ahora desde una angulación propia de las funciones que cumplen estos entes abstractos dentro del funcionamiento de las relaciones jurídicas de la realidad actual.

### *3.3. Tesis que acepta la reparación del agravio moral de las personas jurídicas cuando resultan afectados sus intereses extrapatrimoniales*

3.3.1. Por último, parece ir ganando terreno en buena parte de la doctrina moderna<sup>23</sup> la posición que considera que la persona jurídica puede ser afectada en sus *intereses extrapatrimoniales* y por lo tanto, resultar legitimaria activa de una indemnización por agravio moral.

---

<sup>23</sup> Roberto BREBBIA, “La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral. La prueba del daño moral”, publicado en L. L. 1987-D, 53. Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales. Tomo III, 195. Comentario al fallo dictado el 21/11/1986 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, in re: “El Trust Viviendas, S. A. c Adabor, S. A.”; “La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral”, publicado en Temas de Responsabilidad Civil, en honor del Dr. Augusto Mario MORELLO, Platense, p. 50 y ss y en: “Daño Moral”, Ed. Orbir, cap. XII. Eduardo ZANNONI “El daño en la responsabilidad civil”, 2da. edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea, Bs. As. 1987, parágrafo 124, p. 446; Alfredo ORGAZ: “El Daño resarcible”, 3ª edición, donde cambia su opinión respecto de la 2ª edición del mismo libro. Luis MOISSET DE ESPANÉS: “Daño moral y persona jurídica”, publicado en Zeus Córdoba, 1985, t.4, p. 134 (sección comentarios a fallo); Adriano DE CUPIS: “Il Danno. Teoria generale della responsabilità civile”, Milano 1946.; Fernando FUEYO LANARI: “La resarcibilidad del daño extrapatrimonial o moral como tutela de la persona y los bienes y derechos de la personalidad”, en “Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídi-

La elaboración comienza apreciarse de una manera especial, frente a diversos supuestos<sup>24</sup> y entre los más frecuentes, se encuentran aquellos derivados de injurias y calumnias capaces de afectar el prestigio o predicamento social o económico de una persona jurídica, para lo cual la construcción lógica se configura a partir del concepto jurídico del honor, que constituye a no dudar, el bien jurídico protegido dentro de las diversas tipicidades que lo preserva en nuestra legislación y en este sentido se lo ha considerado como un interés digno de tutela, en razón de conformar uno de los elementos que componen su dignidad e integridad moral de una persona.

A este respecto y desde siempre se ha explicado técnicamente al honor como un valor que merece la protección del derecho y debe ser apreciado desde una doble dimensión: a) el *honor subjetivo*, que corresponde a lo que normalmente se conoce como autoestima u opinión que un sujeto tiene de si mismo y donde hay un fuerte contenido de tipo psicológico o personal; y b) el *honor objetivo*<sup>25</sup>, que importa la consideración que los

---

co latinoamericano”, Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de setiembre de 1988, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y la “Associazione di Studi Sociali Lantinoamericani”. (ASSLA), Ed. Cultural Cuzco, Lima Perú, 1990, Pto. 24, p. 157- En igual sentido diversa ponencias presentadas a las “IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil”: Antonio BANCHIO - Gustavo VALLESPINO - Julio SÁNCHEZ TORRES -Fernando MÁRQUES (1984); María Emilia LLOVERAS DE RESK y Gustavo TALE, “Daño Moral a las personas jurídicas”, E.D., 155-845. Es a su vez la solución prevista en el Art. 164 del Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía, en cuanto dispone: 1. El daño moral es resarcible: ...a).En caso de grave perturbación psíquica de los sentimientos de afectión, provocado por lesiones físicas o por atentados al patrimonio moral, incluso de una persona jurídica, o a la memoria de un cónyuge difunto”..

<sup>24</sup> Roberto BREBBIA, “La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral. La prueba del daño moral” ob. cit. nota N° 23: Considera el autor que haciendo un examen exhaustivo de estos derechos, y de manera absolutamente independiente de quienes la integran o componen en forma individual (art. 39, apartado 1ª del Cód. Civ.), cabe mencionar el honor, la privacidad o intimidad, el nombre, la libertad de acción, la seguridad personal, la protección de los valores de la afectación y el derecho moral del autor

<sup>25</sup> Henri y Leon MAZEAUD - André TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual*, Prefacio por Henry Capitant, tomo I, volumen I, traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, EJE, 1971, N° 308, p. 436. Refiriéndose a esta cuestión formulan una interesante distinción respecto de los daños morales en cuanto pueden afectar la “parte afectiva de ese patrimonio” -obviamente

demás se han formado de una persona y es precisamente desde esta perspectiva donde aparece si se quiere un decidido condimento de tipo social que trasciende cualquier apreciación estrictamente individual de la cuestión.

Y es frente a esta última perspectiva de estimación del *honor objetivo*, donde el perjuicio o la lesión se muestran o pueden valorarse de manera semejante, pues vale tanto el agravio que padece una persona física, como las jurídicas, ya que del concepto o estimación que tienen los demás respecto de un sujeto de derecho, puede inferirse una serie de conclusiones importantísimas, tanto en lo que se refiere a sus posibilidades de actuación, como así incluso y de una manera directa, en los reflejos o repercusiones patrimoniales que de tal situación se infieren o desprenden.

El prestigio, la consideración, el respeto, la confianza y el crédito que un sujeto de derecho -físico o colectivo-, se ganan en razón de un comportamiento o actuación institucional, profesional y moral intachable frente a los demás, como una de las manifestaciones posibles del honor, merece como tal *-per se-*, y sin necesidad de ulteriores disquisiciones de orden técnico, la protección o tutela del ordenamiento jurídico y en este sentido, da por igual que se trate de un individuo de carne y hueso o que por el contrario, se refiera a una entidad de carácter abstracto o moral, como sucede en las personas colectivas y por otra parte, totalmente autónomo e independiente con relación al agravio indirecto que pueden recibir quienes las dirigen o administran (daño indirecto)<sup>26</sup>.

---

te referido a las personas físicas-, o la “parte social del patrimonio moral” y es evidente que desde esta otra segunda dimensión la apreciación del problema de advierte desde una angulación absolutamente disímil de las posiciones clásicas a este respecto. En la misma obra t. 2, II, N° 1878.4, p. 467 y de una manera más directa refiriéndose al problema que nos ocupa, expresa: “*Consideramos, pues, un perjuicio causado a la agrupación. Esto supone una agrupación dotada de personalidad; porque sin personalidad no hay patrimonio, y sin patrimonio no existe perjuicio posible. Pero, desde el instante en que goce de la personalidad, una agrupación, se la que sea, puede sufrir un daño, incluso un daño moral*”

<sup>26</sup> Esta propensión a flexibilizar el alcance de la indemnización del daño patrimonial, extendiéndolo al daño patrimonial indirecto, “valorado de forma razonable y flexible”, resulta del despacho de mayoría aprobado en las “XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil” reunidas en la ciudad de Tucumán en el mes de setiembre de 1993, posición adoptada seguramente como una manera de encontrar alguna respuesta lógica a un reclamo notorio y evidente de la realidad.

No hay ninguna duda que estos agravios en las personas físicas llegan a comprender ambas perspectivas, (subjetiva y objetiva), porque además de ocasionar un dolor psicológico derivado de la injuria, le acarrea igualmente un desmedro consiguiente en la consideración o prestigio respecto de sus semejantes: mientras que por el contrario, en las personas jurídicas sólo soportan ésta última, pero ello no justifica que el intérprete omita la reparación de un perjuicio real y efectivo que padece un ente colectivo de la manera que destacamos precedentemente.

Reciente doctrina<sup>27</sup> se ha expedido a favor del reconocimiento de estas ideas, en cuanto se afirma que: *“Las personas jurídicas no tienen subjetividad y, por ende, carecen de honor en sentido subjetivo (autoestima). Sin embargo, en el ámbito y finalidad para las que han sido creadas, tienen una reputación (derecho al honor objetivo) que puede resultar afectada por ofensas de distinta índole y a la que es posible defender. Una persona jurídica puede tener prestigio y una posición en el mundo de los negocios susceptibles de ser afectada por conductas ofensivas que, por ejemplo, le imputen arbitraria y falazmente procederes deshonestos, conductas ineficientes, quebrantos financieros, etcétera”*.

¿Quién podría dudar que si a través de los medios modernos de comunicación masiva, se difunden noticias falsas o malintencionadas de una persona jurídica, se esta lesionando efectivamente su prestigio y demás componentes de los intereses extrapatrimoniales que componen su subjetividad colectiva?

Entendemos que cuando estamos frente a sujetos de derechos, que en la realidad conforman un centro de imputación diferenciada en orden a la realización de una determinada actividad económica, el honor objetivo o predicamento social, merecen igual respeto que el de una persona individual.

Es que un sujeto de derecho, por la funcionalidad propia que cumple en el campo de las relaciones jurídicas, desarrolla siempre una *“actividad”* atribuida al mismo, sea a título individual, o como ente colectivo, pero lo cierto es que de una u otra manera tal *“actividad”* puede verse

---

<sup>27</sup> Ramón Daniel PIZARRO, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas y agraviantes*, Buenos Aires, Hammurabi, p. 277.

seriamente lesionada cuando se agravia de manera irreversible intereses de orden extrapatrimonial, como ocurre con el derrumbe de la confianza pública o prestigio social o comercial motivado por la comisión de un comportamiento antijurídico específico que afecte su honor concebido desde su perspectiva social, y no individual por cierto.

No es lo mismo el perjuicio que se efectúa sobre un acto o cosa en particular, que cuando lo experimenta quien desarrolla o resulta titular de una “*actividad*”, porque ésta posee un valor *per se* <sup>28</sup>, a través de un conjunto de intereses extrapatrimoniales. Una manifestación de voluntad se aprecia y se agota en si misma con su realización, mientras que por el contrario, el desenvolvimiento de una “*actividad*”, comprende inevitablemente una secuencia de comportamientos que se vinculan y concatenan entre si, donde la lesión respecto de una situación presente, gravita y se proyecta indefectiblemente y de manera especial respecto al futuro.

Todo ello nos permite aportar una primera batería argumental que demuestra la necesidad de considerar esta cuestión desde un enfoque diferente al que pueda surgir de manera exclusiva como consecuencia de una visión teórica o a partir del concepto específico y estricto del agravio moral.

3.3.2. En alguna oportunidad, se formuló una apreciación restrictiva en razón de la expresión gramatical del adverbio “*solo*” utilizado por el Art. 1089 del Cód. Civ., pero a medida que fue pasando el tiempo, la influencia de una interpretación sistemática y razonada del precepto morigeró los alcances de esta hermenéutica literal o cerrada.

Desde otra angulación, cierta doctrina <sup>29</sup> se ha sumado a la tesis amplia, mediante una serie de argumentos que rebaten desde un punto de

---

<sup>28</sup> Roberto BREBBIA, ob. cit. nota N° 23, plantea con toda lucidez el interrogante en torno a si es necesario que el damnificado moral acredite la existencia del agravio demostrando que el hecho ilícito le ocasionó una repercusión de orden psíquica especial: miedo, dolor, emoción, angustia, vergüenza etc. etc. La respuesta que brinda el autor es que “la sola demostración por el damnificado de la violación de una norma consagradoria de algún derecho de la personalidad o interés legítimo del mismo orden, bastará para considerar acreditado el agravio moral sufrido” posición que evidentemente compartimos por co-responder a la propia naturaleza de este tipo de indemnización.

<sup>29</sup> Augusto BELLUSCIO (director) - Eduardo ZANNONI (coordinador), *Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 2002, t. 5, p. 251

vista estrictamente normativo, cualquier criterio limitativo de esta responsabilidad, rebatiendo los razonamientos esgrimidos por la concepción tradicional, en función de tres argumentos centrales: (i) el Art. 1089 del C.C.no lo menciona, pero tampoco lo prohíbe; (ii) El Art. 1078 del C.C.reviste suficiente autonomía como para aplicarlo de manera independiente, mucho más aún luego de la redacción amplia utilizada por la Reforma; (iii) la interpretación restrictiva iría a contrapelo del Art. 1083 del C.C.reformado por la Ley 17.711/68, que amplió de manera importante el alcance del “*principio de reparación integral*”, normativa que también debe ser considerada como una fuente hermenéutica independiente a los efectos de la solución del problema que nos ocupa.

Más allá de la discusión teórica de si este *honor objetivo* de las personas jurídicas constituye lo que se conoce como un derecho personalísimo o “*iure in persona ipsa*”, es evidente que se trata de *valores extrapatrimoniales*, que a semejanzas de los intangibles de un balance, merecen una protección legal y deben conformar uno de los rubros inevitables de la indemnización derivada de los delitos civiles contra el honor, tanto en las personas físicas, como en las jurídicas.

Dicho de otra manera, el prestigio, predicamento, fama, crédito o consideración pública de un ente colectivo, conforma una cualidad subjetiva capaz de ser titular de intereses extrapatrimoniales dignos de tutela, entre los que el honor objetivo o perspectiva social del mismo, merece la protección legal frente a cualquier lesión inferida de un comportamiento antijurídico.

No debe dejar de tenerse en cuenta que el reconocimiento de la personalidad por parte del ordenamiento jurídico, importa acordarle al sujeto de derecho una especial “*cualidad*”, sobre la base del otorgamiento del atributo de la capacidad, como aptitud o grado de aptitud para poder ejercer por si mismo todos los actos no prohibidos por su propia naturaleza o por las leyes vigentes, es decir, revisten la posibilidad de ejercer con total generalidad derechos y contraer obligaciones, “*cualidad*” que a su vez, encuentra apoyatura o anclaje en la realidad en función de un substracto fáctico y normativo que se exterioriza a través del desenvolvimiento de una “*actividad*” que tiene como finalidad la consecución de su propio objeto.

Pero además de capacidad, posee otros atributos de la persona en general, como lo es el nombre y el domicilio, circunstancias que confi-

guran una realidad jurídica a la cual se la reconoce como centro de titularidad e imputación de relaciones y en consecuencia, resulta pasible de ser lesionada cuando precisamente se menoscaban algunos de estos atributos que conforman e integran esta “*cualidad*”, la que en forma notoria se distingue de manera evidente de cualquier acto o negocio jurídico aislado o individual.

En otra oportunidad explicamos<sup>30</sup> las diferencias que surgen de la aplicación de diversos institutos de la parte general, como sucede verbi-gracia con la nulidad, cuando deben aplicarse sobre un sujeto de derecho o por el contrario, respecto de un acto jurídico o un contrato de cambio, donde no es posible retrotraer las cosas a la misma situación anterior a su declaración, tal como lo dispone el art. 1050 del C.C., porque los efectos invalidatorios proyectados sobre un ente que ha desplegado una “*actividad*” en la cual los terceros han hecho fe o confiado en su apariencia exterior, deben resolverse a través del instituto de la inoponibilidad y no de la nulidad.

No es extraño entonces que los arts. 35 y 41 del C.C. introducen el principio de equivalencia, en el sentido que les concede a las personas jurídicas -dentro de los fines de su institución-, los mismos derechos que los personas físicas en lo que hace a su capacidad para adquirir bienes o contraer obligaciones, es decir, que la regla debe ser la del trato igualitario, obviamente con las excepciones o restricciones inferidas de la ley.

En definitiva, no puede ser regulado de la misma manera y a la luz de la teoría de la personalidad un sujeto de derecho, que otras situaciones que puedan darse desde la perspectiva del derecho de daños, porque reiteramos, al desarrollar una “*actividad*” en miras a la consecución de su objeto, requieren una disciplina realista y moderna respecto de la lesión de sus intereses extrapatrimoniales.

3.3.3. Existe otro argumento más y se infiere de una contradicción a nuestra manera de ver evidente por parte de la teoría tradicional o subjetivista y se vincula con los mecanismos propios de la prueba del daño, referidos obviamente a la posibilidad de cuantificación del agravio.

---

<sup>30</sup> Juan Carlos PALMERO, “Negocio Jurídico Indirecto - Simulación de la sociedad anónima”, publicado en L.L. año LXIX N° 174 del miércoles 7 de setiembre del año 2005.

Se ha dicho en reiteradas oportunidades dentro de esta orientación, que al no encuadrar las personas jurídicas dentro del supuesto previsto por el del daño moral, en razón de carecer de una subjetividad psicológica y por lo tanto, quedar expuestas al dolor, padecimiento, sufrimiento o cualquier otra forma de perjuicio o afección de tipo moral, la única vía expedita es la del daño patrimonial, a través de la demostración que el detrimento o menoscabo de sus intereses extrapatrimoniales han generado una lesión económica mensurable en dinero.

Sin embargo, esta premisa parte de la base de un contrasentido, por una razón muy simple: si el daño fuese factible de medir en forma objetiva y cierta, obviamente que el sujeto colectivo no reclamaría el agravio moral, sino lisa y llanamente la reparación integral del daño sufrido, por el hecho de que se trata de una pretensión que se elabora sobre la base de una plataforma fáctica y jurídica mucho más sólida, consistente y previsible que la de quedar a las resultas del arbitrio o apreciación judicial <sup>31</sup>.

Por otra parte, este reclamo de la legitimación activa de las personas jurídicas para obtener el resarcimiento del agravio moral se genera precisamente en los casos donde no es factible la utilización de la vía ordinaria o normal, que como dijimos, siempre se muestra mucho más sólida y previsible y no haría falta de un precepto con los alcances propios del art. 1078 del C.C.

En consecuencia, el punto de partida o silogismo lógico de la corriente de pensamiento que discrepamos, consiste simplemente en requerir como presupuesto de procedencia de este rubro indemnizatorio, un hecho imposible, porque pide la acreditación de una prueba que no resulta factible obtener, porque esa afectación al prestigio, honor objetivo u otras situaciones semejantes, en el caso particular de que se trata, se torna imposible de lograr mediante el empleo o utilización de elementos de acre-

---

<sup>31</sup>Roberto BREBBIA, ob. cit. nota N° 23. La fórmula generalmente utilizada por la jurisprudencia restrictiva de la reclamación del agravio moral de la persona jurídica, afirma que de las circunstancias del caso, “no permiten objetiva y razonablemente inferir su existencia, no existiendo tampoco ningún elemento de juicio que permita tener por demostrado que el Banco damnificado se vio afectado en su reputación”. La gran pregunta es ¿cómo hubiera podido probar esta tal situación, teniendo en cuenta las dimensiones económicas del movimiento general de una institución financiera de este tipo?.

ditación suficientes y valederos como para recurrir a la vía ordinaria o normal de la responsabilidad civil.

Para demostrar esta situación corresponde poner un ejemplo de una situación ocurrida en la realidad. Una prestigiosa institución bancaria, en pleno desenvolvimiento de la crisis sistémica financiera que vivió nuestro país en los primeros años del comienzo del siglo, fue objeto de una agresión claramente injuriosa respecto de su prestigio como institución de crédito. Se la acusó falsamente y de manera intencional o dolosa, a través de una campaña programada y claramente dirigida a través de los medios más importantes de difusión masiva, que en sus oficinas se lavaba dinero y de múltiples otras acciones o actividades ilícitas que obviamente activaron una corrida de dinero de depositantes hacia otros destinos, que buscaban como es lógico en tiempos de crisis, una mayor seguridad.

Así las cosas, resultaba absolutamente imposible determinar -debido a que los acontecimientos descriptos se enmarcaron dentro de esta debacle financiera general y sistémica que provocaba transferencia o corridas general de depósitos-, el monto de la fuga que correspondía causalmente a la difamación y por el contrario, lo que debía atribuirse a las circunstancias especiales por las que estaba atravesando el país. En importes significativos, la discriminación inferida de la prueba, resultaba claramente diabólica e imposible. El caso quedó sin reparación alguna, supuesto que nos permitió una toma de conciencia mayor respecto de la posición teórica que sustentamos.

En consecuencia, el sentido del agravio moral es cubrir precisamente estas situaciones de intereses o afecciones de orden extrapatrimonial, que justifica su procedimiento determinativo a través de una delegación a la libre conciencia o arbitrio judicial, de forma tal que exigir prueba de lo que no es factible lograrlo, constituye una contradicción lógica y a la vez, una injusticia en la sociedad en cuanto quedan perjuicios carentes de toda reparación.

3.3.4. En este sentido es bueno recordar igualmente que la doctrina penalista, sobre la base de expresiones que obtuviera del anterior artículo 112 del Código Penal<sup>32</sup>, ha entendido que el honor de las personas jurídi-

---

<sup>32</sup> Eduardo A. ZANNONI, "El daño en la responsabilidad civil", ob. cit. nota N° 19, se refiere de manera concreta al art. 112 del Código Penal, luego de la reforma de la

cas no se limita sólo a su “*crédito comercial*”, sino que también y en razón de conductas antijurídicas del ofensor, puede llegar a afectar su “*buen nombre*”, o sea la reputación como un bien jurídico digno de tutela, ajeno a todo interés patrimonial o actividad económica, situación que se ha visualizado de una manera más directa cuando se trata de asociaciones sin fines de lucro, como sería atribuirle a una entidad religiosa la comisión de actos de corrupción sexual.

En la opinión de Brebbia<sup>33</sup> sin embargo, el texto del Art. 117 del Código Penal prescribe que el “culpable de injuria o calumnia contra un particular o asociación, quedará exento de pena si se retractare públicamente antes de contestar la querrela o en el acto de hacerlo”, todo lo que revela que el derecho criminal, la personalidad moral puede ser sujeto pasivo de agravios al honor, circunstancia que estaría dando una razón más a la posición que hemos venido sustentando durante el presente trabajo.

---

ley N° 17.567 y posteriormente de la vigencia de la ley 21.338, más tarde derogado por la ley 23.077, cuyo texto transcrito era el siguiente: “*hechos falsos concernientes a una persona colectiva o a sus autoridades, que puedan dañar gravemente el buen nombre, la confianza del público, o el crédito de que gozara*”, que completa con la Exposición de Motivos, en cuanto a que “toda vez que la protección alcanza a las personas colectivas en general, y no solamente a las de carácter lucrativo, era indispensable hacer referencia al buen nombre y no solamente al crédito o a la confianza que en una sociedad comercial revisten interés preponderante, a diferencia de lo que ocurre en otro tipo de personas colectivas: colegios, asociaciones profesionales, fundaciones, sociedades de beneficencia, deportivas sindicatos centros etc..” (cita a su vez de FONTÁN BALESTRA, *Tratado*, t. IV, p. 414, parágrafo 92.

<sup>33</sup> Roberto BREBBIA, ob. cit., nota N° 23.



# **ACTO MÉDICO, ACTIVIDAD PELIGROSA Y RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MÉDICOS. INAPLICABILIDAD DEL RÉGIMEN DE LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS AL ACTO MÉDICO**

CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.

**Sumario:** 1. Reconocimiento previo. 2. Preliminares. 3. Régimen general de la responsabilidad por actividades peligrosas: 3.1 Antecedentes. Origen, evolución y desarrollo ulterior. 3.2 Concepto, características y alcance particular de la actividad peligrosa. 3.3 Las fuentes de la actividad peligrosa: peligrosidad en el comportamiento y peligrosidad en la estructura. 4. Sobre la actividad médica en particular. Inaplicabilidad del concepto de actividad peligrosa. 5. Tendencia actual de la jurisprudencia y de la doctrina nacional e internacional. Rechazo a la aplicación de la teoría de la “peligrosidad”.

## **1. Reconocimiento previo**

Me siento honrado, en grado superlativo, por haber sido generosamente invitado a participar en esta convocatoria realizada a un selecto grupo de académicos de diversas especialidades jurídicas, unidos por acerrados lazos y razones, en particular por uno de singular fuerza: el relativo a la admiración y respeto inequívoco por el profesor Luis Moisset de Espanés, un jurista de extraordinaria valía, no sólo en la esfera argentina, en donde ocupa y ha ocupado un sitial de preferencia, sino también en el campo internacional, en el que se le reconocen todos sus méritos y, sobre todo, su enjundia, sapiencia, vocación y señorío.

En efecto, el maestro Moisset, es uno de esos juristas que no se dan con largueza y a menudo, el que le ha dedicado su fecunda existencia al estudio honesto, desinteresado y profundo de la ciencia jurídica, en la que ha sobresalido, y quien se ha templado en la forja de la academia, a la que

le ha legado un inapreciable riqueza, pues sus aportes al derecho, de veras son innúmeros, todos de una irrestricta importancia. No en vano, estamos ante un coloso, dueño de un haz de virtudes humanas y científicas, así como del respeto y afecto de sus colegas, discípulos y conciudadanos.

Por consiguiente, emocionado, amén que agradecido, participo en esta magna publicación, un nuevo y siempre merecido tributo a uno de los más grandes exponentes del derecho argentino, a quien tuve el inmenso privilegio de haber conocido hace varios lustros en la sede de la augusta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, de féroo prestigio en el concierto patrio y mundial. Y lo hago a través de un modesto escrito apellidado Acto medico, actividad peligrosa y responsabilidad civil de los médicos, fruto de mi confeso interés en el tema, el cual ha sido objeto de escrutinio nuestro, tanto pretérita, como recientemente <sup>1</sup>.

## 2. Preliminares

Expresado el merecido reconocimiento que antecede, importa entonces manifestar, ab initio, que uno de los asuntos que en la esfera de la responsabilidad médica suscita y ha suscitado controversia, es el atinente a la naturaleza del acto médico, concretamente lo concerniente a su alcance y clasificación, como corolario de su conocida complejidad, no sólo técnica, en numerosas ocasiones, sino especialmente jurídica.

Se indaga, efectivamente, si puede encuadrarse como una prototípica actividad riesgosa o peligrosa, sin perjuicio de otras denominaciones más, encaminadas, de una parte, a resaltar su potencialidad dañosa y, de la otra, a facilitar o atenuar la actividad probatoria de la víctima, toda vez

---

<sup>1</sup> Vid. Carlos Ignacio JARAMILLO J., *La responsabilidad civil médica*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana (Javegraf), 2002; distribución racional y flexibilización de la carga de la prueba en el derecho procesal moderno. Importancia de las “cargas probatorias dinámicas” y de los criterios de “disponibilidad” y “facilidad” probatoria (referencia especial a la responsabilidad médica), XXXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Cartagena de Indias, *Memorias*, Bogotá, 2010, y *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, 2010.

que, en función de ella, para algunos, se invierte la carga de la prueba de la culpa galénica, *ex ante* y generalizadamente, o también se presume en forma delantera, y para otros se objetiva la responsabilidad (objetivación), en clara manifestación individual de los principios *favor victimae, pro damnato* y *favor probationem*, de tanto arraigo en el derecho moderno de la responsabilidad civil, o del derecho de daños, conforme se prefiera, aun cuando hay reconocer que en nuestro entorno se acuda prevalentemente a la primera denominación, sobre todo de cara a disciplinas como la relativa a la responsabilidad médica, refractaria a la objetivación, conforme a la jurisprudencia y a la doctrina más autorizada en el ramo <sup>2</sup>.

Por consiguiente, han sido diversas las teorías que en la jurisprudencia y la doctrina patria e internacional, se han dibujado en los últimos decenios y que, en lo medular, han abogado por precisar si el acto galénico, efectivamente, puede o no ser catalogado como una inequívoca y paladina especie de las denominadas, in genere, actividades peligrosas o riesgosas, precisión cuya trascendencia deviene indiscutida, como quiera que, en puridad, de ella dependerá, fundamentalmente, la asignación o reparto de la carga de la prueba, según el caso, ora en cabeza del paciente, ora en cabeza del médico y, para otros, el establecimiento del régimen de responsabilidad aplicable (subjettiva u objetiva). Si se considerara que fuera peligrosa, en el derecho patrio -en la jurisdicción ordinaria, civil-, habría que presumir la culpa del profesional, y a juicio de otros, además, la responsabilidad sería de stirpe objetivo, con todo lo que ello entrañaría, tanto conceptual, como funcionalmente.

Es así como la doctrina contemporánea, mayoritariamente, se inclina por la tesis que pregona, *in toto*, la inaplicabilidad de la responsabilidad por actividades peligrosas, o riesgosas -o la propia teoría del riesgo- a la actividad galénica, por entender que el acto médico, en sí mismo, no puede ser considerado como diáfana expresión de peligrosidad, tanto por

---

<sup>2</sup> Tema este último que hemos examinado en ocasiones pretéritas, con cierto detalle. Al respecto *Vid.* “El primado de la culpa en la esfera de la responsabilidad civil médica”, *elDial*, Buenos Aires, 2010; *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, 2010, p. 134 y ss...

razones de índole jurídica, como humanística y teleológica que, aunadas, sirven de apoyatura para rechazar su asimilación, tesis que, por su pertinencia y solidez, hoy cuenta con el respaldo de la judicatura nacional e internacional, tanto en sede civil, como administrativa. Empero, como se observará, ello no siempre ha sido así, de suerte que, en el pasado, incluso no hace mucho tiempo, la doctrina de la H. Corte Suprema de Justicia colombiana era muy otra, en la hora de ahora felizmente superada, puesto que en las altas cortes se enseña una postura equilibrada que, a tono con el laborio médico, con su ratio y *nobilis officium*, no le atribuye tal carácter, refractario a que se equipare a la conducción de un autobús, o al que “... *dispara imprudentemente un arma de fuego*” (art. 2356 C.C.), o a “... *los daños imputables a la energía atómica, a los motores de explosión, a la caldera de vapor, a un disparo de cañón...*”<sup>3</sup>, entre otros emblemáticos ejemplos de índole legal, jurisprudencial o doctrinal<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Alvaro PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones. De la responsabilidad civil*, vol II, Bogotá, Temis, 1954, p. 197, quien recuerda, al amparo de la jurisprudencia de la primera mitad del siglo pasado, diversas ejemplificaciones de actividades peligrosas, entre otras: “... *daños ocasionados por un ferrocarril en marcha, incendios causados por las locomotoras en las haciendas colindantes con la línea férrea; accidentes automovilarios; daños causados por un ciclista a los peatones, por una aeronave a consecuencia de un accidente; por una represa o colector que se revienta; por una red eléctrica... daños causados por un ascensor; etc., etc.*” (op. cit., ps. 210 y 211).

<sup>4</sup> En Colombia la equiparación del quehacer del facultativo a una actividad peligrosa, hunde sus raíces, así parece, en una sentencia fechada de la H. Corte Suprema del 14 de marzo de 1942, en la que el Tribunal de Casación consideró que a la actividad médica le era aplicable una presunción de culpa con arreglo a lo establecido en el art. 2356 de la codificación civil, artículo que en el ámbito pretoriano ha sido considerado como sustento de la teoría de las actividades peligrosas. En dicha ocasión, afirmó la Corte que “... el error de diagnóstico o de tratamiento, puede disminuir y aún excluir la culpa y aún la responsabilidad por parte de un médico, cuando se trate de casos que aún permanezcan dentro del campo de la controversia científica, más no, así en aquellos casos en que como el presente (...) la ciencia médica tiene ya suficientemente estudiados y conocidos, de suerte que ha de presumirse que un facultativo prudente y diligente no puede ignorar en presencia de uno de esos casos, lo que corresponde hacer para salvar la vida del paciente que a su saber y a su diligencia se confía ...” (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 14 de marzo de 1942). De igual modo, en forma más explícita, en el año 1959, en sentencia de 14 de octubre, la H. Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta los daños experimentados por una paciente “por motivo de las bolsas de agua caliente colocadas en el pie

Así las cosas, con el confesado propósito de pasarle revista a esta interesante temática, no siempre simétrica como se mencionó, por lo de-

---

respectivo, que determinaron un tratamiento especial y la prolongación de su permanencia en -la clínica-, estimó “aplicable el artículo 2356 del Código Civil por tratarse de actividades peligrosas. Debe indagarse por tanto -continuó la Corte- si el demandado ha logrado exonerarse de la presunción de culpa que milita contra él”.

A pesar de lo sentenciado, no debe perderse de vista que esta lectura no fue siempre la misma, en particular de cara a la aplicabilidad del mencionado art. 2356, soporte preceptivo de la teoría de las actividades peligrosas, al acto médico en Colombia. Es justamente por eso que en 1940, en memorable fallo del 5 de marzo, la Corte Suprema sostuvo que el régimen de responsabilidad aplicable al médico era un régimen de típica culpa probada, el que bajo ninguna circunstancia se podía asimilar a una empresa o actividad de riesgo; en efecto, tan egregia corporación sostuvo que, “... la responsabilidad profesional médica (...) no puede deducirse sino cuando proviene de alguno de los factores antes anotados y que sea al mismo tiempo determinante del perjuicio causado. Está pues condicionada esa responsabilidad en la forma circunscrita a que se ha hecho referencia, pues de otra manera, además de hacerse imposible el ejercicio de esa profesión, asumiría el carácter de empresa de riesgo, lo cual es inadmisibles desde el punto de vista legal y científico...”.

En sentencias posteriores, el criterio imperante, según se puede deducir de lo que expresa o tácitamente sostuvo la Corte, era que a la actividad médica se le aplicaban regímenes diferentes al de la actividad peligrosa -ora porque se debía aplicar una responsabilidad de tipo contractual, ora porque se afirmaba que, aun cuando podría encuadrar en ocasiones en una responsabilidad extracontractual, se regía por la culpa probada, modalidad esta última que, como es bien sabido, no está en consonancia con el tratamiento probatorio conferido a la actividad peligrosa, detonante de una presunción pétrea y generalizada. Así lo hizo en sentencias del 3 de noviembre de 1977 (G.J.CLV N° 2398), del 12 de septiembre de 1985 (G.J.CLXXX N° 2419), del 26 de noviembre de 1986 (G.J.CLXXXIV N° 2423) y en sentencia del 8 de mayo de 1990, en la que la Corte expresó que, “... la regla general en materia de indemnización de perjuicios es probar [por] quien los reclama los elementos que en los sistemas culpabilistas conforman la responsabilidad, o sea el asumir las consecuencias de una conducta positiva o negativa con la que se afirma se causó un daño ...”, criterio que fue ratificado en providencia del 12 de julio de 1994 y del 8 de septiembre de 1998, sentencia ésta última en la que se señaló que la responsabilidad galénica tenía asiento en una arquetípica responsabilidad contractual, de donde podría deducirse entonces que no consideraba aplicable el régimen de las actividades peligrosas -genuinamente extracontractual-. En fin, como en su momento se analizará, ya en la sentencia del 30 de enero de 2001, la Corte Suprema de Justicia afirmó explícitamente, con razones de suyo potísimas y atinadas, que a la actividad del profesional de la medicina no le era aplicable el régimen de la responsabilidad por actividades peligrosas, opinión hoy vigente, amén que compartida por la doctrina y jurisprudencia vernácula e internacional mayoritarias.

más de especial relevancia en tratándose del difícil examen del *onus probandi* en el campo médico, estimamos necesario auscultar anticipadamente, así sea de manera somera, la doctrina de las apellidadas actividades peligrosas, vale decir su teoría general, y después examinar su específica proyección en la medicina, especialidad que amerita puntuales reflexiones y consideraciones, por manera que una asimilación a priori, sin aclaraciones y razonamientos previos, resultaría a todas luces precipitada, a fuer que errónea, por más bienintencionada que sea, pues no puede desconocerse que un sector autoral, en aras de flexibilizar el rigor probatorio reinante, acude al expediente de la calificación de peligrosidad del *artis medicus*, a fin de que se presuma la culpa del galeno, en todos los casos, dado que estiman que, por esta vía, se tutelan cabalmente los intereses de los pacientes. Al fin y al cabo, no todo se justifica, por plausible y moderno que luzca, en razón de que en la ciencia del derecho hay límites infranqueables que no se pueden desconocer, así estemos, supuestamente, en presencia de un “nuevo derecho”, o de un sistema neoconstitucional, los que igualmente conocen restricciones. Lo contrario, lisa y llanamente, sería la entronización del tiránico reinado de la inseguridad, del caos, y la anarquía *iuris* <sup>5</sup>.

Dicho examen global, en lo cardinal, lo efectuaremos en relación con el derecho colombiano, prevalentemente, dado que esta temática, no es idéntica en todas las naciones, más allá, desde luego, de referir a los

---

<sup>5</sup> Ya decíamos recientemente que “... el grandilocuente Derecho romano, *pater ius*, a despecho de muchos que, infructuosamente, quisieran extenderle una partida de defunción, sigue viviendo, a su manera, una renovada y enriquecida existencia, la que, por milenios, seguirá rindiendo sus inmortales frutos. Cuánta injusticia, cuánta insensatez, cuánta miopía, mejor ceguera, a pretexto del advenimiento de un derecho mediatizado y gasificado que, desventuradamente, en algunas latitudes, ha sido cooptado por un desbordado pragmatismo, por la fantasía y por el espejismo de un sistema en el que todo es relativo y elástico, como si fuera “plastilina” *iuris*: la seguridad jurídica, la cosa juzgada, la buena fe, la familia, el pago, la prescripción, la transacción, el debido proceso, la reparación del daño, la autonomía privada, el efecto relativo de los contratos, la fuerza de la jurisprudencia, la casación y, en fin, otro importante número de valores e instituciones, igualmente relativizadas con estribo en sugestiva, pero superficial y, en veces, vacía retórica, desde luego rescatando aquello digno de ser evaluado como positivo y equilibrado, en consideración a que no todo es penumbra, a que no todo es negativo” (Carlos Ignacio JARAMILLO J., Presentación a la monografía del Dr. Carlos Darío Barrera Tapias, *El hecho lícito*, Bogotá, Universidad Javeriana, Colección Monografías, N° 6, 2010, p. 26).

vasos comunicantes existentes con otros ordenamientos y naciones, por cuanto claramente los hay, a lo que se agrega nuestro deseo de no extendernos en demasía, en consideración a las naturales limitaciones de espacio existentes, aún a sabiendas de su significación. Por ello, en lo pertinente, procuraremos efectuar una síntesis de nuestra jurisprudencia y del parecer de nuestros doctrinantes, acompañada, grosso modo, de la lectura internacional en torno a este mismo tema.

### **3. Régimen general de la responsabilidad por actividades peligrosas**

#### *3.1. Antecedentes. Origen, evolución y desarrollo ulterior*

En las postrimerías del siglo XIX, e incluso, un poco antes, la evolución de la industria y, junto a ella, de los riesgos inherentes a la misma, así como la multiplicación y proliferación de los accidentes de trabajo, los accidentes industriales y, en general, los perjuicios irrogados con ocasión de la denominada sociedad de riesgos, condujo a una inmediata reacción por parte de la ciencia jurídica, que en una actitud por demás garantista y humanista, advirtió que el arraigado criterio de la culpa aquiliana y de la mera consideración aislada de los hechos propios, no resultaba satisfactoria a la hora de evaluar las consecuencias emergentes del advenimiento de daños y perjuicios conectados con la realización de actividades consideradas como riesgosas, en clara sintonía con las víctimas de los peligros creados por la llamada sociedad industrial, entre otras denominaciones <sup>6</sup> <sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Son muy variadas las descripciones que en torno al fenómeno del surgimiento de la sociedad de riesgos se han efectuado. Al respecto, entre varios, bien puede consultarse a Georges RIPERT y a Jean BOULANGER (*Tratado de derecho civil, Obligaciones*, t. v, 2ª parte, Buenos Aires, La Ley, 1956, p. 28 y ss.). El profesor Javier Tamayo Jaramillo, en el campo nacional, realiza una narración muy pertinente alrededor la apellidada “responsabilidad por actividades peligrosas”, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, Bogotá, Legis, 2008, ps. 860-866.

<sup>7</sup> Esta necesidad de replantear los modelos tradicionales de responsabilidad subjetiva en materia de actividades peligrosas, es descrito con gran claridad por el doctrinante italiano Lorenzo Mezzasoma, para quien “... *Ante el aumento de los accidente provoca-*

Así, a la par de la consideración de una actividad provechosa de la cual emanaban riesgos para un sector de la colectividad, afloró la idea de asumir esos riesgos por parte de aquél a quien cobijaba el beneficio correspondiente (*periculum incurrere nemo tenetur*)<sup>8</sup>. Ello explica, como

---

*dos por el fenómeno de la civilización industrial y por la introducción a de nuevas máquinas, los intérpretes españoles, conscientes de las dificultades que para obtener la reparación del daño causado encontraba la víctima de un daño causado por una cosa distinta de las específicamente mencionadas en los arts. 1908 y 1910 del C.C., en las décadas posteriores a la promulgación del Código, buscaron soluciones a través de las cuales aquélla pudiera obtener una mayor tutela. Para ello aplicaron el régimen general de responsabilidad civil por hecho ilícito, que era el que se aplicaba a los supuestos daños causados en los arts. 1.908 y 1.910 del C.C. así como en los supuestos de daños causados por el ejercicio de actividades peligrosas...”. (LORENZO MEZZASOMA, *La responsabilidad civil por los daños causados por las cosas en el derecho italiano y en el derecho español*, Valencia, Tirand lo Blanch, 2002, ps. 54-55). El profesor Fernando Peña López comparte el anterior criterio y en una diáfana exposición, resalta que “... El sistema de responsabilidad civil fundado en la culpabilidad del agente funcionó correctamente mientras las circunstancias económicas y sociales se mantuvieron sustancialmente inalteradas. [En un principio], no era demasiado difícil individualizar las acciones productoras de daños, ni identificar a sus autores, y tampoco lo era, en principio, acreditar un comportamiento reprochable. Además, los supuestos en los que no se podía probar la culpa y el daño permanecían a cargo de la víctima no eran lo suficientemente relevantes como para provocar una reacción contra la “injusticia” del sistema. Fue el cambio social, económico y tecnológico el que determinó (...) la crisis del sistema de responsabilidad decimonónico, el origen de los daños producidos por las nuevas actividades nacidas de la industrialización se perdía en las cadenas de producción empresarial, quedaban así exentos de resarcimiento de perjuicios cada vez más frecuentes e importantes, tanto cuantitativa como cualitativamente, la reacción contra el sistema de responsabilidad subjetiva no se hizo esperar, fuese por la vía de la legislación especial o mediante la reinterpretación de los preceptos contenidos en los Códigos civiles, se trató de construir un nuevo sistema de responsabilidad en el que la culpa quedase reducida a uno más de entre los varios criterios de interpretación, conviviendo con otros mecanismos de atribución de daños extracontractuales que respondiesen a la nueva realidad” (Fernando PEÑA LÓPEZ, “La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual”, ps. 101-102; confr. JORGE MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. I, Parte General, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, ps..204-205).*

<sup>8</sup> Este fenómeno de modernización de la responsabilidad civil o del Derecho de daños a la luz de las nuevas necesidades sociales a las que debe responder, es descrito por el profesor español Jaime Santos Briz, con claridad, en los siguientes términos: “... la producción de bienes en nuestros días ampliamente mecanizada y en gran parte automatizada, ha llevado a la inutilidad práctica del concepto de acción. El acto humano provoca el movimiento de las máquinas, de manera que puede ocurrir que el trabajador

lo memorara nuestra Corte Suprema, que se desarrollaran también, “... las doctrinas del “riesgo profesional” (*risque professionnel*, Raymond Saleilles [1855-1912]), ‘riesgo creado’ (*risque créé*, Louis Joserrand [1868-1941]), ‘riesgo beneficio’, ‘riesgo de empresa’ y [se] postula la responsabilidad, no por culpa, sino por la asunción de una empresa o una actividad riesgosa en contraprestación al beneficio que de ella se recibe (*ubi emolumentum ibi onus o ubi commoda ibi et incommoda o cuius commoda eius incommoda esse debet*), bien por equidad, en tanto, el deber surgiría ex lege para quien genera el riesgo, dispone de una cosa, ejerce su gobierno o tiene su control ...”<sup>9 10</sup>.

---

*encargado de la tabla de mandos, el que maneja la máquina, ya estática o ya dinámica, no conozca exactamente las consecuencias de su acción, ni a veces siquiera a grandes rasgos el mecanismo por el dominado. Así, un fallo de las máquinas apenas podrá considerarse acción humana. También el requisito de la culpa no sólo ha sido modificado, sino en ciertos supuestos incluso eliminado de la responsabilidad civil. Ya se colige este resultado al haber sido desvirtuado el concepto de acción, al perder gran medida el matiz individualista que le caracteriza. Ello no quiere decir que en los casos en que se demuestre una conducta culposa no exista responsabilidad. Únicamente se indica que la responsabilidad civil no exige ya en todo caso una actuación previa culposa, sino que a veces ha sido sustituida por la denominada responsabilidad por riesgo, y para ciertos sectores, por ejemplo, en el derecho de la energía atómica o en el de la navegación aérea, ha sido en algunos casos sustituida por la responsabilidad objetiva. Así lo exigen en la actualidad la protección de la confianza, la justicia distributiva, la idea de riesgo y otras semejantes de matiz social (...). La responsabilidad individual sigue siendo predominantemente culposa en las legislaciones más importantes; ha sido a través de la responsabilidad por actos ajenos, señalando que no se trata de responsabilidad por culpa ajena, sino por la propia culpa, como se ha llegado a la responsabilidad por riesgo. Del principio jurídico de que quien coloca a otro en su lugar y le hace actuar en beneficio de sus intereses, ha de responder frente a terceros por los daños originados en un defecto o fallo de estas personas con motivo de desarrollar la actividad que el principal les transmitió, se deduce que lo mismo responderá cuando el daño derive de sus propias cosas o de instalaciones industriales o de otra clase. Todo ello da a entender que en el fondo de la responsabilidad por el riesgo hay un principio de actuación culposa, ya subjetiva, ya meramente social” (La responsabilidad civil. Derecho sustancial y derecho procesal, Madrid, Montecorvo, 1993, ps.10-11; 13; Vid. Luis DIEZ-PICAZO., Derecho de daños, Madrid, Civitas. 1999. p.159).*

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 29 de agosto de 2009 (Sala de Casación Civil).

El profesor Mosset Iturraspe afirma que en lo que concierne a la responsabilidad por las actividades peligrosas, “... el fundamento es doble: por una parte *ubi emolumentum*

De esta manera se consolidaría, en opinión de algunos, una modalidad particular de responsabilidad, que plantea "... las categorías del 'riesgo', 'peligro', la responsabilidad objetiva por 'cosas peligrosas' y 'actividades peligrosas' o 'riesgosas' y, en la tendencia actual, por los llamados 'riesgos del desarrollo', a punto que para alguna corriente los sistemas de 'responsabilidad subjetiva', en la sociedad actual, contemplan numerosas y crecientes excepciones por la proliferación de las actividades potencialmente dañosas, ora, suscitan antinomias o incoherencias del sistema por su extensión disfuncional a hipótesis apreciables con un criterio de imputación disímil..."<sup>11</sup>.

---

*ibi onus o bien cotus commodum etus periculum (quien se beneficia o aprovecha carga con los inconvenientes o peligros), o sea el principio del 'interés activo' que se desprende del uso de las cosas, y por la otra, el deseo de cubrir el riesgo de vulnerabilidad que acompaña a todo sujeto por el mero hecho de existir, pero con consecuencias mucho más graves para los económicamente débiles, o sea el principio del derecho solidarista (protección a los económicamente débiles) llevado a este campo de la responsabilidad...* (Responsabilidad por daños, op. cit., p.191; confr. Jorge LLAMBIAS, "Responsabilidad por culpa y responsabilidad por riesgo creado", en: *Estudios sobre responsabilidad por daños*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni., 1980. p.191; Jorge PEIRANO FACIO, *Responsabilidad extracontractual*. Bogotá, Temis, 1981, ps. 576-578).

<sup>10</sup> Al respecto afirma el profesor Atilio Anibal Alterini que la teoría del riesgo "... prescinde de la subjetividad del agente, y centra el problema de la reparación y sus límites en torno de la causalidad material, investigando tan sólo cuál hecho fue, materialmente, causa del efecto, para atribuírselo sin más. Le basta la producción del resultado dañoso, no exige la configuración de un acto ilícito a través de la sucesión de sus elementos tradicionales, y se contenta con la trasgresión objetiva que importa la lesión del derecho subjetivo ajeno. La adopción de dicha teoría -que cuenta con adeptos en número elevado- pone en quiebra el sistema jurídico de responsabilidad, que se sustenta en la idea de culpabilidad en cuanto ésta deriva de la voluntariedad del acto (...) la imputación de dicha obligación (la de reparar) a causa del riesgo creado despliega en diversas versiones que, en la expresión más acabada, puede determinar la inexcusabilidad de todo daño atribuible materialmente a la cosa riesgosa, y se diluye hasta recoger esa forma de imputación sólo en supuestos especiales; o admitiendo la eficacia de la demostración de haber acaecido el daño por ciertos casos fortuitos o por culpa de la misma víctima; o limitando cuantitativamente el monto del resarcimiento. Por lo general no desplaza totalmente a la culpa, sino que se ubica a su vera y coexiste con ella..." (Atilio Anibal ALTERINI, *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, ps.106-107).

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 29 de agosto de 2009.

Esta visión particular, en rigor, es el detonante de la llamada responsabilidad por actividades peligrosas, entre otras expresiones más, la cual, independientemente de los matices existentes en una u otra latitud y normatividad, se asienta en un criterio medular: la protección del individuo o individuos que, como corolario de la generación de riesgos y peligros que derivan de una sociedad ‘posmoderna’, industrializada y tecnificada, se pueden ver expuestos, con graves consecuencias para ellos, las que ameritan la oportuna introducción de mecanismo correctores por parte del ordenamiento jurídico, pues de otro modo campearía la más abierta e injusta desprotección.

Ahora bien, en lo que respecta al ámbito nacional, la recepción de las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales en torno a la responsabilidad civil por actividades peligrosas -o denominaciones similares- en nuestro ordenamiento jurídico, obedeció también a la proliferación de los accidentes y daños que, con ocasión de la mencionada sociedad de riesgos, afectó a diferentes sectores del país, en especial a partir de la segunda década del siglo XX.

Efectivamente, el gran avance pretoriano en materia de responsabilidad por actividades peligrosas tuvo lugar en la época en que la llamada “Corte de Oro” recurrió a la jurisprudencia internacional, sobre todo a la francesa, como instrumento para modernizar el derecho a una sociedad que requería de un marco de protección más amplio y a tono con esa nueva realidad, muy distinta a la de otras épocas, por nada diferente a la evolución de la humanidad, la que no puede permanecer inmutable y estática.

Así, aun cuando el tema de la actividad peligrosa no era del todo novedoso en la jurisprudencia patria, en una providencia del 14 de marzo de 1938, se aludió a la modificación del esquema que en la materia se tenía establecido, para lo cual se reinterpreto el contenido del art. 2356 del C.C. colombiano <sup>12</sup>. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia no

---

<sup>12</sup> Expresa el mencionado art. 2356 del C.C., *ad pedem literae*, que: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación: 1. El que dispara imprudentemente una arma de fuego. 2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche. 3. El que obligado a la construcción

solamente consagró lo que inicialmente denominó una “presunción de responsabilidad” -y luego de culpa- en cabeza de quien desempeñaba una actividad peligrosa a partir de la cual se generaba un perjuicio a otro, sino que además sostuvo que dicha presunción solamente podía ser desvirtuada a través de la prueba de una causa extraña, no bastando la ausencia de culpa para exonerar al demandado.

Esta doctrina luego sería morigerada a través de otros fallos, como el del 18 de noviembre de 1940, en el que la Corte clarificaría que la presunción de ‘responsabilidad’ a la que había hecho referencia en sentencias pretéritas, no podía verse como una expresión inequívoca de la teoría jurídica del riesgo, es decir, como una manifestación de la responsabilidad objetiva, posición ésta última que fue reiterada en sentencias del 30 de mayo y el 18 de agosto de 1941, a partir de las cuales se elaboró una más sólida, amén que argumentada línea jurisprudencial, la que se sustentó, primordialmente, en dos puntos en particular, a saber:

a. La responsabilidad civil extracontractual por actividades peligrosas, es una modalidad o un reflejo de responsabilidad subjetiva, en la modalidad de culpa presunta.

b. La presunción a que se hace referencia, solamente se desvirtúa a través de una causa extraña.

Además de la jurisprudencia, fue también la doctrina, particularmente la de la década de los treinta, la que se ocupó de desarrollar el referido régimen de responsabilidad; las referencias al Dr. Eduardo Zuleta Angel son imprescindibles al momento de aludir a la responsabilidad especial por actividades peligrosas dentro del ordenamiento patrio, labor que desarrolló, muy especialmente, mediante sus ponencias en la Corte Suprema de Justicia (convertidas posteriormente en sentencias), de una parte, y sus diversos ensayos jurídicos, de la otra; también contribuyeron a la discusión y análisis del tema en cuestión, los estudiosos Alvaro Pérez Vives y, desde una óptica más internacional, Carlos Ducci Claro y Arturo Alessandri Rodríguez, renombrados autores chilenos, dueños de la misma normatividad, en lo pertinente (Código Civil), gracias al ingenio y visión señera de Don Andrés Bello L., el codificador de América, sin soslayar la

---

*o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino”.*

valía otros codificadores civiles más, particularmente del célebre y erudito cordobés, Don Dalmacio Vélez Sársfield<sup>13</sup>.

En este orden de ideas, la doctrina de la culpa presunta de cara a las actividades peligrosas, por oposición al sistema de la culpa probada, en lo cardinal, se ha mantenido vigente en la jurisprudencia nacional por más de media centuria<sup>14</sup>, sin perjuicio de la existencia de una

---

<sup>13</sup> Huelga manifestar que no sólo en Colombia, Chile y Ecuador, tributarios del Código del Señor Bello se alude al régimen de las actividades peligrosas -así sea con otro *nomen-*, y la secuela probatoria de él emergente. Así sucede, por vía de ilustración, en tratándose del Derecho francés, español, e italiano, con puntuales matices. En este último derecho, como lo revela la profesora Giovanna Visintini, sin perjuicio de posteriores alusiones a los derechos francés y español, “... *la normatividad sobre la responsabilidad por daños conexos al ejercicio de una actividad peligrosa, aparece por vez primera en el Código Civil de 1942, a la luz de una innovación que extendía a toda actividad peligrosa, la regla ya prevista para los daños por la circulación vial en el artículo 120 del texto único 1740, del 8 de diciembre de 1993. De este modo, el inciso 1° del artículo 2054 del Cód. Civil, que regula la responsabilidad a cargo del conductor, se presentaba como una norma especial respecto del modelo general contenido en el artículo 2050. En los trabajos preparatorios se encuentra reflejado el debate en torno a esta opción legislativa innovativa, que muestra signos de mantener la culpa en la base de la responsabilidad, pero en el sentido de disponer la inversión de la carga probatoria de la culpa del autor y de ampliar el contenido del deber de diligencia puesto a su cargo. Sin embargo, el debate es amplio en cuanto a si se trata de responsabilidad subjetiva u objetiva...*” (Tratado de la responsabilidad civil, t. II, “El daño. Otros criterios de imputación”, Buenos Aires, Astrea, 1999, p.416).

<sup>14</sup> Esta tendencia de adoptar una presunción de culpa en punto a la responsabilidad civil por actividades peligrosas, no es exclusiva del ordenamiento jurídico nacional, como ya se mencionó, sino que se evidencia en otros ordenamientos jurídicos internacionales. Así, en el caso español “(...) *Es posible afirmar que la responsabilidad por un acto ilícito continúa siendo, en general, una responsabilidad fundada en la culpa; sin embargo, en aquellos casos en que se crea un peligro o un riesgo para terceros, se ha introducido una presunción de culpa del agente a favor de la víctima del daño y se ha elevado el nivel de diligencia exigido al agente, agravándose así su posición...*” (Lorenzo MEZZASOMA, *La responsabilidad civil por los daños causados por las cosas en el derecho italiano y en el derecho español*, op. cit., p. 74). El Tribunal Supremo Español, en varias oportunidades, al respecto ha acudido al criterio de la presunción de culpa como orientador de la responsabilidad civil por actividades peligrosas; así, ha dicho que en materia de actividades caracterizadas por el riesgo o la peligrosidad que de ellas emana, se da una “... inversión de la carga demostrativa, estableciendo la presunción de que ha existido conducta culposa en tanto no se demuestre cumplidamente lo contrario, por el agente, sobre el que pesa la prueba de la causa de exoneración e introduce en prudente aplicación complementaria las

opinión diversa, no sólo de la doctrina, sino de algunos miembros de la judicatura <sup>15</sup>.

Expresados los antecedentes más relevantes de las llamadas ‘actividades peligrosas’, importa entonces referirnos seguidamente a su concepto, a sus fuentes, y a su proyección en la actividad médica, con el fin de estructurar una visión de conjunto de las mismas, lo que contribuirá a un mejor entendimiento de esta singular fenomenología.

### *3.2. Concepto, características y alcance particular de la actividad peligrosa*

No son pocas las ocasiones en que, con mayor o menor fortuna, se han intentado definiciones, unas más elaboradas que otras, de la expresión “actividad peligrosa” frente a las distintas disciplinas jurídicas, en especial, al derecho civil y al derecho administrativo contemporáneos, sin perjuicio del derecho laboral, naturalmente con matices, sobre todo en relación con las últimas dos de las anteriormente citadas <sup>16</sup>. Una noción ilustrativa, a fuer que omnicomprendensiva de esta fenomenología *iuris*, es la que proporcionó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de abril de 1976, oportunidad en la que afirmó que se estaba frente a una actividad peligrosa o riesgosa en aquellos casos en que “... el hombre para desarrollar una labor adicional a su fuerza una ‘extraña’, que al aumentar la suya rompe el equilibrio que antes existía con los asociados y los coloca ‘en inminente peligro de recibir lesión’,

---

orientaciones de la denominada responsabilidad basada en el riesgo...” (Tribunal Supremo, Sala Primera, Sentencia del 9 de marzo de 1984).

<sup>15</sup> Así quedó registrado en la reciente sentencia de la H. Sala de Casación Civil del 29 de agosto de 2009, con ponencia del magistrado Dr. William Namén Vargas, en la que otros dos magistrados, sin constituirse en mayoría, acompañaron la misma tesis, encaminada a señalar que la responsabilidad civil por actividades peligrosas era una responsabilidad objetiva, postura que no fue acogida por los magistrados restantes de la Sala, razón por la cual la tesis imperante sigue siendo aquella que aboga por la preservación de una responsabilidad subjetiva escoltada por una presunción del elemento culpa -que no de responsabilidad-.

<sup>16</sup> Confr. Ramiro SAAVEDRA, *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, Bogotá D.C.m Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.

aunque la tarea “se desarrolle observando toda la diligencia que ella exige...”<sup>17</sup>.

En otras latitudes se han adoptado, en sede legislativa, puntuales criterios para definir la peligrosidad; es el caso, *ad exemplum*, del Código Civil italiano, cuyo art. 2050 dispone que “quien ocasiona un daño a un tercero en el desenvolvimiento de una actividad peligrosa por su naturaleza o por la de los medios adoptados, se halla obligado al resarcimiento si no puede haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño”, del que se destaca la referencia a los medios y a la naturaleza de las actividades, como criterio orientador para elucidar si una particular acción se torna peligrosa<sup>18</sup>.

El art. 1913 del Código mexicano, por su parte, establece criterios amplios para su calificación de tal. De ahí que ella pueda materializarse por la peligrosidad de las cosas en sí mismas, la velocidad que desarrollan, por su naturaleza explosiva o inflamable o por la energía eléctrica que conduzcan.

En lo que concierne a la doctrina especializada, el célebre profesor italiano, Guido Alpa, afirma que “... *la definición de actividad peligrosa -destaca la doctrina- es deducible sólo de las sentencias de los jueces de primera y segunda instancia y de la Corte di Cassazione. El legislador se ha limitado a aclarar que la peligrosidad de la actividad tiene que deducirse de la naturaleza de la actividad misma, o de la naturaleza de los medios adoptados. Así, en cuanto al concepto de actividad peligrosa, se lee que no debe efectuarse ninguna referencia a leyes o reglamentos, como los de seguridad pública; lo que hay que hacer, caso por caso, es apreciar si se trata de una actividad que tiene una peligrosidad intrínseca, atendiendo, igualmente, a los medios empleados. En general, se consideran actividades peligrosas todas aquellas que determinan, para los terceros, una situación de peligro que está más allá del normal desenvolvimiento de la vida, según las reglas y hábitos de la sociedad moderna...*”<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de abril de 1976.

<sup>18</sup> Confr. Eduardo BONNASI, *La responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch, 1958, p. 78; Adriano DE CUPIS, *El daño*, Barcelona, Bosch, 1975, p.134.

<sup>19</sup> Guido ALPA, *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*, Lima, Jurista Editores, 2006, p. 863.

El autor mexicano Rafael Rojina Villegas, a su vez, manifiesta que “... dentro del término ‘cosas peligrosas’ comprendemos los mecanismos, aparatos o sustancias que por su naturaleza pueden crear un riesgo para la colectividad. La peligrosidad debe apreciarse tomando en cuenta la naturaleza funcional de la cosa: es decir, no la cosa independientemente de su función, sino la cosa funcionando...”<sup>20</sup>.

A su turno, el profesor Jorge Santos Ballesteros, pone de presente que “La actividad peligrosa para que sea así considerada, exige una apreciable, intrínseca y objetiva posibilidad de causar un daño. La peligrosidad debe existir con anterioridad a la generación del perjuicio, ya que lo que se mide es la conducta humana que no sopesa el peligro y antes por el contrario lo alimenta permitiendo que sin ningún dique ocasione el daño... El carácter peligroso de la actividad debe medirse no con un criterio absoluto, sino teniendo en cuenta la naturaleza propia de las cosas y las circunstancias en que ella se realiza, y desde luego, teniendo en cuenta el comportamiento de la persona que ejecuta o se beneficia de aquella actividad, en relación con las precauciones adoptadas para evitar que la cosa potencialmente peligrosa cause efectivamente un daño...”<sup>21</sup>.

En fin, el profesor Javier Tamayo Jaramillo, define a la actividad peligrosa como “... toda actividad que, una vez desplegada, su estructura o su comportamiento generan más probabilidades de daño de las que normalmente está en capacidad de soportar por sí solo un hombre común y corriente. Esta peligrosidad surge porque los efectos de la actividad se vuelven incontrolables o imprevisibles debido a la multiplicación de energía y movimiento, a la incertidumbre de los efectos del fenómeno o a la capacidad de destrozo que tienen sus elementos...”<sup>22</sup>.

De lo anterior se colige entonces que, sin pretender agotarlos, son varios los rasgos característicos que marcan la esencia de la actividad peligrosa, a saber:

---

<sup>20</sup> Rafael ROJINA VILLEGAS, *Derecho civil mexicano. Obligaciones*, t. V, México, Porrúa, 1976, p. 68.

<sup>21</sup> Jorge SANTOS BALLESTEROS, *Instituciones de responsabilidad civil*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2006, t. I, p. 315.

<sup>22</sup> Javier TAMAYO, *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit., p. 935.

a. En primer lugar, cumple destacar que la peligrosidad se deriva, primigeniamente, del comportamiento de quienes participan en la actividad. Así las cosas, no puede predicarse la peligrosidad, *per se*, de un determinado sujeto, sino que, por el contrario, es necesario examinar, en línea de principio rector, la concreta actividad que tales sujetos desempeñan, su estructura y comportamiento, con el propósito de inferir si, en efecto, tal actividad resulta propiamente peligrosa, pues debe quedar absolutamente claro que no toda actuación humana, en sí misma, es “peligrosa”, rectamente entendida, pues como muy bien lo atestigua el profesor Santos Ballesteros, “... *no existe actividad social que no lleve implícita la posibilidad del riesgo o peligro para los asociados, lo cual no implica que toda actividad social quede enmarcada en esta última calidad*”<sup>23</sup>.

b. De otra parte, la actividad es peligrosa cuando de ella emana un riesgo excepcional para los sujetos en general, esto es, un riesgo que por sus características, lesividad y magnitud, está por fuera o no comulga con los riesgos que, en forma común y corriente, o de ordinario, soportan los individuos.

c. En tercer lugar, la peligrosidad emanada de la actividad conduce a que los efectos de la misma -materializaciones del riesgo-, estén por fuera de la esfera de control del individuo y, en consecuencia, se tornen incontrolables, o imprevisibles, lo cual se puede deber a uno de tres factores, a saber: a) la multiplicación de energía o movimiento; b) la incertidumbre de los efectos del fenómeno o, c) la capacidad o potencialidad de afectación que su concreción apareja.

En compendio, nótese entonces que desde el punto de vista jurídico, el concepto de actividad peligrosa no se acompasa exactamente con el concepto tradicional -o vulgar- de actividad peligrosa, en la medida en que, en estricto rigor, se exigen otra serie de requisitos para que, en efecto, una actividad pueda ser catalogada como tal, no siendo de recibo las posturas absolutas, rígidas, generalizadoras, e inflexibles. Al fin y al cabo,

---

<sup>23</sup> Jorge SANTOS B., *Instituciones de responsabilidad civil*, t. I, op. cit., p. 314, distinguido autor que, con acierto, concluye su idea afirmando que “*Por consiguiente, es necesario delimitar el campo de acción de esta responsabilidad para evitar que todo problema de tal índole sea reducido a una actividad peligrosa*”.

ella es más una *quaestio iuris*, que una *quaestio facti*, sin que por ello, de plano, se desconozca el peso de lo fáctico.

### 3.3. *Las fuentes de la actividad peligrosa: peligrosidad en el comportamiento y peligrosidad en la estructura*

Las nociones anteriormente enunciadas revelan que dos pueden ser las fuentes, in genere, de riesgo o peligrosidad en una actividad determinada: las llamadas peligrosidad en la estructura' y "peligrosidad en el comportamiento", de amplia acogida jurídica.

En cuanto a la primera, ella se presenta en aquellos casos en que, independientemente del uso que se le dé a la cosa, ella "... *conserva la posibilidad de dañar dada su ubicación, construcción o materiales utilizados...*" <sup>24</sup>; sucede entonces que, como la peligrosidad se predica de la estructura, es la naturaleza del propio bien la que genera el riesgo extraordinario o potencial al que se ven sometidos los particulares, por manera que en tal supuesto no se requiere de un comportamiento específico del agente que ponga en movimiento el consabido bien, sino que basta con que ese bien se sitúe en un lugar determinado para que surja el riesgo inminente y el peligro sea patente. Es el conocido caso, *ad exemplum*, de las pipas o pipetas de gas, en la medida en que éstas últimas, individualmente consideradas, no requieren de la acción positiva del hombre (*actus*) para dar lugar a un peligro: basta con su sola presencia para que surja la antedicha peligrosidad.

En otros casos, en cambio, no basta con la estructura; así sucede en la denominada peligrosidad en el comportamiento, la que se da cuando "... *una cosa o actividad que pueden tener o no dinamismo propio son utilizadas en tal forma que de ese uso surge la peligrosidad...*" <sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> JAVIER TAMAYO JARAMILLO, *Tratado de la responsabilidad civil*, op. cit., p. 935.

<sup>25</sup> JAVIER TAMAYO JARAMILLO, *Tratado de la responsabilidad civil*, op. cit., p. 941. Respecto de la peligrosidad en el comportamiento, el mismo autor reseña que "... *hay actividades que son peligrosas no sólo en su estructura sino también en su comportamiento: si, por ejemplo, un vehículo explota, su peligrosidad surge de la estructura; en*

Nótese que en esta hipótesis existe la necesidad de una acción positiva del hombre, más concretamente de un modo de utilización específico, para que efectivamente se pueda generar el riesgo o peligro excepcional, como quiera que en este supuesto no basta la simple presencia indiferente del bien, para que nazca la situación de riesgo o peligro en comento.

Cumple agregar, además, que nada obsta para que, en ciertas actividades peligrosas, como acontece, a menudo, converjan la peligrosidad en la estructura y la peligrosidad en el comportamiento.

#### **4. Sobre la actividad médica en particular. Inaplicabilidad del concepto de actividad peligrosa**

Examinados los anteriores aspectos centrales de las actividades peligrosas, cumple entonces abordar el tema de su proyección en la responsabilidad médica, en particular, esto es, el relativo a despejar el interrogante de si el acto médico, ciertamente, puede o no ser considerado como una arquetípica actividad peligrosa, con todo lo que ello implica en los planos sustancial y probatorio.

Al respecto, aun cuando tangencialmente ya se deslizó la respuesta a dicho interrogante y se expresó con toda claridad que, *per se*, no todas las actividades humanas y sociales son peligrosas, así puedan entrañar algún tipo de riesgo, propio del actuar humano, sea lo primero acotar que, desventuradamente, por algunos decenios, se estimó que la actividad galénica encuadraba en el esquema normativo previsto en el art. 2356 del C.C. -y en otros similares en la legislación comparada-, como se sabe, predicable de las actividades peligrosas, merced a la interpretación pretoriana y doctrinal realizada en torno a su contenido. Ello, por cuanto formalmente se consideraba que de la misma emanaban una serie de peligros extraordinarios o excepcionales que, a pesar de la experticia y la pericia médica, hacían de los actos de su profesión, actuaciones potencialmente riesgosas o peligrosas, lo que le abría paso a la presunción de

---

*cambio, si el vehículo atropella a un peatón, su peligrosidad surge del comportamiento...” (ibidem).*

su culpa, propia del régimen en comento, como se anticipó, a lo que se sumaba un hecho de insoslayable importancia práctica: procurar que, por la referida vía, se dulcificara o flexibilizara la carga de la prueba en cabeza del demandante, en nuestro caso el paciente, todo en consonancia con los postulados encaminados a beneficiar su posición (*pro damnato, favor victimae, favor probationem*, etc.).

Esta postura, por bien inspirada que en el fondo pareciera, dio lugar, y con potísima razón, a diversos cuestionamientos que, en adición a los de índole estrictamente jurídica, sin duda macizos, se enderezaban a indagar por lo conveniente y justo que resultaba aplicar, a una profesión acentuadamente bienhechora, amén de humanística y de inobjetable proyección y raigambre social (*humanitas*), un régimen de responsabilidad cuya filosofía respondía y responde, fundamentalmente, a la necesidad de dar una respuesta en derecho y equitativa a la floración y desenvolvimiento de actividades industriales o producto de la tecnología, ciertamente peligrosas, así sean necesarias muchas de ellas (riesgos y costos del “desarrollo moderno”), puestas en funcionamiento con un claro, aun cuando legítimo ánimo lucrativo. Desde esta perspectiva, bien examinadas las cosas, la ratio de la responsabilidad por las actividades peligrosas, particularmente el régimen jurídico a ellas asignado, riñe entonces con la actividad galénica, pues si bien el acto médico entraña riesgos para el paciente, de una otra manera, es la regla, no por ello, indefectiblemente, se convierte en una genuina y prototípica actividad de la naturaleza indicada. Muy por el contrario, en rigor, encuadra en una categoría enteramente diversa, ajena a las generalizaciones, de suyo odiosas, inequitativas e irritantes, y a los efectos dimanantes de aquellas: la presunción, ab initio, de la culpa galénica, sin ninguna fórmula de juicio individual que consulte el *casus*, fiable brújula judicial.

Estos cuestionamientos, en buena hora, sirvieron de detonantes para que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia rectificara el criterio que inercialmente existió, ciertamente sin una sólida y razonada justificación. De ahí que en pronunciamientos que brillaron por su elocuencia, amén que por su corrección y pertinencia, se consideró que la actividad del galeno, a pesar de crear riesgos, no podía ser equiparada con las hipótesis de actividades peligrosas a las que se refería el art. 2356 del C.C., no sólo porque ellas se cimientan en orientaciones y presupuestos muy diferentes a los que escoltan la ciencia médica, en general, sino también porque a ésta última la informa una indiscutida actividad bienhechora

y altruista que el ordenamiento no puede desconocer, ni menos establecer un gravoso régimen de responsabilidad, más técnicamente de culpabilidad, habida consideración de la existencia de otros criterios vertebrales de atribución jurídica (relación de causalidad y daño). Ese, justamente, no puede ser la respuesta lógica a la realización de actos que, como pocos, finalísticamente comulgan con la vida y su preservación. Bien expresó la H. Corte Suprema de Justicia, en el año 1940, que “la responsabilidad médica no puede pues tomarse ni interpretarse en un sentido riguroso y estricto, pues de ser así quedaría cobijado el facultativo en el ejercicio profesional por el temor a las responsabilidades excesivas que se hicieran pesar sobre él, con grave perjuicio no sólo para el mismo médico sino para el paciente. ‘Cierta tolerancia se impone, pues, dice Savatier, sin la cual el arte médico se haría, por decirlo así, imposible, sin que esto implique que esa tolerancia deba ser exagerada...’” (Sent. del 5/3/1940).

Igualmente dicentes, sobre este mismo particular, son dos jurisprudencias del Tribunal Supremo español. La primera de ellas, con arreglo a la cual “La profesión médica tiene mucho de sacerdocio pues de ella depende la salud, la integridad física y hasta la vida del común de la población integrante de cualquier estado, por lo que el médico ha de ejercer su profesión con profilaxis adecuada, certero diagnóstico y atinada terapéutica”. Y la segunda, a cuyo tenor “...el médico no crea riesgos sino trata los peligros de la enfermedad” (Sent. del 29/9/1991) <sup>26</sup>.

Nosotros, en un todo de acuerdo con lo expuesto en párrafos y acápites precedentes, no solamente suscribimos aquella diáfana posición, tanto legal (ley 29/81), como jurisprudencial, según la cual la profesión galénica en general, y el acto médico en particular, tienen como basamento ético-social, férreos y bienhechores principios y valores que, inspirados en el altruismo y en la vocación de servicio humanitarios, se insuflan en el arte

---

<sup>26</sup> En este último sentido, bien observa la profesora Andrea Macía M., “*En el ámbito de la medicina, el riesgo del que surge el daño, en realidad, no es causado por la actividad del médico, sino por la enfermedad o dolencia del paciente. Por tanto, no procede en este contexto manejar una objetivación o cuasiobjetivación de la responsabilidad...*” (“La responsabilidad civil del médico en el ejercicio individual de la medicina. El parámetro de la *lex artis*”, en *Realidades y tendencias del derecho privado en el sgl XXI*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana y Temis, op. cit.).

de salvar vidas, patricia profesión que, por milenios, ha gozado de respeto, a la par que prestigio, no sólo por su importante función social, sino por su complejo ejercicio, sin que ello suponga, claro está, una especie de inmunidad, o un pasaporte que legitime toda actuación galénica, dado que la violación de la *lex artis ad hoc*, obviamente, debe ser sancionada con arreglo y observancia del debido proceso. Una cosa es entonces abogar por la retorno al sistema de la culpa probada, que no presunta, con la debida entronización de los criterios de flexibilización probatoria (facilidad y disponibilidad) y otra muy distinta de generalizar, atribuyéndole a los facultativos la inadecuada calidad de ejecutores de actividades peligrosas y, correlativamente, de culpables presuntos y, en cierto modo, de responsables *a priori*.

Meridiana, en tal virtud, es entonces la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 30 de enero de 2001, cuando señala que “Ciertamente, el acto médico y quirúrgico muchas veces comporta un riesgo, pero éste, al contrario de lo que sucede con la mayoría de las conductas que la jurisprudencia ha signado como actividades peligrosas en consideración al potencial riesgo que generan y al estado de indefensión en que se colocan los asociados, tiene fundamentos éticos, científicos y de solidaridad que lo justifican y lo proponen ontológica y razonablemente necesario para el bienestar del paciente, y si se quiere legalmente imperativo para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina, no sólo por el principio de solidaridad social que como deber ciudadano impone... la Constitución, sino particularmente por las ‘implicaciones humanísticas que le son inherentes’, al ejercicio de la medicina....”.

En consonancia con lo señalado en precedencia, entre otras más, encontramos cinco puntuales razones que en ocasión anterior sucintamente lo esbozamos <sup>27</sup>, las que nos conducen a defender, con convicción plena, la descrita posición, a saber:

---

<sup>27</sup> Vid. Carlos Ignacio JARAMILLO J., *Responsabilidad civil médica*, op. cit., p. 61 y ss., en donde aparte de otras consideraciones, reflexiones y conclusiones, expresamos que “Considerar a la medicina, como una arquetípica actividad peligrosa, no sólo es desconocer, in radice, el carácter humanístico (humanitas) y bienhechor que de antiguo la estereotipa, sino también pretender equiparar a tan nobilísima y sublime disciplina, a la conducción de automóviles, o a la manipulación de maquinaria potencialmente riesgosa, como si tal equiparación, ciertamente, fuera admisible, en cualquier plano”.

a. En primer lugar, la consabida naturaleza bienhechora de la profesión médica, la que es reflejo de ese profundo *ethos* social propio de la labor del galeno y que, en consecuencia, no está a tono con la fría aplicación de un régimen gravoso y estricto en el que, como en el de las actividades peligrosas, se incardina una filosofía a todas luces diversa: la de la tutela o salvaguarda de los intereses del individuo frente a la producción ordinariamente industrial y en masa, así como en su explotación y uso, en la que suele imperar el lucro y la rentabilidad, y no, como en la medicina, el vívido deseo de la curación, restablecimiento de la integridad física, mejoría y enaltecimiento de la persona humana, así se remunere el laborío médico, lo cual es enteramente lícito y justificado (art. 1º, numeral 7, ley 23/81).

Puesto en otros términos, con la aplicación de la responsabilidad por actividades peligrosas a la profesión del facultativo, se altera, amén que se desarticula, en grado sumo, el concepto prístino de actividad galénica, muy distante de la que ejecutan aquellas personas que desarrollan auténticas actividades peligrosas, *in potentia* lesivas de caros intereses jurídicos y extrajurídicos, así ese no sea el cometido genético de las mismas, clero está. El médico, por antonomasia, procura preservar o salvar la vida de sus pacientes (medicina curativa) y no menoscabar su integridad física o mental, así, es cierto, de su actividad afloran peligros y riesgos connaturales a una ciencia cuyo objeto de estudio permanente es el cuerpo humano, de suyo enigmático, complejo y, en consecuencia, pasible de riesgos o peligros, circunstancia ésta última que, sin embargo, no legitima la aplicación del supraindicado régimen de responsabilidad por actividades peligrosas, en la medida en que, se itera, dicho régimen tiene por objeto la protección del individuo frente a la sociedad de riesgos, esto es, frente a la creación de riesgos comúnmente con ánimo lucrativo, hipótesis absolutamente disímil, a fuer de opuesta al caso médico, en el que si bien sí hay riesgos consustanciales al ejercicio galénico y a la exposición inevitable por parte del paciente (alea terapéutica y del tratamiento), és-

---

Por eso, "... no puede atribuírsele al acto médico esa especial -y restrictiva- condición, con el pretexto de mejorar la posición del paciente, in concreto, en lo atinente a la carga de la prueba, en búsqueda de que se presuma, *juris tantum*, la culpa médica..." (op. cit, ps. 62 y 63).

tos no obedecen a un propósito individualista o personalista, sino altruista y humanitario, por antonomasia <sup>28</sup>.

Así las cosas, resulta a todas luces inadmisibile asimilar la actividad galénica a una actividad arquetípicamente peligrosa, en el sentido jurídico del término, como quiera que tal asimilación, además de imprecisa, es vulneratoria, por decir lo menos, de la férrea naturaleza ético-social de la profesión del médico, la que, rectamente entendida, descansa en aceros principios y valores que comulgan con el propósito mismo de dicha profesión, de suyo altruista, a la vez que indispensable para la preservación y evolución humana, como lo es la conservación de la vida y la integridad de las personas.

En efecto, subsumir -mejor ahogar- la actividad del médico en el régimen de la responsabilidad por actividades peligrosas, desconocería, de plano, el status especial que la propia ley le reconoce al galeno, en tanto en cuanto su labor profesional, a la par que exigente y delicada -*lex artis* médica-, es necesaria desde un punto de vista socio-cultural. Realmente no tendría sentido que, mientras que la ley 23 de 1981, le confiere dicho tratamiento especial al médico <sup>29</sup>, entre otras preceptivas internacionales más, la jurisprudencia, con fundamento en el art. 2356 del C.C.

---

<sup>28</sup> El profesor Ricardo de Ángel, con elocuente claridad, expresa que “(...) *Probablemente, en este caso, el de la responsabilidad civil del médico, el que sirve para poner más en entredicho la teoría del riesgo, en un doble sentido. En primer lugar, porque es justamente el riesgo lo característico de la actuación médica; y en segundo término, porque la determinación de qué es actividad creadora de un riesgo (o, dicho de otro modo, “peligrosa”) constituye un juicio de carácter metajurídico en el que, de ordinario, sólo es posible una valoración a posteriori, es decir, cuando el daño se ha causado ya. En definitiva, se trata de una argumentación que creo tan frágil como la consistente en invocar el aforismo cuius commoda, eius incommoda, al que muchas veces ha acudido la jurisprudencia para intentar justificar la ruptura del ‘principio de la culpa’ y llegar a presumir que la culpa existe por el mero hecho de que el daño se ha producido...* (Prólogo realizado por el referido autor al trabajo de nuestra autoría, titulado: *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica* (op. cit.).

<sup>29</sup> Recuérdese que el art. 1º de la precitada ley, pone de manifiesto, en relación con la medicina, que “El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Y que “...el ejercicio de la medicina tiene aplicaciones humanísticas que le son inherentes”, a lo que se agrega que el artículo 9, por su parte, prescriba que “El médico, por la función social que implica el ejercicio de su profesión, está obligado a sujetar su conducta pública y privada a los más elevados preceptos de la moral universal”.

colombiano, le impusiera un gravamen en punto tocante con la responsabilidad -como es la presunción de culpa generalizada inherente a la actividad peligrosa-, asimilando su gestión a la de la empresa industrial moderna, creadora de riesgos, o la conducción de automotores, o al disparo con arma de fuego, entre otras actividades más, como ya se acotó. Esa no es la esencia, ni la naturaleza de la actividad del galeno; muy por el contrario, si al médico se le asigna tal función social, como la que el legislador le ha encomendado, es de esperarse que también le asigne un tratamiento especial que, no privilegiado, que es cosa diferente, en lugar de gravoso, desconsiderado y no equitativo <sup>30</sup>.

b. De otra parte, considerar que la del galeno es una actividad peligrosa se traduce, lisa y llanamente, en la asimilación de su actividad a todas aquellas hipótesis que, como la actividad petrolera, de conducción de electricidad, de generación de energía atómica, o transportadora, han sido inveteradamente consideradas como actividades peligrosas. Ello, como aflora al rompe, no sólo es desbordado, al mismo tiempo que injusto, como se ha dicho, sino que también resulta impreciso, toda vez que, en puridad -y como se deduce de su propia evolución histórica-, el de las actividades peligrosas es un régimen que se concibió con el propósito de salvaguardar los derechos de las víctimas de los perjuicios derivados de la sociedad de riesgos, particularmente de la sociedad industrial que, en procura de la obtención de un lucro, somete a los individuos a peligros inminentes y excepcionales que, al materializarse, originan significativos y, en veces, devastadores perjuicios, cuya reparación es necesario asegurar, o facilitar.

Lo manifestado se hace incluso más evidente, cuando se repasan las hipótesis que el propio art. 2356 del C.C., a modo ejemplificativo, indica como supuestos de la consabida actividad peligrosa, a juicio de la jurisprudencia vernácula. Efectivamente, el artículo en comento se refiere al disparo imprudente de un arma de fuego, a la remoción de las losas de una

---

<sup>30</sup> Confr. Ricardo de Angel Y., *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Madrid, Civitas, 1999, p. 96. Como bien indica la profesora Matilde Zavala de González, refrendando una idea ya delineada precedentemente, la actividad médica no es una fuente que desate riesgos, sino que, muy por el contrario, es una disciplina que afronta y sortea los riesgos, *Personas, casos y cosas en el derecho de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991, p. 62.

acequia o cañería y a la construcción de un acueducto o fuente sin las precauciones necesarias para evitar la irrogación de perjuicios a terceros, actividades estas últimas a las que pretorianamente se considera como peligrosas, de suyo muy disímiles respecto a la actividad galénica. Nada hay de común, *ad exemplum*, entre quien retira las losas y construye un acueducto, y quien se ocupa de salvar la vida e integridad de un ser humano. Mucho menos lo hay con aquél que dispara un arma de fuego, máxime si se considera, en un plano comparativo, que el escalpelo no es un arma; mientras que el armamento de fuego puede quitar la vida, la actividad del galeno, bien entendida, tiende a su respeto y conservación escrupulosa.

A idéntica conclusión se arriba cuando se hace la comparación con las actividades que han sido catalogadas como peligrosas por vía jurisprudencial: así sucede, entre varias, con el transporte, con la conducción de energía eléctrica o con la explotación petrolera: se trata de actividades masivas, industriales o empresariales, con ánimo de lucro y con una clara potencialidad de generar daños colectivos e individuales, cuyo cometido, sin que sean de ninguna manera reprochables, difieren ampliamente del *ethos socialis* y humanístico que, ab antique, informa la actividad del galeno.

Bien expresa el célebre autor italiano Guido Alpa, que “... *por una razón de carácter histórico y teleológico la responsabilidad objetiva es, normalmente, una responsabilidad de empresa. Por lo tanto, ella no se adapta bien a la actividad del médico. Éste responde, sí, en virtud del artículo 2049 del Código Civil, pero sólo por sus dependientes directos, o por los daños que sufren los pacientes en un centro de salud que tenga al médico como responsable (civil). En el segundo caso, sin embargo, la responsabilidad se deriva, no de la naturaleza de la actividad ejercida (actividad médica), sino de la organización (empresarial) que tiene al sujeto (coincidentalmente, médico) como responsable. También existirá responsabilidad por el uso de máquinas, en caso de que éstas sean de propiedad del médico, o cuando operen bajo la custodia de este. Pero no se podrá hablar de la actividad médica como una actividad peligrosa...*”<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> Guido ALPA, *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*, Lima, Jurista Editores., 2006, p. 906.

c. También puede esgrimirse como argumento encaminado a la inaplicación del concepto y del régimen atribuido a las actividades peligrosas a la ciencia médica, la propia noción de actividad peligrosa y de responsabilidad por actividades peligrosas, la que, como en su momento se anotó, exige de una actividad determinada de cuya estructura o comportamiento emana un peligro de naturaleza extraordinaria y excepcional para la población, en general. Así las cosas, no puede dicha peligrosidad -cuyo manantial, se itera, se encuentra en un comportamiento o en una estructura- ser imputado a un sujeto en particular que, como el galeno, pase a ser considerado, *per se*, como un sujeto peligroso, o ejecutor de una actividad de esta específica naturaleza o talante. De ninguna manera, habida cuenta que la situación de peligro o riesgo, por regla, es propia de la actividad misma -transporte, actividad de explotación petrolera, utilización de armas, entre otras-, y no de un individuo o un profesional en particular, por lo que no les asiste razón a aquellos que afirman -o pudieren afirmar- que el médico, en sí mismo considerado, es un sujeto potencialmente peligroso, toda vez que la profesión galénica, se reitera, no es fuente de peligrosidad intrínseca <sup>32</sup>.

d. No puede tampoco esgrimirse la legítima tutela de la víctima como argumento medular y absorbente para defender la aplicación del régimen de responsabilidad por actividades peligrosas a la actividad galénica, como quiera que, en puridad, ello implicaría, lisa y llanamente, eclipsar y distorsionar la naturaleza misma de la profesión médica, a pretexto de buscar un tratamiento de favor.

No se desconoce, muy por el contrario se afirma y reconoce que, en ocasiones, el paciente está en una situación de máxima indefensión probatoria, dado que de cara a puntuales supuestos, no siempre está en contacto real y efectivo con la prueba (*difficilioris probationis*), en cuyo caso claramente podría resultar perjudicado en el proceso. Sin embargo, por más que ello sea así, no es de recibo afectar -o satanizar- de plano a

---

<sup>32</sup> No se equivoca el ilustre catedrático de la Universidad de Salamanca, Eugenio Llamas Pombo, cuando reafirmando una idea ya expresada en precedencia, la que deviene toral, asevera que "... *el médico no crea riesgos, sino trata los peligros de la enfermedad...*", ("Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba", en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 304.

todo el cuerpo médico, a través de presunciones estáticas y, por ende, generalizadas, puesto que al amparo de la corrección concreta de una injusticia, se estaría cometiendo otra, incluso de mayor espectro, por cuanto cobijaría a la integridad de profesionales de la salud. De allí que para conjurar esta evidente situación de desequilibrio, que no se soslaya, sino que se acepta como apodíctica, es que es imperativamente necesario, ni siquiera conveniente, flexibilizar el rigor de la carga de la prueba, en su lectura tradicional, a través de los criterios de atenuación y morigeración que, en aras de evitar la problemática en cuestión, ha estructurado la ley, la jurisprudencia y la doctrina, los que han sido objeto de especial escrutinio por nosotros en el referido estudio (La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica). No en vano, en gran medida, el régimen de la carga de la prueba, es su centro de gravedad.

Así las cosas, hay que esgrimirlo en este punto sin ambages, no “todo vale”, o “el fin no justifica los medios”, por más plausible que resulte mirar con humanismo a la víctima, como efectivamente lo es, pues cuando ello sucede, sin un adecuado equilibrio, se menoscaban otro tipo de derechos, igualmente dignos de tutela. No olvidemos que la justicia del paciente, en ciertos y concretos supuestos, puede originar la injusticia del médico, lo que exige mesura y gran prudencia, a la par que el buen cuidado de aplicar los correctivos que hemos esbozado (mecanismos correctivos o “correctores”).

En suma, forzar el concepto de actividad peligrosa, deformándolo y, de paso, desnaturalizando la actividad médica y el *ethos* social y humanístico que la informa, so capa de proteger a la víctima, es transitar por un camino equivocado, así sea en apariencia más cómodo, al igual que virtualmente coloreado por la justicia. Expresado en otros términos, si bien es cierto que es imperativa la protección de los individuos en la esfera negocial, industrial y contractual moderna, ello no puede servir de estribo para desnaturalizar, *in radice*, el consabido régimen de responsabilidad por actividades peligrosas, a sabiendas que existen eficaces alternativas de factura normativa, judicial y dogmática, como se puso ya de presente <sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Sobre la protección y tutela al paciente, en genera (*vid.* Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, “La relación jurídica del médico con el paciente”, en *Academia Peruana de Derecho. Homenaje a Max Arias Schreiber Pezet*, Lima, Gaceta Jurídica, 2005, ps. 73-74.

e. Por último, con el confesado propósito de disipar las dudas que aún pudieren existir, es preciso agregar, además, que la inaplicabilidad de la responsabilidad por actividades peligrosas a la responsabilidad médica, se hace aún más patente por razón de la naturaleza misma de una y otra responsabilidad, habida consideración de que, en rigor, la responsabilidad por actividades peligrosas es una modalidad que tiene cabida en tratándose de la responsabilidad civil extracontractual, mientras que la responsabilidad médica contractual, parafraseando al maestro Josserand, tiende a expandirse como “una mancha de aceite”, pues es una constante su “contractualización”. Al fin y al cabo, la regla general en esta materia, a diferencia de otras responsabilidades, es la que tiene como manantial un contrato o, si se prefiere, un vínculo jurídico preexistente<sup>34</sup>, lo que quiere decir, desde una perspectiva funcional, que tampoco la aplicación de la teoría de la peligrosidad a la actividad médica consultaría su naturaleza, de ordinario contractual y no extracontractual -hipótesis remota-, encontrando entonces un nuevo valladar.

## **5. Tendencia actual de la jurisprudencia y de la doctrina nacional e internacional. Rechazo a la aplicación de la “peligrosidad”**

En concordancia con las anteriores consideraciones -y de otras que omitimos en pro de la brevedad-, hay que aplaudir de nuevo la oportuna rectificación de la jurisprudencia nacional, en el sentido de entender que la actividad médica riñe abiertamente con la idea de considerarla como peligrosa -por lo menos en punto tocante con la medicina tradicional y curativa-, como de hecho lo ha estimado tan alto tribunal -y la doctrina- de cara a tareas tales como la conducción de autobuses, vehículos, embarcaciones, manipulación de explosivos, transporte de sustancias combustibles, etc..

---

<sup>34</sup> Vid. Carlos Ignacio JARAMILLO J., *Responsabilidad civil médica*, op. cit., p. 71 y ss. Conf. Mónica L. Fernández, quien afirma que “... hoy en día la jurisprudencia y la doctrina han consolidado la naturaleza contractual de la responsabilidad del médico y del ente hospitalario, ofreciendo una mayor tutela para el paciente, fundada no sólo en un más amplio término de prescripción, sino también en un mejor régimen probatorio”, *La responsabilidad médica*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Ibáñez, 2008, p. 98).

Por lo tanto, hay que puntualizar que en la hora de ahora la jurisprudencia se inclina por entender que, en estrictez, no se puede asimilar el acto médico, a una actividad de las catalogadas como peligrosas, según categóricamente lo concluyó, en fallo rectificatorio, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de enero de 2001 que, en lo pertinente, transcribimos en apartes anteriores <sup>35</sup>, postura igualmente prohijada, en sede administrativa, por el Consejo de Estado, y por otros tribunales internacionales.

De igual modo, en la esfera doctrinal, no se equivoca el doctrinante patrio, profesor Felipe Vallejo G., al momento de precisar que, *“Nada resulta más contrario al ejercicio de la actividad médica”*, que se considere que *“... constituye actividad peligrosa..., porque si bien el médico puede prestar sus servicios directamente sobre el cuerpo humano y en su intento de curar al enfermo lo interviene y produce alteraciones, laceraciones y mutilaciones mediante el empleo de medicamentos, instrumentos y procedimientos quirúrgicos, lo hace precisamente para restablecer la salud del paciente, para ver de aliviar los padecimientos en que consiste su dolencia, para curar el mal que lo aqueja, en fin, para conjurar un estado de cosas perjudicial... Por lo expresado, el ejercicio de la actividad médica no es una actividad peligrosa”* <sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> El distinguido magistrado ponente de esta sentencia de los albores del presente siglo, Dr. José Fernando Ramírez Gómez, con motivo del II Simposio Iberoamericano de Derecho Médico, celebrado en Medellín durante los días 23, 24 y 25 de octubre de 2001, lo señalamos de nuevo, tuvo oportunidad de manifestar que *“Como la Corte había predicado en algunas de sus sentencias, por ejemplo la de 14 de octubre de 1959, que el ejercicio de la medicina era una actividad peligrosa, y por consiguiente había presumido la culpa del médico, la sentencia del 30 de enero atendiendo las implicaciones humanísticas que le son inherentes, destierra ese concepto teórico, para dejar por sentado un principio de culpa probada”*, (“Estado de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el campo de la responsabilidad médica”, ps. 16 y 17).

El Consejo de Estado colombiano, en varios de sus fallos, como se indicó, igualmente ha extraditado el concepto de actividad peligrosa del campo de la medicina (*vid.* Entre otras, sentencia del 24 de agosto de 1992, Sección Tercera).

<sup>36</sup> Felipe VALLEJO GARCÍA. “La responsabilidad civil médica (ensayo crítico de la jurisprudencia)”, en Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, N<sup>os</sup> 300-301, Bogotá, 1993, pág. 62. “Sostener lo contrario”, sigue afirmando el mismo autor, *“tiene en*

Análoga posición es la asumida por el profesor español Luís González Morán, para quien claramente “... existe una dificultad insalvable en la teoría de la responsabilidad sin culpa en la profesión médica y consiste en precisar cuál es el riesgo cubierto para la colectividad de los médicos: ¿cómo no ver que este riesgo es el de la enfermedad, de la invalidez y de la muerte, que si no se les vincula a la culpa del médico, forman simplemente parte de la naturaleza humana? Cargar financieramente sobre el cuerpo médico el riesgo de la enfermedad, de la invalidez y de la muerte sería absurdo, porque a diferencia de la colectividad de los automovilistas (que crea accidentes de la carretera), el cuerpo médico ha logrado, en conjunto, atenuar los accidentes de la salud. Por otra parte, no es la profesión la que crea los riesgos, la profesión intenta evitar que sean aún mayores: no se podrá impedir jamás que el ser sea un ser suficiente o moral; no se puede, por tanto, hacer al médico responsable de los riesgos que no sean de su incumbencia...”<sup>37</sup>.

---

materia probatoria consecuencias desastrosas, pues en tal supuesto el médico sólo podría libertarse mediante la prueba de la causa extraña, lo cual va en contra de la cosas: en muchas oportunidades el origen del fracaso médico permanece desconocido no obstante haber obrado el facultativo con la mayor diligencia y según los procedimientos rigurosos de la técnica médica aplicable al caso” (confr. Lina JARAMILLO ESCALLÓN y Hugo Didier PÉREZ V., *Responsabilidad civil del médico en la legislación nacional y comparada*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1989, p. 209 y ss.).

En sentido similar, el Dr. Fernando Guzmán Mora, anota que “*El ejercicio de la actividad de la medicina no constituye una ‘actividad peligrosa’*. Si se parte de la base que la medicina es esencialmente una vocación y una profesión de servicio, el daño que se puede producir en el organismo del enfermo es consecuencia del objetivo mismo del acto médico: restablecer la salud del paciente, aliviar los efectos de la enfermedad, prevenir complicaciones de la misma, luchar contra la muerte o rehabilitar los efectos de las lesiones de cualquier tipo” (“Criterios para definir la responsabilidad civil del acto médico en Colombia”, en *Revista CONAMED*, N° 21, 2001). Muy próximo es el punto de vista expresado por el Dr. Sergio Yepes Restrepo, según el cual “*Es importante tener en cuenta que la consideración de la medicina como una actividad peligrosa contraría sus nobles fines e impediría su ejercicio, y por tal razón no es concebible dicha caracterización*” (*La responsabilidad civil médica*, Medellín, Díké, 2002, p. 82).

<sup>37</sup> LUÍS GONZÁLEZ MORÁN, *La responsabilidad civil del médico*, op. cit., p. 212. Confr. José Manuel HERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, Granada, Comares, 2000, ps. 103-104.

Lo propio, entre otros más, hace el profesor Jorge Bustamante Alsina, pues sostiene que “... grave e inaceptable sería (...) si se admitiera que la prestación médica es una actividad riesgosa y que su sola ejecución defectuosa comportase una suerte de responsabilidad objetiva extraña a la idea de culpa. Esta propuesta es inadmisibles de lege lata, pues la ley vigente sólo establece la responsabilidad objetiva por riesgo de la cosa y no por la sola actividad del sujeto dañante. Tampoco puede admitirse de lege ferenda porque el riesgo quirúrgico o un incierto tratamiento clínico si bien son siempre riesgosos, no resultan de una decisión unilateral y espontánea del médico que ejecuta la actividad, sino que están adscriptos a una acción requerida por el paciente para el mejoramiento de su estado de salud...”<sup>38</sup>.

En fin, el profesor Ricardo Lorenzetti, también es terminante al aseverar en torno a la “actividad riesgosa en la medicina” que “la primera cuestión que surge es si la medicina, como tal, puede ser calificada como actividad riesgosa. En la doctrina argentina la opinión ha sido, en general, negativa. Si bien en términos amplios podría señalarse que siempre hay riesgos, la calificación normativa no permite llegar a tal conclusión. La actividad médica no es per se riesgosa”<sup>39 40</sup>.

---

Sobre este mismo particular, afirman los profesores López Mesa y Trigo Represas, con agudeza, que no comparten en absoluto “... el criterio de objetivar la responsabilidad de los profesionales. Es más, nos parece una enormidad, casi de discurso emotivo o de barricada, comparar la situación de los profesionales con los explotadores de plantas de energía nuclear o los trasportadores marítimos o aéreos. Sólo como un recurso desesperado, los partidarios de la objetivación de toda la responsabilidad civil, han debido recurrir a este tipo de argumentos sin poder convitivo alguno...” (Responsabilidad civil de los profesionales, Buenos Aires, Lexis Nexos., 2005, p.503).

<sup>38</sup> Jorge BUSTAMANTE ALSINA, “Prueba de la culpa médica”, L.L. 1992-D, p.581.

<sup>39</sup> Responsabilidad civil de los médicos, t. II, Buenos Aires, Rubinzal, 1997, pág. 93. Confr. Alberto BUERES, Responsabilidad civil de los médicos, t. I, op. cit., p. 529, autor que indica, con toda razón, que calificar a la actividad médica como “riesgosa”, es una “... peligrosa afirmación” -y provocadora, agregamos nosotros en otra ocasión-, entre otros motivos, por cuanto “... el riesgo profesional, de suyo existente, no es puesto en acción por los médicos o por los establecimientos sanitarios. No hay un actuar espontáneo de los facultativos o de los entes (per se). Por el contrario, es el enfermo quien con su salud quebrantada reclama imperiosa o necesaria asistencia, y reclama que se ponga el

Como terminante, de igual manera, es el profesor español Julio César Galán Cortés, autor que manifiesta que *“la teoría del riesgo basada en la estimación de que quien crea una actividad peligrosa, de la que obtiene unos beneficios, también ha de asumir los perjuicios que ocasiona..., no resulta invocable, en modo alguno, cuando de una actividad médica se trata, por cuanto si bien es cierto que el ejercicio médico es una de las actividades que más riesgos genera, no es menos cierto que la misma se desempeña en beneficio del paciente”*<sup>41</sup>.

Con todo, no resta entonces sino subrayar que, en puridad, nada de justo habría en considerar a una actividad inspirada por principios profundamente humanos y éticos -*ethos*-, como es la actividad médica, una arquetípica actividad peligrosa que, como tal, conduce a la aplicación de

---

*riesgo médico en acción, riesgo éste que, por lo demás, es imprescindible para aventajar el estado de salud del paciente o para salvarle la vida. Esta regla es casi absoluta, ya que tal vez podrían quedar fuera de ella algunas operaciones de cirugía estética”.*

<sup>40</sup> Confr., Javier TAMAYO JARAMILLO, *Sobre la prueba de la culpa médica*, Biblioteca Jurídica Medellín, Diké, 1995, p.71, obra en la que se afirma con acierto que *“... la responsabilidad extracontractual por el riesgo creado o por el riesgo beneficioso, sólo existe cuando la víctima no necesita para nada de la actividad riesgosa del agente, y éste, sin que haya un deber jurídico de por medio, pone en peligro la vida o la integridad personal de los demás. Es decir, sólo el agente es el creador del riesgo, y es, quien en forma inconsulta, pone en peligro la vida de los otros. Pero en la actividad médica no es el médico quien crea el riesgo, ni quien ejercita la actividad peligrosa, y por lo tanto, su culpa no puede presumirse...”*.

En fin, el profesor Ricardo de Angel afirma que *“... en el caso del médico no se tiene en pie la premisa, porque no puede decirse seriamente que su actuación de lugar a riesgos correspondientes o correlativos al ‘provecho’ que el facultativo obtiene de su actuación. Muy al contrario, su acción profesional se encamina a eliminar o amortiguar los riesgos del paciente, aunque sea a costa, naturalmente, de algún peligro para este último (...) no faltan alusiones a reacciones o anomalías de origen humano en el paciente, no previsibles, que exculpan al médico. A quien, dice otra sentencia, no le es exigible la infalibilidad. Por ello, no responde el profesional cuando los criterios de la ‘lex artis’ del médico no permiten deducir que en el curso de su actuación surja un evento de inesperada realidad, imprevisto o inevitable. Todo ello mueve al Tribunal Supremo a declarar que la responsabilidad del médico ha de basarse en una culpa incontestable...”*, (Ricardo DE ANGEL YAGÜEZ, “Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)”, *Cuadernos*, Madrid, Civitas, 1995, ps. 37 y 39).

<sup>41</sup> Julio César GALÁN C., *La responsabilidad civil y penal del médico anestesista*, Madrid, p. 1.058.

un régimen estático de responsabilidad más gravoso y estricto, estructurado, como es natural, para una serie de eventos muy diversos, caracterizados, de ordinario, por el ánimo de lucro en el marco de la empresa de riesgos, lo que resulta, de suyo, muy disímil a la teleología y naturaleza de la actividad médica, la que, en realidad, persigue fines diversos, permeados por un *ethos* social frente al cual el derecho no puede hacer caso omiso, ciegamente. Es, lisa y llanamente, una conclusión científica que se nutre de la justicia y la juridicidad, y que está en plena armonía con la genuina esencia del laborío médico, el que no puede equipararse a cualquier actividad que, en sí misma, engendre riesgos, en veces elevados, lo cual de ninguna manera significa olvidarse de las víctimas, por cuanto para su equilibrada salvaguarda el derecho moderno ha prohijado una serie de mecanismos ciertamente eficientes, a tono con sus exigencias y necesidades, no siendo entonces forzoso acudir al expediente de catalogar al acto médico como actividad peligrosa, para lograr el mismo cometido, puesto que el precio es muy costoso, y absolutamente desequilibrado, y sabido es que el derecho es equilibrio y medida.

# DIRECTIVAS ANTICIPADAS

MANUEL CORNET

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Dignidad de la persona. 3. Profesión liberal. 4. Sujeción a normas éticas y jurídicas. 5. Deberes éticos. 6. Deber de no hacer daño. 7. Deber de beneficencia. 8. Principio de autonomía. 9. Principio de veracidad. 10. Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud. 11. Consentimiento informado. 12. Directivas anticipadas. 13. Fundamento. 14. Utilidad de las directivas médicas anticipadas. 15. Denominación. 16. Los interrogantes.

## 1. Introducción

Para el autor de este trabajo es un honor participar de este merecido homenaje al maestro Luis Moisset de Espanés con quien me une una amistad de maestro y discípulo de más de treinta años y a quien mucho le debo en mi formación jurídica, como docente y estudioso del Derecho.

El pasado 21 de octubre de 2009 el Congreso nacional sancionó la ley 26529 denominada “Derechos del paciente, Historia Clínica y Consentimiento informado”

La norma viene darle fuerza legal a varios temas que doctrina y la jurisprudencia venía elaborando en los últimos treinta años al igual que legislaciones provinciales<sup>1</sup> y códigos de Ética Médica.

La Iglesia católica en el año 1994 aprobó la “**Carta de los agentes de la salud**” en donde aborda los temas de la manipulación genética, el

---

<sup>1</sup> En la Provincia de Córdoba tenemos la ley 8835 del año 2000 denominada “Carta del Ciudadano”, que en su artículo 6 consagra los derechos a la salud en la provincia.

derecho a la vida, la prevención, la enfermedad, el diagnóstico, el consentimiento informado del paciente, morir con dignidad, etc.

Como su nombre lo indica el ámbito de aplicación de la ley es el ejercicio de los derechos del paciente, en cuanto a la autonomía de la voluntad, la información y la documentación clínica.

Consta de cinco capítulos y veinticinco artículos y en este trabajo veremos si la norma da respuestas a varios problemas que se planteaban en la praxis médica.

Recordemos que la palabra *médico*, proviene del verbo griego “meodeo” que significa “cuidar”.

**Curar:** quiere decir sanar, cuidar, vigilar, preocuparse, etc.

En la lucha contra la enfermedad el ser humano ha pasado por etapas históricas basadas en la investigación científica y en la experiencia, muchas veces dolorosa. Estos pilares del conocimiento son la cultura, con el objeto de proveer elementos que aseguren una calidad de vida apropiada a la sociedad.

## 2. Dignidad de la persona

La dignidad de la persona humana, es el derecho que tiene todo hombre de ser respetado como tal, es decir, como ser humano, y con todos los atributos de su humanidad.

Siguiendo a Oscar Ernesto Garay<sup>2</sup> la dignidad está indisolublemente referida a la persona, al ser humano.

El artículo 1<sup>a</sup> del Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina – COMRA- dictado en 1955 y que sigue rigiendo, dispone “*En toda actuación el médico cuidará de sus enfermos atendiendo a su condición humana*”.

El art. 25.1. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) que tiene rango constitucional en nuestro ordenamiento expresa: “*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le*

---

<sup>2</sup> Trabajo citado “El médico, conceptos generales”, p. 23.

*asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tienen asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudedad, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.*

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), señala que todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona (art. 1ª) y expresamente se señala que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales (art. 11).

La Convención Americana sobre los Derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica – 1969) declara que toda persona tiene derecho a que se respete su vida y que este derecho estará protegido por la ley, el art. 5ª expresa que se debe respetar la integridad física, psíquica y moral de la persona, art. 11 toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

**La Constitución de la Provincia de Córdoba** en su artículo 4ª establece: *Inviolabilidad de la persona. La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son inviolables. Su respeto y protección es deber de la comunidad y, en especial de los poderes públicos”*

Artículo 6ª de la ley 8835 (Carta del ciudadano) establece los derechos que tienen las personas en la Provincia de Córdoba.

La ley **6222 de ejercicio de las profesiones y actividades relacionadas con la salud humana de la Provincia de Córdoba**, dispone en el art. 5ª *“Las personas que ejercen las profesiones y actividades afines a la salud, existentes o que se creen, están obligadas a:*

a) Profesar y auxiliar en una medicina que respete la dignidad de la persona humana...”.

El art. 2ª del Código de Ética del Consejo de Médicos de la Provincia de Córdoba establece: *“El médico deberá tratar a sus enfermos ateniéndose a su condición humana. No utilizara sus conocimientos en contra de las leyes de la humanidad...”.*

Como expresa Roberto Andorno “la dignidad de la persona” es el principio eminente de la bioética, representa un valor absoluto, constituye un punto de referencia decisivo para entender la actividad médica en

general y, en definitiva, todas las instituciones sociales, jurídicas y políticas<sup>3</sup>.

Actúa como telón de fondo, de cada decisión concreta, si respetamos la autonomía es porque son “sujetos” y no “objeto”, es decir porque poseen “dignidad”

En el famoso caso “*Bahamondez*”<sup>4</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación el 6 de abril de 1993 dicto el fallo haciendo lugar a la pretensión de un paciente testigo de Jehová que se había negado a recibir una transfusión.

Dice la Corte “*El respeto a la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental*”.

No resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no afectara directamente derecho de terceros.

El deber de seguridad se funda en el respeto a la persona humana y en la necesidad de su protección.

La Corte tiene dicho que: “cuando está en juego la vida o la salud de las personas hay una natural predisposición a juzgar con severidad y rigor la actuación profesional, lo que, en principio, no es objetable, pero en tanto no se pierda de vista que también la ciencia médica tiene sus limitaciones”<sup>5</sup>.

La jurisprudencia destaca también la deshumanización de la medicina en los hospitales públicos y la existencia de un verdadero autoritarismo en ciertos profesionales de la salud<sup>6</sup>.

Ya en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la ciudad de Buenos Aires en el mes de septiembre de 2001 la Comisión

---

<sup>3</sup> “Una aproximación a la Bioética”, en *Responsabilidad de los profesionales*, obra citada, p. 426

<sup>4</sup> L.L. 1993-D-130.

<sup>5</sup> J.A. 1990-II-443.

<sup>6</sup> L.L. 1991-D-114.

Nº 1 había recomendado:” 14. El paciente con una patología irreversible tiene derecho a ser informado sobre su estado de salud, tratamiento recomendado, expectativa y calidad de vida esperadas. Debe respetarse su autodeterminación respecto de la eventual negativa a someterse a las practicas aconsejadas y de requerir el auxilio de la medicina paliativa”.

### 3. Profesión liberal

Nuestro Código Civil, no reguló el ejercicio de las profesiones liberales, por lo que la doctrina y la jurisprudencia ha elaborado las notas características de la profesion liberal que son las siguientes:

- habitualidad en su ejercicio
- actividad reglamentada
- necesidad de previa habilitación
- presunción de onerosidad
- autonomía técnica
- sujeción a colegiación
- sumisión a principios éticos y
- sometimiento a potestades disciplinarias.

La calificación de profesional liberal, apunta a poner de manifiesto que la voluntad del profesional de que se trate (abogado, médico, odontólogo) es **autónoma**, porque se gobierna a sí misma, no **heterónoma**, o sea, regida desde afuera.

### 4. Sujeción a normas éticas y jurídicas <sup>7</sup>

El galeno, en el ejercicio de su profesión debe cumplimentar deberes y obligaciones de naturaleza ética y jurídica respectivamente, que se anexan a su obligación primaria de naturaleza científica: precaver, curar, cuidar al paciente.

---

<sup>7</sup> Oscar Ernesto GARAY, *El médico. Conceptos generales, Responsabilidad profesional de los médicos*, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 21 y ss.

Estas obligaciones le son impuestas al profesional médico, desde antes que celebre el contrato que lo vincule en una relación profesional con el paciente, por la ética médica y por el ordenamiento jurídico.

## 5. Deberes éticos

Expresa María Virginia Bertoldi de Fourcade <sup>8</sup> que la Bioética conforme una nueva rama del saber que depende formalmente de la ética, con la que mantiene una relación de dependencia orientadora y justificadora y que, materialmente, toma su objeto de la realidad de las ciencias de la vida (tales como la medicina, biología, psicología, etc.).

Se dice que es *“el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y del cuidado de la salud, en cuanto dicha conducta es examinada a la luz de los valores y de los principios morales”* (*Enciclopedia of Bioethics*)

Los principios bioéticos son percibidos como válidos y vigentes en el conjunto de la vida social, son eficaces para la toma de decisión en el campo de la moral médica y tienen indudable trascendencia en las respuestas jurídicas requeridas ante conflictos éticos que involucran colisión de derechos.

Los principios bioéticos, como principios normativos de universal aplicación, son los mencionados por Beauchamp y Childress, que a veces se enuncian como tres o cuatro.

Tales principios, siguiendo a la autora en cita, son **de autonomía, beneficencia y no-maleficencia y justicia.**

Como expresa el documento “Carta de los agentes de la salud”, “los extraordinarios progresos de la ciencia y de la técnica en el vastísimo campo de la sanidad y de la salud han convertido en disciplina específica a aquella que actualmente se denomina **bioética, o ética de la vida.**”

---

<sup>8</sup> “Los derechos del paciente”, trabajo publicado en *Responsabilidad Profesional de los médicos, Ética, Bioética y Jurídica: Civil y Penal*, coordinador Oscar Ernesto Garay, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 147 y ss.

## 6. Deber de no hacer daño

Este, expresa Garay <sup>9</sup>, además de ser un deber, es un principio natural que la ética universal y recoge y hace suyo, y que rige para todos los integrantes de la sociedad.

## 7. Deber de beneficencia <sup>10</sup>

El médico, desde los tiempos hipocráticos está sujeto al criterio de beneficencia: hacer el bien en beneficio del paciente. Este principio bioético se consustancia con el objeto o finalidad primera de la medicina: perseguir el bien terapéutico del paciente y prevenir su mal.

El deber de beneficencia se complementa con el criterio o principio bioético de **No-maleficencia**: el médico no solo no debe hacer daño al paciente, sino que no debe exponerlo a riesgos innecesarios.

## 8. Principio de autonomía

El principio de beneficencia en su versión clásica (la actitud paternalista del médico), encontró un límite en el principio de autonomía, según el cual, se debe respetar la libre determinación del paciente y cuando la misma está afectada, se lo debe proteger.

La autonomía de la persona significa que ésta tiene el derecho (y el deber) de actuar por su propia determinación.

---

<sup>9</sup> Trabajo citado, p. 22.

<sup>10</sup> Expresa María Virginia Bertoldi de Fourcade en su trabajo “Los derechos del paciente”, en *Responsabilidad profesional de los médicos*, obra citada, p. 149 que la **bioética** conforme una nueva rama del saber que depende formalmente de la ética, con la que mantiene una relación de dependencia orientadora y justificadora y que, materialmente, toma su objeto de la realidad de las ciencias de la vida (tales como la medicina, biología, psicología, etc.). Se dice que “es el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y el cuidado de la salud, en cuanto dicha conducta es examinada a la luz de los valores y de los principios morales”.

Este principio es la base moral de la doctrina del *consentimiento y rechazo informado*.

El paciente posee el derecho a ser informado acerca del diagnóstico, pronóstico, posibilidad o alternativas terapéuticas y/o riesgos posibles. El médico debe informar al paciente no solo para mitigar su ansiedad, sino para lograr un verdadero diálogo. Se debe transformar la relación médico-paciente en una relación simétrica.

## 9. Principio de veracidad

La relación con el paciente se debe dar solo a través de la verdad (aplicación de la regla bioética de veracidad).

Decir la verdad es respetar el derecho a la libertad, a la información de la persona; y es un deber ético del profesional informar la verdad al enfermo; no manipular la información ni su acceso a ella; ello sobre la base de lo que el paciente quiere saber y cuanta información quiere conocer.

La información debe ser brindada, por quien conoce la técnica (el médico) de un modo adecuado, sencillo, gradual, teniendo en cuenta al que recibe la información, y en el momento oportuno, para luego aceptar el consentimiento responsable por parte del enfermo y aceptar la decisión tomada.

El médico o el cirujano no pueden asegurar el éxito de un tratamiento, sino únicamente las técnicas adecuadas para ello.

El médico no se obliga a que el paciente recupere su salud sino a utilizar los medios apropiados para lograr la curación poniendo toda su ciencia, diligencia, experiencia, prestigio y prudencia en el tratamiento del enfermo.

**Art. 20 ley 17.132** prohíbe a los profesionales que ejerzan la medicina anunciar o prometer la curación fijando plazos o anunciar o prometer la conservación de la salud.. De allí que la obligación que asume el médico no es una obligación de resultado o determinada de curar al enfermo, sino solamente una obligación de medios, es decir, que se compromete a atender al paciente con prudencia y diligencia. Por ello le corresponde al damnificado, quien alega el incumplimiento de su obligación por parte del médico, el probar la relación de causalidad invocada entre la culpa médica y el daño que se alega.

**La ley provincial 6222** (17 de noviembre de 1978) art. 7° le esta prohibido al médico:”...ll) Anunciar o prometer la conservación de la salud o la curación mediante procedimientos secretos o infalibles o fijando plazos....”.

La ley Nacional, reiteramos, viene a consagrara lo que doctrina y jurisprudencia y muchas legislaciones provinciales venían elaborando.

## **10. Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud**

Expresa la ley 26.529:

Relación entre médico y paciente.

Artículo 2° - Derechos del paciente. Constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes:

a) Asistencia. El paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho a ser asistido por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna, producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición. El profesional actuante sólo podrá eximirse del deber de asistencia, cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente;

b) Trato digno y respetuoso. El paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes, le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes;

c) Intimidad. Toda actividad médico - asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la Ley N° 25.326 ;

d) Confidencialidad. El paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente;

e) Autonomía de la Voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley N° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud;

f) Información Sanitaria. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. El derecho a la información sanitaria incluye el de no recibir la mencionada información.

g) Interconsulta Médica. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria por escrito, a fin de obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud.

## 11. Consentimiento informado

En la vieja práctica de la medicina paternalista, el consentimiento del paciente poco importaba, hoy en día el consentimiento del paciente tiene suma importancia, y no cualquier consentimiento, sino lo que se ha dado en llamar “ **el consentimiento informado**”.

Recordemos que la “**Bioética**” desde aquellos años 70 comenzó a identificarse con fuerza propia, hasta hoy, se ha proyectado mundialmente <sup>11</sup>.

Siguiendo a Olga O. Lavalle <sup>12</sup> tenemos que el principio bioético de “respeto a las personas” luego se traducirá como “principio de auto-

---

<sup>11</sup> Reich la define como “el estudio sistemático de las dimensiones morales - incluyendo visión moral, decisiones, conductas y políticas- de las ciencias de la vida y el cuidado de la salud, empleando una variedad de metodologías éticas en un espacio interdisciplinario” (Introducción, p. XXI).

<sup>12</sup> “Consentimiento informado en adolescentes”, J.A. 2000-IV- 1067.

mía” consiste en el reconocimiento de la autonomía del paciente, lo que implica concederle el derecho a decidir libremente y sin coerción, de acuerdo a sus valores, creencias e idiosincrasia, los problemas o la solución de sus problemas de salud.

Hasta la aparición del principio de autonomía la relación médico-paciente era una relación de tipo “paternalista”, que no permitía al paciente decidir sobre su salud.

La superación de esta situación ha permitido el desarrollo del derecho al consentimiento informado, derecho que permite al paciente obtener la información necesaria para hacer una idea objetiva y correcta de su estado de salud y sea capaz de decidir sobre los procedimientos a seguir en su caso concreto.

La doctrina del consentimiento informado llegó a nuestro país desde Estados Unidos a fines de la década del 70.

El consentimiento informado, expresa Elena I. Highton<sup>13</sup> implica una declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual, luego de una suficiente información éste decide prestar su conformidad a un procedimiento, tratamiento o intervención, la noción comprende dos aspectos: a) Que el médico obtenga el consentimiento del paciente, b) que el médico revele adecuada información al paciente.

Para López Mesa<sup>14</sup> existen nombres más técnicos y adecuados, como podrían ser “asentimiento del paciente” o aun “autorización al tratamiento” o “consentimiento esclarecido”, que utiliza la Corte de Casación francesa. Para este autor la expresión “consentimiento esclarecido” es superior a la que se usa en nuestro país.

Expresa la jurisprudencia *que el deber de informar al paciente esta contemplada en el art. 11 de la ley 21541 sobre trasplantes de órganos (ver la nueva ley 24193 art. 13); dicha norma es de aplicación analógica a otros tipos de cirugía (art. 16 C.C.) Y es principio*

---

<sup>13</sup> Elena I HIGHTON, “La salud, la vida y la muerte. Un problema etico-jurídico: El difuso limite entre el daño y el beneficio a la persona”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, “Daños a la persona”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 1 1992, p. 170.

<sup>14</sup> Marcelo LÓPEZ MESA, “Pacientes, médicos y consentimiento informado”, L.L. 2007-B-867.

*en esta materia que, cuando mas peligrosa sea la intervención profesional, tanto mas necesaria es la advertencia por parte del médico, quien puede llegar a ser responsable en la medida en que callare o atenuare los riesgos de aquella (J.A. 1986-III-335).*

El profesional médico debe informar de manera suficiente y clara, adaptada al nivel cultural de cada paciente, acerca de los riesgos de la operación según sea el caso, sus secuelas, evolución previsible y limitaciones resultantes (L.L. 1991-A-141).

En nuestra Provincia, la “**Carta del Ciudadano**” (**Ley 8835**) en su Artículo 6° establece: “*Todas las personas en la Provincia tienen derecho a: ...*

h) Recibir información completa sobre el diagnóstico, tratamiento y pronóstico de su enfermedad, en lenguaje sencillo y entendible, siempre que ello no altere su equilibrio psicosocial...

j) Recibir la información necesaria para autorizar, con conocimiento de causa, todo tratamiento que pretenda aplicársele.

Tal información deberá contener posibles riesgos y beneficios.

k) Participar en las decisiones relacionadas con su tratamiento y a solicitar al Hospital la entrega documentada del plan terapéutico a observar luego del alta médica...

l) Negarse a recibir tratamiento y a que le expliquen las consecuencias de esa negativa, sin perjuicio de las medidas que corresponda adoptar frente a patologías que impliquen riesgo cierto para la sociedad.

m) Revisar su historia Clínica y obtener copia documentada de la misma ...”

A mayores riesgos y a menor capacidad de discernimiento, habrá necesidad de mayores formalidades.

En el despacho de la Comisión N° 1 de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Buenos Aires en septiembre de 2001 se recomendó: “ 9. El consentimiento informado debe entenderse como un proceso gradual y continuado de comunicación e información entre el profesional y el paciente, que permita que éste participe activamente en la toma de decisiones respecto del diagnóstico, tratamiento y desenlace de la enfermedad”

El cirujano debe informar de los riesgos inherentes, los peligros probables y los riesgos anestésicos.

**Art. 19 inc. 3º de la ley 17132** dispone que: *“Los profesionales que ejerzan la medicina, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, están obligados.... inc. 3º respetar la voluntad del paciente, en cuanto sea negativa a tratarse, internarse, salvo los casos de inconsciencia, alienación mental.....En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz”.*

En nuestro país y en Francia, se oculta legítimamente al enfermo la información referida a un mal incurable que el pueda padecer. En estos casos el medico obrará atendiendo en cada caso a las particularidades del mismo.

Habrà que ver si el paciente esta en condiciones físicas o síquicas de conocer su grave estado y si ello puede conspirar en forma negativa en el curso de su enfermedad, en cuyo caso corresponderá a los familiares y allegados.

También habrá que tener en cuenta la “urgencia” que no permita demoras por poderse causar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

También es una excepción a la necesidad del consentimiento cuando hay riesgo para la salud pública, caso de una epidemia.

Prescribe la ley 26529 en su parte pertinente:

### **Del consentimiento informado**

**Artículo 5º - Definición.** Entiéndase por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:

- a) Su estado de salud;
- b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
- c) Los beneficios esperados del procedimiento;
- d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;
- e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;

f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

**Artículo 6° - Obligatoriedad.** Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijan por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente.

## 12. Directivas anticipadas

La ley luego de tratar los derechos de los pacientes, la información sanitaria y el consentimiento informado, introduce en su Artículo 11 el llamado testamento vital o directivas anticipadas.

**Artículo 11. - Directivas anticipadas.** Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.

En un solo Artículo se introduce la posibilidad de dar directivas, de una manera muy incompleta respecto al alcance, formalidad, requisitos, etc., pero como positivo es que una ley nacional admite la posibilidad de realizar este tipo de directivas relacionadas con los tratamientos médicos que se aceptan para el futuro.

En el proyecto originario aprobado en el año 2007 por la Cámara de Senadores el artículo 11 tenía un segundo párrafo que decía:

“Las directivas anticipadas se instrumentarán confeccionando tres ejemplares de idéntico tenor, con el propósito que un ejemplar sea destinado al profesional, otro quede en poder del paciente o sus representantes, y el restante se agregue a la historia clínica”.

Expresan Luis R. Llorens y Alicia B. Rajmil que dentro de la citada tónica de brevedad legislativa, este artículo legisla por primera vez en el orden nacional acerca de las previsiones y de las estipulaciones que

puede efectuar una persona para la eventualidad de la pérdida de su propio discernimiento <sup>15</sup>.

Afirman los autores en cita que esta ley, dado su objeto general, lo hace únicamente con relación a las directivas anticipadas en materia de salud, opinión que adherimos.

Coincidimos también con los autores que salvo que impliquen prácticas eutanásicas el médico a cargo **debe** (tiene la obligación de) aplicar las directivas anticipadas.

Como expresan Adriel J. Roitman y Marisa Aizenberg <sup>16</sup> “se trata de actos de autoprotección, en ejercicio del derecho de la autonomía de voluntad, cuyo contenido protege nuestro derecho a la elección o rechazo de un tratamiento médico y aporta, además, un importante elemento moderador y de colaboración al equipo de salud en cuanto a las pautas para el cuidado del paciente, sobre todo en momentos como los actuales, donde se ha dimensionado considerablemente la judicialización de cuestiones ajenas al ámbito jurisdiccional, por temor a los reclamos por responsabilidad profesional”

Respecto al requisito de los otorgantes: que la persona sea capaz y que sea mayor de edad.

Por capaz sostienen que se refiere a persona que se halla en uso pleno de su discernimiento y que, además, no se encuentra interdicta por una sentencia que la incapacite, ello solamente para que sea obligatoria para el médico tratante.

Si se trata de un menor de edad o un débil mental (aun insano declarado) esa directiva anticipada deberá ser “escuchada” y “tenida en cuenta” y valorada conforme las circunstancias del caso, de acuerdo a las disposiciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la ley nacional 26061 y la Convención Internacional de los Derechos de los Discapacitados.

Respecto a las formas al haberse eliminado el segundo párrafo, el tema queda librado a la normativa general sobre actos jurídicos (o sea libertad de formas).

---

<sup>15</sup> “Directivas anticipadas de salud (art. 11 ley 26529)” L.L. diario del 1º de diciembre de 2009.

<sup>16</sup> “Los derechos de los pacientes y su reconocimiento a nivel nacional”, trabajo publicado en L.L. 2010-A-826.

### 13. Fundamento

Coincidimos con <sup>17</sup> Aizemberg y Roitman que “el fundamento de esta manifestación anticipada está constituido por los derechos a la libertad, a la dignidad y a la autodeterminación personal, de raigambre constitucional, cuya protección específica se encuentra consagrada en el Artículo 19 de nuestra Carta Magna y, en términos más amplios en principios y valores que integran el bloque de constitucionalidad del Artículo 75, inciso 22 que otorga garantía supra legal a los Tratados Internacionales sobre derechos Humanos”.

Para Santos Cifuentes, “la, posibilidad de proyectar los deseos hacia el futuro, deseos que no perjudican a terceros, importa un elemento de gran valor que se asienta en la dignidad y la autoestima” <sup>18</sup>.

Para José W. Tobías el fundamento se encuentra en el principio de la autodeterminación <sup>19</sup>.

### 14. Utilidad de las directivas médicas anticipadas

Una simple observación de la realidad nos muestra que la expectativa de vida de los hombres se ha prolongado de tal manera que hoy vemos un creciente envejecimiento de la población.

En el Código Civil vigente no hay ninguna previsión que permita al capaz adoptar disposiciones sobre el cuidado de la persona si sobreviene la incapacidad ya que no se encuentra prevista la posibilidad de designar un curador, ni la vigencia del mandato después de la incapacidad, ni la posibilidad de impartir directivas sobre el cuidado de su persona, tratamientos médicos, terapias, muerte digna, testamento vital, etc.

Banchio siguiendo autorizada doctrina española nos expresaba que “los temas vinculados con el principio o el fin de la vida humana hunden sus raíces

---

<sup>17</sup> Trabajo citado publicado en L.L. 2010-A-826.

<sup>18</sup> Santos Cifuentes, *Derechos personalísimos*, 3ª ed., actualizada y ampliada, Buenos Aires Astrea, 2008, p. 437.

<sup>19</sup> José W. Tobías, *Derecho de las personas*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 558.

en nuestro pasado cultural, por lo que sus planteamientos devienen polémicos, en la medida que conmocionan los estratos profundos del psiquismo humano, tornando difícil el logro de soluciones objetivas y desapasionadas”<sup>20</sup>.

“El desarrollo de la ciencia y de la técnica, así como las condiciones de la vida moderna al par que aumentan el confort, elevan el nivel de vida, promueve los consumos, dinamizan las comunicaciones, tienden a mejorar el estado sanitario de la población y prolongar la duración normal de la vida, también aumentan los riesgos de daños y exponen al hombre a un destino incierto que lo enfrenta día a día con una realidad inesperada y fatal”<sup>21</sup>.

Es un hecho notorio que hoy es común llegar a los ochenta años, edad a la que antes se llegaba excepcionalmente por algunos privilegiados de la naturaleza.

Los avances de la medicina, caso de los aparatos de que se sirve, como tomografía computada, ecografía, rayo láser, lamparoscopia; los nuevos fármacos, las investigaciones en biología, genética, etc. todo ello hace que se pueda prolongar la vida cada día mas y los avances son tan sorprendentes que las propias maquinas envejecen rápidamente, todo lo que provoca un encarecimiento de los tratamientos por los breves tiempos de amortización.

Los adelantos de la ciencia médica hacen que hoy en día se pueda predecir con alguna certeza la evolución de ciertas enfermedades

Los avances tecnológicos, la urbanización, el traslado de la población a las ciudades, etc. han determinado también un aumento creciente de los riesgos que experimentan las personas de sufrir accidentes que provocan determinadas incapacidades.

En cualquier momento a cualquier edad podemos experimentar enfermedades o lesiones que requieran medios proporcionados y desproporcionados de cuidados y requieran de la conformidad del paciente si

---

<sup>20</sup> Enrique BANCHIO, “El derecho civil ante las nuevas exigencias de la tutela jurídica de la persona humana”, Separata de anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, t. XXX, vol. 2, año Académico 1991, p. 254.

<sup>21</sup> Jorge BUSTAMANTE ALSINA, prólogo a la primera edición del libro *Responsabilidad Civil de los médicos* de Alberto J. Bueres, Buenos Aires Hammurabi, 1994.

ello es posible y en caso de incapacidad y ausencia de previsiones aparece la cuestión de quien o quienes pueden decidir.

Hay que tener presente que la “**distanasia**” es la prolongación de la vida a toda costa (obstinación, ensañamiento o encarnizamiento terapéutico), e implica, en un caso resuelto por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, afirma Hitters en su voto, la práctica médica que tiene por finalidad alejar la muerte -y alargar la vida- a través de medios ordinarios y extraordinarios <sup>22</sup>.

Por **eutanasia** se entiende “una acción o una omisión que por su naturaleza, o en las intenciones, procura la muerte, con el fin de eliminar todo dolor. La eutanasia se sitúa, por lo tanto, a nivel de las intenciones y de los medios usados”. Así por ejemplo, es una acción eutanásica la aplicación de una inyección letal que ponga fin a la vida del paciente; es omisión eutanásica, el dejar de alimentar al paciente.

La **ortotanasia** es la muerte a su tiempo, sin abreviaciones tajantes y sin prolongaciones desproporcionadas del proceso de morir, tratando de brindar en dicho proceso la mejor calidad de vida posible al enfermo.

Respecto a medios **proporcionados y desproporcionados**, cuya aplicación dependerá de una correcta evaluación del caso concreto.

Los casos famosos de “Karen Quinlan” en el Estado de California en 1976 <sup>23</sup>, el de Terry Schiavo en el año 2005 también en Estados Unidos y el fallado por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires el día 9 de febrero de 2005, en todos los casos se trata de mujeres jóvenes en donde debemos tener en cuenta lo que expresa el vocal Dr. Soria que no es culturalmente frecuente en nuestro medio, ni jurídicamente exigible, que las personas realicen una declaración de voluntad anticipada para situaciones imprevistas <sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> SCBuenos Aires, 09.02.05 Causa 85.627 “S” M. d. C. Insania”.

<sup>23</sup> Expresa Mario Daniel MONTOYA en su trabajo ““El derecho constitucional a morir”, L.L. 1991-A-1065, que “el caso Karen Quinlan, mundialmente conocido dio comienzo a las discusiones sobre el derecho a morir. En este precedente la Suprema Corte de New Jersey permitió a la familia de la paciente, retirarla de un respirador en el cual se encontraba desde hacía siete años en estado vegetativo, originado por una sobredosis de alcohol y drogas”.

<sup>24</sup> Los casos mencionados produjeron la incapacidad de modo súbito e inesperado como expresa el Dr. Negri en su voto (SCBuenos aires 09.02.05).

Asimismo tenemos que del principio bioético de autonomía se desprende el “consentimiento informado” el que hace a la dignidad y por ende a la autodeterminación de las personas, consentimiento que resulta previo a la aplicación de cualquier tratamiento médico.

Coincidiendo con los notarios Nelly A. Taiana de Brandi y Luis Rogelio Llorens en un trabajo muy completo sobre la materia<sup>25</sup> consideramos que quizá el motivo de mayor importancia con relación al tema que analizamos es el debilitamiento paulatino de la familia.

Hasta hace pocos años los hombres descontaban que ante la eventualidad de incapacidad ya sea por ancianidad, enfermedad o accidente, la familia se haría cargo y adoptaría las decisiones más convenientes para su persona..

Hasta mediados del siglo pasado lo normal y corriente era que las personas morían en su casa o en la habitación de un hospital rodeado de sus parientes o seres queridos, en cambio hoy corremos el riesgo de morir solos en salas de terapia intensiva luego de una agonía interminable.

En la actualidad, con el achicamiento de la familia debido a múltiples causas, como la incorporación de la mujer al mercado de trabajo y su igualación en muchos planos con los varones, la separación y el divorcio, la relación de pareja, la reducción del número de miembros fijos en la familia, la realidad de los hogares constituidos por departamentos o casas pequeñas de dos o tres ambientes, los trabajos temporarios y los traslados laborales, etc., todo ello hace que en los hogares modernos de los países desarrollados cada vez hay menos mujeres, ancianos y niños<sup>26</sup>.

Esta realidad hace que las personas en forma creciente se planteen la necesidad de adoptar previsiones para el cuidado de ellas si llega la incapacidad, permitiendo como expresa Gisela Farias que estas ediciones cruciales o dilemáticas no sean una carga para los familiares o allegados<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Nelly A. TAIANA DE BRANDI y Luis Rogelio LLORENS, *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 2. Este trabajo, cuya lectura recomendamos, es muy completo y los autores tratan debidamente la forma de otorgamiento del mandato y poder, designación del propio curador, legislación aplicable, derecho comparado, propuestas para su regulación y modelos de escrituras.

<sup>26</sup> Conforme Fernando SAVATER, *El valor de educar*, Buenos Aires, Ariel, 1997, capítulo 3, El eclipse de la familia, p. 54 y ss..

<sup>27</sup> Gisela FARÍAS, *Muerte voluntaria*, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 143.

Fue éste el Tema III de la VIII Jornada Notarial Iberoamericana que se llevó a cabo en Veracruz, México del 4 al 7 de Febrero de 1998.

Ya las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil reunidas en Mar del Plata el 25 de Octubre de 1995 recomendaron, de lege ferenda: “Es conveniente prever la vigencia de la representación después de la incapacidad del sujeto cuando ha sido conferida en previsión de la propia incapacidad”.

En el mismo sentido, entre las conclusiones de la Comisión N° 1 de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Buenos Aires en septiembre de 2001 se recomendó:” 10. Es menester garantizar a los pacientes terminales la facultad de autodeterminarse. El reconocimiento de dicho derecho, conlleva la facultad de previsión de la propia incapacidad y la plena validez y eficacia de las manifestaciones de voluntad que por escrito realice dicha persona, cualquiera sea la denominación que se otorgue a tales documentos”.

En las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Rosario, septiembre de 2003, se aprobó por mayoría: *“las manifestaciones anticipadas de voluntad en materia de tratamiento médicos constituyen una forma específica de consentimiento informado y deben ser admitidas en todos los casos en que el paciente eventualmente no pueda expresar su voluntad, no sólo en los casos de enfermedad terminal...”*.

Expresaban Hiruela e Hiruela de Fernández antes del dictado de la ley que tratamos, que “el deber por la legitimidad bioética de los llamados “testamentos de vida”, su utilidad para los profesionales de la salud y la necesidad o no de un cuerpo normativo que los reglamente son cuestiones irresueltas en la Argentina, por ello su análisis presenta un interés particular”<sup>28</sup>.

Asimismo hay que tener presente que antiguamente, con la medicina paternalista, era el médico quien decidía los caminos a seguir o sea los cuidados y tratamientos que se le realizaban al paciente pero hoy no es así y los médicos ante una supuesta “mala praxis” obran con temor y

---

<sup>28</sup> Omar F. HIRUELA y María del P. HIRUELA DE FERNÁNDEZ; “El denominado “testamento vital” y el derecho a morir con dignidad”, J.A. 2004-IV-1111.

aprensión ante un universo jurídico poco claro, sin reglas que distingan convenientemente y por ello, como expresa Luis Fernando Niño, los facultativos se debaten en una lacerante indecisión, a la hora de definir el curso de acción <sup>29</sup>.

El caso de Terry Schiavo en Estados Unidos ha hecho que el tema se instale en la opinión pública y en un fallo de principios del año 2005 de la Suprema Corte de Buenos Aires, los vocales se han referido en sus votos a la ausencia de manifestaciones previas <sup>30</sup>.

Así, en el voto del Dr. Roncoroni se dice: “Debe rechazarse la petición articulada por el curador y cónyuge de una persona en estado vegetativo permanente e irreversible para que se suspenda el tratamiento médico tendiente a su alimentación e hidratación enteral, lo que ocasionaría su deceso, aun cuando se invoque el beneficio prioritario de la persona enferma y sus hijos, si el enfermo no dejó instrucciones ni mandas y tampoco se cuenta con manifestaciones previas a su pérdida de conciencia que ilustren acabadamente sobre su madura y reflexiva decisión de interrumpir o negarse a recibir tratamientos de sostén, ya que tratándose del derecho a la vida – derecho personalísimo e inherente a la persona- sólo puede ser ejercido por su titular”.

Los vocales son coincidentes respecto a la falta de manifestación previa de su voluntad por parte del enfermo y se destaca también la falta de régimen legal, así en el voto del Dr. Pettigiani se expresa: “La petición efectuada por el curador y cónyuge de una persona en estado vegetativo permanente e irreversible para que se suspenda el tratamiento médico tendiente a su alimentación e hidratación enteral, lo que ocasionaría su deceso, con invocación del beneficio prioritario de la persona enferma y de sus hijos, carece de base normativa concreta que la viabilice, correspondiendo decidir primordialmente tales hechos a los facultativos médicos, con estricto apego a los principios de la ética biomédica y de conformidad con los dispositivos jurídicos en vigor”.

---

<sup>29</sup> Luis Fernando Niño, “Eutanasia y suicidio asistido”, en *Responsabilidad profesional de los médicos*, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 1124.

<sup>30</sup> Fallo citado, S.C. Buenos Aires, 2005/02/09 “S.M. d.J publicado en L.L. el día 3 de marzo de 2005 fallo 108.625.

Para el juez Hitters “En el Derecho argentino toda persona tiene un derecho indisponible a rechazar o suspender tratamientos médicos sobre la base del consentimiento informado (arts. 953, 1445 y con. Código Civil), como desprendimiento del principio bioético de autonomía, receptado en el artículo 13 de la ley 24193 (de trasplantes de órganos)”

Para la Jueza Kogan, ante la falta de prueba fehaciente de la voluntad del paciente, podría otorgarse legitimidad a los parientes más cercanos para tomar la decisión, con las siguientes limitaciones: 1) el rechazo o la suspensión de tratamientos por parte de los parientes sólo es válido cuando no se trata de tratamientos ordinarios o proporcionados; y 2) la decisión debe ser tomada por unanimidad <sup>31</sup>.

## 15. Denominación

La manifestación de voluntad de una persona física, capaz de hacerlo, estableciendo disposiciones para su eventual incapacidad futura, designando la persona que represente (curador) y dando instrucciones para el designado referido a los tratamientos médicos, lugares de internación, etc., ha recibido distintas denominaciones.

Algunos la denominan testamento de vida, testamento biológico o siguiendo la denominación anglosajona “living will”<sup>32</sup>, denominaciones que coincidimos con Taiana de Brandi y Llorens son erróneas y equívocas ya que no se trata de actos jurídicos mortis causa, en donde la muerte constituye un presupuesto esencial a los efectos<sup>33</sup>, o sea desti-

---

<sup>31</sup> Ver el comentario de Pilar ZAMBRANO, “Sobre la moralidad y la juridicidad de la suspensión de tratamientos médicos vitales”, L.L. 2005-B-265.

<sup>32</sup> Ver el trabajo de Darío Luis CUNEO, “Los testamentos de vida o “living Hill” y la voluntad de vivir dignamente”, publicado en J.A. 1991-IV-666.

<sup>33</sup> Expresan Taiana de Brandi y Llorens en la obra citada, p. 11 nota 5: “En cuanto a los vocablos estipulaciones y disposiciones, observará el lector que las soluciones que propondremos son realmente estipulaciones y disposiciones, conforme con las definiciones de unas y otras que da Escriche: Estipulación: la promesa que se hace jurídicamente, según las solemnidades y fórmulas prevenidas por derecho; o bien un contrato unilateral por el que uno respondiendo congruentemente a la pregunta de otro le concede u otorga

nados a producir efectos desde la muerte, sino que por el contrario se trata de disposiciones para ser ejecutadas en vida del disponente ante la eventualidad de su incapacidad.

Santos Cifuentes se refiere al testamento vital o “living Hill” cuando aborda el tema de la autotutela de la propia incapacidad posible y futura<sup>34</sup>.

José W. Tobias denomina a la figura como “directivas previas” y es lo que se conoce como “testamento vital” o “testamento biológico” en la terminología de los anglosajones<sup>35</sup>.

Pilar Hiruela de Fernández y Omar Hiruela, expresan que “aún reconociendo que la expresión “testamento vital” es la que ha adquirido carta de ciudadanía, resultan más acertadas denominaciones tales como “documentos de instrucciones previas”, “documento de voluntad anticipada” o “directivas anticipadas”<sup>36</sup>.

En México se denomina “Disposiciones Vitales” y puede tener la forma de un mandato, si bien esta denominación es más correcta, es muy amplia pudiendo abarcar múltiples situaciones y no estrictamente la de una eventual incapacidad.

En la VIII Jornada Notarial Iberoamericana reunida en México en febrero de 1998 se propuso para la comisión III el tema “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, denominación que consideramos mas adecuada ya que no deja dudas de que se trata de determinaciones para cuando la persona se encuentre incapacitada.

En la Legislatura de la Provincia de Córdoba en el proyecto de ley del diputado provincial Martín Luque se le denomina “voluntad anticipada”<sup>37</sup>.

---

la cosa o hecho que le pide, quedando obligado a cumplirlo... Disposición: todo lo que manda la ley u ordena el hombre sobre la persona o los bienes, verbalmente o por escrito (Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial, forense)”.

<sup>34</sup> Santos Cifuentes, ob. cit., p. 428.

<sup>35</sup> José W. Tobias, ob. cit., p. 557.

<sup>36</sup> Trabajo citado, J.A. 2004-IV-1112.

<sup>37</sup> **Artículo 3 del proyecto provincial:**” Toda persona mayor de edad y en pleno goce de sus facultades mentales tiene derecho a manifestar sus objetivos vitales y valores personales, así como las instrucciones de ser sometida o no a determinado tratamiento médico ante un diagnóstico de enfermedad terminal. Asimismo tiene derecho a expresarlo anticipadamente mediante un documento de voluntad anticipada que será tenido en cuen-

Similar denominación adopta el proyecto existente en la Cámara de Diputados de la Nación presentado por los diputados Jorge Rivas, Eduardo García, Ariel Bastero, Héctor T. Polino y Margarita Jarque<sup>38</sup>.

En los proyectos legislativos mencionados no se establece la facultad de designar curador sino que prescriben que “Toda persona comprendida en el artículo 3 podrá designar un representante para que sea interlocutor válido ante el médico o el equipo sanitario y facultarle para interpretar sus valores e instrucciones”<sup>39</sup>.

En el año 2006 ingresaron dos proyectos a la Legislatura de Córdoba, uno del diputado Ricardo Fonseca que denomina “Documento de Voluntad Anticipada” y otro también en el mismo año 2006 de las diputadas Nora Castro, Nélica Lujan e Isabel Bianciotti que denominan Declaración Anticipada de Voluntad.

Asimismo ambos proyectos prescriben que “ante la imposibilidad física o material de actuación del representante, se seguirá el orden sucesorio previsto en el Artículo 21° incisos a) al h) inclusive de la Ley Nacional 24193”<sup>40</sup>.

---

ta ante la eventualidad de encontrarse imposibilitado de expresar su voluntad al momento en que determinados tratamientos médicos fuera a serle administrado. Las manifestaciones de voluntad o las instrucciones previstas en el documento de voluntad anticipada deberán ser respetadas por el médico o el equipo sanitario que le atiendan”.

<sup>38</sup> **Artículo 2 del proyecto nacional:** “Se entiende por Declaración de Voluntad Vital Anticipada la manifestación escrita hecha para ser incorporada al Registro que ésta Ley crea, por una persona capaz que, consciente y libremente, expresa las opciones e instrucciones que deben respetarse en la asistencia sanitaria que reciba en el caso de que concurran circunstancias clínicas en las cuales no pueda expresar personalmente su voluntad”.

<sup>39</sup> De similar texto es el artículo 16 del proyecto nacional.

<sup>40</sup> **Artículo 21 ley 24193 establece:** “En caso de muerte natural, ante la ausencia de voluntad expresa del fallecido, la autorización a que se refiere el artículo 19 podrá ser otorgada por las siguientes personas, en el orden que se las enumera, siempre que se encuentren en el lugar del deceso y estuviesen en pleno uso de sus facultades mentales:

1. El cónyuge no divorciado que convivía con el fallecido, o la persona que, sin ser su cónyuge, convivía con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida;

2. Cualquiera de los hijos mayores de dieciocho años;

3. Cualquiera de los padres;

Gisela Farías al igual que la ley 26529 denomina “directivas anticipadas” a “un conjunto de instrumentos que le permiten al adulto competente disponer previsiones en caso de que alguna incapacidad le impidiera tomar decisiones respecto de su vida. Se trata de disposiciones de carácter testamentario, en las que las personas anticipan su voluntad”<sup>41</sup>.

Por nuestra parte coincidiendo con las críticas a la denominación de “testamentos de vida” o “testamentos vitales” ya que es más ajustada la denominación de disposiciones para la propia incapacidad o directrices o voluntades anticipadas, creemos que denominación anglosajona de “living will” traducido como testamento de vida o testamento vital se ha impuesto y así es la denominación del tema asignado al autor de estas líneas en las Jornadas sobre Dignidad y muerte del ser humano que se desarrollan en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba<sup>42</sup>.

La **Comisión Episcopal Sanitaria del Episcopado Español** redactó un modelo de testamento vital:

*“A mi familia, a mi médico, a mi sacerdote, a mi notario: Si me llega el momento en que no pueda expresar mi voluntad acerca de los tratamientos médicos que se me vayan a aplicar, deseo y pido que esta Declaración sea considerada como expresión formal de mi voluntad, asumida de forma consciente, responsable, libre, y que sea respetada como si se tratara de un testamento. Considero que la vida en este mundo es un don y una bendición de Dios, pero no es el valor supremo absoluto. Sé que la muerte es inevitable y pone fin a mi existencia terrena, pero desde la fe creo que me abre el camino a la vida que no se acaba, unto a Dios. Por ello, yo, el que suscribe .... (nombre y apellido de la persona) pido que si por mi enfermedad*

- 
4. Cualquiera de los hermanos mayores de dieciocho años;
  5. Cualquiera de los nietos mayores de dieciocho años;
  6. Cualquiera de los abuelos;
  7. Cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive;
  8. Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive.

<sup>41</sup> Gisela FARÍAS, obra citada, p. 141.

<sup>42</sup> Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho Penal y Criminología y Departamento de Derecho Civil en Córdoba los días 16, 18, 20 y 23 de mayo de 2005.

*llegara en situación crítica e irrecuperable, no se me mantenga en vida por medio de tratamientos desproporcionados o extraordinarios; que no se me aplique la eutanasia activa, ni se me prolongue abusiva e irracionalmente mi proceso de la muerte; que se me administren los tratamientos adecuados para paliar los sufrimientos. Pido asimismo ayuda para sumir cristiana y humanamente mi propia muerte. Deseo poder prepararme para este acontecimiento final de mi existencia en paz, con la compañía de mis seres queridos y el consuelo de mi fe cristiana. Suscribo esta Declaración después de una madura reflexión. Y pido que los que tengáis que cuidarme respetéis mi voluntad. Soy consciente de que os pido una grave y difícil responsabilidad. Precisamente para compartirla con vosotros y para atenuaros cualquier posible sentimiento de culpa, he redactado y firmo esta declaración”.*

Hacemos nuestras las palabras de Elena Highton y Sandra Wierzba cuando refiriéndose al consentimiento informado expresan que “por cuestiones de comodidad y desde que los vocablos son tales en tanto el uso los generalice y todos entiendan qué se está mentando”<sup>43</sup> por lo que nos seguiremos refiriendo al “testamento vital”.

## **16. Los interrogantes**

Por lo que hemos expuesto toda persona mayor de edad y en pleno uso de sus facultades tiene derecho a dar instrucciones acerca del tratamiento médico a recibir en caso de enfermedad terminal pero el problema surge cuando el médico, el representante o el familiar deban interpretar cuales son los tratamientos o medios proporcionados y desproporcionados teniendo en cuenta que la ortotanasia es la muerte a su tiempo, sin abreviaciones tajantes y sin prolongaciones desproporcionadas del proceso de morir<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Elena I. HIGHTON y Sandra WIERZBA, *La relación médico paciente: El consentimiento informado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1991, p. 73.

<sup>44</sup> Conforme Documento 2 del Centro de Bioética de la Universidad Católica de Córdoba; “Orientaciones bioéticas sobre eutanasia, muerte digna y cuidados paliativos.

En este aspecto, en su voto el Dr. Pettigiani se interroga:

“No me queda en claro como puede alguien prever con antelación a una situación extrema todas las circunstancias que pueden rodearla, máxime frente a los cambios que la ciencia introduce vertiginosamente en todos los terrenos y particularmente en materia médica.

Tal prevención es la que ha movido, entre otras consideraciones, a J. L. a decidir hacer público por qué no ha firmado un testamento de vida (“Por qué no he firmado un testamento vital” en Florencia Luna Arleen Salles, “Bioética”, Ed. Sudamericana, 2a. ed., Bs. As., 2000, p. 93).

VilaCoro destaca como uno de los peligros que encierra el llamado testamento vital, que si el paciente previó que no quiere someterse a medios extraordinarios y se sigue su directiva a rajatabla tendría que dejarse morir aún cuando se le hubiera podido salvar sin mayores complicaciones, mediante el sometimiento a técnicas que exceden las normales, pero que son aptas para momentos de crisis, como son la ventilación y la circulación asistida (op. cit., p. 189). Igualmente, cita a D. V. T. “que cuenta con la experiencia de treinta años de desarrollo del actualmente denominado testamento vital”, quien explica que “el médico está obligado en todo momento a interpretar la voluntad real del paciente. Quien firma por escrito su negativa a que le pongan un respirador quizá está pensando en la eventualidad de un cáncer. Pero ¿y si ingresa por un accidente de tráfico y el respirador puede salvarle la vida empleándolo unos pocos días?” (op. cit. ps. 217/218). Finalmente, señala que “este experto considera que en los próximos años se producirá un resurgir del principio de beneficencia, que se ha desplazado en la actualidad por la insistencia en la autonomía” (op. cit., p. 218).

En ningún caso el testamento vital podría ser entendido como un mandato perentorio para dejar morir y mucho menos matar (aunque a veces la diferencia entre uno y otro caso, como ya dejamos explicado, es ciertamente difusa) irreflexivamente a otro frente a ciertas contingencias tales como enfermedades, dolencias, discapacidades o impedimentos aún cuando estuvieran fijadas de modo taxativo y por más graves que sean, ya que nadie puede ser obligado a cometer delitos, sea por acción o por omisión.

Considero que toda voluntad expresada anticipadamente debería ser ratificada frente a la situación concreta en que se requiere su actuación.

La mera conservación de la exteriorización de esa voluntad sin que conste su revocación no autoriza a asegurar que la voluntad allí expresa-

da subsista incólume y sea la actual al momento de invocarse su aplicación, en todos los términos en que fue redactada.

Me pregunto si este tipo de expresión potencia realmente la autonomía del paciente, o encapsula su voluntad dentro de un molde rígido que puede ir más allá de su propio deseo posterior, impidiéndole en este caso modificar algo así como su propia sentencia de muerte, auto asumida en circunstancias diferentes”.

Más adelante continua el vocal en cita:

“No me parece por otra parte lógico, conveniente ni adecuado a la naturaleza y formación del ser humano predisponerlo a una claudicación anticipada, muchas veces genérica frente al dolor y a la frustración, intentando hacerle creer utópicamente que el máximo sufrimiento en el transcurso de una vida y en definitiva el fracaso total de ella es la que ocurre frente a un proceso de muerte, como si este no fuera el colofón necesario de nuestra existencia.

Asimismo, se observará un notable avance en el desarrollo de los cuidados paliativos, que son el mejor aliado que hoy por hoy ofrece la ciencia frente al trance de la muerte”.

El problema que puede llegar a plantearse es cuando estamos ante terapias desproporcionadas, ya que con el avance vertiginoso de la medicina, lo que hoy es desproporcionado mañana será rutinario, por lo que en cada caso y en cada momento habrá que determinar ello, conforme los adelantos de la ciencia, constituyendo el médico un intérprete insustituible de la voluntad.

No desconocemos que lo precedente no será tarea fácil para el galeño ya que una decisión o consejo equivocado le puede traer aparejada responsabilidad civil, tema muy sensible para estos profesionales.

No será tarea fácil pero, sin duda, se deberá armonizar el principio bioético de beneficencia, o sea que el médico debe intentar salvar la vida de su paciente, curarlo y aliviarlo y el de autonomía, o sea el derecho a la autodeterminación, como ejercicio de la libertad<sup>45</sup>.

Recordemos que en la vieja práctica de la medicina paternalista, el consentimiento del paciente poco importaba, hoy en día el consentimiento

---

<sup>45</sup> Conf. María Virginia BERTOLDI DE FOURCADE, trabajo citado, ps. 152 y 171.

del paciente tiene suma importancia, y no cualquier consentimiento, sino lo que se ha dado en llamar “**el consentimiento informado**”.

El principio de la buena fe da vida jurídica al deber de informar con pertinencia y corrección. Los “deberes secundarios de conducta” expanden el contenido de la prestación principal y apuntan a proteger al contratante débil. Engloba, según los casos, la de avisar, advertir y aconsejar.

La información ha de ser apta para convalidar el consentimiento del acreedor del servicio médico. Ante la inexistencia de leyes específicas<sup>46</sup> encuentra su fundamento en el principio de la buena fe<sup>47</sup>.

Para el médico que tiene que aconsejar al enfermo o a la familia para que ésta decida, es decir, que debe cumplir con el consentimiento informado, ello es siempre complejo y presenta dificultades<sup>48</sup> pero estimamos que la existencia de una voluntad anticipada o testamento vital y en su caso de un representante designado con anterioridad para la toma de decisiones facilita al galeno el camino a seguir respetando todos los principios en juego (beneficencia, autonomía, muerte digna).

Los Hiruela indican en opinión que compartimos que es necesaria la actualización de las directivas anticipadas ya que puede haber quedado anticuado cuando llegue la hora de aplicarlo<sup>49</sup> por lo que expresan la necesidad de un sistema o mecanismo de actualización y revisión permanente, lo cual es sin duda una dificultad en la aplicación ya que, como hemos dicho anteriormente coincidiendo con el vocal Dr. Genoud, no es culturalmente frecuente en nuestro medio el tratamiento del tema.

---

<sup>46</sup> El Proyecto de Código de 1998 en su art. 112 establece: Consentimiento del paciente. Nadie puede ser sometido sin su consentimiento a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos, cualquiera que sea su naturaleza, salvo disposición legal en contrario”.

<sup>47</sup> Expresa López Mesa “que en la mayoría de los países de Europa, como en nuestro país, este deber de información ha sido impuesto y desarrollado sin contar con textos legales específicos, sino a partir de una jurisprudencia creativa que se fue acumulando capa tras capa, ante la insuficiencia de los textos legales, lo que la convierte en una obligación pretoriana”; “Responsabilidad profesional. Su actualidad en el derecho europeo actual”, L.L. 2004-D-1265.

<sup>48</sup> Coincidimos con Marcelo López Mesa en el trabajo citado en nota anterior, “que para llenar este deber no se requiere que el profesional dicte una clase magistral en la especialidad a que concierne la práctica, pero tampoco que en forma telegráfica vierta conceptos rudimentarios como si se destinaran a un rústico o a un deficiente mental”.

<sup>49</sup> Trabajo citado, p. 1120.

De similar opinión es Cifuentes, quien refiriéndose a las objeciones a la figura indica que “puede suceder que el testamento vital que indique un determiando tratamiento quede atrasado en el tiempo cuando deba aplicarse. Lo que en una época se considera un medio curativo extraordinario, en tiempos posteriores se convierte en una terapia ordinaria, común y corriente. Por lo que debería siempre considerarse un sistema de actualización y revisión permanente de los testamentos vitales”<sup>50</sup>.

Facilita el tema, ante la falta de actualización de las directivas, la designación de un representante, mandatario o curador para que sea interlocutor válido ante el médico o equipo sanitario y se encuentre facultado para interpretar instrucciones y en su caso tomar decisiones a veces ante circunstancias no previstas.

Como expresan los proyectos legislativos la expresión de los objetivos vitales y valores personales tiene como fin ayudar a interpretar las instrucciones y servir de orientación para la toma de decisiones llegado el momento<sup>51</sup>.

Coincidimos que el testamento vital no puede ser considerado la panacea que resuelve todos los problemas que pueden presentarse<sup>52</sup> ya sea al final de la vida, en la enfermedad o cuando estemos incapacitados para tomar decisiones, pero es un instrumento que ayuda sobre el tratamiento y cuidado para vivir y morir con dignidad<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> Santos CIFUENTES, obra citada, p. 434.

<sup>51</sup> Artículo 5 del proyecto nacional y artículo 5 del proyecto provincial.

<sup>52</sup> Conforme los HIRUELA, trabajo citado, p. 1121.

<sup>53</sup> Santos CIFUENTES en sus conclusiones sobre el estudio de la figura expresa que “en un balance entre las objeciones y las bondades del testamento vital, estimo que estas ultimas prevalecen”, obra citada, p. 436.

# ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL ABOGADO

EMANUELE LUCCHINI GUASTALLA

**Sumario:** 1. Introducción. 2. El nexo de causalidad. 3. Las hipótesis típicas de responsabilidad del abogado. 4. El error de interpretación.

## 1. Introducción

En la actualidad, tanto en Italia como en Europa en general, una cantidad cada vez mayor de clientes acuden a los tribunales aduciendo la conducta negligente de sus abogados y el consiguiente daño que dicha negligencia les habría ocasionado. Durante estos últimos años, en varias oportunidades la jurisprudencia italiana afrontó distintas cuestiones inherentes a la determinación de las obligaciones del abogado en el ejercicio de su profesión, algunas de las cuales son de gran interés para el intérprete.

## 2. El nexo de causalidad

El primero de los interesantes problemas que se refieren a la responsabilidad del abogado es aquél relativo al nexo de causalidad entre la conducta del abogado y el daño sufrido por el cliente. En el análisis jurisprudencial, surge a las claras el rol central que posee, no tanto el análisis del art. 2236 del C.C. que prevé la hipótesis de que es posible la exoneración de responsabilidad del abogado <sup>1</sup>, sino

---

<sup>1</sup> Según el art. 2236 del C.C. italiano, si, en efecto, la prestación implica la solución de problemas técnicos de particular dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños, salvo en el supuesto de dolo o culpa grave.

más bien el nexo de causalidad entre en el supuesto incumplimiento y el daño consecuente.

Hasta la década del ochenta del siglo pasado predominaba la postura según la cual era posible concederle al abogado una sustancial “impunidad” por sus descuidos graves (por ejemplo, la falta de interposición de un recurso de apelación), partiendo de la base de que sólo podía establecerse la responsabilidad en los casos en los que hubiera la certeza de una relación entre diligencia y resultado favorable y eso era imposible en el ámbito de lo jurídico.

“Cada sentencia se halla condicionada por una cierta cantidad de factores totalmente inimaginables” -se decía- y, de tal modo, se tendía “a negar un daño resarcible, aun en presencia de una negligencia profesional comprobada”<sup>2</sup>.

Los fallos judiciales negaban cualquier posible identificación de daño resarcible, aun en presencia de una negligencia profesional probada, justamente a causa de las dificultades probatorias.

Recién en los últimos tiempos se han visto algunos progresos concretos en el desarrollo de la jurisprudencia de la materia, a través de la adopción del criterio de la “razonable certeza”, según el cual una actividad diferente por parte del profesional de la ley hubiera podido proporcionar mayores ventajas a su cliente. Se ha utilizado así un criterio más amplio que el tradicional, en condiciones de garantizar, por medio de una “razonable valoración”, las posiciones que deben ser tuteladas. De tal manera se trató de evitarle al cliente una prueba imposible (la denominada “prueba diabólica”), consistente en demostrar en concreto y con absoluta certeza que la correcta actividad del abogado hubiera conllevado al resultado positivo del juicio.

De todos modos, la Suprema Corte, al confirmar dicha postura, hizo hincapié en que la afirmación de la existencia de responsabilidad profesional no puede bajo ningún punto de vista prescindir de: la prueba de la negligencia o del error, del alegar y demostrar el daño patrimonial sufrido, ni de la existencia imprescindible del nexo de causalidad.

---

<sup>2</sup> Las primeras sentencias que sostuvieron dicha tesis son del Tribunal de Roma del 3 de marzo de 1954, pueden verse en Giust. civ. 1954, I, 726 y en Giur. it. 1955, I, 2, 302.

Se llegó a un cambio tan importante (aunque no llega a ser absoluto) en la materia a través de una decisión judicial a fines de la década del noventa, que ha afirmado que es suficiente el criterio de la “simple probabilidad e idoneidad de la conducta para producir un resultado diferente en la litis, allí donde el profesional hubiera cumplido la propia función conforme al deber de diligencia, con la consiguiente disminución de la carga probatoria de la parte defendida por este último”<sup>3</sup>. Desde la aparición de dicho fallo, el criterio probabilístico fue enunciado reiteradas veces y también aplicado en sentencias posteriores, marcando el rumbo de una corriente jurisprudencial que trata de reequilibrar las posiciones procesales de las partes en el juicio de responsabilidad del abogado.

Sin embargo, más allá de las cuestiones de principios, aún hoy en día existe una cierta “indulgencia” en el análisis de las responsabilidades y los casos tomados en consideración por la jurisprudencia más reciente son particularmente significativos.

Por ejemplo, en el caso resuelto por la Corte de Casación en el 2004<sup>4</sup> un abogado le había pedido a su defendido la suma de 11.525.568 liras (aproximadamente 6.000 euros) como pago por toda la actividad desarrollada para la restitución de sólo 1.500.568 liras, es decir, ¡aproximadamente 750 euros!

---

<sup>3</sup> Cass., 6 de febrero de 1998, N° 1286, en Foro it., 1998, I, 1917, en Resp. civ., 1998, 650. El Alto Tribunal sostuvo el principio ilustrado en el texto, considerando que si no se hubiera omitido la citación de los testigos, se habría podido determinar un resultado favorable para el damnificado en el proceso penal por la responsabilidad del causante del daño.

<sup>4</sup> Cass., 30 de julio de 2004, N° 14597, en Giust. civ., 2004, I, 2934, según el cual “la interpretación de los artículos art. 1176 inc. 2 y 2236 Cód. Civil impone al abogado como parte del cumplimiento del deber profesional para con su cliente, la obligación de llevar a cabo, tanto al momento del otorgamiento del mandato como durante el desarrollo de la relación contractual, entre otros, los deberes de: aconsejar el inicio de un juicio, disuasión e información. Y se halla obligado a representar a aquél en todas las cuestiones de hecho y de derecho que obstan al logro del resultado buscado, o que de algún modo produzcan un riesgo de efectos dañosos; a requerirle los elementos necesarios o útiles que obren en su poder, a desaconsejarle el inicio o la prosecución de un juicio que tenga un resultado probablemente desfavorable. A tal efecto, queda a cargo del abogado la provisión de la prueba de la conducta mantenida. Por otra parte, el otorgamiento, por parte del cliente, del mandato necesario para el ejercicio del *ius postulandi*, no implica que aquél posea todos los elementos para asumir una decisión plenamente informada sobre la oportunidad de iniciar o no un proceso o de intervenir en un juicio”.

Tanto el Tribunal como la Corte de Apelación hicieron lugar a la demanda. Sólo la Corte Suprema dio un vuelco al resultado del juicio, al afirmar que la “naturaleza de la obligación asumida por el profesional como obligación de medios no exime a este último del deber de informar a su cliente acerca de todos los elementos contrarios”.

En otras palabras, el abogado está obligado a explicarle a aquél que, no obstante el regular desarrollo de sus actividades, los efectos podrían ser inferiores a los previstos, o bien, nulos o hasta desfavorables, determinando de tal modo un perjuicio respecto a la situación anterior al juicio a la intervención del profesional.

En efecto, el profesional debe poner al cliente en la situación de decidir concienzudamente si (sobre la base de una evaluación adecuada de todos los elementos favorables y de los eventualmente contrarios y razonablemente previsibles) está o no dispuesto a afrontar los riesgos que conlleva la actividad solicitada a dicho profesional.

Una afirmación análoga se podría aplicar al caso examinado por la Casación alla fine del 2004<sup>5</sup>. Tanto en primera como en segunda instancia se había negado la existencia de toda responsabilidad del profesional que había estado ausente en las audiencias (a partir de la primera audiencia instructoria), no había presentado los alegatos y ni siquiera le había informado a su cliente el resultado negativo de la causa. Una vez más la Suprema Corte dio un vuelco al resultado de dicha sentencia, al afirmar que para excluir la responsabilidad del abogado en presencia de una negligencia de tal gravedad, debería haberse demostrado que el proceso, pese a contar con el accionar continuo y diligente del defensor, hubiera tenido el mismo desenlace negativo que tuvo en la realidad.

Siguiendo con el tema del nexo causal, tiene un interés particular y análogo al fallo anterior una muy reciente sentencia de la Suprema Corte<sup>6</sup>. El caso es el siguiente: un automovilista sube a la calzada con el automóvil de su propiedad y el pasajero por él transportado lo demanda por el daño sufrido como consecuencia del accidente de tránsito. En lo

---

<sup>5</sup> Cfr. Cass., 19 de noviembre de 2004, N° 21894, en *Corriere giur.*, 2005, 1410.

<sup>6</sup> Casación, 16 de octubre de 2008, N° 25266, en *Contratti*, 2009, 343.

que respecta a la asistencia legal, la empresa de seguros del automovilista se ocupó del trámite del juicio pero sin evitar la condena al pago de las sumas adeudadas. Fue así que el automovilista recurrió contra la mencionada compañía, sosteniendo que el juicio había sido mal “llevado” por los abogados de la misma y, asimismo interpuso demanda por el resarcimiento del daño sufrido.

Tanto el tribunal como la Corte de Apelaciones rechazaron la demanda formulada luego de verificar que, por un lado, el conductor tenía la responsabilidad absoluta del accidente ocurrido y, por el otro, los elementos de mala praxis que podrían hipotéticamente identificarse, no hubieran acarreado ninguna repercusión negativa en el resultado de los procesos, dado que era innegable la responsabilidad del actor por el hecho dañoso.

La Suprema Corte confirmó dicha solución, subrayando que, en materia de responsabilidad del profesional, el cliente tiene el deber de demostrar:

- a) que ha sufrido un daño;
- b) que el mismo ha sido causado por la insuficiente o inadecuada actividad del profesional, es decir, por la carente prestación profesional.

En particular, la Suprema Corte señaló que, a los fines de establecer la responsabilidad es necesario probar que los efectos de una actuación diferente del defensor hubieran sido más ventajosos para su cliente.

### **3. Las hipótesis típicas de responsabilidad del abogado**

Una vez aclarado lo referente al nexo causal y pasando al examen de un aspecto distinto de la responsabilidad del abogado, me parece que, si se examina la jurisprudencia, pueden evidenciarse al menos cinco hipótesis típicas de responsabilidad del abogado:

- por la falta de oposición de una prescripción: el abogado responde si no opone la excepción de prescripción, si inició el proceso sin haber notado la existencia de una prescripción del derecho en acción; si, una vez que el demandado opuso la excepción de prescripción conforme a la ley, el abogado no lo comunica a su cliente/actor y, con más razón, si la prescripción operó como consecuencia de la inactividad del defensor mismo;

- por la preclusión de un plazo en perjuicio de la parte por la falta de interposición de una impugnación válida o de la redacción de un acto, o bien por la falta de intimación a los testigos, o bien, por la culposa o errónea interpretación de una norma, incluso en lo que se refiere a estrategias procesales;

- por la omisión de informar en lo relativo a elecciones procesales;

- por el perjuicio ocasionado a la parte por otras conductas negligentes, como la no participación en las audiencias o la omisión de presentar actos defensivos;

- por la omisión de la rendición de cuentas.

No nos detendremos aquí en cada supuesto en particular, algunos de los cuales son evidentes.

Por el contrario, es oportuno aclarar la magnitud de algunos de los supuestos mencionados, especialmente en lo que concierne a las cuestiones relacionadas con el deber de información y de rendición de cuentas.

En estas dos últimas hipótesis, el tema posee gran complejidad.

No hay dudas de que hay responsabilidad del profesional que omita una actividad extraprocesal que entra dentro de su obligación, como sería la falta de información a su cliente en tiempo y forma, dado que la conducta del abogado debe garantizar la protección de los intereses que le fueron confiados.

En este mismo orden de ideas, queda claro que si el abogado encargado de tutelar determinados intereses de su cliente considera que no es conveniente iniciar una acción prevista por la ley para el caso concreto, tiene la obligación de informarle tempestivamente su opinión a aquél, para que este último (en el supuesto de que no comparta dicha opinión) se halle en condiciones de evitar preclusiones o prescripciones.

Con respecto a este último aspecto, se plantea un problema en lo que se refiere a la impugnación de sentencia.

Justamente, una parte de la jurisprudencia ha afirmado que “en algunos casos, la interposición de un recurso de apelación infundado puede considerarse una actividad defensora favorable y ventajosa para el apelante”.

“En efecto, la impugnación puede ser útil a los fines dilatorios, para alejar el fantasma de la ejecución y para inducir al acreedor a aceptar una

transacción. Es verdad que dicha actividad puede ser relevante bajo el aspecto de la litis temeraria o de la violación del deber de probidad para con el cliente. Sin embargo, no implica *per se* responsabilidad profesional del abogado respecto de su cliente (...)”<sup>7</sup>.

Dicha afirmación jurisprudencial “aclara” y “oscurece” a la vez: se usan las palabras “en algunos casos” y se plantea la hipótesis de responsabilidad por litis temeraria o por incumplimiento del deber de probidad.

Sin embargo, el alcance de lo sostenido por el fallo mencionado debe interpretarse en concordancia con la orientación jurisprudencial que ha señalado –tal vez de manera un tanto apresurada– que existe un daño en la pérdida de la chance vinculada a la interposición de un recurso de apelación, independientemente de toda proyección debida acerca de las posibilidades concretas de acogimiento de la impugnación. Es decir que, paradójicamente, el consejo de no apelar una decisión judicial podría equivaler a una pérdida de la chance.

Sin embargo, lo antedicho no basta para sostener la responsabilidad del abogado. En otras palabras, no basta la pérdida de la chance genérica, sino que es necesario que la misma tenga un contenido verosímil. En otros términos, la chance es jurídicamente relevante si y sólo si existe una alta probabilidad de éxito final de la etapa de impugnación.

Es precisamente en tal sentido que se dirigen los fallos más recientes, en donde se afirma que el cliente que exija el resarcimiento del daño sufrido como consecuencia de una impugnación tardía, derivada de la conducta culposa del abogado, debe especificar las circunstancias que habrían llevado a una sentencia de apelación favorable<sup>8</sup>.

Otro aspecto interesante de la responsabilidad del abogado -relacionado en parte con lo referido a la impugnación de una sentencia- es el de la acción iniciada con bajas o nulas probabilidades de éxito. Para remediar la incertidumbre que deriva de tal hipótesis, considero que una solución prudente sea la información adecuada, como se planteó un destacado fallo.

---

<sup>7</sup> En tal sentido, App. Perugia, 14 febrero de 1995, en Rass. giur. umbra, 1996, 1.

<sup>8</sup> Véase, por ejemplo, Cass., 27 de mayo de 2009, N° 12354, en Resp. civ., 2009, 2049.

La simple aceptación del mandato para actuar en un juicio falto de fundamento no implica un caso de culpa en sí misma, ni siquiera cuando dicha falta sea palmaria. En este último supuesto es suficiente para excluir la responsabilidad del abogado que se le informe al cliente la imposibilidad de alcanzar un resultado positivo a través de la acción a iniciar.

Es necesario preguntarse si se puede concluir que, del mismo modo que el médico debe informar al paciente acerca de los riesgos, el abogado debería informar al cliente. A mi parecer, dicha conclusión no puede adoptarse íntegramente, dado que el resultado de un juicio depende de una serie de variables de gran importancia, pero indudablemente la sentencia apenas citada hace referencia a una información básica, que protege al abogado de sorpresas desagradables que podrían tener como autor a su defendido.

El deber de información del profesional se manifiesta en especial tanto en relación al análisis inicial con respecto al juicio, como a posteriori.

Con respecto a dicho tema, cabe recordar que la jurisprudencia más reciente afirma que el hecho de contratar los servicios de un abogado importa, en primer lugar, la obligación del abogado de estudiar el caso litigioso que se le haya expuesto. Es decir, el deber de identificar el hecho teniendo en consideración sus elementos esenciales, calificarlo jurídicamente, identificar las diferentes cuestiones en perspectiva y elegir la estrategia defensiva más idónea”, según la diligencia del abogado promedio. Es así que una vez estudiado el caso, el abogado debe informar al cliente, aconsejándole la estrategia defensiva que considere más adecuada y oportuna, ya que es el cliente (una vez conocidas las perspectivas y las probabilidades de un resultado positivo o negativo del proceso) el que debe decidir si accionar judicialmente o no.

El deber de información tiene un papel fundamental en relación con el momento del cese de la prestación profesional. El art. 2237 inc. 3 del C.C. italiano es muy claro al respecto: “el cese del prestador de servicios debe ejercitarse de modo que no acarree perjuicio alguno al cliente”.

Sin embargo, es necesario verificar si existe responsabilidad profesional con referencia a actividades que el abogado hubiera podido realizar y no ha aún realizado, aunque que el plazo no se haya vencido.

Pensemos, por ejemplo, al supuesto de que el abogado cese su prestación al cliente durante el proceso (por renuncia o por revocación por parte del cliente) antes de presentar los interrogatorios para los testigos.

¿Cuál debería ser la conducta correcta?

Considero que el profesional que renuncia al mandato (o que es revocado por el cliente) debe ocuparse de presentar los interrogatorios para los testigos, sólo si las modalidades de la renuncia o de la revocación no permiten que un nuevo defensor pueda ocuparse de dicha actividad.

Por el contrario, si la barrera de la preclusión se halla lo suficientemente distante en el tiempo, el profesional tiene sólo una obligación: informar al cliente (o, mejor dicho, al ex cliente) sobre las actividades procesales que aún deben llevarse a cabo.

#### **4. El error de interpretación**

Pasemos ahora al análisis de la hipótesis diferente de interpretación errónea de una norma (procesal o sustancial). Es necesario interrogarse acerca de si el abogado que interpreta erróneamente una norma y sobre la base de cuyo error se inicia un proceso, es pasible de responsabilidad frente a su cliente.

Al enfrentar este problema debemos tener en cuenta que ciertas orientaciones, al principio minoritarias, con el pasar del tiempo se han transformado en predominantes. Por lo tanto, la mayor dificultad es distinguir entre el verdadero error y la demanda interpuesta sobre la base de una interpretación minoritaria. Como podemos ver, ni siquiera se puede negar de manera absoluta que el análisis del caso pueda configurarse como fuente de responsabilidad.

Como principio general se afirma que la conveniencia o no de interponer una acción y la estrategia de defensa se encuadran en un área que se halla fuera de la acción de responsabilidad.

Sin embargo, aquí se abren algunos interrogantes complejos: ¿cómo debería comportarse un profesional frente a los casos límite?

Pensemos, por ejemplo, a los casos dudosos de invalidez del contrato.

Muy probablemente, el resultado positivo del proceso depende de múltiples variables, no sólo relativas a la prueba del hecho en sí (es decir, si se ha llegado o no a probar adecuadamente un hecho), sino asimismo a la valoración judicial de ciertos hechos (por ejemplo, un incumplimiento puede parecer grave aunque en realidad no lo es, o viceversa; un despido puede parecer legítimo y no serlo, etc.).

De todos modos, no compartimos la postura negativa, según la cual el profesional nunca sería responsable en los supuestos mencionados, consideramos que debe procederse a un análisis caso por caso.

Como ya hemos señalado, según una cierta opinión, también una impugnación totalmente infundada puede desarrollar una función útil en alguna medida.

Es así que, una vez más y con el objetivo de reducir el riesgo de ser citados en el futuro para responder por la propia actuación, nos queda simplemente subrayar, también en este caso, la conveniencia de brindar al cliente una correcta información acerca de la actividad desarrollada, de las perspectivas y de los objetivos que se desea alcanzar con dicha actividad.

# RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR HECHOS DE LOS HIJOS EN LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS

MARÍA CRISTINA PLOVANICH

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Cambios culturales en la familia y en el concepto de autoridad. 3. Daños ocasionados por los menores en establecimientos educativos. Establecimientos educativos y padres. a. Daños causados por un alumno a otro compañero. b. Educadores víctimas. 4. Conclusión.

## 1. Introducción

Al referirnos a menores que ocasionan daños, hablamos de una cuestión, delicada, sensible que, como expresa Pizarro, cala hondo en la sociedad<sup>1</sup>. Las noticias nos informan cada día de nuevos episodios donde intervienen menores en la causación de perjuicios, violencia en las escuelas, peleas entre grupos de jóvenes, accidentes de tránsito, muchas veces con influencia de alcohol, etc. El problema ha cobrado, lamentablemente, gran vigencia y debe ser asumido con una perspectiva no sólo jurídica, sino también sociológica, psicológica, médica, que implique políticas de Estado, es decir necesita un tratamiento interdisciplinario.

Estos fenómenos perniciosos que perturban la convivencia en comunidad, se producen tanto a nivel mundial como nacional, se presentan en todas las regiones, en las grandes urbes y en las localidades más pequeñas del interior. Se discute si estas anomalías son efectos de una sociedad masificada, de una crisis de identidad, de dispersión de valores, de inexis-

---

<sup>1</sup> Daniel PIZARRO, *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa*, t. III, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 399 y ss..

tencia de modelos a seguir por parte de sectores jóvenes y hasta reflejos de tensiones de origen económico <sup>2</sup>. Las causas que conducen a esta dolorosa realidad son múltiples, entre ellas podemos mencionar la incidencia de la falta de comunicación profunda, ausencia de límites y de contención emocional, como así también factores socioeconómicos, presiones de ansiedad por la realización y búsquedas de éxitos parecen hechos determinantes; a las cuales se adiciona el corrimiento de los límites de tolerancia ante las reacciones violentas de los niños y jóvenes frente a realidades que implican frustración de satisfacciones o ante las correcciones o sanciones que se les imponen.

Lo cierto es que estos incidentes han alcanzado una frecuencia y dimensión que requieren una atención primordial pues afecta a instituciones esenciales en la sociedad, familia y escuela, y de naturalizarse su acaecimiento por la repetición, casi cotidianeidad con que suceden, corremos el riesgo de ver seriamente afectado el futuro social del país.

El tema elegido, desde la perspectiva del derecho de daños vincula la responsabilidad de los padres por daños que ocasionan sus hijos menores y la de los establecimientos educativos, es decir lo regulado en los arts. 1114, 1115, 1116 y 1117 del C.C. <sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Sin lugar a dudas estos hechos deben ser objeto de análisis también desde los criterios económicos pues acarrear erogaciones que, ya sean absorbidas por los titulares de los bienes individuales dañados o reparados a costa del Estado en un gran número de procesos, significan siempre un costo para toda la comunidad.

<sup>3</sup> Establecen las citadas normas: Art. 1114: “El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años. En caso de que los padres no convivan, será responsable el que ejerza la tenencia del menor, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviese al cuidado del otro progenitor”. La ley establece una obligación solidaria a cargo de los padres con posibilidad de eximirse si acreditan transferencia de la guarda, art. 1115, o imposibilidad de evitar el hecho, art. 1116, lo que se entiende como equivalente a probar la no culpa.

Por su parte el art. 1117 dispone: “Los propietarios de establecimientos educativos privados o estatales serán responsables por los daños causados o sufridos por sus alumnos menores cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa, salvo que probaren el caso fortuito.

Los establecimientos educativos deberán contratar un seguro de responsabilidad civil. A tales efectos, las autoridades jurisdiccionales, dispondrán las medidas para el cumplimiento de la obligación precedente.

En esta oportunidad nos hemos propuesto una mirada más abarcadora, de modo tal que permita conjugar el derecho de daños con el derecho de familia. No es tarea simple combinar estos ámbitos del derecho que han recibido el impacto de cambios culturales que se reflejan por un lado, en una disminución de la severa autoridad paterna, aceptación de relaciones diferentes a las tradicionales, nuevas conformaciones familiares, lo cual ha traído como consecuencia menor posibilidad de compartir aspectos de la vida cotidiana, y por ende disminución en la vigilancia y mayor autonomía en el actuar de los hijos; y por el otro, incremento de las acciones por daños y perjuicios las que se resuelven con un criterio interpretativo de tutela a las víctimas de daños injustos. En consecuencia, cuando en la producción del daño interviene un menor resulta dificultoso para los magistrados calificar sin más como negligentes las conductas de los padres, a la vez que son conscientes de que alguien ha sufrido un daño que generalmente no tiene por qué soportar <sup>4</sup>.

En este marco, algo sí es seguro: las consecuencias que puede acarrear la discrecionalidad en la actuación de la vida privada y la relajación de las costumbres que inciden en la familia actual, no deben ser desplazadas a terceros ajenos a ella.

## **2. Cambios culturales en la familia y en el concepto de autoridad**

Si hablamos de padres es necesario considerar lo establecido en relación a la patria potestad por el Código Civil argentino que en su art. 264, primer párrafo, dice: “La patria potestad es el conjunto de deberes y de-

---

La presente norma no se aplicará a los establecimientos de nivel terciario universitario”.

<sup>4</sup> La realidad indica que rara vez los jueces liberan a los padres de responsabilidad, por la estrictez con que aprecian el cumplimiento de los deberes de vigilancia y educación. Los magistrados han adoptado como pauta de razonamiento, tanto en nuestro país como en la mayoría de los países extranjeros, que nunca los deberes de los padres han sido suficientemente cumplidos, la vigilancia no fue suficiente o el acaecer del hecho mismo demuestra que el hijo no estuvo debidamente educado, pues de lo contrario el daño no se hubiese generado.

rechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su formación y protección integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”<sup>5</sup>. Del texto surge clara la finalidad de esos deberes-derechos. La patria potestad cumple una doble función social, la primera y esencial protección y formación integral de los hijos. Protección implica amparo, resguardo, cuidado, lo necesario para que el hijo crezca sano física y moralmente, aquí el centro de atención es el propio menor. Por su parte la expresión formación integral admite un alcance más amplio; en este caso el destinatario no es sólo la persona del hijo menor sino también el prójimo, ya que la preparación que aquél reciba se traducirá en el comportamiento familiar y social que asuma conforme el círculo de relaciones se vaya ampliando cronológicamente, pues a mayor edad más extenso es el número de vinculaciones interpersonales que se establecen. De allí la doble función social que esta institución cumple, la primera y esencial en interés del menor mismo, pero también, accesoriamente, en interés de terceros. Uno de los principales propósitos de la formación debe ser educar en valores, respeto, confianza, estima por los demás, lo que podría sintetizarse en los preceptos de Ulpiano, máximas de convivencia: vivir honestamente, no causar daño a otro. La noción de función ha estado siempre enlazada con la disposición de un poder para satisfacer los intereses de otro que, insisto, en este caso en primer lugar ese otro es el hijo e indirectamente los terceros. Se trata de una misión, una actividad, función dinámica, que debe cumplirse de acuerdo a la edad y personalidad de cada hijo.

---

<sup>5</sup> La ley 26.579 que establece la mayoría de edad a los 18 años provoca impactos en distintas áreas del derecho. En el ámbito estrictamente civil, la reforma afecta a todas las materias, el derecho de daños no se halla exento de las modificaciones introducidas por el legislador. Hay normas cuyo texto ha sido modificado en forma expresa, mientras que otras quedaron implícitamente reformadas; entre estas últimas encontramos lo atinente a la responsabilidad civil de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores de edad. El nuevo art. 126 C.C. dispone: “Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de dieciocho años”. Luego, el art. 5° de la ley dice: «Toda disposición legal que establezca derechos u obligaciones hasta la mayoría de edad debe entenderse hasta los dieciocho años, excepto en materia de previsión y seguridad social en que dichos beneficios se extienden hasta los veintidós años, salvo que las leyes vigentes establezcan una edad distinta”. Por tanto, los actos dañosos realizados por los hijos mayores de edad, ya no involucrarán la responsabilidad paterna dispuesta en el art. 1114 del C.C..

Esta función impone deberes y permite el ejercicio de facultades que en su contenido y modo de ejercicio se han visto afectados por cambios profundos en lo social y cultural.

Al hablar de patria potestad generalmente se la asocia con la idea de familia, institución que también presenta cambios pues hoy se habla de familias monoparentales, familias ensambladas, etc. Si nos referimos a la patria potestad ejercida en el seno de la familia, aun considerándola en su composición tradicional, advertimos que el movimiento de los derechos humanos ha impactado sobre esta organización haciendo presente dentro de ella los intereses individuales y la igualdad. La explosión de los intereses individuales dentro del grupo familiar; ha llevado a que esa comunidad que durante siglos fue un grupo de conformación autoritaria, basado en las decisiones paternas, se haya reorganizado sobre bases igualitarias.

En la familia se ha producido una mutación de funciones, ha dejado de cumplir un papel relacionado con la actividad productiva y con la seguridad social, para reorganizarse como grupo basándose progresivamente en el principio democrático. De una institución cuya finalidad fue durante siglos la de transmitir pautas sociales a sus integrantes para disciplinarlos, ha pasado a ser un lugar de realización de individualidades. La familia se amolda a los intereses individuales al mismo tiempo que se desacomoda respecto de los parámetros que la sociedad ha establecido tradicionalmente como típicos. Al mismo tiempo se han abierto las fronteras; ya no hay candados que aten a sus componentes, existe la posibilidad de retirarse del grupo con una facilidad antes impensable; tanto los hijos como los cónyuges están dispuestos a vivir solos o a constituir otro hogar. La familia se vuelve democrática, con decisiones consensuadas y con vínculos flexibles. Por supuesto esto se da siempre que el entorno socioeconómico lo permita, pues hay muchas uniones que permanecen todavía en etapas distintas de la evolución.

Reflexiona sobre estas variaciones la psicóloga Marta Dávila y se pregunta ¿qué ocurre cuando hay pérdidas familiares tempranas, fallas o desestructuración del grupo y, aun frente a la situación casi cotidiana de ausencia de los padres por exigencias laborales, quedan los niños muchas veces solos durante horas frente al televisor o Internet? Nos responde que las funciones propias de los padres han perdido claridad y dejaron como saldo patrones indefinidos con atribuciones imprecisas. Si en el momento de la adolescencia, cuando la persona necesita mucho de figuras de identificación que lo acompañen y sostengan, los padres continúan

ausentes, sin poner los límites necesarios ni marcar pautas de conducta y convivencia, queda irremisiblemente perdida la capacidad de reflexión del joven, que ya no va a ir a la búsqueda de un verdadero “encuentro” empático con los adultos que puedan ayudarlo a reconocer sus propias limitaciones. Se ha pasado de la familia patriarcal, autoritaria y dominante, a un estilo demasiado permisivo, en el que se confundió libertad con dejar hacer, sin imprimir límites necesarios, lo que a su criterio trae las siguientes consecuencias: *“Cuando los padres están inseguros, no advierten que se puede ser firme sin ser severo, y flexible sin ser impreciso. Frente a lo intolerable del dolor por la falta del elemento sostén, el chico aparece desarrollando patologías relacionadas con miedos, sentimientos de odio, donde el síntoma fundamental es la violencia, que se expresa en forma de tormento hacia sí mismo o hacia los otros, resentimiento y remordimiento”* <sup>6</sup>.

Ante este análisis cabe expresar que los cambios deben ser apreciados con prudencia. Si son para mejorar, progresar, deben ser bienvenidos, pero no siempre es así. Es positivo lo que permita el crecimiento personal, con respeto de las personalidades individuales, pero el principio de autoridad, no autoritarismo, sino autoridad debe estar presente en la familia. El respeto, el orden (palabra denostada quizás por la historia de nuestro país) son necesarios, la creación de hábitos, el criterio, el modelo a seguir. La caída en los valores trae graves problemas en la hora actual. En este aspecto se han producido excesos cuyas consecuencias de ningún modo deben soportar quienes son ajenos a ellos. En expresión de Fanzolato <sup>7</sup> la familia no es una democracia en donde todos sus miembros tienen libertad de decisión, los menores necesitan que se les marquen límites y ello sólo es posible aceptando la idea de sistema jerárquico ejercido en interés de los integrantes.

Pero ese modelo se ha desdibujado en la actualidad y tal como lo planteara Mariana Wallace <sup>8</sup>, en las Segundas Jornadas de Derecho de

---

<sup>6</sup> Marta DÁVILA, “Violencia juvenil, retrato de una sociedad en crisis”, diario La Nación, lanacion.com, del 22 de setiembre de 2009. La autora es psicóloga y psicoanalista; miembro titular en Función Didáctica de la Asociación Psicoanalítica Argentina; especialista en niños y adolescentes.

<sup>7</sup> Eduardo I. FANZOLATO, *Derecho de familia*, t. I, Córdoba, Advocatus, 2007, p. 70.

<sup>8</sup> Mariana Wallace es docente de la asignatura Derecho Privado VI en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. La disertación fue efectuada en el marco de

Familia organizadas por el Colegio de Abogados de Córdoba, vamos a contrapelo de lo impuesto por las convenciones y Tratados internacionales sobre Derechos del Niño. De modo permanente se hace alusión a la necesidad de hacer efectivos estos derechos, se exige al Estado su respeto y concreción, pero pareciera que en la concepción común el obligado es sólo el Estado. El tema es que los Derechos Humanos enunciados en la Constitución Nacional, no tienen por destinatario exclusivo al Estado sino que son “multidireccionales”; están dirigidos a él y a particulares determinados, es decir son de aplicación también a las relaciones entre particulares <sup>9</sup>. Y entre éstos se encuentran los padres, quienes en muchos casos, sin hacer de esto una afirmación general, lejos de cumplir con lo impuesto por las normas abandonan su función y la delegan en la sociedad, el Estado o en los establecimientos educativos.

Esto nos lleva a pensar que hay desconocimiento de cuestiones jurídicas básicas, que para señalarlas recurriremos a Díez-Picazo y Gullón: *“Uno de los efectos esenciales de toda norma jurídica es el establecimiento de un deber, puesto a cargo de los destinatarios de la misma, que consiste en ajustar a ella su comportamiento. La consecuencia primaria de toda norma jurídica es, por consecuencia, un deber jurídico, que no es más que la exigencia de observar una determinada conducta o un determinado comportamiento considerado como necesario para la consecución de un orden jurídico. Este comportamiento o conducta, cuando efectivamente se produce y se inserta en el plano de la realidad ya no es deber. Es deber precisamente sólo antes de haberse realizado o no realizado. Si se realiza es ‘cumplimiento’ y si no se realiza es ‘infracción’”* <sup>10</sup>.

En la misma línea expresa Fanzolato: *“Muchos derechos familiares constituyen verdaderos derechos-deberes, que no son derechos subjetivos puros reconocidos o dispensables en interés de su titular... Su ejercicio no es potestativo o facultativo; por el contrario*

---

las 2das Jornadas de Derecho de Familia, organizadas por el Colegio de Abogados de Córdoba, abril 2009.

<sup>9</sup> Ver al respecto Germán J. BIDART CAMPOS, “El panorama de los derechos humanos a fin de siglo”, J.A. (Conmemoración de su 80º aniversario) 1918-1998, p. 98.

<sup>10</sup> Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, vol. 1, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 1985, ps. 198-199.

*son de ejercicio obligatorio, pues constituyen el medio necesario para la satisfacción del interés de otro sujeto. Sólo se confieren en la medida que resultan indispensables para satisfacer el deber sustancial al derecho”* <sup>11</sup>.

La realidad nos muestra que la falta de cumplimiento de esos deberes origina situaciones destructivas con relación a niños y adolescentes, que no sólo devienen por inacción de los padres; hay un Estado ausente, empresarios lucrantes y padres abdicantes; estas actitudes deben ser revertidas mediante acciones integrales.

Es real que los medios informáticos hacen mucho más compleja la tarea de supervisión, antes podía saberse con mayor facilidad lo que leían y escuchaban los hijos, con quiénes se vinculaban, ahora con Internet se hace muy difícil. Si bien nunca fue tarea simple educar a un hijo, en los tiempos que transitamos es un deber que presenta para los padres serias dificultades, la irrupción e invasión de los medios de comunicación en el seno de familia, hace que se desdibuje la identidad del grupo, se pone en riesgo la intimidad individual y familiar, todo debe ser exhibido y al mismo tiempo homogeneizado, en especial en la adolescencia pareciera que si no se publican las imágenes, aun de los aspectos más íntimos, no se es nadie, los límites se han desdibujado de tal modo que los jóvenes, y aun niños, filman escenas de violencia, de sexo y hasta de robo donde ellos intervienen y luego las publican en Internet. Pero también hay que admitir que por parte de muchos padres hay pasividad, con dificultades para mantener el espacio indispensable del diálogo; en un contexto de padres inseguros, ausentes u ocupados aun cuando estén en presencia de los hijos, si estos no son escuchados en sus dificultades no hay espacio para la reflexión que cabe realizar en la intimidad familiar. La vigilancia y el control tienen que ver también con el deber de comunicación, para formar personas con equilibrio emocional y posibilidad de discernir es necesario que los padres dediquen horas al diálogo y a compartir actividades con sus descendientes. De lo contrario hay un espacio vacío, con eslabones ausentes en aquello que debería ser una transmisión lógica y articulada de las pautas indispensables para la convivencia, y eso implica incumplimiento de las convenciones y tratados.

---

<sup>11</sup> Eduardo I. FANZOLATO, ob. cit., p. 110.

Hay otras dolorosas situaciones que asumir. Por un lado, el consumo de tóxicos, alcohol de modo predominante, a edades cada vez más tempranas. Se acepta como dado que si no se consume alcohol no hay diversión posible, sin que se haya logrado hasta el momento revertir esta tendencia, y además las salidas no se limitan a los fines de semana sino que se extienden a varios días más, al extremo que ha llegado a pensarse en la posibilidad de establecer alcoholímetros en las escuelas<sup>12</sup>. Por otra parte, el fenómeno de la violencia tanto en la sociedad en general como en el seno familiar debe ser cuidadosamente analizado ya que en él se encuentran estrechamente relacionadas cuestiones como la crianza, el modelo intrafamiliar de vincularse con el otro, los límites, el respeto, la ausencia de la palabra y el diálogo como modo de expresión de emociones para pasar, en cambio, a ponerlas directamente en acción. Muchos padres no han logrado conocer el valor de la palabra, no lo han tenido como modelo, por tanto no saben transmitirlo a los niños y adolescentes quienes al no expresar en palabras sus necesidades y emociones responden actuando.

### **3. Daños ocasionados por los menores en establecimientos educativos. Establecimientos educativos y padres**

En este contexto social y familiar los niños alcanzan la edad de la inserción escolar, ámbito en el que la presencia de un grupo que atraviesa una etapa de la vida donde el movimiento prima sobre la reflexión sin dudas facilita e incrementa la posibilidad de sufrir o causar daños. Se puede añadir como agravantes: aulas superpobladas, deficiencias edilicias, escaso personal docente y auxiliar, sin olvidar las cuestiones anteriormente referidas a la ausencia de límites y violencia en las conductas.

---

<sup>12</sup> Demostrativo de esta situación es lo informado por el diario La Voz del Interior de la ciudad de Córdoba, el día 19 de abril de 2009: Joven de 17 años consume drogas y duerme por 48 hs.- Repitencia de años escolares por asumida vagancia, estafa al propio futuro- Madre que denuncia abuso sexual sobre su hijo por parte de otros niños. Escuelas no saben qué hacer con los chicos alcoholizados, San Francisco propone instalar alcoholímetros en las escuelas. Devoto toque de queda para menores de 16 años, no salir de noche sin autorización, todas estas noticias en la misma edición, y el 4 de mayo informaba: San Francisco. Multarán a los padres de menores alcoholizados.

Propietarios de establecimientos educativos, directivos y docentes, se ven sometidos a cada vez mayores requerimientos que exceden la función básica de educar, pues hay otras prestaciones a cubrir como son el servicio de alimentación, paseos escolares, visitas a centro de interés cultural, etc., todas alcanzadas por la obligación de seguridad o garantía que pesa sobre el establecimiento según el art. 1117 del C.C., que fija una responsabilidad objetiva agravada pues se admite como único eximente el caso fortuito <sup>13</sup>.

En la norma quedan comprendidos los daños causados y sufridos por alumnos cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa, lo que determina un ámbito de aplicación muy amplio, que abarca responsabilidades contractuales y extracontractuales <sup>14</sup>.

En esta oportunidad dejaremos de lado el tratamiento de los daños que los alumnos pudieren sufrir en el horario escolar para ocuparnos de los que causaren a otros, casos que “engloban las siguientes hipótesis: 1. Al personal docente o administrativo del establecimiento. 2. A terceros ajenos al instituto. 3. A otros alumnos (juegos, peleas, agresiones)” <sup>15</sup>.

Centraremos el enfoque en sólo dos de esas hipótesis, una, los perjuicios que el menor causa a los compañeros y la otra, las agresiones y daños que provoque a los docentes y demás personal. En estos supuestos la responsabilidad del establecimiento es contractual derivada del incumplimiento de la obligación de seguridad <sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Daniel PIZARRO, ob.cit., p. 404.

<sup>14</sup> Daniel PIZARRO, ob.cit., p. 403.

<sup>15</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, t. 4. (Presupuestos y funciones del derecho de daños), Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 687.

<sup>16</sup> Cierto es que los docentes también son víctimas de agresiones provenientes de los padres de los estudiantes, pero esos hechos no quedan alcanzados por el art. 1117 sino por otras normas jurídicas, que en el caso del autor material del hecho y desde la responsabilidad civil serán los arts. 1109 o 1072 del C.C. Desde ya que la última enunciación nos enfrenta a un infortunio que podríamos caracterizarlo como una tragedia, al modo que lo hiciera Jaim Etcheverry cuando habló de “La tragedia educativa” (Guillermo JAIM ETCHEVERRY, *La tragedia educativa*, 17ª ed., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2007, p. 143. El autor alertaba: “*Se está perdiendo el arte de educar, que debería ser ejercido esencialmente por la familia con el apoyo de la escuela, y que*

La acotada posibilidad de liberarse de responsabilidad, la exigencia de la contratación de seguro obligatorio y, por lo general, la solvencia económica que posee el establecimiento son factores que sin duda inciden para que quien resulta víctima dirija la acción de reclamo indemnizatorio contra los propietarios del establecimiento, a veces al personal directivo o docente, y casi nunca contra el autor del daño y sus padres. Entendemos que no debe sentarse una regla general y tajante, como una divisoria de aguas, por los perjuicios ocasionados en la escuela responde el establecimiento y, en su caso, los docentes, y fuera de él los padres, sino que habrá que analizar el origen causal del daño y a partir de allí resolver en el caso concreto quién o quienes resultan responsables.

#### *a. Daños causados por un alumno a otro compañero*

La inclusión de los niños desde temprana edad en todo tipo de actividades educativas y recreativas, extendiendo sus horarios escolares, concurriendo al sistema de comedores instaurados en las escuelas, a centros de capacitación en diversas áreas porque se entiende que superan en calidad a la escuela de rigor y la permanente creación de talleres obligatorios y opcionales en variadas materias obligan a recurrir a un cúmulo de auxiliares <sup>17</sup>.

En este entorno las posibilidades de causación de daños se incrementan, y víctimas y menores, extremos no siempre enfrentados, presentan una problemática cada vez más compleja ante la necesidad de brindar una respuesta no sólo a quien padece un daño injusto sino también a aquellos a quienes a diario se les pide que “cuanto antes”

---

*consiste en transmitir los valores recibidos. Para hacerlo, ¿debemos partir de la libertad o de la obligación? Posiblemente de ambas. Suprimir las obligaciones no implica la aparición de la libertad, sino que nos hace ingresar en el reino de la barbarie, la tontería, el egoísmo y la violencia”.*

<sup>17</sup> Transportistas, docentes de apoyo particular, idiomas, conocimientos en computación, participación en competencias de matemática, de básquet, de literatura, de natación, etc., sin olvidar las “niñeras” para el escaso tiempo en que se encuentran en la casa.

desarrollen todas sus potencialidades. Las exigencias son muchas; las preguntas, también <sup>18</sup>.

La razón de ser de un establecimiento educativo es precisamente brindar educación, instrucción, es esa su obligación principal, pero indudablemente ese cometido lleva anexa una obligación de seguridad resguardar la integridad de los alumnos, lo que supone control, vigilancia, buena organización de la función.

En su redacción actual, el art. 1117 del C.C., hace responsable al propietario del establecimiento por daños ocasionados o sufridos por sus alumnos menores independientemente a la edad que tengan <sup>19</sup>, quedan excluidos los establecimientos terciarios y universitarios. La existencia de esta norma no implica suprimir la responsabilidad personal que pudiere caberle al director, maestro, profesor o personal del establecimiento si se probara su culpabilidad en el hecho; pueden concurrir con el establecimiento o desplazar la responsabilidad del mismo.

El factor objetivo que se aplica en el caso es tan riguroso que sólo admite liberación de responsabilidad si se prueba el caso fortuito. Las opiniones en doctrina no son unánimes en cuanto a qué hechos o conductas son imprevisibles, inevitables, para configurar el *casus*; unos se inclinan por una interpretación estricta, aunque se admite que las soluciones pueden ser rigurosas y sólo mitigadas por el seguro, y otros propugnan una interpretación más flexible. Entre los partidarios de la primera opinión, se encuentra Pizarro quien encuentra que no constituyen caso fortuito, por ejemplo, los daños sufridos por alumnos a raíz de la conducta de terceros que ingresan al colegio durante el recreo, o las peleas o agresiones entre estudiantes; expresa: *“El sistema, hasta tanto no sea reformado, se asienta sobre... responsabilidad objetiva agravada y seguro obligatorio- y no puede ser mitigado a través de una interpretación flexible de su eximente... En materia de responsabilidad objetiva no hay interpretación extensiva de sus eximentes”* <sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Mariel A. RODRÍGUEZ OCAMPO, “Daños producidos por menores: ¿quién responde ante los damnificados?”, Comentario a: Cámara C. y C. de San Isidro, Sala 2ª, 22/8/06, “A., E. y otros v. Provincia de Buenos Aires”, SJA 21/3/07 - J.A. 2007-I-443.

<sup>19</sup> Recuérdese lo dispuesto por la ley 26.579 que establece la mayoría de edad a los 18 años.

<sup>20</sup> Daniel PIZARRO, ob. cit., p. 424.

Para Zavala de González, en cambio, es irrazonable que todos los daños que causen o se causen personas, por el solo hecho de ser educandos sean afrontados por los propietarios del establecimiento. En el sistema actual inclusive los daños sufridos por alumnos en el despliegue normal y correcto de emprendimientos gimnásticos, deportivos o similares (una corrida en el recreo, jugar a las escondidas, un tropezón espontáneo), para la opinión mayoritaria en tanto previsibles y no ajenos al riesgo educativo, no son casos fortuitos que eximan al establecimiento. Por el contrario estima que una razonable interpretación consideraría a esos sucesos como debidos a la fatalidad y por ende, constitutivos de caso fortuito, ya que de ser interpretado de otra forma podría llevar a la posibilidad de una responsabilidad sin nexo causal. En su opinión *“la responsabilidad por riesgo sólo puede surgir cuando hay un riesgo ‘creado’, no un riesgo preexistente y ‘afrontado’ ... la responsabilidad objetiva se sustenta en la preexistencia de un poder genérico de control sobre una fuente de peligros: el que puede debe, aunque demuestre que en abstracto no le ha sido factible ejercer ese control; pero si el demandado no es el que puede y el riesgo no es creado por él sino por elementos foráneos, resulta inicua una obligación de seguridad tan extrema que sólo se limite por el caso fortuito”*. Máxime cuando el control de la autoridad educativa a que alude el art. 1117 es, en los tiempos que corren y sobre todo en el caso de jóvenes adultos, notoriamente cosmético, externo y superficial, por factores ajenos a la autoridad educativa <sup>21</sup>.

A partir de estas afirmaciones nos preguntamos, ¿la vigilancia de las conductas y la educación sólo le corresponden a la escuela?, ¿a quiénes y en qué medida les corresponde? No puede negarse que cuando un menor ingresa al colegio, la posibilidad de cuidado y vigilancia real de sus padres queda restringida, pero entendemos que eso no excluye de modo automático la responsabilidad paterna sino que los responsables se determinarán luego del análisis causal. Hay que considerar, además, si ese alejamiento habitual por horas determinadas en días determinados encuadra en los términos del eximente previsto por el art. 1115 que dispone: “La responsabilidad de los padres cesa cuando el hijo ha sido colocado

---

<sup>21</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, ob. cit., p.702.

en un establecimiento de cualquier clase, y se encuentra de manera permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona”, constituyéndose durante ese lapso una delegación de la guarda de modo tal que el establecimiento deba asumir las responsabilidades que esta situación trae aparejada <sup>22</sup>. Respecto a qué debe entenderse por delegación de la guarda compartimos las reflexiones de Bustamante Alsina: *“la entrega de la guarda debe ser circunstanciada. En efecto la patria potestad es indelegable, por lo que si el padre ha transmitido de hecho su autoridad y poder sobre el hijo a otra persona, sólo pudo hacerlo para un cometido específico, encuadrando en circunstancias de lugar y tiempo”* <sup>23</sup>.

Podría entenderse que, en forma temporal, por el lapso en que el menor se encuentra en el ámbito del colegio, los padres pierden durante esas horas la posibilidad de “vigilar” al menor. Pero eso sería valedero en caso que el daño provenga de un episodio singular y aislado, pero no cuando la conducta del dañador es habitualmente agresiva, rebelde, pues en estos supuestos habrá que analizar si en el origen causal del acontecimiento dañoso no ha prevalecido el temperamento del autor por sobre las reales posibilidades de vigilarlo. Distinto sería si pese a conocer esas circunstancias y haber sido hecho saber por los padres la necesidad de extremar recaudos, la escuela no tomó los adecuados.

Por ello no nos parece aceptable sentar una regla general que exima de responsabilidad a los padres en todo supuesto en que el perjuicio se ocasione en el ámbito escolar, sino que creemos debe atenderse a las circunstancias del caso concreto, en particular al origen del hecho dañoso. Si éste deriva de la simple falta de custodia y control que requiere un niño de corta edad, por caso si el maestro o encargado de la supervisión se retiró del aula o del lugar en que se encontraba el alumno sin motivo

---

<sup>22</sup> Este artículo original del Código de Vélez fue pensado para una época en que era común el sistema de internado para los niños y jóvenes en edad escolar, donde los alumnos permanecían toda la jornada, incluso pernoctaban en la escuela durante toda la semana o más tiempo.

<sup>23</sup> Jorge BUSTAMANTE ALSINA, “Límites legales de la responsabilidad de los padres por los actos ilícitos de sus hijos menores de edad”, L.L. 1988-B-282/283. El fallo resolvía sobre un hecho de distintas características al tema en análisis en el presente trabajo, pues en esa ocasión el menor se encontraba cumpliendo el servicio militar obligatorio y causó daños al conducir un automóvil pero en circunstancias ajenas al servicio.

que lo explique y sin dejar a alguien encargado de la vigilancia, estará justificada la responsabilidad del establecimiento y del maestro.

También si el hecho deriva de la omisión de los deberes de organización, por ejemplo alumnos implicados en un accidente que tiene lugar en horas libres, o durante el desplazamiento que los alumnos realizan como parte de la actividad educativa. Como ejemplo de supuestos en que pudieron existir defectos en la organización de la actividad, cabe citar el siguiente caso: los alumnos de un establecimiento educativo, dependiente de la Municipalidad de Buenos Aires, durante un paseo a un río sufrieron las consecuencias de un aluvión pues la noche anterior a la excursión había llovido torrencialmente. El tribunal consideró responsable a la Municipalidad porque si maestros o acompañantes “no sabían o suponían que una lluvia torrencial podía aumentar el caudal de los ríos, o si se desconocían las características del río que atravesaba el camping, debieron ser más respetuosos de las bondades del lugar... La escuela asume una obligación de seguridad, de esencia objetiva, de la que sólo se puede liberar probando una causa ajena, extremo que no se da en la especie. La conducta culposa de sus dependientes (maestros acompañantes) quienes deficientemente vigilaron a los alumnos que acompañaron en la emergencia, hace nacer indefectiblemente, su responsabilidad de carácter objetivo, sin perjuicio de lo mencionado *supra*, respecto de la obligación de seguridad también de carácter objetivo, asumida por la Escuela. Como consecuencia de ello, resulta también responsable la M.C.B.A., organismo respecto del cual, la escuela depende”<sup>24</sup>.

Pero si en el resultado dañoso influye notoriamente la personalidad del niño o adolescente, si el perjuicio acaece por reacciones o actitudes que escapan al quehacer de los maestros o educadores que por aquellas horas lo controlan, los padres no debieran quedar exentos de responsabilidad, menos aun cuando se trata de menores cercanos a la mayoría de edad, a los que en otros países se ha dado en llamar muy gráficamente “grandes menores”<sup>25</sup>. En estos supuestos suele ser mayor la incidencia

---

<sup>24</sup> Caso: “C. L. C. c/ M.C.B.A. s/ ds y ps (‘Acc. Tran. c/ Les. o Muerte)” – CNCiv., 14/9/1998.

<sup>25</sup> Silvia DÍAZ ALABART, “Un apunte histórico para la determinación de la responsabilidad de los maestros en el artículo 1.903 del Código Civil”, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Madrid, 1990, vol. I, nota 19, p. 465.

de la formación recibida en el seno del hogar que la aportada por la escuela o la incorrecta vigilancia en que se incurrió en el establecimiento<sup>26</sup>. Episodios en los que los estudiantes llevan un arma de fuego o utilizan trinchetas para atacar, o cuando un alumno de diecisiete años arroja una piedra a la cabeza de otro compañero y lo mata, tienen más que ver con la posibilidad de dirigir y examinar las acciones personales conforme se haya inculcado en el seno familiar que con el control que se pueda implementar en los establecimientos educacionales<sup>27</sup>.

Este criterio es el que orienta un fallo de la Cámara 1ª C. y C. de San Isidro, al que hacemos referencia en consideración a los argumentos que vierte el tribunal pese a que resuelve un hecho de características especiales. Un alumno da muerte a una compañera fuera del colegio pero en horas de clase, ambos concurrían a un establecimiento nocturno en el cual los alumnos gozaban de la posibilidad de retirarse sin otra exigencia que su sola petición<sup>28</sup>. Dice la sentencia: “Cabe responsabilizar, en los términos del art. 1114 del C.C., a los padres de un menor por el delito de homicidio que éste último cometió respecto de una compañera del colegio al que concurría - en el caso, ambos se habían retirado antes del horario de clases de la institución y el crimen ocurrió fuera de las instalaciones de la demandada-, pues, conociendo que su hijo era portador de una conducta desordenada, agresiva y violenta, no hicieron lo suficiente para encauzarlo mediante los tratamientos necesarios, conforme las atribuciones

---

<sup>26</sup> En este sentido se expidió el tribunal que condenó como co-responsables en una proporción del 40 % a los padres de un alumno de 17 años cuyos útiles escolares habían sido arrojados por la ventana del colegio y al caer hirieron a un peatón que transitaba por el lugar. El joven se había hecho la “rabona” y desde afuera instigó a sus compañeros para que arrojaran su bolso, por lo que el tribunal meritó que a esa edad es mayor la influencia de la educación paterna que la vigilancia que los profesores puedan ejercer sobre un grupo numeroso de alumnos (CNCiv. y Com. Fed., Sala 3ª, 13/5/1992, “Duarte de Martínez, Rosa Z. v. Frías Salinas, Eduardo D. y otros”, J.A. 1993-III-583.

<sup>27</sup> La recurrencia de episodios con armas de fuego hizo pensar en la posibilidad de instalar detector de metales en el ingreso de los colegios, idea que debió ser abandonada, no sólo porque aparecía reñida con la finalidad de las instituciones educacionales, sino además por lo oneroso y complejo del tema. Lo doloroso es que haya tenido que analizarse la implantación del sistema.

<sup>28</sup> Al momento de la resolución la mayoría de edad se alcanzaba a los veintinueve años.

impuestas por los arts. 265 y 278 del Código mencionado”<sup>29</sup>. El hecho había acaecido fuera del establecimiento pero los padres de la víctima demandaron al propietario del mismo, en razón de que se había autorizado la salida de la víctima sin el expreso consentimiento paterno. El tribunal al resolver encuentra que no había nexo adecuado de causalidad entre la muerte de la menor y el accionar del establecimiento, y señala que “... aun cuando se considerara que ello fue así (salida sin conformidad paterna expresa), no se advierte que exista una relación causal adecuada entre tal omisión y el daño ocasionado. Si tal autorización hubiese sido concedida reglamentariamente no se habría por ello evitado el homicidio”. A su vez considera que la propia conducta de los padres de la menor es por lo menos equívoca al permitir que su hija concurriera al mismo colegio que el novio, con un régimen flexible de asistencia y salida, si realmente sabían de la peligrosidad que este último significaba para su hija. Sin sospechar lo que habría de ocurrir, fue la propia joven quien, con una excusa que no era cierta, se retiró del Colegio en compañía del agresor. En estas circunstancias se concluye en que el comportamiento de la víctima no ha sido ajeno al hecho dañoso y que en el caso no se ha demostrado la existencia de una relación causal entre la omisión imputada a la demandada y el daño ocurrido. No se advierte que la actuación del Estado por medio de sus dependientes constituya causa eficiente del daño producido.

La mirada de los tribunales debe agudizarse para establecer la causa idónea y serán la particularidades concretas las que indiquen cuál aspecto tuvo real influencia en el resultado y de acuerdo a ello determinar a quiénes alcanza la responsabilidad y hasta dónde corresponde extenderla. Como lo expresara Orgaz, “... *el problema jurídico de la conexión causal consiste en determinar, conforme a la ley, cuándo o con qué criterio un resultado debe ser atribuido a una persona determinada*”<sup>30</sup>.

El art. 1117, no debe interpretarse en forma aislada, sino como parte del sistema más comprensivo de la responsabilidad civil en general, den-

---

<sup>29</sup> Cámara 1ª C. y C. de San Isidro, Sala II, 22/8/06, “A., E. y ots. c/ Provincia de Buenos Aires”, L.L.B.A. 2006 (noviembre), 1299, con nota de Marcelo Hersalis y Julián Jalil - D.J. 6/12/06, 1002 -J.A. 2007-I-438.

<sup>30</sup> Alfredo ORGAZ, *El daño resarcible*, Córdoba, Lerner, 1980, p. 58.

tro de la cual cabe analizarla junto con la responsabilidad paterna <sup>31</sup>. El damnificado trata de asegurarse el resarcimiento económico demandando por el art. 1.117 del C.C. al propietario del colegio, pero en el hiter causal debe determinarse cuál o cuáles son las condiciones idóneas con influencia en el resultado, y de acuerdo a ello distribuir la obligación resarcitoria, no reduciendo el análisis sólo a encontrar un responsable solvente <sup>32</sup>. De lo contrario, se corre el riesgo de adoptar una resolución injusta, además se dejaría de lado la función docente que el derecho debe cumplir y soslayarse la faz preventiva del derecho de daños, pues si los padres creen que por el solo hecho de que el hijo esté transitoriamente bajo la autoridad educativa pueden automáticamente liberarse de responder por los daños que sus hijos causan en ese ámbito, podría agudizarse el proceso de deterioro de incumplimiento de una de las funciones primordiales de los padres, “educar y formar” a los hijos.

Por la razones expuestas, es que nos pronunciamos en el sentido de no excluir de modo automático la responsabilidad paterna por los daños causados por el hijo menor cuando éste se encuentre en dependencias escolares, sino insistimos será el exhaustivo estudio del nexo causal el que determine la o las causa idóneas. Quizás sería conveniente analizar la incorporación de una norma semejante a la que preveía el Proyecto de Unificación del año 1998, en cuanto instituía que la responsabilidad por el hecho del hijo y del pupilo, subsiste aunque se hallen en el ámbito de actividad de un establecimiento educativo <sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> La cuestión es que a veces ni siquiera se demanda a los progenitores, como sucedió en “G., R.J. v. Babar Bilingual School Dominique Seguin” (CNCiv., Sala A, 3/7/09). El tribunal se vio impedido de extender la condena resarcitoria a los padres pues éstos no habían sido demandados; en su razonamiento la Cámara considera que a los padres les hubiese correspondido indemnizar de modo concurrente con el establecimiento educativo.

<sup>32</sup> No obstante, la obligación de carácter objetivo de los propietarios de establecimientos educacionales, cabe analizar también la que de modo directo les puede corresponder a directores, maestros y demás autoridades (pues más allá de su denominación formal debemos atender a la esencia de la función que cumplen), o a ambos al mismo tiempo. Claro que por razones de orden práctico la indemnización sea reclamada al establecimiento, quien en caso de corresponder podrá ejercer acción de reintegro contra el responsable directo (art. 1123 C.C.).

<sup>33</sup> Arts. 1658 y 1660 del Proyecto de Unificación de 1998.

*b. Educadores víctimas*

El fenómeno de agresiones a docentes no es nuevo, ni exclusivo de nuestro país, pero eso no lo torna menos grave y doloroso, por el contrario la repetición de estas acciones, en la que los propios alumnos o sus padres son los agresores requiere una reacción integral por parte de la comunidad.

En el marco de agresiones a docentes, un hecho de características singulares, fue resuelto por la Cámara C. y C. de Azul. En diciembre del 2000 en oportunidad en que una profesora se hallaba cumpliendo tareas en una de las aulas dictando su asignatura en período compensatorio a siete alumnos, recibió un puntazo en la zona abdominal propinado por un menor de quince años de edad con el cuchillo que portaba y que era de su propiedad (según lo reconocido por el padre en la causa penal). Dicho puntazo produjo en la víctima una herida que le ocasionó la muerte. El tribunal no admitió la liberación de los padres por el solo hecho de haber negado conocer que ese día el hijo llevara el cuchillo al Colegio, frente a la admisión que hicieron de que el menor “es un paisano, compró con sus ahorros un cuchillo típico de campo, que era parte de su atuendo casi cotidiano. Que el cuchillo lo lleva al colegio en varias oportunidades, no como un arma, sino como una herramienta de trabajo o un útil de tarea”. “Que en los actos del Colegio siempre él hace de gaucho, porque lleva el cuchillo a la cintura, el sombrero, las botas, la bombacha y la rastra, etc. con total naturalidad porque es su vida y se le nota”. Se admite que “... en ese rol era alentado por los docentes y responsables del Colegio; que en las fiestas tomaba parte como tal portando un cuchillo campero, herramienta de trabajo y hasta montando a caballo”. “Estas afirmaciones ponen en evidencia la aceptación por parte de los progenitores de una costumbre en la forma de vestir del menor, que aunque ellos la consideraran natural, no es la habitual, ni la que corresponde usar de manera cotidiana y menos para concurrir al colegio, fuera de los días que previstos para alguna actuación en especial. El cuchillo, no constituye un útil escolar, ni siquiera puede, ni debe ser utilizado como tal; y por tanto representaba un peligro tanto por el daño que su manipulación podía ocasionar a terceros, como a sí mismo, circunstancia que debió ser prevista por los padres, quienes tenían la obligación de impedir que su hijo lo llevara consigo en forma de atuendo”.

Esto sin que el tribunal dejara fuera la responsabilidad del establecimiento frente a los padres de la docente fallecida <sup>34</sup>.

El problema se agudiza y de modo continuo conocemos el acaecer de hechos de violencia contra docentes, las bajas calificaciones obtenidas por los estudiantes o reprimendas a conductas inadecuadas generan de inmediato reacciones agresivas por parte de alumnos y padres. Falta de respeto a la autoridad, padres permisivos, Estado que no respalda las decisiones de las autoridades escolares, son los factores con mayor incidencia en la problemática que tratamos. El tema es que ello deriva en educadores temerosos de las reacciones que pudieran acarrear la aplicación de sanciones, y todo sucede en una sociedad que al menos tolera esta situación.

Expertos en educación y psicología insisten en la necesidad de que los niños y jóvenes cuenten con modelos maduros y no débiles como ellos. Al respecto Jaim Etcheverry dice: *“Cuando padres y educadores se colocan en el mismo nivel que el niño o el joven y lo tratan como compañero o igual, éste queda perplejo, desamparado, sin seguridad. Huérfanos de figuras con las que puedan identificarse tanto en la casa como en la escuela, los jóvenes muestran signos de confusión y malestar, buscan llamar la atención con conductas agresivas o criminales. Además los padres transfieren a la escuela responsabilidades de las que abdican. Pero luego, ante la crisis, desautorizan a los maestros”* <sup>35</sup>.

Tal entidad ha alcanzado este problema que ha merecido la atención del legislador cordobés, Juan Brügge, quien ha propuesto incorporar al Código de Faltas de la Provincia una agravante de la pena en caso de “desórdenes y escándalos públicos” cuando las víctimas de agresiones sean los maestros o auxiliares docentes <sup>36</sup>. Se evalúa establecer en toda

---

<sup>34</sup> Caso: “P., D.S y otra c/ Orden Franciscana de Frailes Conventuales y otros - Daños y perjuicios” (Cámara C. y C. de Azul (Buenos Aires) - 16/6/06. [www.elDial.com](http://www.elDial.com) - AA3F43).

<sup>35</sup> Guillermo JAIM ETCHEVERRY, ob.cit., p. 142.

<sup>36</sup> Proyecto de ley presentado por el legislador Juan Brügge de la Democracia Cristiana, Unión por Córdoba, en el año 2009. En los fundamentos del proyecto señaló el legislador: *“Esto tiene por objetivo resaltar y resguardar la actividad de los*

la provincia de Córdoba una sanción de arresto de hasta 60 días para aquellos padres y tutores, entre otros, que agredan físicamente a los docentes, directivos o auxiliares de establecimientos públicos y privados de todos los niveles.

#### 4. Conclusión

La crisis profunda que atraviesa a casi todas las instituciones de nuestra sociedad, impone la necesidad de comenzar a revisar las conductas tanto individuales como colectivas, cabe comenzar por lo individual y lo que ocurre en grupos básicos, lo que supone pensar en la familia. Necesitamos un cambio urgente en el modo de educar a los hijos, donde los límites recuperen el valor de formadores de conductas, y exista la oportunidad de generar comunicación verdadera y profunda con niños y adolescentes, donde los adultos, tanto padres como docentes sean transmisores de modelos de conducta. De lo contrario seguiremos lamentado hechos violentos o pensando en crear nuevas figuras delictivas o agravando penas, es decir actuando sobre los efectos y no sobre las causas de los infortunios a los que nos hemos referido.

#### Bibliografía

- BIDART CAMPOS, Germán J., “El panorama de los derechos humanos a fin de siglo”, J.A., (Conmemoración de su 80<sup>a</sup> aniversario) 1918-1998.
- DÍAZ ALABART, Silvia, “Un apunte histórico para la determinación de la responsabilidad de los maestros en el artículo 1903 del Código Civil”, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Madrid, 1990, vol. I.

---

*docentes frente a los actos de violencia física y moral en el ejercicio de sus funciones. Esto en razón de la creciente desautorización de su función educadora*”. Los arts. 51, 52 y 53 del Código relacionados a los “desórdenes y escándalos públicos” establecen una pena de hasta 30 días de arresto para quienes peleen, riñeran o incitaran a hacerlo en la vía pública, en lugares expuestos al público, en forma peligrosa para su integridad o para terceros.

- DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, vol. 1, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 1985
- FANZOLATO, Eduardo I., *Derecho de familia*, t. I, Córdoba, Advocatus, 2007.
- JAIM ETCHEVERRY, Guillermo, *La tragedia educativa*, 17ª ed., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2007.
- ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible*, Córdoba, Lerner, 1980.
- PIZARRO, Daniel, *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa*, t. III, Buenos Aires, La Ley, 2006.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños* t. 4. (Presupuestos y funciones del derecho de daños), Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

# RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN

RAMÓN DANIEL PIZARRO

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Responsabilidad del Estado por omisión. 3. Omisiones de la Municipalidad en el ejercicio del poder de policía edilicio y de salubridad.

## 1. Introducción

El tema de la responsabilidad del Estado es atrapante, polémico, complejo y por sobre todo, opinable<sup>1</sup>. Convergen en derredor suyo enfoques

---

<sup>1</sup> Bibliografía especial: Julio I. ALTAMIRA GIGENA, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Astrea, 1973; María del Pilar AMENÁBAR, *Responsabilidad extracontractual de la administración pública*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008; Alejandro Dalmacio ANDRADA, *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos*, Buenos Aires, La Ley, 2008; Rodolfo C. BARRA, “Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos”, E.D. 142-930; Javier Indalecio BARRAZA, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, Buenos Aires, La Ley, 2003; Gregorio BADENI, *Tratado de derecho constitucional*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2006, t. II; Germán J. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1988, t. II; Alberto B. BIANCHI, “Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado”, L.L. 1996-A, 922; Walter F. CARNOTA (dir.), *Derecho federal. Sus implicancias prácticas*, Buenos Aires, Grun Editora, 2005; Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho administrativo*, 6ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998; “En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado”, E.D. 99-4; “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, L.L. 2000-D, 1219; Carlos E. COLAUTTI, *Responsabilidad del Estado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003; Oscar Álvaro CUADROS, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008; José R. DROMI, *Derecho administrativo*, 6ª ed., Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA - Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1999, t. II, p. 54 y ss.; Agustín GORDILLO, *Tratado de derecho*

muy diversos, provenientes del derecho administrativo y del derecho civil, que han llevado de profundos desencuentros doctrinarios a la hora de calibrar su fundamento y entidad<sup>2</sup>.

Nosotros creemos que las pretensiones de exclusividad que se irrogan dichas ramas del derecho para atrapar íntegramente en su seno a la problemática que nos ocupa son además de equivocadas, ilusorias. La amplitud y riqueza que presenta hoy la responsabilidad del Estado las engloba a todas y más todavía, las supera.

Potencia la complejidad de la cuestión que nos ocupa, la presencia de intereses económicos y políticos en juego, que se ven comprometidos, en mayor o menor medida, según cuál sea la posición jurídica que se sustente frente a la reparación de daños causados por el accionar ilícito e, inclusive, lícito del Estado. Ciertos sectores, ligados a poderosos intereses económicos, han estado, desde siempre, obsesionados por modular

---

*administrativo*, 8ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, t. 1, Parte General, F.D.A., 2003 y t. 2, La defensa del usuario y del administrado, 8ª ed., Buenos Aires, F.D.A., 2006; Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Responsabilidad del Estado (Una búsqueda de principios comunes para una teoría general de la responsabilidad)”, en *Estudios en homenaje al Dr. Guillermo Borda*, Buenos Aires, La Ley, 1985, p. 211 y ss.; Marcelo J. LÓPEZ MESA, en Félix A. TRIGO REPRESAS - Marcelo J. LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. IV, Cap. 14, p. 1 y ss. (con colaboración de Stella Maris Gambino); Miguel S., MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, 6ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, t. IV; Jorge MOSSET ITURRASPE, *La teoría general de la responsabilidad civil y el derecho administrativo*, en A.A. ALTERINI - R.M. LÓPEZ CABANA (dirs.), *La responsabilidad*, homenaje a Isidoro H. Goldenberg, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 763 y ss.; Pablo E. PARRINO, “Los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita”, en *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos de la Universidad Austral, 2001, p. 59; Néstor Pedro SAGÜÉS, *Elementos de derecho constitucional*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1997, t. II; Adolfo VÁZQUEZ, *Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2001.

<sup>2</sup> Ha señalado, con razón, Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Responsabilidad del Estado (Una búsqueda de principios comunes para una teoría general de la responsabilidad)”, en *Estudios en homenaje al Dr. Guillermo A. Borda*, p. 211, n.1, que se vinculan aquí dos tópicos de enorme importancia: “la teoría de la responsabilidad y la de la persona jurídica”. El primero, convertido en “vedette” de la ciencia jurídica en los tiempos que corren y el segundo, en palabras de Ferrara, que cita la profesora mendocina, “tormentoso, fascinante y siempre nuevo por sus multiformes, variadas y modernas aplicaciones”.

una responsabilidad patrimonial del Estado laxa, muy amplia, que lo convierta en fácil responsable de gran parte de los menoscabos que muchas veces se producen, generando de tal modo una veta lucrativa sumamente rentable, que permita lograr réditos allí donde su aptitud y eficiencia difícilmente podría concretarlos. Desde otra cosmovisión, diametralmente opuesta a la anterior, alguna de las cuales aparece ligada muchas veces a espurios intereses políticos, de coyuntura, que han hecho un culto de la morosidad y la falta de respeto por los compromisos asumidos por el Estado, se propicia concepciones sumamente restringidas de la responsabilidad del Poder Público, procurando sustraer recursos que deberían canalizarse al pago de indemnizaciones y utilizarlos con otras finalidades<sup>3</sup>.

Pensamos que no puede modularse seriamente una responsabilidad del Estado que sea censurable por exceso o por defecto. Urge, de tal modo, buscar soluciones equilibradas, que permitan delinear en un marco de sensata juridicidad y equilibrio los perfiles actuales de la responsabilidad estatal por actos lícitos e ilícitos.

## 2. Responsabilidad del Estado por omisión

### a. Planteo de la cuestión

Ha señalado, con razón, Cassagne que buena parte de los daños que experimenta el hombre de nuestro tiempo suelen ser atribuidos “a omisiones de los gobernantes encargados de velar para que todos los ciudadanos puedan disfrutar las mejores condiciones de vida, protegiendo su se-

---

<sup>3</sup> Señala agudamente Agustín GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, cap. XX-4, n. 2.1, que en las últimas décadas del siglo veinte se han producido dos hechos relevantes en esta temática: por un lado, la condena internacional a los Estados que han violado derechos humanos de sus habitantes, emplazándose en una dimensión que no tenía -la supranacional- esta problemática, para “suplir su ausencia en el derecho interno”. Por otro, en el plano del derecho interno, quizás fruto del empobrecimiento económico que gobiernos de facto -y agregamos, nosotros, también democráticos- generaron, aparece un estado débil y endeudado, incapaz de reparar los perjuicios que causa, lo cual evidencia una “retirada del Estado” en estas delicadas cuestiones.

guridad, salud, propiedad, libertad de locomoción, entre otros derechos y valores individuales y colectivos”<sup>4</sup>.

Cierto es, evidentemente, que el Estado no puede garantizar que con su actividad podrá impedir que los ciudadanos sufran daños, ni dar satisfacción a reclamos que muchas veces suelen ser imposibles de satisfacer por imposibilidad económica y por carencia de medios humanos.

Las omisiones del Estado aptas para comprometer su responsabilidad requieren, por ende, de una cuidadosa modulación, que evite, por un lado, convertirlo en una suerte de asegurador de los riesgos que todo ciudadano corre por el hecho de vivir en comunidad, en una sociedad plagada de acechanzas, y por otro permitirle que alegremente se desentienda por vía omisiva del cumplimiento de deberes que ineludiblemente pesan sobre él.

#### *b. Marco normativo*

No encontramos en el derecho administrativo una normativa específica que regule la responsabilidad del Estado por omisión, razón por la cual se deberá acudir, como tantas veces, al Código Civil, que contiene dos normas relevantes en esta materia: los artículos 1112 y 1074<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Juan Carlos CASSAGNE, “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en la obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, p. 29, en esp. N. 6, p. 45; Miguel MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, n. 1645 bis y ss., p. 740 y ss. (quien realiza un profundo estudio de las fuentes del art. 1074, en particular de la doctrina francesa (Aubry y Rau, Demolombe, Laurent, entre otros); Marcelo J. LÓPEZ MESA, en F.A. TRIGO REPESAS - M.J. LÓPEZ MESA *Tratado de la responsabilidad civil*, t. IV, p. 120 y ss, n. VII).

<sup>5</sup> Conf. Juan Carlos CASSAGNE, trabajo y lugar citados en nota anterior; Miguel MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, n. 1645 bis y ss, p. 751, quien señala: “Algunos escritores le atribuyen fundamental importancia a la “falta de servicio” (art. 1112 C.C.) como fundamento formal de la responsabilidad del Estado por su comportamiento omisivo. No obstante, dado que esa disposición legal contempla supuestos *particulares o específicos* de omisiones -referidas al comportamiento de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones- estimo que a los efectos mencionados ese

El primero determina que las omisiones (y los hechos) de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, compromete la responsabilidad personal del funcionario y también la del Estado, en nuestra opinión, por aplicación concordante del art.43. Esta norma que las personas jurídicas - incluido el Estado - responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren (en nuestro caso, a través de omisiones imputables), en ejercicio o con ocasión de sus funciones.

El art. 1074, por su parte, establece que *“Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido”*.

La aplicación de esta normativa en el derecho público, para modular la responsabilidad del Estado por omisión, conduce necesariamente a reflotar la polémica suscitada en el derecho civil, en torno al art. 1074, que hemos analizado en otra obra<sup>6</sup> y que ahora recordamos sucintamente.

Vale recordar que de acuerdo con un criterio estricto, apegado a la exégesis del art. 1074, en consonancia con lo dispuesto por el art. 1066 C.C., con la vieja regla romana según la cual nadie se compromete por el no obrar y, sobre todo, con el pensamiento de Aubry y Rau, fuente directa de la norma, sólo habría responsabilidad por omisión cuando la ley o el contrato *expresamente* impongan al agente el deber de actuar de una determinada manera o, lo que es igual, de cumplir el hecho omitido. En caso contrario, la conducta omisiva no generaría responsabilidad alguna porque el individuo, al proceder de esa manera, no haría otra cosa que ejercer la libertad que le reconoce el art. 19 de la Const. Nacional.

Esta orientación conduce a negar la existencia de un principio general de responsabilidad por omisión, toda vez que nadie puede verse comprometido legalmente por no obrar, salvo en aquellos casos en los cuales deba proceder de una manera específica por expreso mandato legal o

---

precepto específico cede trascendencia o importancia al art. 1074 del código civil, que es una norma *genérica* comprensiva de cualquier posible comportamiento omisivo, y que debe considerarse como el fundamento formal de la responsabilidad extracontractual del Estado por sus abstenciones”.

<sup>6</sup> Ramón Daniel PIZARRO - Carlos Gustavo VALLESPINOS, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, t. IV, § 872.

convencional. Una cosa es que el sujeto *pueda* evitar el daño y otra es que *deba* hacerlo, so riesgo de comprometer su responsabilidad

Concebida de tal modo la cuestión, ella asume un carácter específico, excepcional y de interpretación restricta, que no varía en lo más mínimo cuando se trata de la responsabilidad del Estado.

Conforme otra orientación, mayoritaria en nuestro país, que nosotros compartimos, se impone una interpretación más flexible del art 1074 del C.C., que no pierda de vista que lo prohibido por la ley, no es únicamente aquello explícitamente reprobado por ella, sino también lo inequívocamente descalificado por el ordenamiento jurídico integralmente considerado<sup>7</sup>.

Para algunos, la cuestión transitaría por los carriles del art. 1109, que permitiría elaborar la regla de conducta idónea para modular la existencia y entidad de deberes de conducta impuestos por el ordenamiento jurídico atendiendo a las circunstancias de persona, tiempo y lugar. De este modo, se produce un estrecho punto de contacto entre la omisión como causa de daño resarcible y la falta de diligencia (o de servicio, en la terminología que campea en el derecho público).

Sería, de tal modo, una aplicación simple de la idea de falta de diligencia, que en este caso provendría de una abstención.

De acuerdo con otro enfoque, que también procura mitigar el rigor que emerge de la letra del art. 1074, hay necesidad de obrar apta para generar la responsabilidad por omisión imputable al autor no sólo cuando el legislador, a través de un mandato explícito, impone determinada conducta, sino también en aquellos casos en que tal directiva puede ser inferida razonablemente de la imposición de una sanción al sujeto inactivo o por el abuso del derecho en que éste incurra al tiempo de ejercitar su libertad<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Miguel MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t.IV, n. 1645 bis, p. 747/749.

<sup>8</sup> Señala Miguel MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, n. 1645 bis, p. 747, interpretando el art. 1074 C.C., que la locución “ley” allí contenida, debe ser interpretada con amplitud. “Ese término “ley” trasunta y comprende las omisiones que constituyan situaciones *antijurídicas*, latamente consideradas, sin que se incluyan o comprendan deberes pura y *simplemente* morales o espirituales, pues en estos su-

Por nuestra parte, reiteramos nuestra convicción en el sentido de que si bien nuestro Código Civil se enroló dentro de la tesis restrictiva, la reforma introducida al art. 1071 del C.C. por la ley 17.711 mitiga en gran medida ese rigor. Toda persona tiene derecho de actuar o de quedar inactivo (abstenerse), pero ese derecho no es absoluto y requiere un ejercicio funcional, dentro de los límites que imponen la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Quien transgrede tal límite, obra antijurídicamente y puede ver comprometida su responsabilidad.

Por cierto que la ilicitud del art. 1074 no requiere para su configuración de una determinación formalmente tipificada por la ley, pudiendo abarcar también aquellas que dimanen por implicancia, luego de un juicio de mérito del ordenamiento jurídico integralmente valorado, lo cual supone ponderar no solamente las normas legales, sino también las costumbres y los principios.

### *c. La responsabilidad del Estado por omisión*<sup>9</sup>

Hemos señalado anteriormente que en ausencia de normas específicas de derecho público que regulen esta cuestión, la responsabilidad del Estado por omisión se rige supletoriamente por las reglas del código civil

---

puestos la ley positiva no los ampara. Desde luego que la mencionada ley no sólo puede ser la “formal” ordinaria, sino también la “material” (reglamento). Pero no sólo la ley formal o material puede contener un deber cuyo incumplimiento pueda determinar que una omisión sea sancionable y obligue la responsabilidad del autor de la misma. Concretar todo esto constituye una cuestión de “hecho” cuya aceptación depende de la “razón” del correcto y honesto sentido con que deben interpretarse los hechos en un pueblo culto y civilizado”.

<sup>9</sup> Bibliografía especial: A.L. BERCAITZ DE BOGGIANO, “La discrecionalidad administrativa y la arbitrariedad por omisión”, E.D. 137-861; Alberto J. BUERES - Carlos A., CALVO COSTA, “Omisiones puras, ilicitud objetiva (amplia) y abuso del derecho”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2007-2, p. 21; Juan C. CASSAGNE, “La responsabilidad del Estado por omisión”, L.L. 1989-C, 512; H.M. HUICI, “La responsabilidad del Estado por omisión”, L.L. 1993-D, 837; Tomás A. HUTCHINSON, “La responsabilidad del Estado por inactividad. La omisión en el control o vigilancia de los concesionarios públicos”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2007-2, p. 85; Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “La responsabilidad del Estado por omisión jurisprudencial”, en A.J. BUERES -

antes expuestas, por vía de analogía<sup>10</sup>. En tal sentido, ha señalado con razón, la Suprema Corte de Mendoza que corresponde aplicar el art. 1074 del C.C. a los actos omisivos simples del Estado, pues se trata de una materia que no cuenta con normas positivas que lo rijan en el derecho público, lo cual impone recurrir a normas análogas<sup>11</sup>.

Quizás, en pocos temas, como en éste, pueda resultar de tanta utilidad la denominada doctrina de la falta de servicio, a la que hemos hecho referencia en números anteriores, concebida como “una omisión antijurídica que se produce en la medida que sea razonable y posible esperar que el Estado actúe en determinado sentido para evitar daños en las personas o en los bienes de los particulares”, según la certera conceptualización de Cassagne<sup>12</sup>. El Estado no puede asegurar ni prometer a los habitantes

---

A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La responsabilidad por daños en el tercer milenio, homenaje a Atilio A. Alterini*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 492 y ss.; Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. IV, p. 740; idem, “Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actividad “omisiva” en el ámbito del derecho público”, E.D. 169-1093; Jorge MOSSET ITURRASPE, “El Estado frente a la sociedad civil y al mercado. El achicamiento del rol del Estado. El distingo entre “lo declarado” y “lo operativo”. Un ejemplo de omisión del Estado. Las inundaciones. El caso “Torres”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2007-2, p. 53; Guillermo MUÑOZ, “Responsabilidad del Estado por omisión”, en *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Editorial Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, 2001, p. 89; Horacio ROSATTI, “Responsabilidad del Estado por omisión. Reflexiones desde el derecho público”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2007-2, p. 67.

<sup>10</sup> Para Agustín GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, ps. XIX-11 a 13) el art. 1112 tendría un contenido que lo haría diferente del art. 1109: la *omisión*. Mientras que el 1112 habla de *hechos y omisiones*, el 1109 sólo se refiere a los hechos. Infiere de ello que ante la falta de una ley o reglamento que ordene la comisión del hecho, el agente siempre será responsable si la omisión supone un irregular ejercicio de su deber (no siendo aplicable las reglas del art. 1074). Nosotros creemos que la pretendida diferencia entre el art. 1112 y el 1109, en cuanto a que uno contempla la omisión y el otro no es infundada e inexistente. La culpa en el código civil no está definida normativamente en el art. 1109 sino en el art. 512. En dicha norma, con absoluta claridad, se hace referencia a ella como “la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de persona, del tiempo y del lugar”

<sup>11</sup> Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I, 18/10/1996, “Norton, María c/ Municipalidad de Godoy Cruz”, L.L. 1997-B, 92

<sup>12</sup> Juan Carlos CASSAGNE, “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en la obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, p. 205, n. 6.

que sus bienes estarán a salvo de cualquier hecho, debiendo ponderarse esta realidad, también, a la luz de criterios económicos que preside la distribución de los recursos escasos.

¿Cuándo cabe esperar esa actuación del Estado? ¿A tenor de qué reglas o principios se modula dicha expectativa?

La tesis restrictiva, antes analizada, hoy superada, responderá enfáticamente: sólo cuando una norma jurídica de modo expreso le imponga un deber de actuar en sentido positivo y omita hacerlo. Ello conducirá a una concepción sumamente restrictiva de la figura, que tendrá mayor aplicación en el terreno de la denominada actividad reglada de la administración<sup>13</sup> y se diluirá en el terreno de la actividad discrecional<sup>14</sup>, sin que

---

<sup>13</sup> La actividad es *reglada* cuando se halla predeterminada de modo concreto en una norma jurídica que el órgano administrativo debe necesariamente observar, sin poder apartarse del mandato legal empleando su propio criterio. “La ley -dice Dromi- *sustituye* por anticipado el criterio de órgano administrativo, predeterminando qué es lo conveniente para el interés público; señala un camino inevitable al administrador, que en tales casos prescinde de su apreciación personal sobre el mérito del acto pues no tiene elección posible” (Manual de derecho administrativo, t.I, n. 370, p.401). No hay, de tal modo, margen alguno para la apreciación subjetiva de la administración pública sobre las circunstancias del acto. Un ejemplo de actividad reglada lo encontramos en materia de derecho jubilatorio, cuyo marco normativo determina, en forma minuciosa, quienes son los beneficiarios y en qué condiciones acceden a ese derecho. La actividad reglada del Estado puede canalizarse de distintas maneras: a) Regulación directa, supuesto en el cual la conducta es predeterminada directamente por una ley o reglamento que se refiere directamente a la Administración pública (así, por ejemplo, las leyes de procedimiento administrativo); b) Regulación indirecta o inversa, que se da cuando una norma jurídica, sin referirse de manera directa a la administración, establece reglas o principios específicos que éste no puede sino acatar (así, por ejemplo, el plexo de derechos y garantías individuales que consagran la Constitución Nacional, los Pactos Internacionales sobre Derechos humanos y también el Código Civil); c) finalmente, la regulación residual que emerge del art. 28 CN que pone como límite a la facultad del Estado de reglamentar derechos constitucionales, no pudiendo esta última degradar la esencia de los mismos.

<sup>14</sup> La actividad es discrecional cuando el órgano administrativo puede decidir, con un margen de libertad, más o menos amplio según los casos, acerca de la oportunidad y contenido de la acción, para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una cosa, o para realizarla de un modo u otro, o lisa y llanamente para dejar de hacerla. Aquí el Estado tiene facultades más amplias para decidir la manera de actuar, en razones de oportunidad, conveniencia o mérito, siempre dentro de los fines de la ley. A diferencia de lo que sucede con la actividad reglada, no hay aquí una norma o criterio preexistente que esté compelido a seguir. Ello no significa, empero, que cualquier capricho o arbitrariedad

ello importe desconocer las críticas que se han formulado a dicha distinción y el eclipse que padece en la hora actual<sup>15</sup>. La razón es evidente: si el Estado tiene discrecionalidad para disponer la realización o no de determinadas actividades, muy improbablemente la consecuencia de la inactividad pueda generarle responsabilidad por daños, pues de lo contrario quedaría vulnerada la división de poderes, ante la amenaza de una futura responsabilidad, que obligaría a la acción.

Por nuestra parte, fieles al criterio interpretativo del art. 1074 del Código Civil, entendemos que para que se configure la responsabilidad del Estado por omisión, no es indispensable que haya una obligación o deber formalmente impuesto por la ley (expresión que debe ser entendida en sentido amplio), siendo suficiente con que se den tres requisitos que han sido lúcidamente expuestos por Aída Kemelmajer de Carlucci en un notable fallo de la Suprema Corte de Mendoza, a saber: 1) Existencia de un interés normativamente relevante, sea en relación cualitativa o cuantitativa; 2) la necesidad material en actuar para tutelar el interés y 3) la proporción entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se consigne en el accionar<sup>16</sup>. En palabras del prestigioso tribunal mendocino,

---

pueda motivar la actividad discrecional del Estado. En todos los casos, dice con razón Dromi (*Manual de derecho administrativo*, t. I, n. 372), “la Administración debe actuar conforme a un debido proceso de *razonabilidad, investigando, comprobando, verificando, apreciando y juzgando los motivos determinantes de su decisión*. Por ello es *impropio e ilegítimo que la Administración invoque o alegue en sus decisiones principios superiores de utilidad pública, orden público, moralidad pública, seguridad pública, salubridad pública, interés público, necesidad pública, satisfacción colectiva, disciplina administrativa, etc., sin la comprobación de su veracidad*”. La actividad discrecional debe, también, desarrollarse conforme a derecho, aunque sus límites se tornan aquí más laxos y hacen epicentro en los principios fundamentales del ordenamiento jurídico (razonabilidad, finalidad, buena fe, igualdad ante la ley, etc. Suele emanar de fórmulas elásticas que utiliza el legislador o ante la insuficiencia de la ley.

<sup>15</sup> José R. DROMI, (*Manual de derecho administrativo*, t. I, n. 376, ps. 411/412) considera que la distinción es absurda, pues en el orden real “*nunca las atribuciones de un órgano administrativo podrán ser totalmente regladas o totalmente discrecionales*. No hay actividad administrativa absolutamente reglada ni absolutamente discrecional; siempre algo está normado o reglado por el orden jurídico, o ha quedado al arbitrario del funcionario actuando. En todos los casos la administración dispone de un margen de apreciación y también de un tope legal”.

<sup>16</sup> SCMendoza, Sala I, 4/4/89, “Torres Francisco c/ Provincia de Mendoza”, L.L. 1989-C, 512. La doctrina del fallo fue compartida por Juan C. CASSAGNE, “La responsa-

“la clave para determinar la procedencia de la responsabilidad estatal por acto omisivo se encuentra en la configuración o no de una omisión antijurídica. Esta última se da cuando es razonable esperar que el Estado actúe en determinado sentido para evitar los daños en la persona o en los bienes de los particulares, y requiere que el Estado o sus entidades incumplan una obligación legal expresa o implícita”<sup>17</sup>.

La falta de servicio en la responsabilidad estatal por omisión se configura, de tal modo, cuando sea razonable esperar que el Estado actúe en un determinado sentido para evitar el daño en la persona o en los bienes particulares, a la luz de los principios que informan el ordenamiento jurídico, plasmándose esa realidad en un deber concreto y no meramente genérico o difuso. Por vía pretoriana, inclusive, se ha abierto el pórtico para “que en determinados casos pueda responsabilizarse al Estado por la omisión de realizar determinadas obras públicas”<sup>18</sup>.

Es menester que la omisión del Estado sea causa o concausa del daño cuya reparación se pretende<sup>19</sup>. “La omisión es causal -dice Kemelmajer de Carlucci- cuando la acción esperada hubiere probablemente evitado el resultado; en otros términos, la relación causal se establece juzgando la incidencia que el acto debido, de ser realizado, hubiera tenido con respecto al resultado o su evitación”<sup>20</sup>.

---

bilidad del Estado por omisión”, L.L. 1989-C, 514; Beltrán GAMBIER, “Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión a la luz de la jurisprudencia”, L.L. 1990-E, 617; Miguel MARIENHOFF, “Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del derecho público”, E.D.; PALAZZO, José L., *Responsabilidad extracontractual del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 19. En cambio, criticaron el fallo Lidia GARRIDO CORDOBERA, *Los daños colectivos y la reparación*, Buenos Aires, Universidad, 1993, p. 148; Analía BERCAITZ, “La discrecionalidad administrativa y la arbitrariedad por omisión”, E.D. 137-860.

<sup>17</sup> SCMendoza, Sala I, 18/10/1996, “Norton, María c/ Municipalidad de Godoy Cruz”, L.L. 1997-B, 92. En este sentido: Juan C. CASSAGNE, *Derecho administrativo*, 4ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1993, p. 267; Marcelo J. LÓPEZ MESA, en F.A. TRIGO REPRESAS - M.J. LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. IV, p. 123.

<sup>18</sup> Carlos E. COLAUTTI, “La responsabilidad del Estado por actos lícitos”, L.L. 1991-B, 709.

<sup>19</sup> Sobre la relación de causalidad en los ilícitos por omisión, ver *supra*.

<sup>20</sup> Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “La responsabilidad del Estado por omisión en la experiencia jurisprudencial”, en A.J. BUERES - A. KEMELMAJER DE CARLUCCI (dirs.),

Ante la ausencia de una norma expresa, y resultando el conflicto de intereses de similar naturaleza, pesa sobre el actor la demostración de que la omisión es abusiva o ilegítima.

En este sentido se pronunciaron las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999) que declararon: “*La responsabilidad del Estado por omisión procede no sólo cuando se infringe el mandato establecido en una norma especial, sino también cuando se transgreden los principios que informan al ordenamiento jurídico*”.

La ponderación de todos estos extremos debe ser realizada con realismo y prudencia, sin perder de vista que el ejercicio del poder de policía estatal no siempre puede ser llevado a cabo con la misma intensidad o amplitud, toda vez que el mismo es no uniforme, fijo o similar en todos los casos. Y muy especialmente, que para que se configure la responsabilidad estatal en tales circunstancias debe haber relación causal adecuada demostrada entre esa omisión y el daño producido<sup>21</sup>.

*d. La responsabilidad del Estado por omisión: ¿objetiva o subjetiva?*

Se discute si la responsabilidad *del Estado* por omisión es objetiva o subjetiva.

La mayor parte de la doctrina nacional, en posición que compartimos, se inclina por su carácter objetivo. La responsabilidad del Estado por actividad ilegítima, basada en la idea de falta de servicio, es siempre objetiva, provenga de actos de comisión o de omisión<sup>22</sup>.

De acuerdo con otra orientación, minoritaria, se trataría de una responsabilidad subjetiva<sup>23</sup>.

---

*Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, p. 487, n. VI, 2. Conf: Ricardo L. LORENZETTI, “Notas sobre la responsabilidad civil por omisión”, *Zeus*, 33-D- 55.

<sup>21</sup> SCMendoza, Sala I, 18/10/1996, “Norton, María c/ Munic. de Godoy Cruz”, *La Ley*, 1997-B, 92.

<sup>22</sup> Juan Carlos CASSAGNE, “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en la obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, p. 46, n. 6.

<sup>23</sup> Guillermo MUÑOZ, *Responsabilidad del Estado por omisión*, en la obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, p. 89, en esp. n. II, c), p. 93.

Nosotros creemos que se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva, desde el mismo momento en que no puede predicarse la existencia de imputación de primer grado por defecto de voluntad en la persona con relación a la cual se formula el juicio de atribución de consecuencias dañosas. Se plasma, en definitiva, un estándar de diligencia objetivado, una suerte de culpa objetiva, que constituye un factor de atribución específico, distinto de los tradicionalmente concebidos (riesgo creado, garantía, etc) y no incompatible con ellos.

*e. Algunos supuestos de responsabilidad del estado por omisión en la jurisprudencia*

Los casos de aplicación de la figura que nos ocupan son numerosos y su estudio en profundidad excedería los límites de este trabajo

De allí que nos circunscribimos a mencionar a manera ejemplificativa los aspectos que reputamos de mayor importancia, a la luz de la jurisprudencia dominante.

1) Omisión de control por parte del Banco Central de la República Argentina sobre las entidades financieras (BCRA)

La responsabilidad por omisión de control de las entidades financieras liquidadas por parte del Banco Central de la República Argentina ha tenido importantes desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales.

En la mayoría de los casos, sin embargo, las demandas no prosperaron por distintas razones.

Se adujo, por ejemplo, que las funciones de supervisión del BCRA no se extienden al control sobre todas y cada una de las operaciones de los bancos controlados; que existen ámbitos de muy difícil acceso para el controlante, particularmente cuando se trata de verificar actividades riesgosas para la entidad financiera que luego la llevaron a la ruina; de allí que en tanto se hayan ejercido de modo razonable las facultades de control del Banco Central, mal podría inferirse una responsabilidad por omisión<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> CNApel. en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 2/7/85, "Sykes Violeta y otro c/ Banco Central". La causa llegó a la Corte por vía de recurso extraordinario, el cual fue rechazado. Ver C.S., 19/11/87, "Sykes", L.L. 1988-C, 331.

La Corte Suprema ha sostenido que “La ley 22.529 no le impone al Banco Central ningún deber extracontractual de atender las obligaciones contraídas por la entidad financiera intervenida. En todo caso, la autoridad monetaria tiene la obligación de administrar diligentemente el patrimonio de aquella durante la intervención, so pena de responder por los daños y perjuicios que pueda ocasionarle. En virtud de lo expuesto, ante el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el banco intervenido, los terceros deben encausar sus pretensiones contra éste, que es el sujeto con el cual contrataron y el que, por ende, debe satisfacer la prestación comprometida”<sup>25</sup>.

En análogo sentido, frente a un reclamo articulado por el suscriptor de obligaciones negociables contra el Banco Central en virtud de la insolvencia patrimonial de la entidad emisora, se rechazó la pretensión resarcitoria alegándose que “el perjuicio invocado por el actor es inherente al riesgo de la inversión financiera llevada a cabo, sin que pueda evidenciarse vinculación causal entre la quiebra de la emisora y la actuación del organismo emplazado, máxime si frente a las deficiencias detectadas implementó un plan de saneamiento de la entidad, cuyo fracaso no puede serle atribuido”<sup>26</sup>.

Nosotros creemos que en un ámbito fuertemente especializado, como es el de los mercados financieros, los parámetros de control deben ser juzgados a la luz de la regla del art. 902 C.C. y no con la benévola laxitud con que muchas veces, de modo contemplativo, se modulan las omisiones del Banco Central de la República Argentina. Lo dicho asume mayor relieve si se pondera que la caída de una entidad financiera muchas veces puede ser razonablemente prevista y consecuentemente prevenida, a través de controles eficientes, que eviten el daño a terceros, particularmente a quienes contratan en la convicción de que lo están haciendo con una entidad solvente y peor aún, controlada por la autoridad de aplicación<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> C.S., 20/12/94, “Demartini, Oscar P. y otros c/ Banco Central”, L.L. 1995-B, 101

<sup>26</sup> CNApel. Contencioso Administrativo Federal, Sala II, 26/11/2009, “Romagnoli, Jorge Alfredo c/ B.C.R.A.”, La Ley on line; idem, “Guerra Rosendo Osvaldo c/ Banco Central de la República Argentina”, 8/11/2005, RCyS, 2006-884.

<sup>27</sup> El tema fue objeto de tratamiento en las Primeras Jornadas de Derecho Civil, celebradas en Mendoza, en el año 1983, que recomendaron: “El Banco Central de la República Argentina no es responsable indirecto (art. 1113 C.C.) en los supuestos de

2) Omisión de control de la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN).

Una situación similar se plantea con la responsabilidad del Estado y de la Superintendencia de Seguros de la Nación por omisión de control sobre las compañías aseguradoras liquidadas, verdadero flagelo para cientos de empresarios y damnificados en la hora actual<sup>28</sup>.

La jurisprudencia exhibe algunos ejemplos en los cuáles se condenó al Estado por falta de adecuado control de las entidades aseguradoras, a través del cual podrían haberse evitado los efectos perniciosos que arrojó su liquidación. Se menciona como ejemplo, la causa “Sorba”, resuelta por la Cámara Federal de Mar del Plata<sup>29</sup> en la que se condenó a la SSN a abonar una indemnización, imputándole falta de servicio por omisión de un cuidadoso control sobre el estado económico - financiero de la aseguradora, a efectos de impedir que la misma llegue al estado de liquidación y se vea imposibilita de cumplir los compromisos contraídos con sus asegurados. Le reprochó, asimismo, una actitud “en exceso pasiva ante la manifiesta situación de emergencia económico - financiera de una entidad aseguradora (traducida en permitir su funcionamiento durante un lapso prolongado en estado de cesación de pagos y en comisión de diversas infracciones al régimen legal), limitándose a disponer sucesivas intimaciones destinadas a reponer el déficit de capital mínimo, pero sin adoptar las medidas o sanciones urgentes que exigía la crítica situación del asegurador y era su deber resolver, incumpliendo con el poder de policía que le

---

responsabilidad extracontractual de las entidades financieras, excepto cuando se configura un ejercicio abusivo del poder de policía financiera que ejercita sobre ellas”. La cita está tomada del trabajo citado de Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La responsabilidad del Estado por omisión en la experiencia jurisprudencial*, p. 498, V, 1.

<sup>28</sup> Ver, Miguel Ángel PIEDECASAS, “La responsabilidad del Estado y la Superintendencia de Seguros de la Nación por la liquidación de las empresas de seguros”, Revista de derecho de daños, n. 9, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 167; Gabriel STIGLITZ, *Responsabilidad estatal por la liquidación de entidades aseguradoras*, en O.J. AMEAL (dir.) - S.Y. TANZI (coord.), *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI (Homenaje al Profesor Doctor Roberto M. López Cabana)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 369; Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La responsabilidad del Estado por omisión en la experiencia jurisprudencial*, en BUERES A.J. - A. KEMELMAJER DE CARLUCCI (dirs.), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, p. 498, n. V, 2).

<sup>29</sup> Cám. Fed. Mar del Plata, 2/3/ 2000, J.A. 2000-II- 694.

había sido delegado”. Este fallo, empero, fue asombrosamente revocado por la Corte Suprema en un pronunciamiento pasible de severa crítica<sup>30</sup>.

3) Responsabilidad del Estado por omisión de control de existencia de seguros obligatorios.

Se ha responsabilizado al Estado por la omisión de control de la existencia de contratos de seguro sin límite de cobertura por persona transportada, en aquellos casos en los que la normativa vigente imponía tal aseguramiento<sup>31</sup>. También se resolvió la condena en forma subsidiaria del Estado Provincial “a pagar una indemnización a quien sufrió un accidente de tránsito provocado por un transporte escolar que circulaba sin seguro de responsabilidad civil, si al momento de otorgar la habilitación anual la Administración omitió realizar los controles específicos que exige la ley 6082 de la Provincia de Mendoza, sobre todo tratándose de un servicio de transporte que tiene en sus manos la salud y la integridad de los niños<sup>32</sup>.”

En sentido contrario, se ha reputado improcedente responsabilizar al Estado “por la muerte de un peatón que fuera atropellado por un vehículo particular que carecía de seguro obligatorio y cuyo conductor no tenía antecedentes viales” al no haberse acreditado que aquél “a través de sus funcionarios, hubiese tenido conocimiento anterior al accidente de que el vehículo circulaba sin seguro”<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> C.S., 24/6/2004, L.L. 2004-E, 957.

<sup>31</sup> CNCom., Sala D, 30/9/2004, L.L. 2005-A, 720; SC Mendoza, 6/4/2006, L.L. Gran Cuyo, 2006- 739. Ver, sobre el tema, Augusto M. MORELLO - Rubén S. STIGLITZ, “Transporte público de pasajeros, seguro obligatorio y responsabilidad del Estado por falta de servicio, L.L. 2005-A, 756 y RCyS, 2005-607.

<sup>32</sup> Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I, 6/4/2006, “Provincia de Mendoza y otros en Pascual, Lorenzo c/ Moyano, Claudio y otros”, L.L. Gran Cuyo 2006 (julio), 740 y RCyS 2007, 558, con nota de José Luis CORREA, “Responsabilidad del Estado por falta de seguro en los servicios públicos impuros, por los daños y perjuicios de terceros, ante habilitación irregular”, L.L. Gran Cuyo, julio 2006, 739 y RCyS, 2007, 557.

<sup>33</sup> Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I, 14/10/2008, “Yllanes, Roque y otro c/ Vaquer, Miguel”, RCyS 2009-II, 96.

### 3. Omisiones de la Municipalidad en el ejercicio del poder de policía edilicio y de salubridad

#### 3.1. Poder de policía edilicio

Otro ámbito relevante de aplicación de la figura que nos ocupa lo encontramos en omisiones en el efectivo control del edilicio que pesa sobre las municipalidades, particularmente cuando sobrevienen derrumbes totales o parciales, derivados de una construcción deficiente, con lamentables consecuencias para terceros<sup>34</sup>. Ha dicho al respecto Andrada, que “la sola aprobación de los planos no puede eximir de responsabilidad a los Estados. Y si bien no puede exigírsele a los municipios un resultado, es claro que deben acreditar, cuando menos, una cuidadosa aprobación y, desde luego, la realización de las debidas inspecciones durante la construcción”<sup>35</sup>. En sentido coincidente, encontramos la opinión de Spota, quien señala que “el control que ejercen (los municipios) sobre la edificación se traduce en verificar el cumplimiento de las normas administrativas sobre la materia y se ejerce no sólo en la aprobación o desaprobación de los proyectos de obras, sino también en la vigilancia de la obra a los efectos de que ella se realice con arreglo a las prescripciones administrativas sobre la materia; la vigilancia tiene una única finalidad: acreditar si los trabajos se ejecutan o no conforme aquellas prescripciones dictadas en salvaguarda de la solidez, seguridad, higiene, moralidad y urbanismo”<sup>36</sup>.

Es lógico deducir que si se omiten tales controles, y se produce un daño que guarde relación causal con dicha circunstancia, el Estado deberá responder de manera concurrente con otros posibles legitimados pasivos (v.gr., director, proyectista, constructor, etc.), con basamento en la doctrina de la falta de servicio<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> CNCiv., sala F, 7/7/80, L.L. 1981-A, 198.

<sup>35</sup> Alejandro ANDRADA, *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos*, p. 219.

<sup>36</sup> Alberto G. SPOTA, *Tratado de la locación de obra*, Buenos Aires, Depalma, 1976, t. II, p. 299 y ss., n. 322.

<sup>37</sup> CNCiv., Sala F, 7/7/80, “Almirón de Barba c/ Giusberg y otros”, L.L. 1981-A-198.

Algunos fallos, sin embargo, exhiben criterios más severos, llegando a sostener que “la municipalidad resulta responsable por los daños y perjuicios sufridos por un propietario cuyo inmueble presentó graves defectos estructurales de construcción, ya que se encuentra acreditado que los inspectores de la comuna aprobaron la realización de la obra mediante una defectuosa vigilancia y control, incumpliendo las normas edilicias que ponían a su cargo dicha obligación”<sup>38</sup>.

### *3.2. Poder de policía de salubridad*

No menos relevante es la responsabilidad que pesa sobre el Municipio en materia de poder de policía sanitario. Se ha responsabilizado por esta vía a una municipalidad, “en los términos del art. 1074 del Código Civil, por las molestias padecidas por un vecino por la descarga de mercadería en horarios inadecuados, falta de aseo en las veredas y olores nauseabundos provenientes del desagote de pozos sépticos, derivados del funcionamiento de un supermercado lindante a su vivienda, pues ha incumplido el poder de policía en materia de salubridad que tiene a su cargo”<sup>39</sup>.

### *3.3. Responsabilidad por omisión de los entes reguladores.*

Los entes reguladores son entidades autárquicas, que integran la administración pública descentralizada, y tienen por cometido el control y vigilancia de la correcta prestación del servicio público o de la actividad regulada, con el objeto de brindar adecuada eficiencia y protección de los

---

<sup>38</sup> Cám. 4ª Civ., Com., Minas, de Paz y Trib. de Mendoza, 12/8/2008, “Tocino, Francisca R. c/ García Ernesto y otros”, L.L. Gran Cuyo, 2008 (octubre), 909. En sentido coincidente: Cám. 2ª Civ., Com., Minas, de Paz y Trib. Mendoza, 20/6/2009, “Abraham, José c/ Sindicato Obrero de la Industria de la Madera y otros”, RCyS, 2009-X, 185.

<sup>39</sup> Cám. 2ª Civ., Com., Minas, de Paz y Trib. de San Rafael, Mendoza, 1/12/2008, “Romano, Carlos c/ Superm. Los Amigos S.A. y Municipalidad de San Rafael”, LL Gran Cuyo 2009 (marzo), p. 193.

usuarios<sup>40</sup>. Están sujetos, en lo que ahora nos interesa, a las disposiciones de la ley 24.624

Cuando aquéllos omiten cumplir con los deberes que por ley pesan sobre ellos y el concesionario o licenciatario produce daños a los usuarios derivados de un servicio deficiente, o de la falta de servicio, pueden incurrir en responsabilidad por daños. Se trata, como se advierte, de un capítulo más dentro de la responsabilidad del Estado, que presenta, por cierto, algunas particularidades, cuya consideración en profundidad excede los límites de este estudio.

Baste por ahora con señalar que el ente regulador posee, dentro de los límites de su competencia, las tres funciones generales que caracterizan la actividad de un Estado, pues administra, legisla y ejerce ciertas funciones jurisdiccionales. De allí que si por vía de por vía de omisiones imputables, reveladoras de falta de servicio, genera daños a terceros, deberá responder.

Se aplica a estos entes reguladores las normas generales sobre responsabilidad estatal que estamos analizando, de modo particular la doctrina de la falta de servicio y las reglas que rigen la responsabilidad del Estado por omisión. Vale señalar, al respecto, que los distintos marcos regulatorios de su actividad, contemplan de modo específico su responsabilidad y también la de los integrantes de sus directorios (así, por ejemplo, el Enre y el Enargas)<sup>41</sup>. De las mismas surge con claridad que cuando el ente o los miembros de su directorio incurrieren en actos que impliquen un exceso en el ejercicio de las atribuciones conferidas por la ley y por su reglamentación, o en omisiones en el cumplimiento de las funciones y obligaciones inherentes a su cargo, cualquier persona cuyos derechos se vean afectados por dichos actos u omisiones, podrá interponer acciones legales ante el ente o la justicia federal, según corresponda,

---

<sup>40</sup> Ver, sobre el tema: Ramón Alberto UEZ, “Entes reguladores de los servicios públicos domiciliarios - Responsabilidad del Estado por la omisión en actividad de control”, L.L. 1999-C, 1054.

<sup>41</sup> Lo cual no permite inferir, en modo alguno, por cierto, que la ausencia de normas específicas en ciertos marcos regulatorios pueda ser entendida como circunstancias que impidan la configuración de dicha responsabilidad pues, como hemos dicho, se aplican los principios generales que rigen la responsabilidad estatal.

con el fin de que el ente y/o los miembros de su directorio cumplan con las obligaciones que les impone el marco regulatorio.

Queda claro que la responsabilidad puede gravitar no sólo sobre el ente regulador, sino también, en ciertos casos, sobre quienes integran su directorio<sup>42</sup>.

Con relación a estos últimos, nosotros pensamos que cabe formular la siguiente matización: si se trata de responsabilidad por hecho ilícito del ente, con basamento en la doctrina de la falta de servicio, o en otro factor objetivo de atribución (v.gr., art. 1113 C.C., riesgo creado) responderá frente a la víctima el ente y, si se dieran los presupuestos contenidos en el art. 1112 C.C., los directores y demás funcionarios de aquél que con su acción u omisión personal imputable a título de dolo o culpa, hayan provocado el menoscabo<sup>43</sup>.

En resumidas cuentas: según las circunstancias, tanto el ente como los funcionarios que integran su directorio tienen posibilidad de ser demandados como responsables directos ante el perjudicado. Ello, por cierto, sin perjuicio de la responsabilidad concurrente y directa que pueda pesar sobre el concesionario o licenciatarario o por otros terceros.

---

<sup>42</sup> Conf. Alberto BIANCHI, “La responsabilidad de los entes reguladores y de sus directores. Apuntes sobre la falta u omisión en la actividad de control”, trabajo de sumo interés publicado en L.L. 2000-D, 534; idem, “La responsabilidad de los entes reguladores”, publicado en la obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Editorial Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, Buenos Aires, 2001, p. 149. En sentido coincidente: Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, t. III-B, p. 403 y ss; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, 6ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, t. I, p. 311 y ss.

<sup>43</sup> Se discute si la responsabilidad del ente y de sus directores es concurrente o solidaria. Conforme un criterio, sería solidaria pues estaríamos ante un hecho ilícito delictual o cuasidelictual, que tornaría aplicable, por analogía, la solución prevista en los arts. 1081 y 1109 C.C.. Conf: BIANCHI, Alberto, trabajo y lugar citados en nota anterior; *Tratado de derecho administrativo*, t. III-B, § 1044, p. 404. De acuerdo con otra orientación (Agustín GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed., Buenos Aires, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, 2000, t. 2, ps. XIX-25-26), se trataría de un supuesto de obligación concurrente. Nosotros compartimos esta última opinión que es la que mejor se adecua a la realidad estructural que presenta la obligación resarcitoria en el caso que nos ocupa y a la falta de norma expresa que consagre la solidaridad pasiva en dicho supuesto.

Las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Santa Fe, 1999, abordaron esta temática y declararon:

“Los entes reguladores son responsables frente al usuario por el daño derivado del incumplimiento de los deberes que le imponen las normas vigentes. La responsabilidad es extracontractual y, en su caso, concurrente con la del prestador de servicios públicos” (Recomendación n.9). De igual modo se sostuvo: “El Estado es responsable en forma directa y objetiva por los daños derivados de los incumplimientos incurridos por los entes reguladores. La responsabilidad es concurrente con la de los entes reguladores y, en su caso, con la del prestador del servicio” (Recomendación n. 10).

### *3.4. Responsabilidad del Estado omisión de fiscalización de la salud de la población, y de los controles que ello requiere*

La Suprema Corte registra importantes precedentes que consagran la responsabilidad del Estado por omisión de adecuado control de la cobertura médica, particularmente de aquellas que padecen de discapacidad. En un relevante pronunciamiento sostuvo que corresponde al Estado Nacional “velar por el fiel cumplimiento de los tratamientos requeridos para una persona discapacitada, habida cuenta de la función rectora que le atribuye la legislación nacional -ley 24.901, decreto 1606/2002 y normativa concordante, y de las facultades que debe ejercer para coordinar e integrar sus acciones con las autoridades provinciales y diferentes organismos que conforman el sistema sanitario del país en miras a lograr la plena realización del derecho a la salud”<sup>44</sup>. Dentro de ese contexto, a la luz de lo dispuesto por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional -art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema- ha reafirmado la relevancia del derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida-, y ha destacado el deber impostergable de la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de

---

<sup>44</sup> C.S., 18/9/2007, “Passero de Barrera, Graciela N. c/ Estado Nacional”, L.L. 3/10/2007, 3/10/2007, 11; D.J. 2007-III, 392.

las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepaga. Como fruto de dicho razonamiento ha declarado inadmisibles un recurso extraordinario deducido contra una sentencia que endilgaba responsabilidad al Estado Nacional por omisión de adecuado control de la cobertura médica de las personas con discapacidad.

También las omisiones en el cumplimiento de la prestación de salud que debe brindarse en los nosocomios públicos, en adecuadas condiciones de diligencia<sup>45</sup> y seguridad, han sido consideradas determinantes para fundar la responsabilidad del Estado<sup>46</sup>.

### *3.5. Responsabilidad del Estado omisión de fiscalización de productos medicinales*

La doctrina dominante, con buen criterio, ha propiciado la responsabilidad del Estado derivada del insuficiente control de productos medicinales,

---

<sup>45</sup> C.Civ.Com. Jujuy, Sala II, 28/7/2009, “Ruiz, Domingo y otra c/ Estado Provincial”, La Ley on line; Cám.Cont.Adm. y Trib. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, 29/5/2009, “Gómez José Luis y otros c/ GCBA y otros”, L.L. CABA, 2009 (agosto) y RCyS, 2009-IX, 28; Cám. Civ.Com.Mercedes, Sala III, 10/3/2009, “Rodríguez José H. y otra c/ L.P.A. y otros”, L.L.B.A. 1009 (abril), 328; CNCiv., Sala B, “Rodríguez Raúl A. c/ Hospital General de Agudos José M. Penna”, 27/9/2007, La Ley on line;

<sup>46</sup> SCBA, 27/10/2004, “Alba, Antonia E.y otro c/ Municipalidad de Trenque Lauquen”, L.L.B.A. 2005 (febrero) y 44 - RCyS 2005, 1043, donde se atribuyó “responsabilidad al establecimiento sanitario público por la omisión del deber de vigilancia de un enfermo que revestía por su estado psicológico peligro para sí y para terceros, y escapó y produjo la muerte de una persona, ya que la falta de servicio del nosocomio propiedad del municipio demandado, revela su responsabilidad de acuerdo a los arts. 901 a 906 y 1112 del C.C.”. El alto tribunal bonaerense sostuvo en dicha oportunidad que: “La circunstancia de que el hospital propiedad de la municipalidad demandada, no contara con las medidas específicas para asegurar la contención de un paciente que portaba una patología psiquiátrica, no mitigan la responsabilidad por la omisión de cumplir con el deber de vigilancia del enfermo que escapó del nosocomio y produjo la muerte de una persona, ya que debió activar su inmediata derivación a un establecimiento más idóneo si no se consideraba con capacidad para dar una respuesta médica adecuada”. En sentido coincidente: Cám.Civ.Com. Jujuy, Sala II, 24/8/2009, “Quiroga Rosa N. y otro c/ Estado Provincial”, La Ley on line.

“siempre que se acredite la existencia de relación causal adecuada entre la ausencia o deficiencia en el control de la farmacopea por los organismos competentes y el resultado dañoso producido por el medicamento”<sup>47</sup>.

En ese orden de ideas, en un resonante fallo, la Corte Suprema resolvió que no cabe atribuir responsabilidad por omisión al Estado Nacional por el fallecimiento de una persona a raíz de la ingesta de un producto -propóleos con altas concentraciones de dietilenglicol- elaborado por un laboratorio no autorizado para su venta<sup>48</sup>. Sostuvo que si bien la ley 16.463 -de contralor de drogas y productos utilizados en medicina humana- le asigna la tarea de fiscalizar la salud de la población en sentido amplio, no resulta razonable pretender que el ejercicio de policía sanitaria y la facultad del Estado para dictar las disposiciones reglamentarias o complementarias tendientes a cumplir la finalidad del decreto 9763/64, reglamentario de la ley mencionada, puedan llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que se produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa<sup>49</sup>. De acuerdo al alto tribunal,

---

<sup>47</sup> Roberto M. LÓPEZ CABANA - Isidoro H. GOLDENBERG, ponencia presentada al 2º encuentro sobre responsabilidad civil por productos farmacéuticos y medicinales, Rev. El Jurista, Rev. Jurídica el Nordeste, n. 4, Morón, Corrientes, IV-1987, p. 8, citado por Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La responsabilidad del Estado por omisión en la experiencia jurisprudencial*, p. 500, texto y nota 35.

<sup>48</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/10/2009, “Parisi de Frezzini, Francisca c/ Laboratorios Huilén y otros”, L.L. 18/11/2009, 11.

<sup>49</sup> En el dictamen de la procuradora fiscal, que la Corte hace suyo, se sostuvo: “El poder de policía sanitaria, en el caso de las actividades vinculadas con los productos de uso y aplicación en la medicina humana, está legalmente definido de modo genérico -ley 16.463 y decretos reglamentarios, así como, en el caso, ley de ministerios 22.520 (t.o. 1992)- y no se identifica con una garantía absoluta de privar de todo daño a los ciudadanos derivado de la acción de terceros, pues, consagrar una regla de este tipo es una decisión que el legislador no ha tomado, y que no registra antecedentes en el derecho comparado, siendo irrazonable que el Estado sea obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería insoportablemente costosa para la comunidad y que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger (...) En el caso de la omisión ilegítima rigen los presupuestos derivados de la responsabilidad extracontractual del Estado, razón por la cual, como en toda pretensión indemnizatoria que involucre una reparación de daños y perjuicios no puede estar ausente el nexos causal entre el daño invocado y la prescindencia estatal, de manera que las consecuencias dañosas puedan serle imputadas, debiendo

la ley 16.463 (arts. 1º, 2º, 3º y 19), imponía al laboratorio demandado el estricto cumplimiento de deberes expresos en cuanto a la elaboración de los medicamentos y, específicamente, solicitar la autorización respectiva del Ministerio de Salud de la Nación a tal fin, exigencia que no cumplió, desde el mismo momento en que los productos que se encontraban a la venta -cuya ingesta provocó el fatal desenlace - carecían de los certificados, entre otras irregularidades. Ello llevó a la Corte a la convicción de que la lesión era atribuible a la conducta del laboratorio y no a la omisión del Estado Nacional, derivada de falta de servicio.

### *3.6. Omisión del ejercicio del poder de policía de seguridad*

En materia de responsabilidad del Estado por omisión del ejercicio del poder de policía de seguridad, la jurisprudencia de la Corte Suprema, y con ella la gran mayoría de los tribunales superiores de Provincia<sup>50</sup>, exhibe criterios muy estrictos, que han conducido, en la mayoría de los casos, al rechazo de la pretensión resarcitoria<sup>51</sup>. Ha dicho, reiteradamente en tal sentido, que la invocación del ejercicio del poder de policía de seguridad, particularmente en la prevención del delito, que corresponde al Estado, “no es suficiente para atribuirle responsabilidad en eventos en que ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, pues no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos y a la prestación del servicio de justicia pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las conse-

---

responder si el perjuicio es consecuencia de la omisión en una relación de causa a efecto sin elementos extraños que pudieran fracturar la vinculación causal y, dentro de ese marco, quien reclame la correspondiente indemnización debe probar, como principio, esa relación de causalidad (del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo).

<sup>50</sup> Ver, por ej., SCBA 11/4/2007, “Acuña, Luis E. y otros c/ Rosano, Mariano E. y otros”, D.J. 2007-III, 650.

<sup>51</sup> Ver María Susana VILLARRUEL, “Las omisiones del Estado en orden a garantizar la seguridad de las personas y los bienes”, Revista de Derecho de Daños, 2007-2, *La omisión en el derecho de daños*, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 155 y ss.

cuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa”<sup>52</sup>. En base a esa argumentación, se han rechazado sistemáticamente demandas articuladas contra el Estado por omisión del poder de policía de seguridad cuando se reprocha omisión de la policía ante robos o asaltos en la vía pública.

En cambio, en otros supuestos, se ha admitido la responsabilidad estatal por omisión. Así por ejemplo, en el caso de daños experimentados por los ocupantes de un automotor, que volcaron a raíz de una zanja profunda que venía luego de una lomada. La Corte consideró que “la falta de señalización de ese peligro, conducen a crear un riesgo imprevisible para terceros”<sup>53</sup>. De igual modo, en el célebre caso “Pose c/ Provincia de Chubut”<sup>54</sup>, del año 1992, se condenó a la Municipalidad de Puerto Madryn por omisión del poder de policía de seguridad sobre las playas en las que ejercía jurisdicción, por los daños sufridos por un joven nadador que se arrojó al mar desde una plataforma, cuando las aguas se retiraban golpeando contra la arena y quedando en estado de cuadruplejía. En otra causa, se consideró que el Estado provincial demandado resultaba responsable por la omisión culposa ante el fallecimiento de un joven simpatizante de Talleres de Córdoba, a raíz del ataque con armas de fuego de “barrasbravas” de San Martín de Tucumán, en las proximidades del estadio de fútbol de este último, “y en momentos antes al inicio de un evento deportivo, toda vez que la policía no diseñó un operativo de seguridad adecuado a las circunstancias de las personas, de tiempo y lugar que se requerían, pues por las características del partido era previsible la llegada de numerosos hinchas del equipo visitante desde horas de la mañana por lo que la implementación del operativo horas después resultó, por lo tardío, notoriamente imprudente, ineficaz e ineficiente”<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> C.S., 6/5/2008, “F., P. M. c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, La Ley Online; ídem, 6/3/2007, “Mosca, Hugo A. c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, L.L. 2007-B, 261 y RCyS 2007, 344; ídem, 24/10/2006, “Santillán, Luis Alberto c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, La Ley Online; ídem, 28/5/2002, “Expreso Hada S.R.L. c/ Provincia de San Luis y otros”, L.L. 2003-A, 347, y RCyS 2002, 1001.

<sup>53</sup> C.S., 2/7/91, “Lunati”, Fallos 314:661.

<sup>54</sup> Fallos 315:2834.

<sup>55</sup> Cámara Civ. y Com. Tucumán, Sala III, 21/10/2008, La Ley on line.

### *3.7. Omisión de seguridad en institutos penitenciarios*

Se ha reconocido, asimismo, la responsabilidad del Estado por los daños sufridos por un recluso muerto a puñaladas en un establecimiento carcelario, por omisión de cumplimiento de los deberes de seguridad que pesan sobre aquél, con basamento, inclusive, en el art. 18 de la Constitución Nacional<sup>56</sup>.

### *3.8. Omisión de control infracciones a normas de tránsito*

También se ha declarado responsable a la Policía Federal por omisión de sus deberes de fiscalización y comprobación de las infracciones a normas de tránsito. Vale recordar, a manera de ejemplo, una condena dispuesta por un tribunal porteño, que declaró: “La Policía Federal es responsable por los daños ocasionados a un vecino debido al estacionamiento de camiones de hacienda en la vereda de su casa, si ello se encontraba prohibido, pues se encuentra dentro de sus competencias la obligación de fiscalizar y comprobar las normas de tránsito”, máxime en una zona en la que ni siquiera la circulación de ese tipo de vehículos estaba permitida<sup>57</sup>.

### *3.9. Omisión de ejecución de obras públicas indispensables*

La omisión por parte del Estado de ejecutar obras indispensables, con el margen de subjetividad que, por cierto, encierra dicho concepto, ha dado lugar a algunos pronunciamientos relevantes. Así se ha condenado a la Provincia de Mendoza a resarcirlos daños sufridos por una persona en su propiedad, “al desbordarse un canal aluvional a causa de una tormenta,

---

<sup>56</sup> C.S., 10/4/ 2003, “Gothelf, Clara Marta c/ Provincia de Santa Fe”, Fallos 322: 40.

<sup>57</sup> Cámara Cont. Adm. y Trib. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, 14/5/ 2009, “Carosi, Sergio c/ GCBA”, LLCABA, 2009 (diciembre), 702. En la misma causa, se rechazó la acción promovida contra el Gobierno de la ciudad.

pues la prueba producida en el expediente demuestra de un modo suficiente que la causa de los daños sufridos por el actor no ha sido otra que la omisión antijurídica de los entes estatales legalmente creados, respecto al escaso o nulo mantenimiento del canal durante varios años, lo que impidió el normal escurrimiento de aguas que lógicamente pueden ser conducidas por esos cauces”<sup>58</sup>.

En idéntico sentido, otro tribunal condenó a la Provincia de Buenos Aires “por los daños ocasionados al propietario de un predio rural en virtud de la prolongada inundación del mismo, pues si bien mediaron concausas naturales, tales como la caída de copiosas lluvias y la escasa pendiente del terreno, frente a esas circunstancias previsibles y conocidas, el Estado Provincial omitió ejecutar obras de desagüe programadas, y las obras de canalización realizadas en el curso superior de la cuenca agravaron aún más el estancamiento de las aguas en el predio del actor, es decir que la falta de previsión en el manejo hídrico y el proceder estatal apartado del plan trazado contribuyeron a la causación del daño”<sup>59</sup>.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se inclina decididamente en este sentido<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Cámara 3ª Civ., Com., Minas, de Paz y Trib. de Mendoza, 2/9/2009, “Morassutti, Ernesto c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza”, RCyS, 2010-I, 147 y LLGran Cuyo, 2009 (diciembre). Se rechazó con razón la eximente basada en el caso fortuito articulada por la demandada, en razón de no haberse acreditado no sólo el carácter imprevisible de las lluvias acaecidas, sino también la inevitabilidad de sus efectos.

<sup>59</sup> Cámara Civ. y Com., Dolores, 18/8/2009, “Estancia las Encadenadas S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”, la ley on line.

<sup>60</sup> Ver, por ejemplo, 24/2/2004, “Serenar S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”, L.L. 2004-D, 319.



# RESPONSABILIDAD POR COSAS ARROJADAS O CAÍDAS DE UN EDIFICIO EN PROPIEDAD HORIZONTAL

FÉLIX A. TRIGO REPRESAS

**Sumario:** 1. Exordio: homenaje al “maestro” Dr. Luis Moisset de Espanés. 2. La caída de algo a la calle desde un edificio. 3. Partes privadas y comunes en la propiedad horizontal. 4. La fachada del edificio también es parte “común”. 5. Responsabilidad civil por cosas arrojadas a la calle o expuestas a caer a la misma por su defectuosa colocación o ubicación. 6. Fundamento de esta responsabilidad. 7. Quién o quiénes son los responsables. 8. Responsabilidad del “consorcio” por cosas desprendidas y caídas del propio edificio”. 9. La responsabilidad del “consorcio” por cosas caídas desde el frente del edificio. 10. La responsabilidad por cosas arrojadas desde el edificio.

## 1. Exordio: homenaje al “maestro” Dr. Luis Moisset de Espanés

Hace exactamente tres décadas, allá por el año 1980 del pasado siglo XX, tuvimos el honor de participar en la obra *Estudios de Derecho Civil*, en lo que constituyera el primer homenaje en vida efectuado en nuestro país, a un destacado jurista de aquella época: el profesor doctor Luis Moisset de Espanés <sup>1</sup>.

Ahora, treinta años después y ya en el siglo XXI, nuevamente nos convoca el rendir homenaje en vida, a quien durante todo este tiempo, en constante actividad y producción jurídica, ha continuado creciendo y reafirmandose como una de las mejores y más ilustres figuras del derecho civil de nuestro país. Por lo que otra vez nos hemos hecho presentes, muy honrados y gustosos, para rendir nuestro sentido tributo al querido amigo

---

<sup>1</sup> *Estudios de derecho civil. Homenaje al Dr. Luis Moisset de Espanés al cumplir 20 años de docencia universitaria*, Buenos Aires, 1980.

e indiscutido “maestro” del derecho Dr. Luis Moisset de Espanés; a quien brindamos un caluroso abrazo y nuestros mejores deseos de continuidad en su exitosa trayectoria de jurista.

## **2. La caída de algo a la calle desde un edificio**

El tema que ha de ocuparnos en esta modesta colaboración, ha de ser el de la responsabilidad por cosas caídas o arrojadas a la calle desde un edificio en propiedad horizontal.

Ahora bien, cuando de un edificio cae algo a la calle, necesariamente ha de provenir de alguna parte de su fachada<sup>2</sup>, o también, tratándose de un inmueble que forme parte de una esquina, de una pared lateral que igualmente dé sobre una vía pública, y máxime si ésta posee alguna abertura hacia el exterior.

## **3. Partes privadas y comunes en la propiedad horizontal**

En nuestro país la propiedad horizontal fue establecida por la ley 13.512 del año 1948.

En la misma se dispuso el régimen de edificios con distintos pisos o departamentos, que fuesen independientes entre sí y tuviesen una salida a la vía pública.

Y en ellos: “*cada propietario será dueño exclusivo de su piso o departamento y copropietario sobre el terreno y sobre todas las cosas de uso común del edificio*, o indispensables para mantener su seguridad”; como lo son: “Los cimientos, muros maestros, techos, patios solares, pórticos, galerías y vestíbulos comunes, escaleras, puertas de entra-

---

<sup>2</sup> Antonio CAMMAROTA, *Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos*, Buenos Aires, Depalma, 1947, t. II, p. 531 y ss., Nº 384 y ss.; Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, en el *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, director: Augusto C. Belluscio y coordinador: Eduardo A. Zannoni, Buenos Aires, Astrea, 1984, t. 5, p. 651, art. 1119, § 6.

da, jardines; ...Los locales o instalaciones de servicios centrales, como calefacción, agua caliente o fría, refrigeración, etcétera; ...Los locales para el alojamiento del portero y portería; ... Los tabiques o muros divisorios de los distintos departamentos; ...Los ascensores, montacargas, incineradores de residuos y en general todos los artefactos o instalaciones existentes para servicios de beneficio común... enumeración (que) no tiene carácter taxativo” (art. 2º ley 13.512).

La propiedad horizontal se basa en suma en una particular combinación: de dominio exclusivo sobre las partes privadas, que son fracciones independientes; y de copropiedad, en rigor un condominio con indivisión forzosa, sobre las partes comunes. Resultando así una coexistencia y superposición armoniosa de esas dos figuras de derecho, que al actuar unidas, conforman un condominio circunscripto a sólo las partes del edificio que revistan el carácter de cosas de necesidad común <sup>3</sup>.

#### 4. La fachada del edificio también es parte “común”

Empero, no obstante no estar expresamente mencionados en la enumeración del prealudido art. 2º de la ley 13.512, cuyo in fine aclara que aquélla no es taxativa, *“tanto la fachada como las demás paredes perimetrales del edificio... deben considerarse en nuestro sistema bienes comunes pertenecientes pro indiviso a todos los copropietarios, y asimilables a los muros maestros, en virtud de estar afectados a la existencia y disfrute del conjunto del inmueble (art. 2º, primera parte)”* <sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Hernán RACCIATTI, *Propiedad por pisos o por departamentos*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1958, p. 127 y ss., Nº 68.

<sup>4</sup> RACCIATTI, *Propiedad por pisos o...* cit., p. 82, Nº 40; y en similar sentido, entre otros: Mario J. BENDERSKY, “El uso y goce de las partes comunes en el régimen de la propiedad horizontal” en J.A. 1960-VI, Sección Doctrina, ps. 89, Nº I.1; 91 y ss., Nºs III.1 y 2.; y 93 y ss., Nº IV, 2. y ss.; Alberto Aníbal GALVÁN, *Manual teórico-práctico de propiedad horizontal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1987, p. 77 y ss., § 7, letra d); Eduardo Jorge LAJE, *La propiedad horizontal en la legislación argentina*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1957, p. 74 y ss., Nºs 109, 110 y 114; Pierre POIRIER, *La propiedad horizontal. Condominium*, trad. de Acdeel E. Salas, 2ª ed., Buenos Aires, Arayú, 1955, p. 51 y ss., Nº 53.

Lo cual es así, aún cuando el frente coincida con fracciones privativas, atento que el mismo está formado por un muro maestro, y no puede, por ende, ser objeto de ninguna modificación, sin el consentimiento de todos los copropietarios<sup>5</sup>; tal como además resulta del último párrafo del art. 5º de la ley 13.512, cuando dispone que: “Está prohibido cambiar la forma externa del frente...”.

### **5. Responsabilidad civil por cosas arrojadas a la calle o expuestas a caer a la misma por su defectuosa colocación o ubicación**

Nuestro Código Civil se ocupa de estos casos de responsabilidad, en el tercer apartado de su art. 1119, que extiende la aplicación de la regla de la responsabilidad por el hecho de otro del precedente art. 1118 -la de los dueños de hoteles por daños causados por sus agentes o empleados, en efectos de quienes habiten en ellos-, a “los padres de familia, inquilinos de la casa, en todo o en parte de ella, *en cuanto al daño causado a los que transiten, por cosas arrojadas a la calle*, o en terreno ajeno, o en terreno propio sujeto a servidumbre de tránsito, o *por cosas suspendidas o puestas de un modo peligroso que lleguen a caer...*”.

Lo contemplado son, pues, dos hipótesis distintas de responsabilidad: a) por las cosas “arrojadas”, es decir tiradas o lanzadas, desde una casa o departamento, que causen daño a los peatones (*actio de effusis et dejectis*); y b) por las cosas mal colocadas o suspendidas, verbigracia macetas, carteles, etc., de manera que puedan llegar a caer y provocar perjuicios a transeúntes (*actio de positis vel suspensis*); figuras ambas que tienen su origen en el derecho romano<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> CNCiv., Sala B, 14/8/63, “Berri c/ Muñoz Sauca S.A.”, L.L. 112-435 y E.D. 6-229; *idem*, Sala C, 19/2//63, “Mazzarello c/ Rozenkopf”, E.D. 5-245.

<sup>6</sup> Pedro N. CAZEAUX - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, 3ª ed., La Plata, Platense, 1996, t. 5, p. 187, Nº 2683; Dora M. GESUALDI, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, dirección: Alberto J. Bueres y coordinación: Elena I. Highton, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, t. 3-B, p. 142, art. 1119, § 1.

Ahora bien, en rigor ambos supuestos referidos *supra* encuadran perfectamente dentro de los casos de daños causados con intervención de cosas, regulados a partir de la reforma de la ley 17.711/68, en el segundo párrafo del art. 1113 del C.C..

No obstante lo cual, el perjuicio ocasionado *por cosas arrojadas* desde una casa, se ubica claramente dentro de la hipótesis del daño causado por el hombre, aunque utilizando o valiéndose de la cosa tirada o lanzada, de la primera parte de ese párrafo.

En tanto que cuando se trata de cosas defectuosamente emplazadas o suspendidas, y que por ello puedan caer y lesionar a quienes pasan caminando por el lugar; parece más bien que es la sola circunstancia de hallarse aquéllas de esa manera, por haber sido puestas «de un modo peligroso que lleguen a caer» como lo dice el propio art. 1119, lo que genera la contingencia, o quizá la probabilidad, de que pudiesen efectivamente precipitarse hacia el pavimento y dañar a peatones. De modo que lo que se configura es más bien el «riesgo» de poder caer que genera esa cosa mal puesta; “riesgo” de la cosa que en rigor está mencionado en la última parte del citado párrafo segundo del art. 1.113 del C.C..

Pero no obstante, la hipótesis de reparación de daños causados por cosas arrojadas o caídas como consecuencia de su defectuosa instalación o ubicación, constituye un supuesto particular de responsabilidad, con expresa y específica regulación en nuestro Código Civil dentro de la “responsabilidad por el hecho de otro”.

## 6. Fundamento de esta responsabilidad

El fundamento de esta responsabilidad para muchos de nuestros autores sería la culpa *in vigilando*<sup>7</sup>; pese a establecer la norma una presunción *juris et de jure*, que no admite prueba exculpatoria en contrario.

---

<sup>7</sup> Henocho D. AGUIAR, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, Buenos Aires, TEA, 1950, t. III, p. 133, N° 115, a); Antonio CAMMAROTA, *Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos* cit., t. II, p. 533, N° 386; Leonardo A. COLOMBO, *Culpa aquiliana (Cuasidelitos)*, 2ª ed., Buenos Aires, TEA, 1947, p. 396, N° 131; Raúl J.

Nosotros no podemos concebir una responsabilidad fundada en una presunción de culpa, que no admita prueba en contrario. Y por tal razón disentimos con esa postura y nos sumamos a quienes piensan que se trata de una responsabilidad objetiva o sin culpa; que encontraría su razón de ser, en la necesidad de amparar a los transeúntes de las agresiones torpes o negligentes, que puedan provenir de los edificios por frente a los cuales transitan<sup>8</sup>. Por lo demás, este criterio se ve corroborado con lo establecido en la parte final del mismo art. 1119, en el cual, en caso de haber dos o más familias en la casa e ignorarse de cuál habitación provino la caída del objeto dañoso, se resuelve que «responderán todos del daño causado»; lo cual constituye una clara evidencia de una responsabilidad atribuida sin culpa, dado que al menos un responsable (o más, según el número de habitantes) resultará obligado por el hecho ilícito de alguien, a su respecto extraño y, por ende, ajeno<sup>9</sup>.

## 7. Quién o quiénes son los responsables

En cuanto a esta cuestión, el art. 1119 que nos ocupa tiene una deficiente redacción, pues habla de “padres de familia, inquilinos de la casa”; dando la impresión de que la ley excluye de tal responsabilidad a

---

CORNEJO, *Responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno*, Buenos Aires, Depalma, 1943, p. 92, N° 90; Héctor LAFAILLE, *Derecho civil. Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Ediar, 1950, t. II, p. 435, N° 1321; Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, 1980, t. IV-A, p. 449 y ss., N° 2560-a); Raymundo M. SALVAT - Arturo ACUÑA ANZORENA, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, Buenos Aires, TEA, 1954, t. IV, p. 182, N° 2843.

<sup>8</sup> Luis María BOFFI BOGGERO, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Astrea, 1981, t. 5, p. 812 y ss., § 2113; Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 9ª ed. actualizada por Alejandro Borda, Buenos Aires, La Ley, 2008, t. II, p. 317 y ss., N° 1423; Pablo A. HORVATH, “La responsabilidad objetiva” en J.A. Doctrina 1970, p. 563; KEMELMAJER DE CARLUCCI en *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, Dir. Belluscio - Coord. Zannoni, cit., t. 5, p. 656 y ss., § 10; Roberto M. LÓPEZ CABANA - Néstor L. LLOVERAS, “La responsabilidad colectiva”, en E.D. 48, p. 804; Federico PUIG PEÑA, *Tratado de derecho civil español*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1946, t. IV, vol. II, p. 583, letra D) - C).

<sup>9</sup> CORNEJO, *Responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno* cit., p. 91, N° 90.

los que habitan en casa de su propiedad. Lo cual constituiría, obviamente, un absurdo.

Por lo que debe entenderse que la norma se refiere a los jefes de familia o cualquier persona que tenga autoridad familiar y ejerza cierta potestad sobre quienes conviven con ellos y mantienen trato doméstico. Siendo en cambio indiferente a los fines de esta responsabilidad, la calidad de ser propietario, poseedor, usuario, locatario o hasta mero detentador, del departamento desde el cual se arrojara o cayera algún objeto <sup>10</sup>.

## 8. Responsabilidad del “consorcio” por cosas desprendidas y caídas del propio edificio

Este supuesto es en rigor ajeno a la preceptiva del art. 1119 del C.C. Estando en cambio expresamente contemplado en el art. 2616 del mismo Código, que establece: “Todo propietario debe mantener sus edificios de manera que la caída, o los materiales que de ellos se desprendan no puedan dañar a los vecinos o transeúntes, bajo pena de satisfacer los daños o intereses que por su negligencia les causare”.

Por otra parte, con anterioridad a la reforma de la ley 17.711 de 1968, constituía uno de los casos de responsabilidad del dueño de cosas inanimadas, expresamente contemplado en los por esa misma ley derogados arts.: 1133, que en su inc. 1 aludía a daños ocasionados por: “Caídas de edificios... en el todo o parte”, y 1134 referido al “daño causado por ruina de edificio”.

---

<sup>10</sup> AGUIAR, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley* cit., t. III, p. 135, N° 115-C; BOFFI BOGGERO, *Tratado de las obligaciones* cit., t. V, p. 814 y ss., § 2114; BORDA, *Tratado de derecho civil. Obligaciones* cit., t. II, p. 318, N° 1424; CAMMAROTA, *Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos* cit., t. II, p. 533 y ss., N° 386; COLOMBO, *Culpa aquiliana (Cuasidelitos)* cit., p. 397, N° 121; KEMELMAJER DE CARLUCCI en *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, Dir. Belluscio y Coord. Zannoni, cit., t. 5, p. 651, art. 1119, § 4; LAFAILLE, *Derecho civil. Tratado de las obligaciones* cit., t. II, p. 435, N° 1321; LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones* cit., t. IV-A, p. 448, N° 2559; Daniel OVEJERO, “Responsabilidad por el hecho de tercero” en J.A. 54, Secc. Doctrina, p. 31 y ss., N° 28; Félix A. TRIGO REPESAS - Marcelo J. LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. III, p. 285, N° 10. d).

Pero en la actualidad, después de la reforma de la ley 17.711, estos casos de responsabilidad por ruina o caídas de edificio, en todo o en parte, han pasado a ser sólo una de las tantas hipótesis encuadrables dentro de la responsabilidad por el daño causado por el “riesgo o vicio de la cosa”, del nuevo texto reformado del art. 1113 del C.C.<sup>11</sup>.

En suma, que la responsabilidad que en estos casos se le asigna al “dueño” del inmueble (arts. 1113 y 2616 del C.C.), tratándose de “propiedad horizontal” ha de atribuírsele al “Consortio de propietarios”; atento que el supuesto consiste en la caída de todo el edificio o de una porción del mismo comprensiva de su fachada, la que por constituir una parte “común” del edificio, les corresponde en condominio a todos los propietarios de sus distintas unidades privadas (art. 2º ley 13.512).

Amén de que el llamado “consorcio”, está constituido por todos y cada uno de los titulares del peculiar derecho en que consiste la propiedad horizontal, dada “la combinación del dominio exclusivo de cada piso o departamento con el especial condominio forzoso sobre las partes comunes”. Consortio que “se presenta, a primera vista, como un ente sui generis con intereses propios, que en muchos casos pueden hallarse aun en oposición a los particulares de sus componentes, y que a pesar de su aparente similitud no puede equipararse a ninguna clase de sociedad”<sup>12</sup>.

## 9. La responsabilidad del “consorcio” por cosas caídas desde el frente del edificio

Ahora bien, en el último supuesto del art. 119 del C.C., de cosas que caen *per se* desde un edificio en propiedad horizontal, por haber estado suspendidas o puestas “de un modo peligroso” en alguna parte de su muro frontero; también la responsabilidad ha de corresponderle al “Consortio”.

---

<sup>11</sup> Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 426, N° 1077; Jorge Joaquín LLAMBIAS, “Ley 17.711, reforma del Código Civil” en J.A. Doctrina 1969, p. 56 y ss., N° 15.II; Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Ediar, 1972, t. II-B, p. 121 y ss., N°s 223 y 224.

<sup>12</sup> RACCIATTI, *Propiedad por pisos o por departamentos* cit., p. 126, N° 67.

Siendo razón de ello, como en el punto precedente, la circunstancia de que, por tratarse de caída de cosas desde la fachada del edificio, que constituye una parte “común” del mismo, pertenece en condominio a todos y cada uno de los dueños de cada piso o departamento privativo (art. 2º ley 13.512).

## **10. La responsabilidad por cosas arrojadas desde el edificio**

Por el contrario la solución puede ser diferente cuando se trata de cosas arrojadas desde alguna parte del edificio, lo que constituye en definitiva un hecho humano de quien las tirara o echara.

En estos casos, si estuviese determinado el sector privativo del inmueble desde donde fuera lanzada la cosa, la responsabilidad habría de corresponderle, concreta y únicamente, al individualizado “jefe de familia” o principal de dicha unidad privada. Pues el art. 1119 establece ante todo, que si se puede determinar de cual de las casas o departamentos fue arrojada o cayó la cosa dañosa, la responsabilidad es exclusiva y excluyente del jefe de familia que habita en ese lugar.

Pero ocurre que la cosa también pudo haber sido arrojada desde una “parte común”, como el techo o una azotea que no se hubiese convenido fuese parte integrante de alguna unidad privativa (art. 2º ley 13.512); en cuyo supuesto la responsabilidad vuelve a ser, indudablemente, del “consorcio”.

O en fin, bien puede suceder que se desconozca de dónde provino la cosa arrojada y causante del daño, para cuyo caso la parte final del art. 1119 dispone que, de haber dos o más familias en la misma casa e ignorarse de cual ellas fue lanzado el objeto dañoso, “responderán todos del daño causado”; o sea que se responsabiliza colectivamente a la totalidad de los jefes de familia que habiten en el inmueble. Aunque esta responsabilidad, como excepción al principio general de la solidaridad de los arts. 1081 y 1109 *in fine* del C.C., habrá de serlo solamente en forma simplemente mancomunada; en virtud de lo dispuesto en el art. 1121 del C.C., cuando dice que: si “fuesen dos o más los padres de familia, o inquilinos de la casa, no serán solidariamente obligados a la indemnización del daño; sino que cada uno de ellos responderá en proporción a la parte que tuviere”.

Sin embargo, en el supuesto de una cosa arrojada desde un edificio en propiedad horizontal, desconociéndose de que parte del mismo provino; la manera de hacer responsables colectivamente a todos sus copropietarios, en los términos del citado art. 1119 *in fine* del C.C., resulta ser, simplemente, la de accionar contra el “Consortio” del que todos ellos forman parte integrante y que a la vez los representa (doctrina del art. 9º de la ley 13.512) <sup>13</sup>.

En efecto, es innegable ante todo, que nuestro codificador “sólo pensó en dos o más (casas o departamentos), pero nunca en la cifra de los que hay que pensar en la actualidad”, en razón de la enorme cantidad de edificios en propiedad horizontal hoy existentes en las grandes ciudades <sup>14</sup>. Y además, lo cierto es que después de la sanción de la ley 13.512, el mantenimiento sin modificaciones de la parte final del art. 1119 del C.C., ha venido a provocar una indudable anomalía legislativa, atento que “*no coincide el legitimado pasivo de la ley 13.512 (el consorcio) con el de la responsabilidad establecida*” por aquella norma <sup>15</sup>.

Todo lo cual impone intentar vía hermenéutica, una interpretación correctora que posibilite la armonización de esas preceptivas desfasadas; lo cual, cuando se trata de edificios en propiedad horizontal, se logra indiscutiblemente, posibilitándose la acción colectiva del *in fine* del art. 1119 sólo contra el “consorcio”, ya que éste abarca y engloba a todos y cada uno de los copropietarios que lo integran <sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil* cit., t. III, p. 285 y ss., Nº 10-d).

<sup>14</sup> CAMMAROTA, *Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos* cit., t. II, p. 532 y ss., Nº 385.

<sup>15</sup> TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil* cit., t. III, p. 285 y ss., Nº 10-d).

<sup>16</sup> En este sentido ver: Trib. Colegiado Responsabilidad Extracontractual Nº 1 de Rosario, 17/2/05, en L.L. Litoral 2005-1006, cit. en *Código Civil comentado y anotado*, director: Santos Cifuentes; coordinador: Fernando Sagarna, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, t. II, p. 698, art. 1119.

*En homenaje al Dr. Luis Moisset de Espanés, Presidente Honorario de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, eminente catedrático de derecho civil, y querido amigo de muchos años, de quien recibí sabios consejos en mis inicios en la docencia universitaria.*

## **LA ACCIÓN CIVIL POR RESARCIMIENTO DE DAÑOS EN EL PROCESO PENAL**

JUAN JOSÉ CASIELLO

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Algunas ideas liminares sobre el deber de responder. 3. Culpa civil y culpa penal. 4. El conocimiento por los jueces penales de las acciones civiles de reclamo de daños causados por los delitos.

### **1. Introducción**

Nos disponemos a desarrollar un tema que pertenece al ámbito de la responsabilidad civil: concretamente, la facultad de los jueces penales que conocen en el proceso que se sigue contra el imputado de la comisión de un delito, de entender también, de manera simultánea y accesoria, en la acción independiente que ha promovido en ese mismo juzgado el perjudicado civilmente por aquel delito penal.

En el tema que nos hemos propuesto para su desarrollo, aludiremos a los factores que son base para atribuir responsabilidad civil, sean subjetivos, culpa, u objetivos, riesgo o garantía, pero *en su aplicación por los jueces de la jurisdicción penal*. Consideraremos la obligación de los *jueces penales*, que a más de dictar sentencia en el proceso penal, son llamados a *estimar responsabilidades civiles o cobertura de daños*

que hubieren resultado, con nexo causal adecuado, del delito penal que se imputa en el proceso en que están conociendo.

Incluso, veremos si corresponde que el Juez penal se expida en la sentencia sobre la reparación del daño que ha solicitado el perjudicado, aunque hubiere dictado la absolución penal en el delito que se juzga.

## 2. Algunas ideas liminares sobre el deber de responder

Como introducción previa al tema específico, nos parece propio recordar algunos conceptos liminares sobre la responsabilidad, aunque orientados a lo que ha de ser motivo de nuestras reflexiones.

En una primera aproximación al vocablo, diremos que **responder es rendir cuentas**. ¿Y de qué rinde cuenta el hombre? Pues el hombre rinde cuenta de los actos obrados **en libertad**.

Por eso se enseña que “en sentido primario **la responsabilidad es una condición del hombre como tal, en cuanto persona inteligente y libre**.

**Propiedad del ser libre en virtud de la cual debe responder (dar cuenta) de sus actos**, apunta el filósofo Regis Jolivet.

Se advertirá cuantas veces se ha mencionado en las líneas anteriores la palabra **libertad**. Y es que *la libertad es la razón de ser de la responsabilidad*.

El hombre responde porque es libre y puede obrar según su propia determinación. Siempre hemos repetido que si bien la libertad es el principal de los dones naturales de que Dios dotó al hombre, es, a la vez, su mayor compromiso. Pues según el uso que el hombre haga de su libertad, podrá merecer premio o castigo, la recompensa o la sanción. Mas, fundamentalmente, repitémoslo, *sin libertad no hay responsabilidad*.

Avanzando en el tema, diremos que la responsabilidad puede dividirse, de entrada, en responsabilidad **moral** y responsabilidad **jurídica**. La responsabilidad moral, que no es ahora motivo de nuestro estudio, refiere a la relación del hombre con su Creador -si tiene fe- o con su honor y su propia conciencia, si careciese de fe. La *responsabilidad jurídica*, en cambio, valora y estima la conducta del hombre en su relación con los demás hombres, y con la comunidad toda.

Y atendiendo a la responsabilidad jurídica distinguimos dentro de ella dos grandes divisiones, a saber la *responsabilidad civil* y la *responsabilidad penal*, cada una con sus propios y específicos caracteres.

De esos caracteres diferenciadores de *uno y otro tipo de responsabilidad* (la civil y la penal), nos interesa destacar sólo los siguientes: a los fines de este trabajo: *la responsabilidad civil* requiere siempre la *existencia de un daño privado* ocasionado a un sujeto de derecho, mientras que *la responsabilidad penal* encuentra sustento en otras razones, aunque *pueda no haberse consumado daño alguno*. A su turno, *el orden penal exige el elemento tipicidad* de la conducta responsabilizante, mientras que en *el orden civil rige la más amplia atipicidad*, bastando la norma imputativa genérica, amplia, abierta. El art. 1109 del C. Civil (todo el que ocasiona un daño con culpa o negligencia debe responder) es buen ejemplo de ello, y los caminos siguen hacia una más generosa amplitud. Distinguimos también, en uno y otro orden, la finalidad de la sanción: *en el orden civil la sanción es resarcitoria*, solo busca enjugar el daño causado, mientras que *la sanción penal es siempre represiva* e importa una pena *retributiva*. O bien se traduce, en otros supuestos, en medidas de seguridad, por exigencias de la *defensa social*. Hay también diferencias en cuanto a *la relación de causalidad*, que *es mucho más extensa*, más fina en sus extremos, cuando se pondera *a los fines de determinar la indemnización civil*, para ver hasta dónde llegan *las consecuencias* del hecho que se juzga.

De otro lado, en tanto toda atribución de responsabilidad jurídica requiere de un *factor legal* (norma) que imponga la obligación de responder, diremos que el factor que atribuye *responsabilidad subjetiva, culpa o dolo*, es común al ámbito civil como al ámbito penal. Pero en el orden civil cuentan, además, otros factores de atribución de responsabilidad, de naturaleza objetiva (como *riesgo y garantía*, por caso), que no son admitidos en la atribución penal.

Hemos mencionado el “factor de atribución” que, en el pensamiento de Kemelmajer de Carlucci, es “la razón suficiente -o razón de justicia- por la cual un sujeto de derecho debe cubrir el daño sufrido por otra persona. Le imputamos a él, el hecho. “Imputar es atribuir a una persona la autoría de un hecho y sus consecuencias”, dice Bustamante Alsina <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8ª ed., p. 321.

Mas recuérdese que en un estado de derecho todo factor de atribución reconoce una fuente legal.

Veamos ahora si el factor subjetivo *culpa*, que hemos dicho antes opera como *factor común* en la responsabilidad penal y en la responsabilidad civil, responde a la misma naturaleza y a los mismos criterios en una y otra órbita del deber de responder.

### 3. Culpa civil y culpa penal

¿Se trata de dos clases de culpa? La doctrina, de manera unánime, tanto la penal como la civil, coinciden en que no hay diferencias de naturaleza. Ni conceptuales.

Y si vamos a la normativa, tanto civil como penal, comprobaremos que se define la culpa en los mismos términos, en lo esencial. En ambos campos se alude a la culpa, en su concepción o *enfoque psicológico*, como defecto de conducta. Pero ambos aluden también, o presuponen, el incumplimiento de la obligación debida (*enfoque normativo*).

El Código Civil define la culpa en el art. 512, a propósito del incumplimiento de las obligaciones contractuales. Mas esa misma definición se aplica a la culpa en el ámbito aquiliano. El citado precepto nos dice que “La culpa del deudor... consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

Y el Código Penal califica a la culpa a propósito de ciertos delitos en particular, así en el art. 84, homicidio culposo, y en el art. 94, delito de lesiones culposas. En lo que nos interesa, el art. 84 reza: “Será reprimido... el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión, o inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo, causare a otro la muerte”.

Es la misma idea, que nos parece más completa en sus enunciados en la normativa penal (porque alude de manera expresa -y no implícita- “a la inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo”). Dice Llabrás que “se trata del mismo concepto en las distintas ramas del derecho, siempre consiste en una conducta exenta de malicia (no dolosa),

pero reprochable”<sup>2</sup>. Y añade, que la culpa se define por *dos elementos negativos*: hay *ausencia de mala fe*, pero también hay *omisión de la diligencia debida*, sea para cumplir con el contrato, sea para evitar un daño a terceros. Y esto último es lo que nos autoriza a formular el reproche a la conducta.

Coincídese, pues, en que la culpa es la misma en derecho civil y en derecho penal.

Sin embargo, nos atrevemos a decir que esto es verdad en teoría y según la letra de la ley. Veamos qué pasa en la práctica, con el derecho *de la realidad*, el derecho vivo de los Tribunales y de los hechos de la vida. Y advertiremos de pronto, que no podemos predicar aquí la misma identidad entre la culpa civil y la penal, sobre todo en lo que refiere a la *apreciación de los hechos que conducen a admitir su existencia*. Esto lo señaló siempre Borda, recordando que los *jueces civiles* suelen “afinar” el criterio para descubrir la culpa, a fin de facilitar la reparación del daño, sobre todo cuando no se contaba -como sucedía en nuestro país antes de la reforma del Código Civil en 1968-, con la presencia de factores objetivos de atribución de responsabilidad.

La diferente apreciación de la culpa en los hechos, nos explica las disímiles soluciones que suelen presentarse en muchos casos relativos a la operatividad de los arts. 1102 y 1103 de nuestro C. Civil, que regulan la influencia de la sentencia penal sobre la posterior decisión relativa a la responsabilidad civil (a lo que luego nos referiremos).

Sobre el punto, nos parece muy lúcida la conclusión de la Dra. Zavala de González, quien nos dice que “*en la práctica, la culpa civil y la culpa penal operan de manera distinta*”. Y se pregunta la distinguida Jueza de Cámara Civil de la ciudad de Córdoba, y autora de magníficos estudios sobre el Derecho de daños, *¿de qué sirve postular que una determinada institución es teóricamente la misma en dos ámbitos, si funciona de un modo completamente diferente en la realidad de cada uno?* Por su parte, otra distinguida civilista, la Dra. Kemelmajer de Carlucci, agrega que “*la idea de la unidad conceptual de la culpa penal y civil, es poco defendible a nivel jurisprudencial*”.

---

<sup>2</sup> Jorge J. LLAMBÍAS, *Tratado...*, t. III, p. 513.

#### 4. El conocimiento por los jueces penales de las acciones civiles de reclamo de daños causados por los delitos

Es el tema central de nuestro trabajo.

“Un mismo hecho -señala<sup>3</sup> puede ser eficiente para comprometer la responsabilidad civil del agente y al propio tiempo puede configurar un ilícito penal”. Se plantean, así, cuestiones derivadas de la diversidad de sanciones que corresponde aplicar en razón de la diferente naturaleza y finalidades propias de una y otra responsabilidad, la civil y la penal., pues ya hemos visto que en el orden *civil* la sanción es solo *resarcitoria* en tanto atiende a enjugar el daño causado, mientras que la sanción penal es siempre *represiva* e importa una pena *retributiva* (acompañada a veces de medidas de seguridad, por exigencias de la *defensa social*).

Ahora bien, cuando se da esa “situación contingente y no fatalmente necesaria”<sup>4</sup> de que un mismo hecho sea, a la vez, ilícito civil e ilícito penal, el plexo legal confiere acciones para reclamar por la lesión causada al orden jurídico: naturalmente, *la acción penal*, de orden público, pertenece al Estado (salvo en las acciones de instancia privada), aunque también puede participar de esa acción penal, como *querellante*, la persona ofendida; en tanto que *la acción civil* sólo pertenece al particular titular del interés privado lesionado por el delito.

¿Y dónde habrán de iniciarse esas acciones? La organización de la *jurisdicción* es atributo del Estado que otorga a los jueces el poder de dirimir los conflictos, asignando a aquellos competencias específicas según las distintas ramas del derecho. Por lo general, se encuentran separadas la jurisdicción civil y la jurisdicción penal, materia que corresponde a *la organización de la justicia que, según la Constitución, pertenece a cada una de las Provincias*. Sin perjuicio, claro está, de la jurisdicción federal. En algunas Provincias, debe señalarse (y también en la Justicia Nacional), hay jueces que tienen asignada jurisdicción múltiple (o concurrente) que comprende la materia civil y la penal.

---

<sup>3</sup> Jorge J. LLAMBÍAS, *Tratado... Obligaciones*, t. IV B, p. 39.

<sup>4</sup> Ramón Daniel PIZARRO, *Responsabilidad civil por riesgo creado*, t. I, p. 381.

Conforme con este planteo y en principio, si se trata de la acción por resarcimiento de daños derivados del ilícito, ella deberá ser ejercida por el damnificado ante los jueces de la jurisdicción civil.

Sobre el tema, aunque de una manera tangencial, se ha expedido tempranamente el Código Civil Argentino, que en su art. 1096 regula que *“La indemnización del daño causado por el delito, sólo puede ser demandada por acción civil independiente de la acción criminal”*.

Bien claro es que este artículo sólo afirma que la acción que nace del delito del derecho criminal, es independiente (o tiene a *autonomía*, si se quiere) de la que nace del mismo hecho pero que atañe al daño provocado por ese ilícito a la víctima. Esto es lo admitido, claro está.

¿Pero acaso por esta razón de la “autonomía” habrían de iniciarse *necesariamente* en diferente sede jurisdiccional?

En verdad, eso es lo que marca la costumbre, *cuasi* universal, esto es, que cada acción, sea la civil o la penal, haya de iniciarse *en su respectivo fuero o jurisdicción*. Así fue desde el origen, desde el dictado de las primeras leyes que, en la República, organizaron la prestación del servicio de justicia según la Constitución.

Y, en rigor, nada dice el citado precepto del Código Civil que innove sobre la sede jurisdiccional en que según las leyes del proceso han de tramitar estas dos acciones, la civil y la penal, aunque estén referidas al mismo hecho.

La cuestión se presenta cuando, en 1921, se sanciona la reforma del Código Penal argentino, que en su art. 29 dispuso que *“La sentencia condenatoria podrá ordenar la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia, o a un tercero...”* (texto luego modificado, no sustancialmente, por la ley 25.188).

O sea que “la sentencia condenatoria...”, naturalmente la que culmina el trámite de la acción criminal seguida por el delito, podrá también disponer “la indemnización del daño causado...” por ese delito. ¿Se han unificado las “acciones”?

Habrá que preguntarse como se compatibilizan ambas normas. ¿O será que este precepto del Cód. Penal ha venido a derogar la manda *separativa* del 1096 del C. Civil?

Oigamos lo que dice sobre esto el Prof. de Derecho Procesal Penal de la Facultad Católica de Rosario (U.C.A.), Dr. Ramón Teodoro Ríos, quien luego de transcribir el precepto del C. Civil, art. 1096, expresa:

¿“Impide esta disposición el ejercicio de la acción civil en el proceso penal? Puede argumentarse afirmativamente sobre la base de que al estatuirse la independencia de las acciones, las distintas pretensiones que conforman su contenido habrán de hacerse valer en los fueros respectivos y con el procedimiento específico. Sin embargo, cabe replicar que la sede de elucidación del asunto es cuestión de competencia derivada a las Provincias por tratarse de materia procesal, como lo ha hecho notar Segovia. Por otra parte, el pensamiento de Vélez Sársfield, aflora inequívoco en la nota común a los arts. 1102 y 1103: ‘Los tribunales criminales, *a no ser que la persona perjudicada se haya presentado en el juicio*, no tienen que decidir si el hecho constituye o no un delito del derecho civil o un cuasi delito’. El codificador no pretendió vedar en absoluto que el Tribunal penal se pronunciara sobre el resarcimiento del delito, *sino que se opuso a que tal decisión se expidiera sin estar constituido en parte el perjudicado...*Concordantemente, la posibilidad de ordenar en la sentencia condenatoria criminal la indemnización del daño causado por el delito, tal como lo prevé el art. 29 inc. 1° del C. Penal, no hace sino consagrar el poder de la víctima de hacer valer ante el Juez penal la pretensión resarcitoria en la forma reglada por el legislador provincial”<sup>5</sup>.

Y la doctrina civil ha señalado con acierto que aquel art. 1096 del Código de Vélez “es una norma sustantiva que solo está predicando la distinta naturaleza de la acción civil respecto de la penal: mientras ésta tiene por objeto la sanción del culpable, aquella persigue la indemnización del daño. Tal diferenciación *no se empaña por la circunstancia de que dichas acciones tramiten ante un mismo Juez (el penal), o ante jueces distintos*”<sup>6</sup>.

Las reflexiones que anteceden nos parece que aclaran suficientemente las cosas, superándose toda objeción de inconstitucionalidad -del art. 29 del Cód. penal-, pues sin perjuicio de reafirmarse la diferente naturaleza de una y otra acción, civil y penal, que *deben ser invocadas* y

---

<sup>5</sup> Ramón T. Ríos, “Reflexión sobre la acción civil en el proceso penal”, Zeus (Santa Fe), t. 28, Sec. Doctrina, ps. 15 a 25.

<sup>6</sup> Ver Jorge J. LLAMBIAS, *Tratado...*, t. IV B, N° 2742; y José D. CESANO, “Relaciones entre la acción civil y la acción penal”, en *Tratado de la responsabilidad civil*, de TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, t. IV, p. 615.

*hechas valer por su titular en forma singular y distinta*, ello no empeece que las provincias, a quienes corresponde la organización de la justicia, legislen sobre el tema y atribuyan *al juez penal*, en el caso de que se trata, *la facultad de recibir en sus estrados al demandante del daño civil y resolver sobre su pedido* dictando oportuna sentencia. Según ha dicho más de una vez la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “... esta disposición -el art. 29 del C. Penal- no resuelve una simple cuestión de procedimientos, que se sabe es competencia de las Provincias, sino que con ese precepto se persigue dar plena eficacia al castigo que se impone al delincuente ya que el menoscabo y la violación del orden social solo desaparecen cuando se reparan todas las consecuencias del hecho delictuoso...como la reparación del daño causado” (Corte Suprema de la Nación, “Grigor c/ Larroca” en Juris. Arg. v. 42, p. 961; “Gallo, José”, en La Ley, t.117, t. 117, p. 850) Para otro tribunal, el fundamento estribaría en que el Congreso ha podido dictar esa norma porque garantiza la integridad del derecho a la reparación, que es un derecho de fondo, asegurando al damnificado una vía mas rápida ...para obtener la reparación que le es debida” (Cám. 3ª, Sala I, La Plata, “Micelli, José, DJBA, v. 55, p. 120) <sup>7</sup>.

“El sistema vigente instaura, y así lo ha entendido la generalidad de la doctrina, la *competencia concurrente* de los jueces civiles y penales *para entender en las acciones civiles* por indemnización de perjuicios, *a opción del damnificado*”. Este puede elegir articular su demanda resarcitoria ante el Juez civil, en cuyo caso deberá aguardar la precedencia de la sentencia penal por la autoridad de cosa juzgada que ésta podrá tener sobre el decisorio civil (arts. 1101, 1102 y 1103 C.Civil). O bien puede elegir la jurisdicción penal, en la cual intervendrá como damnificado ejerciendo la pretensión resarcitoria” <sup>8</sup>. Si se escogiere promover la acción ante la justicia represiva, no habrá problema de “sentencia previa” (por lo menos, separada en el tiempo) pues *el mismo Juez en lo penal, al dictar la sentencia, se expedirá sobre la acción civil promovida*.

En cualquiera de los supuestos, la regulación adjetiva del respectivo proceso seguirá siendo resorte de las leyes procesales (de la Nación y de

---

<sup>7</sup> Esta jurisprudencia, en cita de CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, *Obligaciones*, Platense, 1970, t. III, p. 549.

<sup>8</sup> Jorge J. LLAMBÍAS, op. cit., t. IV, N° 2746.

las Provincias). Pero queda claro que concurriendo las dos acciones ante el mismo Juez (que lo será solo el Juez penal, pues éste no puede declinar su competencia específica), la sentencia aplicará, al juzgar una y otra acción, la legislación de fondo que a cada una pertenezca, así el Código Penal para decidir sobre la sanción represiva y el Código Civil para resolver sobre la indemnización de daños.

#### *4.1. Ejercicio de la acción civil en el fuero penal*

La regulación adjetiva, como hemos dicho, corresponde a la ley procesal provincial; pero la pretensión que se esgrime se apoya en un derecho conferido por la ley sustancial, esto es el Código Civil. Ya se verá cómo el “proceso” (regulación “local”) deberá tener en cuenta ambas exigencias.

Haremos algunas precisiones -aunque sumarias- sobre cómo ha de ejercerse por el Juez penal la facultad que le confiere el art. 29 del Código de la materia, para entender en la acción civil por indemnización de daños.

Naturalmente, no podemos aludir en este trabajo en forma individual a las diversas leyes procesales penales (de la Nación y de las Provincias) que regulan el trámite de la acción civil por reparación del daño. Pero en lo general pueden advertirse coincidencias sustanciales en casi todos los Códigos del rito penal, como lo señala José Daniel Cesano quien afirma que “la mayoría de los ordenamientos adjetivos locales posibilita el ejercicio de la acción civil” (ante el Juez penal), y marca como excepciones “el C.P.P. de La Pampa, y el C.P.P. de Río Negro...que no permiten el ejercicio en sede penal de la acción resarcitoria civil”<sup>9</sup>.

Nosotros agregamos, a esas excepciones y como novedad, la postura también negativa de la regulación del procedimiento penal en la Prov. de Santa Fe, según nuevo Código dispuesto por ley 12.734 y ley 12.912, llamada de “implementación progresiva” del mismo. Este nuevo orden procesal deroga la regulación de la acción civil ante la justicia represiva (muy detallada y completa que se contenía en el Cód. anterior, ley 6740 y

---

<sup>9</sup> José Daniel CESANO, estudio citado en TRIGO REPRESAS-LÓPEZ MESA, t. IV, p. 616.

modificatorias); vuelve a la figura del “querellante particular”, y sólo da a éste, en caso de dictarse sentencia condenatoria del imputado la opción para promover ante ese mismo Juez, en los cinco días posteriores a que la sentencia penal hubo adquirido firmeza, “el reclamo civil por el daño material y moral por el hecho calificado como delito, de acuerdo a los términos de la sentencia que le sirve de presupuesto, en cuanto a los hechos”. Este reclamo “sólo podrá ser dirigido contra el penalmente condenado”. Del escrito respectivo se dará traslado al condenado, para que en cinco días lo conteste; y “éste podrá oponerse fundadamente al procedimiento, debiendo en su caso el reclamante recurrir a la jurisdicción respectiva. El Tribunal archivará las actuaciones, en tal caso, sin recurso alguno”. Bien se aprecia que el nuevo ordenamiento santafecino ha querido eliminar toda actuación razonable del perjudicado civil en el proceso penal.

#### 4.1.1. *¿El juez penal podrá estimar de oficio la indemnización del daño causado por el delito?*

En una primera época, se interrogó la doctrina acerca de *si el Juez penal podía pronunciarse de oficio*, o necesariamente se requería la intervención y el pedido de parte interesada.

Quienes se expidieron a favor de la facultad oficiosa, señala Trigo Represas, “argumentaron con que los primeros proyectos de la reforma penal de 1921 habían redactado el art. 21 disponiendo que “La sentencia condenatoria *ordenará* 1º- La indemnización del daño material y moral causado a la víctima..” entendiéndose que la reparación del daño va unida a la pena, necesariamente, y por ello forma parte del sistema represivo que según la Constitución pertenece al orden federal. Pero, en definitiva, el nuevo Cód. Penal a la postre sancionado, vino a sustituir la frase imperativa ‘la sentencia condenatoria ordenará...’ por la simplemente facultativa ‘La sentencia condenatoria *podrá ordenar...*’ Y la corriente doctrinaria y jurisprudencial, luego prevaleciente, vino a afirmar que la reparación civil no hace parte de la pena, conserva el carácter de un derecho subjetivo, solo ejecutable a instancias de su titular”<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> TRIGO REPRESAS EN *Derecho de las obligaciones*, cit., t. III, ps. 550/52.

Se argumentó también con la dificultad -casi insuperable- de fijar una justa indemnización del daño sin la participación en el proceso de quien se considera víctima y reclama una suma determinada. Así como la muy probable violación del derecho de defensa de ese damnificado a quien se le asigna una indemnización que él no reclamó ni tuvo la oportunidad de intervenir en la actividad encaminada a mensurarla. Y, de otro lado, se dijo, se quebrantaría groseramente la garantía del debido proceso legal y el derecho de defensa en juicio con relación a quien se vea condenado a indemnizar sin haber tenido la posibilidad de contradecir y probar contra la eventualmente *infundada* pretensión resarcitoria <sup>11</sup>.

De manera contundente se expide Llambías <sup>12</sup>: “En *pura teoría* resulta inconcebible que “de oficio” se pueda conceder una indemnización a quien no la pide. El resarcimiento del daño producido por el delito constituye un derecho subjetivo...” que por cierto podrá ejercerlo o renunciarlo su titular, en el momento que quiera, siempre dentro de los límites del derecho.

Así, en el tiempo actual, vale coincidir con las palabras de Pizarro sobre el punto, en el sentido de que “se trata de una cuestión histórica que en su momento generó alguna polémica, pero que hoy luce definitivamente superada en el derecho vivo” <sup>13</sup>.

#### 4.1.2. ¿A quién corresponde la legitimación en el proceso civil ante el juez penal?

##### 1. Legitimación activa

Tienen legitimación activa para demandar el resarcimiento en la acción civil, según el art. 29 del Cód. Penal, la *víctima*, su *familia* o un *tercero*. En el lenguaje actual del derecho de la responsabilidad civil, sig-

---

<sup>11</sup> Conf. José Daniel CESANO, en TRIGO REPRESAS-LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, cit., t. IV, p. 621; en la misma idea, Ramón Daniel PIZARRO, *Responsabilidad por riesgo creado*, cit., t. I, p. 403.

<sup>12</sup> Jorge J. LLAMBÍAS, *Tratado...* y t. cit., p. 49.

<sup>13</sup> Ramón Daniel PIZARRO, *Responsabilidad civil por riesgo creado*, cit., t. I, p. 401.

nifica que se comprende a todos los perjudicados por el delito, sean damnificados *directos* como *indirectos*.

Tal es lo que *literalmente* puede entenderse de las palabras que se han transcripto del C. Penal: esto es, que cualquier persona que exhiba un daño *causalmente* vinculado con el ilícito que se juzga, aunque no sea, claro está, la víctima inmediata, podrá reclamarlo dentro del proceso penal.

Enseña Zavala de González que damnificado *directo* es la persona que sufre un daño *en calidad de víctima inmediata*; y son damnificados *indirectos los demás sujetos distintos de la víctima que también experimentan un perjuicio* a raíz del hecho. El damnificado indirecto no es, pues, un tercero, sino *otro perjudicado por el suceso*, al lado de la víctima inmediata. En el caso de homicidio sucede que el fallecido no es jurídicamente un damnificado, porque al morir deja de ser sujeto de derecho. Sólo son entonces damnificados *indirectos* los sobrevivientes cuyos intereses se vean afectados por el homicidio <sup>14</sup>.

Estas expresiones deberían autorizarnos para concluir que cualquier sujeto perjudicado por el ilícito, que acredite su condición de tal, podrá ejercer su reclamo ante el Juez penal que investigue el delito. Aunque apuntamos que tal legitimación activa amplia podrá hacerse valer en el proceso penal, “siempre que los Códigos procesales en materia penal lo autoricen” <sup>15</sup> (Pizarro, op. cit.). Pero debe reconocerse que los jueces provinciales han sido reacios, por lo general, para, en la interpretación de los Códigos de forma locales, admitir la participación del damnificado *indirecto*.

Cabe sobre esto una reflexión. Estamos contestes en que compete a las Provincias, según el orden constitucional, la reglamentación del ejercicio de las acciones ante la Justicia. Pero en tanto se ha admitido, como hemos visto, la vigencia -sin tacha de inconstitucionalidad- de la previsión del Cód. Penal en su art. 29, según la cual podrá ordenar el Juez penal “la indemnización del daño ... causado a la víctima, a su familia o a un tercero”... parécenos que hay una suerte de “infidelidad” a su compromiso con esta normativa, de parte de la ley procesal penal de algunas provin-

---

<sup>14</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ en *Código Civil comentado*, dir. Bueres, t. 3-A, p. 219.

<sup>15</sup> Ramón Daniel PIZARRO, op. cit.

cias, cuando limitan o excluyen a ciertas personas o sujetos de derecho del beneficio de esta “legitimación” por su no parentesco o su mayor lejanía con la víctima *inmediata* o *directa* del ilícito penal.

Se trata, felizmente, de una postura que hoy parece superada, pues en los modernos sistemas del procedimiento penal, de casi todas las Provincias, se admite la posibilidad de que cualquier tercero afectado por el daño (que deberá probar su calidad de tal) pueda promover (o adherirse) a la acción civil indemnizatoria que se instaure en el proceso penal. Se citan, en tal sentido, el art. 97 del C.P.P.N.; art. 80, C.P. Penal de Neuquén; art. 109, C.P.P. de Córdoba; y art. 72, C.P. Penal de la Prov. de Bs. Aires.

Esa interpretación amplia, con respecto a la legitimación activa, es la que recomienda la doctrina especializada: así, Trigo Represas<sup>16</sup>, quien afirma es también la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Prov. de Buenos Aires, y mantiene que el mandato del Cód. Penal que concede la indemnización a “la víctima, a su familia, o a un tercero” con meridiana claridad importa reconocer la legitimación activa del damnificado *indirecto*. En el mismo sentido, Acdeel Salas dice “si la acumulación de ambas acciones autorizada por el art. 29 del Cód. Penal, se justifica desde el punto de vista constitucional como un modo de asegurar el ejercicio inmediato de los derechos que consagra el Código Civil, no se advierte qué razón exista para que el derecho de los damnificados indirectos no resulte igualmente tutelado”<sup>17</sup>.

## 2. Legitimación pasiva

No se duda que el legitimado pasivo ha de ser la persona imputada penalmente por el delito, como también los partícipes y cómplices. Pero coincide ahora la doctrina, superándose una antigua postura negativa, que pueden ser demandados además *los terceros civilmente responsables* por las consecuencias del hecho ilícito. Las antiguas regulaciones procesales de las provincias, en general, no admitían la demanda civil sino solo contra el acusado por el delito penal, sus cómplices o co partícipes. En tanto que los terceros, aún responsables por responsabilidad refleja o indi-

---

<sup>16</sup> TRIGO REPRESAS, op. cit., t. III, ps. 558/9.

<sup>17</sup> SALAS, “Acción civil derivada del delito penal”, Jus, p. 41, N° 5.

recta, solo podían ser demandados ante los jueces civiles. Al igual de lo que se dijo respecto de la legitimación activa, esta postura estrecha ha sido superada y hoy en día casi la totalidad de los Códigos de forma admiten la demanda contra los terceros que deben responder por razón de la ley. No faltan quienes admiten traer al juicio también al *asegurador*, aunque esto es observable porque su obligación de garantía viene del contrato de seguro, y no del hecho ilícito. Naturalmente, cualquiera de estos terceros, que no son sujetos de *la acción penal*, ha de gozar, como pretendido responsable, de la garantía del debido proceso, en la acción civil<sup>18</sup>.

Naturalmente que la sentencia que se obtenga contra estos terceros civilmente responsables hará cosa juzgada sobre la pretensión resarcitoria del daño, no pudiendo promoverse contra ellos otra acción en sede civil.

#### *4.1.3. Otras precisiones respecto de la acción civil de resarcimiento promovida en la jurisdicción penal*

En lo que sigue, hacemos algunas consideraciones con respecto a los efectos y condicionamientos recíprocos entre la acción penal y la civil ejercidas en el mismo proceso penal. Como así sobre los respectivos decisorios que en una y otra recayeren.

a) La presentación de su acción en sede penal es optativa para el damnificado civil. Naturalmente, la acción civil, de suyo y por su sola virtud, no excita ni puede tener aceptación en la jurisdicción penal. Si se presentara de manera “solitaria”, sería un “cuerpo extraño” en la jurisdicción civil, que ésta rechazaría. De modo que la acción por indemnización de daños solo puede iniciarse en el fuero penal, “al lado” o “adjunta” a la acción penal *ya iniciada*, y mientras siga ésta en trámite, antes de ser sentenciada.

b) La acción civil se desarrollará como accesoria de la acción penal, pero se asegurará dentro de ella y para las partes las garantías del debido proceso. Ya se dijo antes: sin la petición expresa formulada en la demanda civil, con cuantificación de la suma reclamada (o, por lo menos, su

---

<sup>18</sup>Conf. Ramón Daniel PIZARRO, op. cit., t. I, ps. 406/7; y José Daniel CESANO, en *Tratado de la responsabilidad...*cit. de TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, t. IV, ps. 627/628.

ponderación provisoria), no podrá el Juez estimar de oficio el resarcimiento del daño privado.

c) Si se produjese la extinción de la acción penal en trámite (por muerte del procesado, por prescripción, o por declaración de amnistía), no podrá el Juez dictar sentencia alguna (ni en la acción civil, ni en la penal). En este caso, la indemnización del daño privado podrá ser objeto de nueva demanda en la jurisdicción civil.

d) El damnificado particular, actor en la demanda civil, debe ajustarse al procedimiento que disponga al efecto la ley procesal penal respectiva.

e) Iniciada la acción civil ante el Juez penal, el damnificado no puede, aunque desistiera de ella, promover la misma acción ante la jurisdicción civil.

f) Una vez fijada la indemnización por el Juez penal en fallo firme, no puede el damnificado pretender mayor suma en sede civil por el mismo delito, porque la sentencia de aquel Juez hace cosa juzgada sobre el tema.

#### *4.1.4. Influencia de la decisión penal sobre la decisión en materia civil.*

Según lo dispone la casi totalidad de los códigos de las jurisdicciones locales, si el Juez penal, en la acción seguida contra el imputado por delito, dictare sentencia absolutoria por no encontrar reproche subjetivo que formularle, *ese mismo Juez podrá no obstante dictar en la acción civil* sentencia que acoja la demanda condenando al pago de una indemnización, si encontrare mérito para ello. Como señala Pizarro, “es dable advertir que aún ejercitada en sede criminal, la acción civil conserva siempre su independencia sustantiva de la acción penal”<sup>19</sup>. Por cierto, atendiendo a que, en el caso, la legislación de forma le ha conferido al Juez penal facultades para entender en la acción civil, el juzgador incurriría en verdadera denegación de justicia si no aplicara la ley civil sustantiva en su integridad (Zannoni) Y, con relación a la responsabilidad por daños, es muy probable que en ese juzgamiento de la acción civil encontrará el Juez frecuentes motivaciones para condenar al resarcimiento al demandado

---

<sup>19</sup> Ramón Daniel PIZARRO, *Responsabilidad civil por riesgo*, cit., t. I, ps. 395 y 409.

con base en *factores objetivos* del deber de responder, allí donde no había lugar para achacarle al imputado “culpa”, factor de atribución *subjetivo*, como se sabe, propio de la jurisdicción penal. O, inclusive, la diferente apreciación de la culpa en el ámbito penal y en el civil, puede llevar al Juez a admitir la condena al resarcimiento, allí donde ese reproche no era bastante para la condena penal.

Se advierte que, en el caso, no habrá una aplicación literal, directa, de los arts. 1102 y 1103 del C. Civil, *porque no hay aquí una sentencia penal previa* en el tiempo a la sentencia del Juez civil sobre la pretensión resarcitoria. Pero sí ha de haber una aplicación lógica *de los principios de aquella normativa*. Aquí el mismo Juez dicta la sentencia condenatoria o absolutoria en materia penal, y a la vez, *en el mismo acto*, debe expedirse sobre la acción civil de daños. Será imposible, racionalmente, que se de el “escándalo jurídico” de sentencias contradictorias porque el que se expide es el mismo Juez, y en un solo acto. Pero, sin embargo, por la índole de las acciones que juzga, puede el Juez penal absolver de culpa y cargo *penal* al imputado, y no obstante condenarlo al resarcimiento del daño causado por el ilícito civil. Es que el hecho pudo no constituir un ilícito penal, y sí constituir un ilícito civil. Veámoslo seguidamente.

*a) Si el juez dictare sentencia penal condenatoria.*

No podrá suscitarse problema alguno cuando el Juez penal *condenare* al imputado. En el caso, la condena será *por culpa* -pues, como dice Soler, “**el derecho penal no admite responsabilidad sin culpa**” (t.2, p., 139); y el Juez acogerá también la demanda del actor civil disponiendo se le paguen los daños que fueren consecuencia del delito reconocido en la sentencia. Siempre que hubiere reclamo, y prueba de los daños civiles. En el caso, se extenderá también la condena a los terceros responsables concurrentes o solidarios por el hecho ilícito civil (si hubieran sido demandados, claro está). Comprenderá la extensión:

**1:** a los principales o patronos (art. 1113, 1ª. parte) y a los demás responsables reflejos o indirectos que contemplan los arts. 1114, 1117 y siguientes del C. Civil.

**2:** al dueño o guardián de la cosa que intervino en el daño; según art. 1113, agregado ley 17.711. Es de advertir que para extender la acción a este “tercero” responsable es necesario que haya un “primero” responsable. Es decir, que exista una persona física a la cual se imputó la res-

ponsabilidad penal. Así, por caso, la existencia de una persona física que hubiere operado con la cosa que causó el daño habilitará al Ministerio Público para promover acción penal contra ese sujeto, atribuyéndole participación culpable en el hecho que se califica como delito. Sin culpa, como dice Soler, no hay responsabilidad penal. De otra forma, no habría podido llevarse al juicio criminal al dueño o guardián de la cosa que, por hipótesis, no ha tenido contacto alguno con ella vinculado con el daño causado. Que sí, en cambio, *respondería civilmente* con respecto a la víctima, por la atribución objetiva que le viene del art. 1113, agregado ley 17711. Entendemos que en este caso que se trae como hipótesis -de una cosa que “opere con aparente *autonomía*, como desprendida de la acción de su dueño o guardián”, y no colocada intencionalmente por éste para causar un daño, esto es, no percibiéndose la intervención de persona alguna en el hecho, no se ve cómo podría existir, con relación a ese daño, un proceso penal.. El damnificado deberá, en ese caso, haciendo uso de la opción que le compete, promover *la acción ordinaria por cobro del daño directamente ante la jurisdicción civil* contra los responsables que le señala la ley. Idénticamente sucederá si del hecho resultan daños materiales no intencionales, que no constituyen delito penal.

*b) Sentencia penal absolutoria.*

Los problemas podrán plantearse más probablemente cuando la sentencia penal fuere absolutoria del imputado. En ese caso, y por lógica aplicación de la doctrina del art. 1103 del Cod. Civil, no se podrá alegar en la sentencia de daños *la existencia del hecho principal* sobre el cual hubiese recaído la absolucón, ni tampoco la autoría del hecho (pues como dice Llambías “la ausencia de autoría sobre el hecho es otra manera de que *el hecho no exista* respecto de él”).

*Algunos supuestos en los cuales la sentencia penal absolutoria no impide al Juez penal admitir el reclamo de indemnización de daños.*

b.1. *Sobre la diferente apreciación de la culpa.* Ya dijimos antes que los arts. 1102 y 1103 del C. Civil que regulan con precisión la influencia que ha de tener el fallo del Juez penal sobre el que ha de dictar el Juez civil cuando estos dos jueces se expiden sobre el mismo ilícito, deben aplicarse también por estricta lógica al supuesto que estamos consideran-

do, esto es, el dictado de las dos resoluciones *por el mismo juez*, que es el Juez penal.

Es elemental señalar que nada dice el art. 1103 del Cód. Civil sobre la culpa en el decisorio penal, solo menciona que no se podrá alegar *en el juicio civil la existencia del hecho principal* que se hubiere descartado (es decir, negado su existencia) en la acción penal. Pero entonces se ve que cabe un abanico de posibilidades en base a la *diferente apreciación de la culpa*, mirada desde la óptica de la acción penal y desde la óptica de la acción civil. Claro *que cuando es el mismo Juez el que interviene* en el conflicto, aún bajo las diferentes ópticas de la condena penal y de la condena civil, parece más difícil que se absuelva en la acción penal (por no encontrarse culpa en el imputado), y se lo condene por culpa en la acción civil, simultáneamente. Sin embargo cabe la posibilidad en algunos supuestos. Así, puede ser que *el Juez lo absuelva por el beneficio de la duda (in dubio pro reo)*; y el mismo Juez, en base a la culpa *que en algunos supuestos presume contra él el Código Civil*, y no haya sido levantada por la contraprueba, lo condene a resarcir el daño. Por esta culpa presumida por la ley civil para casos específicos, el Juez penal no lo puede declarar responsable penalmente. La condena penal, como se sabe, solo puede basarse en *la certeza* del Juez. Para absolverlo, en cambio, no necesita tener la convicción de su inocencia<sup>20</sup>.

Veamos otros supuestos diversos de la diferente apreciación de la culpa, en que puede admitirse la acción de resarcimiento sin que haya condena penal..

b. 2. Tenemos el *caso de extinción de la acción penal* por cualquier causa legal, (o por la admisión de una “excusa absolutoria”); el Juez penal deberá declarar extinguida la acción penal por la circunstancia que indique, y habrá de resolver la cuestión civil de daños.

b. 3. Otro supuesto: absolución del imputado *por no encontrarse tipicidad* en su conducta; el Juez penal deberá expedirse sobre el daño provocado por el ilícito civil, como por ej. ilícito de daño culposo a cosas ajenas (que no es delito penal); y también, la denuncia imprudente (que es una form.a de la negligencia) pero no conscientemente falsa (o sea, no maliciosa), configuran ilícito civil, pero no penal.

---

<sup>20</sup> Ver Zeus, V, R-16, N° 259.

b. 4. La absolución del imputado *por falta de voluntariedad del acto*. Si no hay acto voluntario no puede haber culpa, que supone la imputabilidad subjetiva. El Juez penal no podrá condenarlo como autor de delito; pero cabe que este mismo Juez, resolviendo en la acción civil, disponga un resarcimiento fundado en razones de equidad, *art. 907 código civil, segundo párrafo*.

b. 5. Otro tanto puede decirse de la admisión de *causas de justificación*, mejor llamadas “supuestos que excluyen la antijuridicidad de la conducta”. En principio, tales defensas valen como justificativos tanto en materia penal como en materia civil. Sin embargo, cuando se absuelva por razón de “estado de necesidad” que llevó al necesitado a practicar un acto dañoso voluntario (aunque, para algunos, aquí falta la voluntad válida), la doctrina y la jurisprudencia civil han coincidido en conceder una *indemnización de equidad* a favor de la víctima del daño necesario, siempre, claro está, que la misma víctima no hubiere provocado la circunstancia determinante del “estado de necesidad”. Con fundamento en el art. 907, que acabamos de citar <sup>21</sup>.

b.6. *En materia de nexa causal*, también puede haber diferencias de criterio en el juzgamiento penal y en la sanción por resarcimiento de daños.

La causalidad en materia penal se aplica a los fines de determinar si un hecho tipificado como delito se corresponde causalmente con la conducta de un agente determinado; y en el caso de ser positiva la respuesta le imputaremos ese delito al agente a nivel de autoría (él fue el autor del delito). Al Juez penal no le interesa, *en principio*, establecer cuáles fueron las consecuencias inmediatas o mediatas del hecho delictivo. Una vez acreditada la autoría del hecho, y la culpa del imputado, la sanción penal se adecua a ciertos parámetros que no tienen porqué consistir o vincularse con las consecuencias del hecho delictivo. Y así, el mismo juez condenará al imputado como autor culpable del hecho delictivo, mientras que simultáneamente, fallando en la acción civil, tendrá que aplicar las disposiciones legales que regulan la imputación de las consecuencias de los actos ibres, pues éstas son las que deben ser cubiertas por el responsable. De esa manera podrá cuantificarse la pertinente indemnización.

---

<sup>21</sup> Ver José W. TOBIÁS, “Las causas de justificación en la sentencia penal y su influencia en el proceso civil”, *La Ley*, 3/12/1992; y Emilio IBARLUCIA, “Influencia de la absolución penal en sede civil, indemnización de equidad...”, E.D. del 11/6/2002.

Otra diferencia: *la causalidad concurrente, o la concausa, o la culpa causal de víctima* deben estimarse cuidadosamente para graduar la responsabilidad civil, pues el principio es que el agente del acto ilícito responde por el daño causado por él, y solo en esa medida. En materia civil se suele hablar de “culpa causal” que determina la responsabilidad *en la medida* del daño causado, lo cual nada tiene que ver con la gravedad de la culpa. Por este motivo se hace responsable al sujeto por el daño *causado por él*, y no más, circunstancia que lleva a evaluar con precisión, cuando hubiera concurrencia de partícipes (por ej. en los choques plurales), los daños causados por cada uno de los vehículos intervinientes. ¿Sucede lo mismo en materia penal? ¿Qué sucede, por ej., cuando la falta pudo ser más grave, porque el conductor conducía a velocidad desmesurada, pero sin embargo los daños materiales causados por el insensato resultan menores que los causados por otro vehículo de mayor porte conducido a velocidad reglamentaria?. Entendemos que siempre se responde, en materia civil, por las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles de los hechos (arts. 901 y ss. del Código), bastando la presencia de cualquier factor imputativo, aún la mínima culpa para que se responda por todo el daño causado, aunque fuere grande la consecuencia. Reiteramos que la medida de la sanción resarcitoria se determina por las consecuencias dañosas del hecho, no por el grado de la culpa. En cambio, en materia penal, el mismo Juez de la causa graduará la sanción punitiva atendiendo al mayor o menor grado de la culpa y participación del imputado, según las pautas de la ley, y no necesariamente ponderando las consecuencias dañosas del hecho.

#### *4.1.5. La consideración por el Juez penal de la responsabilidad civil del imputado fundada en normas de atribución objetiva del deber de responder.*

El tema ya ha sido aludido antes, pero en tanto subsiste la polémica en la solución, nos parece prudente, en estos párrafos finales, agregar algunas reflexiones.

Sabido es que la ley civil en su afán de “borrar” todo daño injusto, ha ido creando otros factores de atribución de responsabilidad al margen de la culpa, que sin desplazarla, coadyuvan con ella para lograr la reparación del entuerto. El hito más importante de la reforma del C. Civil de 1968 fue

la introducción de la teoría del riesgo para aplicarse a los daños causados “por el riesgo o vicio de la cosa”. Que luego se extenderá, jurisprudencia mediante, a las “actividades riesgosas”.

Por supuesto que no puede haber condena penal por riesgo. Sólo la culpabilidad del imputado, ya lo hemos visto, puede determinar su condena en la acción penal. Pero aún sin culpa, la actividad riesgosa o el uso de cosas riesgosas por el imputado, puede derivar *en una condena civil* suya a resarcir los daños. La pregunta es si debe el Juez penal, luego de la absolución por no culpa del imputado entrar a juzgar sobre su responsabilidad civil por riesgo o vicio de la cosa, a que refiere el art. 1113 del Cód. Civil. O por cualquier otra responsabilidad objetiva.

Hay quienes han respondido negativamente. Carlos Creus en su obra “Reparación del daño producido por el delito” opina que el Juez penal sólo puede intervenir aún para ordenar reparación de daños *cuando se juzgare un ilícito*. Y en la responsabilidad por riesgo, objetiva, no estamos ante un hecho ilícito, sino (para algunos autores) ante una conducta lícita, pero riesgosa, de la cual derivó un daño. Con todo, concede Creus que sólo mediante una ley expresa que otorgare esa competencia a los jueces penales, éstos podrían intervenir. Señalamos que no es aceptada por la doctrina uniforme de la responsabilidad civil la tesis de denominar acto “lícito” a aquella actividad riesgosa o con intervención de cosas riesgosa que deriva en daño. Porque hay allí una “ilicitud” por lo menos *objetiva* en cuanto se causa un daño violándose un derecho subjetivo ajeno o invadiéndose la esfera jurídica de otra persona. Más modernamente todavía, se ha considerado que la “ilicitud” aparece manifiesta en la consumación de todo “daño no justificado” (proyecto reforma Código Civil de 1998, art. 1588).

A la postura restrictiva de Creus ha respondido Daniel Pizarro <sup>22</sup> diciendo que siempre que así lo autoricen las leyes de la jurisdicción y las normas de procedimiento no hay inconveniente alguno en que el Juez penal pueda resolver cuestiones civiles sometidas a su jurisdicción aunque no medie condena penal del acusado, sea por aplicación del factor subjetivo culpa, apreciada con criterio menos riguroso que la que sanciona el delito penal, sea por otros parámetros objetivos, riesgo, garantía,

---

<sup>22</sup> Ramón Daniel PIZARRO, *Responsabilidad civil por riesgo*, t. I, p. 415 y ss.

equidad. Lo cual, para este autor, es de toda conveniencia para el damnificado que ejerce en sede penal su acción civil para acelerar la condena a reparar que está reclamando. Y el juez penal, que es un Juez de derecho, siempre que tenga asignada esa competencia, debe aplicar la ley civil que regula la reparación de daños en toda su normativa, según compete a su función. Si entiende en una cuestión regulada por la ley civil, no se comprende que se lo inhiba para aplicar esa ley civil en su integridad. O sea, que debe disponer el Juez penal el resarcimiento del daño en base al factor riesgo (art. 1113, 2da. Parte, Cód. Civil), si así correspondiere, claro está, conforme al hecho sucedido.

Nosotros adherimos a Pizarro en el enfoque teórico, pero tenemos nuestras reservas sobre el funcionamiento en la práctica de esta acción civil por resarcimiento ejercida en la jurisdicción penal. Y es que la “especialidad”, que consiste en asignarle a cada juez una jurisdicción específica, en nuestro caso la civil o la penal, como se ha venido haciendo en nuestro país desde hace largo tiempo, sin duda va creando en el Juez una suerte de aptitud mayor para fallar aquello en que han venido entendiendo todos los días durante muchos años, los jueces penales sancionando los delitos y los jueces civiles determinando indemnizaciones por incumplimiento obligacional o por actos ilícitos. Por esa experiencia, se adquiere lo que se ha denominado con acierto el “oficio” judicial, prenda imponderable para actuar con prudencia y eficacia. Nuestra larga labor en el foro de la ciudad de Rosario -ejerciendo la abogacía del litigio por más de medio siglo- nos ha convencido, en este aspecto menor que estamos tratando, que los magistrados del fuero criminal nunca ven con buenos ojos esta atribución de competencia que se les agrega para entender en las acciones civiles de resarcimiento de daños, que se adjuntan a un proceso penal. Quizá haya sido esta circunstancia uno de los motivos que han decidido, en la reforma recentísima del Cód. Procesal Penal de la Prov. de Santa Fe, a que hemos aludido antes, a eliminar la figura y la intervención del actor civil en el proceso penal, y a reeditar la figura del querellante particular.

No dudamos que en cuestiones como ésta, los resultados de la experiencia práctica han de ser atendidos de manera preferente.

En este mismo sentido que postulamos, se han expedido hace ya muchos años, las Jornadas Australes de Derecho (Comodoro Rivadavia, 1980) que en su declaración sobre el tema, punto 7, dijeron: “Las diferencias muy marcadas, en particular a partir de la reforma de 1968, entre

*responsabilidad civil y responsabilidad penal* hacen inconveniente la decisión por el Juez penal de la cuestión civil”.

Y finalizamos con una cita del muy distinguido profesor santafesino Jorge Mosset Iturraspe, quien muestra algún recelo en la aplicación por los jueces penales de la problemática de la responsabilidad civil objetiva, en tanto dice: “Estamos convencidos que quienes son competentes para resolver sobre una responsabilidad represiva, punitiva, ejemplarizadora o simplemente correctora, pueden no serlo -y en muchos casos efectivamente no lo son- para decidir sobre otra responsabilidad que apunta a repartir o socializar los riesgos de dañosidad”<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Jorge MOSSET ITURRASPE, ver su nota “Decisión del juez penal sobre la responsabilidad civil sin culpa”, La Ley, del 19/10/1979.

## EL ROL DEL JUEZ EN LO CIVIL Y EL PROCESO DE DAÑOS

MARÍA DEL PILAR HIRUELA DE FERNÁNDEZ \* Y RAÚL E. FERNÁNDEZ \*\*

**Sumario:** I. Introducción. II. El juez civil y el proceso resarcitorio común. a. La prueba anticipada y el secuestro de la historia clínica. b. La prueba pericial y el Comité Consultivo en Prácticas Médico-Sanitarias y Bioética del Poder Judicial de Córdoba. c. La prueba documental (instrumental) y su agregación tardía. d. Inspección judicial. e. Medidas para mejor proveer. f. Principio de congruencia en la

---

\* He tenido el honor de trabajar con Luis Moisset de Espanés en diversos ámbitos jurídicos. Así, he compartido con él tanto la publicación de artículos, como el dictado conferencias y -en calidad de asistente- su excelsa labor en su primera Presidencia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Aún cuando no estuve a su lado cuando fue Vocal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, actualmente trabajo en la Relatoría Civil de ese alto cuerpo y -con admirable frecuencia- he tenido la necesidad de aprender con sus profundas y agudas resoluciones, algunas de las cuales continúan siendo en nuestros días la última doctrina del máximo Tribunal provincial. En definitiva, he tenido la inmerecida distinción de ser testigo presencial de las innumerables facetas que adornan la personalidad del Maestro: jurista agudo, sabio magistrado, generoso compañero e incansable trabajador. Sin embargo, en esta ocasión, quiero enfatizar otra de sus notables características: la de “generoso maestro”. Todos quienes hemos sido (y somos) discípulos de Luis Moisset conocemos de qué hablo. Tal aspecto es destacable porque resulta excepcional, sino único. Su inmensa generosidad no sólo consiste en la ya loable dedicación de tiempo, o en la desinteresada información en contenidos y formación en valores, sino también -y esencialmente- en la absoluta e incondicional entrega del maestro. ¿Para quién no ha sido una inmerecida distinción firmar al lado de un jurista de su talla, un artículo que seguramente tendrá publicación en alguna revista peruana o en algún Anuario del Viejo Mundo? ¿Quién podría imaginar que una figura como Luis Moisset se ocuparía personalmente de presentar a su discípulo como un par? Sólo un ser como el homenajeado. Por eso, y por todo lo demás, ¡¡Gracias Luis Moisset!!!

\*\* Aunque conocí a Luis Moisset de Espanés en la Cátedra de “Derechos Reales” de la cual fui adscripto, pude disfrutar de las enseñanzas del Maestro, no sólo en el ámbito académico, sino, esencialmente, en el ámbito del Poder Judicial. Fui relator de la Sala en lo Civil y Comercial del Excmo. Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, del que

sentencia. g. Inconstitucionalidad de oficio. h. Anticipación de la tutela jurisdiccional. III. El juez civil frente a la prevención del daño. a. ¿Acción meramente declarativa? b. Supuestos especiales de tutelas preventivas autorizadas normativamente. c. Acción de amparo. d. Flexibilización de la congruencia. IV. El juez civil frente a la punición del daño injustamente “producido”. V. Conclusiones provisionales.

## I. Introducción

El juez en lo civil que debe tramitar y resolver un proceso de daños, encuentra ante sí la necesidad de adecuar su función a los derechos o intereses en juego.

De tal modo, debe atender a las funciones que hoy se asignan en el derecho de daños: la tradicional, resarcitoria, y las más modernas *punitiva y preventiva*<sup>1</sup>. La primera y la segunda buscan alternativas ex post facto después del acaecimiento del hecho dañoso; la restante, en cambio persigue una solución ex ante.

Además, en cada una de ellas se enfrenta con situaciones expresamente regladas, en otras en las cuales las normas son oscuras y, por fin, en otras en las cuales no existe una prescripción normativa que solucione el entuerto.

---

Moisset de Espanés era uno de sus integrantes. Allí me enseñó, con el ejemplo diario en la resolución de los conflictos, que el derecho todo (en su faz sustancial y procesal) no se justifica sino en pos del ideal de Justicia. Me “desformalizó” en mi visión ritualista. Hoy como juez de Cámara Civil, se lo agradezco enormemente, como agradezco su enorme generosidad para quienes, como yo, nos iniciábamos en estas lides. Eso es un Maestro: no el que requiere leal acatamiento a su pensamiento, sino el que incita a pensar libremente. ¡Felices 80 jóvenes años!

En lo que hace a mi parte en esta contribución, seguro cometí errores: de fondo y de forma. Pero no me preocupa, ya “Criticón” se encargará de hacérmelos notar. ¡Fuerza, jovato, que todavía faltan muchos años más! R.E.F.

<sup>1</sup> Ello sin dejar de reconocer que, conforme cierta corriente de opinión (francamente minoritaria), la responsabilidad civil tendría una función exclusivamente reparadora; no sería ni preventiva ni punitiva, sino puramente indemnizatoria (Conf. Jorge LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. III, p. 450; DE CUPIS, “Tradizione e rinnovamento nella responsabilità civile”, *Rivista Diritto Civile. Profili di diritto comparato*, p. 27, entre otros).

A ello se agrega que la visión del proceso asentado en un derecho subjetivo violado, iniciado por un sujeto (o, a lo sumo, por un grupo determinado de ellos -litisconsorcio-), ha sido ampliada con la posibilidad de que representantes de derechos de pertenencia difusa puedan iniciar pretensiones resarcitorias o preventivas, otrora ajenas a nuestro medio.

Los nuevos requerimientos ponen en jaque la concepción tradicional del juez, asentada en la idea de un juez imparcial, llamado a resolver el conflicto intersubjetivo de intereses, desde un punto de vista neutral.

El proceso civil, concebido desde la base del principio dispositivo puro, que pone en cabeza de los interesados acreditar los hechos base de su reclamo, tiene hoy otro carácter. Así, se afirma que los derechos o intereses en juego pueden exigir al juez una participación más activa, tanto en la dirección como en el modo de resolver.

A una mirada panorámica de estos temas tiende el presente trabajo.

## II. El juez civil y el proceso resarcitorio común

Dentro de este acápite, es dable señalar algunos puntos en los cuales se advierte la necesidad de una función más activa del juez <sup>2</sup>.

En efecto, como se anticipara, en la actualidad se está abandonando la idea tradicional según la cual, siendo el proceso de daños uno de naturaleza eminentemente patrimonial, el Tribunal debería permanecer pasivo e imparcial frente al conflicto individual sometido a juzgamiento.

Por el contrario, doctrina y jurisprudencia (en la que nos enrolamos) vienen -desde hace un tiempo- propugnando la necesidad de ampliar las facultades procesales del magistrado para garantizarle una actuación más participativa en la dirección del litigio.

---

<sup>2</sup> No se trata de enrolarse, sin más, en la denominada tesis “activista” por oposición a la “garantista”, sino de tratar de encontrar el justo medio.

Así, para los primeros, el juez debe hacer justicia, conforme a la ley y aún contra ella, en cambio, para los segundos, el juez no puede obviar el respeto a la garantía de defensa en juicio, debiendo mantenerse dentro de los cánones que el legislador dibujó, respetando así la previsibilidad propia del derecho. Sobre el punto: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales en la Región Centro. Activismo y garantismo procesal, Córdoba, 2009, *passim*.

A continuación, nos ocuparemos de marcar las principales aperturas en el proceso de daños desde su función resarcitoria.

*a. La prueba anticipada y el secuestro de la historia clínica*

En la provincia de Córdoba, bajo el título de “medidas preparatorias” coexisten las medidas preparatorias, propiamente dichas, y la prueba anticipada. Las primeras tienden, esencialmente, al esclarecimiento de los hechos para poder demandar correctamente. Y así, se alude a la posibilidad de solicitar declaración jurada sobre hechos relativos a la personalidad de quien va a ser demandado, o la exhibición de cosa mueble que fuere objeto del pleito, o de los títulos relativos a la cosa vendida, etc. (art. 485 C.P.C.)

En cambio, las medidas de prueba anticipada suponen la alteración normal de las etapas procesales, adelantando la producción de prueba, antes de la demanda, cuando el diligenciamiento de la misma en la etapa normal, pudiere resultar imposible o muy dificultosa. En estos casos, la ley establece un *numerus clausus* (art. 486 C.P.C.) refiriendo a la declaración de testigos de muy avanzada edad, gravemente enfermos o próximos a ausentarse del país; al reconocimiento judicial y dictamen pericial para hacer constatar la existencia, estado, calidad y condición de personas, cosas o lugares y al pedido de informes o copias a entes privados, reparticiones públicas o registros notariales (art. 486 C.P.C.).

Es conocida la importancia de la *historia clínica* como prueba en un juicio de mala praxis médica<sup>3</sup>. Sin embargo, la posibilidad de pedirla como prueba anticipada no aparece suficientemente eficaz a los fines del proceso.

---

<sup>3</sup> La Historia Clínica es el documento en el cual se deja registro sobre el diagnóstico, terapia y evolución de la enfermedad del paciente y respecto de la cual se ha sostenido que resulta el mejor documento integrante de la prueba de la buena o mala atención médica toda vez que “*retiene la información sobre lo hallado, lo pensado, lo hecho*” (conf. A. ACHÁVAL, *Responsabilidad civil del médico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 233). En la misma línea, se enseña que la historia clínica es “*normalmente un instrumento privado que lleva firma del médico y de auxiliares de la medicina*” y que “*reconocida la firma queda reconocido el contenido*”, aclarándose que “*la historia*

Esto porque si bien es cierto, conforme el texto legal, puede solicitarse informe o copia a los entes privados o reparticiones públicas (léase el hospital, sanatorio o establecimiento asistencial a ser demandado), el fin perseguido es que la misma no se altere, esto es, que tomado conocimiento de la petición, la contraria no fragüe su contenido.

Por ello es que se ha aceptado la posibilidad de que se solicite como “medida cautelar”, a pesar que la legislación ritual cordobesa sólo admita el embargo preventivo como cautelar despachable antes de la demanda (art. 456 C.P.C.).

La visión jurisprudencial acepta lo que hoy es realidad normativa en el orden nacional: esto es, que se libre oficio al oficial de Justicia, para que se constituya en la sede donde se encuentre el documento, lo fotocopie, y certifique, y así se incorpore a las actuaciones.

De ese modo, se procura garantizar la inmodificabilidad del que puede ser el elemento vital de prueba en los juicios por mala praxis médica <sup>4</sup>.

#### *b. La prueba pericial y el Comité Consultivo en Prácticas Médico-Sanitarias y Bioética del Poder Judicial de Córdoba*

En los juicios vinculados a cuestiones médicas y a daños al derecho a la salud de las personas, la prueba pericial médica se erige como un elemento de ponderación inexcusable y de casi decisiva receptación habida cuenta “*la no apropiada formación de jueces y abogados para entender, en su cabal dimensión, la razón de ser de una concreta actuación médica*” <sup>5</sup>.

---

*clínica completa y veraz prueba a favor del médico”, mientras que una “historia clínica plagada de deficiencias y de omisiones genera una presunción judicial de culpa del profesional” (conf. R. LORENZETTI, Responsabilidad civil de los médicos, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1997, t. II, ps. 246 y 251).*

<sup>4</sup> Cámara 2ª C. y C. Cba., *in re*: “Gómez, Enrique Santos y otro c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba - Medidas preparatorias. recurso de apelación”, A. N° 368 del 25/10/04, Sem. Jur. t. 91. 2005-A, 128 y ss..

<sup>5</sup> J. KENT, *Breves cavilaciones acerca de la problemática de la denominada “mala praxis” médica*, L.L. 1993-A-305.

En esta línea, ha sostenido autorizada doctrina que: “... un dictamen pericial es un elemento valiosísimo de orientación judicial que, en principio, si es coherente y fundado, no existe razón para apartarse de él y esto no implica sometimiento; muy por el contrario, implica una conducta responsable del magistrado, por el respeto, en la especialidad del conocimiento científico...”<sup>6</sup>.

Completando tal idea probatoria, y mediante Acuerdo Reglamentario N° 793 - Serie “A” del 7/11/05, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, creó el Comité Consultivo en Prácticas Médico-Sanitarias y Bioética del Poder Judicial de Córdoba.

La original innovación trata sobre un organismo transdisciplinario integrado por las principales instituciones públicas o privadas, académicas u hospitalarias que tienen reconocidos Centros o Comisiones de Bioética en la Provincia<sup>7</sup>. Dicho Comité tiene por finalidad esencial la de asesorar en cuestiones bioéticas al juzgador que debe fallar una cuestión de naturaleza bioética.

Grafica la utilidad de la figura procesal en comentario lo decidido recientemente en el resonado caso “Naty...”, donde un transexual menor de edad -a través de sus padres- solicitó autorización judicial para que se realice en su cuerpo una intervención quirúrgica de readecuación de sexo. En dicha oportunidad, el juez interviniente solicitó consulta al referido Comité, y -en oportunidad de resolver- se ocupó por destacar que asignaba “particular trascendencia” a lo dictaminado por el Comité de Bioética<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> C. GHERSI, “Responsabilidad médica. La trascendencia de la pericia médica. El tratamiento científico adecuado. La omisión, como causa del daño. La aplicación del art. 1625 del Proyecto de Unificación Civil y Comercial por la Suprema Corte de Buenos Aires”, en J.A. del 17 de junio de 1992, N° 5781.

<sup>7</sup> Así, están representados, entre otros, el Consejo Médico, el Ministerio de Salud, el Centro de Bioética de la Universidad Católica de Córdoba, las facultades de Medicina de la Universidad Nacional y Católica de la Provincia, el cuerpo de médicos forenses, etc..

<sup>8</sup> JCivComConciliacionyFamilia Villa Dolores, 21/9/07, *in re*: “C., J.A. y otra - Solicitan autorización”, L.L.C. 2007 (noviembre), 1102.

*c. La prueba documental (instrumental) y su agregación tardía*

La prueba documental es prueba preconstituida, de modo que, de ordinario, es dable incorporarla con la demanda y su contestación (arts. 182 y 192 C.P.C.). Sin embargo, la ley se aviene a que se la incorpore con posterioridad (arg. art.212 C.P.C.), poniendo límites a tal actividad.

Así, dispone el art. 241 C.P.C. que luego de las oportunidades previstas en los arts. 182 y 192 se pueden ofrecer documentos, en primera instancia, mientras no se hubiese dictado sentencia, pero si lo fuesen luego de haberse dictado el decreto de autos, no serán admitidos, salvo que sean de fecha posterior o que llevando fecha anterior, se jure o afirme no haberlos conocido o podido obtener oportunamente (art. 241 inc. 1 C.P.C.).

Estos dos últimos supuestos son los que permiten, también, la incorporación de documentos en segunda instancia.

Es el caso que la interpretación del tribunal casatorio local vincula inexorablemente la noción de “documento” al instrumento público o al privado emanado de la contraria, de modo que no engastan en la posibilidad de incorporación tardía, los que emanan de terceros (v.gr., facturas, recibos, etc.)<sup>9</sup>.

Cuadra destacar que un documento emanado de tercero puede ser vital para la solución del litigio. También que el mismo recién se conozca o se lo obtenga luego del decreto de autos en primera instancia (o aún luego de los diez primeros días de abierta la causa a prueba, oportunidad para ofrecer prueba testimonial en el juicio ordinario), de modo que, atenedos a la tesis tradicional, no sería posible introducirlos al proceso.

Este modo de ver las cosas antepone la legislación ritual, a la búsqueda de la verdad jurídica objetiva, de modo que se ha propuesto interpretar laxamente las reglas emanadas del art. 241 y así, haciendo pie en

---

<sup>9</sup> T.S.J. Cba. Sala Civ. y Com., *in re*: “Olivera, Carlos L. c/ Patricia Mónica Rey - Ordinario - Recurso de casación”, Sent: N° 67 del 12/6/01, Sem. Jur. t. 85, 2001-B, 53 y ss. Y más recientemente, *in re*: “Alvarez, José María c/ Coop. de Vivienda Cumbre Ltda. - Escrituración -Recurso directo” (Expte. A-15-04), A.I. N° 90 del 31/5/07. En análogo sentido: Cámara 7ª C. y C. Cba., *in re*: “Lencina, Marcelo Javier c/. Moeremans, Abel Osvaldo y otro - Ordinario -. Daños y perjuicios - Accidentes de tránsito”, A. N° 149 del 9/5/05, Zeus Córdoba, t. 7 (2005), p. 138, síntesis.

el documento (*lato sensu*), admitir su incorporación y con ella la posibilidad de requerir prueba testimonial a fin del reconocimiento del mismo <sup>10</sup>.

De otro modo, se rinde tributo al propio carácter instrumental del derecho procesal, destinado a la averiguación de la verdad jurídica objetiva.

#### *d. Inspección judicial*

En ocasiones sólo el examen in situ del lugar donde aconteció el evento dañoso, pone al magistrado en el verdadero conocimiento de los hechos. Así acontece, v.gr., en un supuesto común de un accidente de tránsito que no aconteció en una intersección común, sino que presenta alternativas topográficas no advertibles claramente por otros medios, como los informes periciales, las fotografías, las declaraciones testimoniales.

En estos supuestos, la inspección judicial pone al Juez en la posibilidad de estar en claro con los hechos que se debaten y, por ende, debe ser utilizada para poder fallar la causa con el mayor y mejor conocimiento de los hechos.

Se trata de una facultad del Tribunal pero que, en ocasiones, y en atención a la necesidad del juez de estar en claro, se transforma en un verdadero deber (al menos ético), que no puede ser desdeñado.

#### *e. Medidas para mejor proveer*

Tradicionalmente se encuentran referencias a esta actividad probatoria oficiosa y tardía, como una de carácter excepcional, sólo utilizable en situaciones extremas, porque de lo contrario, se alteraría la igualdad de las partes en el proceso, en desmedro de la carga de ofrecimiento y diligenciamiento de los medios probatorios correspondientes a cada parte, de acuerdo con las reglas del *onus probandi*.

---

<sup>10</sup> Raúl E. FERNÁNDEZ, *Impugnaciones ordinarias y extraordinarias en el C.P.C.C. de Córdoba*, Córdoba, Alveroni, 2006, p. 245 y ss..

Sin embargo, cuando los derechos en juego excedan lo meramente crematístico, para situarse en la órbita de derechos sensibles, esta facultad del juez se transforma en un verdadero poder-deber del Tribunal.

Así, en situaciones v.gr. de daño ambiental, que afectan a terceros además del o los reclamantes, el tribunal no puede conformarse con la prueba aportada por las partes al proceso, y debe utilizar los mecanismos que el art. 325 C.P.C. le aporta, para esclarecer los hechos.

Sobre todo, porque en la materia aludida, rige el principio precautorio, que otorga otro jaez a la figura del juez civil.

#### *f. Principio de congruencia en la sentencia*

El principio de congruencia se ha definido como aquel “... *que exige la identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes...*” <sup>11</sup>

Su preeminencia en el derecho procesal civil y comercial y, particularmente, en el proceso de daños ha sido desde siempre defendida encarnecidamente, e incluso plasmada normativamente en los distintos códigos rituales vigentes <sup>12</sup>.

Así, se ha sostenido que -aun cuando estén en juego derechos fundamentales o se verifique una solución contraria al sentido de justicia- el juzgador debe insoportablemente atenerse a lo expresamente peticionado por las partes, no pudiendo condenar a algo distinto o mayor que lo demandado. En otras palabras, se ha entendido que el pronunciamiento jurisdiccional debe observar estrictamente el principio de congruencia, y que -en su defecto- la sentencia será nula por violación a las formas y solemnidades previstas para su dictado <sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Hernando DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, Universidad, 1984, t. I, p. 49.

<sup>12</sup> En la provincia de Córdoba, el mencionado principio se encuentra consagrado expresamente en el art. 330 del C.P.C.C..

<sup>13</sup> En esta posición pareciera enrolarse el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, quien se ha pronunciado por la imposibilidad de juzgamiento de apartarse de lo que

Es claro que ello debe ser así en general, pues está en juego el derecho de defensa de las partes litigantes, que conducen su argumentación dialéctica y su esfuerzo probatorio en función de la forma cómo se trabó la litis.

De tal manera, en la visión tradicional, la etapa introductoria establece los hechos sobre los cuales ha de recaer resolución, en base a los argumentos sustentados por las partes <sup>14</sup>.

Empero, en la actualidad, la doctrina y la jurisprudencia han propugnado la necesidad de morigerar el rigor de tal axioma <sup>15</sup>, admitiendo la posibilidad de flexibilizar esa regla de congruencia, v.gr. con relación al título jurídico alegado por el actor, si del expediente surge acreditado otro distinto.

En este sentido, se admite que, a pesar que se invoque la calidad de dueño de una cosa (mueble o inmueble), requiriendo el resarcimiento de los daños causados, no procede el rechazo de la demanda, si quedó probada la *condición de usuario*, que habilita el reclamo resarcitorio (art. 1110 C.C.).

También se reconoce la posibilidad de que se reencauce un reclamo resarcitorio fundado en *factores de atribución objetivos a otros de índole subjetivo*, sin desmedro del principio de congruencia antes aludido <sup>16</sup>. E, igualmente, se autoriza sin lesión a la congruencia, que una pretensión indemnizatoria fundada en un *hecho de responsabilidad civil*

---

concretamente había sido materia de debate y resolución en la primera instancia (conf. T.S.J. Cba., Sala C. y C., *in re*: “Gavier, Enrique y ot. c/ Provincia de Córdoba - Amparo”, A.I. N° 88 del 26/3/97).

<sup>14</sup> Lo dicho, sin perjuicio de la posibilidad de ampliación cualitativa de la demanda (hechos nuevos, art. 203 C.P.C.) o cuantitativa (arts. 179 y 180 C.P.C.).

<sup>15</sup> Con provecho: Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, “El principio *iura novit curia* en los conflictos resarcitorios”, en Sem. Jur. t. 99, 2009-A, 589 y ss., y “La congruencia ante planteos indemnizatorios”, Sem. Jur. t. 99-2009-A, p. 625 y ss..

<sup>16</sup> T.S.J. Cba., Sala C. y C., *in re*: “Benito Alejandro c/ Raúl Egusquiza A. y otro - Daños y perjuicios - Recurso directo” (“B”- 27/01), Sent. N° 127 del 4/11/03, ocasión en la que se resolvió que: “... en el caso de la acción de resarcimiento de daños, la normativa de fondo admite un doble encuadramiento legal (arts. 1109 y 1113 del C.C.), por el solo hecho de la participación activa en el hecho dañoso de un elemento riesgoso. Ello así, si el relato de los hechos por parte del accionante, incluyen la mención de una cosa riesgosa como el instrumento generador del perjuicio sufrido, se habrá cumplido con

*extracontractual, sea finalmente resuelta como propia del ámbito de la responsabilidad contractual* <sup>17</sup>.

Incluso, se ha admitido el *reencuadre oficioso del ítem indemnizatorio* reclamado, autorizándose que lo demandado a título de lucro cesante sea incluido en la condena en carácter de chance <sup>18</sup>.

Todo este demuestra que la actividad del juez civil, aún en estos supuestos “ortodoxos” no se muestra tan dependiente de la actividad de las partes, como otrora se sostenía con carácter axiomático.

Claro está, que en todos los supuestos, debe tenerse presente el respeto por el contradictorio. Dicho de otro modo, sólo será posible acceder a esta flexibilización de la congruencia cuando no se viole el ejercicio del derecho de defensa en juicio.

#### *g. Inconstitucionalidad de oficio*

Después de más de 138 años en la que había mantenido una doctrina judicial estricta en la materia <sup>19</sup> la Corte Suprema de Justicia de la

---

los actos de postulación necesarios para lograr sus objetivos, más allá de que haya fundado su reclamo en uno u otro de los dispositivos legales citados”.

<sup>17</sup> T.S.J. Cba., Sala C. y C., *in re*: “López, Jorge Daniel c/ Superior Gobierno de la Pcia. de Cba – Ddas. - Ordinario - Recurso directo” (“L” 05/01), Sent. N° 40 del 3/5/02.

<sup>18</sup> T.S.J. Cba., Sala C. y C., *in re*: “Spreafico, Julia Edith c/ Telecom Argentina y/ o Telecom Argentina S.A. y otra - Ordinario - (Daños y perjuicios) Recurso directo” (Expte. Letra “S” N° 19/00), Sent. N° 54 del 23/5/01 oportunidad en la cual el alto cuerpo sostuvo que: “... la circunstancia de que la accionante en la demanda haya reclamado la indemnización por el lucro cesante futuro derivado de su incapacidad, no impedía al juez de la causa y por tanto a la Cámara de Apelaciones, considerar que el resarcimiento en concepto de la incapacidad sobreviniente de la actora, fuera en verdad a título de pérdida de chances, y deducir de aquí las consecuencias pertinentes en orden a la cuantificación de ese capítulo de la litis. Ello es así porque la calificación jurídica en torno a determinar si procedía la indemnización peticionada por la actora a título de lucro cesante futuro o si - por el contrario- era en concepto de pérdida de chances, es una cuestión de estricto derecho cuyo esclarecimiento incumbe libremente a los tribunales con independencia de la conceptualización que hubieren hecho las partes”.

<sup>19</sup> Se consideraba a la existencia de un caso y al pedido de parte como un requisito imprescindible para el ejercicio del control de constitucionalidad por parte del Poder Judicial

Nación terminó admitiendo la posibilidad válida del control oficioso de constitucionalidad.

Efectivamente, y aun reconociendo que con anterioridad había habido un par de votos minoritarios en otro sentido <sup>20</sup>, fue sólo en el precedente conocido como “Mill de Pereyra” <sup>21</sup>, luego confirmado en “Banco Comercial de Finanzas” <sup>22</sup> que el máximo Tribunal federal aceptó ese tipo de control.

Centrados ya en el ámbito del proceso resarcitorio común, puede mencionarse -a modo ejemplificativo- las numerosas declaraciones oficiosas de inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil que limita los *legitimados activos para reclamar daño moral*.

Con fundamento en que la limitación de dicho artículo en lo relativo a la legitimación activa chocaría con el criterio imperante de reparación plena e integral de quien ha sufrido un daño injusto, y lesiona derechos de raigambre constitucional, como lo son la protección integral de la familia y la igualdad ante la ley, distintos tribunales han declarado de oficio la inconstitucionalidad de la normativa citada, reconociendo la legitimación activa y el consecuente derecho indemnizatorio por daño moral por muerte a la concubina <sup>23</sup> y a los hermanos.

#### *h. Anticipación de la tutela jurisdiccional*

El punto importa aceptar que, luego de trabada la litis, y sin que exista aún sentencia condenatoria o que ésta esté firme, se acuerde al reclamante todo o parte de su pretensión, con carácter anticipado.

---

<sup>20</sup> Pueden verse las distintas posturas mayoritarias y disidentes en el máximo tribunal en el trabajo de Guillermo LÓPEZ, *El control de constitucionalidad de oficio*, en L.L., 2002-F-1278.

<sup>21</sup> L.L. 2001-F-891; 2002-A-34; 2003-A- 234; D.J. 2001-3-807.

<sup>22</sup> Fallos 327:3117.

<sup>23</sup> Cámara 2ª C. y C. de Mar del Plata, 26/12/07, *in re*: “Camargo, Mónica y otro c/ Lima, Roberto y otra”, L.L. 2008-C-553, con nota de Ritto, Graciela B., *Declaración de inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil y legitimación activa de la concubina para el daño moral*.

No puede obviarse la referencia al fallo de la C.S.J.N., *in re* “Camacho Acosta”<sup>24</sup> en el cual en un proceso de indemnización de daños y perjuicios se dictó una medida tendiente a que la demandada pagara una prótesis en reemplazo del antebrazo izquierdo amputado al actor por una máquina de propiedad de aquélla<sup>25</sup>.

Desde el encuadre normativo, merece especial referencia la situación captada en el ámbito del *derecho del seguro*, en particular art. 68 de la ley 24.449, al disponer que “... los gastos de sanatorio o velatorio de terceros, serán abonados de inmediato por el asegurador, sin perjuicio de los derechos que se puedan hacer valer luego. El acreedor por tales servicios puede subrogarse en el crédito del tercero o sus derechohabientes. Carece de validez la renuncia a un reclamo posterior, hecha con motivo de este pago”.

Se trata de un supuesto de “... pago anticipatorio interino puesto que luego de efectuado en la sentencia puede disponerse otra cosa conforme los derechos que haya esgrimido y probado el asegurador”<sup>26</sup>.

En los demás casos no regulados especialmente, es posible señalar que teniendo en cuenta el carácter *excepcional* de la decisión jurisdiccional, se exige *peligro en la demora*, que exista *suficiente convicción*

---

<sup>24</sup> C.S.J.N., en autos: “Camacho Acosta, M. c/ Grafi Graf S.R.L. y otros” del 7/8/97, en Revista de Derecho Procesal, 1, *Medidas cautelares*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 385 y ss., con nota de Roland Arazi, *Tutela anticipada*.

<sup>25</sup> Dijo la Corte Nacional en tal oportunidad que “... el recurrente ha puesto de manifiesto que la tardanza en la colocación de la prótesis hasta el momento de la sentencia definitiva le provocará un perjuicio irreversible en la posibilidad de recuperación física y psíquica de su parte, como también que la permanencia en su situación actual -hasta el momento en que concluya el proceso- le causa un menoscabo evidente que le impide desarrollar cualquier relación laboral, todo lo cual reclama una decisión jurisdiccional eficaz para modificar el estado de hecho en que se encuentra”, agregando que “... el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado”.

<sup>26</sup> Carlos Alberto CARBONE, *¿Existen los despachos interinos de fondo en la legislación argentina?*, en Jorge W. Peyrano (director), *Sentencia anticipada*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 487.

en el derecho que se invoca, que se ofrezca contracautela y que de la decisión anticipatoria no se deriven *efectos irreparables en la sentencia definitiva*.

De tal modo, por una parte, ya no basta la simple “verosimilitud del derecho invocado” requerible para el despacho cautelar clásico, sino que se añade un plus: que el tribunal pueda establecer una suerte de “certeza provisoria” sobre la bondad de la pretensión resarcitoria ejercida.

Además de ello, debe tenerse presente que la anticipación de tutela no sería viable si ella provocara efectos irreparables en la sentencia definitiva, esto es, si luego se desestimara la pretensión, no fuera posible volver las cosas al estado anterior al despacho de esta medida.

Ciñéndonos al ámbito del derecho de daños, y sólo tomado al azar de múltiples pronunciamientos, cuadra memorar el caso en el cual se entendió procedente el reclamo indemnizatorio anticipatorio incoado, a fin de que el sanatorio y el médico codemandados por responsabilidad médica, abonaran los gastos médicos necesarios para el tratamiento de un menor, oportunidad en la que se señaló que la falta de reglamentación ritual expresa no era argumento suficiente para permitir la frustración del derecho sustancial de la víctima a ser indemnizado <sup>27</sup>.

La doctrina sustancialista ha recibido con beneplácito este tipo de decisiones, destacando la consolidación del derecho de daños, a la luz de una corriente jurisprudencial progresista, inserta en un Poder Judicial fuerte e independiente <sup>28</sup>.

### **III. El juez civil frente a la prevención del daño**

No es de ahora que se sostiene que la misión del derecho de daños no sólo consiste en reparar el menoscabo injustamente causado, sino también, de prevenirlo.

---

<sup>27</sup> C.C.C. Trenque Lauquen, *in re*: “Dematteis, Julián c/ Cabaleiro, Raúl A. (h) y otros” del 17/6/04, L.L.B.A. 2004-925 y ss..

<sup>28</sup> Carlos A. GHERSI, *Tutela anticipada. Actos de gobierno y privación de derechos económicos. Obra pública* (nota al fallo aludido).

En efecto, tradicionalmente, en el proceso de daños, se partía del preconcepto según el cual sólo ante la concreta existencia de un derecho avasallado podía ponerse en marcha el aparato jurisdiccional. Actualmente, en cambio, predomina la idea de que la magistratura debe abandonar la posición netamente vindicativa y obedecer el llamado a asumir el ejercicio de una función jurisdiccional profiláctica.

La locución “función preventiva del daño” es sostenida, principalmente, por la doctrina civilista<sup>29</sup>, aunque desde la visión procesal se prefiere la nominación de “tutela o acciones preventivas” de modo que no se piense que por vía de acción sólo se puede pretender el cese de una conducta perjudicial<sup>30</sup>.

Se trata de atender a las reflexiones de la doctrina, cuando sostiene que *“Mas allá de los postulados y de las construcciones, importan las soluciones prácticas. La visión tradicional era escéptica y de algún modo facilista: estudio sobre daños y modos de repararlos, mediante impecables elaboraciones. La actitud moderna es más ambiciosa y aproximada a un ideal de justicia realista. La eficiencia arranca de una actitud optimista, no ingenua sino esforzada: hacer todo lo posible para que los daños no ocurran. Cambian las reglas del juego: la de ‘contamino y pago, porque igualmente gano’, ha sido reemplazada por una prohibición rotunda: ‘no contamine’. El juez de daños debe contar con atribuciones, así sea de oficio, para ordenar o para reclamar a otras autoridades que se corrijan fallas técnicas lesivas, a fin de proteger otras víctimas eventuales”*<sup>31</sup>.

A continuación, nos ocuparemos por señalar algunas figuras e institutos procesales que -de un modo tradicional o novedoso- procuran instrumentar y operativizar la función preventiva del derecho de daños.

---

<sup>29</sup> Ricardo LORENZETTI, “La tutela civil inhibitoria”, L.L.. 1995-C-1218 y ss.; Carlos GHERSI, *Teoría general de la reparación de daños*, Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 332, etc..

<sup>30</sup> Jorge W. PEYRANO, *La acción preventiva*, en Carlos J. SARMIENTO SOSA, *Estudios iberoamericanos de derecho procesal. Libro homenaje a José Gabriel Sarmiento Núñez*, Bogotá, Legis, 2005. p. 576.

<sup>31</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *El derecho de daños*, Zeus Córdoba, t. 4, 2004, p. 230 y ss..

*a. ¿Acción meramente declarativa?*

Desde una perspectiva procesal, cuadra recordar que nuestro Código adjetivo en lo Civil y Comercial, contempla un instituto que, a diferencia de lo que ocurre con las sentencias de condena, persigue la superación de un estado de incertidumbre.

Tal, la denominada “acción meramente declarativa”.

Sin embargo, la misma no se presenta como un instrumento apto para dar cabida a la tutela preventiva.

Lo dicho, esencialmente por, al menos, tres razones: una, porque presupone una relación jurídica previa entre las partes, de la que deriva la situación de incertidumbre, lo que no siempre está presente en el ámbito del derecho de daños, en particular, con relación a la responsabilidad extracontractual.

Otra, porque al dictarse una sentencia declarativa, no es posible imaginar, en sentido estricto, la ejecución de la misma. Y es claro que la ejecución (innovando u ordenando un status quo o imponiendo una condena modalizada, etc.), luce como el fin perseguido con las pretensiones preventivas.

Por fin, el alcance otorgado por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia la torna inapta, porque además de requerir siempre que el agravio no se haya concretado (de modo que no serviría para hacer cesar uno en ejecución), se exige que no existan otras vías para superar la situación<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> T.S.J. en pleno, *in re*: “Cámara Empresarial de Salud de Córdoba y ot. c/ Caja de Previsión Social para Profesionales de la Salud de la Provincia de Córdoba - Acción de inconstitucionalidad”, A.I. N° 22/02). Destacando la imperfección de la interpretación propugnada por el alto cuerpo. Cámara 4ª C. y C. Cba., *in re*: “Binda La Spina, Francisco Mercedes c/ Municipalidad de La Calera y otro - Acción declarativa de certeza”, Sent. N° 184 del 14/12/04, Sem. Jur. t. 91, 2005-A, p. 198 y ss..

*b. Supuestos especiales de tutelas preventivas autorizadas normativamente*

En el ordenamiento sustancial se advierte la presencia de ciertas situaciones que, de ordinario, se catalogan como permisivas de la tutela preventiva.

Así, se menciona la *protección del derecho a la intimidad* en base al art. 1071 bis del C.C., que dispone que “El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación”.

Se ha destacado con razón que “*las técnicas preventivas asumen especial importancia en la tutela de la intimidad, ya que las acciones resarcitorias implican el riesgo de una publicidad todavía más amplia sobre la reserva vulnerada por la indiscreción y, con ello, el remedio puede resultar peor que el mal*”<sup>33 34</sup>.

También integra el elenco de tutela preventiva expresamente prevista, la situación captada por el art. 2499, 2do párrafo del C.C., relativo a la *acción de daño temido*. La ley dispone que “... Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares”.

---

<sup>33</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, Buenos Aires, Hammurabi, 1996, t. 2D, p. 319.

Sobre el tema, también: Delia FERREIRA RUBIO, *El derecho a la intimidad*, Buenos Aires, Universidad, 1982, p. 168.

<sup>34</sup> Cuadra recordar el caso fallado por la C.S.J.N., en el cual se acordó tutela preventiva para el caso en el cual se publicó en medios periodísticos el nombre de la menor en un juicio de reconocimiento de la filiación de su presunto (y conocido) padre, *in re*: “S. V. c/ M. D.A.” del 3/4/01, L.L. 2001-C-309 y ss..

Jurisdiccionalmente he asumido la tesis de la presencia de una tutela preventiva <sup>35</sup>.

Aunque para parte de la doctrina, se trata de una especie de *turbación* lo que se adecua a la *interpretación sistemática*, pues el párrafo en cuestión se ubica luego que el art. 2499 C.C. dispusiera que “*habrá turbación de la posesión, cuando por una obra nueva que se comenzara a hacer en inmuebles que no fuesen del poseedor, sean de la clase que fueren, la posesión de éste sufre un menoscabo que cediese en beneficio del que ejecuta la obra nueva*” <sup>36</sup>. Tuve en cuenta la opinión de quienes entienden que la acción en cuestión *desborda el ámbito posesorio* “*pues no es solamente un poseedor turbado en su posesión el que puede iniciar la acción, sino todo el que tema un daño a sus bienes. La palabra bienes también es amplia en nuestro Código (art. 2312)*” <sup>37</sup>.

De tal modo, el instituto se asienta en el clásico *alterum non laedere*, que fue comprendido por mucho tiempo en su faz reparadora, esto es, producido el daño, se impone la reposición de las cosas al estado anterior y si ello no fuere posible, el resarcimiento en dinero.

También se recuerda el supuesto de la *protección del nombre de las personas*, cuando se dispone que “La persona a quien le fuere desconocido el uso de su nombre, podrá demandar su reconocimiento y pedir se prohíba toda futura impugnación por quien lo negare; podrá ordenarse la publicación de la sentencia a costa del demandado” y “Si el nombre que pertenece a una persona fuese usado por otra para su

---

<sup>35</sup> Cámara 4ª C. y C. Cba., *in re*: “Milanta, Marisa c/ Municipalidad de Córdoba - Abreviado - Fijación de plazo”, Sent. N° 197 del 29/12/05, Zeus Córdoba, t. 7, 2005, p. 72 y ss..

<sup>36</sup> Marina MARIANI DE VIDAL, *comentario al art. 2499*, en Alberto J. BUERES - Elena I. HIGHTON, *Código Civil*, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, t. 5, p. 284 y ss., y con mayor desarrollo en: *Curso de derechos reales*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1976, p. 185 y ss. En análogo sentido, afirmando que la pretensión en examen emparenta su esencia con la de las acciones tutelares de la relación posesoria: Edgardo I. SAUX, “La acción de daño temido como mecanismo preventor del perjuicio todavía no causado”, J.A. 1994-III-705 y ss.).

<sup>37</sup> Elena I. HIGHTON, *Derechos reales. Posesión*, Buenos Aires, Hammurabi, 1984, t. 1, p. 264 y ss..

propia designación, ésta podrá ser demandada para que cese en el uso indebido, sin perjuicio de la reparación de los daños si los hubiese” (arts. 20 y 21 ley 18.248).

Se trata claramente de una acción preventiva de *cese de la usurpación del nombre* <sup>38</sup>.

En la misma línea, puede mencionarse la regla contenida en el art. 2618 del C.C., según el cual tratándose de molestias ocasionadas por humo, calor, olores, luminosidad, ruido, vibraciones o daños similares, a causa del ejercicio, en inmuebles vecinos, de actividades que excedan *la normal tolerancia*, teniendo en cuenta las condiciones del lugar, autoriza a los jueces a disponer de la cesación de tales molestias, sin perjuicio de la responsabilidad por daños que pudiera corresponder.

### *c. Acción de amparo*

El art. 43 de la Constitución Nacional, reconoce la acción expedita y rápida del amparo, siempre que no exista otra vía judicial más idónea contra actos de las autoridades o de particulares que con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta y en forma actual o inminente, lesionen, restrinjan, alteren o *amenacen* derechos y garantías constitucionales. En sentido concordante el art. 1º de la Ley Provincial de Amparo (Nº 4915) admite la acción frente a una amenaza.

Lo expuesto evidencia que el amparo constituye un carril idóneo a los fines del ejercicio de la función preventiva del derecho de daños y, en consecuencia, por su medio podrá -en principio- encauzarse toda tutela inhibitoria reconocida por nuestro ordenamiento sustancial.

Claro que, no debe olvidarse, que la amenaza de daño debe provenir de una acción u omisión que ostenten arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, pues, de lo contrario, la vía intentada no sería admisible.

---

<sup>38</sup> Conf. Julio César RIVERA, *Instituciones de derecho civil. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, t. I, p. 655.

*d. Flexibilización del principio de congruencia*

Como se puede advertir, no se trata sólo de la clásica respuesta al agravio ya infringido, sino también de la posibilidad de ocurrir a la justicia ante la amenaza, a fin de prevenir el daño.

Cuadra traer a colación, además, la decisión de anticipar la tutela jurisdiccional en un proceso de daños ocasionados a una menor en un accidente de tránsito (a consecuencia del cual quedó parapléjica), y mediante la cual se impuso a la demandada y aseguradora, cubrir los gastos médicos y paramédicos, intervenciones quirúrgicas y sus accesorios, compra de medicamentos y la cobertura de toda otra modalidad que no puede prescindir la víctima, sin grave riesgo para su vida o salud, por el plazo de seis meses <sup>39</sup>.

Pero el rol del juez civil, en la faz preventional, no se agota en la tutela anticipada, sino que presenta otro aspecto digno de ser mencionado.

Tal, el que refiere a la *posibilidad de que la decisión preventiva abarque no sólo a los contendientes del pleito*, en los límites de lo peticionado, sino que lo *desborde, objetiva y aún subjetivamente*.

Es de necesaria referencia el caso de una menor de 13 años cayó en un depósito artificial de agua producido por excavaciones en la vía pública y murió por asfixia. El Tribunal ordenó que la Municipalidad colocara una cerca protectora en torno a las excavaciones inundadas, así como carteles indicadores de peligro, y que mantuviera un servicio permanente de vigilancia en el lugar durante las horas diurnas, aún frente a la falta de pedido expreso, y teniendo en cuenta la prevención del daño respecto a terceros <sup>40</sup>.

También en la causa “Milanta” antes referida, y con relación a la denominada “acción de daño temido” se dispuso no sólo el cierre del

---

<sup>39</sup> Juzg.CCLab. Villa Constitución, *in re*: “Gómez, Daniel Rubén y otros c/ Damián E. Maggioni y/u otros - Daños y perjuicios” del 4/10/00, (firme) en Revista de Derecho Procesal, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, *Derecho procesal de familia I*, p. 557 y ss., con nota de Jorge W. PEYRANO, *Tendencias y proyecciones de la doctrina de la tutela anticipada*.

<sup>40</sup> CFed.La Plata, Sala III, *in re*: “Giménez, Domingo y otra c/ Estado Nacional”, del 8/8/88, L.L. 1989-C-117.

canal de desagüe que afectaba al inmueble de la actora, sino también se ordenó a la Municipalidad demandada que modificara el trazado de escurrimiento de las aguas, para evitar daños a terceros (los vecinos de la demandada) <sup>41</sup>.

Existió una directa aplicación del principio del *alterum non laedere*, con alegación del denominado “argumento pro tercero” <sup>42</sup>.

A tal punto se ha reconocido la jurisdicción preventiva, que ella ha sido hecha valer aún cuando ha habido “*sustracción de materia*”, esto es, cuando la pretensión principal se extinguió por el transcurso del tiempo o por otra causa que tenga análoga eficacia.

Así, el máximo tribunal de Buenos Aires, a pesar de rechazar la demanda incoada, dispuso el mantenimiento de la medida innovativa prevencional de daños, mediante la cual se impuso la verificación de si persistía el estado de riesgo del paso a nivel donde se produjo el accidente del caso, y se intimó a la demandada para que en el plazo de treinta días diera cumplimiento a las medidas de seguridad a su cargo <sup>43</sup>.

La cuestión tiene gran trascendencia procesal. Ello porque es preciso respetar el derecho de defensa de las partes.

Esto último porque, como se ha destacado con razón “... *frente al riesgo de coartar la posibilidad plena de desenvolvimiento de esos*

---

<sup>41</sup> Cámara 4ª C. y C. Cba., *in re*: “Milanta, Marisa c/ Municipalidad de Córdoba - Abreviado - Fijación de plazo”, Sent. N° 197, del 29/12/05, J.S. (Jurisprudencia Santafesina) N° 70, p. 53 y ss., con nota de Juan Alberto RAMBALDO.

<sup>42</sup> SCBs.As. del voto del Dr. De Lázari, *in re*: “Carrizo, Carlos Alberto y otra c/ Tejeda, Gustavo y otra - Daños y perjuicios” del 30/3/05, cit. por Jorge W. PEYRANO, “La jurisdicción preventiva civil en funciones. El mandato preventivo despachado en el seno de un proceso cuya pretensión principal resulta desestimada”, en *Cuestiones procesales modernas*, suplemento de L.L. octubre, 2005, p. 154.

<sup>43</sup> SCBs.As., *in re*: “Carrizo” del 30/3/05. Otro ejemplo de jurisdicción preventiva, no obstante la sustracción de materia, puede leerse en el fallo de la Cámara 4ª C. y C. de Rosario (Integrada), en la cual no subsistía el interés en la resolución sobre el fondo (relativa a elecciones en un club de fútbol) y, sin embargo, la Cámara, “...para prevenir amenaza (por la reiteración de estas contiendas judiciales) de daños futuros, y en particular, inminencia de perjuicios de imposible o difícil reparación ulterior a los diversos intereses involucrados...” decidió asumir las medidas tendientes a evitarlos. (Cámara 4ª C. y C. Rosario (integrada), en autos: “Club Atlético Newell’s Old Boys c/ IGPJ Est. Provincial s/ Mere declarativa” del 21/5/08, Zeus, t. 107 p. 540 y ss..

*objetivos que trascienden la relación privada disponible sobre la que tiene que conocer cabría, en principio, una cierta flexibilización de aquella disposición en su momento decisorio, más verdaderamente hay una valla infranqueable e ineludible: el derecho de defensa; esto así, pues si bien la legitimidad del proceso viene dada por el cumplimiento de los objetivos instituidos (independientemente de que se pueda o no hacer una escala de valores e importancia entre ellos), pierde su significado cuando para obtener los mismos no se respeta un Standard mínimo de procedural fairness. El resultado justo del proceso no es tal si no lo es su medio porque aquél no justifica éste sino, inversamente, la razonabilidad de la sentencia está intrínsecamente determinada por el proceso del cual es su coronación”* <sup>44</sup>.

#### **IV. El juez civil frente a la punición del daño injustamente “producido”**

Es conocido que el denominado “daño punitivo” no encuentra directa raigambre en el derecho patrio, y que se asienta en construcciones más propias del *common law*.

Lo cierto es que la reforma operada a la ley de defensa del consumidor (24.240) por ley 26.361 ha introducido importantes reformas en el ámbito del derecho de daños (amén de otras parcelas normativas).

Aunque con fuerte presencia en el ámbito sustancial, la incorporación del denominado “daño punitivo” que cambia el eje desde el “daño injustamente causado” al “daño injustamente producido” tiene, también connotaciones procesales. Así, el art. 52 bis dispone que: “*Daño punitivo*. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente

---

<sup>44</sup> Juan C. COPAN, “Momentos de la potestad dispositiva, flexibilización y la adecuada traba de la litis”, en *Revista de Derecho Procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, *Tutelas procesales diferenciadas-I*, p. 496.

te de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley”, esto es, \$ 5.000.000

Se trata de la introducción de los denominados “daños punitivos” que acompañan, en ciertas ocasiones, al daño directamente sufrido por la víctima.

Se ha entendido que la indemnización punitiva satisface una triple función: a) sancionar al dañador; b) prevenir sucesos lesivos similares, y c) eliminar los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa <sup>45</sup>.

La cuestión ha dado lugar a múltiples consideraciones, por tratarse de una figura extraña a nuestra idiosincrasia jurídica, a lo que cuadra agregar que, como la ley deja algunas cuestiones sin resolver, su aceptación no es total.

Así, queda claro que el juez requiere de la petición del damnificado para aplicar la multa, pero lo hace a favor de este último, aún cuando el daño afectare a terceros que no han sido parte en el proceso <sup>46</sup>. De tal modo, incurriría en incongruencia si no existe petición de parte interesada y, de todos modos, condena a abonar el daño punitivo.

Es de aclarar que se fijó un límite cuantitativo de cinco millones de pesos. Y en el punto, cuadra preguntarse: ¿ese límite es por cada petición de aplicación de la multa, o es un techo para la totalidad de las sanciones que pudieren aplicarse por el hecho dañoso?

---

<sup>45</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ (en coautoría con Rodolfo GONZÁLEZ ZAVALA), *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 4, “Presupuestos y funciones del derecho de daños”, p. 577 y ss..

<sup>46</sup> Las asociaciones de consumidores no pueden, por regla, solicitar la aplicación del daño punitivo, salvo que resulten directamente afectadas como consumidores (Federico M. ALVAREZ LARRONDO, “La incorporación de los daños punitivos al derecho de consumo argentino”, en J.A. 2008-II, número especial (“Régimen de defensa del consumidor. Análisis de su reforma”, p. 48).

En este último supuesto, ¿ cómo se establecerá la proporcionalidad en cada caso, para prever la posible aplicación de otras multas, a pedido de otros damnificados?, etc..

Asimismo es de tener presente que si para la estimación del daño punitivo deben tenerse en cuenta los beneficios económicos que obtuvo el dañador con su conducta, de todos modos *“no puede rendirse una prueba acabada de todo el provecho obtenido con la conducta dañadora. En este sentido, el juez deberá manejarse con indicios y asesores en áreas especializadas; no debe (ni puede) exigirse -so riesgo de desnaturalizar el instituto- una detallada y completa probanza de las utilidades conseguidas por el agente dañador. Además, el juez que entienda la causa, como se dijo, tendrá discrecionalidad en su cuantificación. Por ello, la decisión que concrete pecuniariamente la multa civil debe estar sólidamente fundada, máxime teniendo en cuenta que tiene corte sancionatorio”*<sup>47</sup>.

Repetimos las observaciones que se han realizado al respecto. A saber:

“a) La multa civil no debió ser fijada ‘a favor del consumidor’. Al establecerse tal destino se da sustento a las críticas que se fundan en el enriquecimiento sin causa del consumidor beneficiario de la multa, quien sólo tiene un derecho personal a ella en la limitada medida de los gastos que realizó para permitir ‘a la justicia tomar conocimiento de la falta cometida y sancionar al autor’, pues la ley deja intacto su derecho ‘a otras indemnizaciones que correspondan’ (conc. art. 8º bis). Por lo cual habría sido preferible deferir el destino de la multa civil a la decisión del juez en cada caso, o haberla asignado directamente al ‘Fondo especial’ creado por el nuevo artículo 47 para la educación del consumidor y la ejecución de ciertas políticas”.

“b) No se ha tenido en cuenta que ese enriquecimiento sin causa se expandiría con alcances absurdos no bien se produjera un mecanismo de carioquinesis de la multa, y varios consumidores o usuarios pretendieran que, por una misma causa generadora, se la fijara independientemente a favor de cada uno de ellos. La multa puede llegar a cinco millones de pesos, pero la

---

<sup>47</sup> Carlos A. MOLINA SANDOVAL, *Derecho de consumo*, Córdoba, Advocatus, 2008, p. 86.

acumulación de multas por una misma causa generadora podría hacerla ascender a cincuenta millones, a mil millones, o quién sabe a cuántos”.

“c) Debería poder multarse una sola vez por la misma causa generadora, mediante una multa global, pero -con pureza conceptual- sin techo cuantitativo, y defiriendo al juez la libre determinación del monto. Ese techo permite que se repita lo que sucedió hace muchos siglos con Lucio Veracio, que recorría las calles de Roma con un esclavo que llevaba una bolsa de ases y se permitía abofetear a los ciudadanos libres. Inmediatamente el esclavo daba a cada uno de los abofeteados veinticinco ases, y su amo quedaba libre de toda responsabilidad, porque la ley 8ª de las XII Tablas tarifaba la indemnización por injurias en esa suma.

“La multa civil de cinco millones de pesos (que representa algo así como un millón de euros) sería ridícula si se aplicara en un megacaso de daños masivos como el del síndrome tóxico del aceite de colza producidos en España en la década de los años ochenta, cuya enorme magnitud determinó al Tribunal Supremo a pronunciar una condena indemnizatoria de tres mil millones de euros”<sup>48</sup>.

De todos modos, el disfavor con que se mira al daño punitivo no es total, y hay quienes aseveran que la visión sistemática del ordenamiento del consumo, justifica su incorporación, no con una visión genérica, sino dentro de un régimen especial como lo es el del derecho del consumo. Desde tal perspectiva, se afirma, “el mismo no sólo será efectivo para regular el correcto funcionamiento del mercado, sino que sin duda alguna, reducirá los riesgos generados por el neocapitalismo desbocado”<sup>49</sup>.

## V. Conclusiones provisionales

El rápido muestreo de las situaciones anteriores demuestra que la mentalidad del Juez en lo civil debe aggiornarse a los tiempos actuales, en

---

<sup>48</sup> Atilio Aníbal ALTERINI, “Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después”, L.L. 2008-B-1239, Sup. Esp. “Reforma de la ley de defensa del consumidor”.

<sup>49</sup> Federico M. ALVAREZ LARRONDO, “La consistencia de los daños punitivos” en L.L. del 7/4/09, p. 5.

los cuales los requerimientos de los justiciables, inmersos en una sociedad “dañadora”, no se satisfacen tan sólo mediante la utilización de las técnicas procedimentales ortodoxas.

Sin que se pretenda prohijar la figura de un juez-legislador, es claro que el magistrado tiene a su alcance las herramientas necesarias para dar respuesta satisfactoria y oportuna a los reclamos de las víctimas o potenciales víctimas.

Luis Moisset de Espanés, a través de su prolífica producción, nos ha mostrado cómo el jurista debe estar atento a los cambios sociales. En ese andarivel, y sólo a título ejemplificativo, transita el presente trabajo.

**TERCERA PARTE**  
**APORTES DESDE EL DERECHO**  
**CONSTITUCIONAL**



# DE NUEVO SOBRE LA “CONSTITUCIONALIZACIÓN” DEL DERECHO

JOSÉ RAÚL HEREDIA

**Sumario:** I. Preliminar. II. La “constitucionalización” del derecho. III. Proyecciones en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. 1. Operatividad de los derechos y garantías. 2. Tutela judicial efectiva. 3. Identidad. Intimidad. Privacidad. Intrusión estatal. Libertad de información. Difusión. 4. Leyes de emergencia y relaciones contractuales. Derecho de propiedad. 5. Niños, niñas y adolescentes. Discapacidad. Salud. Educación. 6. Derecho a la vida. Derechos sociales.

## I. Preliminar

Al par de saludar la iniciativa de discípulos del Dr. Luis Moisset de Espanés, hacemos constar nuestro agradecimiento por permitirnos sumar nuestra humilde colaboración al libro que han concebido para su justo homenaje.

Sólo diré -prefiero aquí, en este tramo, el singular, más íntimo para la ocasión- que el querido Maestro me honra con su amistad desde hace más tres décadas. Y recordaré aquellos años de estudiante en los que el riguroso profesor nos enseñaba el Derecho Civil; digo *el Derecho Civil* porque a él le debemos enseñanzas de la Parte General, de Obligaciones, de Reales. Y específicamente sus lecciones de Derecho Registral.

Viven siempre en mi memoria aquellas Jornadas Australes de Derecho que el entrañable Maestro coordinara tan brillantemente, reunidas en Comodoro Rivadavia, en octubre de 1980, para tratar aspectos de la responsabilidad civil cuyos debates y conclusiones tuvieron honda gravitación en la doctrina y en la jurisprudencia en los años posteriores a su realización. El convocó entonces a tres generaciones de los más brillantes civilistas argentinos.

Años más tarde, volvió a Chubut, como tantas veces lo hizo, amigo relevante y constante de la Patagonia, invitado especialmente a disertar en una reunión que organizó el c.e.i.pa [*Centro de Estudio e Investigaciones Patagónico*], en la ciudad de Puerto Madryn, en 29 de octubre de 1993, que dimos en llamar “Charlas en el c. e. i. pa” para meditar sobre la globalización de la economía y otros temas con proyecciones jurídicas, como el genoma humano y la responsabilidad civil de los fabricantes de los productos elaborados, en el que, entre otros, intervinieron también Augusto Mario Morello<sup>1</sup> y otro querido Maestro, Francois Chabas. Justamente, el eminente civilista francés dijo en esa oportunidad:

“Cuando el doctor (Moisset de Espanés) decía que es una tarea difícil presentar a un amigo, yo comparto completamente esa opinión. Además, tratándose de un francés, por supuesto un extranjero, aunque le gusta la idea de no sentirse extranjero aquí, presentar al doctor Luis Moisset de Espanés a un público argentino es algo ridículo, porque todos lo conocen. Tiene una reputación tal que no es preciso presentarlo. Pero lo voy a hacer, no solamente para obedecer sino también para mostrar que la reputación del doctor es tan grande que incluso los extranjeros conocen algunos aspectos de su vida y de su obra. El doctor Moisset de Espanés es uno de los civilistas más distinguidos de la República. Y digo *uno* porque no quiero que surjan celos. La obra del doctor es inmensa, se trata de centenas de publicaciones, libros en cantidad tal que un hombre no los puede llevar todos, hay que hacerse ayudar. Pero además se trata de un gran Maestro. Al escritor lo conocemos en Europa, porque los libros llegan. Pero al Profesor hay que conocerlo en su cátedra, y cuando hablo de cátedra no es la palabra exacta porque se trata de *cátedras*.”

“El Profesor ha enseñado y sigue enseñando casi todas las materias de Derecho Civil: Bienes, Obligaciones, Personas, etc. Sus libros demuestran cual es la amplitud de su cultura jurídica, es fenomenal. Esa es la faceta que se descubre al venir a la Argentina, al oír a sus numerosos, numerosísimos alumnos que se encuentran no solamente en territorio de

---

<sup>1</sup> A cuya memoria hemos rendido homenaje recientemente -8 y 9 de abril de 2010- en el marco de unas Jornadas de Derecho Procesal, igualmente en Puerto Madryn, con la presencia de destacados discípulos suyos, especialmente de la Escuela de La Plata, como Roberto Berizonce, Juan Carlos Hitters, Eduardo Oteiza, entre otros juristas invitados.

la República sino en todas las partes del mundo. Eso es lo que más impacta: ver, por ejemplo, que hay alumnos que ahora son Ministros del Tribunal Superior o Cortes Supremas, y que siguen diciéndole ‘Doctor’, con el respeto de quienes desean seguir presentándose como sus alumnos y no como ex alumnos que han subido a la cumbre de la carrera administrativa o judicial. Y hablando de carrera judicial, es el último aspecto de la vida del doctor. No solamente es el Profesor que todos conocemos, no solamente es el Vicepresidente de la Academia de Ciencias Jurídicas y Sociales de Córdoba<sup>2</sup>, no solamente es el escritor, el hombre que viaja siempre para exponer el derecho argentino, reconocido por una Condecoración del Reino de España, no solo es eso, sino que ahora va a ayudar al país siendo Vocal del Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba. Ese es el hombre.

“Es un resumen vertiginoso de todos los méritos de este gran pensador...”<sup>3</sup>.

Con esa justa caracterización cierro estas breves palabras a modo de homenaje al querido Profesor y entrañable amigo, Luis Moisset de Espanés.

## II. La “constitucionalización” del derecho

En otras ocasiones hemos subrayado este fenómeno jurídico que damos en llamar *constitucionalización del Derecho*<sup>4</sup>. Agregaremos

---

<sup>2</sup> Como sabemos, Luis Moisset de Espanés presidió dicha Academia en tres períodos. El último de tres años acaba de cesar cuando esto escribimos.

<sup>3</sup> En este tono íntimo -en la acepción de la palabra: “1. adj. Lo más interior o interno. 2. adj. Dicho de una amistad: Muy estrecha. 3. adj. Dicho de un amigo: Muy querido y de gran confianza”. Y aun la cuarta acepción, “intimidad”: “1. f. Amistad íntima”- Chabas presentó a Moisset de Espanés aquel día. Sus palabras fueron registradas por nosotros y volcadas en la Revista del CEIPA, año 2, 1996, P. 57, junto a las disertaciones de ambos juristas -la de Chabas sobre la responsabilidad de los fabricantes de productos elaborados y la de Luis Moisset sobre el genoma humano-, revista que finalmente quedó inédita.

<sup>4</sup> V. “La Constitución como fuente de la pretensión de reparación de daños. Algunos supuestos especiales”. Responsabilidad Civil, Libro Homenaje al Prof. François

brevemente ahora que es destacable la preocupación evidenciada acerca del tema en diversos autores europeos contemporáneos, también -y diríamos con esencialidad- en el campo de la filosofía jurídica-<sup>5 6</sup>.

Véase que la cuestión queda propuesta como un cambio de paradigma jurídico, pasando del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho. Puede corroborarse lo antes señalado en la siguiente reflexión: “La discusión a propósito de en qué consisten las peculiaridades de este nuevo paradigma preocupan tanto a dogmáticos constitucionales, como a filósofos o teóricos del Derecho y por supuesto a juristas prácticos. Por otro lado, el interés por la interpretación jurídica ha pasado, en el último siglo, de ocupar un lugar periférico (recordemos las escasas páginas finales que se le dedica al tema en *La teoría pura del Derecho* de Hans Kelsen) a situarse en el núcleo duro de la atención de la teoría del Derecho (y así por ejemplo, una de las teorías del Derecho contemporáneas de mayor predicamento, me refiero a la de Ronald Dworkin, se autoconsidera como una teoría “interpretativa” del Derecho). Creo, además, que el auge de la reflexión jurídica sobre estos dos fenómenos está interrelacionado; podríamos decir que el progresivo cambio de paradigma jurídico al que venimos asistiendo en los últimos años ha sido uno de los factores más relevantes a la hora de situar a la interpretación en el centro de la discusión jurídico-filosófica. En este sentido, Manuel Atienza -por ejemplo-

---

Chabas, autores varios, coordinado por la Doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, Rubinzal-Culzoni, 2007.

<sup>5</sup> Citamos los interesantes aportes contenidos en “*La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*” - FERRAJOLI, Luigi; MORESO, José Juan, y ATIENZA, Manuel, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008. Véase también “Los derechos en el contexto contemporáneo: la constitucionalización” - Francisco Javier Ansuátegui Roig - Id. vLex: VLEX-JESV124 - “Los desafíos de los derechos humanos hoy (2008)” - Rafael de Asís. Se ha referido a la cuestión, Eduardo Cordero Q., Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad de Antofagasta en *La Constitución y su valor como norma jurídica - Un estudio sobre el Derecho Constitucional Español*.

<sup>6</sup> Puede verse “*Sobre constitucionalismo y positivismo* -[México, Fontamara. Biblioteca de Ética, Filosofía de Derecho y Política, número 60, 1997]- *De Luis Prieto Sanchís*” por Miguel CARBONELL [Instituto de investigaciones Jurídica, Universidad Nacional Autónoma de México]. También *La Constitución como norma jurídica y el tribunal constitucional*, de Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA [2ª ed., Madrid, Civitas, 1982] y las muy buenas notas que sobre esta obra ha escrito Fernando Sainz Moreno.

afirma que el constitucionalismo ha modificado nuestra manera de entender el Derecho, llevando a situar en un primer plano la dimensión argumentativa e interpretativa del Derecho [Atienza, (2007, 113)]”<sup>7</sup>.

Queda caracterizado el fenómeno. En lo que sigue, reseñaremos muy sintéticamente algunos fallos que se nutren de la idea de la superioridad *vinculante* de la Constitución y a ella se remiten de un modo expreso. Interesa destacar otra vez que no ha sido habitual en las sentencias de los jueces la referencia a los postulados constitucionales -especialmente en los tribunales de grado respecto de la Corte Suprema que habitualmente ha debido interpretar la Constitución, tal su misión institucional<sup>8</sup>- entendiéndose a éstos como operativos, sintiéndose obligados a su cita y consideración expresa. Es una mirada relativamente nueva entre nosotros y aun en la misma Europa, aunque ya lleva algunas décadas su desarrollo allí -en España, especialmente a partir de la Constitución de 1978 y, en general, como fenómeno perceptible después de la Segunda Guerra Mundial y a partir de la labor doctrinaria de los Tribunales Constitucionales-, que conlleva superar una suerte de *positivismo práctico*, al que nos hemos referido también, que ligaba -y es palmaria esa dependencia todavía hoy en muchos tribunales- estricta y casi fatalmente la solución del caso a las normas adjetivas y de fondo, más a las primeras, desvinculadas de la razón de su validez como si sólo existieran ellas.

No por casualidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el progresivo y fecundo camino de construcción de la doctrina de la sentencia arbitraria, ensanchando, para bien, el marco del recurso extraordinario federal, muchas veces hubo de señalar que las normas procesales son

---

<sup>7</sup> Anuario de Filosofía del Derecho - Número XXV (enero de 2008), La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista Isabel Lifante Vidal, Universidad de Alicante. Id. vLex: VLEX-DTHD205.

<sup>8</sup> Ha dicho la Corte: “... el Poder Judicial ejerce un verdadero control de constitucionalidad cuando verifica si los actos de los otros dos poderes se han cumplido dentro de sus respectivas esferas de actuación, pues decidir ‘... si un asunto ha sido, en alguna medida, conferido a otro poder del Estado, o si la acción de ese poder excede las facultades que le han sido otorgadas, es en sí mismo un delicado ejercicio de interpretación constitucional y una responsabilidad de esta Corte como último intérprete de la Constitución’ (‘Baker vs. Carr’, 369 US 186, 82 S.Ct. 691, 7 L. Ed. 2d. 663, 1962)” [*in re* “Prodelco c/ PEN s/ amparo. P 475 XXXIII; 07-05-1998; T. 321 P. 1252].

solo instrumentales, descalificando el exceso ritual <sup>9</sup>. Por ejemplo: “El carácter limitativo de los juicios ejecutivos no puede llevarse hasta consagrar un exceso ritual manifiesto, incompatible con el derecho de defensa, lo que ocurriría si se le privase a la deudora la posibilidad de alegar en una ejecución hipotecaria, las modificaciones cambiarias y los remedios legales conducentes a paliar sus efectos, sin otro fundamento que la afirmación dogmática de no referirse tales argumentos a las formas extrínsecas o a los presupuestos básicos del juicio ejecutivo, ineficaz para excluir el análisis de los planteos atinentes a la teoría de la imprevisión y al ejercicio regular de los derechos” <sup>10</sup>.

Y en el ámbito de otro proceso de ejecución, después, dijo: “(...) La restricción cognoscitiva de estos litigios no puede traducirse en menoscabo consciente de la verdad jurídica objetiva (Fallos: 318:2060 y 322:437), máxime cuando las normas procesales no se reducen a una mera técnica de organización formal de los procesos sino que, en su ámbito específico, tienen por finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la realización del valor justicia en cada caso y salvaguardar la garantía de la defensa en juicio (Fallos: 310:870; 311:2177; 317:1759 y 319:625)”. “(26) Que, en tales condiciones, mandar a los acreedores a que inicien un juicio ordinario posterior para solicitar el reajuste equitativo de la obligación de reintegrar una suma de dinero, frente a la alternativa de solución que surge de las leyes en examen a que se ha hecho referencia, resulta inconveniente a poco que se advierta que generaría un dispendio de

---

<sup>9</sup> A esta causal de arbitrariedad de sentencia, entre las que reseñó Genaro CARRIÓ ha tiempo, le ha dedicado memorables páginas Pedro J. BERTOLINO -*El exceso ritual manifiesto*-. Pueden verse, entre muchos otros fallos de la Corte, estos más recientes: “Paroli, Amalia María c/Merial Argentina S.A.” P. 2506. XL; RHE; 20-08-2008; T. 331 P. 1865 (aquí, el dictamen del Procurador General al que se remite la Corte); el que citamos en segundo término en la siguiente nota; “Banco Río de la Plata S.A. c/ Tabolango S.R.L. y otros”.. B. 963. XL; RHE; 08-04-2008; T. 331 P. 592 (V. dictamen de la Procuradora interviniente); “Portillo, Marcos David y otros s/homicidio simple y lesiones reiteradas en concurso real” -causa N° 60.216/06-. P. 221. XLIII; RHE; 11-03-2008 (V. dictamen), etc.

<sup>10</sup> “Burman, Leonardo c/ Joaquín Alvarez” - 1983. T. 305, P. 226. Reiterado en *Fallos*: 320:2178, y más recientemente en “Fecred S.A c/Mazzei, Osvaldo Daniel y otro s/ejecución hipotecaria”. F. 1074. XLI; REX; 06-05-2008; T. 331 P. 1040.

actividad jurisdiccional incompatible con el adecuado servicio de justicia (arg. Fallos: 318:2060; 322:437 y 323:3501), aparte de que implicaría mantener latente un conflicto que ya lleva cinco años de duración, aumentaría la litigiosidad y generaría altísimos e innecesarios costos para ambas partes, objetivos ajenos a los que tuvieron en cuenta los poderes del Estado al momento de dictar las medidas de emergencia, ya que en esa oportunidad hicieron reiteradas alusiones al principio de equidad, a la necesidad de preservar la paz social y a la intención de reordenar y dar certeza a las relaciones jurídicas concertadas entre los particulares <sup>11</sup>.

Pronunciamiento muy importante que avala las soluciones de emergencia adoptadas en el país, en época de crisis <sup>12</sup>.

### **III. Proyecciones en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

Sin detenernos en un examen de cada fallo que citamos -que excedería los límites de esta nota- y sin pretensiones de agotar las referencias posibles de temas y las citas en cada tema, destacaremos algunos pronunciamientos relacionados con postulados constitucionales de un modo directo, tanto en vinculación con los derechos de primera generación, cuanto de segunda y tercera generación -éstos recibidos como “Nuevos derechos y garantías” en la reforma de 1994-.

---

<sup>11</sup> “Longobardi, Irene Gwendoline y otros c/ Instituto de Educación Integral San Patricio S.R.L.”. L. 971. XLI; RHE; 18-12-2007; T. 330 P. 5345.

<sup>12</sup> “... las cuestiones propuestas hacen necesario recordar que los acontecimientos políticos, sociales y económicos que dieron lugar a una de las crisis más graves en la historia contemporánea de nuestro país, constituyen hechos públicos y notorios que fueron reconocidos por el Tribunal en oportunidad de pronunciarse en Fallos: 327:4495; 328:690 y en la causa M.2771.XLI “Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional - dto. 1570/01 y otro s/ amparo - ley 16.986” del 27 de diciembre de 2006 y R.320.XLII. “Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ ejecución hipotecaria” del 15 de marzo de 2007”. [Ibídem].

### *1. Operatividad de los derechos y garantías*

Ha de comenzarse por aquí puesto que es preciso dejar sentado que en materia de derechos fundamentales y garantías, su protección deviene de la misma Constitución sin necesidad de interpósita legislación. Ya en peraltado precedente, había dejado dicho la Corte Suprema: “Basta la comprobación inmediata de que una garantía constitucional se halla restringida sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justifique la restricción, para que aquélla sea restablecida por los jueces en su integridad, aun en ausencia de ley que la reglamente. *Las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagradas en la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias* [del caso “Siri”, 1957. T. 239, P. 459. El destacado es nuestro].

Doctrina reiterada y subrayada en nuestra época, después de la reforma constitucional de 1994: “... como principio, corresponde recordar la doctrina de esta Corte según la cual la falta de reglamentación legislativa no obsta a la vigencia de ciertos derechos que, por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna (Fallos: 315:1492). Esta conclusión armoniza con la antigua doctrina del Tribunal conforme con la cual ‘las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias...’” [in re “Urteaga”, 15-10-1998; T. 321 P. 2767].

Concretamente, respecto de la acción de habeas data receptada en el artículo 43, C. N. entre los “Nuevos derechos y garantías”, dijo la Corte en “Urteaga”: “...la lectura de la norma constitucional transcrita permite derivar con nitidez los perfiles centrales que habilitan el ejercicio del derecho allí reconocido, motivo por el cual, la ausencia de normas regulatorias de los aspectos instrumentales no es óbice para su ejercicio, pues en situaciones como la reseñada, incumbe a los órganos jurisdiccionales determinar provisoriamente -hasta tanto el Congreso Nacional proceda a su reglamentación-, las características con que tal derecho habrá de desarrollarse en los casos concretos (doctrina de Fallos: 315:1492, considerando 22)”.

## 2. Tutela judicial efectiva

Mauro Cappelletti trajo su mirada desde el destinatario de la administración de justicia, el que faltaba, nos dijo en Trelew cuando nos visitó en 1993, en los tratados de derecho procesal. Y el *acceso a la jurisdicción o acceso a la justicia* fue proclamado un derecho humano clave desde que sin esa garantía -*garantía jurisdiccional*-, el de poder hacerlos efectivos, ningún derecho es posible.

Alcanzó la jerarquía constitucional en la reforma de 1994 en Argentina, por vía de la jerarquización de los tratados de derechos humanos a través de la previsión del inciso 22 del artículo 75, C. N., y se anidó igualmente en el Derecho Constitucional provincial<sup>13</sup>. La Corte ha dicho: “(...) Que la necesidad de evitar el planteamiento de conflictos de competencia que comprometen directamente la pronta terminación de los procesos requerida por la más eficaz administración de justicia y por la adecuada tutela de las garantías constitucionales de los justiciables (Fallos: 303:688), además de desconocer el principio instrumental de economía al ocasionar un dispendio en la actividad y en los gastos del órgano judicial y de las partes, justifica que este Tribunal tome intervención para definir cuestiones concernientes a la competencia (...), con un alcance semejante al que lo hace cuando pone en ejercicio, como lo ha hecho en reiterados precedentes, las facultades reconocidas por el ordenamiento legal en el art. 24, inc. 7°, del decreto-ley 1285/58, a pesar de tratarse de conflictos que no estaban trabados con arreglo a los recaudos exigidos por el texto normativo indicado (Fallos: 178:333; 238:403; 319:322; 328:3038; 329:1348; -Multicanal S.A. y otro c/ CONADECO - 527/05 y otros y su cita, Fallos: 330:2767)”.

Y se ha expedido el Tribunal cimero concretamente en relación con la indebida prolongación de los procesos, señalando que “...el derecho humano a un procedimiento judicial gobernado por el principio de celeridad, sin dilaciones indebidas, está íntimamente vinculado con el concepto de denegación de justicia que, como lo ha destacado esta Corte, se configura no sólo cuando a las personas se les impide acudir al órgano judicial

---

<sup>13</sup> P. ej., artículo 18 (9), Constitución de Chubut de 1994.

para la tutela de sus derechos -derecho a la jurisdicción- sino también cuando la postergación del trámite del proceso se debe, esencialmente, a la conducta negligente del órgano judicial en la conducción de la causa, que impide el dictado de la sentencia definitiva en tiempo útil (Fallos: 244:34; 261:166; 264:192; 300:152; 305:504; 308: 694; 314:1757; 315:1553 y 2173; 316:35 y 324:1944)”.

Tratándose éste de un homenaje a un civilista eminente, no nos parece impropio si embargo traer al recuerdo, como lo hizo el académico Humberto Vázquez, una defensa penal de Dalmacio Vélez Sarsfield - porque éste fue un jurisconsulto sobresaliente, como el hoy homenajeado, autor de Código Civil, como tal lo mentamos- en la que, precisamente, él se sustentó, en uno de sus sólidos fundamentos, para pedir la absolución de sus defendidos, en la indebida prolongación del proceso al que estaban sometidos remitiéndose al antiguo derecho romano. Recuerda Vázquez: “... Ha bregado apasionadamente por la justicia, pero no olvida invocar al final su virtud compañera, la misericordia. / Y la invoca recurriendo una vez más al derecho romano: “*Si diutino tempore*”, dice una ley del Digesto, afirma Vélez, “*aliquis in reatu fuerit, aliquatenus poena eius sublevanda erit*”. La transcripción parcial corresponde al fragmento 25 del jurisconsulto Modestino, en el Título 19 del Libro 48, que textualmente dice: “*Si diutino tempore aliquis in reatu fuerit, aliquatenus poena eius sublevanda erit; etiam constitutum est non eo modo puniendo eos, qui longo tempore in reato agunt, quam eo qui in recenti sententiam excipiunt*”. Que así traduzco: “*Si alguien hubiere estado mucho tiempo como reo, se le debe aliviar la pena, pues también está establecido que no deben ser castigados de igual modo los que han estado mucho tiempo como acusados que los que obtienen pronto la sentencia*”. El Código romano, prosigue Vélez Sársfield, manda en el Libro 9, Título 47, Constitución 23 que el tiempo que los reos hubiesen estado presos, se cuente en el de destierro a que fueron condenados”<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> “El caso: causa criminal contra don Esteban y José María Yáñez sobre homicidio y sus medios probatorios... Ordenado y meticoloso, Vélez Sársfield iba relacionando y transcribiendo en grueso volumen aquellos escritos jurídicos que entendía relevantes, en los que había puesto su alma al par de su pluma o su palabra. / Entre tales se encuentra éste, que fue impreso en esa época bajo el título: “Informe en la defensa de Esteban y José María Yáñez acusados de homicidio, pronunciado en la Excma. Cámara de Justicia, en la

Ya se advierte la antigüedad del fundamento, que hoy se emplea habitualmente en nuestros tribunales habiéndose construido sobre el particular por los autores -especialmente para subrayar el *diseño constitucional del proceso penal*- una nutrida doctrina <sup>15</sup> y ha sido materia de pronunciamientos de la Corte Suprema <sup>16</sup> y de los organismos internacionales de derechos humanos <sup>17</sup>.

### *3. Identidad. Intimidad. Privacidad. Intrusión estatal. Libertad de información. Difusión*

Por razones de brevedad englobamos aquí estas cuestiones que potencian tensiones entre derechos de jerarquía constitucional.

**3.1.** Recordemos lo que tiene dicho la Corte como una suerte de premisa general: “Que los derechos civiles, políticos y sociales que la Constitución Nacional consagra, lejos de ser absolutos, están sujetos a limitaciones o restricciones tendientes a hacerlos compatibles entre sí y con los que corresponde reconocer a la comunidad (Fallos: 312:318; 314:225; 315:380 y 320:196). Tanto el derecho a la intimidad -tutelado por el artículo 19 de la Norma Fundamental-, cuanto los demás, deben ponderarse tanto a la luz de los diversos derechos consagrados por el texto, como en relación con las facultades estatales de restringir su ejer-

---

revisión en discordia de la causa, por Dalmacio Vélez, Buenos Aires, Imprenta de la Independencia, 1835”. [V. “*El doctor Dalmacio Vélez Sársfield en su profesión de abogado. Una defensa penal*”, en la página Web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba].

<sup>15</sup> Solo citamos aquí, entre los muy numerosos trabajos sobre el tema, “Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal”, por Daniel R. PASTOR - REJ - Revista de Estudios de la Justicia, N° 4, 2004 © 2002 Facultad de Derecho, Universidad de Chile, originalmente publicado en la Revista Jueces para la Democracia, Madrid, N° 49 (2004).

<sup>16</sup> Desde “Mozzatti”, 1978; T. 300 P. 1102.

<sup>17</sup> Relacionado con la duración de la prisión preventiva, puede verse Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso Usón Ramírez vs. Venezuela - Sentencia de 20 de noviembre de 2009 - (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) y sus citas.

cicio, en un marco razonable, para la necesaria eficacia en la persecución del crimen”.

“(…) Que, en este sentido, debe tenerse en cuenta que el marco de protección que confieren las normas de nuestra Constitución Nacional [*sic.*] y los tratados internacionales mencionados en su artículo 75, inc. 22, no implica que se prohíba toda intrusión estatal respecto del derecho de privacidad. Importa más bien que la Carta Magna [*sic.*] ha estructurado un escudo de protección de los habitantes de nuestro país, para que sus derechos no sean injustamente vulnerados, pero no lleva desde luego a impedir la ejecución de aquellas medidas que requiera el Estado para dilucidar la verdad en el ámbito del proceso penal...”<sup>18</sup>.

Se expidió de ese modo la Corte en una causa en que se ventilaba lo que ella misma calificó de *compleja situación*. Allí, se le adjudicaba a una persona la posibilidad de ser nieto biológico de quien actuaba como querellante y en la causa se ordenó la realización de un estudio pericial sobre los elementos secuestrados en una diligencia de allanamiento dispuesta, tendiente a la obtención de muestra de ADN para los pertinentes estudios de histocompatibilidad, medida que fue resistida por el presunto nieto. Éste adujo que la resolución atacada violaba diversas disposiciones constitucionales, en tanto ordenaba contra su voluntad la utilización de material biológico de su propiedad, obligándolo así a constituirse en prueba contra sus padres y afectaba su dignidad, pues lo forzaba a cuestionar su identidad, remitiéndose a diversas normas de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos dictada por la UNESCO el 11 de noviembre de 1997 (así, artículos 5°, 9°, 10 y 25) que, como lo destaca la Corte en la relación de los antecedentes del proceso, interpretó en el sentido de que ellas impedirían la investigación genética coercitiva con fines de prueba de cargo penal.

El Tribunal cimero destacó los derechos en juego: “Que en la especie, no sólo aparece como víctima G. G. P., quien cuestiona la medida. También ostenta ese rol P. C. I. de P., que actúa como querellante en la

---

<sup>18</sup> “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años”. G. 291. XLIII; REX; 11-08-2009; T. 332 P. 1769. Puede verse el fallo anterior, “Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/ incidente de apelación. s/incidente de apelación”. V. 356. XXXVI; REX; 30-09-2003.

causa, y es la madre de M. E. P., que fue secuestrada el 29 de abril de 1976 en (...), cuando se hallaba embarazada de cinco meses, y continúa desaparecida a la fecha...” [del considerando número 9]. Y aquí dice la Corte que “... derivado de esa compleja situación, aparecen intereses en pugna. Por un lado, los de P., que aduce que la práctica de la medida viola diversos derechos, tales como ser oído por un tribunal competente e imparcial, preservar, cuestionar o esclarecer su identidad, el de integridad física, el de intimidad, el de propiedad, el de disponer del propio cuerpo y del patrimonio genético; y por el otro, los de quienes serían su familia biológica, entre ellos su abuela, que pretenden conocer la verdad de los hechos para determinar si, efectivamente, quien se opone a la realización de la prueba de histocompatibilidad es su nieto, descendiente de su hija desaparecida y, paralelamente, avanzar además, en la medida de lo posible, en la investigación sobre la desaparición forzada de la misma”.

Aunque no nos proponemos valorar ni comentar ninguno de los fallos que reseñamos en esta nota, atento los fines que perseguimos en ella, adelantados al principio, nos parece que debemos señalar a esta altura que la Corte tiene dicho, en relación con la desaparición forzada de personas -como lo recordó en el presente fallo- lo siguiente: “... la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y que los estados parte están obligados a respetar y garantizar. / “También expresó este Tribunal que los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos, pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el artículo 118 de la Constitución Nacional”. Y ha añadido que “... la Comisión Interamericana de Derechos Humanos habilita a que, frente a un crimen internacional de lesa humanidad, si el Estado no quisiera o no pudiera cumplir con su obligación de sancionar a los responsables, resulte plenamente aplicable la jurisdicción universal para que cualquier Estado persiga, procese y sancione a quienes aparezcan como responsables de esos ilícitos, aun cuando los mismos hubieran sido cometidos fuera de su jurisdicción territorial o no guardaran relación con la nacionalidad del acusado o de las víctimas, en virtud de que tales hechos afectan a la humanidad entera y quebrantan el orden público de la comunidad mundial (Informe N° 133/99 caso 11.725 Carmelo Soria Espinoza, Chile, 19 de

noviembre de 1999, pár. 136 a 149 y punto 2° de las recomendaciones). Por lo cual, si no se ejerce la jurisdicción en función del principio territorial, entra a operar el principio universal y se pone en juego la soberanía de la República Argentina (conf. ‘Simón’, voto de la jueza Highton de Nolasco, considerando 29 (Fallos: 328:2056))”.

Nos detendremos un poco más en este trascendente fallo -obsérvese que se registraron en él cuatro disidencias parciales y un voto autónomo concurrente<sup>19</sup>, los que, pese a su riqueza, no podremos integrar en esta nota- que abordó una cuestión sobre la que todavía en el país han de escucharse y argumentarse otras cosas igualmente complejas<sup>20</sup>. Nos interesa decir que la Corte destacó que en el caso examinado aparecían enfrentados principios y derechos constitucionales de similar jerarquía, circunstancia que obliga a los jueces, dijo, a ponderar con extrema prudencia los valores e intereses que coexisten con el fin de arribar a una solución que conjugue de manera armoniosa aspectos propios de la esfera de la intimidad de las personas, protegidos por el artículo 19 de la Constitución Nacional, con otros que la trascienden, y acaban por interesar a la sociedad toda. Y que, frente a ello, se hacía necesario encontrar en el caso un punto de equilibrio, esto es, *determinar de qué manera puede materializarse el derecho a la verdad sin lesionar los derechos de persona alguna o bien, en su caso, a costa de una mínima lesión de las garantías de quienes en la especie son víctimas involuntarias de los hechos*.

Luego de destacar que “todo aquello derivado de los eventuales vínculos biológicos que podían llegar a determinarse, queda reducido exclu-

---

<sup>19</sup> Y por esta peculiar razón, citamos como el pronunciamiento de la Corte al voto que encabeza la sentencia.

<sup>20</sup> Dijeron en su voto, en disidencia parcial, los jueces Lorenzetti y Zaffaroni: “Que ante la evidente imposibilidad de borrar los efectos del tiempo y de eliminar el pasado, y ante la tremenda gravedad del conflicto axiológico que esta decisión plantea y el enorme abanico de posibles hipótesis en los casos conocidos y en los que puedan conocerse en el futuro, entiende la jurisdicción haber agotado en esta instancia los recursos jurídicos para hallar la solución menos lesiva, aunque no descarta que ante la pluralidad de lamentables situaciones creadas deba en el futuro evaluar nuevas hipótesis que la imaginación no permite concebir desde la perspectiva de los casos conocidos” [considerando 26)].

sivamente al terreno afectivo y privado”, por lo que “... su encauzamiento y manifestación externa es una materia ajena a cualquier decisión o injerencia de los tribunales, quedando comprendido dentro del límite consagrado por el artículo 19 de la Constitución Nacional”, encontró el Tribunal sin embargo que en la especie la medida atacada no ocasionaba la afectación de derechos fundamentales, tales como la vida, la salud, la integridad corporal o la intimidad. Y concluyó en que “... la diligencia cuya realización se cuestiona, no se revela como una medida que afecte sustancialmente los derechos invocados por el apelante, toda vez que existen indicios suficientes que avalan su producción, guarda inmediata vinculación con el objeto procesal materia de la causa, resulta propia del proceso de investigación penal, aparece como idónea para alcanzar la verdad material de los hechos investigados y porque, además, ni siquiera involucra acción alguna del apelante, en tanto las muestras a utilizarse en el examen de ADN han sido tomadas a partir de una recolección de rastros que si bien pertenecen a su cuerpo, al momento de incautarse, se hallaban desprendidos de él”.

Se sintió precisada la Corte a agregar un *obiter dictum* para ampliar su solución y aclarar una premisa sentada antes en esta misma causa -que hemos citado-, que concibió en estos términos: “Que cabe afirmar que igual solución correspondería en el hipotético caso de que, frente a una situación de hecho análoga, debiera procurarse la muestra en cuestión a través de una extracción de sangre de la supuesta víctima del hecho. En efecto, aun cuando ello sí derivaría en alguna restricción de sus derechos, lo cierto es que, de acuerdo con lo dicho más arriba, dicha restricción sería ínfima, se verificaría dentro de un marco de razonabilidad y proporción con relación al objeto procesal que es materia de la causa, y estaría fundamentada en las legítimas facultades estatales de restringir el ejercicio de algunos derechos, en un marco razonable, en aras de procurar la necesaria eficacia en la persecución del crimen. Claro está que dicha práctica debería traducirse en una intrusión mínima en el cuerpo de la víctima, llevarse a cabo con intervención de personal médico y en debidas condiciones de asepsia e higiene, y su efectiva concreción quedaría subordinada a la inexistencia de eventuales razones de salud que, debido a su gravedad, pudieran obstaculizar momentáneamente su producción”.

**3.2.** En materia de las tensiones entre la libertad de información y la privacidad, citaremos únicamente aquí lo sustentado por la Corte en el

caso “Sciammaro” -fallado en 28 de agosto de 2007- en el que debió pronunciarse en el marco del recurso extraordinario federal deducido por la demanda -un diario de la ciudad de Quilmes- en contra de la sentencia que hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios promovida por la actora por sí y en representación de sus hijos menores de edad, con motivo de la difusión por dicho medio periodístico de situaciones relativas a la vida familiar, sexual y afectiva de una persona menor de edad. La recurrente agotó los remedios locales y acudió entonces a la Corte, invocando la presencia de cuestión federal para su tratamiento por la vía intentada pues en las instancias de grado se había decidido en forma contraria a sus pretensiones -un planteo constitucional sustentado en los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional- e imputó, además, arbitrariedad a la sentencia del tribunal superior provincial porque se apartó de la doctrina de la real malicia, por haber mantenido una condena ultra petita y haberse desentendido de la normativa de los arts. 1111 y 1113 del Código Civil.

En el voto concurrente del Juez, doctor Zaffaroni, se hace constar que se agravio la impugnante en tanto le achacó a la sentencia que recurría el haber elaborado una inteligencia que agravia la primera parte de la Constitución Nacional al otorgarle a diversas convenciones un nivel de jerarquía constitucional que no tienen toda vez que los tratados internacionales -por expreso imperio del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional- no derogan artículo alguno de la primera parte de ésta y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Alegó que la Convención sobre los Derechos del Niño no era parte del texto constitucional al tiempo de los hechos juzgados y que el tribunal superior provincial desestimó arbitrariamente los lineamientos sentados por la Corte en las doctrinas Campillay y de la real malicia. Si bien quedó relacionado el art. 18 del decreto-ley 10.067/83 de la Provincia de Buenos Aires, según lo destaca este Juez, que dispone que se evitará la publicidad del hecho “en cuanto concierne a la persona del menor a partir del momento en que resulte vinculado a una situación susceptible de determinar la intervención de los juzgados, quedando prohibida la difusión por cualquier medio de detalles relativos a la identidad y participación de aquél”, en el voto se hace constar que la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados a los actores se sostuvo sobre una base normativa que excedió lo dispuesto en esa norma provincial, y, subrayó el doctor Zaffaroni, tal base normativa consistió especialmente en el art. 19 de la Constitución Nacional y en los arts. 512,

1071 bis y 1109 del Código Civil sobre la cual se asentó la condena a los demandados a resarcir los daños causados a los demandantes porque su conducta en la publicación de diversas informaciones había violado el derecho a la intimidad, a la honra y a la dignidad personal.

La Procuradora actuante se hizo cargo de la necesidad de armonizar la debida protección a la libertad de prensa y la consecuente prohibición de censura previa, con la tutela del derecho de los menores a no ser objeto de intrusiones ilegítimas y arbitrarias de su intimidad, ya que, dijo, el artículo 16, inciso 1°, de la Convención sobre los Derechos del Niño es suficientemente explícito al respecto y remitió a la doctrina de Fallos: 324:975. Subrayó asimismo que esta citada Convención y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), confieren especial tutela a los derechos de la infancia. La necesidad de una “protección especial” enunciada en el preámbulo de la primera, así como la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su artículo 3°, proporcionan un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, debiendo tenerse en consideración aquella solución que les resulte de mayor beneficio. Ello indica, agregó, que existe una acentuada presunción a favor del niño, que por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, lo cual requiere de la familia, de la sociedad y del Estado la adopción de medidas tuitivas que garanticen esa finalidad. Citó el artículo 19 del pacto y remitió de nuevo a la doctrina de Fallos: 324:975 [voto de los Dres. Eduardo Moliné O’ Connor y Guillermo A. F. López].

El voto del Juez Zaffaroni hizo constar que mediaba cuestión federal en los términos del inciso 3°, ley 48, ante la invocación de la doctrina “Campillay” basada la invocación en la violación de los artículos 14 y 32, C.N. Y recordó entonces que, en cuanto al alcance del estándar “Campillay”, la Corte había señalado que la difusión de noticias que pueden afectar la reputación de las personas no resulta jurídicamente objetable cuando: a) se ha atribuido el contenido de la información a la fuente pertinente y se ha efectuado, además, una transcripción sustancialmente idéntica a lo manifestado por aquélla; b) se ha reservado la identidad de los involucrados en el hecho; c) se ha utilizado el modo potencial de los verbos, absteniéndose de esa manera, de efectuar consideraciones de tipo asertivo (Fallos: 316:2394; 321:3170; 324:2419 y 326:145). Descartó en el caso la aplicación de ese estándar por deficiencias de fundamentación

del recurso en el punto, y analizó asimismo la también invocada doctrina de la *real malicia*. Recordó que este estándar “sostiene que tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares involucrados en cuestiones de esa índole, aun si la noticia tuviere expresiones falsas e inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad y obra con real malicia, esto es, con el exclusivo propósito de injuriar y calumniar y no con el de informar, criticar o incluso, de generar una conciencia política opuesta a aquella a quien afectan los dichos (Fallos: 327:943)”.

Desechó también la aplicación de ese estándar “porque los argumentos de la condena de los demandados han sido elaborados por el juez de primera instancia y por la cámara con sustento en la indebida injerencia en la vida familiar de los actores con los consiguientes perjuicios provocados por la difusión de noticias inherentes a la intimidad de la madre y de sus entonces hijos menores”. Y dijo que las consideraciones realizadas en ambas instancias no eran más que la derivación lógica de la interpretación del art. 19 de la Constitución Nacional y de la inteligencia que ha dado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Ponzetti de Balbín” en la protección del derecho a la privacidad que comprende no sólo el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen, de modo que nadie pueda inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, y siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen, con cita de Fallos: 306:1892.

**3.3.** En relación con la privacidad, vamos a agregar la cita de un fallo de la Corte vinculado a la cuestión -resuelta en las instancias de grado y que, pese al motivo del recurso que provocó la intervención de la Corte, solo limitado a un aspecto como se verá, mereció de todos modos consideraciones en el fallo-, que sienta una importante doctrina en orden a la legitimación en las denominadas *acciones de clases*, al punto que se lo

considera el acto pretoriano inaugural de esas acciones en el país <sup>21</sup>. Se trata del precedente “Halabi” <sup>22</sup> fallado poco más de un año atrás. En el voto impersonal que conforma la mayoría -mediaron tres disidencias parciales- se hizo constar que el actor promovió acción de amparo reclamando que se declarara la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04, en virtud de considerar que sus disposiciones vulneran las garantías establecidas en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, en cuanto autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determine “en qué casos y con qué justificativos”. Alegó que esa intromisión constituye una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario, a la par que menoscaba el privilegio de confidencialidad que, como abogado, ostenta en las comunicaciones con sus clientes.

Digamos ya que la sentencia de segunda instancia, que confirmó la de la primera que hizo lugar a la demanda, sostuvo, según transcribe el fallo, que “no excluía la incidencia colectiva de la afectación a la luz del 2º párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional” por lo que la sentencia dictada en tales condiciones debía “... aprovechar a todos los usuarios que no han participado en el juicio”. Este es el aspecto que impugnó el Estado, es decir, el efecto *erga omnes*. Así, arribaron los autos a la Corte por virtud del recurso extraordinario deducido por el Estado Nacional

---

<sup>21</sup> Recibidas hace décadas en el derecho norteamericano como hizo constar la Corte: “... en los Estados Unidos de Norteamérica, a partir de las directivas del *Bill of peace* del siglo XVII, mediante la labor jurisprudencial, se ha delineado la institución de las *class actions* cuya definición conceptual quedó plasmada en las *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938 y que ha experimentado una evolución posterior mediante numerosas decisiones judiciales hasta obtener contornos más precisos en las *Federal Rules* de 1966. La Regla 23 (*Equity Rule* 23) de ese ordenamiento determinó que uno o más miembros de una clase puede demandar o ser demandado como parte en representación de todos cuando: 1) la clase es tan numerosa que la actuación de todos es impracticable, 2) existen cuestiones de hecho y de derecho comunes a la clase, 3) las demandas o defensas de las partes representantes son típicas de las demandas o defensas de la clase, y 4) las partes representantes protegerán los intereses de la clase justa y adecuadamente. El juez debe admitir la pretensión deducida por parte de un representante de la clase, efectuando un adecuado control de su representatividad y de la existencia de una comunidad de intereses. La decisión que se adopta tiene efectos *erga omnes*”.

<sup>22</sup> “Halabi, Ernesto c/P.E.N. -ley 25.873 dto. 1563/04- s/amparo-ley 16.986”. H. 270. XLII; REX; 24-02-2009; T. 332, p. 111.

invocando la existencia de cuestión federal, arbitrariedad y gravedad institucional, que el Tribunal admitió al declararlo “formalmente procedente”. Añadió específicamente para así decidir que “el tema planteado tiene repercusión institucional, en la medida en que excede el mero interés de las partes y repercute en un importante sector de la comunidad por haberse sometido a debate la legitimidad de medidas de alcance general que interesan a actividades cuyo ejercicio no es ajeno al bienestar común (confr. doctrina de Fallos: 247:601 y, entre otras, causa F.1074.XLI “Fecred S.A. c/ Mazzei, Osvaldo Daniel y otro s/ ejecución hipotecaria”, sentencia del 6 de mayo de 2008)”. Volvió a decir la Corte que en la tarea de establecer la inteligencia de preceptos constitucionales y de normas federales, ella no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni por los argumentos de las partes sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente les otorgue, postura invariablemente sostenida por el Tribunal, remitiéndose a Fallos: 326:2880; 328:2694; 329:2876 y 3666, entre muchos otros.

Hizo constar la Corte que la impugnación del Estado Nacional se dirigía exclusivamente a descalificar el efecto *erga omnes* que la cámara atribuyó a su pronunciamiento. Al respecto, precisó que en materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión tres categorías de derechos: *individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos*. Abreviando necesariamente la referencia al contenido de este fallo de incuestionable repercusión como precedente, de enorme riqueza, agregaremos que igualmente destacó el Tribunal que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso, dijo, de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. Puso de manifiesto que “no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis”, señalando que este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a or-

ganismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos.

Luego de remarcar que la ausencia de regulación en la materia es una mora del legislador que éste debería solucionar con premura para facilitar el acceso a la justicia, en relevante aseveración para nosotros a los fines de la presente nota, adujo que *la disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular* [destacado nuestro] <sup>23</sup>. Obsérvese: “*Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492)*”. “*La eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el ejercicio individual de los derechos que la Constitución también protege como derivación de la tutela de la propiedad, del contrato, de la libertad de comercio, del derecho de trabajar, y la esfera privada, todos derechos de ejercicio privado*”.

---

<sup>23</sup> En otro tramo del fallo, más adelante enfatizó la Corte: “...basta la comprobación inmediata de un gravamen para que una garantía constitucional deba ser restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias. En apoyo de tal afirmación, esta Corte sostuvo que ya a fines del siglo XIX señalaba Joaquín V. González: ‘No son, como puede creerse, las ‘declaraciones, derechos y garantías’, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina’ (‘Manual de la Constitución argentina’, en ‘Obras completas’, vol. 3, Buenos Aires, 1935, núm. 82; confr., además, núms. 89 y 90)”.

Podríamos detener aquí mismo, en el luminoso contenido de la cita, la referencia a este fallo; pero conviene aun destacar, por su trascendencia, los elementos señalados en él para este tipo de acciones, a saber: a) El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales. b) El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho. c) Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos.

Agregó: “la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta”. Bajando al caso, consideró cumplidos los recaudos que, para las acciones colectivas, se delinean en la sentencia, en tanto existía un hecho único -la normativa en cuestión- que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales. Y culminó: “La pretensión está concentrada en los efectos comunes para toda la clase de sujetos afectados, con lo que se cumple el segundo requisito expuesto...La simple lectura de la ley 25.837 y de su decreto reglamentario revela que sus preceptos alcanzan por igual y sin excepciones a todo el colectivo que en esta causa representa el abogado Halabi. Finalmente, hay una clara afectación del acceso a la justicia, porque no se justifica que cada uno de los posibles afectados de la clase de sujetos involucrados promueva una demanda peticionando la inconstitucionalidad de la norma, con lo que se cumple el tercero de los elementos...”.

Luego de hacer mención al derecho norteamericano y al español, volviendo al derecho argentino, argumentó la Corte que ella había “... advertido en otras ocasiones que el propio texto constitucional autoriza el ejercicio de las acciones apropiadas para la defensa de intereses colectivos con prescindencia de las figuras expresamente diseñadas en él o en las normas procesales vigentes”. Remarcó que es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, artículo 43, C. N., con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla (Fallos: 328:1146, considerandos 15 y 16). Concluyó: “Por lo tanto, frente a una situación como la planteada en el sub examine, dada la naturaleza de los derechos en juego, la calidad de los sujetos integrantes del colectivo y conforme a lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que, además de la letra de la norma, debe tenerse en cuenta la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad, es perfectamente aceptable dentro del esquema de nuestro ordenamiento que un afectado, el Defensor del Pueblo o determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del ya citado segundo párrafo del artículo 43, una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano (confr. fallo referido, considerando 17 y sus citas)”.

Luego de preocuparse por dejar a salvo el derecho de defensa en juicio, ante la falta de pautas adjetivas mínimas que regulen la materia, “de modo de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar”. sobre el fondo fundamentó la Corte que “El derecho a la intimidad y la garantía consecuente contra su lesión actúa contra toda ‘injerencia’ o ‘intromisión’ ‘arbitraria’ o ‘abusiva’ en la ‘vida privada’ de los afectados (conf. art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 11, inc. 2°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -tratados, ambos, con jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional- y art. 1071 bis del Código Civil)”.

#### 4. *Leyes de emergencia y relaciones contractuales. Derecho de propiedad*

Diremos que el principio que sienta la Corte es el siguiente: “(...)...el uso de la propiedad y la celebración de los contratos son normalmente asuntos de interés privado y no público. La regla general es que ambos deben estar libres de la ingerencia gubernativa...” Remite a Fallos: 172: 21 [*in re* “Rinaldi”, V. considerando 15)]. Ello no obstante, enseguida dice: “...Pero ni los derechos de propiedad ni los derechos contractuales son absolutos (‘*Munn v. State of Illinois*’, 94 U.S. 113 [1876]), porque el gobierno no puede existir si el ciudadano puede usar a voluntad de su propiedad en detrimento de sus conciudadanos, o ejercer su libertad de contratar con perjuicio de ellos. Tan fundamental como el derecho individual es el derecho de la comunidad (o público) para regularlo en el interés común’ (causa “*Nebbia v People of State of New York*” 291 U.S. 502 [1934])”.

Y, en tren de resolver en el caso “Rinaldi”, la Corte sostuvo: “Que es cierto que, según lo dispuesto por los arts. 508, 622 y concordantes del Código Civil, el deudor debe resarcir los daños e intereses que su morosidad causare al acreedor en el cumplimiento de la obligación. Empero, para juzgar si corresponde hacerlo responsable por los efectos de la emergencia y de la devaluación, no sólo debe ponderarse la magnitud de la depreciación de nuestra moneda que desquició las bases del contrato, sino también que aquellos hechos desbordaron el grado de previsibilidad que podía exigirse a un obrar razonable. Quienes se obligaron durante la vigencia de la ley de convertibilidad no lo hicieron respecto de una moneda extranjera que fluctuaba libremente en el mercado cambiario y podía tener altibajos; su voluntad tuvo el marco de referencia normativo dado por el Estado que les aseguraba la paridad fijada por la ley 23.928, reafirmada por disposiciones de variada índole durante el lapso anterior a la sanción de la ley 25.561 (véase ley 25.466 y art. 1° del decreto 1570/2001)”. Dijo así, que el desequilibrio sobrevenido en las prestaciones resultó impuesto a ambas partes por un acto de autoridad con miras a proteger el interés general, remitiendo al artículo 21 del Código Civil.

Conviene subrayar de nuevo: “Que con particular referencia a la intervención del poder público en las relaciones entre particulares durante esos períodos, este Tribunal ha entendido que ‘... la prohibición de las leyes que alteren las obligaciones de los contratos, no impide al Estado ejercer los poderes de que se halla investido para promover el bien públi-

co o que son necesarios para el bienestar general del público, aunque por ello puedan ser afectados los contratos celebrados entre individuos. Este poder, que en sus varias ramificaciones es conocido como el poder de policía, es un ejercicio del soberano derecho del gobierno para proteger la vida, salud, moral, solaz (‘confort’) y bienestar general del pueblo, y es superior a cualesquiera derechos emergentes de los contratos entre los individuos’. La reserva del poder del Estado, apropiada para esas condiciones extraordinarias, debe considerarse que es parte de todos los contratos, como es la reserva del poder del Estado a fin de proteger el interés público...’ (véase Fallos: 172:21 y la cita del voto del juez Hughes en ‘Home Building & Loan Association v. Blaisdell’ 290 U.S. 398[1934])”.

En “Longobardi”, ya citado, fallado en línea con el precedente “Rinaldi”, el Juez Zaffaroni puntualizó que el caso revestía indudable transcendencia institucional, destacando que la controversia surgía de la contraposición entre la pretensión del acreedor, que solicitaba una protección absoluta de su derecho a la restitución de la moneda extranjera entregada como modo de perfeccionamiento del contrato, y la del deudor, que sostenía que esa tutela debía ser atenuada por razones de emergencia, del interés general y, particularmente, por la excesiva onerosidad sobreviniente. Puso de manifiesto que la disputa “*se extiende, inevitablemente a otros sujetos que están en situación similar. En consecuencia es claro que el interés en la decisión excede ampliamente lo manifestado por las partes*”. Para nuestro tema, nos interesa subrayar este tramo de su voto concurrente: “*La verdadera misión que tiene el tribunal en casos de relevancia institucional, no es averiguar la verdad, ni practicar silogismos, sino adoptar una decisión que permita apaciguar los conflictos, fundándose en argumentos constitucionales razonables, verificables y que tengan en cuenta los consensos sociales vigentes en el momento de tomarla (conf. causa R.320.XLII ‘Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ ejecución hipotecaria’, voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni)*”. Y anticipó los derechos e intereses en juego, que sintetizó así a los fines de su solución: el conflicto debe ser analizado ponderando tres aspectos fundamentales: a) la tutela constitucional del derecho creditorio cuya fuente es un contrato; b) la normativa de emergencia fundada en leyes aplicables al caso y c) la protección de la buena fe como orden público que permite la revisión del contrato frente a circunstancias sobrevinientes que lo desequilibran, tanto en su objeto como en su finalidad.

### 5. Niños, niñas y adolescentes. Discapacidad. Salud. Educación <sup>24</sup>

Empleamos preferentemente la terminología que viene generalizándose en autores y fallos judiciales. El lenguaje jurídico también resulta conmovido por el derecho internacional de los derechos humanos.

Nos remitimos en este acápite a un fallo de la Corte recaído en una causa con origen en la Provincia de Río Negro. Allí, se destacó en el voto impersonal que formó la mayoría -que en rigor se remitió al dictamen de la Procuradora actuante- el Superior Tribunal, en el marco de una impugnación contra la sentencia de un Juzgado de General Roca, que acogió parcialmente la demanda instaurada, impugnación deducida por la actora en representación de su hija menor de edad y discapacitada mental, fijó un plazo excepcional de 60 días -desde la notificación de la sentencia- "... durante el cual se deberá continuar por parte de la Obra Social con la prestación correspondiente al rubro educación, plazo asimismo en el que

---

<sup>24</sup> "17. Con la palabra 'discapacidad' se resume un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones de todos los países del mundo. La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio" [NACIONES UNIDAS, V. "Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad", RESOLUCIÓN APROBADA POR LA ASAMBLEA GENERAL [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/48/627)], 85ª sesión plenaria 20 de diciembre de 1993. Se informa en la página de la Secretaría de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: "Uno de los principales resultados del Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos fue la aprobación por la Asamblea General el 20 de diciembre de 1993 de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (resolución 48/96, anexo). Aunque no se trata de un instrumento jurídicamente vinculante, las Normas Uniformes representan el firme compromiso moral y político de los gobiernos respecto de la adopción de medidas encaminadas a lograr la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Las Normas son un instrumento para la formulación de políticas y sirven de base para la cooperación técnica y económica. / Las Normas Uniformes consisten en 22 normas que resumen el mensaje del Programa de Acción Mundial e incorporan la perspectiva de derechos humanos que se ha desarrollado a lo largo del Decenio. Las 22 normas relativas a las personas con discapacidad están divididas en cuatro capítulos -Requisitos para la igualdad de participación, Esferas previstas para la igualdad de participación, Medidas de ejecución y Mecanismo de supervisión- y abarcan todos los aspectos de la vida de las personas con discapacidad".

la Obra Social deberá encuadrar a la niña dentro de los alcances de la operatividad de los derechos de los arts. 36, 59 y cc. de la Constitución Provincial, las leyes Nacional 24.901 y Provincial 3467, dando participación o derivando en cuanto así corresponda a otros organismos del Estado vinculados a la casuística, sea Consejo Provincial del Discapacitado o el Consejo Provincial de Educación, para que se garanticen en plenitud y complementen tales derechos conforme las Leyes N° 2055 -Régimen de promoción integral de las personas discapacitadas- y N° 3467 -adhesión a la Ley N° 24.091, sistema de prestaciones básicas-”. Contra esa decisión, la actora interpuso el recurso extraordinario que, denegado, originó la queja que trató la Corte.

Informó la Procuradora en su dictamen que el Superior Tribunal desestimó el recurso, “... sobre la base de que -cuando se trata de prestaciones de excepción, por legítimas que estas puedan ser-, el reclamo debe sujetarse a un juicio de conocimiento, donde se ventile ampliamente la pretensión, con audiencia de los organismos de aplicación y del jefe de la administración; dado que la obra social -que atiende a los intereses grupales de sus afiliados-, opera con parámetros de tipo económico que comprometen a otros niveles funcionales, que no fueron traídos al proceso”. Entendió que el recurso extraordinario en la especie era formalmente procedente porque la impugnación giraba en torno a la inteligencia de previsiones federales atinentes al derecho a la salud de las personas menores de edad y discapacitadas, remitiendo a Fallos: 323:3229; 324:3569. Y añadió la habitual doctrina de la Corte -ya vista- que sostiene que ella, en tanto se ventile una cuestión del tipo señalado, no se encuentra limitada por las alegaciones de las partes o por los fundamentos del a quo, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto debatido, con cita de Fallos: 320:1602; 323:1656, entre muchos otros.

Asumió que el reenvío que hacía el Superior Tribunal a otro procedimiento comportaba que la sentencia no revistiera carácter de definitiva a los fines del remedio extraordinario, pero destacó que la índole vital de los intereses comprometidos y el perjuicio de muy dificultosa o imposible reparación ulterior que irrogaría la dilación, imponía que la cuestión se dilucidara en ese estado (citó Fallos: 329:4741; 327:2413). Y relacionó que la actora perseguía la cobertura integral de la escolaridad de la niña a quien representaba, quien venía cursando en un Instituto especializado y contaba por entonces con doce años de edad padeciendo una discapacidad mental (Síndrome de Down), asociada a otras dolencias de tipo físico.

Observó en el fondo que la sentencia impugnada comenzaba por reconocer que el derecho afectado era el de la salud. Y, en apoyo de la postura de la recurrente en el punto, indicó que una sentencia "... implica una operación de adjudicación jurídica, requisito éste que, por cierto, no se circunscribe a la cita de uno o varios textos positivos aislados; antes bien, *la idea de ordenamiento normativo, lleva en sí misma una visión integradora de fuentes diversas, atravesada siempre por los principios fundamentales del derecho, y las garantías constitucionales; y, con ellos, por la producción jurídica internacional en el campo de los derechos fundamentales.* En un mismo nivel, han de concurrir los hechos sustanciales componentes de la situación concreta sometida a juzgamiento; y el enlace entre ambas variables, en una valoración conjunta que conduzca a una conclusión razonable (doct. Fallos: 302:1284)" [*destacado nuestro*]. Y adelantó que en su entender, la sentencia en revisión no se adecuaba a ninguno de esos tres momentos lógicos.

Luego de reseñar las falencias de razonamiento de la sentencia recurrida, para descalificarla con base en la doctrina de la arbitrariedad y señalando que esto bastaría para adoptar una decisión al respecto, agregó que, ello no obstante, resultaba conveniente integrar al razonamiento "...una herramienta útil para develar más acabadamente el grado de razonabilidad de esa decisión", esto es, *la perspectiva que aportan las consecuencias prácticas de la sentencia.* Y recordó que "...este último parámetro -que constituye un elemento connatural de la actuación jurisdiccional-, postula incluir en el proceso valorativo, el análisis de la realidad y la evaluación prospectiva; tal como ese máximo Tribunal procede, sobre todo, cuando los destinatarios de sus resoluciones son los niños (Fallos: 302:1284; arg. fallo dictado in re S.C. A. N1 418, L. XLI del 13/3/2007, con cita de Fallos: 312:371)". También citó la doctrina de Fallos: 330:5, 240, 640 y 642; 329:5023, 4925, 4717, 4309 y 4007; 328:4448, 1122 y 339; 327:4199; 301:947; 298:33, entre muchos otros.

Dijo de esa suerte que la patología que padecía la niña (Síndrome de Down), llevaba de suyo "... la necesidad de iniciar y mantener su tratamiento en un establecimiento especializado, lo cual resulta un correlato propio de su estado de salud y de los progresos logrados, que podrían desvanecerse, de no continuar el proceso en curso. En ese marco y en la economía del régimen asistencial, los servicios educativos son, indudablemente, prestaciones de salud que no tienen por qué escapar al ámbito de responsabilidad de I.PRO.SS". Y en severos términos, concluyó: "Así las

cosas, entiendo que el a quo no ha hecho sino relegar el problema, a través de un emplazamiento genérico abierto, que no se hace cargo de la situación particular que le toca juzgar, ni de un adecuado resguardo a fin de la consagración efectiva de los derechos fundamentales en juego”. “... dentro del vasto y consistente marco jurídico que regula la tutela de la infancia y de la persona discapacitada, en la especie no existe ninguna justificación para eludir, a través de reenvíos administrativos inespecíficos, la cobertura eficaz, que -a despecho, incluso, de lo que marcan las normas citadas repetidamente durante el juicio-, se le ha negado a esta niña”.

Es de sumo interés transcribir todavía a la Procuradora: “A esta altura, parece oportuno traer a colación, una vez más, la enseñanza de V.E. en el sentido de que la protección y la asistencia universal de la infancia discapacitada, constituye una política pública, en tanto consagra ese mejor interés, cuya tutela encarece -elevándolo al rango de principio-, la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3, 24 y 24 de dicho pacto y 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional). / “Esa doctrina es particularmente esclarecedora en cuanto a que la niñez, además de la especial atención por parte de quienes están directamente encargados de su cuidado, requiere también la de los jueces y de la sociedad toda; con lo cual, la consideración primordial de aquel interés viene tanto a orientar como a condicionar la decisión jurisdiccional; con singular énfasis en aquellos menores aquejados por impedimentos físicos o mentales, cuyo interés debe ser custodiado, con acciones positivas y por sobre otras consideraciones, por todos los departamentos gubernamentales (conf. esp. desarrollo efectuado por esta Procuración en el dictamen emitido con fecha 14/2/2006, in re ‘Arvilly, Giselle Marina c/Swiss Medical S.A.’ -S.C. A. N1 804, L. XLI-, doctrina de Fallos: 327:2413, con remisión a la opinión de este Ministerio; y criterios vertidos en torno al tema en Fallos: 321:1684; 323:1339 y 3229; 324:754 y 3569; 326:4931; 327:2127 y 2413; 328:1708; 329:2552 y ‘Cambiaso Péres de Nealón, Celia María Ana y otros c/CEMIC’ del 28/8/2007 -S.C. C. N1 595, L. XLI- , entre muchos otros; ver asimismo ‘Normas Uniformes sobre la equiparación de oportunidades de las personas con discapacidad’ ONU; Resolución CD 47.R1 sobre derechos humanos y discapacidad, OPS/OMS, 25/9/2006)”<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Convendrá retener: “La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 en

## 6. *Derecho a la vida. Derechos sociales*

Diferenciamos ahora por su importancia el siguiente fallo de la Corte, aunque él guarda estrecha relación con lo ya visto. En autos “Recurso de hecho Reyes Aguilera, Daniela c/ Estado Nacional”, de 4 de setiembre de 2007-, se expidió en el marco de un recurso presentado por una persona de origen boliviano ante la negativa de las autoridades a concederle la pensión por invalidez prevista en el art. 9 de la ley 13.478 (y sus modificatorias), por no contar con la residencia mínima de 20 años requerida para los extranjeros por el art. 1.e del anexo I del decreto 432/97 -texto originario-, reglamentario de aquél. En su dictamen, la Procuradora actuante, aunque estimó admisible la queja en orden a la materia vinculada a ella -”toda vez que se ha puesto en tela de juicio la validez de un decreto del Poder Ejecutivo Nacional por ser contrario a normas de la Constitución Nacional y de varios tratados internacionales al que ella hace referencia, y la decisión ha sido adversa al derecho fundado en estas últimas (artículo 14, inciso 3° de la ley 48 y Fallos: 318:514; entre muchos otros)”-, se pronunció sosteniendo la constitucionalidad de la norma atacada por la recurrente y la confirmación de la sentencia impugnada.

La mayoría de la Corte -dos votos fueron en disidencia: éstos compartieron el dictamen de la Procuradora- reseñó que el fallo de primera instancia adverso a la recurrente fue confirmado por la Sala I de la Cá-

---

la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, y quedaron abiertos a la firma el 30 de marzo de 2007. Se obtuvieron 82 firmas de la Convención y 44 del Protocolo Facultativo, así como una ratificación de la Convención. Nunca una convención de las Naciones Unidas había reunido un número tan elevado de signatarios en el día de su apertura a la firma. Se trata del primer instrumento amplio de derechos humanos del siglo XXI y la primera convención de derechos humanos que se abre a la firma de las organizaciones regionales de integración. Señala un ‘cambio paradigmático’ de las actitudes y enfoques respecto de las personas con discapacidad. / La Convención se concibió como un instrumento de derechos humanos con una dimensión explícita de desarrollo social. En ella se adopta una amplia clasificación de las personas con discapacidad y se reafirma que todas las personas con todos los tipos de discapacidad deben poder gozar de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Se aclara y precisa cómo se aplican a las personas con discapacidad todas las categorías de derechos y se indican las esferas en las que es necesario introducir adaptaciones para que las personas con discapacidad puedan ejercer en forma efectiva sus derechos y las esferas en las que se han vulnerado esos derechos y en las que debe reforzarse la protección de los derechos” [Página de las Naciones Unidas].

mara Federal de la Seguridad Social, al desestimar el reclamo sobre la base de sostener que la facultad de otorgar pensiones que concede al Congreso de la Nación el art. 75 (20) de la Constitución Nacional está sometida a la total prudencia y discreción de aquél, resultando los requisitos que establezca un acto de política legislativa no justiciable. Y añadieron los jueces de grado que la norma no implicaba una discriminación en razón de la nacionalidad, “pues no viola el art. 16 de la Constitución Nacional que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto no incurra en arbitrariedad o en una ilegítima persecución de personas o grupos” -ésta, remarcamos nosotros, doctrina inveterada en ese sentido del Tribunal cimero-. La Corte comenzó por centrar la cuestión, afirmando, contrariamente, que el beneficio en juego no derivaba de la atribución del Poder Legislativo de “dar pensiones” -tradicionalmente llamadas pensiones gratificables- contenida en el citado art. 75 (20) de la Constitución Nacional, por lo que no se trataba de un *mero favor* -”tal como caracterizó esta Corte a las pensiones gratificables en el caso Ramos Mejía c. Nación Argentina (Fallos: 192:260, 262)”-, sino que cabía inscribirlo en el ámbito de la legislación relativa a la seguridad social, que la reforma constitucional de 1957 destacó en el art. 67 (11), hoy 75.(12).

Y consideró la Corte necesario “esclarecer el litigio, de conformidad con el art. 75.22 de la Constitución Nacional, a la luz de los arts. XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (“Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias [...] de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia’), 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (“Toda persona [...] tiene asimismo derecho a los seguros en caso de [...] invalidez [...] y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad’) y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Los Estados Partes [...] reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social’), todo ello en estrecha combinación con el derecho a la vida”. Reseñó puntualmente los recaudos de la ley para el otorgamiento del beneficio y entonces dijo la Corte que ellos eran muestra más que elocuente de que éste fue previsto para cubrir contingencias sociales absolutamente extremas, vale decir, situaciones que ponen en juego, de manera palpable y potente, la “subsistencia” misma de la perso-

na humana, de una persona carente de “recursos o amparo” -vocablos del propio decreto 432/97 de aplicación-, y que, en cuanto al primero, también emplean las memoradas Declaración Americana y Universal. Y citó el art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de aplicación a la causa, dijo, tal como lo ha puntualizado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, citando: “[I]os regímenes de seguridad social y de mantenimiento de los ingresos revisten importancia particular para las personas con discapacidad. Como se indica en las Normas Uniformes ‘Los Estados deben velar por asegurar la prestación de apoyo adecuado en materia de ingresos a las personas con discapacidad que, debido a la discapacidad o a factores relacionados con ésta, hayan perdido temporalmente sus ingresos, reciban un ingreso reducido o se hayan visto privadas de oportunidades de empleo’ (Observación General N° 5. Las personas con discapacidad, HRI/GEN/1/Rev.6, ps. 34/35, párr. 28. La referencia es a las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad - anexo de la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 48/96, 20-XII-1993)”.

Y en apreciación culminante, aseveró la Corte: “... por mayor que fuese el margen de apreciación que corresponda dispensar al legislador o reglamentador en la presente materia, no cabe duda alguna que sumar a dichos críticos requerimientos un lapso de residencia, en el caso, de 20 años -aun cuando también rigiera en igual medida para los argentinos, incluso nativos-, implica, puesto que la subsistencia no puede esperar, un liso y llano desconocimiento del derecho a la seguridad social, en los términos de los citados textos internacionales de jerarquía constitucional, en grado tal que compromete el derecho a la vida, primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (*Campodónico de Beviacqua c. Ministerio de Salud, Fallos*: 323:3229, 3239, considerando 15, sus citas y otros), y cuya garantía, mediante ‘acciones positivas’, resulta una ‘obligación impostergable’ de las autoridades públicas (ídem, p. 3239, considerando 16)”. Se remitió también a la Corte Interamericana en cuanto ella ha sustentado que en “razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los

Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico” (Caso de los ‘Niños de la Calle’ [Villagrán Morales y otros], sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C N° 63, párr. 144). Las necesidades de protección de los ‘más débiles’ -acotaron los jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli en su voto concurrente conjunto- ‘requieren en definitiva una interpretación del derecho a la vida de modo que comprenda las condiciones mínimas de una vida digna’ (párr. 7)”.

Nos interesa culminar esta nota -en rigor, debería ser el principio- con este otro párrafo de la sentencia que acaso sirva para enfatizar cómo la Constitución impregna todo el derecho y vincula a los poderes públicos; señaló la Corte al remitirse a la doctrina enunciada por el Tribunal en la sentencia *Vizzotti*: “... *la Constitución Nacional, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo si se encuentra en debate un derecho humano. Por ende, al reglamentar derechos de este tipo, el llamado a hacerlo no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles toda la plenitud que le reconoce la Constitución Nacional, o sea, el texto supremo que los enunció y que manda a asegurarlos. ‘Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar ‘el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos’ (Constitución Nacional, art. 75, inc. 23)’ (Fallos: 327:3677, 3688, considerando 8)”.*

Y se remitió nuevamente al precedente internacional ya citado en cuanto allí se dijo: “... ‘*el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido*’ (cit., párr. 144)”.



# DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN. DAÑO POR DISCRIMINACIÓN

JORGE MOSSET ITURRASPE

**Sumario:** 1. La noción de discriminación. El concepto jurídico. El Derecho Constitucional de Daños. 2. Los Derechos Humanos y la discriminación. 3. La discriminación y el principio de Igualdad. Las desigualdades nocivas. Las garantías. 4. La discriminación y la dignidad humana. 5. La discriminación y el principio de libertad. Las libertades fundamentales. 6. Diferenciación legítima e ilegítima. Trato diferente no es sinónimo de trato discriminatorio. 7. La discriminación supone distinción, exclusión, restricción o preferencia injusta o perjudicial. Los Bancos de Datos. 8. El “menoscabo”, la “subordinación” o directamente el “agravio” al honor, imagen o buen nombre, como daños injustos. 9. La antidiscriminación como un asunto de civilización. 10. La discriminación como un asunto de “barbarie”, “prejuicio”, “primitivismo” o “desprecio” a seres humanos

## **1. La noción de discriminación. El concepto jurídico. El Derecho Constitucional de Daños**

Discriminar significa: “separar, distinguir, diferencia”, en una primera acepción; en otra, trasunta la idea de “dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.”.

Nos recuerda Zavala de González que “la ética y el derecho rescatan como valiosa la primera significación y rechazan la consagración vivencial de la segunda. Las diferencias entre las personas constituyen una incontrastable realidad sociológica<sup>1</sup>; es imposible eliminarlas y no es

---

<sup>1</sup> Es Fernández Sessarego, eminente jurista peruano, quien más ha insistido en Latinoamérica es señalar que “la persona es única, no obstante ser igual a los demás”; que

deseable que desaparezcan totalmente. Por el contrario, en muchas de ellas finca el eje y la gracia de nuestra forma de existir. Inclusive, agrega la jurista cordobesa, uno de los males de la vida actual radica en la uniformidad, la masificación, el nivelamiento de todos. Por tanto, la vigencia de discriminaciones, desde el punto de vista de la consideración comunitaria o del trato de la persona por los otros, es también insoslayable, en tanto derivada de la misma esencia del hombre.

“No obstante, en el mundo moderno existe una tendencia exagerada a clasificar, rotular o embanderar a los demás y a considerar como anormales a los que no son como uno”<sup>2</sup>.

En nuestro trabajo sobre: “Aspectos civiles de la ley antidiscriminatoria N° 23.952”, de 1989<sup>3</sup> señalamos el tránsito “del Derecho igual a la sociedad de desiguales”:

1.1. La Revolución Francesa -200 años- fue acontecimiento mayúsculo, en el paso de un Estado autoritario -totalitario decimos hoy- a un Estado democrático.

1.2. Ella, la Revolución y la legislación que fue su consecuencia, terminó con las instituciones feudales y, muy en especial, abolió los privilegios de los aristócratas y del clero. Produjo, asimismo, la extensión de la libertad y autonomía- a todos los hombres, sin distinción de sexo, raza, lengua, credo, etc.

1.3. De allí que, a partir de esos eventos, pueda hablarse de un “derecho igual”. Nuestra Constitución consagra en su art. 16 la igualdad “ante la ley”. idénticas libertades y una similar autonomía, en orden a las

---

“la persona, cada persona, es idéntica a sí misma”, y que ello es posible “por el hecho de que su ser es libertad”. “La libertad que somos permite a cada persona elaborar su propio proyecto existencia, su programa de vida, de acuerdo a valores, bajo el dictado de su personal vocación”. Que “desde una concreta realidad existencial, los hombres son diversos entre sí y un hombre es idéntico sólo a sí mismo: singular, irrepitible y no intercambiable. En: *Derecho y Persona*, Lima, 1990. *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Astrea, 1992; *Protección jurídica de la persona*”, edic. Univ. de Lima, 1992.

<sup>2</sup> M. ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Daños derivados de discriminaciones injustas*, p. 136 y ss.

<sup>3</sup> J. MOSSET ITURRASPE, “Aspectos civiles de la ley antidiscriminatoria n° 23.952”, en *El Derecho*, 132, 1989, p. 963 y ss.

propias relaciones, más allá incluso de los esquemas o tipos preconstituidos por las leyes.

1.4. Empero, por las razones que se dirán, dicha igualdad entre los “individuos”, como se acostumbra a decir, es meramente formal en nuestros ordenamientos. Las posibilidades idénticas, sólo lo son en abstracto...

1.5. Y.ello es así por una razón muy simple, que lo revolucionarios franceses de fines del setecientos ya habían previsto: ni las aboliciones ni las declaraciones eran suficiente para “igualar la condición Social de los hombres”; para transformar la igualdad formal en igualdad real o “sustancial”, con la eliminación, sobre todo, de la disparidades económicas.

1.6. Hay quienes piensan que ésta consecuencia del nuevo estado de cosas no fue prevista, en la medida en que se creó una sociedad de hombres libres e iguales, a la vez que fraterna; una sociedad de superhombres, como alguna vez se ha calificado, capaces de discutir sus negocios y de llegar a transacciones justas.

1.7. Otros, en cambio -Arnau, Jean André. *Los orígenes doctrinarios del código civil francés*- piensan que entre los revolucionarios franceses se encontraban hombres como Gracco Babeuf y Filippo Buonarroti, integrantes de los Iguales, que asumieron ideas expresadas por Robespierre- limitaciones al derecho de propiedad y a la libertad de comercio establecidas en favor de las clases pobres, entendidas como etapas en el camino a la igualdad real.

1.8. También en Domat, en su obra sobre *Las leyes Civiles*, encontramos que la base de la sociedad son los vínculos que nacen de la familia y del comercio; dichos vínculos son indiferenciados “sin distinción entre una posición y otra”; se omiten deliberadamente los problemas que se de nominan “de carácter general, político y social”. Esta obra, en la que el autor se declara incapaz de comprender las características de la organización “general de su país”, se considera como “proyecto general de la sociedad civil”.

1.9. En rigor el Tercer Estado controló la Revolución sobre la base de un programa político-revolucionario que permitió la adopción de un cuerpo de leyes cuyos puntos fundamentales eran el reconocimiento del derecho absoluto de propiedad y la tutela de las actividades comercial -autonomía negocial.

1.10. Con un lenguaje moderno podríamos decir que las normas generales y abstractas de tales ordenamientos son fruto de una búsqueda

elaboración conceptual, que adopta un modelo de crecimiento en el cual se deja amplios sectores a la iniciativa individual. La liberación de energías nuevas y la competición entre ellas operaría una selección “natural” de los mejores, lo cual redundaría en beneficio de la comunidad.

1.11. La sociedad se ha ido alejando poco a poco del modelo previsto en el Code (comunidad de individuos iguales) si es que alguna vez llegó a configurarse de tal manera; se ha ido, por el contrario, articulando en una serie de grupos, capas y clases “estratificados” y considerablemente rígidos, de tal manera que la pertenencia a uno de ellos confiere al individuo poderes y facultades más o menos amplios, a tenor de su ubicación en la pirámide social. No obstante no poder hablarse de *status* jurídicos definitivos, nadie puede hoy negar que la palabra autonomía tiene un significado distinto según que se refiera a un empresario monopolista o a consumidor cualquiera.

## 2. Los Derechos Humanos y la discriminación

Frente a las “diferencias”, que siempre existieron, y, en especial, frente a las “diferencias negativas”, a la “desjerarquización” de la persona humana, a la “descalificación”, a la intolerancia salvaje, la reacción del Derecho actual viene de la mano de la Constitución, la norma suprema, aquí y en otros países, en particular en seguimiento del Derecho Italiano<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> P. PERLINGIERI, *Perfis do Direito civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*, versión brasileira, Río de Janeiro, Renovar, 1997; C. W., CANARIS, *A influencia dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*; E. FACCHINI NETO, “Refleções historico evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”; estos dos últimos estudios en: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, obra colectiva, director Sarlet, I.W., Porto Alegre, Librería do Advogado, 2003.

El Derecho Privado Constitucional<sup>5</sup> como protección del individuo particular<sup>6</sup>, frente a los daños en general<sup>7</sup> y a la discriminación, en especial<sup>8</sup>.

2. El tema que nos ocupa, la discriminación como lesión, ataque, perjuicio causado a la persona humana, desconocimiento de sus derechos a la libertad, a la igualdad y a la dignidad, se relaciona en la hora presente con los Derechos Humanos, Los Derechos Fundamentales de toda persona, nacidos de su condición de tal<sup>9</sup>.

Los derechos humanos son el “bastión protector de la dignidad del hombre, de todo hombre”<sup>10</sup>. Para un sector son el resultado de una “conquista frente a la burguesía”; para otro, en la vereda de enfrente, el logro de los derechos por los que de siempre venía luchando la burguesía, desde su aparición como clase a comienzos del siglo XVII; una visión intermedia destacada, que se debe distinguir: la burguesía luchó por los derechos a la vida, la libertad y la propiedad; mientras que las clases proleta-

---

<sup>5</sup> J. C. RIVERA, “El Derecho Privado Constitucional”, en “Derecho Privado en la Reforma Constitucional”, Revista de Derecho Privado y Comunitario 7, Santa Fe Rubinzal y Culzoni, , 1994, p. 27 y ss.

<sup>6</sup> R.L. LORENZETTI, “El Derecho Privado como protección del individuo particular”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, ob. cit. 7, p. 54 y ss.

<sup>7</sup> E. A., ZANNONI, “La reforma constitucional y la protección de los intereses difusos”, en Revista citada, p. 101 y ss.; J. MOSSET ITURRASPE, “Los nuevos derechos”: ¿meras declaraciones o derechos operativos?”, en Revista citada, p. 87 y ss.

<sup>8</sup> El Derecho a no ser discriminado es uno de los derechos de la “persona humana”. Puede ser ubicado, por lo que ya hemos expresado, entre lo derechos “de la cuarta generación”: derecho a ser diferente” (Lorenzetti), aun cuando sabemos que tales derechos, derivaciones de la libertad, suelen interpretarse con un carácter mas limitado: homosexual, cambio de sexo, rechazo de tratamientos médicos, etc.

<sup>9</sup> J. MOSSET ITURRASPE, “El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, t. I, Santa Fe, 1992, p. 9 y ss.

<sup>10</sup> J. I. HÜBNER GALLO, *Los Derechos Humanos*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1998. El autor, Profesor de Filosofía del Derecho, se manifiesta contrario a la consideración de los Derechos Humanos, desde el ángulo de las ideologías, como una conquista de la Izquierda, resistida por las Derechas; habrá que recordar que para Bobbio lo caracterizante de la Izquierda, frente a las Derechas, es la consideración de la igualdad de todas las personas, como principio fundamente. La obra es de particular interés.

rias provocaron la incorporación a las Constituciones de los derechos económicos, sociales y culturales. Es innegable que “una constante y creciente presión de la conciencia universal provocó en los últimos cincuenta años, como medio de alcanzar la plena eficacia de tales derechos. De allí que se hable de las distintas “generaciones” y del “proceso de constitucionalización”<sup>11</sup>.

No faltan quienes consideran que la expresión “Derechos Humanos” encierra una gran vaguedad, puesto que todos los derechos son humanos, y, en su lugar propone hablar de “Derechos fundamentales”<sup>12</sup>.

Con la expresión “Derechos Fundamentales” se busca destacar su eminente jerarquía. Ello no quita que restaría “emprender la tarea de esclarecer tanto en qué consiste dicha fundamentalidad como cuáles serían los derechos que quedarían comprendidos bajo tal denominación”.

Como no podemos detenernos en las múltiples y apasionantes cuestiones que tales derechos, Humanos o Fundamentales plantean, nos limitamos a señalar: 1. que aunque el hombre sea el mismo en todo el globo, la faz de la tierra, cada región tiene su particular visión y de ahí que,

---

<sup>11</sup> Hay consenso en que el término Derechos Humanos se introduce en la escena internacional con la creación de las Naciones Unidas. Los Derechos Humanos de la Primera Generación son: los que apuntan a la protección de los derechos civiles y las libertades públicas. Derechos a la seguridad y a la integridad física y moral de la persona humana. Y los derechos políticos, tales como el derecho a la ciudadanía y a la participación democrática en la vida política del estado. Su punto de partida es la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y de ciudadano, en Francia, en 1787; los de la Segunda Generación permiten al individuo colocarse en condiciones de igualdad frente al Estado, para reclamar los derechos económicos, sociales y culturales. Surgen después de la primera guerra mundial y son consagrados en la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” de 1948, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas; los de la Tercera Generación con “los derechos colectivos de la humanidad”; derechos difusos que pertenecen a personas indeterminadas y a diversos grupos sociales distribuidos en varios sectores: ambiente, consumo, patrimonio universal, etc.; nos hemos referido ya a un derecho considerado de la Cuarta Generación: el derecho a ser diferente.

<sup>12</sup> Son excelentes los trabajos contenidos en la obra selectiva: *Derechos Humanos y constitución en Iberoamérica*, coordinados por Palomino Manchego-Remotti Carbonell, Lima, Edic. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002, obra dedicada a Germán Bidart Campos, destacamos entre ellos: N.P. SAGÜÉS, “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional; y de Pedro J. FRÍAS, “Los derechos humanos en el contexto cultural de Latioamérica”, ps. 33 y ss. y 79 y ss.

respondiendo a ella y a las necesidades de los “hombres de la región”, las Constituciones de Iberoamérica plasman los que consideran adecuados ; 2. que de poco o nada servirían estas aclaraciones constitucionales si no estuvieran acompañadas o apoyadas en medidas procesales destinadas a efectivizar o cumplir esos derechos fundamentales, frente a su violación o amenaza de violación; de ahí las denominadas “acciones positivas” o “medidas de cumplimiento” o “Writ of Madamus” y “Writ of Injunction”, éstas dos últimas del derecho anglosajón<sup>13</sup>; y, 3. Habida cuenta de la enorme relevancia que en esta materia tienen los tratados, convenciones o acuerdos internacionales, destacar la “promoción y protección internacionales de los derechos humanos”<sup>14</sup>.

No pueden caber dudas acerca de que entre los Derechos Humanos o Derechos Fundamentales, sea de la Primera Generación o sea de la Cuarta, debemos ubicar el derecho a “no ser discriminado”, que le asiste a todas las personas, cualquiera sea la “diferencia” que a juicio de terceros puedan observarse en ella.

Interesa destacar, así mismo, que en el Derecho de Daños, el perjuicio por discriminación injusta o arbitraria no puede ubicarse ya, en estos tiempos y con la evolución operada, como un “daño moral” mas -dolor por la discriminación padecida - sino que asume la categoría de un “daño nuevo”, de aquellos que las corrientes filosóficas: el Personalismo y el Tridimensionalismo y la Filosofía de la Existencia - Sartre, Jaspers, Marcel, Zubiri, Heidegger, Mounier y otros, - nos han posibilitado “descubrir”.

Es verdad que el ser humano siempre que fue discriminado sufrió semejante arbitrariedad injusta, pero, como ha ocurrido con la intimidad, la vida de relación, el proyecto de vida, su recepción autónoma, como un “nuevo daño”, distinto, es una conquista de tiempos recientes<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> E. REY CANTOR - M. C. RODRÍGUEZ R., *Acción de cumplimiento y Derechos Humanos*, Bogotá-Colombia, Tesis, 1997.

<sup>14</sup> S. ALBANESE, *Promoción y protección internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, La Rocca, 1992 y bibliografía allí citada. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Libertad, Constitución y Derechos Humanos*, Lima, San Marcos, 2003.

<sup>15</sup> Es una de las enseñanzas fundamentales de Carlos Fernández Sessarego, el eminente jurista peruano cuyas obras, algunas de ellas, hemos recordado ya. Massini Correas, A.I., “Los Derechos Humanos. Paradoja de nuestro tiempo”, trabajo interesante y polémico sobre una introducción crítica al pensamiento actual, acerca de los derechos humanos, Santiago, Chile 1989.

### 3. La discriminación y el principio de Igualdad. Las desigualdades nocivas. Las garantías

3. Si bien es cierto que los Derechos Fundamentales se encuentran íntimamente relacionados, estrechamente vinculados, al punto de poderse debatir si tales o cuales derechos se desprenden de esta o de aquel “principio” o fundamento, nos parecед que en lo que hace al derecho a la no discriminación se debe partir, para su mejor y mas plena contemplación, del derecho o principio de Igualdad: todos los hombres son iguales y, por ende, titulares de similares prerrogativas o poderes.

Sobre la “igualdad” comenzamos a ocuparnos en el parágrafo primero; volvemos ahora para destacar, en seguimiento de Quiroga Lavié<sup>16</sup>, que se trata a la vez de un “derecho fundamental” y de una “garantía”: “aunque las garantías no tengan una única significación nadie duda de que su función constitucional se encuentra inescindiblemente unida a los derechos que procuran proteger, asegurar, efectivizar. Son los medios o instrumentos, mas o menos amplios que complementan a los derechos, con los cuales deben conformar un todos homogéneo y coherente: el derecho es el protegido y la garantía la protectora”, esta inescindible vinculación entre derecho y garantía, sumada al multívoco significado de los términos determina que, al menos a nivel semántico, la distinción entre ellos no aparezca del todo nítida y que frecuentemente se los utilice en forma fungible o intercambiable”. Y agrega Quiroga Lavié que “señalado paralelismo entre derecho y garantía explica que así como se habla de una periodización o evolución en el reconocimiento de los derechos humanos a través de “generaciones” de ellos, también corresponde señalar correlativos momentos en el desarrollo de las “garantías”<sup>17</sup>. Morello alu-

---

<sup>16</sup> QUIROGA LAVIÉ y otros, *Derecho constitucional argentino*, ob. cit., t. I, p. 359 y ss.

<sup>17</sup> En orden a las garantías, “término polisémico”, se distinguen cuatro acepciones o alcances: 1. La “estrictísima”, que comprende sólo las acciones judiciales sumarísimas: amparo, habeas data y habeas corpus; 2. “estricta”, la abarca, además de las anteriores, toda las acciones y procedimientos judiciales protectores de los derechos: excepción de inconstitucionalidad, recurso extraordinario federal y el debido proceso legal adjetivo; 3. “amplia”: incluye también las notas típicas de la forma republicana (soberanía del pueblo, división de poderes, independencia del Poder Judicial, electividad y renovación de cargos públicos, igualdad, legalidad); 4. “amplísima”: comprensiva de todas la anteriores, incluso alcanzando a la constitución escrita y rígida con su declaración de derechos.

de a una “nueva edad”, caracterizada por “una identidad definitiva. La de su edad madura”, que está dada por la reforma de 1994 a la C.N., con sus nuevos contenidos explícitos, y por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Se habla de una “evolución garantista”, de “desarrollo progresivo en su contenido”.

Y la igualdad, como derecho fundamental y como garantía, “no es un dato o calidad que integra ‘per se’ la realidad humana. Es una aspiración permanente que consiste en una relación entre sujetos que, descriptivamente, aparece indeterminada, pues en sí mismo nada dice entre quiénes y en qué”<sup>18</sup>. En palabras de Bobbio, “hablar de igualdad supone contestar dos preguntas: entre quiénes y en qué”. El tema es apasionante en la medida en que “se opera en una sociedad francamente desigualitaria”, en la cual buena parte de la población no tiene acceso a los bienes mas necesarios: alimento, vivienda, trabajo, salud, justicia, seguridad. La igualdad se distingue en: a. Formal: igualdad jurídica e igualdad ante la ley. Se identifica con el constitucionalismo liberal-burgués; y, b. Igualdad sustancial: igualdad de oportunidades e igualdad fáctica. Esta igualdad se identifica con el constitucionalismo social, con el Estado Social de Derecho y Justicia<sup>19</sup>.

Expondremos sintéticamente la cuestión, en seguimiento de la obra de Quiroga Lavié: “Diversas manifestaciones de la Igualdad:

### 1.1. Igual jurídica (abolición de la esclavitud)<sup>20</sup>;

---

<sup>18</sup> Puede consultarse: “Norberto Bobbio. Estudios en su Homenaje”, Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, N° 30, 1987. G.J. BIDART CAMPOS, *Para vivir la Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 1984; A. GARCÍA LEMA, *La reforma por dentro*, Buenos Aires, Planeta, 1994; H. D. ROSATTI y otros, *La reforma de la Constitución*, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1994; R. ALEXI, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, J. C. RIVERA, *Estudios de Derecho Privado*, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2006, p. 741 y ss.; J. C. MEDINA ROMERO, “Los Derechos Humanos y su expresión filosófica”, en “Global. Apuntes jurídicos”, año 5, N° 4, Mendoza 2001, p. 65.

<sup>19</sup> C. F. COLAULTI, *Derechos Humanos Constitucionales*, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1999, p. 19 y ss.; E.P. JIMÉNEZ, “Sistema jurídico y derechos humanos; en El Derecho, 17/10/01, p. 1 y ss.

<sup>20</sup> El art. 14 de la C.N.. alude a los derechos civiles. El 15 incluye la cláusula abolicionista. Al decir de Quiroga Lavié: “la abolición constitucional de la esclavitud es la

- 1.2. Igualdad ante la ley y la no discriminación<sup>21</sup>;
- 1.3. No discriminación<sup>22</sup>;
- 1.4. Igualdad de origen y de rango social<sup>23</sup>;

---

lógica consecuencia del reconocimiento de que un Estado de Derecho funciona sólo con hombres libres (personas sujetos de derecho, con capacidad jurídica, en oposición al esclavo cometido al dominio absoluto del amo y degradado a la condición de cosa semoviente o bestia)". Sin embargo, para llegar a una completa o total abolición hubo de recorrerse un largo camino. La atracción de la mano de obra "barata" era y es muy grande y fuerte. QUIROGA LAVIÉ, *ob. cit.*, p. 263 y ss. Con razón afirma Colautti -*ob. cit.*, p. 27- que la pena de muerte es "el atentado mas grave contra la integridad física". En los EE.UU. se la relaciona con la discriminación a las personas de raza negra.

<sup>21</sup> Distintos instrumentos internacionales de derechos humanos receptan esta igualdad: de "todos los seres humanos" y en "dignidad y derechos". La prohibición de la discriminación aparece como una derivación de la igualdad ante la ley. Esta igualdad opera frente al Estado, pero también los particulares deben respetar la garantía de la igualdad. Ha dicho la CSJN que no cualquier persona puede plantear ante la justicia una supuesta desigualdad con base en el art. 16 de la C.N.; que sólo pueden hacerlos "sus beneficiarios", los discriminados, directos, indirectos o reflejos, el afectado; las asociaciones y el Defensor del Pueblo. La formula clásica (Bobbio): "se debe tratar a los iguales de igual modo y a los desiguales de modo desigual", implica sentar un criterio para discernir quienes son equiparables y quienes no, y qué situaciones son equivalentes y cuáles no". Por ello opina Quiroga Lavié que "si la igualdad ante la ley implica diferenciar a los diferentes, entonces es constitucional que la ley realice clasificaciones o categorizaciones para atender en forma diferente a los miembros de cada clase, siempre que no se incurra en diferenciaciones arbitrarias, carentes de fundamento suficiente". Se menciona la "identificación con el subprincipio de razonabilidad".

<sup>22</sup> La Convención Internacional sobre la "Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial", en su artículo 1ro. contiene una noción suficientemente descriptiva de la discriminación. "Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basadas en motivos (aquí alude solo a lo racial) que tenga por objeto o por resultado, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública". En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, luego de señalar la igualdad ante la ley, se añade: "sin distinción de raza, sexo, idioma, credo, ni otra alguna", art. 2º, in fine.

<sup>23</sup> Se considera una de las modalidades de la igualdad ante la ley; surge del art. 16 C.N., primera parte; ratifica lo dispuesto en la Asamblea del año XIII. Apunta a la formación de una "Democracia de Iguales", contra la que conspiran las enormes diferencias económicas entre las personas. "Ricos muy ricos y pobres muy pobres".

- 1.5. Igualdad demográfica<sup>24</sup>;
- 1.6. Igualdad electoral<sup>25</sup>;
- 1.7. Igualdad laboral<sup>26</sup>;
- 1.8. Igualdad tributaria<sup>27</sup>;
- 1.9. Igualdad ante la justicia<sup>28</sup>;
- 1.10. Igualdad de oportunidades o de chances<sup>29</sup>;

---

<sup>24</sup> La denominada “igualdad demográfica”, tiene que ver con la superación de las diferencias negativas con base en el lugar de origen de las personas: si nacidos en el país o fuera del mismo; nacionales o extranjeros. El tema tiene hoy enorme importancia en países como los EE.UU., respecto de los mexicanos, a los que se quiere apartar sobre la base, entre otras “defensas”, de un muro, España y Francia, respecto de los africanos del norte; Alemania con relación a los turcos, Israel acerca de los palestinos, etc., etc. Las normas de nuestra Constitución, arts. 14, 19, 20, 41 son de una particular generosidad al buscar borrar toda diferencia.

<sup>25</sup> Se suele denominar “sufragio igual”, art. 37, párrafo 1º, in fine C.N.. Comprende tanto la faz activa como la pasiva: elegir o ser elegido.

<sup>26</sup> Comprende tanto la “igualdad en los empleos públicos” como la igualdad laboral en la actividad privada. “Sin otra condición que la idoneidad”. Esto impide tanto al Estado como a los particulares dictar reglamentos o celebrar acuerdos discriminatorios, por las razones que fueren. No obsta, empero, a la fijación de “condiciones razonables”. Se vincula con la estabilidad y la igualdad en el salario.

<sup>27</sup> La igualdad es la base del impuesto, art. 16 C.N.. Las contribuciones deber ser equitativas y razonables. Proporcionalmente iguales las contribuciones directas, en todo el territorio, arts. 16, 4, 75 inc. 2º.

<sup>28</sup> Comprende las prohibiciones respecto de los “fueros personales y de las comisiones especiales”. El art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y los cortes de justicia”. Quedan separados los tribunales o jueces eclesiásticos, los tribunales profesionales, de médicos, abogados, etc., para juzgar a los pares; los “fueros militares” plantean problemas muy particulares y de singular conflictividad - QUIROGA LAVIÉ, ob. cit., T. I, p. 384 y ss.

<sup>29</sup> Con esta igualdad de oportunidades o de chances se procura la equiparación en el “punto de partida” en todas las esferas: civil política, económica, cultural y social, en una “sociedad cruzada por una profunda desigualdad entre sus miembros”. Como una conclusión, la igualdad ante la ley se aplica por igual al “poderoso” y al “débil o vulnerable”; es necesario que esta “igualdad sustancial” privilegie a éstos últimos, los “débiles” en detrimento de los poderosos; “implica la necesidad de favorecer jurídicamente a los mas desprotegidos de hecho y, correlativamente, de desfavorecer jurídicamente a los mas beneficiados de hecho”. Una norma de éste tipo la encontramos en el art. 954 del Cód. Civil, en tema de lesión, cuando se “favorece” en la contratación, posibilitando la alega-

### 1.11. Igualdad fáctica<sup>30</sup>;

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha acuñado una definición que abarca tanto el concepto de igualdad como el de no discriminación: “La igualdad importa la obligación de tratar de un modo igual a los iguales en iguales circunstancias, pero no impide que la legislación contemple de manera distinta situaciones que considera diferentes, con tal que el criterio de distinción no sea arbitrario o responda a un propósito de hostilidad a personas o grupos de personas determinados”<sup>31</sup>.

Esto implica que<sup>32</sup>:

La distinción no sea arbitraria, es decir, que se refiera a criterios objetivos;

Que la distinción tenga relación con los propósitos de la ley; y,

Que la distinción incluya en sustancia a todos los que están en una situación similar respecto de la ley<sup>33</sup>.

---

ción de nulidad, a los “necesitados”, “ligeros” o “inexpertos”. La igualdad de oportunidades aparece en el art. 75, inc. 2do., párrafo 3ro. y las “medidas de acción positivas”, medidas especiales, de carácter temporal, para acelerar la igualdad de facto, tomadas por el Estado, en el art. 75, inc. 23, párrafo 1ro. de la C.N.

<sup>30</sup> Es la manifestación máxima de la igualdad sustancial. No se conforma con “la igualdad de oportunidades”, o de “punto de partida”, sino que busca también la equiparación en los resultados; no se refiere sólo al acceso sino también a la permanencia. Alude a ella la norma del art. 75, inc. 23, párrafo 1º, de la C.N., cuando menciona “que las medidas de acciones positivas” que debe adoptar el Congreso deben garantizar también “el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos”. Con razón observa Quiroga Lavié, en seguimiento de Bobbio: “Fuera de la utopía nadie sostiene la igualdad fáctica absoluta (reaccionarias o conservadoras) aparecen las posturas progresistas o niveladoras con todos sus matices (desde reformistas hasta revolucionarios). Además de estos inconvenientes interpretativos, al desafiar los intereses existentes cabe contabilizar las resistencias de los feroces poderes económicos, incompatibles con éste mensaje ahora constitucionalizado”.

<sup>31</sup> Caso “Roque Carranza”, Fallos: 229:428, 1954.

<sup>32</sup> C.E. COLAUTTI, ob. cit. p. 22 y ss.

<sup>33</sup> En las doctrinas sobre estos temas se alude a las “diferenciaciones positivas” requeridas por el principio de igualdad y se distingue de las situaciones discriminatorias cuya característica es la contrariedad con el derecho. En los EE.UU. se mencionan las “teorías del estigma” o tratamientos inferiorizantes. El estigma es visto como un daño injusto. De ahí las denominadas “perspectivas de anti-diferenciación y de anti-subordinación.

#### 4. La discriminación y la dignidad humana

4. Unamuno enfatizaba sobre “el suelo firme de nuestro ser”, lo que todos tenemos de común, la humanidad, la verdadera humanidad, la cualidad de ser hombres...<sup>34</sup>; y León XIII precisaba que “la igualdad de los hombres consiste en que teniendo todos la misma naturaleza, están llamados todos a la misma eminente dignidad de hijos de Dios”<sup>35</sup>.

Ser persona es un rango, una categoría que no tiene los seres irracionales y la dignidad de la persona es el rango de la persona como tal<sup>36</sup>. Para las Partidas, “la persona es el rango del home es la mas noble cosa del mundo”. Y precisamente por ésta supremacía del hombre en el mundo, todos los hombres son iguales en dignidad. “Nadie es mas que nadie”, afirma un proverbio de Castilla, muy recordado.

Es precisamente por esa dignidad propia de la condición humana - cosa sagrada - que no se puede admitir discriminación alguna, sea por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias. Y esa dignidad es independiente de la edad, inteligencia y salud mental; de la situación en que se encuentre la persona y de las cualidades, así como de la conducta y comportamiento.

Con razón expresa González Pérez que “por muy bajo que caiga el hombre, por grande que sea la degradación, seguirá siendo persona, con la dignidad que ello comporta”<sup>37</sup>.

Se detiene el autor español -González Pérez- en la consideración de la dignidad de la persona humana en:

- 1.1. el ordenamiento constitucional; como “persona”; como Derecho Fundamental;
- 1.2. en el Derecho Privado, de las obligaciones, contratos y derecho de daños;

---

<sup>34</sup> M. UNAMUNO, “La dignidad humana”, en *Obras Completas*, Madrid, 1996, t. I, p. 972.

<sup>35</sup> LEÓN XIII, en *Doctrina Pontificia, Documentos Sociales*, Madrid, 1959, p. 184.

<sup>36</sup> ANTONIO MACHADO, *Juan de Mairena, sentencias, donaires, apuntes y recuerdos de un profesor apócrifo*, Madrid, Alianza, 1981, p. 90.

<sup>37</sup> J. GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona*, Madrid, Civitas, 1986, p. 24 y ss.

- 1.3. en el Derecho de Familia y de sucesiones;
- 1.4. en las relaciones laborales;
- 1.5. en el derecho del consumidor y usuario;
- 1.6. en el derecho a un medio-ambiente sano;
- 1.7. en el derecho administrativo;
- 1.8. en el derecho procesal;
- 1.9. en el derecho penal.

Es interesante observar que la doctrina especializada no suele hablar de un “derecho a la dignidad”, sino que, mas bien, considera que el “derecho a la vida”, primero de los denominados “derechos personalísimos”, supone “la tutela” de una “existencia digna”, tanto en lo material como en lo espiritual<sup>38</sup>.

## **5. La discriminación y el principio de libertad. Las libertades fundamentales**

5. La trilogía se completa con el derecho a la libertad, que entendida como “libertad orientada por la dignidad de la persona”, da sentido a la fórmula tradicional “de hacer u omitir lo que no quiera”. La dignidad de la persona y su libertad no aparecen garantizadas si el individuo es humillado, discriminado, perseguido o despreciado<sup>39</sup>. Sin embargo, es verdad que la persona humana tiene que aceptar aquellas restricciones de su libertad de acción que el legislador traza para el cultivo y promoción de la convivencia social, dentro de los límites de lo exigible, de acuerdo con el estado de cosas dado y siempre que se mantenga la independencia de la persona<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> QUIROGA LAVIÉ, ob. cit., p. 138.

<sup>39</sup> Igualdad, dignidad y libertad son incompatibles con todo tipo de discriminación, por la razón o motivo que fuere, provenga del Estado o de los privados, sea directa o indirecta.

<sup>40</sup> R. ALEXI, ob., cit., p. 346 y ss. Son muy interesantes las apreciaciones del autor, eminente jurista y filósofo alemán, acerca de los derechos fundamentales a la igualdad y a la libertad.

Con la intención de mostrar un abanico de libertades, relacionadas con la no discriminación o privación arbitraria de todas o de algunas de ellas, Colautti hace las siguientes distinciones:

- 1.1. las libertades relacionadas con la soberanía sobre el propio cuerpo; allí aparece la eutanasia, la negativa a someterse a tratamientos, etc.<sup>41</sup>;
- 1.2. las libertades relacionadas con el respeto a la integridad física<sup>42</sup>;
- 1.3. las libertades que emanan de la denominada “libertad personal”<sup>43</sup>;
- 1.4. la libertad religiosa, vinculada a la libertad de conciencia y a las acciones privadas<sup>44</sup>;
- 1.5. la libertad de enseñar y de aprender; la escuela pública y privada<sup>45</sup>;
- 1.6. la libertad de asociación y la libertad sindical; los fines de la asociación; la colegiación de los profesionales; los sindicatos cerrados; los partidos políticos, etc.<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> COLAUTTI, ob. cit., p. 43 y ss. Además de: “la organización de la propia muerte, la libertad de procreación. La esterilización, la reproducción asistida, las madres portadoras, el rechazo de la procreación y el muy debatido tema del aborto.

<sup>42</sup> Con las referencias a la tortura, la interdicción de las personas o tratos inhumanos o degradantes, la no aplicación del concepto de obediencia debida y la prueba de confesión en el ámbito penal.

<sup>43</sup> Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable; el arresto; orden de autoridad competente; los arrestos dispuestos por las Cámaras del Congreso; por tribunales municipales.

<sup>44</sup> Es una de las causas de discriminación mas comunes en Latinoamérica y en nuestro país: el culto, el Estado confesional y el estado laico; la Declaración sobre la Eliminación de todas la formas de Discriminación Religiosa.

<sup>45</sup> Las normas constitucionales: arts. 5, 25, 75, inc. 18, el inc. 19. El Pacto de San José de Costa Rica, art. 12, 4; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 18, 4; el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 13,3.

<sup>46</sup> El derecho a asociarse libremente con fines útiles a tenido una reciente manifestación en la causa promovida por la Asociación que tiene como fin luchar para que el Estado y la Sociedad no discriminen al travestismo como una identidad propia. El primer fallo de la CSJN se dictó en 1991 en la causa; “Comunidad Homosexual Argentina c/ Inspección General de Justicia” -en J.A. 1992-I-915- y allí la Corte rechazó la demanda y denegó el pedido de otorgamiento de personería jurídica para la Asociación; el segundo fallo, en sentido contrario, se dictó en los autos: “Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual”, en 2007. Pueden consultarse, entre otros muchos: *El bien común, asociarse con fines utiles y la existencia de las asociaciones civiles*, de J.M. CUA, L.L. 9.II.2007, p. 1 y ss.; L.J. CASAS-A.M. ESPINDOLA, “Derecho de Asociación y ‘Bien Común’: a propósito del fallo ‘Alitt’”, en L.L. 5.II, 2007, p. 6 y ss.

## **6. Diferenciación legítima e ilegítima. Trato diferente no es sinónimo de trato discriminatorio**

6.1. La “diferenciación”, de la cual nos hemos ocupado aunque someramente, está en la base de la discriminación o diferenciación negativa o injusta, arbitraria o irracional. Pero hemos visto que el ordenamiento jurídico diferencia en múltiples circunstancias y que semejantes distinciones pueden ser positivas o necesarias en un Estado de Derecho y de Justicia.

Solemos decir que el Derecho, como la religión, tiene sus preferidos -y por ende, sus preteridos- y en que son tales los débiles, los vulnerables, los necesitados y los inexpertos.

No obstante lo dicho, acerca de la diferenciación como un quehacer corriente del ordenamiento jurídico, se ha planteado el debate, en particular en los EE.UU. acerca de la inconveniencia o reprobación de “todo tratamiento diferenciado”, sea éste “perjudicial” o “beneficioso”, para uno u ambos grupos, “a favor de quien sea”, con el argumento de la necesaria “neutralidad” de las medidas tomadas por el Estado o por los particulares, por individuos o instituciones. Los corifesos de semejante criterio, que podemos calificar como “liberal” o como “individualista”, opuestos a cualquier medida de diferenciación y, por tanto de “protección” -se denominan “acciones positivas” o de otra manera- califican a tales medidas como una especie de “derecho especial” o de minerías, que quiebra la igualdad ante la ley y crea verdaderos privilegios.

Otro sector, desde una concepción diferente, ve en ésta postura una adhesión a la “igualdad formal”, generadora de un “derecho a la indiferencia”; aunque se le resalte con los atributos de “imparcialidad”, “objetividad” y “universalidad”; se concluye que apunta, con la aludida indiferencia, a concretar una visión del mundo individualista y “meritocrática”<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Casas y Espíndola, en el trabajo antes citado, al aludir a: “El derecho a ser diferente. Modernidad y postmodernidad”, mencionan que “la modernidad con la Ilustración concibió un sujeto transhistórico y transcultural.... La post modernidad, en cambio, no piensa en un sujeto universal y libre sino, por el contrario, en una multiplicidad de sujetos relativos, ligados a contextos históricos y culturales, al tiempo que pone de manifiesto que el sujeto de la Ilustración no fue sino un espejismo, una mera ilusión etnocéntrica”.

## 7. La discriminación supone distinción, exclusión, restricción o preferencia injusta o perjudicial. Los Bancos de Datos

7. En el contexto de la postmodernidad -nos dicen Casas y Espíndola, con citas de Fariñas Dulce<sup>48</sup>, Gelli<sup>49</sup> y Ruiz<sup>50</sup>- “comienza a cobrar una significación decisiva la noción de diferencia. Si el sujeto abstracto de la modernidad para garantizar su autonomía requería de la igualdad, el sujeto situado de la postmodernidad, para hacerlo, necesita de la diferencia. Diferencia que no se constituye en una relación de oposición con la igualdad (cuyo opuesto es la desigualdad) sino de complementariedad, en la medida en que se manifiesta como un sentido profundizado de la misma: la igualdad entre los diferentes conduce a la desigualdad, sólo la diferencia permite que los diferentes alcancen la igualdad”.

Y continúan diciendo: “La diferencia que se instala en la postmodernidad reclamando ser tutelada, viabiliza las demandas que se articulan en las sociedades plurales y complejas de las democracias actuales que constituyen el sustrato desde el cual emerge la postmodernidad misma como fenómeno. Si se piensa el proceso apuntado desde el mundo del derecho es que puede considerarse que del mismo modo que la igualdad fue el valor jurídico de la modernidad, la diferencia es el de la postmodernidad”. Y concluyen: “La gran tarea de los jueces consiste en renunciar a las repetidas formulaciones abstractas de los derechos, y a la comodidad de creerse neutrales, mas allá de los dramas de quienes están sometidos a su jurisdicción, y a atreverse a ser otros y a reconocer la diversidad de los demás”<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> M.J. FARIÑAS DULCE, “Ciudadanía Universal v. Ciudadanía fragmentada”, en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derechos, n° 2, 1999.

<sup>49</sup> M.A. GELLI, “Los nuevos derechos en el paradigma constitucional de 1994”, en L.L. 1995-C-1149 y ss.

<sup>50</sup> A.E.C. RUIZ, *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2001, p. 34 y ss.

<sup>51</sup> De ahí que hayamos apuntado, antes de ahora, que el derecho “a ser diferente” es uno de los de cuarta generación, fundamenta en los tiempos modernos o postmodernos, los actuales. En la diferencia de Lorenzetti, en la causa: “Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin fines de lucro - filial Córdoba c/ Estado Nacional”, resuelta por la CSJN con fecha 31/10/06, se lee: “No se trata sólo del respeto a las acciones realizadas en privado,

Diferencias sí, discriminación no; distinguir para beneficiar a los postergados o sometidos, de acuerdo; diferenciar pero manteniendo los “privilegios”, de ninguna manera.

Los “bancos de datos” pueden ser causa o base de una discriminación, sea en razón de los “datos sensibles” que allí se contienen -sobre nacionalidad, estado civil, creencias, etc.- ya sea al mantener situaciones perjudiciales, como lo son las relativas a incumplimientos contractuales o insolvencia, sin dar cabida a hechos que importan la superación de tales estado de cosas<sup>52</sup>.

## **8. El “menoscabo”, la “subordinación” o directamente el “agravio” al honor, imagen o buen nombre, como daños injustos**

8. Si bien en teoría es fácil distinguir el daño por discriminación de otros daños, como los perjuicios causados al buen nombre y honor, o a la imagen, o a la identidad personal<sup>53</sup>, en la realidad las diferenciaciones injustas o arbitrarias, que implican subordinación o menoscabo, alcanzan por eco o resonancia a aquellos otros bienes o derechos, que el ordenamiento jurídico tiende a salvaguardar.

---

sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea. Este poderoso reconocimiento de la libertad personal significa que toda limitación es de interpretación estricta y quien la invoca debe demostrar que hay una restricción razonable y fundada en la legalidad constitucional”. Puede consultarse la nota de J. SCOLA, “¿Derecho a la libre elección de estilos de vida o derecho a la vida y salud de los argentinos”, en E.D. 10-V.07, p. 1 y ss.

<sup>52</sup> H.P. IRIBARNE, *De los daños a la persona*, Buenos Aires, Ediar, 1993; C. GHERSI, “Los Derechos Personalísimos en la posmodernidad”, en *Derechos y Garantías en el siglo XXI*, obra colectiva, directores Kemelmajer de Carlucci-López Cabana, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1999, p. 163 y ss.

<sup>53</sup> “Honor, imagen e intimidad”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2006-2, edic. Rubinzal y Culzoni, contiene una serie de trabajos sobre estos temas y relacionados; J. C. RIVERA, “Responsabilidad Civil por daños a los derechos de la personalidad”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 1, p. 41 y ss.

Es tal vez por éstas razones que el derecho a la no discriminación, con su correlativo derecho al resarcimiento por discriminación, es un tema muy reciente, en la doctrina autoral y judicial<sup>54</sup>.

## **9. La antidiscriminación como un asunto de civilización**

9. Quien discrimina evidencia prejuicios, preconceptos sobre tales o cuales preferencias o aptitudes, desprecio hacia la persona humana, su semejante, igual en dignidad y derechos.

La discriminación es, por tanto, un signo de falta de educación, cultura y desarrollo. Una muestra de salvajismo.

Mary Burton, dirigente de derechos civiles, líder de la lucha contra el racismo en Sudáfrica, cree “que la exclusión social y económica debe ser enfrentada con la misma energía que fue necesaria para terminar con las dictaduras”<sup>55</sup>. Y agrega: “los privilegiados no podemos vivir bien a costa de los que sufren”.

El principio de igualdad está llamado, en las sociedades democráticas, a combatir la discriminación.

## **10. La discriminación como un asunto de “barbarie”, “prejuicio”, “primitivismo” o “desprecio” a seres humanos**

10. Y el afianzamiento del derecho a la no discriminación requiere luchar tanto contra la discriminación directa, aparente o visible, como contra la indirecta, resultante del impacto diferenciado de medidas aparentemente neutras o desprovistos de propósitos discriminatorios.

---

<sup>54</sup> Sobre la discriminación a los jóvenes, el trabajo de A.J. LIBRANDI, “El daño social o individual a los jóvenes. Marginalidad o imputación (Un abordaje desde los derechos humanos), en “Daños”, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 2000, p. 219 y ss.

<sup>55</sup> Diario “Clarín”, 22 de abril de 2007, p. 36.

Empero, ello requiere caer en la cuenta, aceptar sin reservas, que vivimos en un país y dentro de una sociedad que discrimina.

No engañarnos pensando que tales extremos o injusticias sólo existen en otros países y sociedades.

El combate a la discriminación es el camino para la construcción de una sociedad democrática de verdad, no sólo en las declaraciones o discursos o en la letra de las leyes <sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> M. BOSSUYT, *L'Interdiction de la Discrimination dans le Droit International des Droits de L'Home*, Bruxelles, Bruylant, 1976; G. CALVES, *L’Affirmative Actino dans la jurisprudence de Cour Suprême de EE.UU. Le probleme de la discrimination “positivo”*, París, L.G.D.J., 1998; E. T. BIANCHI, “Mujer, varón frustrado y otros absurdos”, en *La Nación*, 2007.

# DIVERSIDAD CULTURAL Y DERECHOS HUMANOS

LILY R. FLAH Y ROSANA I. AGUILAR

**Sumario:** I. Introducción. II. Marco constitucional. a. El art. 16. b. El nuevo art. 75 inc. 17. 1. “Pueblos indígenas argentinos”. 2. Preexistencia. 3. Etnicidad. 4. Cultura. 5. El derecho al respeto a su identidad. 6. Costumbre y derechos humanos. a. Los hechos del caso. b. La defensa. c. El fallo. d. La disidencia. e. Los derechos humanos en el orden internacional. f. Relativismo cultural y universalidad de los derechos humanos. g. Derecho comparado. III. La tierra como parte del derecho a la identidad. a. Antecedentes. b. La reforma constitucional. IV. Conclusiones.

## I. Introducción

La República Argentina ha sido un Estado multiétnico y multicultural desde su nacimiento. Sin embargo, tal realidad no fue reconocida constitucionalmente por más de un siglo por cuanto se creía que se trataba de una situación “temporal”, que debía ser “superada” para lograr la tan ansiada homogeneidad de la sociedad estatal.

En efecto, en lo que hoy es territorio del Estado Argentino las relaciones con los pueblos indígenas fueron variando según los momentos históricos.

Después de la ocupación violenta de sus territorios, sobrevino una etapa de colonización del noroeste y centro del país, en ambos casos con un reconocimiento de las poblaciones mediante pactos y tratados. En la mitad del siglo XIX el Estado extendió sus fronteras con campañas militares de exterminio y sujeción de toda la sociedad indígena.

Así fue plasmado en la Constitución Nacional de 1853, cuyo art. 67 inc.15 establecía “*proveer a la seguridad de las fronteras, conservar*

*el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo”*<sup>1</sup>.

Sobre estos hechos históricos se construyeron las bases de la discriminación racial, política, económica y cultural de los pueblos indígenas en Argentina.

Ya en el siglo XX se adoptaron mecanismos que impusieron la cultura hegemónica europizante, cuyo objetivo principal fue la asimilación y homogeneización a través de instituciones como la Iglesia, la escuela y el servicio militar.

Políticas de Estado que fueron sumamente eficaces, de modo tal que lograron insertarse en el imaginario colectivo de la sociedad argentina<sup>2</sup>.

Frente a ello, las comunidades indígenas argentinas lucharon por su supervivencia y la de su cultura, resistiendo la constante y sistemática violación de sus derechos y reclamando ser respetados por una sociedad que no advertía que negarlos, importaba desconocer una parte de sí misma<sup>3</sup>.

Recién con la reforma constitucional de 1994 se consagraron una serie de derechos especiales a favor de estos pueblos y de sus miembros, dando paso así a la conformación de un Estado argentino pluralista que considera la presencia de la diversidad en su interior como una realidad que enriquece al conjunto.

Dicha reforma ha venido a reflejar la nueva relación entre los pueblos indígenas y el Estado Federal, expresando, mediante ese reconocimiento, cuáles deben ser las bases de este nuevo relacionamiento<sup>4</sup>.

Relación que, conforme a esas nuevas pautas, deberá desarrollarse en un marco de diálogo intercultural basado en el respeto a la identidad de

---

<sup>1</sup> Para Alberdi, formado en el liberalismo iluminista, sólo existían “*tierras desiertas habitadas por indígenas*” que debían ser colonizadas (ver su proyecto, arts. 21 y 67 inc. 4).

<sup>2</sup> Ana Dominga Huentelaf, abogada mapuche, Werken; secretaria ejecutiva del Parlamento del Pueblo Mapuche de Río Negro, en el XV Encuentro Nacional sobre Discriminación, La Plata, octubre de 2008.

<sup>3</sup> Paulina R. CHIACCHIERA CASTRO, “La cuestión indígena en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1994/2008)”, revista jurídica L.L., suplemento “Constitucional”, del 9/9/08, p. 1 y ss..

<sup>4</sup> Eduardo R. HUALPA, “Las comunidades indígenas y los derechos de incidencia colectiva”, L.L. 2002-B-93.

estos pueblos. Esto implica el reconocimiento definitivo del pluralismo étnico como posibilidad de los individuos de identificarse a sí mismos y actuar como miembros de pueblos distintos aunque insertos en la comunidad nacional, identificación que deberá ser asumida y respetada no sólo por el Estado sino también por el conjunto de la sociedad, con consecuencias jurídicas válidas *erga omnes*. El respeto a la identidad de los Pueblos indígenas debe traducirse en normas que interpreten y reconozcan las particulares formas indígenas de entender el mundo en que habitamos y las expectativas que genera en esos pueblos la pertenencia al conjunto, para, de esta manera, establecer un marco de previsibilidad de las acciones positivas del estado y de las acciones de conflicto <sup>5</sup>.

## II. Marco constitucional

Las normas de nuestra Carta Magna -texto de 1994- directamente vinculadas con las comunidades indígenas son los arts. 16 y 75 incs. 17 y 19.

### *a. El art. 16*

Este artículo establece: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

Su confronte con el texto del nuevo art. 75 inc. 17- que consagra una serie de derechos especiales de los pueblos indígenas argentinos y de sus miembros- suscitó un debate doctrinario sobre la posible colisión de ambas normas.

---

<sup>5</sup> R. ALTABE; J. BRAUNSTEIN y J.A. GONZÁLEZ, “Derechos indígenas en la Argentina. Reflexiones sobre conceptos y lineamientos generales contenidos en el art.75 inc. 17 de la Constitución Nacional.”, E.D. 164-1193.

Para algunos<sup>6</sup>, todo el art. 75 inc. 17 -o su mayor parte- es violatorio del art. 16 porque consagra prerrogativas de sangre y de nacimiento – no derechos- de las que no goza ningún otro argentino. Según sostienen se ha maquillado con el nombre de igualdad lo que “es una desigualdad acabada y flagrante” y al admitirse diferencias jurídicas originadas en la diversidad de sangre y de nacimiento, se ha establecido una situación estática de desigualdad/igualdad ya que no hay movilidad social posible cuando el acceso a la condición diferenciadora proviene de la pertenencia a una raza.

Por otro lado, se postula que “el nuevo inciso no desvirtúa para nada lo que era verdad en el texto de la constitución histórica, pero es menester recordar que el actual alcance constitucional de la igualdad requiere especificar que en lo que una minoría no es igual al resto, todo cuanto tiene de diferente necesita, en reciprocidad, un trato también diferente, precisamente para que se cumpla al máximo aquello de que tratar iguales a quienes no son iguales no satisface a la igualdad sino que, al contrario, la lesiona<sup>7</sup>.”

El derecho a la igualdad tiene un “contenido real, histórico, sucesivo y progresivo”, en cuanto derecho personal, y no se trata por tanto de una igualdad formal, sino de “una igualdad real de oportunidades y de trato (ahora consignada en la letra de la Constitución reformada, en el inciso 23 del artículo 75)” que “...exige tratar de modo igual a quienes se hallan en igualdad de situación y de manera diferente a quienes se hallan en situación también distinta”, según doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>8</sup>.

Además, los avances de la doctrina privatista en el constitucionalismo explican que en los derechos personalísimos confluyen el derecho a la identidad y el derecho a la diferencia como dos aspectos del derecho a la igualdad. En efecto, ambos derechos se correlacionan en cuanto implican que se respete y resguarde lo que hay distinto en su “mismidad”.

---

<sup>6</sup> G. SEGOVIA y J. SEGOVIA, “La protección de los indígenas”, en: *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Mendoza, Depalma, , 1995, p. 341.

<sup>7</sup> Germán BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. VI, Buenos Aires, Ediar, p.377.

<sup>8</sup> Germán BIDART CAMPOS, “Los derechos de los pueblos indígenas argentinos”, E.D. 1996-B-205.

*b. El nuevo art. 75 inc. 17*

La Convención Constituyente reunida en Santa Fe sancionó, sin discurso, por voto unánime y aclamación, el texto del art. 75 inc. 17, contando en el recinto con la presencia de representantes de quince pueblos indígenas argentinos.

Según la nueva disposición legal corresponde al Congreso: “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y reglar la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar la participación de la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

*1. “Pueblos indígenas argentinos”*

Comienza este artículo reconociendo la preexistencia étnica y cultural de los “pueblos indígenas<sup>9</sup> argentinos”, incluyéndose éste último adjetivo con el objeto de disipar cualquier duda que pudiera originarse como consecuencia de la significación del término “pueblo” en el marco del derecho internacional<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Es sabido que, convencidos los descubridores de haber llegado a las Indias, se dio el nombre de “indios” a los aborígenes. Del mismo modo se designa a los habitantes de la India, pues la voz “hindú”, que a veces se emplea, denota como primera acepción la pertenencia a una de las religiones históricas de la región. Técnicamente es más exacta la palabra “indígenas”, de raíz latina, que significa “originario del país”. De ahí que el constituyente ha cambiado la calificación de “indios” del art.67 inc. 15, por indígenas (ver Roberto Antonio PUNTE, *Los indígenas argentinos en la reforma constitucional (art. 75 inc. 17)*).

<sup>10</sup> Ello ante lo dispuesto por la Resolución N° 1514 de la O.N.U. titulada: “Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales” establece que: “todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación: en virtud de

Cabe señalar que en Argentina, conforme la Encuesta Complementaria de Pueblos Indígenas (2004/2005), complementaria del Censo Nacional de Población, Hogares y Vivienda (2001) del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, existe una población de 383.132 habitantes que se reconoce y/o descende en primera generación de un pueblo indígena.

A diferencia de la ley nacional que sirve de antecedente al actual art. 75, inciso 17 de la Constitución <sup>11</sup>, éste retoma el sujeto de la normativa anterior, es decir, “pueblos indígenas argentinos”, que no deja de lado para la tipificación al conjunto de la cultura (usos, costumbres, instituciones, lenguas, etc.) como ocurre en aquélla que se limita a legislar sobre ellos sólo en aspectos operativos.

Sin duda, cuando la Constitución realiza el reconocimiento descripto de los pueblos indígenas argentinos remite a “aquellos grupos étnicos que se identifican como tales por descender de la población que habitaba el territorio nacional en la época de la conquista, de la colonización o de la organización nacional <sup>12</sup>.

## 2. *Preexistencia*

El reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural sugiere reflexiones del legislador que lo conducen a reconocer la existencia de instituciones aborígenes previas al nacimiento del Estado Nacional.

Al margen del evidente hecho histórico de que los pueblos indígenas vivían en lo que constituye el actual territorio argentino desde varios miles de años antes de la llegada de los españoles, los antecedentes de la historia institucional nos muestran claramente un trato con los indígenas a los que se les reconoce “status” jurídico propio como el de quien tiene capacidad de relacionarse en pie de igualdad y con pretendida eficacia jurídica.

---

este derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

<sup>11</sup> La ley 23.302 tipifica a la comunidad indígena como un conjunto de familias que se reconocen como indígenas y que son descendientes de poblaciones que habitaban el territorio argentino en la época de la conquista y la colonización”

<sup>12</sup> R. ALTABE, J. BRAUNSTEIN y J.A. GONZÁLEZ, “Derechos indígenas...”, ob. cit..

En efecto, el carácter nacional de los diferentes conjuntos étnicos indígenas fue reconocido desde el principio por el derecho indiano, lo que se hace evidente en los diversos tratados celebrados entre representantes de la Corona española y los indígenas durante la época colonial.

Existe en la historia institucional argentina, sobre todo en sus comienzos, el reconocimiento tanto de la identidad cultural de los pueblos indígenas como de su carácter de integrantes constitutivos de nuestro país. Dicho reconocimiento es evidente a partir del hecho de que muchas de las proclamas revolucionarias de 1810, las actas de la Asamblea del año 1813 y la Declaración de la Independencia fueron publicadas en algunas de las lenguas indígenas que se hablaban en el territorio del antiguo Virreinato.

Incluso se ha interpretado el original mandato constitucional al Congreso presente en el art. 67 inc. 15, que consistía en “conservar el trato pacífico con los indios”, como un reconocimiento explícito de los antiguos tratados de paz en un plano equivalente a los “pactos preexistentes” que fundan en su preámbulo la juridicidad misma de la Constitución. Aunque éste no fue el criterio prevaleciente, en especial a partir de la campaña militar de Julio A. Roca.

En tanto la Constitución es un hecho de carácter jurídico y político, el reconocimiento explícito de la preexistencia de los pueblos indígenas, que para ser congruente debe implicar necesariamente otros hechos del mismo carácter, se refiere sin duda a las “instituciones preexistentes que corresponden a dichos pueblos”. Lógicamente, por ser la Constitución un hecho jurídico-político, ese reconocimiento tiene eficacia y consecuencias jurídicas<sup>13</sup>.

### 3. *Etnicidad*

“Étnico” es lo perteneciente a una nación o raza<sup>14</sup> o en general a un grupo humano unido. La conciencia étnica puede hallarse en una combinación de factores como la religión, la lengua, etc. o en alguno.

---

<sup>13</sup> R. ALTABE, J. BRAUNSTEIN y J.A. GONZÁLEZ, “Derechos indígenas ...”, ob. cit..

<sup>14</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 15ª ed., 1925, p. 544.

La noción de etnicidad se refiere al grado de conformidad entre los miembros de una colectividad respecto a normas compartidas, en un concepto dinámico y remite a un orden clasificatorio en el que al menos intervienen dos elementos. Para que exista pertenencia étnica debe existir una colectividad y un acuerdo de sus miembros sobre lo que significa pertenecer a ella, lo que excluye una adscripción individual y requiere una actitud de conocimiento intersubjetiva.

En definitiva, a través del adjetivo “étnica” y del sustantivo “identidad” la Constitución reconoce que el sentimiento de pertenencia –conciencia étnica- de esos pueblos existía previamente a la formación del actual estado nacional, de las actuales fronteras geopolíticas y del actual ordenamiento jurídico.

Por otra parte, en razón de la preexistencia, se atribuye al Poder Legislativo la facultad de garantizar el respeto a esa identidad, lo que también implica un reconocimiento expreso de la misma, con rango constitucional y dotado de eficacia jurídica <sup>15</sup>.

#### 4. *Cultura*

También en la Constitución se reconoce como preexistente la pertenencia de los aborígenes argentinos a diferentes culturas.

Estrictamente la utilización de la palabra “cultura” en el texto constitucional involucra el reconocimiento de los diferentes sistemas de comunicación, conjunto de valores y significados que cada uno de los grupos humanos que preexistía en el territorio, ha compartido, adaptado y transmitido de generación en generación hasta la actualidad.

Puede afirmarse que la cultura es aprendida, permite al hombre adaptarse a su medio ambiente natural, es variable y se manifiesta en conjuntos de rasgos, instituciones, normas de pensamiento y objetos materiales.

Se considera así que en nuestro país, antes de su constitución, existieron diversos pueblos con tradiciones culturales diferentes entre sí y de la tradición europea occidental que es la que históricamente ha prevalecido en la Argentina.

---

<sup>15</sup> R. ALTABE, J. BRAUNSTEIN y J.A. GONZÁLEZ, “Derechos indígenas...”, ob. cit..

Según el texto constitucional, el Estado, a través del Poder Legislativo, se compromete a garantizar el respeto por cada una de las diferentes tradiciones, lo que involucra el amparo de un conjunto amplio de normativas diferentes. En efecto, el respeto por las culturas de los pueblos indígenas implica el de las diferentes instituciones y sistemas jurídicos incluidos en ellas, aunque los mismos, por tratarse de pueblos tradicionalmente ágrafos, no consten en forma escrita.

Ello así, en tanto toda cultura incluye también un sistema normativo que se concibe como un todo integrado en el que cada uno de sus elementos es de algún modo dependiente del resto, no pudiéndose modificar uno de ellos sin alterar los otros.

En esa línea de pensamiento, se sostiene que la cultura no puede ser vista como algo “puro, separado de otras influencias. Se afirma que presentar a las identidades y prácticas -en el caso, mayas- como enraizadas en la tradición y de alguna manera autónomas del Estado es ignorar la relación mutuamente constitutiva entre las prácticas estatales y las identidades indígenas. Se trata del diálogo constante de las culturas”<sup>16</sup>.

Simultáneamente, se reafirma que “la cultura debe ser considerada como el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y efectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”<sup>17</sup>.

De modo que la Constitución en su actual redacción aparece como un marco jurídico superior que intenta dar cabida a la normativa del más amplio espectro transcultural posible<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Susana ALBANESE, “Derecho de los pueblos indígenas”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local*, Abramovich, V.; Bovino, A.; Courtis, C. (compiladores), Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Editores del Puerto, 2007, p. 781.

<sup>17</sup> Preámbulo de la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural.

<sup>18</sup> R. ALTABE; J. BRAUNSTEIN y J.A. GONZÁLEZ, “Derechos indígenas ...”, ob. cit..

### 5. El derecho al respeto a su identidad

Este derecho ha sido definido como “*el derecho a un trato igualitario sin pérdida o renuncia de la identidad apuntada, o si se prefiere, a ser diferente de los demás para ser igual a sí mismo*”<sup>19</sup>.

Es evidente, como ya se señalara, que la igualdad real de oportunidades y de trato conlleva a reconocer al sujeto su derecho a ser diferente, pues sólo así estará en condiciones de igualarse –al menos en el punto de partida- a los demás.

Los derechos humanos o derechos fundamentales, surgieron como diferenciación del individuo frente al Estado, o respecto de otros. Son derivaciones de la libertad, la que permite comportarse en forma disímil a los demás individuos. Este derecho a comportarse en forma diferente no debe enmarcarse en un exagerado individualismo –contraproducente-, sino en un plano de interdependencias y de compatibilidad entre las decisiones colectivas y las individuales<sup>20</sup>.

De la conjunción del principio de igualdad con el de no discriminación resulta la protección de este valor, el derecho a la diferencia.

El derecho a la identidad tiene varias facetas pero puede ser conceptualizado aceptando que cada sujeto tiene un interés generalmente considerado como merecedor de tutela jurídica, de ser representado en su vida de relación con su verdadera identidad, tal como ésta es conocida o podría ser conocida en la realidad social.

El sujeto tiene interés en que sus manifestaciones exteriores sean fiel reflejo de su realidad personal, ya sea política, religiosa, ideológica, sexual, etc. Se advierte una vinculación intensa e inescindible entre el derecho a la identidad y lo que el sujeto es en su proyección exterior<sup>21</sup>.

Se ha expresado al respecto, que “*la igualdad en esencia es compatible con la diversidad en existencia. Porque igualdad no entra-*

---

<sup>19</sup> Germán BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p.373.

<sup>20</sup> Ricardo L. LORENZETTI, “Igualdad, antijurisdicción, diferencia: derecho a ser diferente, a no ser discriminado, interpretación y protección”, ponencia presentada ante las “XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, Mar del Plata, 1995.

<sup>21</sup> Claudio M. KIPER, *Derecho de las minorías ante la discriminación*, Buenos Aires, Hammurabi, 1998, p.134.

*ña uniformidad: la igualdad no elimina, sino que exalta las diferencias personales entre los sujetos, la identidad de cada cual...”*  
“... La igualdad se lesiona cuando se efectúan discriminaciones injustas en relación con una persona o un determinado grupo de personas. La injusticia de la discriminación se aprehende cuando se coloca a la persona en una situación de inferioridad, lesiva de su dignidad. La humanidad todavía no ha aprendido que distinto no significa inferior”<sup>22</sup>.

Concretamente, si se exige al individuo, para poder gozar de un derecho en igualdad de condiciones que los demás, que resigne su diferencia esencial, esa que lo hace ser él mismo, se lo está discriminando y, a la vez, no se satisface la igualdad real, sino tan sólo la formal.

La verdadera igualdad, sin discriminación, implica el reconocimiento de la identidad del sujeto; que pueda ser titular de idénticos derechos que los otros manteniendo su diferencia<sup>23</sup>.

El Estado argentino se ha obligado internacionalmente a respetar el derecho a la identidad social y cultural de los pueblos indígenas al momento de tomar medidas destinadas a protegerlos y a garantizar el respeto a la misma<sup>24</sup>.

En sincronía, el art. de la Carta Magna, en su inc. 19 establece como atribución del Congreso Nacional la de : “... dictar las leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural...”, lo cual implica un reconocimiento de la pluriculturalidad del Estado argentino, al igual que el inciso que venimos analizando<sup>25</sup>.

En cumplimiento de tal compromiso, encontramos fallos en los que los Tribunales han invocado este derecho para la protección de las comunidades y de sus miembros.

---

<sup>22</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Daños derivados de discriminaciones injustas”, en *Derecho de daños. Segunda parte*, Kemelmajer de Carlucci, A. (dir) - Parellada, C. (coord), Buenos Aires, La Rocca, 1993, p. 136.

<sup>23</sup> Claudio M. KIPER, ob. y p. cit..

<sup>24</sup> Art. 2º, Convenio N° 169 de la OIT.

<sup>25</sup> Sin embargo, este inciso tiene un ámbito de aplicación más amplio que el inc. 17 dado que tutela no solamente a las culturas indígenas argentinas.

Así, por ejemplo, en los autos “Puel, Raúl” el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén absolvió al imputado del delito de daño (art. 183 del C.P.), sobre la base de analizar la significación que adquiriría la conducta desplegada por el mismo -quien era un “criancero” perteneciente a la comunidad mapuche- dentro de su atmósfera cultural <sup>26</sup>.

En ocasión de realizarse ciertos estudios en terrenos de la “Agrupación Mapuche Puel”, debidamente autorizados por el Lonco Vicente Puel, que consistían en la demarcación y colocación de estacas en los mismos, el imputado (Señor Raúl Puel, “criancero” perteneciente a dicha comunidad) procedió a levantarlas, destruyéndolas. Indicó haber actuado de ese modo en razón de que no se había solicitado su autorización para concretar tales trabajos en tierras que “consideraba” como propias.

En la instancia de mérito fue declarado autor penalmente responsable del delito de daño (art. 183 C.P.), se le impuso la pena de un mes de prisión en forma condicional, el cumplimiento de las reglas de conducta establecidas en los incs. 1 y 3 del art. 27 bis *ibid.* y se fijaron a su cargo las costas del proceso.

La defensora oficial del encausado interpuso recurso de casación, el que luego de ser admitido formalmente por el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, fue acogido estimatoriamente por éste al entender que concurría el motivo casatorio establecido en el art. 415 inc. 1 del Código Procesal Penal local, es decir, inobservancia o errónea aplicación de la ley penal sustantiva. En síntesis y discrepando parcialmente con la funcionaria recurrente, casó la sentencia criticada y absolvió -sin costas- al procesado.

A criterio del tribunal sentenciante, la circunstancia de que el encausado se sintiera “propietario” de los terrenos, merecía del *a quo* un tratamiento más detallado a la luz de las particularidades culturales conformativas de la identidad de aquél, pues si bien las actividades realizadas en tales tierras eran objetivamente lícitas, el juez de grado debió ponderar más profundamente un aspecto de carácter subjetivo cual era el de que el imputado entendía que las tareas se desarrollaban en tierra de su propiedad y, no obstante ello, no se había recabado su autorización.

---

<sup>26</sup> Del 12/3/99, L.L. 2000-E-127.

Esta última circunstancia -siempre a juicio del *ad quem*- resultaba configurativa de una causa de justificación putativa, entendiéndola como aquella en la que “el sujeto agente, debido a una estructuración errónea del campo conductual alega que le asistieron (las justificantes) en respaldo de su conducta desajustada. En síntesis, el fallo absolutorio se cimentó en la creencia que embargaba al encartado en el sentido de que ejercía un legítimo derecho (art.34 inc. 4 del Código Penal) y en la circunstancia de que tal ejercicio se veía viciado por un error no imputable (art. 34 inc. 1, *ibid.*) sustentado en las particularidades culturales de aquél, lo que empalmaba con la previsión tuitiva del derecho a la identidad indígena contenida en el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional.

Igualmente, en la causa: “Chiquichano, Francisco”, la jueza de Familia María E. Murga hizo lugar a la medida innovativa solicitada por el presidente de la Comunidad Aborigen de Balcuntre y ordenó al propietario o responsable del comercio instalado en el radio de la Aldea escolar de Balcuntre a que se abstenga de vender bebidas alcohólicas, bajo apercibimiento de clausura. Conforme sostuvo la magistrada, resultaba evidente que la instalación de un comercio en el que se comercialicen dichas bebidas en el radio de una aldea escolar amenazaba el derecho a la salud y a la educación de los niños de la comunidad indígena que concurrían a la misma y, en relación a los demás integrantes de esa comunidad, vulneraba el “derecho a su identidad cultural”, a la gestión de los intereses que los afecten y a su preservación social y cultural como tal, al afectar las condiciones de convivencia comunitaria introduciendo a través del consumo indiscriminado de alcohol, factores negativos que contribuyen a generar situaciones de violencia social, familiar o escolar <sup>27</sup>.

El caso se planteó a raíz de la instalación en la Comunidad Aborigen de Blancuntre Yala Laubat y Vicente Niyeu, de un comerciante en el radio de la Aldea Escolar, que la comunidad cuestionó, a partir de las denuncias de venta indiscriminada de alcohol incluso a algunos escolares. El Presidente de la Comunidad Aborigen, alegando la representación difusa y con personería jurídica indígena, otorgada por ley provincial N° 4013 solicitó a la jueza de Familia de Puerto Madryn, que librara contra el

---

<sup>27</sup> Del 22/6/00, L.L. 2002-B-95.

Ministerio de Educación de Chubut, mandamiento de ejecución, a los fines que censurara la instalación del comercio, por violentar normativa que la cartera educativa había soslayado. En el interín solicitó el dictado de una medida cautelar innovativa, a los fines que ninguna persona expendiera alcohol en el radio de la Aldea Escolar de Blancuntre.

Ante el cumplimiento por el Ministro de Educación, antes de contestar la demanda, de las obligaciones reclamadas en el mandamiento, la jueza consideró abstracta la cuestión, y por tanto en la sentencia definitiva, se reafirman los argumentos vertidos en ocasión de resolver la medida cautelar, al solo efecto de decidir sobre la condena en costas.

Otro caso jurisprudencial en el que también se tienen en cuenta los valores culturales de los indígenas, fue el ocurrido en la Comunidad de Lonco Luan, del pueblo Mapuche, en Lago Aluminé, Neuquén, donde algunos aborígenes, en un acto ritual mataron a cuatro personas y lesionaron a otra, familiares directos de los victimarios. El juez decidió declarar la ininputabilidad de los involucrados, pues en el momento de causar la muerte se encontraban en estado de éxtasis místico profundo que les impidió comprender y dirigir sus acciones (art. 34 inc. 1 del Código Penal), y que fuesen internados hasta tanto desapareciesen las causas de peligrosidad para sí y sus semejantes <sup>28</sup>.

En esa línea tuitiva de la cultura identitaria pretende inscribirse el fallo “Ruiz, José Fabián” <sup>29</sup>, aunque desde ya adelantamos que no logra su objetivo dado que entendemos que el caso trasciende el conflictivo tema de la relación entre el derecho positivo del Estado y el derecho consuetudinario indígena pues afecta derechamente el insoslayable respeto por los derechos humanos o fundamentales <sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Del 11/12/79, Juzgado Penal de Zapata, E.D. 163-445.

<sup>29</sup> Del 29/9/06, C.J.S. de Salta, Expte. N° 28.526/2006.

<sup>30</sup> No obstante haberse utilizado en forma indistinta los términos “derechos fundamentales” y “derechos humanos”, denominación esta última receptada por la Constitución Nacional, resulta esclarecedor remitirse a las siguientes precisiones: “El vocablo “derechos humanos” elaborado en el derecho Político y Constitucional, presenta limitaciones en cuanto a un lenguaje normativo preciso. En efecto, involucra a la calidad de hombre, y no menciona otros sujetos: mujeres, bienes colectivos, personas jurídicas. Para superar este defecto se ha equiparado “humanos” a “humanidad”, con lo cual el defecto se puede transformar en exceso por su alto grado de indeterminación. No obstante, es una denominación de gran utilidad en el campo social y político.

Se trata de un caso que ha conmovido y aún hoy conmueve a la sociedad salteña: A mediados del año 2004, un joven perteneciente a una comunidad wichi de Tartagal, una ciudad al norte de la provincia de Salta (Argentina), es denunciado por haber abusado sexualmente de la hija de su concubina, una niña de 9 años de edad, también perteneciente a la misma etnia. Para el denunciado, José Fabián Ruiz, la justificación de tal acto deriva de una costumbre ancestral de la comunidad, según la cual el hombre wichi que convive con una mujer de la misma etnia, puede también tener relaciones con la hija de ésta, siempre y cuando no sea su propia hija.

Si bien en un principio Ruiz fue procesado por la justicia salteña, de conformidad con las leyes penales de fondo y forma, la decisión del juez fue apelada hasta llegar a la Corte de Justicia de Salta. El alto tribunal, por mayoría de votos, resolvió declarar la nulidad del procesamiento sobre la base de consideraciones que aparecen cuestionables a la luz la doctrina y normativa vigente en nuestro país en materia de derechos humanos.

El problema, evidentemente, gira en torno al conflicto de derechos que se suscitan en el caso concreto: Por un lado, el “respeto a la identidad

---

“El término ‘derecho personalísimo’ creado en el ámbito del derecho privado, se refiere a la persona de modo excluyente, con lo que comparte los problemas de la designación anterior. A ello cabe agregar que se carece de una pauta para establecer su nacimiento y pertenencia al ordenamiento jurídico, como también de un criterio de vinculación constitucional o material que le confiera fundamentabilidad. Por último, los derechos personalísimos sólo contemplan derechos subjetivos, y son insuficientes para explicar la tutela de intereses legítimos, de hecho y colectivos.

“La expresión ‘derechos fundamentales’ nos parece más apropiada en la esfera normativa por dos razones.

“La primera es que no está vinculada a una categoría de titulares, lo cual es importante en relación a la gran evolución que se produce en esta materia. La relación entre estos derechos y categorías como hombre, ciudadano, habitante, capacidad de obrar, representa un segmento y no la totalidad del universo a considerar.

“La segunda es que los derechos de este tipo no son tales porque pertenezcan a la persona sino porque tienen un carácter fundante. Este aspecto nos parece decisivo para la utilización del término en un doble sentido: son fundantes y no fundados, es decir dan origen a una serie de normas y se constituyen en parte del bloque de constitucionalidad y por lo tanto de la norma de reconocimiento en un ordenamiento jurídico” (ver, Ricardo L. LORENZETTI, *Teoría de la decisión judicial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p.105.

cultural” de un pueblo indígena, y por otro, el derecho de toda mujer (en la especie, niña) a que se respete su “integridad personal”.

#### 6. *Costumbre y derechos humanos*

No cabe duda que, tal como hemos venido delineando en los apartados antecedentes, el derecho a la cultura de los pueblos debe ser respetado y garantizado por los Estados suscriptores de tratados de derechos humanos, como el nuestro.

Pero el problema se presenta cuando una práctica consuetudinaria, aceptada por la comunidad indígena, vulnera la dignidad humana lesionando derechos inherentes a la vida y a la integridad personal.

En tales supuestos, dicha costumbre, como derecho ¿debería ser dejada de lado? Y de ser así, ¿conllevaría dicho soslayo el desconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas o tribales reconocidos, como hemos visto, por el texto constitucional?

La respuesta puede vislumbrarse mediante el abordaje del caso Ruiz que muestra de manera ostensible la tensión aludida entre ambos derechos, a la luz de las pautas brindadas por la normativa nacional, los tratados internacionales que desde 1994 gozan de jerarquía constitucional en nuestro país, el derecho vigente en otros estados americanos y la jurisprudencia de los organismos internacionales vinculados a la cuestión.

#### a. *Los hechos del caso* <sup>31</sup>

La causa se origina a comienzos del año 2005, mediante un acta labrada por la agente fiscal penal N° 2 del Distrito Judicial del Norte, Circunscripción Tartagal de la Provincia de Salta. En la misma, se consigna que Teodora Tejerina, integrante de la comunidad wichi y madre de Estela Tejerina, formula una denuncia en contra de su ex concubino José Fabián Ruiz, también integrante de la misma comunidad, por haber abu-

---

<sup>31</sup> C.J.S., Expte. N°: 28.526/2006, ya citado.

sado sexualmente de su hija, de tan sólo 9 años de edad, a mediados del año 2004. Como consecuencia de la violación, la niña queda embarazada y da a luz a un varón. En la misma denuncia, la Sra. Tejerina afirma que fue amenazada por el Sr. Roque Miranda, Cacique de la Comunidad Lapacho Mocho (Comunidad Hoktek t'oi, Misión Wichi, km. 18, Ruta 86), quien le dijo que si denunciaba a Ruiz -que a su vez es hijo del cacique- la expulsaría de la comunidad e iría a prisión; y que teme que su ex concubino le haga lo mismo a sus otras hijas. La denuncia la formula la Sra. Tejerina en compañía de la Srta. Dora Elena Carrizo, directora de la Escuela Paraje Km. 14 N° 4.744.

Cabe destacar, como antecedentes relevantes del caso, que José Fabián Ruiz cursó hasta tercer grado del nivel primario, y que desde tres años antes a la fecha del hecho era beneficiario del Plan Jefes y Jefas de Hogar, lo que evidencia que tuvo contacto con las instituciones del país, sin que se haya demostrado que no estaba en condiciones de comprender la ilicitud de los hechos cometidos. Por otra parte, no puede concluirse que la Misión Wichi importe un grupo étnico absolutamente cerrado que mantenga sus principios culturales en forma totalmente pura. Al momento del hecho, la comunidad, de unas 25 has., tenía unas 22 casas, con ocho a doce personas conviviendo en cada una. En la actualidad, son unas 20 familias.

Ya en sede judicial, el juez de Instrucción Formal N° 2 del Distrito Judicial del Norte, Circunscripción Tartagal, ordena la detención de Ruiz, caratulando la causa como “abuso sexual agravado”, dada la condición de padrastro y cuidador de la menor, y oportunamente dictando el procesamiento del imputado por abuso sexual calificado con acceso carnal reiterado.

Sin embargo, con posterioridad a la denuncia efectuada, tanto la propia denunciante como otros miembros de la comunidad wichi comenzaron a reclamar la libertad de Ruiz, aduciendo que se trataba de un tema cultural, que su conducta no era reprochable en la comunidad, que existía una relación entre Ruiz y la niña, y que la denuncia había sido realizada porque la Directora de la Escuela había inducido a ello, ante lo cual solicitaron al Ministro de Educación de la Provincia que releve del cargo a la misma. Argumentaban que la situación era conocida por todos, y que la niña no era la hija de Ruiz, sino su hijastra o una especie de “criada”. Si la comunidad hubiese considerado incorrecta tal situación, hubiesen expulsado de la misma a toda la familia, tal como es costumbre entre esos pueblos indígenas.

En contra del procesamiento dictado por el Juzgado de Instrucción Formal N° 2, la defensa de Ruiz interpone recurso de apelación, resolviendo la Sala III de la Cámara de Acusación no hacer lugar al mismo y confirmar el auto de procesamiento. En sus argumentaciones, la Cámara señala que las circunstancias relativas a la forma de vida de la comunidad wichi a lo sumo pueden tener en su momento alguna relevancia, en cuanto hacen a su aspecto subjetivo y que todo lo que hace a la forma de vida, creencias e idiosincrasia de la comunidad wichi son aspectos que nada tienen que ver con los argumentos que dan sustento al auto respectivo

Contra la resolución de la Cámara de Acusación, la defensa de Ruiz interpone recurso de casación ante la Corte de Justicia de Salta, sosteniendo que la resolución recurrida deviene arbitraria, al no considerar que en el caso concurre un supuesto de necesidad de respeto a la identidad étnica y cultural del imputado.

Al pronunciarse sobre el recurso, la Corte de Justicia de Salta resuelve, por mayoría de tres votos contra uno, “Hacer lugar al Recurso de Casación interpuesto... y, en su mérito, declarar la nulidad del auto de procesamiento ... y de todos los actos que de ellos dependen” ordenando que bajen los autos al Juzgado de origen para que dicte oportunamente un auto de sobreseimiento o uno nuevo de procesamiento.

El juez de Instrucción Formal N° 2 de Tartagal procesa nuevamente a Ruiz por el mismo delito que lo fuera anteriormente, apelando esta decisión la defensa ante la Cámara de Acusación, cuya Sala III por segunda vez confirma el auto de procesamiento en contra de José Fabián Ruiz por considerarlo autor del delito de abuso sexual calificado con acceso carnal reiterado. Contra este decisorio, la defensa interpone recurso de casación, el que en fecha 5/9/07 fue declarado formalmente inadmisibles por la Corte de Justicia de Salta, que ordena “a los tribunales inferiores que tomen intervención en la causa, que se aboquen a su tratamiento prioritario, informando periódicamente a [esta] Corte el cumplimiento de dicha normativa”.

Finalmente, contra la sentencia de la Corte que declara la inadmisibilidad formal del recurso de casación, la defensa de Ruiz interpone recurso extraordinario federal para que el caso sea tratado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, recurso que en fecha 7/11/07 fue denegado por la Corte de Justicia de Salta.

### *b. La defensa*

La defensa se fundó en que el fallo de la Cámara atenta contra el descubrimiento de la verdad real, objeto de la instrucción, tipificando como delito un hecho determinado en total violación al derecho constitucional indígena y conculca los arts. 15 y 18 de la Constitución Provincial, que garantizan el respeto a la identidad étnica y cultural de los indígenas argentinos, el ejercicio de la defensa en juicio y el debido proceso. A su entender en el proceso penal no se habría atendido a la realidad fáctica concreta, conformada por la condición de indígena de Ruiz, perteneciente a una cultura determinada donde es imposible vivir conforme la “ley penal” o según preconceptos religiosos. En consecuencia atribuye arbitrariedad al pronunciamiento en cuanto, ante la ausencia de dolo, no se encontraría tipificado el delito que se le imputa.

Afirma la existencia de agravio constitucional porque supedita la vigencia del “derecho consuetudinario” -a su juicio, parte de la identidad cultural de los pueblos indígenas argentinos-, garantizado por la Constitución Nacional por el art. 75 inc. 17, a un ordenamiento jurídico de rango inferior (el Código Penal), contraviniendo así el principio de supremacía constitucional.

En síntesis, el pronunciamiento recurrido habría conculcado el derecho que asiste a los miembros de las comunidades indígenas a que se respete su identidad cultural, invocando como sustento de su impugnación los arts. 75 incs. 17 y 22 de la Constitución Nacional; 1.4 y 2° de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; el art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los proyectos de Declaración sobre Derechos de las Poblaciones Indígenas de la ONU y de la OEA.

### *c. El fallo*

El voto mayoritario de la Corte de Justicia de Salta que declara la nulidad del procesamiento, considera que, cuando el Juez de Instrucción Formal N° 2 resuelve procesar a José Fabián Ruiz, se encontraba incorporado en el expediente un Informe pericial antropológico, que “fue objeto sólo de una valoración peyorativa para el imputado, sin que se tuvieran

en cuenta aspectos especialmente importantes que surgen de su contexto, tales como la aceptación social que en esos grupos tendría que las mujeres mantengan relaciones sexuales desde temprana edad, más concretamente a partir de la primera menstruación”<sup>32</sup>.

En ese sentido, la Corte considera que de las constancias de autos “se desprende la existencia del puntual contexto de convivencia del imputado y de la víctima en un marco de costumbres ancestrales que resulta útil para apreciar una posible distorsión de la comprensión de la conducta atribuida como un injusto penal”. Además, “que no ha sido razonable la evaluación que el juez hiciera de la influencia que tendrían, en el supuesto a juzgar, la multiplicidad de datos acerca de una presunta costumbre indígena convalidatoria de las relaciones sexuales tempranas, que no guardaría estricta correspondencia con los parámetros tomados en cuenta para sancionar el abuso sexual con acceso carnal en el Código Penal Argentino, pudiendo suscitar distorsiones en la comprensión que repercutan en la culpabilidad del imputado”<sup>33</sup> para concluir que la situación tiene especial trascendencia “... en tanto los arts. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y 15 de la Constitución Provincial garantizan el respeto a la identidad de los pueblos indígenas, lo que supone que cuando la responsabilidad penal de sus integrantes deba determinarse, aún provisoriamente, sus particularidades sociales deben ser objeto de una ponderación concreta, lo que no ha ocurrido en el presente caso”<sup>34</sup>.

En síntesis, la Corte considera que el procesamiento es nulo por deficiencia de motivación, al no haberse realizado una apreciación equilibrada de la prueba aportada, que indica claramente la existencia de un particularismo etno-cultural por la situación de convivencia de José Fabián Ruiz y la niña Estela Tejerina según las costumbres de la comunidad, y la pertenencia de ambos a un pueblo originario. En ese sentido, sostiene que “el procesamiento debe basarse en la existencia de elementos de convicción suficientes acerca de todos y cada uno de los componentes del delito, y no sólo de los que hacen a su tipicidad”<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Considerando sexto.

<sup>33</sup> Considerando séptimo.

<sup>34</sup> Considerando undécimo.

<sup>35</sup> Considerando octavo.

*d. La disidencia*

El voto disidente, por el contrario, arriba a la conclusión que debe desestimarse el recurso de casación interpuesto por la defensa de Ruiz, y, en su mérito, debe confirmarse su procesamiento, al considerar que, de las constancias de la causa surge que se han respetado las garantías judiciales que el Pacto de San José de Costa Rica asegura a todas las personas en sus arts. 8º (garantías judiciales mínimas) y 25 (protección judicial), principalmente teniendo en cuenta la calidad de indígena del procesado.

Pone de relieve, tal como adelantáramos, la tensión que se plantea entre los distintos puntos que entran en conflicto cuando deben resolverse cuestiones acerca de comunidades indígenas o sus miembros, requiriéndose para ello de una perspectiva que, sin dejar de reconocer sus derechos fundamentales, en modo alguno se desconozca o niegue derechos vinculados, de otra naturaleza o alcance, que asistan al resto de los individuos involucrados, como tampoco se relativicen las obligaciones que es dable exigir a todos los actores del conflicto <sup>36</sup>.

Aclara que, la vigencia de los Tratados de Derechos Humanos no implica la derogación de los principios, derechos y garantías reconocidos en la parte dogmática de la Constitución. De ahí que las previsiones de aquéllos deben armonizarse de acuerdo con la doctrina del Superior Tribunal, según la cual la interpretación de las normas constitucionales ha de realizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente. Para obtener esa unidad, la recta inteligencia de sus cláusulas no alterará el equilibrio del conjunto dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de todas las demás (Fallos 167:121; 190:571; 194:371; 240:311; 306:303), pues se trata de privilegiar las opciones hermenéuticas que maximicen su eficiencia.

Señala como pauta a seguir por los jueces la necesaria armonización e interpretación integrativa que debe existir entre los derechos y garantías consagrados en la parte dogmática de la Constitución y aquéllos enumerados en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, que expresamente fue considerada en el seno de la Convención Nacional

---

<sup>36</sup> Considerando décimo del voto en disidencia.

Constituyente de 1994 (conf. “Obra de la Convención Nacional Constituyente de 1994”, t. IV, p. 4130 y ss., espec. ps. 4136/37, publicada por el Centro de Estudios Constitucionales y Políticos del Ministerio de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 1995; C.S.J.N., causa “Petric Domagoj”, 14/6/05, y muchos otros fallos posteriores a la reforma constitucional de 1994).

Por ello sostiene que no podría ser, entonces, una conclusión de hermenéutica constitucional válida aquella que sostenga que la aplicación de normas emanadas de la facultad legislativa otorgada al Congreso de la Nación por el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional se opone a los derechos consagrados en el art. 75 inc. 17 de la C.N. y 15 de la Const. Pcial. y en los tratados mencionados en el art. 75, inc. 22. Antes bien, entre la atribución estatal y los derechos aludidos hay una relación de necesaria complementación en el común marco protectorio de los derechos humanos fundamentales.

Recuerda que, es jurisprudencia constante del máximo tribunal nacional la que sostiene la inexistencia de derechos constitucionales absolutos (Fallos 257:275; 258:267; 262:205; 268:364; 290:83; 297:201; 300:700; 304:319 y 1524), pues todos deben operar atendiendo a su razón de ser teleológica y al interés que protegen (Fallos 255:293; 262:302; 263:460), ningún derecho esencial de los que la Ley Suprema reconoce puede esgrimirse y actuar aisladamente porque todos forman un complejo de operatividad concertada de manera que el Estado de Derecho existe cuando ninguno resulta sacrificado para que otro permanezca (Fallos 256:241; 258:267; 259:403; 311:1438).

Argumenta que desde tal punto de vista, la demandada no puede pretender con éxito la inaplicabilidad de la ley penal nacional respecto del ejercicio indiscriminado de los derechos derivados de su condición de indígena y de su identidad cultural, a menos que se confiera a estos últimos una condición de derechos constitucionales absolutos que no poseen, y mucho menos cuando una decisión en tal sentido tendría como consecuencia el desconocimiento de otros derechos individuales cuya esencialidad surge de la interpretación integral de las normas que componen el complejo constitucional aplicable al caso.

Se pronuncia a favor del principio *pro homine* al sostener que “La vigencia de la ‘costumbre comunitaria’ invocada por la recurrente” no implica un obstáculo a la aplicación del Código Penal argentino, por cuanto “dicha costumbre no sólo resulta contradictoria con nuestro sistema jurídico nacional, sino con el plexo de derechos humanos internacionalmente

reconocidos, ante el cual resulta que se pretende subordinar un derecho esencial de la naturaleza humana al hecho de la pertenencia a un estado cultural determinado, a lo que obsta firmemente el Pacto de San José de Costa Rica, de cuyo Preámbulo emerge la relevancia superior de los derechos que hacen a los atributos de la persona humana”<sup>37</sup>.

Considera de aplicación al caso concreto el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes<sup>38</sup>, refiriendo expresamente a los arts. 8º y 9º del mismo.

El art. 8.2 establece que “los pueblos tienen el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

Por su parte, el art. 9.1 establece que “En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

También hace mención a la Convención de los Derechos del Niño, analizando su art. 1º, en cuanto considera que “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad” con la reserva formulada por la República Argentina al ratificar la misma en el sentido de considerarlo “... desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad” ; y el art. 3.1, en cuanto establece que: “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”.

---

<sup>37</sup> Considerando duodécimo del voto en disidencia.

<sup>38</sup> Aunque incurre en el error de mencionar en su considerando 11 que dicho Convenio se encuentra “en vigencia en este país con rango constitucional desde el depósito de la ratificación, en el año 2000”, cuando en realidad es un tratado que sólo fue aprobado por ley nacional N° 24.071, pero que goza de jerarquía infraconstitucional, por no estar contenido en la segunda parte del art. 75 inc 22 de la C.N., ni habersele otorgado dicha jerarquía mediante el procedimiento de mayoría agravada previsto en el mismo art. 75 inc 22, párrafo 3.

Análisis al que deberíamos agregar el de los arts. 16 y 34 de la misma Convención. Asimismo, el de los arts. 1° y 9°, de la ley 26.061.

Afirma que “Sostener que en la conducta bajo examen no hay agresión porque se trata de otra concepción cultural de ‘integridad sexual’ o por no haber sufrido ningún daño psicoemocional la supuesta víctima, significa apartarse del concepto de ‘integridad personal’ del cual la integridad sexual es sólo uno de los componentes... Asimismo, la integridad personal incluye el derecho a no tener que soportar tratos considerados degradantes, conforme todo ello, a objetivos y parámetros médico-biológicos y, fundamentalmente, desde los estándares mínimos de los derechos humanos más elementales”<sup>39</sup>.

Finalmente, se pronuncia en el sentido que “No se advierten en autos las circunstancias que permitan descartar la operatividad, respecto de José Fabián Ruiz, de las normas del Código Penal en virtud de la práctica sexual o social alegada, precisamente porque la misma, de configurar una costumbre propia de la comunidad wichi a la que pertenece, resulta violatoria de los derechos que la comunidad internacional reconoce en cabeza de Estela Tejerina”<sup>40</sup>.

De esta manera, reafirma la vigencia irrestricta de los derechos humanos por sobre el derecho consuetudinario de cualquier comunidad, cuando éste afecte la integridad física, psíquica o moral de cualquiera de sus miembros.

#### *e. Los derechos humanos en el orden internacional*

Tal como sostiene el voto mayoritario de la Corte, cierto es que el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional establece que corresponde al Congreso Nacional: “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad...”.

Pero no menos cierto es que en nuestro país, la reforma constitucional de 1994, incorporó, quizás como uno de los aspectos más importante

---

<sup>39</sup> Considerando duodécimo del voto en disidencia.

<sup>40</sup> Considerando décimoquinto del voto en disidencia.

en materia de derechos humanos, el art. 75 inc. 22, que, referido a las atribuciones del Congreso Nacional, dando acceso en el texto constitucional a instrumentos internacionales de protección de derechos humanos suscriptos por nuestro país a los que confiere “rango o jerarquía constitucional” en las condiciones de su vigencia; vale decir, se erigen en forma conjunta a la Constitución Nacional como ley suprema del país.

Por lo tanto, al tener estos tratados y declaraciones igual jerarquía que la Constitución Nacional, el Estado argentino no puede dejar de respetarlos y garantizar su cumplimiento, porque de hacerlo incurriría en incumplimiento de obligaciones asumidas en el campo internacional, en virtud de las disposiciones contenidas, entre otros, en el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales <sup>41</sup> y en el art. 2.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Es el Estado el obligado y principal responsable de respetar, garantizar y efectivizar el pleno y libre disfrute de los derechos humanos.

Es decir, conforme a la actual jerarquía normativa, la Constitución Nacional y los instrumentos de protección de derechos humanos mencionados en el art. 75 inc. 22 se encuentran en un rango jerárquico superior a los demás tratados (entre ellos, el Convenio 169 de la O.I.T.), y éstos, a su vez, por encima de las leyes nacionales.

Entre los tratados con jerarquía constitucional vigentes en nuestro país se encuentran además de los ya mencionados, la Convención sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y, especialmente, la Convención sobre los Derechos del Niño.

En su Opinión Consultiva 10/89 <sup>42</sup>, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que el derecho americano de los derechos hu-

---

<sup>41</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 200 A (XXI), de 16/12/66. Entrada en vigor el 3/1/76.

<sup>42</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva Oc-10/89, del 14/7/89. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Solicitada por el gobierno de la República de Colombia.

manos “debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar”, lo que naturalmente incluye el análisis, en nuestro caso, de todo el plexo normativo vigente en la República Argentina, vale decir, el bloque de constitucionalidad de los tratados de protección de derechos humanos, los demás tratados con jerarquía inferior a la Constitución y el Código Penal argentino.

En ese orden, ese Tribunal supranacional, en sus últimas sentencias ha utilizado diversos tratados, entre ellos el Convenio 169, como herramienta de interpretación, para reforzar y complementar mutuamente el contenido de los derechos humanos de los pueblos indígenas y proveer la más completa protección de los derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

El interrogante que surge, entonces, es ¿cómo deben interpretarse las distintas normas vigentes en materia de derechos humanos? La respuesta la encontramos en el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que ninguna disposición de la Convención puede interpretarse en el sentido de: “a). permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b). limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c). excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d). excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce el derecho a la “integridad personal” de todos los seres humanos, pero también reconoce en el art. 27 que “En los Estados en que existan minorías étnicas... no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural...”.

En ese sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresó en su Resolución 12/85<sup>43</sup> “El Derecho Internacional, en su estado actual y tal como se encuentra cristalizado en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce a los grupos étnicos el derecho a una protección especial... de todas aquellas características necesarias para la preservación de su identidad cultural”.

A la luz de las disposiciones contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, si bien debemos interpretar la Convención Americana y los demás instrumentos de protección de derechos humanos con jerarquía constitucional en nuestro país, incluyendo los principios sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, por aplicación de lo dispuesto en el art. 29 de la Convención, no debemos olvidar que en autos se encuentran en colisión dos derechos fundamentales.

Ello por cuanto los derechos humanos propenden a garantizar aquella clase de bienes a los que las personas no estarían dispuestas a renunciar, puesto que esa renuncia significaría lo mismo que un abandono de su condición de humanos. Si bien son integrales, interdependientes e indivisibles, lo cual quiere significar que no pueden concebirse unos sin los otros, todos conforman una base mínima de dignidad que no se puede transgredir por tener su fundamentación en la esencia misma del hombre, en su misma naturaleza.

#### *f. Relativismo cultural y universalidad de los derechos humanos*

El relativismo cultural sostiene que deben respetarse las diferencias culturales e impide la aplicación de un sistema único de derechos humanos para todos los seres humanos, basándose en la concepción individualista del hombre.

Dicha teoría afirma que todos los sistemas culturales son intrínsecamente iguales en valor, y que los rasgos característicos de cada uno tie-

---

<sup>43</sup> Comisión Americana de Derechos Humanos, Resolución N° 12/85, Caso N° 7615 (Brasil) del 5/3/85. Publicado en el informe anual de la CIDH 1984/1985. OEA/Ser.L/V/II.66, 1/10/85, considerando 7.

nen que ser evaluados y explicados dentro del sistema en el que aparecen (confr. Marvin HARRIS, “Introducción a la Antropología General”; Madrid, Alianza Universidad, 1991), y defiende la postura según la cual toda pauta cultural es intrínsecamente tan digna de respeto como las demás.

Es oportuno señalar que en el análisis del principio que ampara el interés superior del niño se especifica que el problema acerca de la relación “niños-cultura-derechos humanos” se centra en la aplicación práctica de dicho principio, de acuerdo o con prescindencia de la tesis del “relativismo-cultural”, dado que uno de los puntos de indeterminación de su alcance se sitúa en vinculación con la cultura, precisamente porque constituye tanto un conducto potencialmente importante para los valores culturales, como una rendija potencialmente explotable a través de la cual se busca la aceptación de ciertas prácticas incompatibles con los derechos humanos ((Philip ALSTON y Bridget GILMOUR-WALSH; *El interés superior del niño. Hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales*, Buenos Aires, Ed. UNICEF, 1997, p. 35; v. acta fs. 46).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la importancia de evaluar determinados aspectos de las costumbres de los pueblos indígenas en América a los fines de la aplicación de la Convención, señalando en diversas oportunidades que muchas manifestaciones culturales de las comunidades indígenas forman el *substratum* de las normas jurídicas que deben regir las relaciones de sus miembros *inter se* y con sus bienes, en referencia a las constituciones políticas vigentes en los Estados que disponen sobre la preservación y el desarrollo de la identidad cultural y las formas propias de organización social de esos pueblos, reiterando que estas formas de manifestación cultural y auto-organización social se han concretado a lo largo del tiempo en normas jurídicas y en jurisprudencia, tanto en el plano internacional como nacional, y tuvo en cuenta las prácticas culturales de colectividades en diversas cuestiones (caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua” (Sent. del 31/8/01, Serie C-79); caso “Aloeboetoe y otros vs. Suriname – Reparaciones”, CtIADH, Serie C., n. 15, Sent. del 10/9/93, ps.3-49, párrs. 1-116; caso “Bámaca Velásquez vs. Guatemala”, Sent. del 21/11/99, Serie C, n. 70, ps. 3-149, párrs. 1-230).

Profundizó en el análisis de la materia, en una aproximación a una interpretación integral de la cosmovisión indígena, destacando que la atención debida a la diversidad cultural constituye un requisito esencial para

asegurar la eficacia de las normas de protección de los derechos humanos, en los planos nacional e internacional.

Sin embargo afirmó, con igual claridad, que la invocación de las manifestaciones culturales no puede atentar contra los estándares universalmente reconocidos de observancia y respeto a los derechos fundamentales de la persona humana. “Al mismo tiempo que afirmamos la importancia de la atención debida a la diversidad cultural, inclusive para el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos, rechazamos con firmeza las distorsiones del llamado “Relativismo Cultural” (voto razonado conjunto de los jueces Cancado Trindade, Pacheco Gómez y Abreu Burelli en el caso de la Comunidad Mayagna).

En síntesis, podemos afirmar que tanto los documentos internacionales como en las sentencias dictadas por Corte Interamericana confirman el carácter de universalidad inherente a los derechos humanos que actúa como valladar insoslayable del derecho consuetudinario incompatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

No puede dejar de mencionarse que dicha universalidad forma parte de la “Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas”, aprobada en Ginebra el 30/6/07 y después de veintidós años de negociaciones, por los miembros del nuevo ente de Naciones Unidas (ONU) -sustituto de la Comisión de Derechos Humanos- por treinta votos contra diecisiete. Sólo hubo dos votos en contra y quince abstenciones, entre ellas la Argentina.

### *g. Derecho comparado*

Finalmente, haremos un repaso por las legislaciones americanas que se inscriben en el mismo sentido que venimos apuntando.

1. La Constitución Nacional Boliviana de 1967 con reformas introducidas por la ley N° 1585 del 12 de agosto de 1994, texto concordado de 1995 sancionado por ley N° 1615 del 6 de febrero de 1995, y reformas introducidas por ley N° 2410 del 8 de agosto de 2002, reconoce al país como una nación libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, (que) adopta para su gobierno la forma democrática, fundada en la unidad y la solidaridad de todos los bolivianos.

En su art. 171 establece que el Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos.

Las autoridades naturales de las comunidades indígenas de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación en normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado.

2. La Constitución de 1991 <sup>44</sup> de Colombia, en su Título VIII. De la rama judicial, Capítulo 5 - De las jurisdicciones especiales, art. 246 dispone: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

3. La Constitución de la República del Ecuador de 1998, en el Capítulo 5 De los derechos colectivos - Sección primera. De los pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos, establece:

**Art. 84.-** El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, y el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

4. La Constitución mexicana de 1917 ha sufrido varias reformas como las de 1953, 1969, 1977, 1986, 1989, 1990, 1993, 1994, y 1996.

En el Título Primero, Capítulo I, Artículo 2°, establece: La Nación mexicana es única e indivisible. La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.

La Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: acceder plenamente a la jurisdicción del Estado.

---

<sup>44</sup> Ver Constitución Nacional en [www.presidencia.gov.co](http://www.presidencia.gov.co)

Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución...

5. La Constitución paraguaya del 20 de junio de 1992 <sup>45</sup>, en su Título II, De los Derechos, de los Deberes y de las Garantías, Capítulo V, De los Pueblos Indígenas, dispone:

**Art. 63.-** *De la identidad étnica.* Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en su respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interna siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena.

**Art. 65.-** *Del derecho a la participación.* Se garantiza a los pueblos indígenas el derecho a participar en la vida económica, social, política y cultural del país, de acuerdo con sus usos consuetudinarios, esta Constitución y las leyes nacionales.

6. La Constitución peruana conforme el texto de la última reforma de 1993, en su Título II, Capítulo I, Del Estado, la Nación y el Territorio, Artículo 48, establece: Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley.

En su Capítulo VIII, Poder Judicial, Artículo 149: Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley esta-

---

<sup>45</sup> Ver en <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Paraguay/para1992.html>

blece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

7. En relación a Estados Unidos, no cabe duda que la situación indígena ha sido históricamente distinta.

En la Constitución se menciona a las tribus indígenas en pie de igualdad con las naciones extranjeras, cuyo trato y comercio es facultad regulatoria del Congreso (art I, Sec. 8).

De ahí que los indígenas sólo son considerados como tales por el Estado Federal en cuanto agrupados en naciones o tribus. Individualmente cada persona indígena nacida en USA es ciudadana, con plenos derechos, a votar, contratar, estar en juicio, tener propiedad, con derecho y deber de educarse. En cambio, respecto de las comunidades, naciones o tribus, el Congreso tienen facultades para su tutela y control.

Esta situación no siempre fue así. Hasta 1871, dada la pauta constitucional, las relaciones eran de tipo diplomático por medio de tratados. Pero en ese año se dictó una Ley Federal que dispuso la capacidad del gobierno de legislar sobre los aborígenes como “pueblo dependiente”. Así, la Corte Suprema ha declarado que “las tribus no son estado, son naciones subordinadas y dependientes de una soberanía mayor”, pues “por sus hábitos, carácter nómade y falta de educación, han demostrado la falta de cohesión necesaria para formar una nación en el sentido ordinario de la palabra”<sup>46</sup>.

Entre otras características carecen “de leyes establecidas ni método admitido de elegir sus gobernantes”, y éstos no cuentan con poderes definidos.

A pesar de ello, se admite que puedan dictar sus normas, establecer impuestos y penas para delitos internos, siempre que de ello no surja violación a la Constitución y las leyes.

8. Por último, es de destacar la ley indígena chilena N° 19253 que crea tribunales indígenas, no obstante, también limita la aplicación del derecho consuetudinario, estableciendo el art. 54 del Título VII “Sobre normas especiales de los procedimientos judiciales: la costumbre indígena y su aplicación en materia de justicia”, que: “La costumbre hecha valer

---

<sup>46</sup> Fallo “Montoya vs. USA”.

en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad”.

Cabe señalar que en todos los casos el destacado nos pertenece.

### III. La tierra como parte del derecho a la identidad

Dada la estrecha vinculación de los pueblos originarios con la tierra, aparece insoslayable la referencia al derecho de aquéllos sobre la misma como parte integrante del respeto a su identidad.

Este vínculo particular conlleva que el aborigen sin tierra no puede alcanzar su identidad, porque la tierra representa, tanto para el aborigen como para la comunidad que conforma y el pueblo que lo abriga, un espacio esencialmente cultural, penetrado de valores y tradiciones.

Es elocuente lo expresado por sus representantes al respecto: *“Para el indio la tierra es importante sin tierra es indio muerto”*<sup>47</sup>.

El interrogante que se plantea es si es posible conjugar su particular sistema de propiedad comunitaria con el concepto iusprivatista del derecho de propiedad del Código Civil; punto que vincula necesariamente el régimen jurídico de los derechos reales y el de los derechos fundamentales.

Los derechos incorporados a la Constitución en 1994, incluyen: el derecho a la personería jurídica de las comunidades en cuanto tales; el derecho a la posesión y propiedad comunitaria de la tierra que tradicionalmente habitaban; derecho al arraigo, garantizado por la inalienabilidad e inembargabilidad del territorio; derecho a la expectativa de acceder a otras tierras aptas y suficientes y derecho a la gestión de los recursos naturales.

---

<sup>47</sup> Así lo han expresado Collueque, Domingo (representante mapuche de la provincia de Río Negro); Condorcanqui, José Diego (colla, representante de la Asociación Indígena de la República Argentina) y Rojas, Sergio (cacique cahné de la provincia de Salta) en disertaciones en las “Primeras Jornadas de la Indignidad”, Buenos Aires, 14 y 15 de abril de 1984.

El reconocimiento de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas argentinos, con los caracteres de no enajenables, intransmisibles, inembargables y no tributables modifica los principios propietarios consagrados en el Código Civil para la propiedad privada, a fin de favorecer el resguardo de la tierra como factor aglutinante de la comunidad <sup>48</sup>.

La problemática de la propiedad comunitaria indígena fue analizada por las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil <sup>49</sup>, declarándose, por unanimidad, como conclusión V de la Comisión de Derechos Reales (4), que “*La protección consagrada para la propiedad de las comunidades indígenas argentinas por el art. 75 inc. 17 C.N. hace innecesaria e inconveniente su inclusión en el Código Civil, ya que ello implicaría una desjerarquización no querida por el poder constituyente*” <sup>50</sup>.

Cabe señalar que en esta línea se inscribe el art. 6° del Proyecto de Ley de Sanción del Código Civil que establece: “Las disposiciones previstas en el Código Civil no obstan al régimen especial garantizado por la Constitución Nacional para los pueblos indígenas argentinos”.

### *a. Antecedentes*

Las tribus se estructuraban básicamente sobre el vínculo de cooperación agrícola. Desde el momento en que una tribu se fijaba de un modo permanente y definitivo en una extensión dada de territorio, la tierra o el suelo sustituían al parentesco como fundamento de la organización social.

La división de la tierra laborable y su disfrute se hacía en común. La tierra, deducidos los cultivos destinados a la familia imperial y al culto, era de dominio y uso colectivo. Ningún particular poseía cosa propia y los bienes no se podían enajenar ni dividir entre los herederos.

---

<sup>48</sup> María Angélica GELLI, *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, 2ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, p. 574.

<sup>49</sup> Buenos Aires, septiembre de 2001.

<sup>50</sup> Sobre la base de la ponencia presentada por Jorge H. ALTERINI; Pablo CORNA, Pablo y Gabriela A. VÁZQUEZ, “La propiedad indígena”.

En definitiva, había una posesión individual o familiar temporaria del suelo por distribución de lotes, con cooperación comunista para su cultivo y derecho colectivo a los pastos, frutos reproductivos o de consumo en ciertos casos de necesidad. La tierra no se dividía por sucesión del jefe o representante de la familia. Ella pasaba a uno solo de los miembros, mientras los otros recibían su parcela por una u otra distribución. De ahí que la gran familia se subdividía, pero la propiedad no <sup>51</sup>.

En la época de la colonia, desde el principio, hubo un intento de la Corona de proteger a los pueblos indígenas de las actuaciones de los colonizadores, sancionándose numerosa normativa en tal sentido. Pero el problema principal de las leyes de Indias fue su incumplimiento, dando como resultado una usurpación constante.

Así, el problema de las tierras y su despojo ha significado la desaparición de muchos pueblos indígenas. Las tierras no sólo significaban un vínculo administrativo, sino también histórico, religioso y espiritual. El desmantelamiento del territorio no sólo provocó una desintegración de las etnias, sino que también produjo daño ecológico y desequilibrio ambiental <sup>52</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció respecto a la relación de los indígenas con la tierra en dos importantes precedentes <sup>53</sup>.

Allí el máximo tribunal sostuvo: “No se puede discriminar con precisión el verdadero régimen de vinculación del hombre con la tierra en el Imperio Incaico, ni afirmar que él fue uniforme en toda su vasta extensión, integrado por conquistas progresivas de pueblos de razas y culturas diversas; el “Ayllu” que se supone ser la célula original, fue alternativamente de base consanguínea, gentilicia, tribal y agraria; y la relación del indio con la tierra, excluidas las dos terceras partes asignadas al culto y al inca, sobre las que ningún derecho tenían aquéllos, la definen los autores más prestigiosos como una especie de comunismo de aldea en el dominio

---

<sup>51</sup> Elena I. HIGHTON - Sandra WIERZBA, en *Código Civil...*, ob. cit., p. 127 y ss..

<sup>52</sup> Elena I. HIGHTON - Sandra WIERZBA, en *Código Civil y normas complementarias*, Bueres-Highton, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, t. 5, p.129.

<sup>53</sup> C.S.J.N., 21/4/1877, “Provincia de Jujuy c/ Campero, Fernando s/ reivindicación”, Fallo, 19:29; *idem*, 9/10/1929, “Guari, Lorenzo y otros c/ Provincia de Jujuy s/ reivindicación”, Fallos 155:303.

útil, diverso en sus formas en cuanto a la planta habitada, a la marca arable y al campo de pastoreo, delineándose, al fin, una más acentuada vinculación individual, o por lo menos familiar, en cuanto a la casa y a la porción arable; pero jamás hubo “propiedad” en el sentido que las leyes romanas, españolas y argentinas tuvieron siempre. “No fue, pues, propietaria la comunidad de las tierras de la marca arable, dice el Dr. Carlos Valdéz de la Torre, erudito universitario peruano, y de los pastos y bosques como Markhan y Currow, aseguran; muy al contrario, “era simple usufructuario, reduciéndose la actividad individual a beneficiar determinada parcela o ‘tupu’ “. Así, pues, la propiedad inmueble, tal como se considera en el derecho moderno, no existió; estaba desprovista de los caracteres jurídicos de este derecho: absoluto, exclusivo y perpetuo”.

También “Que la conquista y colonización hispánica, en la letra de sus leyes, cédulas, ordenanzas, etc. contempló favorablemente la condición jurídica de los indios de América, si bien la realidad, rectificando a la distancia, por las condiciones del medio y la incapacidad de capitanes y funcionarios para comprender y traducir en hechos los elevados propósitos de monarcas y asesores no respondió a la monumental legislación. El Título XII, del Libro IV y todo el Libro VI de la “Recopilación de las Leyes de Indias” tienen preceptos claros y categóricos que definen y protegen el dominio inmueble de los indios, así individual como comunitario”.

No obstante aclarar “... ese dominio no es, como no lo era durante el período precolonial el del derecho romano, ni de las leyes de partida, ni del Código Civil argentino...”.

Continúa señalando que la totalidad de la normativa que cita en uno de los precedentes mencionados <sup>54</sup> demuestra “que a los dichos indios se les adjudicaba o reconocía sólo el dominio útil, que es decir, ‘el derecho de percibir todos los frutos de una cosa bajo alguna prestación o tributo que se paga al que conserva en ella el dominio directo...”.

A su vez interpretó que en el dominio del Estado “no sólo eminente sino también efectivo, público y privado sucedió la Nación argentina a España y, subsidiariamente, las provincias a la Nación, conforme a los principios de la organización constitucional...”.

---

<sup>54</sup> CSJN, “Guari, Lorenzo ...”, fallo cit..

Asimismo, consideró que “tampoco las invocadas comunidades de indígenas tienen personería jurídica para actuar en juicio porque no son ni de existencia necesaria ni de existencia posible atento los claros preceptos del Libro 1, Sección 1, Título I, del Código Civil. Y su existencia legal anterior a la vigencia de éste, debió ser consagrada y acordada a sus normas fundamentales”.

Indudablemente, la decisión responde a la ideología de la conquista, pues se afirma reconocer ciertos derechos de ocupación a los aborígenes, con facultades menores a las de un legítimo propietario, sin dominio suficiente como para poder transferirlo. Se consideraba que los indios tenían título por virtud de ser los primeros poseedores pero que lo perdieron por el descubrimiento y la conquista <sup>55</sup>.

#### *b. La reforma constitucional*

Una de las notas más importantes de la reforma constitucional de 1994 es la que reconoce a las comunidades indígenas personería jurídica.

Ya con anterioridad, distintas leyes provinciales, sin perjuicio de haber sido tachadas de inconstitucionales <sup>56</sup>, habían regulado la cuestión <sup>57</sup>.

También a nivel nacional la ley 23.302 <sup>58</sup> les reconoció esa personería jurídica que adquirirían mediante su inscripción en el Registro de Comunidades Indígenas y se extinguía mediante su cancelación.

Finalmente, la Resolución N° 4811/1996, dictada por la ex Secretaría de Desarrollo Social de la Nación, adecuó los criterios de inscripción de las comunidades a la normativa constitucional que impone el carácter meramente declarativo y no constitutivo del trámite.

Como se señalara, la reforma incorporó el derecho de los aborígenes a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente habitaban.

---

<sup>55</sup> Elena I. HIGHTON - Sandra WIERZBA, en *Código Civil...*, ob. cit..

<sup>56</sup> Germán BIDART CAMPOS, *Tratado elemental...*, ob. cit., p. 371.

<sup>57</sup> Ley 426 -Formosa-; Ley 6373 -Salta-; Ley 3258 -Chaco-; Ley 2435 -Misiones-; Ley 2287 -Río Negro-; Ley 3657 -Chubut-; Ley 11.078 -Santa Fe-

<sup>58</sup> B.O., 12/11/1985.

Ese reconocimiento del carácter comunal de la tierra importó consagrar el régimen de la propiedad de los pueblos originarios que obedece a su particular manera de relacionarse con la misma.

La diferencia estructural entre el derecho de propiedad privatista regulado por el Código Civil y la propiedad comunitaria indígena plasmada en el art. 75 inc.17 de la Constitución Nacional fue recogida por las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil <sup>59</sup>, las que declararon por amplia mayoría que “La propiedad comunitaria indígena es una propiedad especial de fuente constitucional (art. 75 inc. 17 C.N.), cuya naturaleza real integra una compleja relación multidimensional de pertenencia de esos pueblos con su entorno físico, social y cultural”.

En esa línea se ha sostenido que la propiedad comunitaria indígena entraña una propiedad especial; de naturaleza real, pues se ejercita en relación directa con las tierras sobre las que recae, tiene contenido patrimonial, su régimen es de orden público, su estructura está diseñada por la ley -la Constitución Nacional- a través de preceptos imperativos a los que deben someterse inexorablemente tanto las comunidades como todas las otras personas y, finalmente, porque otorga a su titular (la comunidad) los derechos esenciales propios de cualquier derecho real: el *ius perseguendi* y el *ius preferendi*, ambos oponibles *erga omnes* <sup>60</sup>.

También que la fuente de esta propiedad es la Constitución Nacional (art. 75 inc.17) como ley, la fundamental de la República aunque sin efectos constitutivos del derecho real sino meramente declarativos de una preexistencia basada en la ocupación inmemorial y en la idea de la “primera ocupación” como fundamento suficiente de derecho <sup>61</sup>.

Aunque de ello no deriva que sea la usucapión o prescripción adquisitiva la causa fuente de este derecho real de propiedad comunitaria.

Ello importaría una contradicción pues el pueblo indígena no podría adquirir por usucapión lo que ya le pertenece de manera originaria (art. 2509 C.C.).

---

<sup>59</sup> Celebradas en la ciudad de Córdoba, del 23 al 25 de septiembre de 2009.

<sup>60</sup> Jorge H. ALTERINI, Pablo CORNA y Gabriela A. VÁZQUEZ, *Propiedad indígena*, Buenos Aires, 2003, p.154.

<sup>61</sup> Jorge H. ALTERINI, Pablo CORNA y Gabriela A. VÁZQUEZ, *Propiedad...* ob. cit., p.161.

Además, ubicar la cuestión como un aspecto de la prescripción adquisitiva exigiría la acreditación de requisitos sustanciales y adjetivos propios de ese modo de adquirir el dominio (arts. 4015, 4016 y concs. del C.C. y 24 de la ley 14.159), generando la necesidad de cargar con aportaciones probatorias extrañas a la solución diagramada por la reforma.

Tampoco es congruente que se matice la adquisición de la propiedad por usucapión con el peculiar régimen de inalienabilidad, intransmisibilidad e impedimento de gravámenes o embargos <sup>62</sup>.

En ese orden la jurisprudencia en autos: “Sede, Alfredo y otros c/ Villa Herminia y otro s/ desalojo” <sup>63</sup> consideró aplicable a esas tierras la nueva normativa de derecho público y, supletoriamente, las disposiciones de derecho civil ya existentes.

Allí se señaló que para obtener el reconocimiento de este derecho los pueblos indígenas deben acreditar: a) el carácter de comunidad indígena, o bien la pertenencia a la misma si quien invoca el derecho es uno de sus integrantes, no siendo necesario que haya concluido el trámite administrativo tendiente al reconocimiento de su personería jurídica, y b) la ocupación tradicional de las tierras en cuestión, que no debe ser entendida como sinónimo de posesión en los términos del derecho civil sino como un concepto más amplio y abarcativo.

Este fallo a más de aclarar la labor probatoria de las comunidades indígenas, significó un avance frente a otros precedentes en los que a los fines de reconocer este derecho, se verificó el cumplimiento de las condiciones exigidas por el Código Civil para adquirir el dominio por prescripción adquisitiva <sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Gabriela A. VÁZQUEZ, “La propiedad comunitaria de los pueblos indígenas argentinos”, en J.A. número especial “Estudios de derechos reales”, 2009-IV, p.82.

<sup>63</sup> Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería N° 5, de Bariloche, Pcia. de Río Negro, del 12/8/04.

<sup>64</sup> Cámara C. y C. de San Salvador de Jujuy, Sala I, “Ordinario por prescripción adquisitiva: Comunidad Aborigen de Quera y Agua Caliente - Pueblo Cochinita c/ Estado Nacional”, del 14/9/01.

También se ha invocado esta norma constitucional para proteger a las comunidades originarias y a sus miembros frente a procesos de desalojo <sup>65</sup>, e incluso denuncias penales de usurpación <sup>66</sup> promovidas en su contra por quienes pretendían desconocer este derecho.

Sin embargo, no puede dejar de mencionarse la opinión minoritaria expuesta en las citadas Jornadas que expresa: “Se trata de un derecho real de dominio a favor de la comunidad indígena acotado sólo en cuanto a su inenajenabilidad e inembargabilidad” (despacho B).

En línea similar se ha sostenido que los bienes sobre los cuales se reconoce la propiedad comunitaria son del dominio privado y la relación jurídica queda enlazada entre la comunidad y la cosa (v.gr., sus tierras ancestrales). De ello se colige que la esfera propia de desenvolvimiento de este nuevo derecho debe ser la del derecho privado y no la del público <sup>67</sup>.

Desde esta perspectiva se lo caracteriza como un nuevo derecho real admitiendo la posibilidad de su adquisición por usucapión tanto corta como larga. Asimismo, sería posible su constitución por medio de la tradición constitutiva de la propiedad indígena, teniendo por causa fuente una compraventa, una donación o un reconocimiento de su posesión ancestral por el Estado <sup>68</sup>.

Cabe reiterar que la cláusula constitucional es de carácter operativo.

Así lo ha entendido la jurisprudencia mayoritaria <sup>69</sup> y nuestro máximo tribunal, el que, para dejar sin efecto la sentencia de la Corte de Justicia de Salta, que había rechazado una acción de amparo, sostuvo que consti-

---

<sup>65</sup> Superior Tribunal de Río Negro, “Ogilvie, J.G. y otra c/ Galván, S. y/u ocupantes s/ desalojo s/ casación”, del 7/2/07.

<sup>66</sup> Juzgado de Instrucción en lo Criminal y Correccional N° 2, San Carlos de Bariloche, Río Negro, “Figueirido, B. s/ denuncia usurpación”, del 26/10/07; *id.* “Guarda, Fidel”, del 10/11/04; Juzgado de Instrucción N° 2, San Carlos de Bariloche, Río Negro, “Fernández, E.R. s/ denuncia”, del 21/4/04.

<sup>67</sup> Liliana ABREUT DE BEGHER, en “Propiedad indígena”, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos - La Ley, en prensa.

<sup>68</sup> Liliana ABREUT DE BEGHER, en “Propiedad ...”, *ob. cit.*

<sup>69</sup> Juzgado Civil, Comercial y Laboral de Esquel, Pcia. de Chubut, “El Kahazen, José V. c/ Huenchunao, De Huilinao, S. s/ desalojo”, confirmada por la Cámara de Apelaciones del Noroeste de Chubut; Juzgado de Instrucción N° 4, de Puerto Madryn, del 3/4/02, “Nares, L.M. s/ denuncia de usurpación”.

tuía “un exceso de rigor formal sostener que las cuestiones requerían mayor debate y prueba, pues, a fin de determinar la existencia de arbitrariedad y legalidad manifiesta, resultaba suficiente controlar que los actos impugnados hubieran respetado los procedimientos exigidos por la legislación provincial y nacional vigentes para autorizar la actividad” y que “A tal fin , bastaba con examinar si , de conformidad con las normas invocadas por la actora, la autorización y prórroga de la actividad en cuestión requería una evaluación previa de impacto ambiental y social, y si se había respetado lo dispuesto por el art. 75 inc. 17 C.N.”<sup>70</sup>.

“No obstante la operatividad de la norma constitucional, esta propiedad especial aconseja , atendiendo a su especial naturaleza y características, el dictado de una ley que asegure su armónica inserción y sistematización dentro del ordenamiento jurídico dada la insuficiencia de las disposiciones de la ley 23.302”.

A los fines de atemperar la demora en su dictado, el Congreso ha sancionado la ley 26.160<sup>71</sup> que declara, por el término de cuatro años, “la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquellas preexistentes ...” (art. 1º).

Esta norma, cuyo plazo ha sido prorrogado por la ley 26.554<sup>72</sup> suspende la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de dichas tierras (art. 2º), encomendando al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas el relevamiento técnico jurídico catastral de la situación dominial de aquellas ocupadas por pueblos indígenas y la promoción de las acciones necesarias con el Consejo de Participación Indígena, los institutos aborígenes provinciales, universidades nacionales, entidades nacionales, provinciales y municipales,

---

<sup>70</sup> C.S.J.N., “Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T Oi s/ recurso de hecho, en la causa Comunidad Indígena Pueblo Wichi Hoktek T Oi c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable”, Fallos 325:1744.

<sup>71</sup> B.O., 23/11/06.

<sup>72</sup> B.O., 11/12/09.

organizaciones indígenas y organizaciones no gubernamentales (art. 3) y crea un fondo especial al respeto.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos <sup>73</sup>, cuya jurisprudencia ha sido reconocida por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación como vinculante en relación a la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos <sup>74</sup>, ha establecido que el concepto de propiedad del art. 21 del Pacto incluye a la propiedad comunal de las comunidades indígenas, incluso cuando carecen específicamente de un título o de cualquier otro reconocimiento específico por el Estado.

#### IV. Conclusiones

a) Entendemos que posiblemente no exista en la actualidad ningún sector de la sociedad que haya mantenido costumbres milenarias sin un intercambio con las de otros sectores. Que la tolerancia, el respeto, la igualdad y la no discriminación constituyen principios básicos en toda sociedad democrática no sustenta mayores debates, pero también, que es una realidad observable a través del estudio de las diferentes fuentes del derecho, especialmente, a la luz de la jurisprudencia, que el respeto a la diversidad cultural provoca necesariamente un reacomodamiento de valores y conductas que se creían indiscutibles <sup>75</sup>.

b) Los indígenas, como cualquier grupo humano, tienen sus propias costumbres, sentimientos, percepciones de lo buenos y de lo malo, de lo justo e injusto, sus creencias espirituales, sus usos, su lenguaje, su forma de comunicarse, su concepción de familia, sus nociones de castigo, su propia manera de expresar sus lazos con sus semejantes; en definitiva, su propia cosmovisión del mundo, la que tienen consecuencias en construcción, vigencia y aplicación de las normas -jurídicas o no- a las cuales someten, y eventualmente sancionan, su comportamiento, su vida en comunidad.

---

<sup>73</sup> Caso: "Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni", Sent. del 31/8/01, Serie N° 79.

<sup>74</sup> Fallos 315:1492.

<sup>75</sup> Susana ALBANESE, "Derechos de ...", ob. cit..

Y si bien el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas por nuestra Constitución es un paso muy importante en el movimiento socio cultural para encauzar jurídicamente las pretensiones aborígenes, para su recepción y exigencia en el orden jurídico argentino es necesario incorporar al elemento normativo elementos axiológicos y sociológicos (cultura, valor y ley), es decir, no dejar de lado el análisis de la identidad, particularidades culturales, creencias, idiosincrasias, costumbres ancestrales y valores consuetudinarios arraigados en la estructura social y religiosas de la comunidad étnica <sup>76</sup>.

c) A partir de la reforma constitucional el Estado argentino reconoce en su seno la pluralidad cultural, lo que implica la aceptación de diferentes sistemas de valores, pautas y normas que deberán operar enmarcadas por la más general que es la constitutiva del propio estado argentino.

El ajuste entre la normativa de las instituciones tradicionales y las del derecho positivo de un país moderno parece ser uno de los grandes desafíos que dejó planteados esta parte de la reforma.

Para ello será necesario profundizar en el conocimiento de la normativa indígena para, a partir de ella, adecuar el contenido de los códigos y leyes particulares y descubrir el compromiso necesario entre unas y otros cuando las diferencias parezcan irreconciliables <sup>77</sup>.

Reviste particular importancia en ese orden de consideraciones la concreción fáctica de los derechos de los pueblos originarios sobre sus tierras.

d) Interín es dable exigir una comprometida actitud de mesura jurisdiccional para cohonstar los valores en juego: por una parte, los derechos indígenas, que exigen resguardo a partir del texto constitucional; y por la otra, la necesidad -y el deber- de aplicar el *ius puniendi* que titulariza el Estado.

---

<sup>76</sup> Juan F. GOVERT, “Panorama sobre el derecho indígena.: hacia una vigencia sociológica”, La Ley on line.

<sup>77</sup> R. ALTABE, J. BRAUNSTEIN y J.A. GONZÁLEZ, ob. cit..

Puede decirse que, si bien ante derechos contradictorios deberá optarse en la interpretación por el criterio de especialidad de la situación indígena, buscando la preservación de estos valores, nunca habrá de ser en desmedro de los derechos fundamentales de la persona.

# ENSAYO DE FORMULACIÓN ACERCA DE LA RELACIÓN ENTRE JUECES Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL

ARMANDO S. ANDRUET (H)

**Sumario:** Dedicatoria. I. Los niveles de apreciación del problema jueces-medios. II. Sociología de la judicatura (Un análisis teórico). III. Sociología de la información judicial (Un análisis funcional). IV. La deontología informativa judicial (Un análisis pragmático). IV.1. Apéndice jurisprudencial deontológico en materia de jueces y medios.

## Dedicatoria

La buena práctica académica siempre ha señalado, que siendo un libro en homenaje a un Profesor, sean sus discípulos quienes en primer lugar escriben en recuerdo del Maestro, en segundo lugar, se reserva la ocasión para que sea la comunidad académica que participa de la disciplina científica del homenajeado, la que reflexiona acerca del producto académico que ha sido o está siendo legado por el ilustre Profesor.

En nuestro caso parece que ninguna de las dos variables están presentes, pues no integramos el círculo de iniciados por el Maestro en los sinuosos caminos del derecho civil; porque hemos profesado siempre la filosofía del derecho aunque haya sido hecho ello, con cierta heterodoxia. Por la misma razón, tampoco tenemos ninguna autoridad académica para decir algo desde la doctrina civilística, acerca de tantos aspectos que traspasan la vida diaria de las personas y que reposan como tal, en el derecho privado.

En realidad lo que nos une al Profesor Luis Moisset de Espanés antes que cualquier otra cosa, es el afecto y la amistad que recíprocamente nos dispensamos y que nos ha permitido desde ese lugar, encontrar coincidencias temáticas que han sido, seguramente más provechosas para

nosotros que para él. Ello así, porque el Dr. Moisset de Espanés es un hombre de una extraordinaria generosidad y que desde casi una veintena de años a esta parte, me lo viene demostrando sin reclamo de naturaleza alguna. Ha sido su fuerte insistencia la que, en muchas ocasiones concluyeron en estudios y trabajos que tanto colaboraron a nuestra propia formación curricular y personal, fueron sus tantos amigos, conocidos y conexiones dentro y fuera de Argentina, las que, nos allanaron caminos y presentaciones y que no corresponde ahora memorar.

Al fin de cuentas, casi con títulos putativos me reconozco de alguna manera también un discípulo del Maestro Luis Moisset de Espanés y por ello, es que su generosidad y mirada siempre amplia de lo que ocurre en el mundo del derecho, le habrán de permitir encontrar las mínimas bondades que esta contribución escrita en su honor, acaso pueda tener.

## **I. Los niveles de apreciación del problema jueces-medios <sup>1</sup>**

Nos parece a todas luces conveniente y acorde al abordaje que corrientemente se brinda al tema central del epígrafe, precisar lo más claramente posible el objeto de nuestro aporte; para desilucionar así, a quienes esperaban otra perspectiva de análisis y alentar al auditorio a que

---

<sup>1</sup> Como hemos destacado, se trata el presente aporte de un 'ensayo' y que como tal nombre indica, se trata nada más, que de un experimento que singularmente los profesores solemos hacer a los fines de disparar a la comunidad académica en primer lugar y a los operadores de ella, secundariamente, provocaciones intelectuales respecto a ciertas prácticas o construcciones teóricas. En la tradición inglesa, el ensayo es siempre una 'composición incompleta' (Vide Joseph GLANVILL en *Scepsis scientifica; or Confest Ignorance, the Way to Science*, circa 1655) y en ese sentido, es que debe ser ponderado el presente aporte y por lo tanto, asumimos lo defectuosa que puede ser la propuesta.

Por otra parte, debe ubicarse este trabajo, como otro aporte que formulamos a lo que venimos modelando como una especie de 'Sociología de la Judicatura' en donde, lo vinculado con los medios de comunicación, ocupa un lugar destacado precisamente por su fuerte socialización del producto jurisdiccional. Nos han resultado muy sugerentes particularmente las consideraciones de Rüdiger LAUTMANN quien en su obra *Sociología y Jurisprudencia*, México, Fontamara, 2004. Especialmente se refiere a una 'Sociología de la Justicia' en pág. 69 y ss.

conozca con exactitud cierto estado de cosas que existen detrás del binomio 'jueces y medios' y que tal como parece, resulta inabarcable desde lo descriptivo y no gobernable desde lo prescriptivo. Como precisar también, que es un compuesto en donde las pedagogías que se quieran poner en marcha en los diferentes Poderes Judiciales de los que se trate, al fin de cuentas, no pasan de ser unas buenas pero simples orientaciones prácticas que pueden o no ser ejercitados por los magistrados, más allá, de la forma instrumental que exista en ellas <sup>2</sup>.

Afirmamos lo dicho, porque en realidad y esto a veces se olvida en el discurrir del problema, que la auténtica centralidad del problema 'justicia y medios', no es de factura especulativa sino práctica; como también, que la experticia que los jueces pueden llegar a desarrollar en la materia comunicacional se obtiene mediante una realización cotidiana en la práctica diaria. Por ello, el esfuerzo debe estar en otorgar a los jueces, los instrumentos que mejoren y potencien la natural disposición en quienes la tengan, y a los carenciados en dichas habilidades, pues que sepan donde apertrecharse de tales vituallas de sobrevivencia para un batallar constante que desde la magistratura existe en estas cuestiones.

Aunque mucho pese decirlo, la metodología de la prueba cotidiana mediante el procedimiento del ensayo/error, es la que va llevando naturalmente, a que cada uno de los jueces en relación con los medios deba ser un auténtico 'actor cívico-judicial', puesto que en tales circunstancias, tiene que reconducirse en un genuino comunicador mediático -directos o no-, de la misma información de la que es fuente material.

---

<sup>2</sup> Vide entre otras, Poder Judicial de la Nación, *Guía de buenas prácticas para el tratamiento y difusión de la información judicial*, Buenos Aires, La Ley, 2009; C.S.J.N., Acordada 17/06 Expte. N° 2078/06; Instrucción N° 3/2005 sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación; Acuerdo Reglamentario Serie 'A' N° 331 del 11.IX.96 del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba sobre 'Pautas de relaciones entre los medios de comunicación y los tribunales' (Reconoce como antecedente particularmente el '*Manual para el tratamiento de casos de gran notoriedad*' publicado por el National Center for State Courts de los Estados Unidos en el año 1992 y que fuera adaptado a la experiencia local e idiosincrasia nacional). En la pasada XV Cumbre Judicial Iberoamericana (Montevideo, 28 al 30 de Abril de 2010) se discutieron los 'Principios, Reglas y Buenas Prácticas sobre las Relaciones entre los Poderes Judiciales y los Medios de Comunicación'.

Para dicha empresa, que también hay que decirlo es cada vez más requerida por la sociedad y los medios de comunicación en consecuencia; es que van aprendiendo los jueces, con insuficiente metodología y al correr de los diferentes casos en que les toca intervenir y que concitan el interés general de la ciudadanía a ser mejores comunicadores. Particularmente la demanda informativa mediática se genera en pleitos por diferentes razones, entre las que cabe apuntar: 1) Por tratarse de una cuestión con relevancia política que hace al contenido del bien común <sup>3</sup>, 2) Por tratarse de una cuestión de relevancia moral para la sociedad en su conjunto <sup>4</sup>, 3) una cuestión que aparezca relevante por el contenido material que se discute, sea económico, policial, social, histórico, político, estético, entre otras tantas <sup>5</sup>.

Vaya entonces nuestra primera aclaración expositiva. Nos habremos de ocupar del tema, en tres niveles diferentes y como no podría ser de otro modo, cada uno de ellos nos irá retirando de lo más universal y abstracto -por donde iniciaremos- y que será entonces un abordaje que se formula desde la filosofía jurídica-política o la misma '*sociología de la judicatura*', para culminar poniéndonos frente al caso individual que le toca experimentar en el *hic et nunc* al juez propiamente. Y que será nuestro análisis final.

Repetimos entonces, inicialmente nos ocuparemos desde la universalidad del problema y que bien puede considerarse como una especie de analítica de una relación torsionada entre justicia y medios <sup>6</sup> y que se

---

<sup>3</sup> Principalmente son aquellas cuestiones que integran parte de las que otrora fueron consideradas como 'cuestiones políticas no judiciales' o simplemente, las que tienen un contenido político justificable o tienen la intervención de algún funcionario público.

<sup>4</sup> Aquellas cuestiones que afectan a los previsible proyectos de vida individuales de las diferentes personas que sobre ideologías y cosmologías morales diferentes, comparten un proyecto de República; verbig. la discusión acerca de la despenalización del consumo personal de estupefacientes.

<sup>5</sup> O sea todo el variopinto temático que satura varias páginas de cualquier diario importante del mundo o que cubre gran parte de las informaciones radiales o televisivas también de cualquier lugar del planeta.

<sup>6</sup> La tensión supone una igual textura en la cosa que la padece y así es, hasta que ella es quebrada; mientras que en la torsión por el contrario, dicha textura no resulta uniforme sino que tiene, diversidad de matices en sus segmentos.

genera en orden a la requisitoria que en ejercicio del derecho a la libre información que la sociedad por intermedio de los medios ejercita y que la magistratura como custodia de los bienes públicos, *prima facie* no puede coartar sino que debe satisfacer y luego a mitad del camino entre lo teórico y lo práctico, se emplaza el capítulo de una '*teoría política de la judicatura*' en relación a los medios de comunicación y sobre la cual, volveremos más atrás bajo el concepto de sociología de la información judicial.

Finalizaremos con la concretización del binomio justicia-medios, considerándolo desde la ética profesional del hombre juez y que propiamente nombramos como '*deontológica informativa judicial*' que más allá de su propia conciencia, se encuentra sujeto a coordenadas deontológicas judiciales concretas en la materia <sup>7</sup> y que como tal, le orientan un camino previamente considerado como el más apto por el mismo *ethos* profesional y que mejor satisface los intereses públicos desde una realización individual y que reenvía el mencionado problema -según hemos estudiado- a un ámbito recóndito y personal como es el del secreto profesional del juez que la doctrina ético judicial ha conjugado.

Reconocemos que puede resultar al auditorio, un tanto ofensivo en tiempos de derechos abiertos, de texturas democráticas y de libertades cada vez más requirentes, que se ponga de manifiesto la vigencia del secreto profesional del juez justamente cuando, se quiere mostrar la importancia de la prensa libre para la consolidación de cualquier democracia constitucional <sup>8</sup>. Sin embargo defendemos la tesis, porque según veremos, cuando nos ubicamos desde la magistratura en el nivel de máxima

---

<sup>7</sup> En diferentes codificaciones deontológicas para jueces y magistrados se otorgan criterios referenciales para dicha temática. Nosotros nos ocuparemos solo de señalar más atrás, aquellas que en particular nos importan para este desarrollo, de cualquier manera pueden ser consultados dichos instrumentos en particular en S. ROOS y J. WOISCHNIK, *Códigos de ética judicial - Un estudio de derecho comparado con recomendaciones para los países latinoamericanos*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

<sup>8</sup> Respecto al secreto profesional y la vinculación con los medios de prensa, con fecha reciente se ha expedido la Sala II de la Cámara Federal de la Capital, confirmando una resolución de la anterior instancia en donde se desestimada una denuncia formulada en contra de un juez que instruía la causa por haber violado el secreto profesional, al haber entregado a la prensa el escrito de procesamiento antes de haberlo notificado al imputado. El fundamento de la resolución, fue que las resoluciones judiciales tienen por principio 'carácter público'.

inmediatez con la sociedad que es quien, en definitiva tiene la autoridad del requerimiento y le exige al magistrado, a través de los medios quienes se han subrogado en los derechos constitucionales de los ciudadanos a que otorgue cumplimiento a la manda de la debida publicidad de los actos que son de su gobierno y de su decisión; que la temática entonces se hunde en el canon deontológico del secreto profesional que está pivoteado en tal ocasión sobre tres agudos comportamientos judiciales: imparcialidad, probidad y recato; sin perjuicio de los diferentes modos instrumentales en que, el secreto sea como tal develado<sup>9</sup>.

Lo cierto y con independencia de los niveles de análisis y percepción del sintagma discutido de ‘jueces y medios’, resulta inevitable que los jueces habrán de tener que revisar el marco teórico del problema, como también deberán hacer un repaso por el *corpus* deontológico que les contiene y saber si el mismo cuenta positivamente con criterios orientativos para este problema y en caso negativo, echarán mano a su mejor percepción moral del problema. El marco teórico, será lo que le permitirá conocer al juez, las diferentes tensiones que se generan entre los dos núcleos del problema -jueces y medios- y le orientará al resultado cognitivo posterior, y que casi con presumida certeza -decimos- que se pueda encontrar el juez en dicho camino una simbiosis auténtica de factores tan distantes como es el judicial y el comunicacional.

---

Por otra parte se debe señalar, que muchas veces se advierte que la tensión y avidez por conocer cuestiones judiciales que los medios tienen, resulta contraproduktiva a los propios estándares de vida en común; en donde la democracia constitucional exige un respeto de los derechos fundamentales de todas las personas aun cuando ellas, ocupen situaciones, cargos o funciones que puedan *prima facie* ser de interés general. Pues cuando, el interés general prima sobre el orden jurídico que impone ciertos valladares momentáneos, en realidad lo que está ocurriendo es una sutil perforación de la capa protectora del mismo marco institucional de la República. Por ello es que la democracia para ser auténtica no puede sino, ser constitucional; de lo contrario la tiranía de las mayorías sería la regla de proceder y la vieja preocupación sofística de Caliclés sería realidad (Vide PLATÓN, *Gorgias*, 482-484).

<sup>9</sup> La circunstancia que exista una masividad de información judicial, en modo alguno opaca la génesis de que ella, en algún trance de su misma progresividad y consolidación como resultado jurisdiccional cualquiera: no fuera secreto; ya sea ello sólo para quienes intervienen grupalmente en tal proceso o exclusivamente para quien *in mentis* conoció de la decisión (Juez). Sólo cuando trasciende dichas fronteras subjetivas deja de ser como tal una cuestión amparada por el secreto profesional.

Dicho resultado negativo resultado, pues será impuesto no porque exista alguna formulación *a priori* prejuiciosa de unos u otros, sino porque, simplemente, se construyen dichos extremos: jueces y medios, sobre lógicas operativas y discursivas que son en muchos casos incompatibles y por lo tanto, se autoexcluyen.

El esfuerzo que hay que advertir entonces en toda la temática de la relación de jueces y medios, es que tratamos de generar los entendimientos de ámbitos disciplinares y operativos sumamente diferentes y a veces es muy difícil, ser auténticos consigo mismos, rehuyendo a las calidades que son propias a cada uno. Sin duda, si existe un *quid* del problema es éste y sólo ese punto es quien resuelve cualquier ensayo o discurso que sobre el problema se pueda plantear. Lograr la síntesis melodiosa de notas musicales enfrentadas, es algo así como, una *contradictio in adjectus* y por lo tanto para cerrar con la metáfora, no es que la butaca del teatro afecte el concierto sino que son los instrumentos musicales que se ejecutan los que no tienen ritmos, tonos y notas afines.

Mas ello no quiere decir en modo alguno, que su abordaje intelectual desde su reconocimiento, formulación y operatividad sea una labor fútil y no posible de obtener de ella, subproductos valiosos y de alguna manera, modificatorios de prácticas que pueden ser consideradas de '*contradicción salvable*'. Debiendo advertirse también, que respecto a otras, que nominamos de '*contradicción extrema y no salvables*' habrá al menos, que hacer un sostenido esfuerzo para superar la mayor cantidad de roces, fricciones y solapaciones que se generan en la práctica corriente.

Para dicho nivel pragmático judicial con los medios y atento la inmediatez que existe con el requerimiento público al juez, es donde no se pueden ignorar las aportaciones que para fortalecer los ámbitos éticos de la magistratura se vienen brindando y que han culminado con instrumentos tales como: declaraciones, códigos, catálogos de conducta, reglas de buenas prácticas, orientaciones éticas, entre otras; que directamente o no, a partir de un itinerario de exigencias éticas judiciales <sup>10</sup> -en particular

---

<sup>10</sup> Utiliza dicha nominación Rodolfo Vigo para señalar que "... se trata de exigencias que constituyen prerrequisitos o condiciones para esa excelencia y también exigencias que se vinculan a un modo apropiado de cumplir la actividad; el hecho de que el juez cuente o satisfaga esas exigencias genera presunciones de excelencia a favor de la actividad

la tríada señalada- otorgarán parámetros de construcción para una adecuada relación con los medios.

Finalmente -como adelantamos- entre el análisis universal y teórico del conflicto jueces y medios -a ser considerado en primer lugar-, y la realización práctica de la operación en concreto del manejo individual del caso judicial, puesto en grado de información pública -que consideraremos en último lugar- y para lo cual, los jueces se habrán de servir de los instrumentos deontológicos que existan, como de los resultados jurisprudenciales disponibles; se encuentra un ámbito de abordaje poco transitado en sentido estricto y que bien podría ser considerado, como inherente a una ‘teoría política de la judicatura’.

Afirmamos que resulta una ‘teoría política de la judicatura’ y no meramente de una realización de la judicatura en concreto, puesto que se asienta sobre un conjunto de cuestiones muy sensibles tanto a la ciudadanía cuanto a la judicatura, como son los mecanismos de manejo de la información institucional de los poderes judiciales y que por tanto, se conjugan en la profundidad temática, nada menos que con los contornos que ponderan las cuestiones relativas a la articulación por la judicatura de su misma imagen social.

Huelga señalar, que esto supera los límites de una sociología de la información judicial para inscribirse en lo raizal y piramidal inverso de la razón de ser en toda sociedad de los Poderes Judiciales, esto es: para generar confianza pública sobre el respeto a la ley asegurar la estabilidad de las instituciones y brindar los resguardos que la ciudadanía requiere para emplazar sus proyectos de vida. De esto nos ocuparemos en segundo lugar.

Reconocida cual es nuestra pretensión, intentaremos dar muestra de la suficiencia en la respuesta a ser ensayada a cada uno de los tres niveles señalados.

---

cumplida por el mismo (...), y así logra cierta autoridad que facilita la aceptación de sus decisiones” (*Ética y responsabilidad judicial*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2007, p. 70).

## II. Sociología de la judicatura (Un análisis teórico)

Las dificultades en encontrar soluciones a los temas que aquejan a la relación medios y jueces, pasan sustancialmente por no aceptar las diversidades ontológicas o las referencias estéticas, que en cada uno de estos 'espacios públicos' existen <sup>11</sup>. Es importante marcar, que los Poderes Judiciales deben asumir que quienes tienen el real derecho a la información y son beneficiarios del principio republicano de la publicidad de los actos del gobierno judicial, son siempre los componentes de la sociedad civil <sup>12</sup> y sólo secundariamente los medios. Frente a la opción dicotómica entre uno y otro, la elección es por el polo societario y no periodístico; de cualquier manera, no se nos escapa que la sociedad en términos generales -dicen las encuestas-, conoce la justicia por lo que los medios dicen que ella es <sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Nos hemos referido particularmente con extensión a este apartado en un artículo publicado en Revista La Ley intitulado "Poder Judicial y medios de comunicación social - Torsiones permanentes", publicación del día 16.III.07 (T. 2007-B) y del cual, ahora hacemos una síntesis enriquecida con otras lecturas posteriores.

<sup>12</sup> Cuestión ésta que el Poder Judicial de la República la ha tenido siempre dentro de sus prioridades, ello así se explica, si se repara en las consideraciones que en 1864, cuando comenzó a publicarse la colección de fallos de la Corte Suprema de la Nación que su secretario el Dr. José M. Guastavino, relatara las siguientes razones que avalaban dicha empresa y entre ellas destacaba que "Al lado de la influencia y poder que ejercen sobre la garantía de los derechos y sobre la suerte y organización del país, es necesario agregar la publicidad, no sólo porque todos los que habitan el suelo de la República pueden ser en ellas heridos o respetados en sus derechos, sino también para levantar ante el Tribunal de la Corte Suprema el poder de la opinión del pueblo, quien, a la parte que gana en inteligencia con el estudio de las decisiones judiciales, con su censura hace práctica la responsabilidad de los jueces, los cuales ganan a su vez en respetabilidad y prestigio ante sus conciudadanos, según sean la ilustración y honradez que muestren en sus decisiones. De esta manera logra también el pueblo, por un medio indirecto, pero que obra poderosamente sobre el hombre, prevenir la corrupción de conciencia de sus jueces".

Huelga señalar que el primer principio de los diez que integran la Declaración de Chapultepec expresamente así lo indica, a saber: "No hay personas ni sociedades libres sin libertad de expresión y de prensa. El ejercicio de ésta no es una concesión de las autoridades; es un derecho inalienable del pueblo".

<sup>13</sup> A tales efectos vale la pena tener presente los resultados todavía no volcados en el respectivo informe final que han sido obtenidos de un extenso trabajo de investigación

Quizás un camino exploratorio a dicho resultado pueda ser, y siempre para beneficiar la comunicación<sup>14</sup>, que los Poderes Judiciales potencien ciertos ámbitos de relación directa con la sociedad, esto es haciendo ‘información operativa’<sup>15</sup> y que generalmente se organiza bajo alguna

---

que co-dirigimos desde el Centro de Perfeccionamiento Ricardo Núñez - Área de Investigaciones del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba y el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, sobre ‘Imagen de la Justicia’ en el cual donde se obtiene que un sector poblacional que -acorde a los parámetros del estudio- se ubican en una clase social baja (62,50%), indican que la información sobre la cual construyen sus opiniones sobre el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba es por los medios de comunicación social. De cualquier modo, el grupo de clase social alta, ante la misma consulta es del 58,30%. La experiencia personal -como forma de conocimiento del Poder Judicial- en esos mismos cortes socio-etáreos es del 21,40% y 15,30% respectivamente. Cabe agregar luego, que entre los medios el de mayor penetración es la televisión.

<sup>14</sup> Se dice que es la “relación establecida entre los seres humanos mediante un proceso que consiste en transmitir desde un emisor hasta un receptor, un mensaje proveniente del emisor, o de otra fuente de información, a través de un canal de comunicación y utilizando para ello un código, principalmente el lingüístico” (H. BERISTÁIN, *Diccionario de retórica y poética*, México, Porrúa, 1998, pág. 102).

<sup>15</sup> Cuando decimos comunicación, es conveniente diferenciar tres subespecies que en ella existen, a saber: información, propaganda y publicidad. La noción de ‘publicidad’ importa una comunicación para la venta de un producto o de servicio. Desde este significado, sin duda que los Poderes Judiciales no hacen tal comunicación: nada deben vender o promocionar. Sin embargo consideramos que resultaría provechoso que los Poderes Judiciales puedan mostrar en manera atractiva y no por ello con falta de seriedad o respeto, la tarea y esfuerzo que en dicho ámbito del Estado se cumple. De alguna manera, la folletería, guías visuales, hojas de ayuda al ciudadano, carta de derechos, directorio de responsables, etc. que están referidos a espacios de atención al justiciable y disponibles en muchas oficinas judiciales, se orientan a no dudarle en dicha política publicitaria. Ello sin duda que ayudaría a consolidar las relaciones de adecuada concordia entre el ciudadano común y el Poder Judicial, en donde el nombrado Poder no sólo ser vería como parte de la estructura institucional estatal, sino como una institución que ofrece un servicio a la gente. Este tipo de información judicial, se nombra como ‘operativa’. La ‘propaganda’ por su parte, es la transmisión de ideas, opiniones, sistemas políticos, sociales o religiosos, sometidas a una deformación por el emisor, que le confiere un carácter subjetivo. Ni para los Poderes Judiciales en su conjunto ni para los jueces en particular, resulta conveniente o aceptable que se haga uso propagandístico de la función judicial; institucionalmente devendría, en una actitud estafatoria a la sociedad civil y desde lo personal, aparecería como un acto reñido con los propios estándares éticos existentes. Por oposición a tal realización, se encuentra la ‘información’ que es una transmisión de noticias, referencias y/o datos de una manera objetiva a la que se pretende

especie de 'Oficina de Atención al Ciudadano' <sup>16</sup>, que en el modelo español o francés tienen un notable desarrollo.

Lo cierto entonces, que en una sociedad cada vez más globalizada y con mayores reclamos de consumos culturales, la comunicación es siempre un factor social de alta importancia <sup>17</sup>; por ello, los medios han surcado los espacios *urbe et orbis* y tienen el poder de: 1) Fijar los acontecimientos que recogen y por lo tanto, lo despreciado por ellos se asemeja a lo no existente, 2) Establecer el orden de la prioridad de los acontecimientos 3) Definir cuáles son los temas de actualidad y cuáles no, con lo cual, 4) Determinan la capacidad de discriminación temática del público <sup>18</sup>. A ello se debe agregar, que por lo general las grandes noticias periodísticas están acompañadas de una construcción que las hacen propiamente ser espectáculos políticos <sup>19</sup>, de allí que corresponda agregar a los rasgos apuntados los siguientes: i) La dramatización, la simplificación y la personificación son figuras retóricas que resultan modos comunes de utilización en los titulados y copetes periodísticos <sup>20</sup>, ii) Recursos retórico-visuales por los cuales, las noticias tienen un carácter hiperreal o la generación de pseudo-acontecimientos que a partir de prueba-ensayo son puestos a consideración <sup>21</sup>.

---

dotar de un halo de respetabilidad *intuita*. Así las cosas, ninguna dificultad existe en que los Poderes Judiciales brinden la información necesaria a la sociedad acerca de su misma realización laboral, de las cuestiones vinculadas con sus sistemas financieros, con la manera en que se promocionan los agentes, los protocolos y rutinas de labor en determinadas áreas, las estadísticas del cumplimiento de niveles de producción cuantitativa y cualitativa de los jueces, etc. Este tipo de información judicial se conoce como 'información administrativa' puesto que en gran medida, se originan en actos administrativos.

<sup>16</sup> El Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, ha dictado el Acuerdo N° 1003 - Serie 'A' del 30.III.10.

<sup>17</sup> Vide D. SINOPOLI, *Opinión pública y consumos culturales*, Buenos Aires, Docencia- Fundación Universidad a Distancia Hernandarias, 2004.

<sup>18</sup> Vide A. LÓPEZ EIRE y J. GUERVÓS, *Retórica y comunicación política*, Madrid, Cátedra, 2000, p. 9.

<sup>19</sup> Vide J. FERRY, *El nuevo espacio público*, Barcelona, Gedisa, 1992.

<sup>20</sup> Vide L. SANTAMARIA SUÁREZ y M. CASALS CARRO, *La opinión periodística*, Buenos Aires, Docencia- Fundación Universidad a Distancia Hernandarias, 2000.

<sup>21</sup> Vide M. EDELMAN, *La construcción del espectáculo político*, Buenos Aires, Manantial, 2002, p. 104 y ss.

En miras a una relación más amigable y útil entre jueces y medios, será el Poder Judicial quien deba romper con su etnocentrismo arraigado y atávico que le es propio, y generar canales comunicacionales diferentes a los tradicionales, como también aprender a manejar los códigos que la sociedad civil -no erudita judicialmente- utiliza, ensayando así un espacio cognitivo común<sup>22</sup>. El paradigma será entonces, el de una adecuada comunicación retórica judicial<sup>23</sup> que no debe confundirse con un mero *marketing* judicial<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> De todas maneras no se debe creer por lo dicho, que sólo esas cuestiones son las que generan una imagen devaluada del Poder Judicial sino que hay otras que son más profundas y que como tal, atraviesan gran parte de los Poderes Judiciales latinoamericanos. Bien se ha dicho que “En suma, el malestar ciudadano con la justicia no corresponde a un estado de humor social pasajero, ni puede ser explicado superficialmente como un asunto circunstancial de mal imagen institucional, que podría ser atendido mediante el uso de mejores recursos en relaciones públicas. Se trata de una demanda de cambio profundo que tampoco puede reducirse a un reclamo simple de modernización en órganos judiciales desfasados en razón de su anclaje a unos y costumbres coloniales. Aquello que confiere estado de crisis grave a la situación de la administración de justicia no es la mera existencia de un variado conjunto de demandas insatisfechas sino la incapacidad de los jueces para entenderlas, hacerse cargo de ellas y responderlas” (L. PÁSARA, “El conflicto entre medios de comunicación y justicia” en *Reforma Judicial*, Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., N° 3 (2003)).

<sup>23</sup> Acerca de la argumentación retórica judicial puede ser consultado nuestro libro *Teoría general de la argumentación forense*, Córdoba, Alveroni, 2001.

Un repaso detenido que se haga por los distintos instrumentos que los Poderes Judiciales han dictado a los fines de sugerir de que manera las prácticas judiciales pueden ser mejor aprovechadas comunicacionalmente pues se orientan en tal camino, verbigracia: 1) Brindar igual tratamiento a los diferentes medios, 2) Minimizar -pero no desconocer- el uso del *off the record*, 3) Utilización de un lenguaje sencillo, directo y desprovisto en cuanto sea posible de tecnicismo, 4) Si existe resolución sobre lo informado, acompañarla, 5) Las audiencias públicas autorizar la presencia de periodistas, 6) Publicitar las resoluciones después de haber sido notificadas las partes, entre otras. Todas las indicadas, han sido recogidas de Poder Judicial de la Nación, *Guía de buenas prácticas para el tratamiento y difusión de la información judicial*, Buenos Aires, La Ley, 2009.

<sup>24</sup> Huelga señalar que el *marketing* político que sería el más asimilable a la versión judicial, presupone que a la información escrita se suman objetos promocionales, audiovisuales, emisiones televisivas particulares, ejercitación del *media training*. A ello se agrega cuestiones de tipo personal del comunicador: prestancia física, vestimenta, decoro, dominio de la dicción, modulación de la voz. Mientras que la comunicación

Lo cierto al final de cuentas, es que por las diversas contingencias sociales el lugar protagónico que los jueces han tomado contemporáneamente resulta incuestionable<sup>25</sup>; como también lo es, la similar envergadura que los medios tienen<sup>26</sup>. Parece existir una correlación que a mayor grado de ‘complejidad socio-política’ hay también una mayor exigencia de ‘protagonismo judicial’ -con el riesgo de que los jueces caigan en la tentación del autoritarismo judicial<sup>27</sup>- produciéndose así, una ‘maximización judicial’ donde todos los contornos de la vida privada y pública son judicializados, todo lo cual se brinda en un doble escenario. Uno el propio y judicial y el otro, el que los medios instalan.

De la misma manera que un ingeniero calcula pesos, medidas, cargas y distribuciones, un juez hoy, debe ser un ‘ingeniero social’<sup>28</sup> que

---

retórica judicial podría pasar por reconocer las debilidades en ciertos ámbitos de la jurisdicción, pero a la vez mostrar las vías de superación en concreto, por caso al servicio de justicia lento oponerle la mayor cantidad de tribunales; a un servicio de justicia colapsado oponerle las reformas procesales que doten de agilidad al proceso; a un servicio de justicia oneroso oponerle un beneficio de acceso a la tutela judicial efectiva gratuito; a un servicio de justicia con síntomas de jurisprudencia errática oponerle modelos de unificación de la jurisprudencia, etc.

<sup>25</sup> Vide por todos C. GUARNIERI y P. PEDERZOLI, *Los jueces y la política*, Madrid, Taurus, 1999.

<sup>26</sup> A tal extremo es dicha circunstancia que ha llevado a que Eugenio Zaffaroni, afirmara que “Los medios masivos de comunicación social -y especialmente la televisión- son hoy elementos indispensables para el ejercicio de poder de todo el sistema penal (...) Los medios masivos son los grandes creadores de la ilusión de los sistemas penales” (*En búsqueda de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 2003, ps. 131/2).

<sup>27</sup> Nos hemos referido particularmente a este asunto en nuestro ensayo “Acercas del judicialismo o autoritarismo judicial” en *Discusiones en Torno del Derecho Judicial*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Cs. Ss. de Córdoba, 2008, tomo XI, p. 13 y ss. Cabe destacar, que los presuntos estados de autoritarismo judicial o judicialismo han sido formulados a partir de una construcción que los propios medios de comunicación realizan.

<sup>28</sup> Bien se ha explicado que se designa bajo el nombre de ‘ingeniería social’ a “... cualquier forma de planificación racional dirigida a inducir un cambio social específico en una determinada estructura de la sociedad, a fin de que asuma un estado-objetivo considerado mejor o progresivo con relación al precedente, mediante intervenciones de diversa naturaleza que por lo demás en general se concretan al uso de instrumentos normativos como el derecho, con base en valores explícitos, a un estudio sistemático de las relaciones entre medios y fines y a una articulación precisa de las intervenciones en una secuencia de

desde la racionalidad práctica aprende a ponderar las consecuencias positivas y negativas que cada resolución tendrá en el agregado social; pero también medirá debidamente cuándo y dónde hablar y por sobre todo, guardando silencio cuando la naturaleza de las cosas así lo imponen <sup>29</sup>. Pues por ello, es que los jueces no pueden desconocer, que además de la interpretación judicial que los operadores jurídicos efectuarán de las resoluciones, existirá la ‘interpretación social’ <sup>30</sup> que en particular los medios habrán de instalar de la resolución y por lo tanto, tendrá que ser parte de la obra ingenieril que el juez realice, el dotarle al pronunciamiento de una textura que evite que en dicho tránsito de lo interpretativo judicial a lo interpretativo social, no se alteren las cuestiones primarias.

Cuando esa interpretación social genuina es coincidente con la judicial, la judicatura sumará a la legitimidad institucional de los cargos un capital social <sup>31</sup> que es lo que por hoy se encuentra en pérdida, como es la

---

estadios que van del diagnóstico de la situación a la evaluación de los resultados obtenidos” (L. GALLINO, *Diccionario de sociología*, México, Siglo XXI, 2005, p. 531).

<sup>29</sup> Ha nombrado a este modelo de juez, Francois Ost como el juez Hércules (vide en “Júpiter, Hércules y Hermes” en *Revista Doxa* N° 14 (1993), Alicante. Por nuestra parte, hemos preferido -si tiene algún interés- hacer modélica la figura del juez en la de Heracles, en memoria que fuera éste, quien según la mitología, desata a Prometeo encadenado. Pues los jueces siempre liberan a los ciudadanos (Vide C. GARCÍA GUAL, *Prometeo: Mito y literatura*, Madrid, F.C.E., 2009).

<sup>30</sup> Se ha referido a dicho tipo C. CÁRCOVA, *Derecho, política y magistratura*, Buenos Aires, Biblos, 1996, pág. 146.

<sup>31</sup> La noción de capital social es fundamental a la fenomenología judicial y por ello, es un tema central dentro de la sociología judicial. En su construcción más primitiva puede indicarse que “El capital social se define por su función. No es una entidad única sino una variedad de entidades diferentes con dos elementos en común: todas comprenden algún aspecto de la estructura social facilitan ciertas acciones de los actores -a sea personas o actores corporativos- dentro de la estructura. Como otras formas de capital y de capital humano, el capital social no es completamente intercambiable pues puede ser específico para ciertas actividades. Una forma dada de capital social puede ser valiosa para facilitar ciertas acciones pero también puede ser inútil o incluso perjudicial para otras” (R. HARDIN, *El capital social y la confianza* en M. BERGMAN y C. ROSENKRANTZ (coord), *Confianza y derecho en América Latina*, México, F.C.E., 2009, p. 35 citando James S. COLEMAN, “Social capital in the creation of human capital” en *American Journal of Sociology* (supplement), N° 94 (1988), p. 98.

misma ‘confianza pública’<sup>32</sup>. Dicha confianza, los jueces no la podrán obtener sólo con su esfuerzo profesional de dictar justas y temporáneas resoluciones y un comportamiento de vida decoroso -en todo caso, ambos componentes son condiciones necesarias pero no suficientes-, sino que resultará impuesta desde una co-participación de los medios<sup>33</sup>, para que sean éstos, quienes difundan que las expectativas sociales depositadas en el comportamiento futuro de los jueces ante situaciones de riesgo o incertidumbre social, sean igualmente previsibles<sup>34</sup>.

Es tiempo entonces, que los jueces adviertan que al margen de las rémoras que al sistema de administración de justicia se le puede enrosstrar, la sociedad espera previsibilidad y no comportamientos erráticos o lo que es peor, de clara corrupción<sup>35</sup>. Como se advierte entonces, en la estructura cognitiva de la nombrada confianza pública subyace el concepto de ‘responsabilidad judicial’<sup>36</sup>. De tal forma, la publicidad de los actos de decisión de los jueces en ciertas circunstancias se ha convertido en una exigencia ética peculiar de la vida pública<sup>37</sup>. De tal guisa, se

---

<sup>32</sup> Cfr. O. HÖFFE, *Estrategias de lo humano*, Buenos Aires, Alfa, 1979, p. 163.

<sup>33</sup> Es un error creer que los periodistas puedan transformarse en auxiliares de la justicia; por el contrario, cuando así se dispuso, mereció el repudio de dicha Corporación. Se puede ilustrar con lo sucedido en Canadá, que los índices de libertad de prensa del mencionado país pasaron a lugares menos deseables cuando se promulgó la norma que disponía que los periodistas se consideraban auxiliares de la justicia y en función de lo cual, debían resignar en ciertas ocasiones del secreto de sus fuentes.

<sup>34</sup> No se trata de que la confianza pública en los jueces, se agote en la previsibilidad de ellos; pero lo que no se puede dudar, que es la seguridad jurídica el elemento objetivador de dicha confianza. Vide M. ROSENFELD, “Estado de derecho, predictibilidad, justicia y confianza: una mirada crítica” en M. BERGMAN y C. ROSENKRANTZ (coord), *Confianza y derecho en América Latina*, México, F.C.E., 2009, p. 68 y ss.

<sup>35</sup> Se la ha definido a ella como “la utilización de un poder otorgado por un tercero para el interés personal del cesionario, interés distinto del que persigue el titular del poder cedido” (A. SABÁN GODOY, *El marco jurídico de la corrupción*, Madrid, Civitas, 1991, p. 16).

<sup>36</sup> Con gran provecho puede ser consultada la obra de M. CAPPELLETTI, *La responsabilidad de los jueces*, La Plata, Jus, 1988; también aunque desde una perspectiva más positiva el meduloso estudio dirigido por A. SANTIAGO, *La responsabilidad judicial y sus dimensiones*, Buenos Aires, Abaco, 2006, 2 vol.

<sup>37</sup> “Todas las acciones relativas al derecho de otros hombres, cuya máxima no es susceptible de publicidad, son injustas” citará Gregorio PECES BARBA en “Poder visible o poder invisible - El dilema del señor Presidente”, *Diario ABC* del 3.VII.94.

concluye que el único límite al poder despótico de la autoridad -antes y ahora- es la misma ilustración y cultura del pueblo <sup>38</sup> que en mediana manera, puede ser canalizada por dicha vía.

Tanta valía tiene la información judicial que los medios propagan, y a veces son tan distantes las lecturas que la interpretación judicial y la interpretación social hacen de ellos, que resulta insoslayable el enfrentamiento, con lo cual, se devuelve a los jueces la imagen que por lo general no es la que quisieran proyectar, pero definitivamente es la que construyen los destinatarios del servicio de administración de justicia a partir de la mediatización del periodismo <sup>39</sup>. De todas maneras, de falsedad sería tachada nuestra consideración, si no acordáramos también, que en otros casos, lo espejado negativamente es el reflejo real de lo que está sucediendo en forma penosa en la magistratura <sup>40</sup>.

### III. Sociología de la información judicial (Un análisis funcional)

Del desarrollo que antecede entonces, tenemos cierta claridad respecto a que tal binomio jueces-medios, son más los créditos para afirmar

---

<sup>38</sup> El propio Hegel -para el siglo XVIII- ponderó la libertad de expresión en tanto que con ello, creía posible que la opinión pública “alcance por primera vez el verdadero pensamiento, a la inteligencia de la situación y del concepto del Estado y de sus problemas, y por primera vez, por lo tanto, a una capacidad de juzgar más racionalmente acerca de él (...) Como estas capacidades consiguen con esa publicidad una poderosa ocasión de despliegue y un escenario muy honroso también ella es el remedio contra la presunción de los individuos y de la multitud, y el medio de educación para éstos, es decir, uno de los mejores medios” (*Filosofía del derecho*, México, U.N.A.M., 1975, pág. 312, parágrafo 315). En la actualidad decimos que en la medida que no se hagan inversiones económicas en educación y capacitación de la sociedad, la libertad social será puramente literal.

<sup>39</sup> Cfr. U. Ecco, *Apocalípticos e integrados*, Barcelona, Lumen, 1999, ps. 219 y 240.

<sup>40</sup> Ha sostenido Luis Pásara que “...los comunicadores sostienen que el descrédito de los organismo judiciales nuestros [de los mexicanos]-claramente documentado, como se anotó, por todo sondeo de opinión pública- tiene su raíz en la experiencia del ciudadano con la justicia, y no en la imagen que de ella ofrezcan los medios. El comunicador limita así su papel al de espejo que sólo refleja una realidad lamentable y, en consecuencia, no se considera productor de una imagen negativa de la justicia” (“El conflicto entre medios de comunicación y justicia” en *Reforma Judicial*, Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., N° 3 (2003).

que en dicho connubio siempre serán más las razones para que dichos polos estén en un equilibrio inestable -propio de una relación torsionada-, antes que en concordia y amable cohabitación. Ello, insistimos, no obedece a ninguna maldad ontológica ni de los jueces ni de los medios, sólo es reflejo natural de composiciones que se construyen desde ámbitos dispares, con objetivos diferentes y con metodologías también excluyentes. Nada más que eso y todo lo que ello implica: distancias, fricciones, presiones, contradicciones, devaluaciones sociales, frustraciones, manipulaciones, protestas, irritaciones, mentiras, deshonestidades y una densa retahíla de propiedades.

Entre el análisis teórico -que según dijimos, explica la dicotómica relación- y la práctica diaria de magistrados y periodistas en donde se evidencian las experticias naturales de cada uno de los protagonistas y que podrán o no, ser ellas recipiendarias de la teoría -que abordaremos luego-, pues corresponde a cada una de las cabezas de los Poderes Judiciales -federales o estatales- que se ocupen de hacer gestiones y labores para que la brecha entre tesis y praxis, resulte no sólo angosta, sino que los comportamientos judiciales en esta materia se tornen igualmente más previsibles atento a una tutoría lejana, que desde la máxima autoridad del Poder Judicial se ponga en marcha <sup>41</sup>; toda vez que en los sistemas democráticos, los ciudadanos para efectuar el debido contralor de los actos de gobierno y tomar decisiones, necesitan contar con la mayor información posible sobre la naturaleza, funciones y actividades de las instituciones públicas. En gráfica expresión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que los medios de comunicación son los ‘perros guardianes’ de los derechos y libertades de los ciudadanos <sup>42</sup>.

Adelantamos la consideración en señalar, que muchas veces se ha creído que a los fines de encontrar tales vías de conciliación, las ‘Oficinas de Voceros Judiciales’ <sup>43</sup> resultan ser un instrumento operativo suficiente

---

<sup>41</sup> Tales cuestiones en modo alguno son afectatorias a la independencia judicial porque tienen un carácter claramente metodológico o funcional, y no rozan materia de contenido jurisdiccional.

<sup>42</sup> Vide SSTEDH caso ‘Thorgeir Thorgeison contra Islandia’ del 29.III.01.

<sup>43</sup> A tales Oficinas, habitualmente se le atribuyen las siguientes reglas, a saber: 1) Actuará el vocero frente a requerimientos concretos de la autoridad judicial, 2) No sólo

para el resultado antes dicho, puesto que mediante ese ámbito institucional, es posible realizar una ponderación de los avatares propios de la cultura comunicacional existente en la administración y revisar con una mirada crítica, las diferentes herramientas que se han utilizado a dichos efectos.

En tal marco señalamos, que si bien se tratan tales dependencias de hitos de considerable valor, sólo alcanzan a tener la proyección que los Tribunales aspiran cuando se conjugan sobre ese ámbito institucional, no necesariamente mayores recursos técnicos sino cuando, se posibilita una convergencia en la realización ideológica acerca de cuáles resultados operativos y efectivos se aspiran encontrar con la información comunicada <sup>44</sup>. Es un tema de causalidad final y no otra cosa.

Un repaso ligero que se puede hacer por los principales Poderes Judiciales que cuentan con tal Oficina, no permite colegir positivamente que se haya modificado en modo sustantivo la torsionada relación de los jueces con los medios, aunque alguna mejora pueda existir. En realidad se debe decir que no habrá tal alteración del binomio jueces-medios, en tanto no se priorice una dotación epistemológica que la defina a ella, no en términos de utilidad, eficiencia o eficacia -como habitualmente ocurre- sino de reconstrucción de un paradigma de imagen de Poder Judicial y por lo tanto, gravite en las cavidades profundas de la relación jueces y medios.

---

que comunicará lo notificado a las partes, sino aclarará en manera comprensible a un estándar medio de la población lo que fluye del acto jurisdiccional. 3) No traslada su juicio personal, 4) El lenguaje será preciso y directo, 5) Definirá cuestiones que se le requieran a título ilustrativo, 6) Ofrecerá los protocolos de resoluciones para la confrontación de datos, 7) Conformará la base de datos con la información que produzca, 8) Se abstendrá de hacer especulaciones sobre circunstancias hipotéticas que pudieran ocurrir en el pleito, 9) Mostrará una imagen de comunicador del Poder Judicial, no es juez, periodista ni un mero opinador (cfr. Damián PERTILE en "Vocero judicial, un imperativo de los tiempos" en *Diario Comercio y Justicia*, Córdoba, 7.X.04, pág. 7. Del mismo autor *Prensa y justicia - El vocero judicial para Cortes Supremas y Tribunales Superiores*, Córdoba, Advocatus, 2004, p. 23 y ss).

<sup>44</sup> Bien se ha dicho que "La información que se genera en los tribunales debe ser suministrada a las partes que intervienen en un proceso judicial y corresponde a su difusión a la sociedad, en cuanto contribuya al conocimiento y comprensión de la forma en que el Poder Judicial aplica el derecho y toma decisiones jurisdiccionales, de gobierno y administrativas, facilitando de esta manera un adecuado control ciudadano" (Poder Judicial de la Nación, *Guía de buenas prácticas para el tratamiento y difusión de la información judicial*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 9).

Por ello, es que no se debe tratar de un esfuerzo aislado de un juez, sino que debe haber una aspiración generativa por un modelo de relación común a la totalidad de ellos, mediante el cual se concreten los siguientes objetivos, a saber: 1) Generar un acceso social igualitario a la información, 2) Transparentar la actividad jurisdiccional y 3) Articular las relaciones entre los periodistas con los jueces. Todo ello puesto en acto, permitirá formalizar una adecuada percepción social de la función jurisdiccional y con ello, elevar los niveles de confianza ciudadana, como también sin duda, mejorar la interacción de los poderes judiciales con los restantes poderes.

Vamos por parte en la explicación. La relación jueces-medios -además del análisis teórico realizado <sup>45</sup>- tiene dos niveles de operatividad práctica, el funcional y el personal, a saber: 1) el referido a la información judicial gerenciada directamente por la cabeza o responsable del Poder Judicial que es propiamente funcional <sup>46</sup> y 2) el vinculado con la deontología judicial y el manejo que el juez en concreto realiza de la información judicial que comunica y que es propiamente personal <sup>47</sup>.

Ahora queremos referirnos a la cuestión operativa funcional de la relación jueces-medios y por lo tanto, no sería precisamente un binomio de jueces y medios sino de 'Poder Judicial -en sentido institucional- y medios'. La variación en quien es el sujeto portador de la información no es un dato baladí, como que también en dicho nivel de exposición, las definiciones institucionales están mucho más consolidadas y el marco ideológico definido pragmáticamente y por ello la conveniencia de la utilización de los Voceros judiciales.

Se trata entonces de una información -la que se brinda desde una Vocería- de corte 'estructural' y no 'personal', por lo cual, se debe aspirar en tal ocasión no sólo a informar acerca de lo que como tal corresponde al caso; sino que también, debe existir una pretensión de definición de mejoramiento de la protoplástica noción de imagen de la justicia <sup>48</sup>. Es

---

<sup>45</sup> Y que se corresponde a la sección de 'Sociología de la Judicatura'.

<sup>46</sup> Y que hemos nombrado como 'Sociología de la Información Judicial'.

<sup>47</sup> Y que hemos nombrado como 'Deontología Informativa Judicial'.

<sup>48</sup> Vide P. CASANOVAS, "Imágenes de la justicia: experiencias en la diseminación de resultados en derecho y ciencias sociales" en R. ÁVILA RUIZ et al (eds.), *Las competencias*

decir, que la aspiración estructural del Poder Judicial, será la de generar mediante dicho Vocero judicial, un ámbito que potencie la confianza pública mediante la cual, las variables de credibilidad social se vean fortalecidas progresivamente.

Sin embargo no es ello lo que hemos advertido en la mayoría de los Poderes Judiciales que cuentan con tales Oficinas. No se reconoce en ellas una preocupación constante de tipo político-institucional como la apuntada, sino que, sólo se percibe un mayor énfasis en los niveles de eficacia y/o eficiencia en la comunicabilidad que de la información judicial se realiza lo cual no está mal, pero es insuficiente. No se ha profundizado todavía en advertir que la eficacia del Poder Judicial en esta materia, esta puesto en servicio de la confianza pública que el mismo Poder genera para la sociedad; como también, que para que ello suceda, la nota de la 'eficacia' del Vocero exige en materia comunicacional institucional otras cuestiones a más de las relacionadas con la temporaneidad en la información y la claridad en el discurso, como es: construcción de imagen social del Poder Judicial.

Según nosotros creemos, se trata la nota de la eficacia así comprendida, atravesada por componentes de una matriz ideológica que justifican la existencia de un Vocero, porque sólo desde éste nivel estructural es que se puede hacer una intervención operativa en el espacio público y con ello, el Poder Judicial ingresar en un proceso de reconsideración social para que en el largo plazo, la imagen de ese Poder del Estado, vaya superando un criterio devaluado cuando no negativo, que *a priori* se le puede enrostrar. La idea de la presencia de la Justicia -por Poder Judicial- en el espacio público<sup>49</sup>, es consolidar una posición de liderazgo socio-moral que como tal, se construye desde el fortalecimiento de la confianza pública en la sociedad civil<sup>50</sup>.

---

*profesionales para la enseñanza-aprendizaje de las Ciencias Sociales ante el reto de la globalización*, Bilbao, Asociación Universitaria de Didáctica de Cs.Ss., 2007, ps. 277-294.

<sup>49</sup> Somos recipiendarios para estas consideraciones, de un breve ensayo que hemos disfrutado de Kevin LEHMANN, "La justicia en el espacio público" que nos ha resultado muy disparador. Puede ser consultado en <http://www.justierradelfuego.gov.ar/ESCUELAJUDICIAL/LaJusticiaEspacioPublico.htm>

<sup>50</sup> Huelga señalar que la confianza pública otorga la credibilidad -o no- que algunas Cortes Supremas o Tribunales Superiores tienen con la sociedad civil -en gran medida

Vale la pena volver a señalar entonces, que la función a nivel estructural de los Voceros es la de operar comunicacionalmente -porque antes existe materialmente- en pos de una mejora de la imagen de la justicia, puesto que, no hay duda alguna que la sociedad forma su imagen por la que construyen los medios.

La labor de los voceros de prensa y de la conquista del espacio público judicial está centrada, en que el mensaje que la Justicia coloca en el medio público es auténtica, en cuanto no esta distorsionada y a la vez resulta comprensible desde el discurso para todos, a lo que se habrá de sumar la suficiente demostración que el Poder Judicial se involucra moralmente con las resoluciones que son dictadas y las decisiones que son adoptadas en tal sentido. Este último aspecto -compromiso moral- es el que permite visualizar la nota propia del contorno ideológico de esta relación estructural de jueces y medios, puesto que aspira en modo primordial al aseguramiento de que la información judicial mantenga en el tránsito comunicacional su misma veracidad, y que fuera como tal la que justificó ontológicamente la misma decisión que fue obtenida.

De seguro que no se puede desconocer, que gran parte de las disfunciones que se achacan al Poder Judicial pasan en una gran medida,

---

cinzelada por la misma intervención de los medios y prohijada por los mismos Tribunales con el propósito de generar una 'imagen de la justicia'- y que, frente a determinados sucesos que objetivamente poseen entidad suficiente para movilizar los acuerdos o desacuerdos entre los ciudadanos, acorde exista -o no- dicha honorabilidad, tales sensaciones no pasarán de ser sucesos aislados socialmente o picos agudos desde lo doctrinario; pero de seguro que no serán reconducidos en retahílas de informaciones periodísticas devaluatorias o en manifestaciones populares de pleno rechazo y/o aprobación. Pues baste para ilustrar lo extenso del cuadro, la intervención de la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. en el caso '*Bush vs. Gore*' que revoca la resolución de la Corte Suprema de Florida, que había dispuesto un conteo manual de miles de tarjetas electorales en diversos condados de Florida; dejando firme el conteo realizado por las máquinas (Vide O. Fiss, *El derecho como razón pública*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 293 y ss). El propio Tribunal Superior de Justicia de Córdoba fue objeto de despiadadas consideraciones mediáticas, las que nunca fueron acreditadas judicialmente para la elección de Gobernador de la Provincia en el año 2007 aun habiendo alcanzado la instancia recursiva el más alto rango en la Corte Federal (Vide C.S.J.N., T.330 - P.4797), pero habiendo dejado -a diferencia del supuesto antes citado- una imagen social atravesada por la duda y el favoritismo político que mucho habrá que transitar -en hechos y en tiempo-, para demostrar su no veracidad.

porque las creencias que socialmente se tienen sobre tales o cuales cosas, muchas veces están apoyadas en construcciones que desde los medios se conjugan de una determinada manera, y que resultan poco o nada comprobables desde lo probatorio, con lo cual, dicha brecha entre lo publicado y lo procesal coadyuva enfáticamente para el descreimiento social en la Justicia.

El esfuerzo entonces, de quienes tengan el compromiso de atender dicha Oficina de vocería y que organiza, atento a lo dicho, la realización estructural en la relación jueces y medios; debe ser el de advertir que no sólo, deben gozar de la experticia suficiente que la técnica comunicacional del periodismo brinda, para que su discurso sea limpio, coherente y suficiente; sino que también, se habrán de mantener fieles a su misma verdad y para lo cual, deberán evitar todo proceso de metalenguaje periodístico sobre el lenguaje judicial para no caer en una suerte de paráfrasis permanente, que los medios hacen de lo que, según ellos hace, dice o no hace el sector Justicia.

A la luz entonces de lo que se ha dicho, cobra valor la realización de un Vocero, que tenga por objeto hacer las interpretaciones auténticas de la información judicial de que se trate; con ello, no quedará duda alguna, de que la Justicia no será ni reactiva ni preventiva en orden a la información judicial; será sólo, la que socialmente es digna de consideración y que operativamente desplaza todo espacio de hermenéutica que los medios como tal realizan y en donde, se construyen -deliberadamente o no- los afectatorios metalenguajes periodísticos.

#### **IV. La deontología informativa judicial (Un análisis pragmático)**

Tal como conocemos desde el año 2004 y como resultado de la Cumbre Judicial Iberoamericana que se celebró en Copán (El Salvador), se generó desde allí, una impronta por materializar Códigos de Ética Judicial en la geografía hispanoparlante y tomó así un renovado interés la materia deontológica. Aunque corresponde puntualizar, que con antelación a dicha fecha, ya existía un conjunto importante de instrumentos internacionales que de manera asistemática y con buena parte de vaguedades tam-

bién, se venían refiriendo a dicho problema <sup>51</sup>. Además de ello, algunos países tenían operativos o al menos existían dichos códigos o reglas de conducta para magistrados <sup>52</sup>.

Lo cierto es que finalmente en el año 2006 es aprobado por la Cumbre Judicial Iberoamericana reunida en Santo Domingo, el Código Iberoamericano de Ética Judicial, que en realidad se muestra como un adecuado modelo de la problemática ética judicial que aspira ser replicado satisfactoriamente en los ámbitos domésticos de la región y tal como conocemos, así ha ocurrido en algunos lugares <sup>53</sup>.

En realidad no aspiramos en la ocasión, hacer una exégesis integral de como ha sido considerado en cada uno de los Códigos el problema de la relación de los jueces con los medios de comunicación, sino sólo reconocen, las líneas coincidentes que en ellos se pueda mostrar como nuclear a la cuestión.

De cualquier manera nos parece importante destacar, que mucho nos ha sorprendido a la hora de confeccionar esta contribución, que no debemos ocultar que tiene la vejez de unas pocas semanas, en que, puestos en la búsqueda de la jurisprudencia deontológica referida en estricto sentido al binomio jueces y medios, con total tristeza se advierte una paupérrima producción de resoluciones deontológicas allí donde funcionan, desde hace ya algunos años, los mencionados Tribunales de Ética Judi-

---

<sup>51</sup> Así cabe señalar: Estatuto Universal del Juez (1999), Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el ámbito Judicial Iberoamericano (2000), Estatuto del Juez Iberoamericano (2001) y Los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial (2002), entre los principales.

<sup>52</sup> Es lo que acontece en la República Argentina en las Provincias de Santa Fe, Córdoba, Santiago del Estero, Formosa y Corrientes. En Honduras (1993), Costa Rica (2000), Guatemala (2001), Panamá (2002), Venezuela (2003), Chile (2003), Puerto Rico (2003), Perú (2004), México (2004), Bolivia (2004) y Paraguay (2005). Cabe agregar que en algunos casos, no se reglamentó la puesta en vigencia o no se integró los miembros de los Tribunales y por lo tanto, no tiene operatividad.

<sup>53</sup> Así ha ocurrido en la República Dominicana, en donde la Corte Suprema de dicho país, ha dictado la Resolución N° 2006 del año 2009 por la cual se aprueba el '*Código de Comportamiento Ético de los Servidores Judiciales*' y en el cual se indica, en su disposición final, que resulta de aplicación supletoria el mismo Código Modelo Iberoamericano.

cial, por caso: México y Provincia de Santa Fe de la República Argentina; en menor manera la República de Paraguay.

En ese contexto de escuálida jurisprudencia deontológica, el Tribunal de Ética Judicial de Córdoba de la República Argentina y cuya Oficina Administrativa es dependencia directa del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia, se muestra -sólo por la debilidad de los restantes- algo más vigorosa <sup>54</sup>.

En realidad esto lleva a pensar seriamente en otro problema, como es, que la aprobación de un Código y la existencia de un Tribunal de Ética Judicial, en la medida que no exista una disposición comprometida desde la cabeza del Poder Judicial para su desarrollo terminará siendo un nuevo elemento devaluatorio para quienes a despecho de lo que creemos importante, consideran que ningún reproche ético cabe formularles a los jueces <sup>55</sup>, lo cual vuelve hablar de ese mal, que tan magistralmente ilustró Gabriel García Márquez del realismo mágico, que como vemos, tiene infinitas aplicaciones.

Sin embargo, tampoco podemos dejar de señalar, la fuerte discusión que hacia dentro de los medios de comunicación los temas vinculados con la ética profesional y la sanción de los códigos profesionales de conducta suscitan, lo cual resulta altamente cuestionable toda vez, que estos últimos en rigor lo que hacen, es potenciar y recordar los fines y bienes que una determinada actividad profesional tiene <sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> A tales efectos indicamos la estadística actualizada a marzo del 2010 y por lo tanto, recupera ella, los seis años de funcionamiento de dicho Tribunal: 1) Consultas totales al Tribunal de Ética Judicial han sido 16; 2) Total de denuncias 46; 3) Total de actuaciones de oficio 7; 4) Total de actuaciones por remisión del Tribunal Superior 37; 5) Total de actuaciones por remisión de otros órganos judiciales 5; 6) Varios 12. Del total entonces de denuncias que quedan (123-16), esto es 107 y que en algunos casos, involucraban mayor número de personas, puesto que se podía estar denunciando a varios jueces o funcionarios simultáneamente, a la misma fecha se contabilizan un total de 29 simples recomendaciones (o sea, que la única función que ha tenido el Tribunal de Ética Judicial ha sido la de indicar al implicado la impropiedad de la conducta que se le ha achacado) y un total de 12 resoluciones en donde, no sólo que se recomienda como lo antes dicho, sino que, se eleva al T.S.J. la denuncia para que prosiga en la investigación administrativa o de enjuiciamiento según lo entienda.

<sup>55</sup> Nos hemos ocupado largamente de estos problemas en nuestro libro *Códigos de ética judicial - Discusión, realización y perspectiva*, Buenos Aires, La Ley, 2008.

<sup>56</sup> Vide J. CONILL y V. GOZÁLVEZ (coord.), *Ética de los medios- Una apuesta por la ciudadanía audiovisual*, Barcelona, Gedisa, 2004; J. MERRILL y R. BARNEY, *La prensa y*

Por ello, es que si hacemos votos por la existencia de normas deontológicas de los jueces, aspiramos también ello para los periodistas; porque la ética, no es patrimonio de una práctica profesional determinada sino que, es transversal a cualquier dimensión humana en donde los comportamientos de esa praxis pueden llegar a tener efectos directos o colaterales sobre las demás personas <sup>57</sup>. Hay que reprochar con energía, que los medios de comunicación no pueden tener por cumplido dicho capítulo, mostrando para su haber, que en ciertos ámbitos se han postulado reglas o pautas éticas internas <sup>58</sup> o que resultan ellas, un código optativo para quienes lo crean conveniente <sup>59</sup>. La seriedad de los medios de comunicación mientras no superen dicha asignatura, está seriamente entredicha.

Creemos en definitiva, que los códigos de ética profesional para jueces -y también para comunicadores- son instrumentos que orientan la praxis, en tanto que se tratan de las buenas prácticas reconocidas por el *ethos* profesional de que se trate, y sin duda que han venido a colaborar ellas, en el proceso socializador de credibilidad, transparencia y previsibilidad que algunos Poderes Judiciales tienen <sup>60</sup>.

---

*la ética. Ensayos sobre la moral de los medios masivos de comunicación*, Buenos Aires, Eudeba, 1981.

<sup>57</sup> V. GONZÁLEZ y F. LOZANO, "Autonomía profesional y códigos deontológicos de la comunicación visual" en J. CONILL y V. GOZÁLEZ (coord.); *Ética de los medios- Una apuesta por la ciudadanía audiovisual*, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 51.

<sup>58</sup> En la Provincia de Córdoba, el diario más importante es 'La Voz del Interior' y cuenta con un *Manual de Principios, Valores y Estilos* (2006), que tiene un capítulo que dedica a las Normas Éticas y de Conducta Profesional.

<sup>59</sup> Es el caso del Foro de Periodismo Argentino (FOPEA) -integrado por trabajadores de prensa y con la Asociación de Empresarios Periodísticos que nuclea a propietarios y directivos de medios- que tiene un Código de Ética y que precisamente en su artículo 1 señala el ámbito personal del mismo, pues se indica "Los periodistas que integran FOPEA se comprometen a buscar la verdad, a resguardar su independencia y a dar un tratamiento honesto a la información". De igual manera ocurre en la República del Perú, donde se funda en el año 1997 el Consejo de la Prensa Peruana, el que tiene un Tribunal de Ética y se rige por los principios de probidad e independencia en la revisión de solicitudes de rectificación, todo ello, acorde a un procedimiento dispuesto. De cualquier manera cabe señalar, que no es de obligatoriedad para todo el periodismo peruano. Vide en el sitio [www.consejoprensaperuana.org.pe](http://www.consejoprensaperuana.org.pe)

<sup>60</sup> En paralelo con ello, a estos últimos, les han servido tales instrumentos para orientar definiciones en comportamientos que sin llegar a ser dilemáticos propiamente, eran al menos desde una conciencia moral recta, de dudosa moralidad social y por ello, es

En el propósito que cada uno de los Poderes Judiciales, a la luz de los criterios apuntados sabrán encontrar la mejor manera para orientar políticas proactivas en su relación con los medios, y que como tal, reflejen las verdaderas posibilidades de mejoramiento de cada uno de ellos; ilustraremos al final de la presentación con una breve referencia a la realización jurisprudencial deontológica que en la Provincia de Córdoba en la materia existe.

Antes de ello, repasemos algunos aspectos teóricos del problema y que según adelantamos, se enmarcan en lo referido al secreto profesional que se encuentra formalizado en el capítulo X del Código Iberoamericano de Ética Judicial <sup>61</sup> en donde, luego de hacer referencia al secreto del juez en función a que con el mismo, se salvaguardan los derechos de las partes y sus allegados, pues que se indica en el artículo 66 y que es el único lugar en donde se nombra en dicho cuerpo a los medios de comunicación que “El deber de reserva y secreto profesional que pesa sobre el juez se extiende no sólo a los medios de información institucionalizados, sino también al ámbito estrictamente privado”.

De allí lo primero que se puede señalar, es que el Código Iberoamericano ha sido sugestivamente parco en el punto <sup>62</sup> y lo ha enmarcado al problema, en el lugar que por antonomasia corresponde como es, lo contrario a la publicidad de la información: el secreto. Dejando el codificador para que el juez integre la acción desde su misma conciencia con las restantes virtudes judiciales que le habrán de permitir encontrar en la singularidad de cada uno de los casos el mejor cumplimiento, sea ello mediante la imparcialidad, responsabilidad institucional, cortesía, integridad, transparencia, prudencia y honestidad profesional.

El Código de Ética del Poder Judicial del Perú <sup>63</sup>, se ocupa de ello en el artículo 8 que lleva por título “Transparencia, apertura a la sociedad y

---

que los códigos colaboran en el adecuado discernimiento ético-judicial entre los cuales, los temas referidos a la relación con los medios ocupa un lugar destacado.

<sup>61</sup> Arts. 61 al 67.

<sup>62</sup> En la explicación que hacen del Código sus redactores Dres. Manuel Atienza y Rodolfo Vigo, nada dicen al respecto (Vide *Presentación del Código Iberoamericano de Ética Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 2006, ps. 1/14). El Código puede ser consultado en <http://www1.justiciacordoba.gov.ar/site/EticaJudicial/Index.html>

<sup>63</sup> Aprobado durante las Sesiones de Sala Plena de fecha 09, 11 y 12 de marzo de 2004. Disponible en [www.pj.gob.pe](http://www.pj.gob.pe)

uso de los medios de comunicación’<sup>64</sup> y que comparte con el modelo iberoamericano el considerarlo al tema, dentro del capítulo mayor del secreto profesional o reserva de información<sup>65</sup>, de cualquier modo, es un tratamiento muy acotado y se limita a señalar que los jueces no deben prevalecerse de los medios de comunicación para agraviar a otros magistrados, instituciones o sociedad; lo cual resulta al menos singular, puesto que en vez de potenciar el instrumento para fecundar mejores relaciones con la sociedad, sólo se recomienda la no utilización ofensiva. También deja en libertad del juez brindar la información que corresponde. Pero lo que sí nos parece una pieza importante operativamente si es que, resulta ser utilizada en la lectura que nosotros hemos brindado, es que señala el artículo que ese conocimiento que se hace a la colectividad de información judicial se realiza en “... salvaguarda de la imagen de la justicia, a través de una oficina especializada del Poder Judicial,...”.

Por otro costado se ubica el modelo que resulta del Código de Ética Judicial de la República del Paraguay<sup>66</sup>, que en el Capítulo V del Título III se ocupa de los ‘Deberes éticos del juez en sus relaciones con los medios de comunicación y la sociedad’, espigando a lo largo de cinco

---

<sup>64</sup> “Artículo 8. El Juez debe actuar con responsabilidad en el cumplimiento de sus funciones, las cuales son de interés público. Cuando no está sujeto al secreto o reserva de la información que conoce, por razón de su cargo, el Juez puede, a su libre criterio, proporcionar información sobre la actividad judicial, para un adecuado conocimiento de ella por la colectividad. Realiza ello en salvaguarda de la imagen de la justicia, a través de una oficina especializada del Poder Judicial, cuidando de no adelantar criterio u opinión sobre el fondo de las cuestiones jurisdiccionales a su cargo. El Jueza debe ser prudente en la utilización de los medios de comunicación y no usarlos para agraviar a otros magistrados, a los órganos de Gobierno del Poder Judicial o a terceros”.

<sup>65</sup> Se ha indicado con apoyo normativo suficiente, que “conforme a la ley peruana es deber de los magistrados guardar reserva sobre los asuntos en los que interviene. Esto, evidentemente, busca impedir un posible adelanto de opinión (art. 184 inc. 6 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 185 inc. 6 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Solicitar rectificaciones a través de los medios de comunicación social, en defensa de su honorabilidad, cuando ésta haya sido cuestionada, dando cuenta a su superior jerárquico, sin perjuicio de formular la denuncia que corresponda” (M. SÁNCHEZ PALACIO PAIVA, “Magistratura y prensa” en *Revista Oficial del Poder Judicial - Corte Suprema de Justicia de la República*, Lima, Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial, N° 1 (2008), pág. 46).

<sup>66</sup> Aprobado mediante Acordada N° 390 de fecha 18.X.05.

artículos <sup>67</sup> una consideración maximizante y valiosa de la atención que los jueces deben brindar a los medios, advirtiéndose en dichos artículos, una preocupación pedagógica marcada para el juez respecto a dicho resultado. No habla de secreto profesional y tampoco hace mención a Vocero alguno.

Por último el Código de Ética para Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de Córdoba <sup>68</sup>, que se ubica a mitad de camino entre los modelos minimalistas como el Código Iberoamericano y Peruano y los maximistas como el Paraguayo; en cuanto que el anclaje que hace de la materia, inicialmente lo es sobre el secreto profesional y que en principio, parece tener vigencia -allí lo novedoso- más allá del dictado de la resolución, salvo que exista una situación de afectación al prestigio de la magistratura o la equidad de la decisión <sup>69</sup>. Y más adelante retoma el análisis, pero no ya indicando reglas funcionales sino reglas sociales, entre las cuales indicará, en la 4.5 de 'Publicidad' que es connatural al régimen republicano la proyección del servicio de justicia en los medios, para con ello, satisfacer el interés público que despierta la labor judicial <sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> Arts. 35, 36, 37, 38 y 39.

<sup>68</sup> Aprobado mediante Acuerdo Reglamentario N° 693 -Serie A- del 27.XI.03. El Código de Ética Judicial de Córdoba está disponible en el sitio de Oficina de Ética Judicial del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba en [www.justiciacordoba.gov.ar](http://www.justiciacordoba.gov.ar)

<sup>69</sup> "Regla 3.14: Reserva. Los magistrados y funcionarios guardan reserva de los asuntos en que intervienen, en la medida en que lo impone el secreto profesional. Resueltos los mismos, el conocimiento puede utilizarse con fines científicos, profesionales u otros de bien público, salvaguardando en lo posible los derechos de terceros".

"Regla 3.15: El magistrado no confronta públicamente su resolución con opiniones ajenas, favorables o adversas, Puede hacerlo cuando se afecte el prestigio del Poder Judicial, o la credibilidad pública en la independencia, imparcialidad o equidad de sus decisiones"

<sup>70</sup> "Regla 4.5: Publicidad. Hace al régimen republicano que el servicio de justicia se proyecte a los medios de comunicación social. Los magistrados y funcionarios se refieren a los casos cuando tengan repercusión pública y no comprometan su deber de reserva, manteniéndose en los límites de lo indispensable para satisfacer el interés público que despierta la labor judicial".

#### *IV.1. Apéndice jurisprudencial deontológico en materia de jueces y medios*

Finalmente a los efectos de señalar los diversos andariveles que la materia va teniendo en la jurisprudencia del Tribunal de Ética Judicial de la Provincia de Córdoba, es que se quiere señalar la existencia de unos pocos casos <sup>71</sup> que si bien, no pueden significar la jurisprudencia definitiva, pues seguramente permiten al menos colegir un presumido derrotero que en ella puede llegar a existir.

Los casos son los siguientes: 1) Resolución N° 10/2005. *Factum*: Un Fiscal de instrucción acepta un reportaje radial en el cual informa, que el denunciante de un presunto hecho de corrupción demoró innecesariamente en hacer la denuncia -y con ello perjudicar la investigación-; para luego decir el Fiscal, que se tiene que apartar de la causa y que a él, no le temblaría la cara en investigar funcionarios públicos. *Dictum*: Se le aplica una recomendación con elevación al T.S.J. puesto que, hace recaer un manto de sospecha o duda sobre el resto de la magistratura para la investigación.

2) Resolución N° 11/2005. *Factum*: Una Vocal de Cámara, luego de leer una información periodística respecto a una resolución por ella dictada y que considera errónea; procede a dictar un proveído en el expediente donde se muestra el error de la información y luego ordena al diario su publicación para la rectificación respectiva. *Dictum*: Se le aplica una simple recomendación de que no utilice los caminos que le son propios a la superintendencia para cuestiones de naturaleza personal de su jurisdicción.

3) Resolución N° 50/2007. *Factum*: Los integrantes de una Cámara envían una nota al diario, haciendo mérito de las condiciones personales y profesionales de un juez que había sido denunciado ante el jury de enjuiciamiento. *Dictum*: Se les hace una simple recomendación en el sentido de que, no pueden interferir por dicha vía, en los ámbitos decisorios de otros poderes del Estado. En igual sentido se dicta la Resolución N° 92/2009.

---

<sup>71</sup> La totalidad de ellos pueden ser consultados en el sitio de Oficina de Ética Judicial del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba en [www.justiciacordoba.gov.ar](http://www.justiciacordoba.gov.ar)

4) Resolución N° 66/2009. *Factum*: Se publica un reportaje que se le hace a un Fiscal de Cámara, quien indica en el mismo, que los abogados defensores habían ido a la audiencia sin estudiar la causa y que la resolución que había sido tomada por la Cámara antes de la anulación había sido desacertada. *Dictum*: Se rechaza la denuncia en tanto no se concluye en ninguna falsedad del Fiscal respecto a las cuestiones sobre las que opinó.

5) Resolución N° 69/2009. *Factum*: El médico forense -quien por Ley Orgánica del Poder Judicial de Córdoba, tiene el carácter de funcionario judicial y por ello está atrapado por el Código de Ética Judicial- participa de varios programas televisivos y comenta sobradamente aspectos propios a un homicidio de trascendencia nacional. *Dictum*: Se le aplica una simple recomendación de que evite difundir cuestiones vinculadas a la causa sujeta a investigación, fuera de los ámbitos científicos o profesionales correspondientes.

6) Resolución N° 99/2010. *Factum*: Un Juez participa de una entrevista televisiva y radial, en donde ventila cuestiones que no están reflejadas en el expediente. *Dictum*: Se le aplica una recomendación atento a la afectación que al adelanto de opinión realiza y se eleva al T.S.J. a sus efectos.

# NUEVOS PRESUPUESTOS PROCESALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO

LUIS M. ZARAZAGA

**Sumario:** Introducción. 1. Superior tribunal de la causa. 2. *Per saltum*. 3. “Certiorari”. Introducción. Diferencia entre rechazar, improcedencia e inadmisibilidad. La inconstitucionalidad de la norma.

## Introducción

Escribir en el libro homenaje de Luis Moisset de Espanés resulta para nosotros un alto honor, no sólo por la personalidad académica del homenajeado, y el habernos brindado su amistad durante muchos años, sino también por sus cualidades humanas, ejemplo de toda una vida dedicada al trabajo y a defender sus convicciones personales.

El tema que vamos a abordar, en diferentes capítulos son los nuevos presupuestos que fue creando la jurisprudencia -al margen de las fijadas por el legislador- que luego algunas se cristalizaron en ley, para acceder a la competencia de la cabeza del poder judicial en la República Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Para un cabal entendimiento del tema, realizaremos una rápida explicación a temáticas conexas, de manera de realizar un paneo holístico sobre el acceso a la jurisdicción de la Corte.

### *1. Superior tribunal de la causa*

En este apartado analizaremos cuáles han sido los criterios de la Corte respecto a cuál es el tribunal ante el cual se debe interponer el recurso extraordinario federal.

La Ley 48, siguiendo el Acta Judicial de 1789 de los Estados Unidos de Norteamérica, establece que el recurso se debe plantear ante los tribunales superiores de provincia. Esto surge de la redacción del art. 14 que dice: *“Una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y solo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los superiores tribunales de provincia...”*.

Por su parte, la Ley 4055 establece en su art. 6 que: *“La Corte Suprema conocerá, por último en grado de apelación de las sentencias definitivas pronunciadas por las Cámaras Federales de Apelación, por los Tribunales Superiores de Provincia y por los Tribunales Superiores Militares”*.

El Código de Procedimientos Civiles de la Nación en su art. 257 dice que el recurso será interpuesto: *“... ante el juez u organismo administrativo que dictó la resolución que lo motiva”*.

Nuestra Constitución Nacional en su art. 1 establece la forma federal de gobierno, lo que significa que en nuestro país impera la descentralización política, es decir, un estado nacional soberano, provincias y municipios autónomos. Asimismo, en el art. 5, las provincias establecen su propia organización de justicia y sus propios códigos de procedimientos, figurando esto entre sus poderes reservados, conforme los arts. 104 y 105 de la vieja Constitución, hoy 123 y 124 luego de la reforma de 1994.

Respecto a la Corte Suprema de Justicia, su criterio en relación a lo que se considera “superior tribunal de la causa” fue variando a través del tiempo. Así, en una primera etapa fundacional, en un fallo del 10 de mayo de 1904 la Corte dijo: *“La tramitación de los juicios es de incumbencia exclusiva de las provincias que pueden establecer para aquellos las instancias que juzguen convenientes. Que no es posible negar el carácter de instancia a la de revisión si en ella el Superior esta facultado para revocar una sentencia por su oposición a la Constitución Nacional”*<sup>1</sup>.

De esta manera, se planteó la exigencia de la intervención de los tribunales superiores provinciales en la tramitación de los procesos que den lugar al recurso extraordinario. Este criterio fue abandonado cuando

---

<sup>1</sup> Fallos 99:172 - “Bernardo López y otros c/ Municipalidad de Villa del Rosario”.

la Corte confirmó que las cámaras de apelación de la Provincia de Buenos Aires son tribunales de última instancia a los fines del recurso extraordinario <sup>2</sup>.

Esta última jurisprudencia fue la que perduró durante largos años, cuando se sustentaba que las cámaras de apelaciones, tanto provinciales como nacionales, eran los superiores tribunales de la causa a los fines de la interposición del recurso extraordinario, ya que los superiores tribunales locales no estaban habilitados para resolver la cuestión federal <sup>3</sup>.

Este criterio subsistió hasta el caso “*Cautana*” <sup>4</sup>, donde el Dr. Guastavino, en disidencia, sostuvo que el tribunal superior a los fines de la interposición del recurso extraordinario eran los tribunales superiores locales, ya que estaban obligados por imperio del art. 31 de la Constitución Nacional a tratar la cuestión federal.

Luego, en el caso “*Joubert Omar*” <sup>5</sup>, nos encontramos con una sentencia del Tribunal Correccional de única instancia de la ciudad de Córdoba, en donde la Corte sentó el siguiente criterio: “*La decisión acerca de cual es el tribunal superior de provincia a los efectos de la admisibilidad del recurso federal extraordinario constituye una cuestión de derecho procesal local que incumbe en principio a los magistrados provinciales aunque quede sujeta a lo que en definitiva resuelva esta Corte, por referirse a un requisito para la habilitación de su competencia...*”.

“*Que al respecto debe reiterarse la jurisprudencia tradicional de la Corte según la cual es superior tribunal de la causa aquel que dentro de la respectiva organización procesal se encuentra habilitado para decidir en último término sobre la materia que suscita la cuestión federal. Normalmente es el que dirime el litigio, una vez agotados los recursos extraordinarios que autorizan a pronunciarse en dicha materia*” <sup>6</sup>. “*Por excepción cuando las Cortes Supremas o*

---

<sup>2</sup> Fallos 126:128. “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Andrade”.

<sup>3</sup> Fallos 73:27; 99:281; 116:138; 126:79; 134:370.

<sup>4</sup> Fallos 302:1337.

<sup>5</sup> Fallos 304:1473.

<sup>6</sup> Fallos 283 - 145; 300:152; 301:60.

*Superiores Tribunales Provinciales la consideran y resuelven al entender en los recursos extraordinarios locales deducido para ante ellas sus sentencias pasan a ser la del tribunal superior a los fines del art. 14 de la Ley 48”*<sup>7</sup>. “Cabe agregar que las cortes locales no revisten tal carácter cuando conocen recursos de extensión limitada a lo que han declarado inadmisibles por deficiencia de trámite o por no ser idónea la vía recursiva”<sup>8</sup>, “o sea cuando en sus decisiones no se deciden planteos de naturaleza federal”<sup>9</sup>.

De esta manera, se decide que a los fines del planteo del recurso extraordinario es necesario demostrar el agotamiento de la vía del recurso extraordinario local. Es decir, como sostiene Sagüés, que el agotamiento de las vías locales comprende tanto las ordinarias como las extraordinarias y, que si alguna de estas no es utilizada apropiadamente, se produce la inadmisibilidad del recurso extraordinario federal<sup>10</sup>.

En el mismo sentido, en “*Municipalidad de Junín c/ Frea Saúl*”<sup>11</sup>, la parte interesada omitió plantear el recurso extraordinario provincial de inaplicabilidad de la ley. Luego, la Corte, al no haber demostrado el agotamiento de las vías locales, declaró inadmisibile el recurso.

Cuando en 1983 se produce la reinstalación del estado de derecho, la nueva Corte, en autos “*Municipalidad de San Martín de los Andes c/ Sucesión de Roque Ugarte*”<sup>12</sup>, por mayoría ratificó el criterio de “Joubert” y de “Frea”, en el sentido de que sólo procede el recurso extraordinario de las decisiones emanadas del superior tribunal de la causa, luego de haberse agotado las instancias existencias en la jurisdicción local.

Finalmente, el 8 de abril de 1986 la Corte dicta un fallo que marca un antes y un después en el tema del superior tribunal de la causa. Aquí la Corte por mayoría estableció que el superior tribunal de la causa está referido a los superiores tribunales provinciales y que ellos están obligados por imperio del art. 31 de la Constitución Nacional a entender en la

---

<sup>7</sup> Fallos 269:156; 287:205, 322; 289:422; 294:251; 300:152, 610; 302:1126.

<sup>8</sup> Fallos 190:21; 247:459; 283:289; 288:101; 293:406; 294:58; 302:1351.

<sup>9</sup> Fallos 286:133; 292:185; 293:542; 302:999.

<sup>10</sup> Op. cit., no textual, pS. 396/ 397.

<sup>11</sup> Fallos 303:238.

<sup>12</sup> Fallos 306:480.

cuestión federal. Así, en el caso “*Strada Juan c/ ocupantes del perímetro ubicado entre las calles Deán Funes, Saavedra, Barra y Cullen*” de fecha 8 de abril de 1986 se dijo: “*Que en suma esta Corte sin instalar doctrinas de que el tribunal superior de provincia según el art. 14 de la Ley 48, es el órgano erigido como supremo por la Constitución de la Provincia*”. Luego, el mismo fallo dice: “*Que esta doctrina es de aplicación aún en los supuestos de recursos locales de extensión limitada o extraordinarios que no contemplasen un planteamiento de la cuestión federal ya que tales restricciones legales para su cognición sería indefendible frente a la Constitución Nacional -art. 31*”.

Esta tesis fue ratificada por la Corte en reiterados fallos, entre los cuales se puede citar “*Picon Miguel A. R. c/ Catamarca-La Rioja Refrescos*” del 11-12-86, y “*Christou Hugo y otros c/ Municipalidad 3 de Febrero*” del 19 de febrero de 1987<sup>13</sup>.

Asimismo, y una vez sentado este principio, la Corte en “*Di Mascio*”<sup>14</sup>, expresamente ratificó el caso “*Estrada*”, pero en el considerando 13 afirmó: “*Que en resumen toda vez que la decisión del legislador plasmada en la Ley 48 fue que todo pleito radicado ante la justicia provincial en el que se susciten cuestiones federales debe arribar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación sólo después de fenecer ante el organismo máximo de la judicatura local, dado que los tribunales de provincia se encuentran habilitados para entender en causas que comprenden puntos comprendidos por la constitución, las leyes federales y los tratados internacionales, cabe concluir que las decisiones que son aptas para ser resueltas por esta Corte Nacional no pueden resultar excluidas del previo juzgamiento por el órgano judicial superior de la provincia*”.

En conclusión, hoy queda establecido que el recurso extraordinario debe ser interpuesto contra resoluciones de los superiores tribunales de provincia.

---

<sup>13</sup> Augusto M. MORELLO, “Posiciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, II: Perpetuación de la doctrina Strada Di Mascio acerca del superior tribunal de la causa”, J.A., Boletín del 17/10/90, N° 5694, p. 15.

<sup>14</sup> Fallos 311:2478.

A lo precedente se agrega que son tribunales superiores, conforme lo dicho precedentemente, a los fines de la interposición según lo dispone el art. 6 de la ley 4055, los superiores tribunales de provincia, los fallos dictados por las cámaras federales y las cámaras de la justicia ordinaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la de los tribunales militares y organismos administrativos.

Asimismo, la jurisprudencia ha establecido que las sentencias de la Cámara de Apelaciones en lo Civil en pleno constituyen superior tribunal de la causa a los fines de la interposición del recurso extraordinario.

Así la Corte ha dicho:

*1- Si la Cámara de la ciudad Autónoma de Buenos Aires en pleno sentó doctrina legal y mantuvo la decisión anterior es el superior tribunal de la causa* <sup>15</sup>.

El juez federal de primera instancia es superior tribunal de la causa en los siguientes casos:

*1. Es el superior tribunal de la causa el pronunciamiento del juez federal en una ejecución fiscal, art. 92 de la Ley 11683 según la modificación de la Ley 23658* <sup>16</sup>.

*2. Es el superior tribunal de la causa el juez de primera instancia que revocó la clausura por infracción al art. 44 de la Ley 11683* <sup>17</sup>.

De esta manera, queda determinado cuál es el superior tribunal de la causa a los fines de la interposición del recurso extraordinario, atento lo establecido por nuestra Corte Suprema en su evolución jurisprudencial.

## *2. Per saltum*

Otro modo de acceso a la Corte por la vía extraordinaria es el recurso por salto de la instancia.

---

<sup>15</sup> Fallos 315:309.

<sup>16</sup> Fallos 315:255.

<sup>17</sup> Fallos 315:1551 - T. O., 1978 y sus modificaciones.

El recurso por salto de la instancia, también denominado *per saltum* o *by pass* como se conoce en EE.UU., significa saltar de los tribunales de primera instancia para llegar al avocamiento del máximo tribunal, obviando los tribunales intermedios.

Morello define al *per saltum* “como el remedio federal para supuestos muy excepcionales pero que requieren impostergable definición por su trascendencia institucional, repercusión en la opinión pública, propósito de pacificar con la definición final, en una zona ríspida, similar a la que contempla la regla 20 del derecho federal procesal ante la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica”<sup>18</sup>.

Dado el concepto de lo que significa el *by pass* o recurso por salto de la instancia, vamos a ver la evolución del mismo, las fuentes en el derecho comparado y los antecedentes nacionales, tanto de tipo legal como doctrinario y jurisprudencial.

Como hemos dicho anteriormente, este recurso tiene su origen en el derecho constitucional norteamericano con el nombre de *by pass*. Aparece por primera vez con la sanción de la Evarts Act de 1891, y su primera aplicación en la jurisprudencia norteamericana surge a partir de lo que se conoce como “*certiorari before judgement*”.

En la mencionada ley se dice textualmente lo siguiente: “*En cualquiera de los casos anteriormente enunciados que vayan a concluir en la Corte de Apelaciones de Circuito, será competente la Corte Suprema para requerir por avocación u otra vía, que tales casos sean certificados por la Corte Suprema para su revisión y decisión con el mismo poder y autoridad en el caso como si hubiera sido traída por apelación o recurso de error.*”

La aplicación de esta norma dio lugar al primer caso jurisprudencial llamado “*Los Tres Amigos*”<sup>19</sup>. El caso se origina durante la revolución cubana en su guerra de independencia de España, cuando un buque conocido como “*Los tres amigos*” fue interceptado por la Aduana norteamericana y se lo denunció diciendo que el mismo llevaba armas para

---

<sup>18</sup> Augusto M. MORELLO, *Actualidad del recurso extraordinario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, p. 426.

<sup>19</sup> “*The Three Friends*” 166, U.S. 1 (1897) 193,194,195, 202.

asistir a quienes complotaban contra España. Un tribunal de distrito revocó esta decisión y el gobierno planteó directamente el avocamiento de la Corte Suprema. El Chief Justice Fuller concedió el recurso saltando la instancia de la Corte Estatal.

Luego, en el año 1910, en el caso “Railroad retirement board vs. Alton R. Co.”<sup>20</sup> la Corte se avocó saltando la instancia. Con posterioridad, sobre todo en la época del New Deal (1930) el Presidente Harry S. Truman ordenó la intervención de industrias esenciales y dio lugar al caso “United State vs. Mine Warkers”<sup>21</sup>.

Otro caso notorio, también en la década de 1910, fue el del acero caratulado “*Youngstown & Tube C. O. vs. Sawyer*”<sup>22</sup>, donde el Presidente ordenó al Secretario de Comercio Sawyer que tomara posesión de las fábricas de acero que se hallaban en huelga y la Corte, saltando la instancia, declaró nula la decisión inconstitucional del Presidente.

En la década del 70 aparece el famoso caso “*Watergate*”<sup>23</sup>, donde, a raíz del pedido del Fiscal Jaworski, se solicitó la avocación directa de la Corte, la cual por unanimidad acogió la presentación directa.

En nuestro derecho, antes de que se consagrara el recurso por salto de la instancia por vía jurisprudencial, los proyectos de reforma de la Ley 48 consagraron esta impugnación.

Así, tenemos el proyecto ordenado por resolución del Ministerio de Justicia que lleva el N° 772/84, en el que se nombró una comisión integrada por los Dres. Boffi Boggero, Bidart Campos, Linares, Masnatta, Morello, Moncayo y Columbres, quienes elaboraron un proyecto de ley donde se incluía el *per saltum*.

También tenemos el proyecto de 1987 del Poder Ejecutivo que en su art. 3 incluía el recurso por salto de la instancia: “*En el marco de su competencia material cuando el caso revistiere gravedad institucional, la Corte Suprema podrá conocer en la causa con prescindencia del cumplimiento de los requisitos legales propios de los*

---

<sup>20</sup> “Railroad retirement board vs. Alton R. Co.” 295 U.S. 330 (1935): (196), 202.

<sup>21</sup> “United States vs. Mine Workers” 330 U.S. 258 (1947) 196.

<sup>22</sup> “Youngstown Sheet & Tube Co. vs. Sawyer” 343 U.S. 534, 579 (1953): (80), 196.

<sup>23</sup> “United States vs. Nixon” 418 U.S. 683 (1974): (194) (199).

*recursos. En tal supuesto su decisión de entender en los autos deberá ser fundada con explícita mención de las circunstancias que configurasen la situación de gravedad institucional y evidenciaren que su decisión no admite demora alguna*". Este proyecto no tuvo sanción legislativa.

La Ley 23.774, sancionada en abril de 1990 y promulgada por el 670/90, incorporó el writ of certiorari, reformando los arts. 280 y 285 del C. de P.C. N., pero no incorporó el *per saltum*.

En el derecho comparado, dejando de lado el análisis del derecho norteamericano, este tipo de recurso se encuentra consagrado en legislaciones como la alemana en la ZPO en el párrafo 566, en el art. 1688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española y en el art. 360 del Código de Procedimientos italiano.

En nuestro país, jurisprudencialmente y en minoría con el voto del Dr. Enrique S. Petracchi en el caso "*Margarita Belén*" de 1998, se acoge por primera vez el recurso por salto de la instancia pero, reitero, sin lograr la mayoría.

Es recién con el fallo del 6 de septiembre de 1990 en autos "*Dromi José Roberto (Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación) s/ avocación en autos: "Fontela Moisés Eduardo c/ Estado Nacional-Amparo"* que la Corte se avoca saltando la instancia. En el mencionado fallo, el diputado Moisés Fontela había promovido una acción de amparo contra el Estado Nacional a los fines de paralizar la privatización de Aerolíneas Argentinas. El Ministro Dromí, ante un fallo adverso dictado por el juez de primera instancia en lo contencioso administrativo que hizo lugar a la acción, pidió el avocamiento directo de la Corte sosteniendo:

1. Que era un caso donde surgía nítida la cuestión federal;
2. Que tenía trascendencia la cuestión; y
3. Que tenía suficiente gravedad institucional, ya que afectaba a instituciones básicas de la Nación.

En este caso, la Corte obvió la regla establecida en el art. 6 de la Ley 4055, que establece que el tribunal se debe avocar ante un fallo que tenga el carácter de sentencia definitiva dictado por un tribunal que sea el superior tribunal de la causa. Esta postura fue la sostenida por la minoría de la Corte, quienes sostuvieron que nuestro ordenamiento legal no permitía la existencia del recurso por salto de la instancia.

Por su parte, la mayoría sostuvo que era procedente el recurso extraordinario porque se trataba de una cuestión excepcional, que pertenecía al derecho federal y que exhibía una extrema gravedad. En el mismo sentido, se sostuvo que el marco normativo no puede conspirar contra la eficiencia del servicio de justicia que debe prestar el tribunal cuando *“las cuestiones federales exhiben inequívocas y extraordinarias circunstancias de gravedad y demuestren con total evidencia que la necesidad de su definitiva solución expedita, es requisito para la efectiva y adecuada tutela del interés general”*.

La Corte sostuvo: *“lo contrario importaría sostener en las mismas normas tendientes a realzar una función jurisdiccional de la Corte, se halla la fuente que paraliza su intervención, precisamente en las causas en que podría ser requerida sin postergaciones y para los asuntos que le son más propios”*.

A continuación expresa que tal armonización: *“es alcanzada mediante una hermenéutica que, al tiempo que resguarde celosamente los señalados propósitos de Ley 4055 y que posibilite que sin mengua de ello, no resulte tardía -y, por ende, ineficaz- la actuación del tribunal”*.

A lo que agrega: *“La doctrina según la cual la existencia de aspectos de gravedad institucional puede justificar la intervención de la Corte superando los ápices procesales frustratorios del control confiado a ella”*.

Prosigue en su fundamentación diciendo: *“Si el recurso extraordinario no obstante la existencia de obstáculos formales constituye el único medio eficaz para la protección del derecho federal invocado”*.

Sobre esta base, luego aclara: *“Que cabe poner de manifiesto que la aplicación de la doctrina enunciada en controversia como la sub examine no entraña la extensión de la competencia a casos no previstos por las leyes reglamentarias de aquella. Se trata solamente, de la oportunidad en que han de ser ejercitadas la jurisdicción inequívocamente acordada que, con arreglo también a irrecusables precedentes, debe ser la que requiera la tutela efectiva del derecho federal desconocido”*.

En síntesis, la Corte estableció que es procedente el *per saltum* con las siguientes condiciones:

1. Que surja de un modo claro y manifiesto que las consecuencias de las resoluciones apeladas pueden traducir agravios de imposible, o

tardía reparación ulterior, que tornen abstracto un eventual pronunciamiento de la Corte, a lo que se añade que las cuestiones revistan gravedad institucional.

2. Que lo que persigue este recurso es asegurar la eficacia de la actividad jurisdiccional, principio de indiscutible vigencia y reconocido expresamente dentro del orden jurídico nacional.

3. Que se acredite que el recurso extraordinario constituye el único remedio eficaz para la protección del derecho cuestionado.

4. Que esto autoriza a prescindir del recaudo del agotamiento de las vías intermedias para la habilitación de la instancia extraordinaria.

5. Que se acredite la necesidad de una solución expedita por las consecuencias inminentes e irreparables que puede tener la misma.

Con posterioridad, este recurso por salto de la instancia tuvo admisión legislativa en el Decreto Ley 1387 1/11/2001 que modifica el art. 195 bis del C.P.C.N. Allí se contempló su uso cuando se trate de medidas cautelares contra el Estado, admitiendo en este caso que, cuando sean ordenados embargos contra la Nación ésta pueda pedir el avocamiento directo de la Corte Suprema.

El mismo decreto en su art. 51 incorporó un dispositivo relativamente similar al del art. 62 bis de organización y procedimiento en la justicia del trabajo.

Luego la Ley 25.561 del 06/02/2002, que establecía la Emergencia económica, estableció en el art. 18 el recurso por salto de la instancia cuando se trate de medidas cautelares obtenidas por la aplicación de esta ley, consagrando así legislativamente lo establecido en el Decreto 1387/01.

Finalmente, esto fue derogado por la Ley 25.587 del 25/04/2002, que establece el régimen actual del art. 195 bis del C. de P.C.N. que prohíbe tomar medidas cautelares contra el estado.

En conclusión, podemos decir que la reforma de la Ley 18345 es la única que se encuentra en vigencia.

Con posterioridad, la Corte ratificó, en el fallo denominado “*Operativo Langostino*”<sup>24</sup>, la vigencia del recurso por salto de la instancia. En el mencionado fallo se pedía la aplicación del Pacto de San José de Costa

---

<sup>24</sup> Fallo 274:207.

Rica, por haber estado más de dos años presos narcotraficantes sin que tuvieran sentencia definitiva.

El caso llega a la Corte por la interposición del recurso extraordinario interpuesto por el Fiscal, quien sostiene que los imputados de narcotráfico habían abusado de las formas procesales a los fines de que los tribunales inferiores no dictaran resolución definitiva, por lo que era inaplicable el Pacto. La Corte se avocó por vía del *per saltum* y dejó sin efecto la resolución del juez que ordenaba la libertad de los imputados, manteniendo la prisión preventiva.

A la fecha, esta fue la última aplicación del *per saltum* en la jurisprudencia de la Corte.

### 3. “*Certiorari*”

#### *Introducción*

La Ley 23.774 introdujo la reforma al art. 280 del C.P.C.N. cuyo texto dice: “*La Corte según su sana discreción y con la sola invocación de esta norma podrá rechazar el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia*”. De esta manera legislativamente consagró el “*certiorari argentino*”.

Esta institución tiene su origen en el derecho norteamericano, donde originariamente se creó el “*writ of error*” (apelation) para evolucionar luego en el “*writ of certiorari*”.

Y su creación se debe al exceso de trabajo que, tanto nuestra Corte como la Corte Federal Norteamericana, van teniendo con el correr de los años.

Fue a partir de la década del 60, por fenómenos políticos y económicos, que ya he desarrollado al hablar de la evolución del recurso extraordinario, cuando aparecen en nuestro país nuevas causales que hacen que la competencia de la Corte se amplíe en forma desmesurada.

Esto se da sobre todo a partir del “*Rodrigazo*”, fenómeno de hiperinflación desatada durante la gestión del ministro de economía Celestino Rodrigo bajo la presidencia de María Estela Martínez de Perón, donde la Corte, por vía de la causal del realismo económico, acepta la

desvalorización de las deudas de dinero abandonando el nominalismo de nuestro Código Civil.

Esto lleva a que la Corte por vía de la arbitrariedad pase a tener más de 9.400 expedientes al año, solo por esta causa.

A esto se suma la aparición del derecho trasnacional con los recursos ante tribunales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte de La Haya para los delitos de lesa humanidad, que llevan a un aumento aún mayor en el número de expedientes que llegan a la Corte.

A fin de poder dar una solución a este problema, se sancionó la Ley 23.374, que como ya he dicho, introdujo el instituto del certiorari en la legislación argentina. A continuación analizaremos el concepto de certiorari, su significación y su naturaleza jurídica.

El concepto etimológico de “*certiorari*” significa “*estar informado de*”, pero, en esencia dentro del sistema sajón significa “*una orden que emite un tribunal superior respecto de uno inferior, requiriéndole que le envíe una certificación de un expediente para verificar si en el mismo se han cometido errores*”<sup>25</sup>.

Es por ello que, si confrontamos como se ha legislado el “certiorari argentino” con el americano, vamos a encontrar notables diferencias entre uno y otro, diferencias que parten desde el origen del instituto y que luego se profundizan con la diferente evolución que se ha dado en los dos países.

El Acta Judicial Americana del 24 de septiembre de 1789 consagra el writ of error. Pero por el exceso de trabajo que se produce en la Corte Americana alrededor de 1891, se crea el writ of certiorari limitado en lo que conocemos como el Evarts Act, pudiendo así la Corte rechazar en forma discrecional cierto tipo de recurso.

En 1925 por impulso político del Chief of Justice William H. Taft, se dicta la Judiciary Act de 1925, sancionada el 13 de febrero de ese año. Con el dictado de esta norma el writ of error deja de ser una cuestión de excepción, pasando a ser el writ of certiorari, en el trámite del recurso extraordinario, en la mayoría de los casos, discrecional.

---

<sup>25</sup> Alberto B. BIANCHI, *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de EE.UU.*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1993, ps. 169/170.

Pero esta reforma, como apuntan las estadísticas, no fue suficiente, ya que en 1930 había 1039 casos ante la Corte Norteamericana, los que crecieron hasta alcanzar el número de 5006 en 1984 <sup>26</sup>.

Es por ello que a través de una serie de proyectos que culminaron con la reforma de 1988, más concretamente del 25 de septiembre de ese año, se eliminó la jurisdicción obligatoria, quedando establecida solamente en dos casos:

- a. La apelación prevista en la Sección 1253.
- b. La certificación prevista en la Sección 1254.

Así, la regla diez de la revisión, mediante el writ of certiorari en la Corte americana, se aplica en los siguientes casos que son ilustrativos pero no taxativos:

a) Cuando una corte de apelaciones de los EE.UU. haya pronunciado una decisión en conflicto con otra, de otra Corte de apelación de los EE.UU. sobre la misma cuestión; o haya decidido una cuestión federal en conflicto con una decisión de un tribunal superior estadual; o se haya apartado excesivamente del procedimiento usualmente aplicable; o haya confirmado tal apartamiento por parte de un tribunal inferior, de modo que provoque el ejercicio del poder de supervisión de esta Corte.

b) Cuando un superior tribunal estadual haya decidido una cuestión federal en conflicto con una decisión de otro superior tribunal estadual o de una corte de apelaciones de los EE.UU.

c) Cuando un tribunal estadual o una cámara de apelaciones de los EE.UU. haya decidido una cuestión importante de derecho federal que no haya sido, pero que debería ser resuelta por esta corte, o que haya decidido una cuestión federal de un modo que entre en conflicto con decisiones aplicables de esta Corte.

Estas reglas no son, como hemos dicho taxativas, ni obligan, sino que el certiorari en EE.UU. es el acto por el cual la Corte se avoca discrecionalmente a casos excluidos de su competencia apelada.

En el caso del certiorari argentino la significación es distinta, ya que en nuestro derecho la Corte, tanto cuando el recurso extraordinario esté

---

<sup>26</sup> Alberto B. BIANCHI, *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de EE.UU.* cit., p. 120. Cita no textual.

fundado en la arbitrariedad, en el exceso ritual manifiesto, en la gravedad institucional o en el recurso que prevé el art. 14 de la Ley 48, aplicando la fórmula del art. 280 puede rechazar la impugnación extraordinaria, sosteniendo que la cuestión federal no es suficiente, que la cuestión planteada es insustancial o que carece de trascendencia.

Es decir, que en el sistema americano el certiorari significa que la jurisdicción del tribunal es discrecional; en cambio la apelación es obligatoria. Así, la regla N° 10 de la Corte dice refiriéndose al certiorari, que éste “... *no es una cuestión de derecho, sino de discrecionalidad judicial. Una petición de certiorari será otorgada solamente cuando existan para ello importantes y especiales razones*”<sup>27</sup>.

En el caso del certiorari argentino, las circunstancias son totalmente diferentes a la americana porque, tanto en la arbitrariedad, como en la apelación del art. 14 de la Ley 48, se trata de una apelación extraordinaria donde la Corte no estudia el fondo de la cuestión, sino que declara improcedente el recurso extraordinario sin otra fundamentación que su discrecionalidad.

Haciendo una breve síntesis histórica, desde el punto de vista de nuestro sistema de derecho, esto significa un retroceso y un dar la espalda a nuestra tradición jurídica, acordándole a nuestro más alto tribunal un poder omnímodo respecto a qué es trascendente o no, o qué es insustancial, etc.

Y decimos esto porque nuestra tradición histórica marca desde el inicio de la vida patria que toda sentencia debe tener fundamentación legal y lógica. Así, en la década de 1830, Valentín Alsina en un opúsculo sobre la defensa del Capitán Costa, denominado: “*Reflexiones breves sobre la fundamentación de la sentencia*”<sup>28</sup> dijo que toda resolución judicial debía tener fundamentación legal.

Por su parte, la Constitución de Corrientes de 1838, en el art. 21 de la sección séptima decía: “... *toda sentencia pronunciada por los tribunales de todos los ramos deberá ser fundada...*”<sup>29</sup>; y en el mismo

---

<sup>27</sup> Op. cit., p. 169.

<sup>28</sup> Abelardo LEVAGGI, *Manual de historia del derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1987, ps. 78 y 79.

<sup>29</sup> Abelardo LEVAGGI, ob. cit., p. 79.

sentido, la Constitución de 1853 en sus arts. 17 y 18 requerían la fundamentación de la sentencia cuando ésta priva de la propiedad o cuando impone algún servicio personal o penal.

Esta teoría, no solo se trasladó a las constituciones provinciales, sino también a los códigos de procedimientos, tanto civiles como administrativos de toda la Argentina. Es decir, que hace al estado de derecho el que toda resolución tenga fundamentación jurídica; y en algunos casos como el de Córdoba, que tenga también fundamentación lógica, por imperativo del art. 155 de su Constitución.

Justamente fue nuestra Corte Suprema la que a través de la construcción de la arbitrariedad sostuvo, como creación pretoriana, que cuando existían fallas en la fundamentación era procedente el recurso extraordinario por esta vía.

Conforme lo he dicho al hablar de la evolución de las causales del recurso extraordinario, la Corte construyó la doctrina de la arbitrariedad, tanto en el apartamiento de la ley, llamada por Sagüés “arbitrariedad normativa”; como en el apartamiento de las constancias de autos que son decisivas para la resolución de la causa, llamada por el mismo autor “arbitrariedad fáctica”.

Basado en esta doctrina de la arbitrariedad, se abrió un inmenso cauce en cuanto a que toda sentencia que no tuviera la debida fundamentación y que cayera en la arbitrariedad, podía ser denunciada ante la Corte Suprema de Justicia por falta de fundamentación válida.

Es más, en el derecho comparado, con la reforma en 1950 del Código de Procedimientos italiano, del francés en 1957 y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1984, no solamente se estableció que las sentencias debían tener fundamentación legal, sino también que debían tener fundamentación lógica, y que eran denunciables por vía de casación cuando carecieran de este requisito.

Es por todo esto que entendemos que el “certiorari argentino” consagra una norma inconstitucional; ya que atenta contra los preceptos establecidos en nuestra tradición histórico-jurídica y contra lo normado en nuestra constitución.

Por otra parte, ya entrando del análisis de la institución como se da en la Argentina, las normas de los arts. 280 y 285 contemplan tres situaciones:

- 1) la falta de agravio federal suficiente;
- 2) cuestiones insustanciales; y
- 3) cuestiones carentes de trascendencia.

A continuación analizaremos estas tres causales en profundidad y explicaremos por qué sostenemos que en ciertos aspectos el certiorari argentino es inconstitucional.

### *Diferencia entre rechazar, improcedencia e inadmisibilidad*

Es necesario destacar que en este primer aspecto coincidimos con lo sostenido por la Dra. María Mercedes Serra quien dice: “*En concreto como se ha dicho, creo que la incorporación del “writ of certiorari” como instrumento discrecional puede acarrear situaciones de ilegitimidad y desigualdad respecto del discernimiento que haga de la existencia o no de “trascendencia” que justifique su intervención*”<sup>30</sup>.

Decimos esto porque del análisis de la redacción del art. 280 C.P.C.N. surge el empleo de la palabra: “rechazar” sin entrar a analizar lo que significa: inadmisibilidad e improcedencia.

La diferencia radica en que rechazar significa: “no admitir lo que se pide”; inadmisibilidad, significa: “la no viabilidad de una petición por cuestiones formales”; e improcedencia es: “lo extemporáneo, no conforme a las normas que establecen los requisitos para su presentación.”

La primera crítica es que el art. 280 debió hablar de improcedencia e inadmisibilidad y no de rechazo.

Y decimos esto porque, si bien conforme al art. 257 del C.P.C.N. el tribunal inferior tiene la facultad de declarar improcedente o inadmisibile el recurso planteado por carecer éste de requisitos formales, le está vedado a este tribunal, entrar a tratar la procedencia sustancial del mismo, siendo en definitiva la Corte Suprema quien determinará el rechazo o no de la cuestión de fondo.

---

<sup>30</sup> María Mercedes SERRA, *Procesos y recursos constitucionales*, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 32.

¿Y por qué esta disquisición? Porque entendemos que el certiorari negativo, o sea la reforma al art. 280 C.P.C.N. hubiera sido acertada si estableciera que en caso de inadmisibilidad o improcedencia del recurso, la Corte invocara el art. 280 para no avocarse al tratamiento de la cuestión.

La otra solución, como era la propiciada por el Dr. Vanossi, en el V Congreso Argentino de Derecho Constitucional, era delegar a los tribunales inferiores la facultad de establecer la trascendencia e impedir la viabilidad del recurso federal. De esta manera, se preveía que la Corte en el tratamiento de la queja o del recurso hiciera un nuevo examen sobre la admisibilidad del mismo, ya que obligaba como, dice la Dra. Serra<sup>31</sup>, a los tribunales superiores de la causa a emitir un juicio fundado sobre la trascendencia del recurso.

### *La inconstitucionalidad de la norma*

Dercimos que es inconstitucional la norma de los arts. 280 y 285 del C.P.C.N. porque contrarían el principio constitucional de que toda sentencia debe tener fundamentación.

Es decir, delegar a la sana discreción de la Corte, significa otorgarle un poder omnímodo para establecer sin fundamentación alguna cuando existe agravio federal suficiente, cuando una cuestión planteada es insustancial o carente de trascendencia.

Por este sistema se vuelve a la época española donde el rey no daba en sus fallos fundamentación alguna en sus sentencias para otorgar o quitar derechos. Hoy en día, justificándose en una cuestión de exceso de trabajo de la Corte, volvemos a establecer este principio que contraría las normas elementales que inspiran un sistema republicano, donde todo ciudadano tiene derecho a una sentencia debidamente fundada, cuando se le quiten o se le otorguen cosas conforme lo establece el art. 17 de la C.N.

Por otra parte, las normas en cuestión otorgan un poder político a la Corte que constitucionalmente no tiene, ya que, en desmedro de los otros poderes, puede decir ante una situación planteada, no corresponde, utili-

---

<sup>31</sup> Op. cit., p. 327.

zando la formula del art. 280 C.P.C.N., mientras que los otros poderes tienen la revisión de sus actos conforme a la vía judicial.

Es decir, que por un lado atenta contra el principio de la sentencia fundada en ley, y por otro lado, contraría nuestra organización jurídica, ya que se le otorga un exceso de poder en desmedro del poder legislativo y del ejecutivo.

Creo que la solución de los problemas planteados hubiera estado en otorgar a los tribunales inferiores, como lo hemos manifestado siguiendo a los Dres. Vanossi y Serra, la facultad de emitir un juicio sobre la existencia de una cuestión constitucional trascendente, quedando la Corte de esta manera facultada a la revisión discrecional de la viabilidad o no del recurso, o la queja.

De esta manera, sobre todo en la queja, la Corte podría aplicar el certiorari manifestando que es inadmisibile el recurso por las razones dadas por el tribunal inferior.

La Corte Suprema en autos: “*Rodríguez Luis Emeterio c/ Rodríguez Schreyer Carmen Isabel y Ot.*” fallada el 2/II/93, desestimó el planteo de inconstitucionalidad del art. 280 C.P.C.N. En el mencionado fallo los Dres: Levene (h), Moliné O’Connor y Nazareno, por su voto, y Cavagna Martínez y Petracchi por el suyo, entendieron que la cuestión constitucional fue planteada tardíamente.

En cambio los Dres. Barra, Belluscio y Boggiano dijeron: “*si bien los agravios constitucionales vinculados con la declaración de inconstitucionalidad del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (texto según la Ley 23774) no fueron propuestos anteriormente, cabe atenderlos en esta instancia de conformidad con la consolidada tradición jurisprudencial tendiente a impedir el esclarecimiento de relevantes temas constitucionales por mediar óbices procesales*”<sup>32</sup>.

Luego la Corte prosigue: “... la desestimación del recurso extraordinario por la sola invocación de una norma procesal y sin dar fundamento alguno no conculca los derechos constitucionales invocados por la recurrente (arts. 14, 16, 17, 18, 28 y 31 Const. Nac.). El

---

<sup>32</sup> Fallos 167:423; 176:20; 251:218; 286:257 y 296:747.

*art. 101 de la Constitución prevé el ejercicio de la jurisdicción apelada por la Corte Suprema según las reglas y excepciones que prescribe el Congreso y no se observa irrazonabilidad en la reglamentación legislativa que comporta la norma cuestionada. Por el contrario, la norma permite al tribunal ejercer con mayor eficacia su obligación de hacer justicia por la vía del control de constitucionalidad.”*

La Corte asienta su fallo en la premisa de que la norma le permite ejercer con mayor eficacia el control de constitucionalidad pero omite tratar el principio de que toda resolución judicial debe tener, aunque sea de la Corte Suprema, la debida fundamentación.

De esta manera, si bien nuestro cimero tribunal establece la constitucionalidad de la norma, en su resolución no entra a abordar el fondo de la cuestión, que es la facultad de dictar en forma discrecional una resolución sin fundamentación.

Alguna doctrina como la de Legarre ha sostenido, refiriéndose a este fallo, que los derechos invocados gozan del debido resguardo mediante la tramitación de un juicio cabal y completo en la o las instancias ordinarias<sup>33</sup>.

Reiteramos, por las razones dadas anteriormente, que no coincidimos en la apreciación del fallo y la doctrina, ya que la misma soslaya el derecho constitucional de la sentencia fundada en ley y, por ende, el requisito de fundabilidad que debe tener toda resolución.

De esta manera la Corte aplica la norma de los arts. 280 y 285 por considerarlas constitucionales y para ello sostienen, en el voto mencionado precedentemente “... *el cabal desempeño de esta alta misión - se refiere a la del control de constitucionalidad - torna imperativo atender los planteos de cuestiones, aun federales, carentes de trascendencia.*” De esta manera la Corte aplica el certiorari en forma negativa considerando constitucional la norma precedente.

El otro aspecto a analizar es que alcance se le da a la palabra “trascendencia” a criterio de la Corte. Según el diccionario de la Real Academia es: “*resultado, consecuencia de índole grave o muy importante*” o “*extender o comunicarse los efectos de unas cosas a otras produciendo consecuencias*”.

---

<sup>33</sup> Santiago LEGARRE, *El requisito de la trascendencia en el recurso extraordinario*, Abeledo-Perrot, pág. 16. 1994

Conforme la definición dada, es muy difícil, salvo el arbitrio prudente, discernir cuándo una cuestión es trascendente o no a los fines del tratamiento de la misma.

Así la Corte aplicándolo a la esfera jurídica ha dicho que son trascendentes las cuestiones que afectan a la sociedad toda<sup>34</sup> u obstaculicen el desenvolvimiento de sus órganos<sup>35</sup>. Es más, este criterio de la trascendencia ha servido para que la Corte en autos “*Serra Fernando Horacio y Ot. c/ Municipalidad de la Ciudad de Bs. As.*” - 26/XI/93 - diga en su considerando 4º) “*Que sin embargo existe mérito suficiente para habilitar esta instancia a luz de la interpretación dada en su oportunidad a los alcances de la reforma introducida al art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: “... la finalidad más significativa del nuevo texto es la de destacar el emplazamiento que esta Corte posee en el orden de las instituciones que gobiernan a la Nación posibilitando que - de una manera realista - su labor pueda concentrarse EN AQUELLAS CUESTIONES VINCULADAS CON LA CUSTODIA Y SALVAGUARDA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL. Cometido éste que desde temprana hora el tribunal ha reconocido, como el más propio de su elevado ministerio (Fallos: 1:340 del 17/X/1864), la reforma tiende, pues, a reforzar el criterio de especialidad que orienta las funciones de este tribunal, al hacerle posible ahondar en los graves problemas constitucionales y federales que se encuentran entrañablemente ligados a su naturaleza institucional”.*

Como se ve, nuestro más alto tribunal, sobre la base del principio de la trascendencia, se avoca a un caso describiendo qué es la trascendencia para este tribunal y declarando, que si bien el remedio federal es improcedente en mérito al art. 280, se avoca y dicta resolución.

Es decir, la Corte aquí funda la razón de su avocamiento en el principio de la trascendencia, y toma por vía de la analogía el certiorari americano, avocándose a la resolución de la causa.

Con esto concluimos que el llamado por la doctrina certiorari negativo, cuando se trata de admisibilidad del recurso, es procedente, a pesar de su defectuosa redacción. Pero, cuando se trata de una cuestión que

---

<sup>34</sup> Fallos 257:136.

<sup>35</sup> Fallos 197: 426.

hace a la procedencia sustancial del recurso, es necesario, como lo han sostenido los Dres. Vanossi y Morello, crear un tribunal intermedio, porque de lo contrario, la resolución carecería de la debida fundamentación conforme los principios constitucionales antes citados.

Por otra parte, la doctrina de la Corte, en el fallo citado precedentemente, ha sostenido la existencia de un certiorari positivo, y sobre la base del principio de la trascendencia se ha avocado a cuestiones que en definitiva eran inadmisibles desde el punto de vista formal.

El certiorari positivo es rechazado por alguna doctrina, entre ellos el Dr. Palacio, quienes sostienen su inexistencia al decir: “...es necesario advertir que si bien la Corte Suprema se halla facultada para rechazar el REF o la queja sin enunciar fundamento alguno si considera, discrecionalmente, que las cuestiones en ellas involucradas carecen de “trascendencia”, no puede, en cambio a la inversa, cuando éste concurre obviar la inexistencia o defectos de ciertos recaudos de admisibilidad de la impugnación y disponer, en consecuencia la apertura de la instancia extraordinaria. Por lo tanto, mientras la doctrina de la gravedad institucional puede funcionar positivamente, para sumar los casos a la decisión de la C.S., la ausencia de “trascendencia” solo opera en forma negativa como vía desestimatoria de la impugnación”<sup>36</sup>.

En cambio la Dra. Serra, sostiene: “... en concreto, el propósito de la Ley 23.774, en el aspecto aquí analizado ha sido tratar de revertir la situación de sobrecarga funcional que pesa en los estrados del Alto Tribunal y procurar que el número de casos que tenga que resolver se mueva dentro de límites que -humanamente - permitan la directa decisión por parte de éste. Es un mecanismo previsto para intentar “achicar” la apertura del recurso federal (certiorari negativo), pero al mismo tiempo podrá ser utilizado por la Corte para admitir cuestiones federales que por sus características y repercusión respecto a las garantías constitucionales hagan necesario su intervención (certiorari positivo)...”<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Op. cit., p. 282.

<sup>37</sup> Op. cit., p. 325.

Si bien la doctrina recepta estas dos opiniones, la Corte Suprema ha reiterado en su jurisprudencia el art. 280 del C.P.C.N. como la puerta abierta para aceptar el certiorari positivo. Así en autos: “*Comes Juan José c/ Massuh S.A. - Div. Celulosa y Papel Planta de Quilmes*” del 7/IX/93, sostiene en el considerando 5º) “... que, como señaló en la causa mencionada supra, corresponde precisar que el art. 280 citado no debe ser entendido como un medio que sólo consienta la desestimación de los recursos que no superen sus estándares. Si aquel constituye una herramienta de selección dirigida a que la Corte tenga un marco adjetivo que le haga posible un acabado y concentrado desarrollo de su papel institucional, deberá reconocerse, al unísono, que esa disposición también habilita a considerar admisibles las apelaciones que entrañen claramente cuestiones de trascendencia, no obstante la inobservancia de determinados recaudos formales, a efectos de que el rito de los procedimientos no se vuelva un elemento frustratorio de la eficiencia con que dicho rol debe desempeñarse...”. Prosigue en el considerando 6º) “... que, en orden a lo expuesto, es innegable que este tribunal tiene hoy la grave autoridad de seleccionar por imperio de la citada norma, los asuntos que tratará sustancialmente. Ello deberá ser cumplido antes que con una ilimitada discrecionalidad, con arreglo a la “sana” discreción que la norma le impone y que la razonabilidad le exige, sin olvidar los arts. 14 y 15 de la Ley 48 y 6 de la Ley 4055 y las pautas y estándares del art. 280 citado”<sup>38</sup>. Así podemos citar infinidad de casos donde la Corte Suprema ha acogido por vía de la interpretación positiva de la norma del art. 280, es decir, el certiorari positivo.

En conclusión, conforme lo expuesto, distinguimos de acuerdo a la creación pretoriana de la Corte la existencia de dos certiorari: el negativo, que en nuestra opinión y por las razones dadas, es inconstitucional; y el positivo que se presenta en aquellas resoluciones donde la Corte se avoca al tratamiento del recurso obviando los requisitos formales.

El certiorari positivo constituye una innovación importante en la historia de nuestra justicia, porque le permite a la Corte avocarse en forma discrecional, pero dando fundamentación sobre la admisibilidad del recur-

---

<sup>38</sup> Santiago LEGARRE, *Certiorari en acción*, Buenos Aires, Depalma, 1999, p. 841.

so. Se trata de temas que tienen “trascendencia” dentro de nuestra sociedad y que constituyen precedentes que deben ser tenidos en cuenta por los tribunales inferiores de la Nación, ya que hacen al fortalecimiento del estado de derecho.

Por ende, el certiorari positivo debe ser objeto de una profunda revisión para establecer la obligación, como la Corte Norte Americana, de fundar por lo menos con el voto de una cantidad de ministros, los motivos por el cual la Corte se avoca al estudio de la cuestión por vía del certiorari.

Es decir que hay que fijar pautas objetivas para que la Corte discrecionalmente se avoque a las cuestiones “trascendentes”.

Pero también es necesaria la revisión de las normas de los arts. 280 y 285 del C.P.C.N. estableciendo una Corte de Casación intermedia, o dotando a los Tribunales Superiores de la causa de la posibilidad de expedirse sobre las cuestiones federales dejando el certiorari positivo como el único posible para llegar a la Corte Suprema.

Por esta vía, se dispondría el acceso a la Corte garantizando los principios constitucionales citados precedentemente e institucionalmente se establecería que la Corte solamente puede avocarse a cuestiones de trascendencia.

Con esta breve narrativa desarrollada sobre un tema netamente procesal de nuestra especialidad, intentamos rendir homenaje al Maestro civilista Dr. Luis Moisset de Espanés, hombre que formó y sigue formando, estudiantes y abogados, y que al día de la fecha contribuye al crecimiento del Derecho Civil Argentino, ya sea como hombre de consulta, referente de opinión fundada y calificada, y así también académico, gestando inigualables obras civilistas que enriquecen y sirven de guía para el mundo Jurídico de ayer, hoy y mañana. Gracias Dr. Moisset de Espanés.

**CUARTA PARTE**

**APORTES DESDE EL DERECHO DE  
LOS RECURSOS NATURALES**



# RÍOS INTERESTADUALES, PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y EQUIDAD EN LA DISTRIBUCIÓN DE SUS AGUAS

ALDO GUARINO ARIAS

**Sumario:** Introducción. Ríos interestadales. ¿Qué es la equidad y que es la racionalidad? La equidad y los acuerdos en las convenciones y tratados internacionales en la materia. El principio de equidad en el derecho positivo argentino. Las reglas de la equidad.

## Introducción

Decía Catalano<sup>1</sup> hace tres décadas atrás, que el agua constituye junto con el suelo y la atmósfera, un elemento fundamental para la supervivencia humana. Sin agua, se ha dicho, no hay vida.

El autor citado agrega que el hombre siempre ha buscado la proximidad a los cursos o fuentes de agua para su asentamiento.

Como una especie de profecía, Catalano destacaba que uno de los grandes problemas que en los próximos años, deberá afrontar la humanidad, será liberar cada día mayores cantidades de agua para la agricultura, para la bebida y para las industrias.

La profecía se ha cumplido en estos últimos años con el crecimiento de la población y el consiguiente abastecimiento para bebida, pero yo diría que esa liberación de agua dulce para bebida lo ha sido y lo sigue siendo, principalmente en desmedro de la agricultura.

---

<sup>1</sup> Edmundo Fernando CATALANO, *Teoría general de los recursos naturales*, Buenos Aires, Zavallía, 1977, p. 49.

Otras profecías acechan a la humanidad sobre la disponibilidad del agua dulce.

Dice Walter Goobar<sup>2</sup> que al ser agua un recurso escaso (3% de agua dulce del total de agua en el planeta) su propiedad asoma como el mayor conflicto político del siglo XXI. Sostiene en su lapidaria afirmación que hace más de una década se viene afirmando, que así como las guerras del siglo XX habían sido por el petróleo, las del siglo XXI iban a ser por el agua.

No nos cabe dudas que estas circunstancias le han hecho recordar al destacado jurista mendocino, Miguel Mathus Escorihuela<sup>3</sup>, las recomendaciones, una de ellas, de la conferencia internacional sobre el agua y el medio ambiente, desarrollada en Dublin, Irlanda en 1992.

Recuerda Mathus Escorihuela que una de las recomendaciones (existen otras de no menor importancia) es la solución de los conflictos derivados del agua proponiendo una gestión integral de los recursos hídricos, cuya entidad geográfica más apropiada resulta ser la cuenca pluvial. Con respecto a los conflictos se advierte que la función esencial de las organizaciones responsables de las cuencas internacionales consiste en conciliar y armonizar los intereses de los países ribereños, medir sistemáticamente la cantidad de agua y su calidad, elaborar programas de acción concertados, intercambiar información y dar cumplimiento a los acuerdos.

Por mi parte estimo que estos principios rigen también en el orden interno de los estados.

En esta afirmación coincide Amílcar Moyano “El derecho interestadual de aguas puede ser parte del ordenamiento jurídico interno o internacional, principalmente formado por la costumbre y cada vez más regulado por los tratados interestaduales<sup>4</sup>.”

---

<sup>2</sup> Walter GOOBAR, “Oro líquido”. Revista Rumbos N° 291. 22-03-09.

<sup>3</sup> Miguel MATHUS ESCORIHUELA, *Derecho y administración de aguas*, Zeta Editores, 2007, p. 41.

<sup>4</sup> Amílcar MOYANO, “Derecho internacional de aguas”, especial para La Ley Gran Cuyo, citando a Hans Kelsen y Julio A. Barberis.

Estos principios serán la orientación de este modesto trabajo, que aspira a ser un aporte para los responsables de fijar políticas de estado en la materia.

Cuando ya estaba cerrando el borrador de este modesto trabajo llegó a mis manos por la gentileza del catedrático de Chile, Dr. Bernard Debeuf, la carta pastoral, del obispo vicario apostólico de Aysen, Chile, Monseñor Luis Infanti De La Mora, del 1º de setiembre de 2008, que su eminencia Reverendísima titula “Danos hoy el agua de cada día”<sup>5</sup>.

Su lectura me apasionó al comprobar que una autoridad de la Iglesia Católica había conjugado de una manera muy especial, los conocimientos científicos sobre los distintos problemas que presenta el uso del agua dulce en el planeta, con la doctrina social de la Iglesia.

La carta pastoral está dirigida a todos nosotros y a las generaciones futuras y con una referencia especial “a toda la población de Aysen (Chile) y ojala de la Patagonia chilena y argentina”.

## Ríos interestaduais

Usamos el término “ríos interestaduais” para referirnos tanto a los ríos *interprovinciales*, como a los ríos internacionales.

De todos modos conviene aclarar como lo hace Marienhoff<sup>6</sup> que en los países de organización política como la nuestra, deben distinguirse los ríos provinciales de los interprovinciales, según que desde su nacimiento hasta su desembocadura, atraviesen una sola provincia o que en su curso atraviesen o limiten con dos o más provincias<sup>7</sup>.

Se ha señalado que los ríos interprovinciales presentan un problema aún no resuelto, esto es, su régimen jurídico y aprovechamiento<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Impresión Graffo Dienst Stach, setiembre de 2008, Chile.

<sup>6</sup> Miguel MARIENHOFF, *Régimen y legislación de aguas públicas y privadas*, Buenos Aires, A. Perrot, 1971 p. 216.

<sup>7</sup> Miguel MARIENHOFF, ob. cit., p. 216.

<sup>8</sup> Guillermo L. ALLENDE, *Derecho de aguas con acotaciones hidrológicas*, Buenos Aires, Universitaria, 1971, p. 249.

Cuando se trata de ríos navegables, el dominio propiamente tal pertenece a las provincias que el río atraviesa, pero la jurisdicción en todo lo relativo a la navegación o comercio exterior o interprovincial, la ejerce la Nación<sup>9</sup>. En lo que respecta a las corrientes de aguas no navegables, sea que ellas nazcan o mueran en una provincia, sea que atraviesen varias de las mismas, el dominio y la jurisdicción se confunden en absoluto, sin que en caso alguno pueda ejercitarse la jurisdicción nacional administrativa al respecto<sup>10</sup>.

Es indudable que los ríos interprovinciales han generado graves conflictos entre los estados argentinos. El problema central, vinculado con la distribución es determinar quién tiene potestad para regular el uso de esos ríos.

Allende<sup>11</sup> aun cuando su tesis se inclina porque sea el Congreso el que regula la materia, reconoce la preeminencia de la tesis federal que sostiene en grandes líneas que ni el Gobierno Nacional, ni el Congreso de la Nación tienen facultades para regular esta materia. Solo las provincias pueden hacerlo por medio de tratados. Este es el criterio adoptado por la jurisprudencia, teniendo en cuenta un fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 3 de diciembre de 1987<sup>12</sup>.

Como sostiene al respecto Cano<sup>13</sup>, que siendo los ríos del dominio de las provincias, la regulación jurídica de su aprovechamiento, es de competencia del derecho público (administrativo) de las provincias cuyas comunidades son propietarios de tales ríos y no del derecho privado de la Nación.

Una de las principales obligaciones de los estados condóminos de una cuenca hidrográfica común es el “deber de informar”. Este deber podría expresarse como lo hace Moyano<sup>14</sup> sobre la base de la resolución N° LXXIII sobre el uso industrial y agrícola de los ríos interestaduales de

---

<sup>9</sup> Arturo M. BAS, *El derecho federal argentino*, Buenos Aires, Abeledo, 1927, t. 2, p. 49 y ss.

<sup>10</sup> Arturo M. BAS, ob. cit., p. 49 y ss.

<sup>11</sup> Guillermo L. ALLENDE, *Derecho de aguas con acotaciones hidrológicas*, Buenos Aires, Universidad, 1971, p. 249.

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Autos L-195, 3/12/87.

<sup>13</sup> Guillermo CANO (H), “Ríos Interprovinciales”, L.L., t. 3, Sec. Doctrina, p. 67 y ss..

<sup>14</sup> Amílcar MOYANO, “Derecho internacional de Aguas”, especial para La Ley Gran Cuyo.

la Séptima Conferencia internacional de la Unión Panamericana reunida en Montevideo el 23 de diciembre de 1933, uno de cuyos principios declara “que todo estado tiene el derecho exclusivo de aprovechar las aguas que se encuentren en la margen de su jurisdicción, condicionado a no perjudicar el igual derecho que el Estado vecino tiene en su margen respectiva por lo que toda alteración de las aguas que resulte perjudicial al estado vecino, requiere de su consentimiento.

De ello se deriva como lo señala Amílcar Moyano que todo estado que proyecte obras en ríos interestaduales tiene el “*deber de informar*” o denunciarlos a los demás Estados ribereños acompañando la documentación técnica necesaria y la designación de los encargados de evaluarla.

Este deber de informar tiene mucha importancia a la hora de celebrar los tratados interprovinciales, en la que los estados interesados estarán en condiciones de discutir la razonabilidad y la equidad en la distribución de las aguas.

De la información, documentación y estudios de por medio, cada uno de los Estados estará en condiciones o no, de demostrar que sus proyectos apuntan a una utilización racional del agua previniendo el desaprovechamiento.

El agua como principal elemento del medio ambiente, por tratarse de un recurso natural, escaso, caro y cada vez más requerido por la humanidad debe responder a parámetros ecológicos, que no consisten en un “dejar estar” sino en un “hacer” razonable por la comunidad.

Como es la comunidad la que está interesada en el uso racional del agua, la información no debe ser un secreto de estados, sino una información que llegue al público en general para que las distintas organizaciones no gubernamentales, pueda opinar con fundamento.

Pongo como ejemplo lo que pasa con el río Atuel - La Pampa, como lo veremos en capítulo aparte, viene insistiendo desde hace muchos años, en que quiere agua de ese río en el nor-oeste de su territorio.

Al respecto, recordamos que cuando La Pampa planteó la demanda contra Mendoza, entre otros objetos – para que se regularan los usos compartidos, expresamente dijo “La petición es clara y precisa y si alguien pretende que se establezca que porcentaje de agua del módulo del río Atuel peticiona La Pampa, no quedan dudas que ello es imposible determinarlo a priori...”.

Esta expresión, otros contenidos en la misma demanda, la constante política de querer agua a toda costa del río Atuel, sea la cantidad que sea,

demuestra que no existe un plan concreto, razonable, técnico, debidamente informado y discutido, de qué quiere hacer La Pampa con agua del Atuel. Esta política no significa “prevenir el desaprovechamiento”.

Isidoro Ruiz Moreno, en un importante trabajo para La Ley <sup>15</sup> destaca la importancia que tienen los convenios interestaduales en la materia, en los que deben tenerse en cuenta las características del río y su posible utilización. Para el autor citado cuando el problema se plantea no ya desde el punto de vista jurídico, o sea de la delimitación de las soberanías, sino del aprovechamiento de las aguas, lo único a considerar no es la superficie que pueda corresponder a cada una de las soberanías, sino el volumen de agua...

Respecto del deber de informar, Rey Caro <sup>16</sup> sostiene que “no basta que uno de los estados ribereños informe al otro u otros ribereños de los proyectos de otros que pretende realizar en el tramo del río o curso de agua sometido a su jurisdicción, ... sino que es necesario que los ribereños manifiesten su opinión y en su caso otorguen el consentimiento.

Ferrer Vieyra <sup>17</sup> al respecto señala que “todo estado que pretenda hacer una construcción que afecte el uso del recurso hídrico deberá: 1) informar a los otros estados de la cuenca de dicha construcción; 2) requerir el consentimiento de los mismos y 3) sujetarse a las responsabilidades por daño”.

En la materia que es el propósito de análisis en este trabajo, debo citar también la opinión de Santa Pinter <sup>18</sup> porque en ella se destacan los diversos aspectos de la utilización de los ríos internacionales porque cada uno presenta características propias, adquiriendo por ende una reglamentación propia “... es imposible establecer reglas de validez general por la variedad de circunstancias”.

---

<sup>15</sup> Isidoro RUIZ MORENO, “El aprovechamiento de los ríos internacionales”, L.L., t. 139, Sec. Doctrina.

<sup>16</sup> Ernesto REY CARO, “Regulación Jurídica del aprovechamiento de los cursos de aguas internacionales”, La Ley, Sec. Doctrina, 1977. II.

<sup>17</sup> Enrique FERRER VIEYRA, “Cuenca del Plata y su incidencia en la política exterior argentina”, L.L. Sec. Doc., t. 154.

<sup>18</sup> José Julio SANTA PINTER, “Ríos internacionales y los principios legales para su aprovechamiento”, J.A. 1957-IV.

Esto como lo veremos en capítulo aparte, tiene mucho que ver con la equidad, donde se analizan las circunstancias propias de cada caso, geográficas, hidrográficas, históricas, climáticas, problacionales, etc..

Pigretti<sup>19</sup> también señala la importancia que tiene la información ente los estados de una cuenca hidrográfica común, respecto de las obras que se proponga realizar un estado.

Para el autor citado la información debe llegar al público, para que su opinión tenga validez frente a las cuestiones que hacen a la esencia y trascendencia de cada país.

Por su parte, Casey<sup>20</sup>, destaca la importancia que tienen las circunstancias históricas y la equidad para resolver las controversias que se susciten en el uso de los recursos hidráulicos.

Por último y si que esto implique dar por agotado el tema sobre el concepto y los principales aspectos a tener en cuenta a la hora de tomar decisiones sobre la distribución de las aguas de los ríos interprovinciales, cito un interesante trabajo de Liber Martín<sup>21</sup>, contenido en la obra *Derecho y administración de aguas*, dirigida por el Dr. Miguel Mathus Escorihuela. Dice el autor, citando a Eduardo Cobrelli y Amílcar Moyano. Se acepta la existencia de cauces, que pierden la perennidad del agua en los tramos inferiores, es decir, en los que solo existen escurrimientos limitados hacia otras jurisdicciones. Señala el autor citado que este es el típico caso del río Atuel.

## ¿Qué es la equidad y que es la racionalidad?

A los fines de irnos aproximando al tema central, creo necesario dar un somero concepto de la equidad.

---

<sup>19</sup> Eduardo A. PIGRETTI. "Evaluación de las declaraciones de Asunción y Santiago relativas a las cuencas hidrológicas. La Ley. T. 143. Sec. Doctrina.

<sup>20</sup> Daniel L.H. CASEY. "Ríos internacionales". L.L. T. 132. Sec. Doctrina.

<sup>21</sup> Liber MARTÍN. "Jurisdicción para reglar el uso y aprovechamiento de las aguas" en *Derecho y Administración de Aguas*. Edit. Zeta. 2007, pág. 270.

El *Diccionario Jurídico* de Fernández de León<sup>22</sup> nos dice que es una “moderación del rigor de la ley atendiendo al espíritu más que a la letra de ella”.

El *Diccionario Larousse* nos dice que la “equidad” es la justicia natural por oposición a la justicia legal y la justicia ideal<sup>23</sup>. El mismo diccionario define a lo razonable en una de sus acepciones como “justo - equitativo” con lo cual estaríamos hablando de los mismo.

El gran maestro uruguayo Couture nos dice que la equidad es “el sistema jurídico en el cual los jueces, cuando los faculta para ello la ley, pueden apartarse prudentemente del derecho positivo que estimen injusto en el caso particular, acudiendo a los dictados de su leal saber y entender”<sup>24</sup>.

El tema de la equidad ya había preocupado a los antiguos filósofos, entre ellos Aristóteles y Cicerón<sup>25</sup>. Aristóteles nos dice que la “equidad” no es exactamente lo mismo que la justicia... la equidad no es idéntica a lo justo legal... es superior a lo justo legal, porque la equidad es la expresión de lo justo natural, en relación con el caso concreto”.

El autor que cita a Aristóteles y Cicerón, Luis Recasens Siches, afirma que la acepción más usada e importante de la equidad es la de mostrar una norma individualizada que sea justa (sentencia judicial o administrativa) es decir que resulte justa en el caso particular y concreto... donde se tome en cuenta las singulares características del caso particular.

Mas modernamente, y sin que ello signifique agotar la literatura sobre el tema de la equidad, la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci<sup>26</sup>, realiza un interesante estudio sobre la evolución de “La equidad en la jurisprudencia de la Corte Nacional”. Citando a Portalis afirma que hay una ciencia para los legisladores y otra para los magistrados. La sabiduría del

---

<sup>22</sup> Fernández DE LEÓN, *Diccionario Jurídico*, Buenos Aires, Macagno, 1955, p. 167.

<sup>23</sup> *Diccionario Enciclopédico Ilustrado Larousse*, 2009, p. 398.

<sup>24</sup> Eduardo J. COUTURE, *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1976, p. 258.

<sup>25</sup> ARISTÓTELES, citado por Luis RECASENS SICHES en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1966, t. X, p. 229.

<sup>26</sup> Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “La equidad en la jurisprudencia de la Corte Nacional”, trabajo presentado en las Jornadas de Adhesión al Cincuentenario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

legislador consiste en encontrar en cada materia los principios más favorables al bien común, la del magistrado en poner estos principios en acción, ramificarlos, extenderlos, mediante una aplicación sabia y razonada a las hipótesis particulares.

En uno de los trabajos más recientes, ya referido en el caso concreto de los principios del derecho de los cursos de aguas internacionales, Sergio Salinas Álcega<sup>27</sup>, sostiene que la equidad es un principio que tiene origen en la jurisprudencia de los estados federales, especialmente de los Estados Unidos, derivado al Derecho Internacional, pero no circunscripto al derecho de los cursos de agua internacionales, sino en relación con el derecho internacional del medio ambiente, recogién dose en la declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano de Estocolmo de junio de 1972.

El autor citado destaca la recepción de este principio en diversas manifestaciones del Derecho Internacional Público, por ejemplo del Instituto de Derecho Internacional de 1961, en el capítulo 2 de las Reglas de Helsinsky, mencionando también a modo de ejemplo la recomendación 91 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el agua, de Mar del Plata de marzo de 1977, el convenio de Helsinsky de 1992, el art. 5 de la Convención de Nueva York de 1997, en la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia el 25 de setiembre de 1997.

El autor citado se pregunta: ¿Cuál es el sentido con el que debe entenderse una utilización equitativa y razonable? Y se responde: “Lo primero que debe señalarse es que lo que se establece con este principio ***no es el derecho de todos los Estados ribereños de un curso de agua internacional a una participación igual en el uso del mismo***, (el destacado me pertenece), sino a una participación equitativa y razonable, que en función de las circunstancias concretas de cada caso, pueda traducirse en la práctica en el reconocimiento de derechos de alcance diferentes en cuanto al aprovechamiento del curso de agua, de forma que pueda encontrarse un equilibrio en la satisfacción de las necesidades de cada uno<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Sergio SALINAS ÁLCEGA, “Las aguas no marítimas internacionales”, en *Derecho y Administración de Aguas*, p. 340 y ss.

<sup>28</sup> SALINAS ÁLCEGA, ob. cit., p. 343, cita a J.A. BARBERIS, F.M. ARMAS PFIRTER y M. QUEROL, ob. cit., p. 77, respecto de la noción de utilización equitativa.

María Cristina Rodríguez<sup>29</sup> no ya referido a los cursos internacionales de aguas superficiales, sino a las aguas subterráneas, transfronterizas sostiene en la misma línea de pensamiento que la equidad, o más bien la utilización compatible con la distribución equitativa (NO SIGNIFICA IGUAL). El subrayado le pertenece a la autora. Para Rodríguez, lo razonable en la utilización de las aguas está vinculado con lo óptimo, lo cual desde mi punto de vista implica un uso eficiente evitando el desaprovechamiento.

Una obra que no puede dejar de tenerse presente en el análisis filosófico de la equidad, es el libro de Carlos Ignacio Massini sobre “La prudencia jurídica”<sup>30</sup>.

En la obra citada Massini, enrolado en la concepción realista del derecho, concibe a la “equidad”, perteneciendo a la “praxis”, es decir, a las realidades que el hombre tiene en cuenta para el logro de su perfección personal o social. El bien común de la sociedad política<sup>31</sup>.

*Conclusión.* De lo que llevamos dicho y de lo que veremos en capítulos aparte, la equidad y la razonabilidad son principios que el político o el gobernante deben tener en cuenta a la hora de acordar con otros estados, la distribución de las aguas. Cada cuenca hidrográfica presenta por naturaleza, características distintas en sus diversos tramos, y si ellos no son científicamente ponderados, se corre el riesgo de cometer una grave injusticia en perjuicio de los administrados. A ello apunta dar este somero enfoque sobre la “equidad”.

No puedo concluir este capítulo sin citar una frase del estilo “sentencias” de Pedro Frías<sup>32</sup>.

“El Juez juzga según la ley, pero sin descuidar la equidad en cada caso particular”.

---

<sup>29</sup>María Cristina RODRÍGUEZ, “Responsabilidad Internacional en el proyecto de la comisión de derecho internacional sobre el derecho de los acuíferos fronterizos”, Cuaderno de Derecho Internacional. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Advocatus, 2009, p. 95.

<sup>30</sup>Carlos Ignacio MASSINI, *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.

<sup>31</sup>Carlos Ignacio MASSINI, ob. cit., p. 225.

<sup>32</sup>Pedro J. FRÍAS, *Breviarios*, Córdoba, Ediciones del Copista, 2008, p. 28.

“Las nuevas responsabilidades tienden a hacernos sensibles, más solidarios, más ordenados, deben inspirarnos repugnancia al despilfarro de ciertos recursos...”<sup>33</sup>.

### **La equidad y los acuerdos en las convenciones y tratados internacionales en la materia**

En un trabajo de esta naturaleza no es posible hacer un análisis pormenorizado de todos los antecedentes del derecho internacional público que tienen incidencia en nuestro derecho nacional.

Y es que en verdad en la regulación de los cursos de aguas interestaduais ha tenido prevalencia el principio de la utilización equitativa que se traduce en el derecho de los estados a una participación equitativa en los usos y beneficios de las aguas.

Este criterio ha servido de base a numerosas convenciones internacionales, muchas de ellas de reciente data y es el criterio que ha inspirado varios acuerdos en los que nuestro país es parte.

En ese sentido puedo citar el acta de Buenos Aires sobre cuencas hidrográficas suscripta con Bolivia el 12 de julio de 1971 y el acta de Santiago sobre cuencas hidrológicas suscripta con Chile el 26 de junio de 1971.

Estos dos acuerdos sientan la regla fundamental según la cual “la utilización de las aguas fluviales (y lacustres) se hará siempre en forma razonable y equitativa.

La determinación de lo que constituye un uso racional y equitativo, exige valorar una serie de circunstancias propias de cada caso, que no pueden ser englobadas en una definición conceptual absoluta.

Antes de avanzar con el tema diré que estos principios, el de la equidad y razonabilidad en la regulación de los usos de las aguas de los ríos interprovinciales es derecho positivo y obligatorio en nuestro país por la sencilla razón de tratarse de principios contenidos en tratados internacionales, celebrado con potencias extranjeras, que conforme a la Constitu-

---

<sup>33</sup> Pedro J. FRÍAS, ob. cit., p. 21.

ción Nacional, reformada en 1994, tienen la jerarquía de ley fundamental igual que la Constitución.

Se ha señalado que uno de los primeros intentos en determinar los principios a los que está sujeta la equidad, fue realizado en la reunión de la Internacional Law Association celebrada en Dubrovnik, Yugoslavia en 1956. En esta reunión se le asignó importancia 1) al derecho de cada estado a un uso razonable del agua, 2) el grado de dependencia de cada estado respecto de ese recurso; 3) los beneficios comparativos, que en lo social y económico, obtiene cada uno de ellos; 4) la existencia de acuerdos preexistentes y 5) la utilización previa del recurso.

### **El principio de equidad en el derecho positivo argentino**

En capítulos anteriores, he citado solo dos convenios internacionales en los que Argentina es parte.

Ellos son: el acta de Buenos Aires sobre cuencas hidrográficas suscripto con Bolivia el 12 de junio de 1971, el acta de Santiago sobre cuencas hidrográficas suscripta con Chile el 26 de junio de 1971.

En ambos tratados internacionales se sienta la regla fundamental según la cual la utilización de las aguas fluviales (y lacustres) se hará siempre *en forma razonable y equitativa*.

### **La Constitución Nacional**

Recordamos que el art. 31 de la Constitución Nacional, reformada en 1994 establece, que la Constitución, las leyes que en su consecuencia se dictan por el Congreso y los *tratados con las potencias extranjeras* son la ley suprema de la Nación, y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas...

Quiere decir entonces que el principio de razonabilidad y equidad en el reparto del agua y/o los beneficios de las aguas de las cuencas hidrográficas comunes es una norma jurídica de la Nación con igual jerarquía que la Constitución Nacional.

### *La ley 21.611*

La ley 21611 es la ley nacional que aprueba el acuerdo celebrado entre las provincias de Buenos Aires, La Pampa, Mendoza, del Neuquén y Río Negro, en oportunidad de la VI Conferencia de Gobernadores del Río Colorado, el que es un anexo de la ley.

Si analizamos el convenio y en especial el trabajo técnico del MIT, que le sirvió de soporte, veremos que permanentemente se recurre a las reglas de la equidad tales como, los costos razonables, el uso eficiente del recurso hídrico, la prioridad del abastecimiento de poblaciones o las facultades de las provincias para fijar las prioridades. Hubieron expresas referencias a la equidad en la distribución del recurso, al aprobarse el acta anterior, etc..

Esto demuestra que la ley 21611 que se integra con el anexo, ha tenido presente la equidad en la distribución de los caudales.

### *La ley 15.336*

No ya en cuanto a la distribución de caudales, sino al reparto de los beneficios de los usos no consuntivos específicamente en lo que respecta a la generación de energía eléctrica, el art. 43 de la ley 15336, llamada de régimen de la energía eléctrica, disponía que, “las provincias en cuyos territorios se encuentren las fuentes hidroeléctricas, percibirán el 5% del importe que resulte de aplicar a la energía vendida, la tarifa correspondiente a la venta en bloque.

Decía este art. 43 que “en el caso de que las fuentes hidroeléctricas se encuentren en ríos limítrofes entre provincias o que atraviesen a más de una de ellas, *este porcentaje del 5% se distribuirá equitativa y racionalmente entre ellas.*

No obstante que esta ley, del año 1960, establecía la *equidad* en el reparto de las regalías energéticas, en el año 1973 se dictó el decreto 1560 del Gobierno Nacional, por el cual se ordenó que la provincia de La Pampa y Mendoza participarán *por partes iguales* las regalías hidroenergéticas de los Nihuales, sobre el río Atuel, centrales enclavados en pleno territorio mendocino.

Este decreto, ha sido impugnado de inconstitucionalidad por la provincia de Mendoza. Pero, a los fines de este enfoque no es el tema de la

inconstitucionalidad el que nos interesa, sino el principio de la *equidad* que ya establecía la ley 15336 en el reparto de las regalías en los ríos interestaduais.

Este criterio se mantiene en el nuevo art. 43 de la ley 23.164, modificatoria de la ley 15.336.

### **Las reglas de Helsinki**

Entre los días 14 y 30 de agosto de 1966, se realizó en Helsinki la 52 Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional, donde se dieron normas para la utilización equitativa de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional.

Allende<sup>34</sup> señala que estas normas habrán de tener una especial proyección sobre el derecho positivo de cada país. Omito analizar ahora esas normas, pues lo haré al final.

También cabe tener presente que las denominadas reglas de Helsinki, a las cuales dedicaremos una parte de este trabajo, no son reglas taxativas, sino meramente enunciativas, por lo cual, cabe tener presente otras circunstancias que diferencian a los estados y nos permitan acercarnos más a la equidad.

Tenía razón Allende quien preconizaba estas frases en 1971, cuando escribía su libro.

Las denominadas reglas de Helsinki, normalmente citadas por casi todos los autores en la materia establecen en su capítulo 2, en su primer artículo, el IV, “el derecho de todo estado ribereño, dentro de su territorio a una participación razonable y equitativa en los usos beneficiosos de las aguas de una cuenca hidrográfica común.

Señala Sergio Salinas Álcega<sup>35</sup> que esta norma va teniendo lugar en otros textos mencionando a modo de ejemplo la recomendación 91 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el agua de Mar del Plata, de marzo de 1977, en las que se consagra el derecho de cada Estado a

---

<sup>34</sup> Guillermo L. ALLENDE, ob. cit., p. 263.

<sup>35</sup> Sergio SALINAS ÁLCEGA, ob. cit., p. 342.

utilizar equitativamente los recursos hídricos compartidos con otros Estados como medio de establecer lazos de solidaridad y cooperación.

Esta norma, según lo enseña el autor citado se recepta también en el Derecho Internacional Convencional, en los grandes convenios de alcance general de fechas recientes como en el art. 2.c) del convenio de Helsinki de 1992, o en el art. 5 de la convención de Nueva York de 1997 que establece que los Estados ribereños, utilizarán en sus territorios dicho curso y participarán en el uso, aprovechamiento y protección del mismo de una manera equitativa y razonable.

Salas Plata<sup>36</sup> sostiene que la aplicación de las reglas de Helsinki presupone una planeación económica regional. Las reglas constituyen una serie de leyes que un administrador del agua, juez o tomador de decisiones tendrían que tomar en cuenta para la solución de problemas relacionados con el recurso agua. Estas leyes sobre el uso de las aguas de los ríos nacionales e internacionales, así como la presencia de la Asociación Internacional de Derecho, son fundamentales en la formulación de la regla básica del uso equitativo y razonable en la utilización y desarrollo de las aguas internacionales. Desde 1966 en que apareció la primera versión de las Reglas de Helsinki, han surgido un conjunto de leyes internacionales relacionados con los problemas ambientales y la protección de los derechos humanos.

## **Las reglas de la equidad**

Habíamos visto que la equidad, consagrada como un principio rector en materia de distribución de las aguas de una cuenca hidrográfica común, está sometida a ciertas reglas.

Estas reglas han sido elaboradas a través e los años por medio de la costumbre, los tratados internacionales, las convenciones de jurisprudencia.

Y no está demás en señalar tres o cuatro aspectos de estas reglas: 1º) No son como decíamos, reglas taxativas. 2º) En materia de aguas

---

<sup>36</sup> Jorge A. SALAS PLATA, CULC Y T. Ambiente binacional.

interjurisdiccionales es donde mayor aplicación tienen y 3º) Es sorprendente la uniformidad de criterios imperantes en la doctrina.

Los distintos tratados internacionales, y conferencias internacionales desde Madrid en 1911, han ido estableciendo reglas de interpretación y aplicación de la equidad, pero en rigor, a partir de 1966, es cuando en gran medida se sistematizan estas reglas, en la convención internacional de Helsinki, celebrada en esa ciudad, capital de Finlandia entre los días 14 al 30 de agosto de ese año.

En el art. IV de las mencionadas reglas de Helsinki *se afirma que todo estado ribereño de una cuenca hidrográfica común, tiene derecho dentro de su territorio, a una participación razonable y equitativa en los usos beneficiosos de las aguas.*

En el art. V se establecen los factores pertinentes de cada caso particular, a fin de determinar qué constituye una participación razonable y equitativa. Ellos son

a) *La geografía de la cuenca:*

A los fines de este factor, resulta necesario precisar cual es el concepto de cuenca hídrica, en especial el referido al territorio que ocupa la cuenca.

Conforme a este criterio supongamos que una cuenca hidrográfica común a dos estados, ocupa una superficie total de 30.115 km<sup>2</sup>, de los cuales 24.222 km<sup>2</sup> se ubican en el territorio de un estado y el resto en el territorio del otro estado. La proporción de reparto, según este factor es del 80 y 20%.

Parecería injusto y contrario a la razón que, teniendo en cuenta este factor digamos, le corresponde a cada estado, partes iguales en el agua.

b) *La hidrología de la cuenca*

Según Allende<sup>37</sup>, etimológicamente, la hidrología, es la ciencia que estudia las aguas y con mayor precisión afirma que es la ciencia que estudia las aguas en la naturaleza.

---

<sup>37</sup> ALLENDE, ob. cit., p. 7.

Es las ciencias de las aguas en la tierra, de sus formas de existencia, de su circulación y distribución, de sus propiedades físicas y químicas, de la correspondencia que hay entre ellos y el medio ambiente.

De ello se infiere que el agua no se presenta en forma igual en todas las regiones del planeta, incluso hay zonas en que el agua no existe.

En la región andina es dable observar escasas precipitaciones pluviales, sus ríos son alimentados por los deshielos de la cordillera, por lo general no son ríos muy caudalosos, pero si de gran velocidad en el tramo superior y de un inteligente aprovechamiento en el tramo medio. Es el caso de Mendoza y San Juan como bien lo señala Michel Jean Paul Ramlot<sup>38</sup>.

El estudio serio de la hidrología de la cuenca permite contar con información, para la aplicación de otros factores, como lo veremos enseguida para una distribución racional y equitativa en los usos de las aguas.

En el estudio de la hidrología de la cuenca se le da significativa importancia a la contribución de agua de cada estado ribereño.

Un ejemplo para analizar este factor a la luz de la equidad. Supongamos que la alimentación de la cuenca se produce en un solo estado. Consecuentemente conforme a esta regla le corresponde atribuir a ese estado el 100%.

### c) *El clima de la cuenca*

El clima de la cuenca es otro de los factores que ilustran las pautas de una distribución razonable y equitativa entre los estados de una cuenca hidrográfica común.

En este aspecto el clima es el conjunto de condiciones atmosféricas propias de una región o país.

En esas condiciones influyen principalmente, temperatura, humedad, vientos y lluvias.

Puede ocurrir que el clima sea idéntico en toda la cuenca hidrográfica, pero lo normal es que presenten marcadas diferencias, especialmente en lo que hace a humedad y lluvias.

---

<sup>38</sup> Michel Jean Paul RAMLOT, *Hacia un porvenir de la Región Cuyana*, Mendoza, Talleres Gráficos Banco de Mendoza, 1972, p. 17.

Parecería que es contrario a la razón distribuir el agua por partes iguales entre estados que tienen por ejemplo una marcada diferencia en el régimen de lluvias.

d) *La utilización pasada de las aguas de la cuenca y en particular su utilización actual*

Este es un factor de muchísima importancia en la distribución de las aguas entre los estados de una cuenca hidrográfica común.

Es común advertir que existen estados que desde un largo tiempo vienen utilizando las aguas, para abastecimientos de poblaciones, bebida de ganado, agricultura, etc..

Este factor determina la aplicación del principio de la prioridad en el uso. Quien primero usó y usa el agua, tiene una especie de derecho adquirido – primero en el tiempo, primero en el derecho. Parecería irrazonable repartir el agua por partes iguales, destruyendo una economía para crear otra.

Un ejemplo para demostrarlo. Supongamos que en el estado A, desde hace mucho tiempo se utiliza el agua para regar 75.671 has y en el estado B existe la posibilidad de regar sólo unas 15.000 has. Conforme a este criterio o a este factor las proporciones en el reparto de las aguas no puede ser igual, sino equitativa proporcional.

e) *Las necesidades económicas y sociales de cada estado de la cuenca*

Es dable observar que los recursos naturales no son iguales entre los estados de una cuenca hidrográfica común.

De la misma manera existen estados cuyos habitantes han llevado con notables esfuerzos a un alto nivel de realización social, constituyendo oasis enclavados en áreas desérticas, con ínfimas precipitaciones pluviales.

En estos estados el poblamiento y el desarrollo de todas las actividades humanas depende estrechamente de la presencia y disponibilidad del agua.

Es el caso de Mendoza y San Juan según la opinión de Michel Jean Paul Ramlot<sup>39</sup>. *Un ejemplo*. Supongamos que el estado A tiene utilizados

---

<sup>39</sup>Michel Jean Paul RAMLOT, ob. cit., p. 17.

al máximo sus recursos ríos y que el estado B tiene otras posibilidades de agua, sea porque tiene otros ríos sin aprovechar, sea que tenga mayores aportes de precipitación pluvial. Es injusto en lo real y concreto sacarle al que no tiene para darle al que tiene.

f) *La población que necesita de las aguas de la cuenca en cada estado ribereño*

No nos caben dudas que este factor es uno de los más preponderantes a tener en cuenta para una distribución racional y equitativa de las aguas de una cuenca hidrográfica común.

Y es, como lo dice Migual Mathus Escorihuela y César Magnani; “existe una estrecha vinculación del recurso agua para satisfacer las necesidades de la humanidad más elementales”<sup>40</sup>.

Este principio obliga a determinar cuantos habitantes se ubican en la cuenca dentro de cada estado pues el reparto debe hacerse en base a la proporción de las distintas poblaciones. Parecería contrario a la razón que, si tengo 100.000 habitantes en la cuenca dentro del territorio de un estado y 5.000, en otro que se entregue el agua por partes iguales.

g) *Los costos comparativos de otros medios que puedan adoptarse para satisfacer las necesidades económicas y sociales de cada estado de la cuenca*

El tema es de gran amplitud. Ponemos en primer lugar la satisfacción de las necesidades económicas y sociales de cada uno de los estados de la cuenca.

Como de agua estamos hablando y estamos analizando las reglas de la equidad, nos quedamos entonces en la utilización del recurso agua y no de otros recursos tendientes a satisfacer las necesidades sociales y económicas de cada estado.

Pongamos un ejemplo para clarificar el concepto. Tenemos un caudal de agua disponible para repartir entre dos estados. El estado A tiene en su territorio una infraestructura que le permite usar el agua sin mayo-

---

<sup>40</sup>Miguel MATHUS ESCORIHUELA y César MAGNANI, *Derecho y Administración de Aguas*, ob. cit., p. 13.

res costos y el estado B necesita realizar una gran inversión en su territorio para poder utilizar el recurso.

Este factor nos obliga a analizar donde es más beneficioso usar el agua, si en el estado A o en el estado B.

En este aspecto juegan importantes principios legales extraídos del derecho internacional público para la distribución de las aguas entre los estados de una cuenca hidrográfica común.

Se ha sostenido al respecto ¿Cuál es el sentido con el que debe entenderse una utilización equitativa y razonable? Lo primero que debe señalarse es que lo que se establece con este principio no es el derecho de todos los estados ribereños de un curso de agua internacional a una participación igual en el uso del mismo, sino a una participación equitativa y razonable, que en función de las circunstancias concretas de cada caso puede traducirse en la práctica en el reconocimiento de derechos de alcance diferente en el aprovechamiento del curso de agua de forma que pueda encontrarse un equilibrio en la satisfacción de las necesidades de cada uno<sup>41</sup>.

También, analizando este tema la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que no puede repartirse agua de cursos interestadales, cuando la onerosidad de las obras a realizar resulta desproporcionada con los beneficios que se podrían obtener<sup>42</sup>.

También se destaca en este fallo con cita de autores que la utilización equitativa exige un uso benéfico de las aguas.

#### h) *La disponibilidad de otros recursos*

Es evidente que si un estado dispone de otros recursos hídricos, sean superficiales o pluviales, para satisfacer sus necesidades económicas y sociales, parecería contrario a la razón pretender que el otro estado que no tiene los mismos recursos, deba desprenderse de parte de sus aguas para dárselo a otro estado.

---

<sup>41</sup>J.A. BARBERIS, citado por Sergio SALINA ALCEGA, ob. cit., p. 343.

<sup>42</sup>Corte Suprema de Justicia de la Nación, Autos L-195- XVIII, 3/12/87.

i) *La prevención del desaprovechamiento innecesario en el empleo de las aguas de la cuenca*

El agua como recurso natural y como integrante del sistema ambiental dice Miguel Mathus Escorihuela <sup>43</sup> y por lo tanto el equilibrio dinámico del ecosistema humano muestra que el deterioro de los recursos naturales es causante de la destrucción de la vida del hombre en la tierra.

Ello impone, dada la importancia del agua en el medio ambiente, que se extremen todas las acciones para que el agua sea utilizada con fines benéficos para la humanidad.

De allí es que el principio que analizamos impone la obligación frente al derecho ambiental, de no desaprovechar o desperdiciar el recurso, ya que de ser así, a nadie beneficiaría y a muchos perjudicaría.

La ponderación de todos estos factores nos llevara a una conclusión final, que es lo equitativo en el concreto caso del reparto de aguas. La ponderación consiste en sumar todos los coeficientes para obtener un resultado final.

---

<sup>43</sup> Miguel MATHUS ESCORIHUELA, ob. cit., p. 13.



# LOS PRINCIPIOS INHERENTES A TODO ORDENAMIENTO JURÍDICO RELATIVO A CATÁSTROFES NATURALES

BERNARD DEBEUF PONCE DE LEÓN

**Sumario:** Prefacio. 1. Elaboración de principios doctrinales que deben ilustrar la generación de toda legislación en materia de catástrofes. 2. Objeto de regulación. 3. ¿Qué entendemos por catástrofe natural? 4. Principios que deben ilustrar a las legislaciones que regulen las conductas en torno a las catástrofes naturales. 4.1. Principio de celeridad de respuesta. 4.2. Principio de prevención. 4.3. Principio de la resiliencia. 4.4. Principio de la unidad de mando. 4.5. Principio de la solidaridad. 5. Conclusiones.

## Prefacio

La naturaleza ha demostrado su fuerza incontenible a los habitantes de Chile este año 2010, producto de un terremoto que ha registrado el quinto lugar en energía desplegada en la historia moderna de la humanidad, el cual, seguido de un maremoto, ha producido un desastre de proporciones tanto en vidas humanas como en pérdidas materiales. Los sismos, clásicos eventos naturales, son circunstancias imprevistas para los seres humanos en cuanto al momento exacto que pueden producirse, pero sí son razonablemente esperados conforme a nuestros conocimientos científicos y nuestro acervo cultural, lo cual debe convocar a determinados criterios sociales y normativos en aras de la seguridad de las personas.

Un territorio como el chileno, que forma parte de una extensión geográfica de gran potencial sísmico<sup>1</sup>, que en su total extensión incluye a otros

---

<sup>1</sup> José LUGO HUBT y Moshe INBAR, Introducción al libro colectivo: *Desastres naturales en América Latina*”, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 10.

países del continente americano, todos los cuales son víctimas de cuando en vez de los movimientos de tierra que socavan construcciones y nos privan de enseres y de nuestro tesoro más precisado, que es la vida misma.

Esta manifestación de la madre naturaleza forma parte de nuestra historia, la que enlazada con el derecho camina rumbo a la posteridad; por ello, las catástrofes sísmicas deben tener una necesaria vinculación con nuestro cuerpo de normas jurídicas, ya sea para que el colectivo se ordene, ya sea previniendo los efectos de un gran sismo o simplemente para ayudar a los desposeídos o los damnificados con aquél. La presente monografía busca acentuar la necesidad de contar con la normativa jurídica suficiente para enfrentar una catástrofe, dar una visión de los principios que puedan ilustrar a los creadores de cuerpos legales que versan sobre tales eventos naturales, proponer modestas propuestas para tomar en cuenta; y, lo más importante, dar un tributo a quienes no están con nosotros a consecuencia de un cataclismo.

## **1. Elaboración de principios doctrinales que deben ilustrar la generación de toda legislación en materia de catástrofes**

Con el objeto de que una legislación que busque introducir normas a una sociedad determinada en materia de catástrofes sea lo suficientemente eficaz, debemos elaborar un listado de principios que dirijan en forma racional los elementos a conjugar para llevar adelante un ordenamiento jurídico tanto en cuanto a la prevención de los efectos nocivos como a su mitigación una vez producidos, pero para ello debemos desplegar a la conciencia lo que debemos regular.

## **2. Objeto de regulación**

Resulta necesario dejar por sentado que la norma jurídica no puede evitar una catástrofe natural, tal como le es imposible al ser humano detener el devenir de los acontecimientos que tienen su origen en los elementos de la naturaleza, pero sí está claro que un debido ordenamiento social nos permite prevenir los efectos de un cataclismo y morigerarlos una vez se produzcan.

En consecuencia, la regulación es claramente necesaria en cuanto a la prevención de los efectos peligrosos para el ser humano, sus enseres y los bienes comunes sociales; asimismo, lo es también para disminuir los efectos perniciosos de la catástrofe en variadas esferas de la vida comunitaria.

Si tomamos como ejemplo un terremoto, vamos a prevenir efectos del mismo cuando acertamos en la normativa de la construcción antisísmica, cuando instruimos a los educandos en los colegios para que sepan qué actitudes deben tener o qué medidas de seguridad han de poner a la práctica en caso de un movimiento de tierra, todas ellas son regulaciones previas al acaecimiento de una catástrofe natural. Por otro lado, cuando normamos la manera en cómo y por quién se debe entregar la ayuda material a los damnificados también estamos paliando los efectos de un sismo, estamos evitando que los peligros y los daños sean mayores para el conglomerado social.

Por una parte, el objeto de regulación son conductas humanas a ejecutar en forma previa a una catástrofe natural, respecto de la cual la sociedad desconoce con exactitud el momento exacto en el cual va a acontecer, por tal motivo y como forma directa de evitar daños, es menester el concientizar a las personas a llevarlas a cabo en forma permanente. Ahora bien, el establecimiento de normas jurídicas preventivas es una manera de dirigir la actividad de la gente en cuanto a la obtención de un objetivo social, que es la disminución de la proliferación de daños con motivo de un terremoto, una inundación, un tsunami, etc..

De la misma manera, se busca regular la actividad humana en un momento después al acaecimiento de la catástrofe, con la finalidad de evitar el aumento desmedido de efectos perjudiciales para las personas y la sociedad por circunstancia de aquélla.

### **3. ¿Qué entendemos por catástrofe natural?**

No todo hecho de la naturaleza va a tener los ribetes necesarios para provocar una normativa diferenciadora, pues no se justificaría a la vista de la lógica humana. Son determinados acontecimientos los que ameritarán provocar una reacción social ante ellos y que permitan activar determinados mecanismos de defensa para la sociedad misma y para quienes la componen.

De ahí resulta que el término desastre natural no es amplio sino circunscrito, el mismo reviste, de por sí, un grado superlativo de importancia.

La catástrofe natural tiene una connotación física y también una social, la primera dice relación con la magnitud de la misma en cuanto a como es percibida por el ser humano, la otra en cuanto a la repercusión social que la misma produce.

Una inundación o un movimiento de tierra cualquiera no es de por sí una catástrofe, pero reviste tal característica cuando es un evento de la naturaleza que produce daño a las personas y a los bienes y/o servicios de un determinado ámbito geográfico, y sus consecuencias producen un claro quiebre a la normalidad de la sociedad.

Uno de los rasgos sensoriales característicos del desastre natural es la magnitud de su destrucción, que muchas veces abarcará una gran extensión territorial, dejando una huella más o menos permanente en las localidades afectadas.

Esta inmensa capacidad de provocar calamidad pública que tienen las catástrofes naturales hace que estas sean un verdadero punto de inflexión para la sociedad afectada, ya que como una suerte de hito histórico producen la gran necesidad de cambios ya sea en el modo de vida, en la manera de urbanizar, en la de construir, en la de organizarse frente al peligro y en cuanto a la realización de actividad humanitaria a favor de los damnificados, etc..

Debemos traer a la memoria el terremoto de Lisboa de 1755 <sup>2</sup> como el ejemplo característico de catástrofe natural, pues, dicho sea de paso, provocó el uso del término de ahí en adelante, convocó a numerosos pensadores y científicos a preocuparse del origen y de los efectos del sismo y determinó la necesidad perentoria de una mayor solidez de las edificaciones para prevenir perjuicios personales.

---

<sup>2</sup> Armando ALBEROLA ROMÁ, "El terremoto de Lisboa en el contexto del catastrofismo natural en la España de la primera mitad del siglo XVIII", España, Ediciones Universidad de Salamanca, 2005; Rocío PEÑALTA CATALÁN, "Voltaire: una reflexión filosófico-literaria sobre el terremoto de Lisboa de 1755", Revista de Filología Románica, 2009, vol. 26, ps. 187-204; Gemma VICENTE, "El terremoto de Lisboa y el problema del mal en Kant", España.

El desastre humano, material y financiero que sufriera la ciudad de Lisboa y otros parajes afectados por el feroz movimiento de tierra y el posterior maremoto, dejaron perplejos a europeos que sentían un tanto lejanos estos acontecimientos.

Según se sabe por relatos de testigos de este cruento episodio histórico, en la mañana del día 1 de noviembre de 1755, mientras la mayoría de los habitantes de una muy comercial capital europea -como lo era Lisboa- concurrían a misa en las numerosas iglesias de la ciudad, ocurrió un violento movimiento sísmico con duración no inferior a dos minutos, que hizo colapsar edificios, los que cayeron sobre la población causando numerosas muertes. De dicho terremoto siguieron numerosos incendios que dieron cuenta de lo que quedó en pie, arrasando con vastas zonas de la urbe. Pero eso no fue todo, horas después, mientras muchos de los habitantes se asilaron en las playas, creyendo escapar de la destrucción, se produjo un maremoto de proporciones que no solamente asoló ese lugar, sino las costas andaluzas y de parte del norte de África, sacrificando innumerables vidas humanas en su paso incontenible.

No hay un número exacto de las víctimas, pero muchos las cifran entre un 10 a un 20 % de los lisboetas, lo que haría en la época un total de unos 20.000 a 30.000 fallecidos, otros la acercan a 70.000 almas. La destrucción económica fue de proporciones gigantescas, ya que no solamente obligó a la reconstrucción de la capital lusitana, sino que hubo de soportarse la pérdida de la actividad mercantil durante largo espacio de tiempo, en un puerto que prácticamente vivía de ella.

Los ecos de la magnitud de ese desastre para Portugal vinieron en gran medida por los escritos de los pensadores de la época, entre los que destaca Voltaire <sup>3</sup>, quien incluso realiza un sarcástico poema dedicado a la tragedia de Lisboa y se embarca en una crítica al pensamiento en boga que se tilda de "Optimismo", con lo que se enfrenta a las ideas de Rousseau. Incluso escribe su conocida obra *Cándido y otros cuentos*, en la cual se mofa de Leibniz, a quien se le señala como el precursor del mencionado movimiento y hace en ella una constante mención al seísmo de Portugal. Las personas buscan la causa de tanto mal, lo que prodiga en el ámbito de

---

<sup>3</sup> Rocío PEÑALTA CATALÁN, ob. cit..

la filosofía y de la ciencia pensamientos antagónicos, ya que algunos atribuyen el acaecimiento del evento telúrico al deficiente comportamiento de las personas y otros lo originan en fenómenos físicos que escapan del control humano.

Se señala, con toda razón, que desde el punto de vista de la ciencia hay un antes y un después del evento del terremoto de Lisboa de 1755, pues dio inicio a la sismología, que ha ido evolucionando y aprendiendo de los propios movimientos telúricos para ayudar a comprender estos fenómenos y habituar al colectivo social a soportarlo y evitar sus consecuencias.

De lo anterior fluye señalar que una catástrofe natural produce necesariamente un cambio en la sociedad, y como el impacto es tan violento en los estamentos afectados, necesariamente deviene en la concreción de normas jurídicas que regulen el actuar humano en torno al evento del cual se trate. Estos preceptos, a la vez necesarios como excepcionales-toda vez que no se convive con cataclismos a diario-, deben obedecer a determinados principios que actúan como directivas de los mismos.

#### **4. Principios que deben ilustrar a las legislaciones que regulen las conductas en torno a las catástrofes naturales**

Se pretende por estas líneas dar una corriente programática a los cuerpos legales que versen sobre normas relativas al funcionamiento del conglomerado social, tanto en forma preventiva a las catástrofes naturales como a las que se suceden a los eventos, ambas de vital importancia en la protección de la vida de las personas y el desenvolvimiento normal de la sociedad.

##### *4.1. Principio de celeridad de respuesta*

Cuando un conglomerado social sufre una catástrofe natural, las medidas que se deben ejecutar desde el punto de vista del ordenamiento jurídico han de ser prontas, porque hay personas que se encuentran a consecuencia del evento en precarias condiciones ya sean de salud, alimenticias, de higiene, de habitabilidad, de desplazamiento y de seguridad personal.

El estado de las cosas al momento y con posterioridad a un desastre natural es caótico, por lo que el derecho debe reforzar su finalidad de ordenador de conflictos de intereses en forma debida. En ese instante es cuando más la gente requiere una regulación que permita operar a las autoridades de manera casi instantánea, dotándola de facultades extraordinarias, por cuanto se está frente a una hecatombe.

No debemos olvidar que en la mayoría de los países democráticos del orbe, como en el caso chileno, que existe una imposición constitucional para las autoridades públicas en lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales, se obliga a quienes ocupan cargos públicos a realizar actividades en defensa de tales derechos y en promoción de los mismos.

Como consecuencia de lo anterior, tanto los órganos de la Administración Central del Estado, como quienes son competentes para elaborar las leyes, están compelidos jurídicamente a crear un ordenamiento normativo con esa impronta, siendo, a nuestro modesto entender, este principio un norte orientador sine qua non si se requiere regular las actividades en torno a las catástrofes naturales.

Si se elaboran normas que no permiten agilizar procedimientos o eliminar trabas burocráticas, se va a propender a ralentizar toda medida de ayuda en pos de los damnificados, provocando una amplificación del daño por efectos de la catástrofe natural, y se atentará directamente a los derechos fundamentales de las personas perjudicadas con un desastre.

¿Quién puede discutir que ante un desastre natural, ya sea un maremoto, un sismo, un huracán o una inundación, es de la esencia de la preservación de la sociedad y de la especie humana buscar el amparo rápido y oportuno para evitar fallecer, quedar herido, perder sus bienes? Esto no se hace eficaz si dependemos como comunidad de autoridades que no dispongan de las normas suficientes que les permitan obrar con absoluta prontitud. No es así cuando debemos recurrir a autorizaciones, acuerdos de comité, fiscalización de legalidad de los actos de administración, para que los personeros de gobiernos nacionales, regionales o locales, puedan ejecutar las medidas sin el temor de ser “arbitrarios” o caer en una ilegalidad que le inhiba posteriormente a ejercer los cargos.

La legislación de desastres no puede ser una mordaza para el actuar de los entes públicos, ya que se requiere una casi instantánea velocidad de respuesta ante el evento catastrófico, para, en primer lugar, evitar

muertes. No cabe duda que estaremos en presencia de una excepción, pero que al ser tan evidente, no debe requerir para la primera actuación otra cortapisa que la lógica humana y el deber de preservar el bien común de la comunidad de la cual se trate.

#### 4.2. Principio de prevención

Tal como señaláramos más arriba, es preciso hacer una labor anticipativa a los efectos perniciosos de un grave hecho dañoso que tiene su origen en la naturaleza, pues es la única forma de precaver perjuicios innecesarios a las personas.

La experiencia social indica que con medidas preventivas, tales como, por ejemplo, el establecimiento de requisitos de calidad de la construcción habitacional, de prohibiciones de urbanizar determinados sectores geográficos, de fomento de planes de emergencia a través de la educación a ciertos estamentos de la sociedad, y la organización de las personas en ciertas instituciones, se permite paliar los efectos desastrosos de sismos, inundaciones, incendios, tornados, etc..

Los países que históricamente han sido azotados por graves movimientos telúricos, y que por ello han debido padecer destrucciones casi totales de las ciudades cercanas al epicentro de los mismos, como el caso de San Juan en Argentina, a consecuencia del terremoto de 1944<sup>4</sup>, el cual tuvo ribetes catastróficos, marcó el inicio de una nueva institucionalidad en el área de la prevención, específicamente en cuanto a la calidad de la construcción y la creación de organismos científicos dedicados a la prevención sísmica.

En efecto, con motivo de tal terremoto se dio origen al Código de la Edificación de 1951, se creó el Instituto de Prevención Sísmica de Argentina, y se orientó la planificación urbanística en la ciudad de San Juan, a las órdenes del Arquitecto José María Pastor.

---

<sup>4</sup> Domingo Mauricio ACUÑA, *El terremoto de San Juan en 1944 y sus huérfanos*, 2ª ed., Buenos Aires, Dunken, 2005. Voz “Terremoto de San Juan 1944”, Wikipedia, la enciclopedia libre; Mark Alan HEALEY, “La trama política de un desastre natural: el terremoto y la reconstrucción de San Juan”.

En Chile, sin duda, el terremoto de Chillán de 1939 cambió la institucionalidad chilena en cuanto desde ese momento se reconocen por el Estado los resultados desastrosos de un terremoto de gran envergadura; y, como consecuencia de ello, se da origen a la Corporación de Fomento de la Producción, que pretendió, desde sus inicios, paliar el impacto económico en las zonas afectadas; un origen similar tuvo la legislación de Urbanismo y Construcciones en Chile, pues a consecuencia del terremoto de Talca de 1928 se da inicio a las reglas de planificación urbana, lo que desembocaría en años después en la Ley de Urbanismo y Construcciones, con lo que se inicia la reglamentación legal de las edificaciones y sus fiscalizaciones.

Las normativas referidas establecieron un marco preventivo en cuanto a la construcción y a la fiscalización de determinada calidad de la construcción, pensando precisamente en la posibilidad de afectarse la sociedad por otros sismos más adelante y, en base a esto, estar debidamente preparada para resistirlos firme y convenientemente.

Una sociedad que busca preservar la vida y salud de sus integrantes y proteger a los bienes de los mismos, así como a la capacidad de desenvolvimiento de la comunidad en el futuro, no puede soslayar el establecimiento de planes y sistemas preventivos ante los desastres de origen natural.

Si una catástrofe como una inundación, un terremoto, un tsunami, provocan el caos, no puede la sociedad estar inerte ante esto, pues sería ampliamente colaboradora con el fenómeno perjudicial.

Al caos la sociedad sólo puede oponer el orden y la disciplina para morigerar los dañinos efectos de un cataclismo, si se añade a esto último más desorden, el producto de ello será ampliamente destructivo.

Si las personas de un colectivo determinado saben qué hacer al momento de producirse un evento de la naturaleza, instante en el cual el Estado no puede colaborar, se evitarán, sin duda, desgracias mayores. No hay nadie que aconseje en contrario. Pero para que esto suceda se deben prevenir los efectos desastrosos conforme a una planificación estatal ordenada en un primer lugar en cuanto a la educación de los habitantes, dado que es clave la información detallada para el manejo de la posible crisis.

El Estado debe propender a que de manera obligatoria en los currículos educativos se contemplen acciones permanentes de información y ejercicio de actividades tendientes a la protección civil. Si los educandos se

familiarizan con sistemas de seguridad y salvamento, y los ejecutan con facilidad, llegado el momento de ponerlos en práctica verdaderamente se disminuirán las consecuencias nocivas de los eventos de origen natural.

Pero se debe anticipar no solamente en el área de la educación, que permite que el individuo pueda reaccionar debidamente ante el peligro, sino que además se deben conjurar por el Estado otras variables que inciden directamente en el riesgo de las personas.

Una de aquéllas es la planificación urbanística, la que debe considerar eludir la construcción de viviendas en lugares expuestos a graves peligros sísmicos, de maremotos, de inundaciones, etc. El gobierno, ya sea nacional, regional o local, debe elaborar normas que busquen aminorar las desgracias personales y patrimoniales. En Europa ya se elabora una política continental para esto y se denota gran preocupación en la materia; así, en la Comunicación elaborada por la Comisión de fecha 23 de febrero de 2009, se invita a un enfoque comunitario para la prevención de catástrofes naturales y de origen humano, a través de la elaboración de mapas de peligrosidad y riesgo, entre otras variantes explicitadas ahí.

El estudio de los lugares geográficos en donde surge evidente peligro para las personas y los bienes, producto de eventos naturales que tienen efectos desastrosos, es de vital importancia. La historia es gran aliada para efectuar conveniente planificación al respecto, toda vez que es alta la probabilidad de repetir fenómenos en un mismo lugar. ¿Cuántos terremotos o tsunamis han asolado los mismos lugares en diferentes lustros? Resulta fácil tener una respuesta si existen detalles de compiladores de las épocas en que se produjeron, y debemos, quienes profesamos las ciencias sociales, ilustrarnos con ellos, para los efectos de poner de relieve a nuestra comunidad los peligros que encierran las urbanizaciones sin la debida planificación.

Sin duda estaremos en pugna con quienes pretenden hacer del derecho a realizar una actividad económica un motor de empuje social sin control, pero debemos contrarrestar tal idea a través de la elaboración de una cultura de la seguridad. De nada sirve el desarrollo patrimonial si es feble en su duración, y si el afán de lucro hace a las personas mirar con desdén la vida y la salud de los seres humanos.

Hay claros ejemplos históricos de ciudades que han sido arrasadas una y otra vez por fenómenos naturales; así como también hay casos comprobables de migraciones de asentamientos humanos en búsqueda de la seguridad colectiva.

Esto es una lección para quienes en la actualidad deben preocuparse de los destinos de una sociedad determinada, no hay que despreocuparse de lo acontecido con anterioridad, no debe existir amnesia colectiva con respecto a los hechos fatídicos, pues esto último no permite construir un andamiaje normativo perfectible en el tiempo, para desarrollar un mejor nivel de vida comunitario.

La planificación territorial es un elemento primordial para prevenir desastres sociales de proporciones, al establecer la seguridad de determinadas zonas para construir, configurar lugares de cobijo colectivo para paliar las consecuencias de ciertas catástrofes. En el caso de Japón, y como consecuencia de su experiencia por los continuos abatimientos sísmicos, se procedió a elaborar una legislación especial que prioriza determinada forma de urbanización en pos de salvaguardar las vidas humanas <sup>5</sup>.

Resulta del todo evidente la necesidad, para cada país del cual se trate, de estructurar la planificación de las ciudades teniendo en vista los peligros constantes que tengan los territorios elegidos para construir, como por ejemplo, en el caso de Chile, la vulnerabilidad por deslizamientos de tierras por efecto de sismos, la cercanía de volcanes, la proximidad a la costa que aumenta el riesgo de daños por tsunamis, etc.

Siguiendo la misma línea anterior, el Estado debe velar por la calidad de la edificación y por la mantención de las mismas, con lo cual se colabora a establecer un hábitat seguro para las personas.

Determinando los riesgos naturales es factible determinar a priori ciertos estándares de calidad que permitan a las familias desenvolverse eludiendo los temores de sufrir la pérdida del techo que las cobija.

Es tremendamente importante que todos los órganos del Estado comprendan la importancia que reviste el permitir o no construir en lugares peligrosos para los ciudadanos. Bástenos recordar la decisión de la Corte Suprema de Japón <sup>6</sup> que facilitó la construcción de los reactores nuclea-

---

<sup>5</sup> Diana María CONTRERAS MOJICA, “Planificación urbana. Herramienta para la prevención y atención de desastres”, ponencia en Jornadas Iberoamericanas sobre hábitat, vulnerabilidad y desastres.

<sup>6</sup> Raúl SOHR, “Chao petróleo. El mundo y las energías del futuro”, Santiago de Chile, Debate, 2009, p. 217.

res de Kashiwazaki-Kariwa cerca de una falla geológica, un terreno peligroso en caso de terremotos, sin que se haya advertido convenientemente de ello. El resultado fue que en el año 2007 se produjo un sismo que dañó gravemente las instalaciones. Si la decisión hubiese ido en el sentido inverso se hubiesen evitado cuantiosas pérdidas.

Por ello, la Administración Pública debe contar con facultades legales determinadas para los efectos de fiscalizar preventivamente, las cuales por un lado protejan debidamente el derecho de propiedad del emprendedor, pero también colaboren en la seguridad de la sociedad que va a ser afectada por una construcción determinada.

### *4.3. Principio de la resiliencia*

La palabra resiliencia <sup>7</sup> es de uso actual merced a la psicología y la ecología, sin que haya sido aún incorporada al Diccionario de Real Academia española de la Lengua, pero el conocimiento social que se tiene de ella nos invita a hacernos de ese término para explicar este principio.

Para referirnos a la idea primordial que deseamos expresar en este punto y elevar a la categoría de principio ilustrador de toda normativa que regule las conductas humanas en torno a un desastre natural, nos resguardamos en el concepto que la ecología nos trasmite con relación a la palabra resiliencia.

Se dice que indica la capacidad de los sistemas de absorber perturbaciones, sin alterar significativamente sus características de estructura y funcionalidad, es decir, pudiendo regresar a su estado original una vez que la perturbación ha terminado. La resiliencia se define como la capacidad de un sistema para retornar a las condiciones previas a la perturbación <sup>8</sup>.

¿Qué pretendemos señalar con este principio de resiliencia?

Estamos en la idea que la normativa jurídica debe propender, por un lado, a otorgar herramientas a la sociedad de la cual se trate que permitan

---

<sup>7</sup> Voz resiliencia, Wikipedia, la enciclopedia libre.

<sup>8</sup> FOX Y FOX, 1986; PIMM, 1984 y KEELEY, 1986, autores citados por Wikipedia en Voz resiliencia.

retornar a la normal funcionalidad de ésta de la manera más pronta posible, y, por otro, adecuar el propio sistema a la recuperación de la eventualidad.

En el campo de los desastres naturales, que son catástrofes cuando alteran significativamente el desarrollo de la sociedad afectada, es importante que la comunidad tenga los instrumentos necesarios para que sea lo conveniente y eficazmente resiliente.

Esto se enlaza férreamente con el principio de celeridad de la respuesta, pero tiene una proyección más de futuro, en cuanto la norma jurídica debe permitir que la sociedad damnificada retorne a su marcha normal sin mayores contratiempos. Cuando el precepto es eficaz, producirá el efecto de un remedio necesario y correctamente recetado para la dolencia de la cual se trate.

Si se establece una ley que de manera correcta determine los canales de reconstrucción de viviendas dañadas, de espacios públicos, de las vías de comunicación, de los recursos inmediatos que deben ponerse a disposición de las autoridades para paliar la falta de alimentos, de vestuario, de personal de salud pública, de medicamentos, de escuelas, u otras necesidades sociales básicas estaremos fortaleciendo la capacidad del conglomerado de sobreponerse a la catástrofe.

Se deben establecer mecanismos legales para que se utilicen los recursos adecuados en caso de los eventos naturales desastrosos, sin que se deba recurrir a antesalas perniciosas para la ayuda que ha de brindarse en las circunstancias infaustas a los ciudadanos. Cabe hacer notar la necesidad de contar con un ítem permanente del erario nacional de los países, destinado precisamente a la utilización ágil de fondos para cooperar debidamente en la reconstrucción. Que esto no suceda así hace que la sociedad sea más vulnerable y la aleja de la capacidad de recomponerse.

#### *4.4. Principio de la unidad de mando*

Si el desastre natural es de una usual imprevisión en lo temporal y aleja las posibilidades, la más de las veces, de aplicar las medidas normales de corrección social por las alteraciones que acarrea a la vida en común.

En este contexto, resulta sumamente certero el establecer un mecanismo a priori que permita una unidad de mando. Ello conlleva a una

dirección más concreta de las medidas que se deben tomar a consecuencia de un evento natural que produzca grandes daños.

Un solo mando acarrea un claro origen de las órdenes, produce menor confusión en la ejecución de las medidas que deben tomarse con toda prontitud y facilita la puesta en marcha de los programas y planes de reconstrucción y de ayuda humanitaria. Si Lisboa en el año 1755 no hubiese contado con el Marqués de Pombal <sup>9</sup>, célebre por su frase “¿Y ahora? Se entierra a los muertos y se da de comer a los vivos”, otra hubiese sido su realidad. Al recibir plenos poderes de parte del monarca lusitano, este funcionario de la Corona procedió a proyectar nuevas avenidas, plazas, reconstruir edificios y rehabilitar los mercados de la capital de Portugal, lo que permitió que luego de un año retomara su actividad. No dudamos en pensar que si ello hubiese estado acometido a un comité de personas, la tarea hubiese sido de décadas.

Las sociedades democráticas no deben temer al otorgamiento de facultades extraordinarias a una determinada autoridad en pos de defender los intereses de las personas y de la comunidad misma, pues se está ante un desastre natural que es excepcional y momentáneo en su ocurrencia.

Estimamos que la jefatura debe entregarse a una autoridad civil a la cual deben someterse tanto los funcionarios civiles como militares del país del cual se trate, con el objeto que la cooperación sea plena por parte de todos los actores. Esto también requiere que la persona que ocupe un cargo de tan vital importancia tenga la idoneidad suficiente para ello y se le dote de los recursos necesarios para enfrentar y superar la crisis, en la medida que los presupuestos nacionales se lo permitan.

#### *4.5. Principio de la solidaridad*

Ante la adversidad las personas se unen en el dolor, esto es una realidad irrefutable. Por ello, vemos innumerables actos de arrojo durante el peligro desencadenado por las catástrofes naturales, que invitan a confiar en la naturaleza de los seres humanos.

---

<sup>9</sup> Voz “Marqués de Pombal”, Wikipedia, la enciclopedia libre.

Somos testigos de la tremenda importancia que se da a la ayuda humanitaria destinada a los damnificados por las calamidades públicas, con posterioridad al acaecimiento de las mismas. Tanto los países como las personas reaccionan positivamente ante un desastre de proporciones. Chile, con motivo del terremoto de 27 de febrero de 2010, vio una comunidad internacional preocupada y solícita ante los requerimientos de asistencia. La gente también se motiva y destina bienes y recursos económicos para ir en socorro de los desposeídos.

Por estas circunstancias es menester considerar la solidaridad como una base de estructuración de toda normativa referente a catástrofes naturales, toda vez que existirán situaciones necesarias de normar, como las donaciones cuantiosas, la asistencia entre gobiernos, la re-destinación de fondos estatales, etc..

Merece la pena detenernos en el tema de las donaciones privadas, puesto que representan una buena parte de la asistencia que reciben los damnificados. Es preciso que se reglen situaciones excepcionales con respecto a la regulación normal de estas instituciones jurídicas, sobre todo en cuanto a los trámites para hacerlas nacer correcta y válidamente a la vida del derecho y las consecuencias impositivas a los autores de tal acto de solidaridad. Pensamos que el conglomerado social debe premiar a las personas naturales y jurídicas que ante una catástrofe natural entregan recursos financieros y bienes como ayuda humanitaria, a través del establecimiento de mecanismos de rebajas tributarias.

La solidaridad internacional está siempre presente ante hechos que producen graves daños colectivos, por lo que la normativa debe permitir a todo gobierno no sólo ir en ayuda de sus connacionales, sino también favorecer a otros Estados.

No olvidemos nunca que dar es recibir.

## **5. Conclusiones**

Los principios expuestos en número de cinco nos revelan los dedos de una de nuestras manos, la cual debe siempre ir en ayuda de nuestros semejantes. Si estructuramos la legislación o reglamentación referente a las catástrofes naturales conforme a bases de celeridad de respuesta, prevención, resiliencia, unidad de mando y solidaridad, tendremos una

normativa cimentada en sólidas bases de bienestar social. Pero estos principios deben concretarse en normas específicas, que permitan obrar a los expertos en materia de manejo de calamidades en plena libertad de toma de decisiones, con recursos concretos, con organizaciones eficaces y con la coordinación de todos los estamentos públicos en un solo norte, cual es preservar la integridad de los componentes de una sociedad expuesta permanentemente a los riesgos de una tierra que tiene vida y que nos manifiesta nuestras debilidades a través de las catástrofes naturales.

## Bibliografía

- ACUÑA, Domingo Mauricio, *El terremoto de San Juan en 1944 y sus huérfanos*, 2ª ed., Buenos Aires, Dunken, 2005.
- ALBEROLA ROMÁ, Armando, “El terremoto de Lisboa en el contexto del catastrofismo natural en la España de la primera mitad del siglo XVIII”, *Cuadernos Diciochistas* N° 6, España, Ediciones Universidad de Salamanca, 2005.
- ANTEPROYECTO de ley marco sobre prevención, mitigación y atención de desastres de origen natural o tecnológico. [http://www.parlatino.org/web2/es/temas-especiales/proyectos de ley](http://www.parlatino.org/web2/es/temas-especiales/proyectos%20de%20ley).
- BOLINCHES, R. y otros, “Legislación española ante las catástrofes”. [desastres.unanleon.edu.ni/pdf/2003/Julio/.../doc7863-introduccion.pdf](http://desastres.unanleon.edu.ni/pdf/2003/Julio/.../doc7863-introduccion.pdf)
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Un enfoque comunitario para la prevención de catástrofes naturales y de origen humano”.
- CONTRERAS MOJICA, Diana María, “Planificación urbana. Herramienta para la prevención y atención de desastres”, ponencia en Jornadas Iberoamericanas sobre hábitat, vulnerabilidad y desastres.
- GOLTZ, Sophie y otras, Editorial Proyecto Alarma de Catástrofe. Neue Gesellschaft für Bildende Kunst. Traducción: Francisco Díaz Solar. <http://www.goethe.de/wis/bib/prj/hmb/the/kli/es5323264.htm>
- HEALEY, Mark Alan “La trama política de un desastre natural: el terremoto y la reconstrucción de San Juan”, <http://history.berkeley.edu/faculty/Healey/trama.pdf>

- LAVELL THOMAS, Allan, “Ciencias sociales y desastres naturales en América Latina: Un encuentro inconcluso”. [cidbimena.desastres.hn/docum/crid/Mayo2004/.../doc2037-contenido.pdf](http://cidbimena.desastres.hn/docum/crid/Mayo2004/.../doc2037-contenido.pdf)
- LEY N° 16.282 SOBRE DISPOSICIONES PERMANENTES PARA CASOS DE SISMOS O CATÁSTROFES DE LA REPÚBLICA DE CHILE.
- LOZANO ASCENCIO, Carlos, “Las catástrofes naturales de la sociedad contemporánea”, comunicación presentada en el IV Congreso de Periodismo Ambiental. Información ambiental. Desafíos ante las crisis y los problemas emergentes. Madrid, APIA, 2001.
- LUGO HUBT, José e INBAR, Moshe (compiladores), *Desastres naturales en América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- LUQUE, Luis y otros, “El efecto del tsunami del año 1755 en el litoral de Conil de la Frontera (Cádiz)” en *Miscelánea en homenaje a Emiliano Aguirre*, España, Geología.
- MURRIA, Juan, “El terremoto de Lisboa del 1° de noviembre de 1755: ¿El primer desastre “moderno”? [www.eird.org/esp/revista/no-14-2007/contribuciones.pdf](http://www.eird.org/esp/revista/no-14-2007/contribuciones.pdf)
- PEÑALTA CATALÁN, Rocío, “Voltaire: una reflexión filosófico-literaria sobre el terremoto de Lisboa de 1755”, *Revista de Filología Románica*, año 2009, volumen 26, España.
- SOHR, Raúl, “Chao petróleo. El mundo y las energías del futuro”, Santiago de Chile, Debate, 2009.
- URRUTIA, Javier, “Catástrofes naturales”. <http://www.euskonews.com/0220zbk/gaia22001es.html>.
- VICENTE, Gemma, “El terremoto de Lisboa y el problema del mal en Kant”, [www.institucional.us.es/revistas/revistas/.../pdf/.../10%20vicente.pdf](http://www.institucional.us.es/revistas/revistas/.../pdf/.../10%20vicente.pdf).



# **EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS RESIDUOS PATOLÓGICOS EN ARGENTINA**

**(con especial referencia al caso de la provincia de Mendoza)**

MIGUEL MATHUS ESCORIHUELA

**Sumario:** Resumen. 1. Introducción. 2. Algunas consideraciones previas. 3. Régimen legal de los residuos peligrosos en general. 3.1. Convenio de Basilea. 3.2. Normas constitucionales. 3.3. Legislación nacional. 4. Residuos peligrosos. Legislación 4.1. Aspectos penales contemplados en la ley. 5. Residuos patológicos. 6. Situación de los residuos patológicos en la provincia de Mendoza. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

## **Resumen**

En Argentina el tema de los residuos peligrosos, y dentro de ellos los patogénicos, ha suscitado la preocupación de la población. En el presente trabajo se analiza el régimen jurídico de tales residuos a los fines de evaluar si el mismo aborda adecuadamente la problemática.

## **1. Introducción**

El desarrollo químico e industrial, de nuevas tecnologías vinculadas al reciclaje y recuperación de desechos generó en la década del 70, que en el orden internacional, se gestara una conciencia ambiental que reparó en el problema de los residuos peligrosos.

Recordemos que antes de La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano reunida en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972 en Estocolmo, ya se había comenzado a considerar el tema

de la contaminación ambiental, el uso irracional de los recursos naturales y el agotamiento de la capacidad depuradora del planeta.

Con el avance tecnológico e industrial que mencionábamos, la economía ambiental debió prestar atención al costo de eliminación de los residuos y desechos, costo que pasaba a integrar, como un nuevo ítem, el cálculo del costo final de un producto, con incidencia directa en la rentabilidad de las empresas, entre otros aspectos.

El problema de los residuos peligrosos, entre ellos los patológicos, no se circunscribe a un tema netamente económico ya que la localización geográfica de los mismos se ha transformado en una cuestión de política ambiental tanto en el orden interno de los estados como en el internacional. El tráfico de residuos lleva hoy a la confrontación económica y de poder entre países desarrollados y subdesarrollados <sup>1</sup>.

Por otro lado teniendo la República Argentina amplios litorales marítimos y aéreos en muchas oportunidades es y será un país de tránsito de sustancias peligrosas corriéndose el riesgo de sufrir la eliminación ilícita de los mismos.

En el orden interno no existe en nuestro país una verdadera conciencia ambiental ya que son insuficientes los recursos asignados para una correcta gestión ambiental en ejercicio del poder de policía estatal para preservar la calidad del ambiente y la salud, y el sector privado, -por razones de costos- se desentiende o elude el problema <sup>2</sup>.

Actualmente en la Provincia de Mendoza, no existe un tratamiento adecuado de los residuos patológicos, se depositan junto a los residuos sólidos urbanos, poniendo en riesgo el suelo, agua, aire y la población <sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Hoy algunos países pobres se han transformado en receptores de residuos a cambio del ingreso de divisas por cuanto la tasa de eliminación de residuos ronda los UPS 50 la tonelada en África mientras que en EE.UU. es de 10 veces más y en la UE 20 veces más ese valor.

<sup>2</sup> Se estima que en la Argentina existen más de 500 mil toneladas de residuos tóxicos, originados en industrias metalúrgicas, químicas, petroquímicas y en centros de atención de salud, sin posibilidad de tratamiento, entre los cuales no se computan los pasivos ambientales de yacimientos de mineral nuclear. A este panorama resta adicionar la resistencia de la población a la localización en sus vecindarios de plantas de tratamiento y disposición final.

<sup>3</sup> Un caso muy reciente es el basural ubicado en la zona denominada del Puente de Hierro en el Departamento de Guaymallén, donde vecinos y la red ambiental Oikos

## 2. Algunas consideraciones previas

Los residuos, cuyo régimen legal es objeto del presente trabajo, son los denominados patológicos.

El término patológico proviene de la voz griega *pathos* y significa afección, dolencia, enfermedad; y debe distinguirse del vocablo “patogénico” el cual hace referencia a aquello vinculado al estudio de cómo se engendra o causa una enfermedad. Ambos términos refieren a los residuos que tienen origen o se generan por y como consecuencias de enfermedades, dolencias o infecciones que son atendidos en centros asistenciales públicos y privados.

Es decir, los residuos patológicos son un tipo especial de residuos peligrosos, que se generan en razón del tratamiento terapéutico de enfermedades, dolencias o epidemias, como consecuencia de actos médicos profesionales en consultorios, centros asistenciales de salud, clínicas u hospitales, incluidas clínicas veterinarias y que posee características infecciosas.

Entre los distintos tipos de residuos patológicos pueden citarse: jeringas, guantes usados, restos de sangre, fluidos humanos y animales, restos de órganos, elementos corto-punzantes contaminados y todo aquel material que haya tenido contacto con microorganismos potencialmente patógenos.

Estos residuos cualquiera sea su estado (sólido, líquido o gaseoso) presentan características actuales o potenciales de toxicidad y/o actividad biológica, capaz de afectar directa o indirectamente a los seres vivos y causar contaminación del ambiente.

Por último cabe distinguir los residuos patológicos de los desechos sanitarios que pueden llegar a ser potencialmente peligroso, pero que son

---

denunciaron penalmente al Gobierno y a los particulares relacionados con la presencia de residuos patológicos en dicho basural a cielo abierto, donde pudo comprobarse con la presencia de material hospitalario como bolsas de transfusiones de sangre del Hospital Notti, cánulas, frascos y cuerpos de animales muertos. También se ha comprobado la contaminación del agua subterránea y de los canales de riego para los efluentes cloacales que van a parar allí. El basural de Puente de Hierro tiene una extensión de 250 hectáreas, pero a medida que pasa el tiempo los ambientalistas sostienen que el vaciadero avanza sobre los barrios circundantes.

dispuestos como residuos domiciliarios (envases, ampollas, material descartable, diarios, revistas etc.)<sup>4</sup>.

### 3. Régimen legal de los residuos peligroso en general

Para realizar un acabado tratamiento del régimen legal de los residuos patológicos resulta fundamental abordar las disposiciones internacionales, nacionales y locales vigentes en la materia las que refieren en forma genérica a los residuos peligrosos y dentro de ellos a los patológicos en particular.

Siguiendo el esquema piramidal normativo trataremos en primer término el Convenio de Basilea de 1989, la Constitución Nacional, leyes nacionales, para concluir con el régimen de los residuos patológicos en la provincia de Mendoza.

#### 3.1. *Convenio de Basilea*

El análisis del régimen legal de los residuos peligrosos tiene como punto de partida el Convenio de Basilea suscripto el 22 de marzo de 1989 en Basilea, Suiza y que entró en vigor en 1991, siendo ratificado por la República Argentina por ley 23.992<sup>5</sup>. Cabe recordar que conforme al artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional los Convenio internacionales, aprobados legalmente, gozan de jerarquía superior a las leyes de la nación y a las Constituciones y leyes provinciales<sup>6</sup>.

Dicho convenio fue motivado por la toma de conciencia a nivel mundial a cerca de que los desechos y sus movimientos transfronterizos pue-

---

<sup>4</sup> Del total de residuos de centros asistenciales se estima que solo el 35 % son patológicos siendo el resto desechos sanitarios.

<sup>5</sup> Sancionada 21/03/91, prom. 15/04/91, BO 24/04/91

<sup>6</sup> Constitución Nacional, Artículo 75: Corresponde al Congreso: Inc. 22: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

den causar daño a la salud humana y al medio ambiente; y que el peligro de ella es creciente así como lo son su generación y los movimientos entre fronteras <sup>7</sup>.

El Convenio que comentamos, en su artículo 19, define a los desechos como las sustancias u objetos cuya eliminación se procede, se propone proceder o se esta obligado a proceder en virtud de lo dispuesto en la legislación nacional.

Como puede observarse resulta poco clara la redacción del citado artículo para comprender acabadamente que debe entenderse por desecho o residuo como objeto de regulación legal. Por ello estimamos más adecuada la definición esbozada por el BID en una publicación elaborada por el Doctor Pedro Pablo Morcillo, donde residuo es “cualquier material generado en los procesos de extracción, beneficio, transformación, producción, consumo, utilización, control o tratamiento cuya calidad no permite usarlo nuevamente en el proceso que lo generó” <sup>8</sup>.

El Convenio de Basilea reconoce expresamente el derecho que todo Estado tienen de prohibir la entrada o eliminación de desechos ajenos a su territorio.

Además de ello, el Convenio, tiende a reducir al mínimo la producción o generación de desechos, como así también minimizar el movimiento transfronterizo de los mismos, comprometiéndose los Estados firmantes a efectuar un manejo ambientalmente racional y eficiente de los desechos con el fin de proteger la salud humana y el medio ambiente frente a los efectos nocivos que puedan derivarse de ese movimiento.

“En el Convenio de Basilea se ponen de manifiesto dos ideas fundamentales, en primer lugar, el consentimiento previo del país destinatario de lo transportado y, en segundo lugar, la prohibición de exportar los desechos tanto a los que no han prestado su consentimiento al traslado como a aquellos que no son firmantes del Convenio” <sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Mauricio LIBSTER (2000), *Delitos ecológicos*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, p. 131.

<sup>8</sup> B.I.D. Legislación y aspectos institucionales ambientales en algunos países miembros prestatarios del BID, t. II, p. 177

<sup>9</sup> Carmen TIRADO ROBLES (2007), “El control del traslado de residuos en el ámbito comunitario y su adaptación a las normas internaciones”, en A. EMBID IRUJO et al, *Agua, residuos y territorio*, Bogotá, Ed. Univ. del Externado de Colombia, p. 159.

Frente a posibles daños producidos durante el traslado, el Convenio dispone la obligación de contratar pólizas de seguros; y en el caso de que se produzca un tráfico ilícito el exportador tienen la obligación de reponer los residuos a su punto original o su eliminación.

### 3.2. Normas constitucionales

Si bien la Constitución Nacional de 1853 no contemplaba explícitamente un derecho al ambiente, la jurisprudencia <sup>10</sup> y doctrina supieron encontrar implícito entre los llamados derechos no enumerados, un derecho al ambiente como prerrogativa innata de los seres humanos, y por ello implícita en la soberanía popular <sup>11</sup>.

La Constitución reformada en 1994, contiene -en el capítulo segundo de la primera parte dedicada a los nuevos derechos y garantías- el reconocimiento expreso de un derecho al ambiente y la incorporación de un mecanismo efectivo de protección jurisdiccional del mismo (arts. 41 y 43 C.N.).

El art. 41 consagra la cláusula ambiental, es decir un derecho subjetivo a un ambiente sano, como un aspecto del derecho a la vida y a la integridad física.

El último párrafo del artículo citado, hace referencia al tema que nos ocupa, cuando expresamente *prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos*, comprendiendo tanto aquellos materiales que constituyen residuos peligrosos per se, como los que por determinadas circunstancias pueden llegar a serlo <sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> “Kattan, Alberto E y otro c/ Gobierno nacional (Poder Ejecutivo) s/ Amparo. Nulidad de las resoluciones” S.S. P. 1942 del 13 de diciembre de 1982 y 50 S.S.P. del 3 de febrero de 1983. Publicaciones: E.D. 105-245, L.L. 1983-D-575.

<sup>11</sup> M. PINTO y M. ANDINO (2008), “El derecho humano al ambiente en Argentina”, en A. EMBID IRUJO et al, *El derecho a un medio ambiente adecuado*, Madrid, Iustel, p. 503.

<sup>12</sup> En el seno de la Convención Constituyente de 1994, durante el debate parlamentario de fecha 20 de julio, 13ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación), la Convención Constituyente por Buenos Aires, Sra. Roulet, sostuvo: la discriminación que entre residuos peligrosos y potencialmente peligrosos se justifica ya que la expresión “potencialmente peligrosos” fue puesta en función de aquellos materiales que son resi-

Alude también la norma constitucional a los residuos radiactivos. Al respecto cabe señalar que, si bien éstos son residuos peligrosos, se consideró necesario efectuar esa expresa mención porque generalmente todos los residuos nucleares tienen un tratamiento independiente en el ámbito internacional. Se sigue en este punto lo dispuesto en el Convenio de Basilea referido al transporte transfronterizo de residuos peligrosos donde se especifica particularmente que no están incluidos dentro de este capítulo los residuos radiactivos.

Por su parte el art. 43 C.N. incluye dentro del régimen del amparo -cuya acción es rápida y expedita-, la protección los derechos que protegen al ambiente contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, tales derechos”<sup>13</sup>.

---

duos peligrosos pero que, acondicionados de determinada manera, pueden ser considerados como que carecen de esa peligrosidad. Hace pocos meses, un barco surcó los océanos de buena parte del mundo llevando residuos de altísima peligrosidad pero que, por haber sido protegidos de cierta manera, pudieron ser transportados. Sin embargo, son una amenaza latente en la medida en que esas seguridades pudieran fallar.”

<sup>13</sup> Constitución Nacional, Artículo 43: Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

### 3.3. *Legislación nacional*

Con anterioridad a la Reforma Constitucional del 94, la técnica legislativa nacional consistía en la sanción de normas, de las denominadas de adhesión, como fue el caso de la primera ley de Residuos Peligrosos 24.051<sup>14</sup>, cuyo art. 67 expresamente invita a las provincias y los respectivos municipios, en el área de su competencia, a dictar normas de igual naturaleza para el tratamiento de los residuos peligrosos.

Ello derivó, en el caso de la Provincia de Mendoza, a la sanción de la ley 5917 de 1992, de igual redacción con notas particulares en cuanto a denominación y establecimiento de las autoridades de aplicación locales<sup>15</sup>.

Pueden citarse también como normas con contenido ambiental y relativas a los “residuos peligrosos”, a la ya comentada ley 23922, que ratifica el Convenio de Basilea; la ley 24.040 sobre sustancias agotadoras de la capa de ozono, incluidas en el anexo “A” del protocolo de Montreal (ratificada por ley 23.778).

Otras normas que no serán objeto de tratamiento en el presente trabajo pero que integran la entramada realidad del tema residuos son la ley 25916 sobre residuos sólidos urbanos, PCBS ley 25.670, y sobre residuos radiactivos ley 25.018 y muy especialmente la ley 2.5612 que establece los presupuestos mínimos de protección ambiental sobre la gestión integral de residuos de origen industrial y de actividad de servicios, que sean generados en todo el territorio.

El art. 60 de esta norma derogaba la ley 24.051, pero mediante el decreto del Ejecutivo N° 1343 de julio de 2002 dicha derogación fue dejada sin efecto. Se ha generado entonces, lo que algunos autores denominan un caso típico de “derogación tácita” de una norma por otra, ya que regula idénticas cuestiones.

Hasta tanto, no sea reglamentada la norma de presupuestos mínimos, continúan vigentes las disposiciones administrativas y el régimen penal contenidos en la ley N° 24.051, al mismo tiempo que las disposicio-

---

<sup>14</sup> B.O., 17 de enero de 1992.

<sup>15</sup> Nicolás GONZÁLEZ DEL SOLAR (2009), *Régimen jurídico y ambiental de los residuos peligrosos*, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, p. 43.

nes de la norma de presupuestos mínimos. Este conflicto de aplicación normativa ha sido resuelta por la jurisprudencia de forma indistinta, disponiendo en algunos casos la aplicación de la ley Nacional de Residuos Peligrosos para los supuestos de interjurisdicción, y en otros la aplicación del régimen civil contenido en la ley General del Ambiente.

#### **4. Residuos peligrosos. Legislación**

La normativa en materia de residuos peligrosos, base del régimen legal de los residuos patológicos, es la ley 24.051, cuyo art. 1º efectúa un deslinde jurisdiccional a favor de la Nación <sup>16</sup>.

Ello es así por cuanto dispone que “la generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición de residuos peligrosos quedarán sujetos a las disposiciones de la presente ley, cuando se tratare de residuos generados o ubicados en lugares sometidos a jurisdicción nacional o, aunque ubicados en territorio de una provincia estuviesen destinados a transporte fuera de ella o cuando a criterio de la autoridad de aplicación, dichos residuos pudieran afectar las personas o el ambiente más allá de la frontera de la provincia en que se hubiesen generado, o cuando las medidas higiénicas o de seguridad que a su respecto fuere conveniente disponer tuviesen una repercusión económica sensible tal que tornare aconsejable uniformarlas en todo el territorio de la Nación, a fin de garantizar la efectiva competencia de las empresas que debieran soportar la carga de dichas medidas”.

De la interpretación del citado artículo, surge que en el caso que la cadena generación-disposición final se efectúe íntegramente en el territorio de una provincia su reglamentación será una atribución local <sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> La ley 24.051 fue reglamentada por el Poder Ejecutivo a través del decreto respectivo que lleva el número 831 y que se dictó el 23 de abril de 1993 (BO., 3-V-1993).

<sup>17</sup> Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en repetidas oportunidades CSJN, fallo 326:4996, del 18/12/2003. Corresponde asignar competencia a la justicia provincial para conocer en el sumario donde se investiga la presunta contaminación del suelo mediante el vertido u ocultamiento de residuos provenientes de la industria petrolera, en distintas zonas explotadas por las empresas denunciadas, si de las

Resulta del citado artículo, que el objeto de aplicación de la ley son los residuos peligrosos, que son cosas distintas de las emanaciones, desechos y efluentes comunes, los cuales no tienen entidad como objetos susceptibles de ser generados, transportados, depositados y tratados en plantas especiales para la eliminación de sus propiedades nocivas o su disposición final<sup>18</sup>.

Conforme el art. 2º, “será considerado residuo peligroso, todo residuo que pueda causar daño, directa o indirectamente, a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general”. Luego de esta definición genérica de residuo peligroso la ley remite a los Anexos I (Categorías sometidas a control) y II (Lista de características peligrosas) que describen y detallan una serie de residuos que se consideran peligrosos en particular.

Dichos Anexos fueron objeto de análisis en el fallo de la Cámara Federal de San Martín, Sala 1ª al resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa del Sr. Elio Alfredo Cargnello contra el auto que ordenó el procesamiento del nombrado por considerarlo autor *prima facie* responsable del delito previsto y penado por el art. 56 de la ley 24.051.

En dicha oportunidad la Cámara sostuvo que las disposiciones del Anexo I, se refieren a ciertos desechos “en especial”, a los que enumera sin expresar que no pueda haber otros desechos peligrosos fuera de la lista en dicho anexo contenida. De modo análogo en el Anexo II, tiene en mira una lista de características, que una vez halladas, conducirán a la consideración del desecho como peligroso. Al juez, en todos los casos, le incumbe decidir sobre el carácter peligroso de los residuos<sup>19</sup>.

Complementando la norma, el decreto reglamentario 831/93 especifica que residuo peligroso es todo material que resulte objeto de desecho o abandono y pueda perjudicar en forma directa o indirecta, a seres vivos o contaminar el suelo.

---

pruebas incorporadas al expediente no se advierte la configuración de alguno de los extremos que habiliten la aplicación de la ley 24.051 a los fines de asignar competencia a la justicia federal (del dictamen del procurador fiscal que la Corte hace suyo)

<sup>18</sup> Jorge BUSTAMANTE ALSINA (1995), *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 124.

<sup>19</sup> Cámara Federal de San Martín, Sala 1ª 21/9/2006; Elio A. CARGANELLO, citada en Revista de Derecho Ambiental N° 19, julio/septiembre 2009, Abeledo-Perrot, p. 204.

Se excluyen expresamente del ámbito material de aplicación de la ley los residuos domiciliarios, radiactivos y los derivados de operaciones normales de los buques que se rigen por leyes especiales.

Coincidimos con Pedro Bas, cuando sostiene que “la tipificación del residuo como peligroso que formula la ley es de una amplitud inconveniente, pues dentro del concepto quedan involucradas innumerables situaciones, que pueden no haber estado comprendidas en el ánimo del legislador. En todos los casos se entiende que la contaminación que el residuo genere deberá ser de tal entidad como para alterar negativamente las propiedades bióticas de un medio dado”<sup>20</sup>.

Por su parte, del art. 3° de la referida norma surge la prohibición de importar residuos a nuestro país, disposición que en la actualidad se encuentra incorporada a la Constitucional Nacional como ya comentáramos. De forma textual el art. 3° reza, “*prohíbese la importación, introducción y transporte de todo tipo de residuos provenientes de otros países al territorio nacional y a sus espacios aéreo y marítimo. La presente prohibición se hace extensiva a los residuos de origen nuclear sin perjuicio de lo establecido en el último párrafo del artículo anterior*”.

Esta salvedad se refiere a la posibilidad que tiene la Argentina de permitir el ingreso de residuos radiactivos y nucleares que hayan sido objeto de convenios con anterioridad a la sanción de la ley 24.051. Se entiende que, además dichos convenios deberían ser anteriores inclusive a la sanción de la ley 23.922 de 1989 ratificatoria del Convenio sobre movimientos transfronterizos de residuos peligrosos para la salud humana y el ambiente de Basilea<sup>21</sup>.

Con la finalidad de controlar las actividades potencialmente riesgosas se establece un Registro Nacional de Generadores y Operadores de Residuos Peligrosos. Allí deben inscribirse todos aquellos agentes que intervienen en alguna actividad enunciada por la ley en su art. 1°, es decir, desde la generación hasta los agentes de disposición final, a quienes la

---

<sup>20</sup> Pedro Bas (1993), *Régimen legal de los residuos peligrosos*, Buenos Aires, Depalma, p. 19.

<sup>21</sup> Nicolás GONZÁLEZ DEL SOLAR (2009), ob. cit., p. 45.

Autoridad de Aplicación Nacional o Provincial en su caso, les expedirá un Certificado Ambiental obteniendo así la aprobación oficial de actividad que desarrollan.

Así mismo en tal registro se procede a la inscripción de los transportistas que llevan las sustancias a las plantas de tratamiento y disposición final, a quienes también se les exige una declaración jurada de notable amplitud que alcanza incluso el plan de cierre y restauración del área y a un estudio de impacto ambiental, cuando se trata de planta de disposición final.

Cabe destacar que la ley 24.051 introdujo un nuevo sistema de responsabilidad, ya que no obstante remitir en primer término al art. 1113 del C.C.<sup>22</sup>, impone al generador de residuos peligrosos la calidad de dueño de los mismos, estableciendo la presunción *juris tantum* que un residuo peligroso es cosa riesgosa en los términos del párr. 2º del art. 1113 del C.C.. Se estableció así, el régimen de responsabilidad objetiva por riesgo de la cosa (contenido en el Código Civil) no pudiendo el generador eximirse de responsabilidad aunque pruebe que el daño fue producido por culpa de un tercero por quien no debe responder, cuando esa acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y de acuerdo a las circunstancias del caso (arts. 45 y 47).

La norma anexa una carga más en cabeza del generador a los fines de alcanzar la eximición de responsabilidad ante el daño causado por residuos peligrosos, ya que además de probar la culpa de un tercero por quien no se debe responder, deberá probar que se tomaron todos los recaudos necesarios para que el hecho dañoso no se produjera. Este nuevo régimen de responsabilidad establecido por la ley 24.051 ha sido llamado “super-objetivo”<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Código Civil Argentino, art. 1113, La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable.

<sup>23</sup> Federico PREUS y ots. (1995), “La responsabilidad civil en la ley 24.051 de residuos peligrosos”, La ley 1995-D, 1156.

Cabe mencionar también que la ley 24.051 le atribuye al generador la calidad de dueño del residuo peligroso desde la generación del mismo, *ad infinitum*. Por lo cual no pudiendo transferir el dominio del residuo peligroso, (ni por venta, entrega a transportista autorizado, entrega a planta de disposición final, ni por abandono) respondiendo en cualquier momento, en calidad de dueño de una cosa riesgosa, (art. 1113, párr. 2° del C.C.), su responsabilidad subsiste, aún mediando “transformación, especificación, desarrollo, evolución, o tratamiento” del residuo.

Con ello el legislador intentó evitar la práctica de algunos generadores, de desprenderse de los residuos mediante abandono u otros procedimientos clandestinos (basurales, volcamientos no permitidos, a cualquier cuerpo receptor, comercio ilegal de residuos, etcétera).

Esta ampliación del régimen de responsabilidad previsto en el Código Civil<sup>24</sup> produce una gran incertidumbre para los generadores quienes tratarán de evitar perder el control efectivo del manejo de los residuos en manos de terceros sobre los cuales no puede ejercer ningún control, así asumirán tareas de operador de residuos, con el consiguiente aumento de costos, tanto por las inversiones que debe realizar en relación a la escala de dichas operaciones, como por la diversificación de tareas no vinculadas directamente a la producción.

En el caso de residuos reciclados la ley, incentiva el proceso de reciclado pero a la vez desalienta la implementación de planes de reciclado.

Ello es así, por cuanto el generador del residuo lo venderá a un tercero para que éste lo utilice en un nuevo proceso productivo. El tercero estará comprando un “insumo”, pero el generador estará vendiendo un “residuo peligroso reciclado”. En caso que ese insumo produzca un daño, el generador que vendió el “residuo peligroso reciclado” será responsable como dueño del mismo, aun años después de haberlo vendido, mientras

---

<sup>24</sup> El artículo en análisis ha creado la imposibilidad de transmitir el dominio de una cosa (el residuo peligroso), modificando así el Código Civil, el cual en sus arts. 2513 y 2515, otorga facultad al dueño, o propietario de las cosas a enajenarlas o disponer de ellas de acuerdo a un ejercicio regular. Por otro lado y en lo que respecta a la pérdida de dominio el art. 2609 del C.C. indica que quien enajena y entrega la cosa a un tercero que la adquirió ya no es más el dueño y por tanto tampoco puede ser responsable por los daños producidos por la cosa.

que el comprador no asume responsabilidad alguna respecto de la ley de Residuos Peligrosos, ya que para él no se trata de un Residuo Peligroso, sino de un insumo, lo que conlleva a que este sistema sea de difícil implementación.

El agravamiento de la responsabilidad civil (art. 1113) y penal (art. 203) contenido en los capítulos VII y IX de la ley 24.051, a sido duramente criticado por Bustamante Alsina quien lo califica de “grosera anomalía” en orden al acatamiento al sistema republicano y federal que estructura la Constitución Nacional, ya que los citados capítulos, según el autor, violan el precepto establecido en el art. 75 inc. 12 (art. 67 inc. 11 al tiempo de la sanción de la ley) que impone la unidad legislativa en las materias que comprenden los Civil, Comercial, Penal, etc.; opinión que se comparte plenamente ya que la ley fue dictada por el Congreso como legislatura local para la ciudad de Buenos Aires, y de allí se extendió de forma anormal e ilegal a todo el país, por adhesión de las Provincias, modificando la legislación de fondo, que es atribución del Congreso, pero actuando como Poder Legislativo Nacional.

En relación a la competencia material para conocer en los delitos previstos por la ley que comentamos la ya comentada promulgación parcial de la ley 25.612 generó, también en este aspecto situaciones de desconcierto por cuanto el art. 58 de la ley 24.051 dispone el conocimiento de los delitos allí previstos a la justicia federal, mientras que el art. 55 de la nueva ley los remite al conocimiento de la justicia ordinaria.

No obstante ello siguiendo el criterio de la Corte Suprema sentado entre otros, en los fallos “Vintage Oil” y “Magdalena”<sup>25</sup> no existen dudas que serán de competencia de la justicia federal los casos en los que se den los supuestos de excepción previstos en el art. 1° de la ley 24.051; es decir que corresponde a la justicia ordinaria intervenir en los hechos por contaminación, salvo que exista una afectación interjurisdiccional de los recursos ambientales<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> C.S.J.N. “Vintage Oil Argentina y otros s/presunta infracción ley 24.051”, rta. el 18/12/03; “Magdalena, Mirian Nancy s/dcia. por infr. a la ley 24.051”, rta. el 26/6/04; “Etermit S.A. s/infracción a la ley 24.051”, rta. el 14/10/04. C.N.C.P. - Sala II, “Rubinetti, Héctor F. s/rec. de casación”, Reg. N° 5565, causa N° 4097, rta. el 4/4/03; “Taller de chapa y pintura Autosolutions s/rec. de casación”, Reg. N° 5650, causa N° 4270, rta. el 9/5/03.

<sup>26</sup> F. DÍAZ CATÓN y ot., “La competencia material en los delitos de la ley 24.051”, en Revista de Derecho Ambiental N° 20 oct./diciembre de 2009, Abeledo-Perrot.

Merece la pena comentar que ley 24.051 encomienda al órgano de aplicación, la coordinación con los organismos provinciales que ejercen potestades concurrentes.

Concretamente el art. 67 de la ley “invita a las provincias y a los respectivos municipios, en el área de su competencia, a dictar normas de igual naturaleza que la presente para el tratamiento de los residuos peligrosos debiendo cada provincia al momento de adherir designar su autoridad de aplicación territorial (art. 122 C.N.).

Este esquema de administración compartida y coordinada, se inserta en el marco del Pacto Federal Ambiental, signado por el Gobierno Nacional y las provincias en julio de 1993<sup>27</sup>, y en el Sistema Federal Ambiental que regula la ley 25.675 cuyo órgano de aplicación COFEMA. Este órgano ha tenido un papel preponderante en las adhesiones de las provincias a la ley 24.051 y en la coordinación de esas jurisdicciones locales con la Nación (Recomendaciones 1/93 y 3/94 COFEMA)<sup>28</sup>.

#### *4.1 Aspectos penales contemplados en la ley*

La ley 24.051 tipifica en su art. 55 el llamado delito ecológico, siendo el bien jurídico protegido la salud pública, en forma indeterminada, complementando el Código Penal en el Capítulo referente a los delitos contra la salud pública, en el sentido que amplía los objetos sobre los que recae la acción. De modo que el artículo citado protege también al ambiente general y a cualquiera de los elementos que lo integran<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> En dicho acuerdo, las partes contratantes declaran que el desarrollo económico no puede estar desligado de la protección ambiental y hace referencia al Pacto de Reafirmación Federal del 24 de mayo de 1990 y a los compromisos contraídos ante el mundo en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, y a la necesidad de “crear los mecanismos federales que la Constitución Nacional contempla” y “reafirmar el espíritu y la acción federal en materia de Recursos naturales y Medio Ambiente”.

<sup>28</sup> M. PINTO y ot. (2009), “El régimen jurídico y ambiental de los residuos sólidos en Argentina”, en *Régimen jurídico y ambiental de los residuos sólidos*, Univ. Externado de Colombia, p. 78.

<sup>29</sup> Ley 24.051, **Artículo 55.-** Será reprimido con las mismas penas establecidas en el artículo 200 del Código Penal, el que, utilizando los residuos a que se refiere la presente

La doctrina y la jurisprudencia consideran al delito mencionado como de peligro abstracto <sup>30</sup>. En este tipo de delitos se presume sobre la base de la experiencia, que determinada conducta es peligrosa para un bien jurídico, sin que pueda admitirse en el caso concreto la prueba en contrario de tal circunstancia. Los delitos de peligro abstracto suelen definirse siguiendo a Zaffaroni <sup>31</sup> como *aquellos donde existe un “peligro de peligro”; no hay peligro, sino peligro de que el peligro se produzca*; a diferencia de los delitos de peligro concreto donde se requiere que en el caso concreto se haya producido un peligro real para el bien jurídico protegido.

La ilicitud consiste en la descarga al medio de sustancias tóxicas y la liberación de calor en cantidades y concentraciones que el medio no puede neutralizar, y que por ende pueden vulnerar el bien jurídico protegido.

Así concebido, el delito es imputable a título de dolo, no obstante el art. 56 de la ley consagra la figura culposa, es decir, cuando el agente obró con negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de los reglamentos infringiendo la ley.

---

ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de reclusión o prisión. **Artículo 56.-** Cuando alguno de los hechos previstos en el artículo anterior fuere cometido por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, se impondrá prisión de un (1) mes a dos (2) años. Si resultare enfermedad o muerte de alguna persona, la pena será de seis (6) meses a tres (3) años. **Artículo 57.-** Cuando alguno de los hechos previstos en los dos artículos anteriores se hubiesen producido por decisión de una persona jurídica, la pena se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes de la misma que hubiesen intervenido en el hecho punible, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudiesen existir. **Artículo 58.-** Será competente para conocer de las acciones penales que deriven de la presente ley la Justicia Federal.

<sup>30</sup> Fallo de la Cámara Federal de Tucumán, en “González, Juan Antonio s/ Infracción a la ley 24.051”, del 28/5/2008. Comentado por Prack, M. en Revista de Derecho Ambiental N° 18 abril/junio 2009, Abeledo-Perrot. Así también lo sostuvo la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala 1ª, 31/3/2005 N.N.

<sup>31</sup> Eugenio ZAFFARONI (2005), “Reflexiones sobre el derecho penal ambiental”, en *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, p. 146.

Tratándose de personas jurídicas, frente al deber de evitar el resultado dañoso que el residuo puede causar, es necesario que el directivo, administrador o gerente intervenga personalmente, por acción u omisión, no pudiendo invocarse la delegación de facultades, ya que siempre subsiste el deber de custodia y de contralor.

Al respecto resulta ilustrativo el fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal, sala 1°, el cual al resolver el recurso de casación interpuesto en los autos N° 9421 caratulados “Muedra, Octavio s/ Res.Cas.” confirma la sentencia del Tribunal Oral de Criminal Federal de Tucumán que condenó a Octavio Muedra al tener por probada la responsabilidad que al mismo le correspondía en su carácter de Intendente por la contaminación producida en el lugar denominado “El Basural”, donde se exponían a cielo abierto residuos patógenos, de la cual tenía conocimiento directo y por no haber adoptado medida alguna al respecto, (cfr. 535 vta./536 vta.). Además la Cámara encomienda al Juez Federal y a la Fiscalía Federal profundizar la investigación a los fines de analizar la responsabilidad del organismo provincial de salud (Siprosa) y de la Dirección de Medio Ambiente de la provincia de Tucumán.

Finalmente, en lo que hace a la reparación por daño, ella comprende todos los perjuicios sufridos, incluido el daño moral, siempre que tengan una relación de causalidad adecuada con el hecho generador.

## 5. Residuos patológicos

Abordamos ahora el tema de los residuos patológicos.

La ley 24.051, incorpora expresamente (arts. 19 a 22) a los residuos patológicos como una categoría especial de residuos, que revisten el carácter de peligrosos.

La norma considera como tales los provenientes de cultivos de laboratorio, restos de sangre y sus derivados, residuos orgánicos provenientes de quirófano, restos de animales productos de la investigación médica, algodones, gasas, vendas, ampollas, jeringas, objetos punzantes y cortantes, materiales descartables, elementos impregnados con sangre u otras sustancias putrescibles que no se esterilizan y agentes quimioterápicos.

En cuanto a su peligrosidad, pueden provocar infecciones que van desde el HIV, la hepatitis B y C, hasta las provocadas por las bacterias

como la pseudomona y la salmonella (principales causantes de infecciones hospitalarias). Una vez que el agente patógeno ingresa al cuerpo humano, comienza a desarrollarse y multiplicarse, por ello es de suma importancia evitar el contacto con estos durante el manejo, transporte y disposición final.

En cuanto a la caracterización de los residuos patológicos, remitimos a lo comentado en el punto 2°.

El residuo patológico es legalmente una “cosa” generadora de riesgo, posee riesgo en sí misma. La ley presume, salvo prueba en contrario que es cosa riesgosa (arts. 2311 y 1113 C.C.), y como tal es un factor de atribución objetivo de responsabilidad.

Ese riesgo, puede originarse en la cualidad misma de la cosa, en la interrelación de ella con otros factores ambientales, o por la actividad humana con la cosa.

Los residuos patológicos poseen una extensa nómina de generadores, que tienen distinta entidad e importancia, por el volumen y las características de los residuos producidos: establecimientos asistenciales (hospitales, clínicas, maternidades), laboratorios de análisis clínicos, centros de investigaciones biomédicas, centros médicos sin internación, consultorios, etc.

Por estas circunstancias, la legislación amplió su campo de aplicación, entendiendo y vinculando el concepto a otras actividades complejas involucradas en el manejo del residuo: el almacenamiento, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final, alcanzando a su destrucción, la forma de llevarla a cabo y el destino final de los restos (como las cenizas).

En cuanto a los actores involucrados en la gestión de residuos patológicos, la ley incorpora la figura del generador y el operador.

El generador puede ser una persona física, jurídica, pública o privada, es quien, como resultado de su actividad por cualquier proceso, produce residuos patológicos. Este generador, responde objetivamente en calidad de dueño de la cosa. Y solo podrá eximirse de su responsabilidad, demostrando un obrar diligente en su actividad que puede no reducirse a la creación del residuo, sino también a su acopio, manipulación y manejo del operativo para su eliminación, en este caso el generador actuando como operador se ocupa de toda la cadena.

El generador tiene como rasgo distintivo, su profesionalidad, ya que su actuación requiere conocimientos técnicos y prácticos, por eso su acti-

vidad ha sido reglamentada por el Estado en ejercicio del Poder de Policía; y conforme las normas vigentes tiene estrictas obligaciones que cumplir, tales como: a) informar mediante declaración jurada quienes intervienen en el proceso de tratamiento, peligrosidad o potencial peligrosidad, características y obtener el Certificado Ambiental que es el instrumento administrativo que habilita al generador, al transportista, y a las plantas de disposición final; b) inscribirse en el Registro de Generadores u Operadores previo al acto de habilitación del establecimiento; c) documentar toda su actuación en el Manifiesto, que es una especie de biografía histórica detallada y puntual del residuo, incluida su sepultura; e) supervisar e implementar Programas de capacitación y manipulación de los residuos; f) manipular adecuadamente los residuos dentro del establecimiento y esterilizarlos cuando este contaminado de enfermedades epidémicas; g) contratar el transporte con personas físicas o jurídicas idóneas, inscriptas y registradas como tales, en aquellos casos en que el generador no haga lo mismo.

El transportista por su parte debe llevar en todo momento el Manifiesto, que lo entregara en la Planta de tratamiento y disposición final y es responsable en calidad de guardián del residuo de todo daño producido por el mismo.

El destino final del residuo para su eliminación o para hacerlo inocuo o menos peligroso, ocurre en las plantas de disposición final, habilitadas en condiciones de seguridad ambiental, mediante diversos procedimientos. (Incineración, radiación por microondas u otro dispositivo que la autoridad de aplicación autorice).

La disposición del residuo debe ser eficaz, para que resulte mínima la posibilidad que ellos tomen contacto con seres vivos, o que actúen como transmisores o reservorios de enfermedades o infecciones.

El proceso de eliminación no termina con el tratamiento en la planta. El resultado del residuo tratado (aún cenizas) debe ser eliminado, mediante el depósito en lugar habilitado, con conocimiento de la autoridad de control y especificación de las medidas adoptadas para evitar cualquier daño.

## 6. Situación en la Provincia de Mendoza

La Provincia de Mendoza en el año 1992 mediante ley N° 5917 adhirió al régimen general de la ley Nacional 24.051 <sup>32</sup>. Conforme al art. 2° de dicha norma la autoridad de aplicación es el Ministerio de Medio ambiente, urbanismo y vivienda (hoy Secretaría de Medio Ambiente); quien para el cumplimiento de sus funciones, organizara y mantendrá actualizado un registro provincial de generadores y operadores de residuos peligrosos, en el que deberán inscribirse las personas físicas o jurídicas responsables de la generación, transporte, tratamiento y desaparición final de residuos peligrosos.

Específicamente respecto a residuos patogénicos se encuentra en vigencia la ley 7168 y su decreto reglamentario 2108/05 <sup>33</sup>, según los cuales son residuos peligrosos aquellos que poseen la capacidad de afectar, en forma directa o indirecta, la salud humana, animal o vegetal y /o causar contaminación del suelo, agua o atmósfera. Quedando circunscriptos a esta normativa las actividades de generación, recolección, transporte, tratamiento y disposición final, así como también toda otra actividad relacionada con la gestión de los residuos patogénicos y farmacéuticos generados en los centros de atención de la salud humana y/o animal.

Puede observarse que la norma local hace extensiva la calificación de peligros a los residuos farmacéuticos que son los resultantes de la producción, elaboración, comercialización y utilización de productos farmacéuticos para la atención de la salud humana y animal, que posea características de toxicidad, teratogenicidad, carcinogenicidad o mutagenicidad, o que debido a su condición no puedan ser utilizados o reutilizados <sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> B.O.M., 19/11/92.

<sup>33</sup> B.O.M., 15/12/2003 y B.O.M., 3/11/2005.

<sup>34</sup> La teratogenicidad es la propiedad de un agente para causar malformaciones en un feto en desarrollo. Mientras que la carcinogenicidad es la capacidad de una sustancia para inducir neoplasmas malignos, es decir, cáncer. Por su parte la mutagenicidad es la propiedad de una sustancia química de causar cambios permanentes en las características genéticas de un organismo (INBIO Dictionary RYN)

El art. 4° de la ley mendocina especifica el significado de cada una de las etapas que involucra la gestión de los residuos (Generación, Recolección, Transporte, Tratamiento y disposición final), como así también de los actores de proceso (Generador y operador).

Resulta destacable lo previsto en la ley que comentamos en cuanto a que la actividad de recolección, transporte, tratamiento y disposición final de los residuos reviste el carácter de “servicio público” el que deberá ser prestado por el Estado por sí o por terceros.

En el marco de esta ley y frente al creciente problema del destino de los residuos de esta naturaleza, surgió la necesidad de implementar un sistema adecuado de gestión. En virtud de ello, se inició el proceso de llamado a Licitación Pública para otorgar en Concesión el Proyecto, Equipamiento, Instalación, Explotación y Mantenimiento para la Recolección, Transporte, Tratamiento y Disposición Final de los residuos.

Dicho proceso finalizó con la adjudicación, mediante el decreto N° 1562/09 del Poder Ejecutivo, ratificado por ley 8126<sup>35</sup>, a la Empresa TYSA-LAMCEF de la concesión del Proyecto, Equipamiento, Instalación, Explotación y Mantenimiento; para la Recolección, Transporte, Tratamiento y Disposición Final de Residuos Patogénicos y Farmacéuticos de la Provincia de Mendoza.

Se establece expresamente que la Empresa Adjudicataria deberá dar cumplimiento a los correspondientes Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental de acuerdo a la ley N° 5961 y su decreto Reglamentario N° 2109/1994 y su inscripción en el Registro de Generadores, Transportistas y Operadores de Residuos Peligrosos bajo la figura de Transportista y Operador, según ley Provincial N° 5917, decreto N° 2625/1999.

En virtud del proceso que se ha dado inicio en la provincia los residuos patológicos recolectados serán transportados hasta una planta de tratamiento donde serán esterilizados, y los residuos farmacéuticos serán tratados hasta que su composición sea similar a la de los desechos urbanos, siendo trasladados, por último en celdas de seguridad.

En este proceso, el Estado tendrá una doble intervención. Por un lado, el Ministerio de Salud tendrá a su cargo el control de la generación,

---

<sup>35</sup> B.O.M., 30/12/2009.

mientras que la Secretaría de Ambiente el transporte, tratamiento y disposición final.

Para esta última etapa el proyecto contempla la construcción de una planta de tratamiento, equipada para tratar diariamente más de 7 toneladas de residuos generados en los efectores de salud de la Provincia. Dicha planta estará equipada con un sistema basado en dos tecnologías: Termodestrucción por incineración pirolítica y Esterilización por autoclave, lo que convierte a la Planta propuesta como del tipo DUAL.

Entre otras ventajas, la utilización de ambas tecnologías permitirá que ante una eventual parada del sistema de autoclave por mantenimiento o desperfecto, el horno pirolítico puede reemplazarlo hasta su puesta en marcha.

La disposición final de los residuos autoclavados generados por el autoclave y de las cenizas tratadas generadas en el proceso de termodestrucción, se dispondrá en un Relleno Sanitario que construirá la empresa.

Retomando los aspectos legales del tema, la norma expresamente prohíbe a los concesionarios del servicio público de recolección, transporte, tratamiento y disposición final, recibir residuos patogénicos y/o farmacéuticos generados fuera del territorio provincial.

Así mismo las sanciones que prevé, van desde multas hasta la caducidad de la concesión pasando por la clausura, temporaria o definitiva o la suspensión del operador, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales imputables al infractor.

En cuanto al financiamiento del sistema regulado por la ley 7168, se estipula una tasa única de habilitación para los generadores y una tasa anual de fiscalización y control de la gestión de residuos que también deben abonar los concesionarios del servicio de recolección, transporte, tratamiento y disposición final de los residuos <sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Con el nuevo sistema implementado por el decreto N° 1562/09 la tarifa se unifica. De un costo actual de 7 pesos por kilo pasaría a uno de 10,77 pesos con el tratamiento incluido, en concepto de tarifa por el tratamiento de los residuos.

## 7. Conclusiones

Del desarrollo del régimen legal de los residuos patológicos podemos concluir que legal, jurisprudencial y doctrinalmente el problema de estos residuos esta suficientemente abordado, con las criticas que oportunamente se formularon y sin desconocer que el derecho debe, de forma permanente, actualizarse para no dar lugar a que nuevas situaciones de la realidad social, económica y ambiental queden fuere de su órbita.

En lo particular, consideramos que tal como se encuentran hoy regulados los residuos patológicos en Mendoza y la puesta en marcha, luego de la concesión del Proyecto, Equipamiento, Instalación, Explotación y Mantenimiento; para la Recolección, Transporte, Tratamiento y Disposición Final de Residuos Patogénicos y Farmacéuticos el problema que estos residuos representan tiene principio de solución.

No obstante ello, no debe olvidarse que la contaminación por residuos patológicos debe evitarse mediante tareas de prevención y educación, en las que deben tener una amplia participación todos los actores: profesionales, pacientes, auxiliares, familiares, administradores y el público.

## Bibliografía

- B.I.D. *Legislación y aspectos institucionales ambientales en algunos países miembros prestatarios del BID*, tomo. II
- BAS, Pedro (1993), *Régimen legal de los residuos peligrosos*, Buenos Aires, Depalma, p.19
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge (1995), *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p.124
- C.S.J.N. “Vintage Oil Argentina y otros s/presunta infracción ley 24.051”, rta. el 18/12/03; “Magdalena, Mirian Nancy s/dcia. por infr. a la ley 24.051”, rta. el 26/6/04; “Eternit S.A. s/infracción a la ley 24.051”, rta. el 14/10/04. C.N.C.P. - Sala II, “Rubinetti, Héctor F. s/rec. de casación”, Reg. N° 5565, causa N° 4097, rta. el 4/4/03; “Taller de chapa y pintura Autosolutions s/rec. de casación”, Reg. N° 5650, causa N° 4270, rta. el 9/5/03.

- CÁMARA FEDERAL DE SAN MARTÍN, Sala 1ª, 21/9/2006, Carganello Elio A. Citada en Revista de Derecho Ambiental N° 19, julio/septiembre 2009, Abeledo-Perrot.
- CÁMARA FEDERAL DE TUCUMÁN, en “González, Juan Antonio s/ Infracción a la ley 24.051”, del 28/5/2008. Comentado por M.Prack, en Revista de Derecho Ambiental N° 18 abril/junio 2009, Abeledo-Perrot. Así también lo sostuvo la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala 1ª, 31/3/2005 N.N.
- DÍAZ CATÓN, F. y ot., “La competencia material en los delitos de la ley 24.051”, en Revista de Derecho Ambiental N° 20 oct./diciembre de 2009, Abeledo-Perrot.
- GONZÁLEZ DEL SOLAR, Nicolás (2009), *Régimen jurídico y ambiental de los residuos peligrosos*, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia.
- JUZGADO DE 1ª INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL N° 2, Fallo Kattan, Alberto E y otro c/ Gobierno nacional (Poder Ejecutivo) s/ Amparo. Nulidad de las resoluciones S.S. P. 1942 del 13 de diciembre de 1982 y 50 S.S.P. del 3 de febrero de 1983. Publicaciones: ED, 105-245, LL 1983-D-575
- LIBSTER, Mauricio (2000), *Delitos ecológicos*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma.
- PINTO M. y ANDINO M. (2008), “El derecho humano al ambiente en Argentina”, en A. EMBID IRUJO et al, *El derecho a un medio ambiente adecuado*, Madrid, Iustel.
- PINTO M. y ot. (2009), “El régimen jurídico y ambiental de los residuos sólidos en Argentina”, en *Régimen jurídico y ambiental de los residuos sólidos*, Univ. Externado de Colombia.
- PREUS, Federico y ots. (1995), “La responsabilidad civil en la ley 24.051 de residuos peligrosos”, L.L. 1995-D, 1156.
- TIRADO ROBLES, Carmen (2007), “El control del traslado de residuos en el ámbito comunitario y su adaptación a las normas internaciones”, en A. EMBID IRUJO et al, *Aguas, residuos y territorio*, Univ. del Externado de Colombia, Bogotá.
- ZAFFARONI, Eugenio (2005), “Reflexiones sobre el derecho penal ambiental”, en *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Prof. Julio B.J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

**QUINTA PARTE**  
**APORTES DESDE EL DERECHO EN**  
**GENERAL**



# EL INCENDIO Y LAS VÍSPERAS. LA REVOLUCIÓN DE MAYO EN CÓRDOBA DEL TUCUMÁN

MARCELA ASPELL Y RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA

**Sumario:** Los protagonistas. Las vísperas. El comienzo del fin. Punto final.

## Los protagonistas

A comienzos de 1810 vivían en Córdoba del Tucumán un gobernador español de origen cantabro, un marino francés, ennoblecido como *Conde de Buenos Aires* y rodeado de una aureola de heroísmo, un deán ilustrado graduado *utroque iuris* en derecho, teología y cánones, un profesor de Instituta, abogado recibido en Charcas, y un obispo extremeño nacido el 13 de marzo de 1756 en Medellín, obispado de Palencia y catedrático de Valladolid, elegido por Carlos IV para suceder en la silla episcopal a don Ángel Mariano Moscoso, fallecido en 1803.

A casi todos ellos les quedaban apenas unos pocos meses de vida, pero aún, no lo sabían.

Vayamos por partes.

## Las vísperas

Concluidos los avatares de las invasiones inglesas al Río de la Plata ocurridos en 1806 y 1807, la corona española nombró a Santiago de Liniers y Bremond, virrey, gobernador y capitán general del Río de la Plata.

La designación recaía sobre un leal soldado del Rey, nacido en la Ville de Niort, en la antigua provincia del Poitou, el 25 de julio de 1753

tercer hijo varón del matrimonio concertado entre Jacques Joseph Louis de Liniers, Caballero, Señor feudal de Cran-Chaban de la Poussardiere, de Grand-Breuil y la Valleé, un distinguido oficial de marina dueño de una impecable foja de servicios y de Henriette Therese de Bremond, descendiente asimismo de noble familia.

Pero este joven francés no tardaría en abandonar, el suelo de su patria, dejar el cuartel de Royal Piemont, dejar atrás Carcassone, dejar los días iguales de ejercicios bélicos, agotadores, tardos y monótonos despojados del alarido y del olor de la guerra, dejar su tierra, dejar su patria, cruzar toda Francia con una imagen clavada en sus retinas: el mar. Ese recuerdo luminoso lo acompaña siempre cuando traspone las altas cumbres de los Pirineos e ingresa al suelo español, en una marcha decidida hacia el sur, atravesando toda la geografía española buscando siempre el mar, y arriba finalmente a Cádiz, donde se presenta y peticiona su ingreso a la armada española. Allí es admitido en calidad de simple voluntario. Nada importan los grados obtenidos en la Orden de Malta ni su experiencia en Carcassonne.

Su próximo destino es Cartagena a donde llega a bordo de la fragata *Santa Bárbara* que parte de Cádiz el 6 de mayo de 1775.

Poseía una foja intachable de servicios a la Corona española que principiaba, cuando en 1775 integró la Escuadra de Don Pedro González de Castejón y continuó más tarde en el verano de 1776, cuando el rey Carlos III organizó una expedición que confió al mando del teniente general don Pedro Antonio de Ceballos y Cortes <sup>1</sup> nombrado asimismo primer virrey del recién creado virreinato del Río de la Plata, para frenar la expansión portuguesa hacia el sur sobre territorios españoles.

La expedición estaba compuesta por nueve mil hombres embarcados en seis navíos, nueve fragatas, otros buques menores y noventa y seis transportes. Liniers navegaba a bordo del bergantín *Hoope* bajo las órdenes del Alférez de navío Andrés del Llano.

La expedición se hizo a la mar el 13 de noviembre de 1776. El 20 de febrero de 1777 anclaron en la isla portuguesa de Santa Catalina, cuya guarnición de rindió sin ofrecer mayor resistencia. Rápidamente pues y

---

<sup>1</sup> Nacido en Cádiz en 1715 en y muerto en Córdoba en 1778.

sin perder un solo hombre en combate los españoles lograron aprisionar 3.816 efectivos enemigos.

Su foja de servicios acumula los intentos españoles de recuperar de Gibraltar su actuación en el apostadero de Río de la Plata donde combatió en repetidas acciones contra los buques ingleses que bloqueaban las costas y obstaculizaban el tráfico comercial entre las colonias españolas. En lo designa su desempeño como *Gobernador de los treinta pueblos de las Misiones del Uruguay y Paraná* y *Subdelegado de Real Hacienda de los pertenecientes a estas Provincias*, por decisión del Virrey Joaquín del Pino y Rozas en 1802, y dos años después su nombramiento como Jefe del Apostadero Naval de Buenos Aires.

El momento de gloria llegaría apenas unos años más tarde, cuando Santiago de Liniers cumple un papel estelar en la defensa del Río de la Plata ante las invasiones inglesas de 1806 y 1807.

Lo cierto es que en el mes de mayo de 1808 llega la Real Cédula por la cual Carlos IV confirma a Liniers como Virrey interino del Río de la Plata.

Ignorando que asumía la representación de un rey cautivo y en guerra contra su patria de origen, el nuevo Virrey presta el juramento de rigor.

Eran tiempos difíciles. donde a los avatares de la política exterior se sumaban las tensiones entre el Cabildo, la Real Audiencia, el gobernador de Montevideo en un contexto cada vez más intrincado por las pretensiones de la corona lusitana puestas de manifiesto desde que la familia real encontrara refugio en Río de Janeiro, la llegada del enviado de Napoleón a Buenos Aires, componen un entramado alterado desde el mismo equilibrio del poder que ha distorsionado asimismo la rápida militarización impuesta por Liniers <sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Juzga el historiador Halperin Donghi: "*La acción más tenaz y más efectiva estará a cargo de los enrolados por la Infanta Carlota Joaquina de Borbón, casada con el príncipe regente de Portugal. La princesa, hija de Carlos IV y apoyada por el Almirante británico Sydney Smith tendrá una política hispanoamericana diferente de la de su esposo: se trata de poner todas las Indias españolas bajo su regencia. El 10 de agosto un manifiesto de la infanta revela y justifica esa pretensión: redactado antes del conocido desenlace de la crisis dinástica, se buscaría en vano en el alguna expresión de simpatía para Fernando VII, cuyo ascenso al trono es declarado irregular. El regente de Portugal tiene por su parte ambiciones más limitadas pero más sólidas: desea que sus tropas*

Sostiene Mariluz Urquijo: *“El Virreinato era una codiciada presa para los apetitos del mundo. Portugal que con una tenacidad de siglos había pugnado por acercarse al Río de la Plata, no podía desperdiciar la ocasión del derrumbe del trono español. En Buenos Aires, Francia veía la puerta de entrada hacia las riquezas de las minas altoperuanas e Inglaterra un mercado interesante para sus exportaciones. El cruce de esas ambiciones determinaría agresiones e intrigas en las que los criollos intentarían maniobrar, tratando de canalizar en provecho de su tierra las ambiciones ajenas. Antes de que Napoleón sonase con adueñarse de Hispano América, esta ya desempeñaba un papel en sus planes, pues contaba con que la España aliada la socorriese pecuniariamente con parte de las riquezas de las Indias. Más tarde cuando su lucha antibritánica lo obligó a movilizar al mundo entero contra Inglaterra, empezó a pensar en*

---

*ocupen la Banda Oriental, para poner a salvo su interesante territorio de las tormentas que amenazan a la América española, y en particular al turbulento virreinato rioplatense. Liniers contestará a los principescos postulantes en términos que no dejan duda de su lealtad a la metrópoli: a la infanta Carlota señalará que Buenos Aires ha jurado ya fidelidad a Fernando VII, a las exigencias sobre la Banda Oriental responderá disponiendo la expulsión de Curado hasta entonces huésped del gobernador de Montevideo. Pero la intriga carlotista no ha de cesar, y tiene más de una vertiente; si en algunos casos las veleidades carlotistas no hacen sino superponerse a viejas rivalidades de las que abundaban en el mundillo burocrático, en otros parece ofrecer una cobertura relativamente aceptable a lo que ya se llama el Partido de la Independencia. Hace ya, en efecto, algunos meses que se habla de él como un peligro cada vez más inmediato: en esta etapa de confusos enfrentamientos cada uno por turno acusara a sus rivales de formar en sus misteriosas filas. Para los capitulares, no hay duda que Liniers trabaja para Napoleón, para Elío, es más probable que el Virrey sirva a Carlota, Inglaterra o “cualquier potencia extranjera”. Para Belgrano, propagandista celoso del carlotismo es indudable que los cabildantes son jefes de una conspiración republicana y secesionista que sólo la intervención de la infanta podría frustrar. Para los cabildantes, es demasiado evidente donde se esconden los desleales al soberano... Que concluir de todo esto? Sería sin duda una tarea desesperada querer trazar a partir de estas acusaciones apasionadas en que la buena fe no abunda, una génesis de la actitud independentista, imponer a esos hombres, perplejos ante una realidad que de pronto se ha puesto a cambiar vertiginosamente, una fijeza total en la adhesión a ciertas soluciones. Pero no parece infundado concluir que la de la independencia ha llegado a ser una de las alternativas pensables para el futuro de la América española y esto no solo para los escasos partidarios de una empresa excesivamente ardua” (Conf. Tulio HALPERIN DONGHI, *Historia Argentina. De la revolución de independencia a la Confederación rosista*, Buenos Aires, 1972).*

*América como en una pieza más de la gigantesca partida en que estaba empeñado. Pero a sus ojos, América seguía teniendo un valor secundario, ya que era demasiado realista como para pensar en extender su dominación al otro continente por la fuerza de las armas, y, mientras Inglaterra siguiese siendo dueña de los mares a lo sumo a que podía aspirar era a mantener precarias relaciones con sus posesiones de las Antillas o Guayanas. Pero en 1806 y 1807 recibe nuevas noticias que lo hacen reflexionar. Buenos Aires es atacada dos veces por fuerzas inglesas y el héroe de la jornada es el marino Santiago Liniers y Bremond, que a pesar de estar al servicio de España desde hace largos años no ha olvidado su origen francés y se siente fascinado por la gloria del Emperador”.*

Un panorama por demás complicado que podía disparar incluso otros intentos de dominación.

Cuando Napoleón recibe dos cartas sucesivas enviadas por Liniers que reflejan imprudentemente, su admiración por Bonaparte, puede inferir que en estas lejanas tierras hay un hombre que ha desempeñado un papel estelar en la lucha contra los ingleses, sus enemigos acérrimos *potencialmente útil a los intereses del Gran Corso*

La farsa de Bayona ha impuesto una nueva dinastía en España. Dos reyes presos y un nuevo monarca en una acción fulminante. *¿No puede la inmensa América seguir esta misma suerte, anexando su suerte como apéndice de lo ocurrido en la península, operativamente a bajo costo?*

En la cumbre de la gloria, respetado y temido, Napoleón aún puede hacer volar su imaginación, atreverse a sonar con dominar todo el mundo *la totalidad de la herencia, haciendo que las colonias sigan la suerte de la Metrópoli*<sup>3</sup>, hurtando a su vez a los ingleses de un mercado codiciado.

Napoleón intuye cuál es el punto en el que hay que insistir la libertad de comercio y el atractivo de un gobierno constitucional para ganar su favor. Con este propósito se intentan reclutar agentes americanos y se envían misiones al Nuevo Mundo.

---

<sup>3</sup> Conforme José María MARILUZ URQUIO, “La crisis del régimen (1790-1810)”, en *Historia Argentina*, planeada y dirigida por Roberto Levillier, Buenos Aires, Plaza y Janés Editores Argentina, 1968, t. II, p. 1373.

Es necesario extremar los alcances de un delicado equilibrio. España está enfrentada en guerra con Francia pero en esta contienda es aliada de Inglaterra, Portugal, es a su vez el tradicional aliado de la corte británica.

El Cabildo no quiere que los tratos con los principies portugueses agraven una frágil situación internacional. Liniers hartó la contesta en términos bruscos y atrabiliarios “*los asuntos de Estado son resorte del Virrey y las pequeñeces municipales del Cabildo*”.

A ello se suma el peso de los conflictos domésticos, el mantenimiento de los cuerpos armados que habían sostenido el triunfo ante la invasión inglesa pesaba demasiado sobre el erario público y fue menester arbitrar el cobro de nuevas gabelas sobre los productos de consumo.

La designación de su concuñado Lázaro de Ribera ante la Corte del Brasil provocó la severa advertencia del cabildo, recordándole que dichos nombramientos solo podrían provenir de la pluma real. Entretanto la Corte lusitana se muestra activísima, se anuncia la llegada del brigadier Curado, enviado especial de los príncipes y aunque se acuerda en solicitarle a Elío lo retenga en Montevideo, Liniers envía a Lázaro de Ribera a Río de Janeiro.

Las notas y los velados reproches se suceden sin cesar. Llega la noticia que el propio hermano el Virrey ha sido enviado a Río de Janeiro para liberar el trato comercial entre la América portuguesa y el Río de la Plata. Llegan los enviados del emperador francés, un ansioso Napoleón se apresura a comunicar a los americanos la nuevas de Bayona, la suma de estas circunstancias no hace más que recordar una y otra vez el origen del Virrey.

Todo es ya demasiado, en 1809 su poder estaba seriamente socavado.

Francisco Javier de Elío se convirtió en un declarado enemigo de Liniers, a quien acusaba de convivencia con los franceses. El propio gobernador oriental había declarado la guerra a Napoleón Bonaparte y jurado fidelidad a Fernando Séptimo el 12 de agosto de 1808 sin acatar la cautelosa recomendación del Virrey que aconsejaba postergar la ceremonia, circunstancia que recién se verificó en la ciudad de Buenos Aires el 30 de agosto en tanto Elío la había efectivizado el 12 de agosto “*haciendo correr el rumor que los de Buenos Aires están dilatando la jura porque tienen planes inconfesables*”<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Conforme Félix LUNA, *Historia integral de la Argentina*, Los Caminos de la Revolución, Buenos Aires, Planeta Agostini, vol. V, 1995, p. 354.

La llegada del Marqués de Sassenay, enviado personal de Napoleón Bonaparte, quien arriba al Plata el 13 de agosto, complica asimismo el ya menguado crédito de Liniers<sup>5</sup>.

Aunque con astucia y prudencia, el Virrey lo recibe fríamente, en presencia del cuerpo capitular y los miembros de la Audiencia, tras una larga y protocolar espera, no logra aventar las sospechas de los intentos de una alianza secreta con la nación francesa en contra de los intereses de la corona española.

Ese mismo día le es intimado al emisario francés su inmediato regreso, pero condiciones climáticas adversas imponen una obligada espera que aprovecha para reunirse con el Virrey donde según el testimonio del Marqués, este se disculpa por el trato protocolar que las circunstancias le obligaron a dispensarle y le confiesa que *“no deseaba más que ver cambiar un gobierno que no había tenido reconocimiento hacia el ... pero que era necesario obrar con prudencia y esperar que las circunstancias le permitieran pronunciarse”*<sup>6</sup>.

Los esfuerzos de Liniers por reemplazar a Elío por el capitán de fragata Juan Antonio Michelena no prosperaron. El tumulto provocado el

---

<sup>5</sup> *“Con la premura que el Emperador sabía poner en los negocios que le interesaban, Sassenay fue despachado de Bayona durante ese mes de mayo de 1808. en el que habían ocurrido tantos acontecimientos extraordinarios. Antes de partir fue provisto de una instrucciones secretas que no conocemos, de otras instrucciones de carácter general, de copias de los documentos que habían registrado la renuncia de los Borbones españoles en favor de Napoleón, de oficios del ministro Champagny en los que se hacía saber el propósito del emperador de transferir la corona española a José Bonaparte y de notas de algunos ministros afrancesados a las autoridades locales de América en las que se ordenaba el reconocimiento del cambio dinástico. Llevaba también 600 fusiles destinados a vigorizar la resistencia americana contra un posible ataque inglés y se preveía el próximo embarque de 3.000 soldados con el mismo objeto. Napoleón aún esperaba que los americanos aceptasen la nueva situación con la misma docilidad demostrada por los españoles cuyos alborotos del 2 de mayo no habían llegado a preocuparlo. Es sólo en junio cuando parece despertar de sus ilusiones y le escribe al Vicealmirante Decres: “Hay efervescencia en España, Tal vez calme rápidamente. Si no se apacigua pronto, se propagará sin duda a las colonias y entonces tendré necesidad de verdaderas expediciones para tomar posesión de algunas colonias”* (José María MARILUZ URQUIJO, op. cit., ps. 1374-1375).

<sup>6</sup> MARQUÉS DE SASSENAY, *Napoleón y la fundación de la República Argentina*, Buenos Aires, 1946, p. 177.

21 de septiembre de 1808 por los hombres leales al gobernador Elío, obligó a Michelena a retornar a Buenos Aires.

El propio Cabildo de Montevideo, teniendo como cercano ejemplo las juntas erigidas en España, resuelve no acatar la orden del Virrey Liniers y conformar una Junta presidida por el mismo Elío que no tardo en demostrar un definido carácter españolista que se oponía vigorosamente a la política del propio Virrey Liniers.

De algún modo, como sostiene el doctor José María Mariluz Urquijo, se están anticipando los mismos argumentos que van a utilizarse en el cabildo abierto del 22 de mayo de 1810 *“el ejemplo español como justificativo de la actitud americana, la afirmación de que todas las partes de la monarquía tienen iguales atribuciones para formar sus gobiernos, la orden que estimulaba la formación de juntas, la retroversión al pueblote la soberanía al faltar el Rey. Todas las posibles razones con que pueda fundarse teóricamente la licitud de un gobierno propio en estos dominios se alegan entonces, decantrándose de esa manera una doctrina que será aprovechada cuando se produzca la emancipación”*<sup>7</sup>.

Aun así logro superar la asonada de 1 de enero de 1809, cuando el Cabildo de Buenos Aires en convivencia con su par de Montevideo, con la anuencia de su gobernador, violento opositor al Virrey<sup>8</sup>, envía a la Junta de Sevilla un Memorial dónde solicita el reemplazo del Liniers, el intento de destitución aplazado varios meses se preparo para la jornada del 1 de enero, fecha en que debía necesariamente renovarse el cuerpo capitular. Se pretende bloquear la influencia del Virrey para la resignación de funcionarios leales a su persona. El 31 de diciembre Liniers envía la propuesta del joven Bernardino Rivadavia para el cargo de Alférez Real, propuesta que los regidores rechazan por considerarlo falto de merito.

Los batallones con que contaban la ciudad se alinean en líneas opuestas, algunos a favor de los conjurados como los *Gallegos, Catalanés* y

---

<sup>7</sup> José María MARILUZ URQUIJO, “La crisis del régimen (1790-1810)” en *Historia Argentina* planeada y dirigida por Roberto Levillier, Buenos Aires, Plaza y Janés, 1968, t. II p 1367.

<sup>8</sup> Conforme Félix LUNA, *Historia integral de la Argentina*, Los Caminos de la Revolución, Planeta Agostini, Buenos Aires, vol. V, 1995, p 354.

Vizcaínos, que rodean los accesos al cabildo, pero también están las tropas leales al Virrey alertas y expectantes en los cuarteles<sup>9</sup>.

Los resultados de la elección del Ayuntamiento confirman a los regidores salientes, la muchedumbre se agrupó en la plaza mayor al grito de *¡Junta como en España, Abajo el francés Liniers, Viva el Cabildo y muera el mal gobierno!*

Los regidores designan prestamente a los miembros de una Junta de Gobierno integrada por españoles aunque con dos secretarios criollos, Mariano Moreno y Julián de Leiva.

---

<sup>9</sup> Refiere Vicente Fidel LÓPEZ: “En este estado amaneció el día 1 de enero de 1809. La Plaza Mayor y las Casas del Ayuntamiento estaban ya ocupadas desde las primeras horas del día por los conjurados y por todos los demás vecinos europeos que se habían convocado al tumulto. Al frente de la arquería del Cabildo extendían su línea los catalanes que mandaba el rico hombre Rezabal el cuerpo de gallegos y otros grupos al mando de Fornaguera estaban divididos en piquetes y repartidos por las azoteas de las casas inmediatas. A nadie le era permitido penetrar en el recinto del ayuntamiento para votar por los cabildantes que iban a ser electos si no se presentaba munido de una contraseña revisada por la Comisión de los conjurados. Uno que otro hijo del país, porfiado que procuró usar de su derecho sin este requisito, fue arrojado a golpes y empujones. Pasaron así las primeras horas, hasta que comenzó a tocar la campana del cabildo con la furia alarmante del arrebato. Al principio se creyó que era llamado al pueblo para que votara. Pero, supose de repente que ya estaban electos y proclamados los nuevos cabildantes y los mismos en su mayor parte que habían terminado su periodo un año antes, corifeos de la fashion europea. La campana del cabildo no cesaba entretanto de alborotar la ciudad con sus siniestros toques y entonces, la tropa que allí se había colocado y los grupos que daban tono a la conjura comenzaron a vociferar: *Muera el francés Liniers, Afuera el ahijado del Pepe Botella y a pedir en tumulto que los nuevos cabildantes pasasen en cuerpo al Fuerte a exigir la renuncia del Virrey, en nombre del pueblo y de los sagrados intereses de la monarquía. Cuando estas vociferaciones tomaron el carácter de una estrepitosa y general aclamación Alzaga salió al balcón concegil. Felicitado y ensalzado por la multitud, logró hacer silencio y le comunicó al pueblo con voz exaltada y de trueno que sus exigencias habían sido oídas y acatadas por el Ayuntamiento: que en consecuencia una respetable comisión de su seno encabezada por su Ilustrísima el señor Obispo Diocesano, se dirigía al Fuerte a pedirle al señor Virrey que se accediese a la voluntad general; porque de otro modo sería atroz la suerte de la ciudad y correría a torrentes la sangre de sus vecinos. Los gritos y las aclamaciones ahogaron la voz del protagonista; a pocos momentos se vio atravesar por las dos plazas al Obispo Lue, seguido de los capitulares comisionados para exigirle a Liniers que dimitiese el mando” (Vicente FIDEL LÓPEZ, *Historia de la República Argentina. Su origen. Su Revolución y su desarrollo político*, Buenos Aires, Carlos Casavalle Editor, Imprenta de Mayo, 1883, t. II, ps. 331-332).*

Cuando este petitorio es trasladado al Fuerte, los jefes leales a las órdenes de Cornelio Saavedra avanzan decididos sobre el campo de la Plaza y controlan la situación.

La asonada es absolutamente desarmada, el propio Saavedra toma del brazo a Liniers y enfrenta al Virrey con el pueblo, reunido en la Plaza, quien prorrumpe en vítores.

Refiere Carlos A. Pueyrredón: *“Al tomar conocimiento de que los cabildantes apoyados por los cuerpos europeos habían concurrido a la real Fortaleza a exigir la renuncia del Virrey, Saavedra se presentó con sus tropas, le hizo romper la renuncia y tomando del brazo a Liniers le saco a la Playa Mayor donde fue aclamado por las tropas americanas. Intimo a las europeas a disolverse, apuntando con sus cañones hacia el Cabildo, al pie de cuyos balcones estaban los del motín, quienes se desbandaron arrojando las armas; quedaron así en poder de los americanos, con lo cual la toma por éstos del mando del virreinato, dependía prácticamente en lo futuro de la voluntad del prestigioso jefe de los Patricios”* <sup>10</sup>.

Se ordena la disolución de los cuerpos de Vizcaínos, Catalanes y Gallegos y el destierro de los cabecillas, que son enviados con presteza a Carmen de Patagones, en el mismo confín del Virreinato en la frontera con los pueblos indígenas, pero Elío prestamente, envía un barco a rescatar a los presos, a quienes conduce a la ciudad de Montevideo.

Se ha juzgado que este alzamiento, *pleito doméstico*, como lo define Ruiz Guiñazú a base de rivalidades y presunciones, *“Fue la culminación del enfrentamiento que Alzaga mantuvo con Liniers durante años, y que recrudeció cuando comenzaron a sentirse los efectos sociales y económicos del paso de los ingleses por Buenos Aires, Tanto para el monopolista español como para Mariano Moreno aliados en la intentona, Liniers era un obstáculo, un escollo para sus repentinos intereses”* <sup>11</sup>.

Vicente Fidel López sostiene que la asonada no fue otra cosa *“que un miserable motín abortado. Verdad es que vino a poner de mani-*

---

<sup>10</sup> Carlos A. PUEYRREDÓN, “La Revolución del 25 de Mayo de 1810” en Roberto LEVILLIER, *Historia argentina*, Buenos Aires, Plaza y Janés, 1968, t. II, p. 1402.

<sup>11</sup> Conforme Felix LUNA, op. cit., p 354.

*fiesto el triunfo y la fuerza de la revolución que avanzaba contra el régimen colonial y que por este lado tenía un sentido político de alguna importancia”*<sup>12</sup>. Pero la suerte de Liniers está echada. Definitivamente su estrella se apaga.

Desde la vecina Montevideo, los rebeldes se comunicaron en repetidas oportunidades con la Junta Central de Sevilla, insistiendo, siempre, en el peligro que significaba la nacionalidad francesa del Virrey.

Nada importaba la sostenida oposición de Liniers a la invasión napoleónica y su proclamada adhesión a Fernando VII, pese a la negativa del Virrey a reconocer a José Bonaparte como Rey de España, su nacimiento lo hacía sospechoso de una pretendida conspiración que buscaba anexar a Francia el Río de la Plata.

La insistencia logra sus frutos, lejanías y celos se combinan para una drástica decisión: la Junta designa un nuevo Virrey, descendiente de una distinguida familia de marinos Don Baltasar Hidalgo de Cisneros, también un marino avezado, nacido en Cartagena, España en 1755 que había ingresó a la carrera naval en 1770 y tomado parte en 1805, en la batalla de Trafalgar, en la que resultó gravemente herido y quedó prácticamente sordo.

Más tarde, en mayo de 1808, se había unido a la resistencia española contra la invasión napoleónica. Cuando el 11 de febrero de 1809 recibe su nombramiento como Virrey del Río de la Plata en reemplazo de Liniers revistaba como Capitán General de Cartagena.

El nuevo Virrey embarca en Cádiz con una orden precisa: debe reemplazar al gobernador de Montevideo Francisco Javier de Elío por Vicente Nieto y llevar a Elío a Buenos Aires en calidad de Inspector General de Armas.

Pronto se supo -afirma Carlos A. Pueyrredón- *“que Cisneros proyectaba dejar al Mariscal Nieto como Gobernador de Montevideo y llevar a Buenos Aires a Elío como Inspector General con mando de tropas, Era el enemigo irreconciliable de los americanos y especial-*

---

<sup>12</sup> Vicente Fidel LÓPEZ, *Historia de la República Argentina. Su origen. Su Revolución y su desarrollo político*, Buenos Aires, Carlos Casavalle Editor, Imprenta de Mayo, 1883, t. II, p. 339.

mente de los comandantes de los cuerpos urbanos que habían sostenido a Liniers el 1 de enero de 1809”<sup>13</sup>.

Apresuradas reuniones de patriotas y juntas de comandantes en las casas de Saavedra y Pueyrredón, donde se discute incluso la posibilidad de resistir la entrega del mando, acuartelar las tropas o negociar diplomáticamente el cese del nombramiento de Elío comprometiendo a Cisneros a no modificar la cadena de mandos en los cuerpos militares urbanos, se suceden febrilmente en los días que suceden.

La lealtad de Liniers es puesta nuevamente a prueba, refiere Carlos A. Pueyrredón como amenazó incluso *con pegarse un tiro* si le imponían el desacato al Virrey.

Pero Cisneros de cincuenta y un años, es un hombre prudente y cauteloso, que decide echar primero pie a tierra en la vecina Montevideo, donde el 15 de junio recibe en Colonia diputaciones del Cabildo, de la Real Audiencia del Tribunal de Cuentas que se apresuran a informarle sobre las distintas aristas de un difícil tiempo político. Su actitud es cordial y flexible, resuelve entonces cambiar de planes y confirma a Elío.

Marcha entonces Liniers a recibir a Cisneros a Colonia y en su compañía arriba a Buenos Aires el día 30 de julio de 1809<sup>14</sup>.

Sus días en la ciudad capital del Virreinato habían definitivamente concluido.

Hacia finales de 1809 con cien mil reales de renta, un título de nobleza, que había insistido fuera *Conde de Buenos Aires*, y su campo en Alta Gracia creyó por fin alcanzar el sosiego y la paz.

---

<sup>13</sup> Carlos A. PUEYRREDÓN, “La Revolución del 25 de Mayo de 1810” en Roberto LEVILLIER, *Historia argentina*, cit., p. 1408.

<sup>14</sup> Es conocida la resistencia que la presencia del nuevo Virrey genero en el grupo de patriotas reunidos en conciliábulos a los que asistían Pueyrredón, Rodríguez Pena, Belgrano, Castelli, Ortiz de Ocampo, y las respuestas con que se intentaba afrontar la cada vez más difícil situación. Lo cierto es que se impuso la histórica frase de Saavedra “No es tiempo, dejen Vds. que las brevas maduren”. La agitación se enardecía a través de constantes pasquines, panfletos y escritos anónimos que circulaban libremente por la ciudad, algunos atribuidos luego a la pluma de Pueyrredón. Lo cierto es que se ordena su prisión y su remisión a un cuartel “de donde pudo fugarse en un bergantín que del buscó Belgrano, con la ayuda de sus hermanos y la complicidad de sus guardianes y refugiarse en Río de Janeiro” Conforme Diego ABAD DE SANTILLÁN, *Historia Argentina*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1981, t. I, p. 399.

## El comienzo del fin

En agosto de 1809, a los cincuenta y siete años de edad, Liniers se había radicado en Córdoba, “*Entregado a las faenas campestres y saboreando deliciosamente esta existencia nueva, que sólo sería un breve descanso entre dos periodos de hondas agitaciones*”<sup>15</sup>.

Su refugio lo constituía la antigua estancia jesuítica de Alta Gracia, cuyas anchas y frescas galerías, donde se abrían las amplias habitaciones abovedadas debía recorrer con un sensación de paz y de plenitud, pero aun así, todo era un brevísimo descanso, previo a la gran tragedia que a pasos acazantes se acercaba.

La carta enviada al doctor Vicente Anastasio Echevarría<sup>16</sup> lo confirma: “*Ya me tiene Vd. hecho un hombre campestre, ocupado sólo del arado del buey del caballo, del molino, dando órdenes al albañil, al hortelano, al capataz al peón, al domador y al carretero, con más gusto que cuando las dictara a una provincia y a un ejército. Entonces la mayor parte de las noches las pasaba en vela, amanecía con nuevos cuidados, y ahora duermo pasmosamente y amanezco lleno de satisfacciones... Miro con la mayor lástima los desgraciados mortales, que tanto anhelan por un poco de humo que el menor viento disipa: a semejanza de esos globos que en nuestra niñez formábamos con agua de jabón que nos causan admiración por la brillantez de las refracciones de la luz, pero que a medida que van engrosando y cuando nos parecen más hermosos se convierten en un sutil vapor*”.

Nada más premonitorio.

---

<sup>15</sup> Paul GROUSSAC, *Santiago de Liniers Conde de Buenos Aires. 1753-1810*, Buenos Aires, Ediciones El Elefante Blanco, 1998, p. 286.

<sup>16</sup> Se trata del futuro oidor Vicente Anastasio Echevarría, que juntamente con los doctores Pedro Medrano, Simón de Cossio y José Darragueira integrarían la nueva audiencia, que tras los sucesos del junio de 1810, reemplaza a los oidores Antonio Caspe, Manuel Genaro de Villota, Anzoátegui, Velazco y Reyes obligados a embarcarse junto al Virrey Baltasar Hidalgo de Cisneros, el 22 de junio de 1810, en la balandra *Dart*, que, pese a los intentos de los expulsados para torcer el curso de la navegación hacia alguna ciudad del Brasil, arriba, finalmente, a la ciudad de Las Palmas el 4 de septiembre.

Pero Liniers no estaba aislado. Le llegaba correspondencia del Perú y también de las regiones del Plata que le mantenían informado sobre el ambiente revolucionario.

Esta amable y retirada vida en su bucólica hacienda serrana, no lo despartaba del mundo ni le hacía olvidar su condición de militar, leal al rey cuyo servicio había jurado cumplir.

El capellán mayor del obispo Orellana, el padre Ximénez ha relatado como en el aciago día del 25 de mayo “*de cruel desengaño*”, “*para el virtuoso como desprevenido Cisneros*” este, trató de comunicarse con quien había sido su antecesor en el mando, el Virrey Liniers enviándole una carta que se ofreció a llevar Melchor José Lanvin, ex alumno del Monserrat.

Lavin informa del Deán Funes, quien es el primero en enterarse de la intención de Cisneros de trasladarse a Córdoba para recuperar el mando perdido.

Funes impone lo sucedido a Liniers y al propio gobernador Gutiérrez de la Concha.

Entre tanto, la ciudad mediterránea, sede del Obispado y de la Universidad, cruce de caminos y vital nudo de comunicaciones con el Alto Perú, Chile y Buenos Aires meditaba un destino singular. “*En cada cuadro de la sucinta ciudad hay un soberbio convento, un monasterio o una casa de beatas o de ejercicios. Cada familia tenía entonces un clérigo, un fraile una monja, un corista; los pobres se contentaban con poder contar entre los suyos un betlemita, un motilón, un sacristán o un monaguillo*”<sup>17</sup>.

Monástica, austera e implacable, recorrería los accidentados pasos de un sombrío destino.

Sarmiento dedicó al tema páginas severas “*Durante toda la revolución Córdoba ha sido el asilo de los españoles, en todas las demás partes maltratados. Estaban allí como en casa. ¿Qué mella haría la revolución de 1810 en un pueblo educado por los jesuitas y encaustrado por la naturaleza, la educación y el arte. Qué asidero encontrarían las ideas revolucionarias hijas de Rousseau, Mably,*

---

<sup>17</sup> Domingo Faustino SARMIENTO, *Facundo*, Buenos Aires, Tor, 1945.

*Raynal y Voltaire si por fortuna atravesaban la pampa para descender a la catacumba española, en aquella inteligencias que, como su paseo, tenía una idea inmóvil en el centro, rodeado de un lago de aguas muertas, que estorbaba penetrar en ellas.*

*La revolución de 1810 encontró en Córdoba un oído cerrado, al mismo tiempo que las provincias respondían a un tiempo “¡a las armas!”, ¡a la libertad!. En Córdoba empezó Liniers a levantar ejércitos para que fuesen a Buenos Aires a ajusticiar la revolución, a Córdoba mandó la Junta uno de los suyos y sus tropas a decapitar a la España. Córdoba, en fin, ofendida del ultraje y esperando venganza y reparación escribió con mano docta de la universidad y en el idioma del breviario y los comentadores, aquel célebre anagrama que señalaba al pasajero la tumba de los primeros realistas sacrificados en los altares de la Patria: Clamor. Ya lo veis, Córdoba protesta y clama al cielo contra la revolución de 1810”*<sup>18</sup>.

La Revolución de Mayo encuentra en Liniers a un decidido defensor de la lealtad monárquica “*se puso al frente de la contrarrevolución y levantó la primera bandera realista en la larga guerra que asoló a las provincias del ex Virreinato*”<sup>19</sup>.

Pero, en realidad, ¿qué puede hacer Liniers, qué piensa, qué resolverá, qué actitud va a tomar un hombre identificado por la lealtad al soberano, bajo cuyo pabellón sirve desde sus años de juventud?

No es difícil encontrar el recorrido de su coherencia interior: no puede permitir que los revolucionarios de Buenos Aires socaven la majestad del Rey, *si los ingleses no pudieron hacerlo en años pasados, tampoco podrán intentarlo los abogados de Buenos Aires.*

*“El que una vez ha podido romper los sagrados vinculas de la lealtad, jamás puede ser fiel”*

La amable tertulia donde se reunía con su amigo y antiguo compañero, el Gobernador Gutiérrez de la Concha, santanderino de carácter teñaz, lo encontraba también con Victorino Rodríguez, el primer profesor de la joven cátedra de Instituta creada en 1791, con el coronel de caballe-

<sup>18</sup> Domingo Faustino SARMIENTO, *Facundo*, Buenos Aires, Tor, p. 121.

<sup>19</sup> Bernardo P. LOZIER ALMAZÁN, *Liniers y su tiempo*, Emecé Editores, 1989, p. 235.

ría Santiago de Allende, con el Doctor en ambos Derechos Gregorio Funes Doctor en Teología y Cánones por la Universidad de Córdoba y Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá de Henares, quien le debía a Liniers su nombramiento como Rector de la Universidad y con Rodrigo Antonio de Orellana, Obispo de la ciudad, la tertulia no es ajena al tema, cuyo debate se impone en los salones y en los callejeros corrillos cordobeses.

En el transcurso de esos agitados días el propio Obispo Orellana debió recordar los términos de su juramento, prestado el 21 de julio de 1783, cuando ya concluidos sus estudios de teología en el Colegio de San Norberto, Casa de formación de los padres premostratenses en cuya orden había ingresado, y más tarde los de bachiller y licenciado en la Universidad de Valladolid, al recibir el grado de doctor se comprometió a sostener la Pura Concepción, a repudiar las doctrinas del tiranicidio o regicidio “*y a no promover defender directa ni indirectamente cuestiones contra la autoridad civil y las regalías de la Corona*” amen de abstenerse de difundir la doctrinas de la llamada *escuela jesuítica*<sup>20</sup>.

Las reuniones se suceden precipitadamente con los nombrados, a los que se suma luego el antiguo oidor de la Audiencia de Cuzco, Miguel Sánchez Moscoso, los alcaldes José de la Piedra, el abogado José Ortiz del Valle y el diputado de comercio Lorenzo Maza.

En esta primera reunión todos se inclinaron por el sostenimiento de las autoridades “*hasta que se supiese la pérdida total de España o la actitud asumida por las restantes provincias del virreinato con relación a la capital*”.

Refiere Tonda cómo el Deán limitó este término al tiempo, a que la espera fuese compatible con la tranquilidad pública.

Quedó resuelto asimismo se anticipasen noticias de estos acontecimientos a las demás ciudades, excitándolas “*a no prestarse a la sumisión de Buenos Aires*”.

Un nuevo correo arribado el 4 de junio define la situación.

Gutiérrez de la Concha insiste categórico “*en la enormidad de un atentado en que a un tiempo se había ultrajado la soberanía, hollado las leyes, usurpado la autoridad y perturbado el orden público*”. Des-

---

<sup>20</sup> Conforme Américo A. TONDA, *El Obispo Orellana y la Revolución*, Córdoba, Junta Provincial de Historia de Córdoba, 1981, p 61.

tacó que en el “*Congreso de la capital se había impuesto la violencia y la seducción*”, concluyendo que nunca reconocería a un gobierno tan ilegal, “*aun que para ello fuera necesario valerse de la fuerza*”.

Con excepción de Funes, el parecer del gobernador es aceptado.

El Deán insistió en evocar el fantasma de la guerra civil y pidió se discutiese el tema en una sesión de cabildo abierto, propuesta que resulto rechazada.

Otras apresuradas reuniones, sin el concurso del Obispo Orellana, toman medidas de neto corte militar, se acuerda despachar informes a las ciudades de la intendencia y a las provincias interiores y se envían puntuales correos a las ciudades de Santa Fe y Montevideo. El Rector del seminario de Loreto, doctor Juan Bernardo Alzugaray y el teniente de Marina Luis Liniers intentarían cumplir esta delicada misión.

Las actas de la reunión capitular celebrada el 6 y el día 8 de junio <sup>21</sup> reflejan cumplidamente el espíritu que animaba al gobernador, a los alcaldes y regidores de la ciudad mediterránea.

Leídos en presencia del cuerpo los pliegos remitidos por el Cabildo de Buenos Aires y por la Junta Superior Gubernativa, donde se daba cuenta de los sucesos ocurridos en la semana de mayo, solicitando su reconocimiento el honorable cuerpo resolvió que no encontrándose la más leve causal... para la deposición del Virrey Cisneros: “*... es su dictamen se contexte no deberse reconocer dicha Junta Gubernativa instalada con la fuerza y con total abandono de nuestra legislación, que*

---

<sup>21</sup> Copia de las mismas fueron remitidas por José María Salazar a Gabriel de Ciscar “*a fin de que por una y por otra venga en conocimientos de las ideas de los habitantes de aquella ciudad y provincial preparados de antemano por su digno gobernador*”, en Universidad de Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras, Instituto de Historia Argentina Doctor Emilio Ravignani, Documentos para la Historia Argentina, Mayo Documental, Buenos Aires, 1965, t. XII, p. 150, N° 1564. También, el mismo Salazar informaba al marqués de Casa Irujo el 19 de julio de 1810 “*de las infames maquinaciones de la revoltosa Junta de Buenos Aires que aspira a la independencia de estas provincias baxo el velo de defender los augustos derechos de nuestro soberano y sus legítimos sucesores, cuando en sus conversaciones no hablan sino de independencia y lo manifiestan públicamente con no haber querido reconocer la regencia Soberana de España e las Indias, haber desterrado al señor Virrey y señores de la Real Audiencia, levantando tropas haber hecho salir una expedición de mil a mil doscientos hombres a Córdoba y demás pueblos interiores...*” Idem, ps. 211-212, N° 1592.

*en consecuencia del nombramiento echo en su digna persona por la autoridad suprema de España e indias, a quien hemos prestado el masa solemne juramento de fidelidad y obediencia en representación de Nuestro Amado Monarca, el Señor Don Fernando Séptimo, que Dios guarde: es su dictamen se contexte no deberse reconocer dicha Junta Gubernativa instalada con la fuerza y con total abandono de nuestra legislación, que en su consecuencia es igualmente su dictamen se continúe en la paz y quietud que se halla esta noble ciudad, observando cómo observa el cumplimiento, obediencia y sumisión a los magistrados en sus respectivos ministerios in ninguna alteración y que para el inesperado caso desgraciado que se da por motivo de incertidumbre, de que la Madre Patria llegue a ser dominada absolutamente por los enemigos debe previamente el Excmo. Cabildo de dicha Capital acordar no solo con las Provincias interiores del Virreynato de Buenos Ayres sino también con el Excmo. Sr. Virrey de Lima, capitanía general del Reyno de Chile el método con que arreglara a nuestras Leyes deba observarse para la seguridad y conservación de estos dominios de nuestro Católico Monarca y que en el intertanto se siga sin la más leve alteración el orden y método que hasta el día se ha observado”* <sup>22</sup>.

Dos días después volvía a reunirse el cuerpo en la Sala consistorial “a tratar lo conveniente a la república” advirtiendo los regidores el desasosiego, desorden y conmoción popular que causaría la llegada de la expedición militar de 500 hombres anunciada en la circular del 27 de mayo.

Las reuniones donde se debate la necesidad del juramento de fidelidad al Consejo de Regencia se prologan en las sesiones del 8, 15 y 20 de junio resolviéndose en esta última “*jurar en el modo más solemne y a la mayor brevedad*”.

El oficio, fechado en Córdoba, el 20 de junio de 1810 y firmado por Juan Gutiérrez de la Concha, no deja dudas sobre la actitud del gobierno de la provincia de Córdoba:

*“Excmo. Señor: A pocos momentos de enterado de la circular e impresos que con fecha 28 de pasado ha remitido V.E. a este gobier-*

---

<sup>22</sup> Archivo Municipal de Córdoba. *Actas Capitulares*. Libros Cuadragésimo Quinto y Cuadragésimo Sexto. 1809- 1813, Córdoba, República Argentina, 1960, ps. 145-146.

*no e Intendencia, hice concurrir a la Sala capitular a los Sres. del Ilustre ayuntamiento Ilmo. Señor Don Santiago de Liniers a los xefes y oficiales militares, y a la mayor parte de vecinos de mejor nota, mande el escribano del Ilustre cabildo leer en voz alta la circular e impresos referidos, y concluido pedí el concurso su dictamen en asunto tan arduo, todos sin faltar uno acordaron lo siguiente: 1: Que si Buenos Ayres por capital del virreynato se ha conceptuado autorizada para quitar y poner xefes y hacer los reconocer por el distrito, independientes de España, con la capa de sostener estos dominios para el señor don Fernando 7, Córdoba como capital de esta provincia se encuentra autorizada para sostener las autoridades legítimamente autorizadas y mantenerse independientes de Buenos Ayres, conserva do esta provincia para el Señor Don Fernando 7.2: Que si Buenos Ayres duda de la fidelidad al Supremo Consejo de Regencia por haverse instalado en los momentos de inmigración y dispersión de la Junta Suprema central, Córdoba como ve reconocida esta autoridad por la España y potencias aliadas, no puede dudar sea deposito firme de los sagrados derechos del Monarca. Por esta razón ha dispuesto se jure solemnemente, con misa de gracias en la Santa Iglesia Catedral, y tres días de iluminación, Lo que aviso a V.E. para su inteligencia. Dios guarde a V.E. muchos años”.*

Ese mismo día Liniers recibe comunicaciones secretas despachadas desde Lima que le confieren plenos poderes para organizar la resistencia a la Junta de Buenos Aires.

Hemos dicho ya como el propio Liniers y Gutiérrez de la Concha envían correos invitando a la rebelión y buscando el apoyo de los gobiernos realistas. En apenas 32 días de desesperado cabalgata un correo logra alcanzar al Virrey del Perú, José Fernando de Abascal los despachos de la situación. El Virrey de Lima resuelve agregar a sus territorios las provincias del Virreinato del Plata “*hasta que se restablezca en su legítimo mandato el Excelentísimo Virrey de Buenos Aires y demás autoridades legítimamente constituidas*”.

El proyecto de los leales al Rey apuntaba hacer de Córdoba un eficaz punto de concentración de fuerzas para operar ventajosamente, se pretendían trabar fuertes lazos con refuerzos que proporcionaría las regiones de Potosí y Chuquisaca se esperaba la colaboración de la Mendoza

a través de la labor del Comandante Ansay<sup>23</sup>, se sospechaba que Paraguay no reconocería a la Junta tampoco Montevideo hacia donde Liniers le encomienda a su hijo Luis viajar, a fin de conservar la importante plaza bajo el dominio hispánico e intentar la formación de un ejército de observación<sup>24</sup>.

Entretanto Allende alistaba un ejército de un millar de hombres de caballería y un batallón de infantería provisto de catorce cañones.

Pero los esfuerzos de los monárquicos se estrellan, las tropas no consiguen la cohesión necesaria para formar un ejército que logre resistir el embate que se prepara desde Buenos Aires. Atravesadas por las deserciones, el miedo y la falta de recursos las milicias se disuelven, huyen, se dispersan, no queda, pues, sino la huida desesperada.

El gobierno de Buenos Aires no pierde el tiempo. Rápidamente organiza la *Expedición de Auxilio a las Provincias Interiores* bajo la Comandancia de Francisco Antonio Ortiz de Ocampo. Lo secundan el teniente Coronel Antonio González Balcarce e Hipólito Vieytes, Comisionado de la Junta Gubernativa y el Auditor de Guerra Feliciano Antonio Chiclana y el Secretario Vicente López quien con alrededor de mil ciento cincuenta hombres marchan hacia Córdoba el 9 de julio de 1810.

Apresuradamente se redactan las “*Instrucciones reservadas para la Expedición a las provincias interiores*” a las que debía ceñirse el Comandante de la Expedición, que inicialmente recomendaban “*guardar especial cuidado en remitir con toda seguridad la persona de Santiago de Liniers*”, el desarrollo posterior de los acontecimientos alteraría sustancialmente esta primera normativa de operaciones.

La expedición estaba integrada con el aporte de los cuerpos de Patricios Arribeños, Castas de la Unión, Dragones, Húsares, etc.

---

<sup>23</sup> Un cabildo abierto reunido en Mendoza el 23 de junio de 1810 apoya la Revolución de Buenos Aires. El Coronel Bautista Morón depone al Comandante Felipe Ansay y lo remite prisionero a Buenos Aires.

<sup>24</sup> Su accidentado viaje concluyó en prisión. El 30 de junio de 1810 Luís de Liniers partió de Córdoba en carruajes facilitados por el Obispo Orellana. Logró llegar al Convento de San Lorenzo donde espero hasta el 16 de julio para embarcarse para Montevideo. Pero en el transcurso de la navegación es interceptado por el Alférez Francisco Antonio Llamendi y conducido prisionero a Buenos Aires.

El 8 de julio Mariano Moreno vuelve a tomar la pluma, esta vez para anunciar la partida de la expedición, ordenando se detengan los cabecillas de la rebelión y se remitan, presos, sin pérdida de tiempo a la ciudad de Buenos Aires, empero la orden de muerte de puño y letra de Moreno, que mandaba arcabucear a Liniers, Gutiérrez de la Concha, Orellana, Rodríguez, Allende y Moreno “*en el momento en que todos o cada uno de ellos sean pillados sean cuales fueren las circunstancias*” se firmaría veinte días después, rubricada esta vez por todos los miembros de la Primera Junta con excepción de Alberdi.

“*El escarmiento debe ser la base de la estabilidad del nuevo sistema y una lección para los Jefes del Perú*” razona Moreno.

El foco de resistencia se disuelve a medida que se acercan los regimientos porteños. A marchas forzadas las tropas de Ortiz de Ocampo avanzan hacia la provincia rebelde que queda sola y aislada.

El 1 de agosto el Cabildo de Córdoba, imponiéndole los sentimientos de *fraternidad y de unión que agitan al pueblo afligido*, para el que solicitan garantías de buen trato y consideración, informa a Ortiz de Ocampo, que puede entrar en la ciudad sin encontrar resistencia<sup>25</sup>.

Entretanto el cuerpo capitular cordobés trata el hospedaje de las tropas “*En la ciudad de Córdoba a tres días del mes de agosto de mil*

---

<sup>25</sup> “*Hallándose la mayor parte del pueblo agitado en las actuales circunstancias de unas ideas de aflicción por varias caretas escrita de la capital de Buenos Ayres que las anuncian por la venida de la Expedición a las Provincias interiores de que tal vez no ha podido presindir, aun a la vista de los papeles públicos que no respiran otros sentimientos que de fraternidad y unión, por cuya razón no se debe esperar, que los havitantes de este pueblo recivan ningún mal de los que vienen de dicha capital yn que por otra parte el temor y la consternación se han aumentado en los ánimos sin poderlo evitar al tiempo que se aproxima a esta ciudad la expedición que ya viene en marcha de la de Buenos Ayres, a que también ha influido la ausencia del Sr. Gobernador Intendente y del Ilustrísimo Obispo de esta Diócesis, le parece conveniente y de urgente necesidad, consultando la pública tranquilidad se enviase un diputado del Cabildo con la ausencia que corresponde al general de la expedición y representante de la Junta Gubernativa asegurándole que el objeto de esta Diputación se dirige a que se dignen antes de su llegada desimpresionar a este vecindario de aquellas ideas que le tienen contristado y afligido por la proximidad de las tropas como lo espera este Ayuntamiento en contestación para su quietud y satisfacción de la publica tranquilidad que tanto desea*” (Archivo Municipal de Córdoba. Actas Capitulares cit. Libros Cuadragésimo Quinto y Cuadragésimo Sexto, p. 166).

*ochocientos diez, los Señores del Muy Ilustre Cabildo, Justicia y regimientos de esta Capital, se juntaron en esta sala Consistorial, como lo han de uso y costumbre a tratar y conferir lo pro útil a la república, etc. Se mando abrir un pliego dirigido a los Sres. Comandantes de la Expedición a las Provincias interiores y se encontró un oficio del día de ayer, en que solicitan se desocupe el real Colegio de Monserrat para que se acuartelen mil doscientos hombres de que se compone el ejercito y que se disponga casa para el alojamiento de oficiales. Y enterados los SS dijeron que se difiera hasta la tarde para consultarlo con el Sr. Comandante de Armas. Y firmaron”.*

Horas más tarde se disponía ya, que el alojamiento del ejercito se verificara *“en el patio principal del Colegio y Universidad... en la Casa de Ejercicios y en las casas del Cuartel”* reservándose solicitar a la población las casas correspondientes para el alojamiento de oficiales.

El 11 de agosto de 1810 La Gazeta reproducía el parte de Vieytes fechado *“en camino a las 8 de la mañana”* donde indicaba: *“La expedición pasa hoy del Segundo y mañana estará sobre Córdoba”*... Informando al mismo tiempo *“Vamos casi a pie sin caballos”*.

Aclamados por la población y en medio del repique de las campanas echadas al vuelo, en el atardecer del 8 de agosto el ejército ocupaba la ciudad.

El ingreso de las tropas se verificó sin inconvenientes, su General daría cuenta a la Junta del general beneplácito con que la población había acogido a la expedición.

*“A pesar de que se abusó de los púlpitos para hacer un cuadro tan negro cuanto injusto de las ideas de las Expedición Auxiliadora y de los delitos con que iba a ser contaminado este pueblo, en el mismo día de la entrada quedó cerciorado de lo contrario y cuanto mayor era el odio con que se había pretendido prevenirlo, tanto mayor es hoy el amor que profesa a todos los individuos del ejercito, siendo prueba nada equívoca de este verdad, no sólo los obsequios que continuamente se les hacen, sino también la confianza con que de todos sexos y clases se presentan aun a deshoras por todas las calles”*<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> La Gazeta, ejemplar del 21 de agosto de 1810.

Días más tarde, el 14 de agosto se cumplía la orden emanada de la Junta:

*“La vindicta pública y la tranquilidad interior de estas provincias, perturbada por la escandalosa convulsión suscitada y sostenida con capricho en esa ciudad, hacen preciso tomas estrecha cuenta al Gobernador D. Juan Gutiérrez de la Concha, de estos acontecimientos. Por lo mismo ha resuelto la Junta su separación y nombrado de Gobernador Interino de esa Provincia al teniente Coronel Don Juan Martín de Pueyrredón, a quien con esta fecha se le ha expedido el competente despacho. La Junta que en todas sus disposiciones no tiene otro objeto que el bien del estado y la felicidad particular de estas Provincias, de que esta encargada, espera que V.S. poseído de los mismos sentimientos propenderá por su parte, al exacto cumplimiento de esta resolución, dando con su obediencia el ejemplo debido al pueblo a quien representa. Dios guarde a V.S. muchos años. Buenos Aires 3 de agosto de 1810”*<sup>27</sup>.

Ingresa, pues, como nuevo gobernador Juan Martín de Pueyrredón, vuelto de su forzado exilio en Río de Janeiro. Lo hace sin escolta, y con la única compañía de un solo secretario<sup>28</sup>.

No necesita más que su palabra y el propio peso de la historia que ingresa a borbotones a la ciudad mediterránea, torciendo el curso de la voluntad de quienes se habían opuesto a la Revolución, para reunidos con una Junta de vecinos notables, en el cabildo abierto celebrado el 17 de agosto de 1810, disolver todo resto de hostilidad hacia el gobierno de

---

<sup>27</sup> Registro Nacional de la República Argentina, t. I, 1810-1821, p. 60, N° 92.

<sup>28</sup> El acta capitular correspondiente al 14 de agosto de 1810 indica: *“En este estado, habiendo entrado en esta sala consistorial el señor Coronel de Exército Dn Juan Martín Puirredon, presentó dos pliegos dirigidos por la Exma Junta Provisional Gubernativa de la capital de este Virreynato y mandados abrir y leer, se encontraron tres oficios de 3 de corriente mes relativos a abisar que con motivo de ser preciso tomar estrechas cuentas al Sr. Dn Juan Gutiérrez de la Concha, ha tenido a bien nombrar interinamente de Gobernador Intendente de esta Provincia a el señor Dn Juan Martín Puirredon”*. El juramento de estilo fue prestado *“con motivo de no haversele tomado el día de ayer por un natural olvido”* el 15 de agosto de 1810. Archivo Municipal de Córdoba. *Actas Capitulares* cit. Libros Cuadragésimo Quinto y Cuadragésimo Sexto, p. 176.

Buenos Aires y acordar nombrar como diputado a la Junta de Mayo al propio deán Gregorio Funes<sup>29</sup>.

Sus palabras intentan transmitir tranquilidad, pero al mismo tiempo enlazar voluntades.

*“Os confieso cordobeses, que al llegar en medio de vosotros, me habéis presentado el cuadro más tierno en vuestra conducta con nuestro Ejército Auxiliador: toda clase de socorros, obsequios extremos y el contento retratado en todos los semblantes, dan el más verdadero testimonio de vuestra cordial gratitud: esta noble virtud que ya os distingue para siempre, me ha hecho concebir la más alta idea de vuestro carácter, y me he propuesto en lo íntimo de mi alma no perdonar arbitrio ni fatiga para haceros felices, en cuanto es dado a la humana condición”*<sup>30</sup>.

El 19 de agosto se celebra un solemne Tedeum en la Iglesia Catedral a cuyo término Pueyrredón acompañado por el Provisor y por el mismo Ortiz de Ocampo se dirigió al vecino Cabildo donde fue cumplimentado con toda ceremonia y mando servir allí mismo un tentempié.

Se promete una amnistía, que no comprende a los cabecillas de la contrarrevolución.

Para ellos, Mariano Moreno decide llevar a cabo un castigo ejemplar<sup>31</sup>.

Una sentencia de muerte que advierta a la población el celo y la resolución con que la Junta llevara a cabo el proceso de la Revolución.

Una sentencia que despeje dudas y convoque adhesiones, sin sombras de dudas o vacilaciones. Escribe Moreno y firma Saavedra:

---

<sup>29</sup> En la misma sesión de Cabildo se resolvió: *“Que para las instrucciones que deben darse al Diputado, conforme a lo resuelto por la Superioridad, se fixen carteles en los lugares acostumbrados para que los vecinos de este pueblo puedan dirigir a este cabildo por medio de instrucciones particulares lo que estimen más conveniente al bien público y felicidad de la patria a más de las que este cabildo tenga a bien consultar con el mismo objeto”* Archivo Municipal de Córdoba. *Actas Capitulares* cit. Libros Cuadragésimo Quinto y Cuadragésimo Sexto, p. 1816.

<sup>30</sup> La Gazeta, ejemplar del 23 de agosto de 1810.

<sup>31</sup> Emilio P. CORBIERE, *El terrorismo en la Revolución de Mayo*. Buenos Aires, Librería y Editorial La Facultad, 1937.

*“Los sagrados derechos del Rey y de la Patria han armado el brazo de la justicia. Y esta Junta ha fulminado sentencia contra los conquistadores de Córdoba, acusados por la notoriedad de sus delitos y condenados por el voto general de todos los buenos”.*

Los hombres de Antonio González Balcarce que habían ingresado victoriosos a Córdoba, parten presurosos en busca de los rebeldes.

Los encuentran sin pérdida de tiempo.

Balcarce deja cumplido testimonio de la eficaz ayuda, que para el cumplimiento de su misión, recibe del pueblo de Córdoba. En el oficio donde comunica la captura de los sublevados puntualiza: *“Los patriotas de esta ciudad y de la carrera que he traído, han hecho los más eficaces esfuerzos para proporcionarme caballadas, informes y cuantos auxilios me han sido necesarios, entre los cuales me merecen la más justa gratitud D. Gaspar Corro, D. Santiago Rivadavia, D. Santiago Carrera, D. Pedro Juan González, D. Faustino Allende, D. José Isaza y D. D. José Moyano, respecto a que el enérgico declarando patriotismo que les asiste y el tesón y anhelo con que han propendido desde algunos días antes de mi llegada a impedirles los recursos a los fugitivos, y dar disposiciones para que no les frustrasen a sus partidas que pudieran destacarse de la expedición a seguirlos, se debe principalmente el que haya sido posible darles alcance, todo lo que me parece oportuno se ponga en conocimiento de la Excm. Junta, para los efectos que puedan ser oportunos”*<sup>32</sup>.

Pero el mismo pueblo que había colaborado activamente en la captura de los insurgentes pide clemencia, el clero y los más calificados vecinos de la ciudad unen sus voces, a la que se suma la del propio deán Funes, suplicas que convencen a Ortiz de Ocampo y al propio Vieytes para postergar la ejecución y disponer la remisión de los prisioneros a Buenos Aires, quizá con la esperanza de una conmutación de la pena.

Mariano Moreno responde *“Si no va Castelli, irá Larrea y si no yo”*<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> La Gazeta, ejemplar del 21 de agosto de 1810.

<sup>33</sup> *“Vaya V.M. dijo el doctor Moreno dirigiéndose al vocal Castelli, y espero que no incurrirá en la misma debilidad que vuestro general, si todavía no se cumpliese la*

Le saca de quicio lo que considera una debilidad de Ortiz de Ocampo, en carta a Chiclana le confiesa que prefiere *una derrota militar a un acto de indisciplina*.

Más tarde Manuel Moreno escribiría: *“Cuando se trató en la Junta sobre la suerte de los conspiradores de Córdoba, el doctor Moreno fue de opinión que debía aplicársele el último suplicio. Hubiera sido una debilidad vergonzosa dejar pasar impunes delitos tan enormes, cometidos contra la pública tranquilidad. Explanando su voto, el doctor Moreno manifestó lo repugnante que era a su carácter y a sus sentimientos individuales, recomendar la muerte de unos hombres que no podía menos de mirar con lástima, pero creía que atendido lo grave de sus crímenes, sus trascendencia y la imposibilidad de conciliar la conservación de los reos con la seguridad del estado, era necesario el rigor de la ley... La sentencia fue comunicada el comandante de nuestra expedición para que la ejecutase militarmente. Así se hubiera excusado el compromiso en que pusieron al gobierno las relaciones de estos individuos y si el general hubiese guardado la precaución correspondiente, cumpliendo las ordenes que llevaba no hubiera sido necesario el envié de un miembro de la Junta para ser efectiva la ejecución”*<sup>34</sup>.

---

*determinación tomada irá el vocal Larrea a quien pienso no faltará resolución y por último iré yo mismo si fuese necesario”* (Conf. Manuel MORENO, *Memorias de Mariano Moreno*, Buenos Aires, Colección Nuevo Pasado Carlos Pérez Editor, 1968, p. 163).

<sup>34</sup> Manuel MORENO, *Memorias* cit., ps 162-163. Continúa el autor que citamos: *“Varias veces he oído asegurar al doctor Moreno que si algún camino se hubiese presentado para salvar la vida de los conspiradores de Córdoba, no hubieran perecido, y que si hubiera sido dable el enviarlos a España, como se hizo con el Virrey y oidores habrían sin duda escapado de la muerte. Ellos mismos se habrían cerrado para este caso todas las puertas que la clemencia se empeñaba en buscar. Los barcos de Montevideo conforme al plan de Liniers, estaban ya bloqueando nuestro puerto, y no era posible intentar la remisión de estas personas peligrosas sin un riesgo casi seguro de que cayeran en manos de los enemigos. Tampoco podía esperarse de la enmienda de unos hombres tan obstinados, y que lejos de aprovecharse de la conmiseración de los patriotas la habrían convertido en un motivo de alentar la sublevación interpretando la debilidad. El único papel que se encontró en las faltriqueras de Liniers al tiempo de ser arcabuceado, fue su despacho de Virrey que conservaba con cuidado después de su derrota, sin duda para efectuar su escape y concitar de nuevo las provincias con sus antiguos títulos”* (idem, ps. 163-164).

## Punto final

Los hechos se precipitan, en la ejecución que se lleva a cabo en el *Bosque de los Papagayos* el 26 de agosto de 1810 a las dos y media de la tarde.

Los cuerpos de los fusilados son apilados en carretillas y llevados a Cruz Alta. En una fosa común que se cava al lado de la iglesia, reciben una rápida sepultura que, apresuradamente, abren en la tierra fresca los Húsares de Pueyrredón.

Pero al día siguiente, retiradas las tropas, el teniente cura, un fraile mercedino, a cargo de la parroquia exhuma los cadáveres y cava para cada uno de ellos un nicho en la tierra. Clava por último una sola cruz en el espacio que todos comparten, quizá, se graba las iniciales de los nombres, que más tarde darían sustento a la palabra *CLAMOR*, donde huelga la *O* del que no fue ejecutado<sup>35</sup>.

El pesar y el desasosiego invaden la sociedad de Córdoba donde queda la profunda atribulación y zozobra de las viudas y los huérfanos de los ejecutados.

El propio gobernador Pueyrredón reclama a la Junta una pensión para los cuatro hijos “*inocentes desgraciados*” del oficial ejecutado Joaquín Moreno.

Los términos de la solicitud son en extremo elocuentes: “*Extranjeros en este país, sin un pariente sin un amigo y destituidos de todo auxilio, sólo les ha quedado una antigua criada europea que mendiga la caridad pública para alimentarlos. Hoy me han sido presentados por ella, para rogarme que me doliese de su triste miseria y necesidad. Las lágrimas de la criada y los doloridos lamentos de estas inocentes criaturas ha movido mi sensibilidad a un grado imponderable y no me avergüenzo de decir a V.E. que yo también he tenido que enjugar las lágrimas*”<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Se trata del Obispo Orellana.

<sup>36</sup> Citado por Ricardo LEVENE, *La Revolución de Mayo y Mariano Moreno*, Buenos Aires, Ediciones Peuser, 1960, t. II, p. 207.

Reclamados, el 20 de junio de 1862, por el Cónsul de España en nombre de la Reina Isabel, los restos de los fusilados en Córdoba fueron llevados posteriormente a España a bordo del bergantín *Gravina*, recibidos en Cádiz con grandes honores y depositados para su último descanso en el Panteón de Marinos Ilustres de San Carlos.

Su lápida reza: *"Aquí reposan las cenizas del Excelentísimo Señor Don Santiago de Liniers, Jefe de Escuadra y Virrey que fue de Buenos Aires y del Señor Don Juan Gutiérrez de la Concha, Brigadier de Armada y Gobernador Intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán... Juntos en la Gloria como estuvieron en el infortunio"*.

Así concluyeron las jornadas del movimiento de resistencia en Córdoba, con un trágico saldo de muerte.

Así concluyeron también en tierra americana los días de un marino francés cuya íntima coherencia queda de manifiesto en una conmovedora carta que, fechada en Córdoba el 14 de julio de 1810, le envía a su suegro Martín de Sarratea, contestando la misiva en la que éste trataba de disuadirlo de su actitud hacia la Junta.

Afloran, en las breves líneas que escribe con mano decidida, sus sentimientos de honor, lealtad, sus íntimas convicciones morales, su formación religiosa, su vocación de servicio a un Rey lejano al que ha jurado servir, la defensa de su buen nombre, el prístino valor otorgado al juramento de fidelidad empeñado hace tantos años.

"¿Como siendo yo general, un oficial quien en treinta y seis años he acreditado mi fidelidad y amor al Soberano, quisiera Usted que en el último tercio de mi vida me cubriese de ignominia quedando indiferente en una causa que es la de mi Rey; que por esta infidencia dejase a mis hijos un nombre, hasta el presente intachable, con nota de traidor?"

*Honor, lealtad, patriotismo* son los tres pilares que enarbola en una decisión que no admite claudicación y que incluso pide a Martín de Sarratea la difunda, *"en la inteligencia que con el dogal al cuello, ni con la cuchilla sobre la garganta desmentiré estos sentimientos"*.

Piensa Liniers en sus hijos. Le preocupa su destino y el peso de la honra que heredaran y con el íntimo convencimiento que está escribiendo la mejor página de su testamento político escribe:

"Por último, Señor, el que nutre a las aves, a los reptiles, a las fieras y los insectos proveerá a la subsistencia de mis hijos, los que podrán presentarse en todas partes sin avergonzarse de deber la vida a un padre

que fuese capaz por ningún título de quebrantar los sagrados vínculos del honor, de la lealtad, y del patriotismo, y que si no les deja caudal, les deja a lo menos un buen nombre y buenos ejemplos que imitar”.

Hay una bella página, brotada de la exquisita pluma de su mejor biógrafo, Paul Groussac, que bien puede servir de epílogo para el recuerdo de esta vida recorrida por la pasión y el infortunio:

*“Alegre, intrépido, ligero, pródigo de su sangre y de su bolsa, sincero hasta la imprudencia y bueno hasta la debilidad, repentista incurable, coronel eximio y mediocre general, capaz de volver a ganar con su arrojo la batalla perdida con su irreflexión, devoto del rosario, y amigo del galanteo, no destituido de talento y lectura, un tanto pagado de su elegancia y nobleza, pero con un don de simpatía irresistible, y asentando todas estas prendas amables sobre un fondo inmovible de honor y probidad, a manera de ciertas plantas de adorno criadas sobre un subsuelo de granito: tal era el airoso aventurero que una calaverada juvenil arrojó al servicio de España y una inspiración feliz sacó más tarde la oscuridad para elevarle al mando de un virreinato. Nacido para ser un brillante oficial de Conde, tocole tramitar expedientes coloniales entre capitulares y togados que le entendían a medias y a quienes el no entendía mucho más, quedando siempre un tanto facticio en su papel oficial y exótico en su tierra adoptiva”* <sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Paul GROUSSAC, op. cit., ps. 358-359.



## LA ADMINISTRACIÓN CONSULTIVA EN ESPAÑA

JOSÉ ANTONIO GARCÍA CARIDAD

El hilo argumental de este trabajo, partirá desde el fortalecimiento de los poderes ejecutivos, pasando por un proceso paralelo de la organización instrumental, la Administración Pública, hasta llegar a la potenciación de los órganos consultivos y sus funciones.

No pretende más que un resumen de las circunstancias y acontecimientos que avalan la necesidad de la existencia y dinamización de este tipo de órganos, para velar por un mejor cumplimiento del principio de legalidad, que nuestras administraciones deben cumplir por imperativo constitucional y por ser, además, requisito esencial de la democracia.

Un fenómeno común a las democracias representativas occidentales es el hecho del fortalecimiento de los ejecutivos. Partiendo de la tradicional división establecida por Montesquieu, se ha ido produciendo a lo largo del siglo XX un sobredimensionamiento cuantitativo y cualitativo de uno de los tres pilares, el del Ejecutivo, que ha llegado incluso a determinar profundas influencias en uno de los dos restantes, el legislativo, a través del llamado Estado de partidos.

A ello contribuyó, sin duda, la instauración de un capitalismo desarrollado: éste precisa de un ejecutivo fuerte porque exige la planificación de la actividad económica y la prestación de diferentes servicios públicos. De hecho, la realización del Estado Social y Democrático de Derecho conduce, podríamos decir que inexorablemente, al intervencionismo estatal y al fortalecimiento del poder ejecutivo. Otro elemento coadyuvante fue la dinámica de los partidos políticos. Es un hecho indudable que el control parlamentario de la actividad gubernamental ha sido sustituido en gran parte por el control partidista de la misma.

Hablábamos de un crecimiento cuantitativo y cualitativo, que puede verificarse en las funciones que realizan los gobiernos. Si bien a este

poder se le llama el ejecutivo, no se reduce su papel a la mera función ejecutiva (la mera ejecución de las leyes) que sería de por sí bastante limitada, sino que se extiende a la dirección política general o función de gobierno. A la hora de definir función de gobierno, nos encontramos con que es algo sutil y complejo, en palabras de Torres del Moral. Y es que lejos de limitarse a la mera ejecución de las leyes, la dirección política general puede desgranarse en una serie de funciones concretas, como nos recuerda Sánchez Agesta:

1. Señalar unos objetivos y calcular unos medios idóneos para alcanzarlos: por eso le está reservado a los gobiernos la elaboración de los Presupuestos del Estado.

2. Iniciativa legislativa: el Parlamento legisla, pero muy frecuentemente sobre iniciativas del gobierno.

3. Ejecución de la ley aprobada por el parlamento e inspección de los resultados de un modo continuo. Para ello cuenta con una organización servicial: la Administración Pública. Aunque la vigente Constitución española dedica un título al gobierno y otro a sus relaciones con las Cortes no hay en ella una sistematización ordenada de las facultades que atribuye a aquel para el ejercicio de sus funciones. El artículo fundamental es el 97, aunque luego se vea complementado por otros a lo largo del articulado. Dice así:

“El gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración Civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”.

De entre las funciones que desarrolla el gobierno nos interesa aquí la dirección de la Administración Civil, quien obviamente ha experimentado un paralelo fortalecimiento y expansión. Crecimiento que ha conllevado una profunda transformación, pues el advenimiento del Estado de Bienestar ha supuesto la conversión de una Administración de potestades en una Administración básicamente gerencial. Se ha producido un fenómeno acumulativo, obviamente, no sustitutivo de unas funciones por otras.

Fuese grande o pequeña la red estructural configurada por la Administración, siempre se plantearía conceptualmente el problema de sus relaciones con el derecho, pero al alcanzar las dimensiones que hoy alcanza, de cómo sean esas relaciones va a depender el concreto ejercicio de los derechos en la vida cotidiana de los ciudadanos, con lo cual la cuestión ya no se plantea en coordenadas teóricas sino absolutamente prácticas.

A la hora de analizar las relaciones Administración-Derecho, pueden adoptarse dos posturas radicalmente diferentes.

La teoría institucionalista de Santi Romano sostiene que cualquier organización tiene normas que la estructuran, de indudable carácter jurídico, y por ello todo Estado es, por definición, un Estado de Derecho.

Pero esta doctrina ha sido objeto de una crítica mayoritaria, según la cual no todo Estado con derecho es un Estado de derecho. Este término “Estado de derecho” es un concepto cultural, que germinó en Europa a fines del siglo XVIII, y que se asienta sobre un trípode conceptual:

- La división de poderes.
- El principio de legalidad.
- Reconocimiento de unas libertades y derechos. Según esta teoría, la relación entre Estado y Norma es de sometimiento, sometimiento que se verifica a través de un proceso de autolimitación.

En definitiva, el principio de legalidad es aquel por el cual la Administración debe someter su actuación al imperio de la ley.

Obviamente, el concepto ha evolucionado. En la primitiva división de poderes al legislativo le correspondería legislar, al ejecutivo, ejecutar lo legislado y al judicial resolver los conflictos. En este esquema purista, que ni en sus momentos originarios se aplicó en su totalidad, la Administración es simplemente ejecutora de la norma (vinculación positiva). El advenimiento del Estado Social cambió las cosas y se produce el paso a una vinculación negativa, es decir, la Administración actúa y únicamente tiene como límite la legalidad. Y es que el ejecutivo también tiene su propia legitimidad.

Según el art. 9º de la Constitución vigente los poderes públicos someterán toda su actividad a la Constitución y al resto del ordenamiento vigente. Es decir, sometiendo a todo el ordenamiento jurídico, a la pirámide kelseniana: constitución, leyes parlamentarias y a sus propios reglamentos (imposibilidad de que la Administración conculque con un acto singular sus propias disposiciones generales, también llamado principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos).

El principio de legalidad se complementa con la reserva de la ley, materias que por imperativo constitucional sólo pueden ser reguladas por ley.

La realización efectiva del Estado de derecho, esto es, la remisión de la Administración a normas jurídico positivas, que limitan sus posibilidades de actuación y garantizan una serie de derechos subjetivos a los adminis-

trados, necesita de un control efectivo de dicha sumisión. Hasta 1789 dicho control no es posible, ya que existe una confusión entre las funciones administrativas y las judiciales. El Estado de derecho es una creación política posterior. Va a ser la Revolución Francesa quien, al imponer el principio de la separación de poderes siente los principios para que se produzca una sumisión de la Administración al derecho debidamente garantizada. Sin embargo, en pleno parlamentarismo revolucionario, la solución adoptada fue curiosa. Como consecuencia de la estamentalización de los oficios, se produce una identificación de la función judicial con la nobleza. Se intentó evitar que la nobleza pueda obstaculizar de cualquier manera el funcionamiento del aparato político. El control de la Administración no se va a encomendar a los órganos judiciales, sino que va a corresponder a los propios órganos administrativos, apartándose así radicalmente del modelo inglés, en dónde el control de la Administración por los tribunales ordinarios constituye una pieza básica del sistema.

Se llega, pues, en el sistema francés a una autotutela de la Administración, autotutela que en un primer momento es completa, ya que los tribunales no podrán en ningún momento, ni *a priori* ni *a posteriori* controlar la actuación administrativa. Francia establece pues un principio de jurisdicción retenida, en el que el órgano activo de las administraciones es el encargado de resolver sobre las pretensiones de los particulares sobre sus actos. Pasado el tiempo se estableció una jurisdicción delegada, según la cual la función de control se radicó en un órgano, de naturaleza también administrativa, pero no en el propio órgano activo, sino en uno especializado: el Consejo de Estado.

El Consejo de Estado, que nace en Francia con la Constitución del año VIII es una de las piezas clave de la Administración contemporánea. La descripción del prototipo institucional es absolutamente imprescindible para valorar el Consejo de Estado español.

Veamos pues, siquiera sea muy someramente algunos rasgos del Consejo de Estado del país vecino.

Napoleón no pretendió la creación de un órgano consultivo de alto nivel separado de su persona que solamente emitiera dictámenes jurídicos. Quiso y logró, un órgano formado por personas expertas en las más diversas ciencias relacionadas con el Estado, estrechamente vinculado a su persona, en cuyo seno pudiesen discutirse, sin seguir un procedimiento formalizado, los grandes asuntos del Estado, que elaborase los proyectos de ley y los reglamentos de la Administración Pública y que entendiera

jurisdiccionalmente de las controversias jurídicas en que fuera parte la Administración, a fin de evitar la intromisión de los tribunales de Justicia ordinarios. Para ello creó dentro del Consejo de Estado la Comisión de lo Contencioso.

Como balance del Congreso de Estado francés y sin detenernos en sus vicisitudes, podemos decir lo siguiente:

Ejerce la función consultiva al más alto nivel.

Es la última instancia de la función jurisdiccional administrativa, que ejerce con gran independencia.

Está constituido por funcionarios de una gran calidad.

Tiene tradición centenaria en el estudio de asuntos públicos, con lo cual podemos decir que ha sido el cerebro de la Administración francesa, sobre cuyos trabajos se ha levantado la estructura del derecho administrativo.

En un principio el órgano español fue una copia del francés, pero el paso del tiempo lo ha ido modificando hasta convertirlo en un puro órgano consultivo de carácter jurídico, sin las funciones judiciales de aquél.

En la Constitución de Bayona se perfila un modelo de Consejo de Estado que responde fielmente al modelo napoleónico. Pero, como reacción antinapoleónica, la Constitución de Cádiz, en 1812 articula un modelo muy diferente, en que lo desvinculan de la Administración activa y tampoco tiene función jurisdiccional, en aras del principio de unidad judicial y repudio de los fueros. Se constituye un órgano de mera asistencia política al Rey.

De todas formas ni uno ni otro modelo llegaron a tener vigencia por el reinado de Fernando VII. Un paso importante se da con la instauración del Consejo Real en 1845. Este órgano sigue el modelo francés del Consejo de Estado, tanto en su organización como en sus funciones.

Tras una serie de vicisitudes históricas, en las cuales durante la II República hasta llegó a ser suprimido, llegamos a la época franquista. Tras la guerra civil, el Consejo de Estado se restablece. Y lo hace con dos características muy marcadas.

Lo más significativo de esta fase es que el afianzamiento definitivo de la jurisdicción contencioso-administrativa, como un orden judicial ordinario va a suponer la pérdida definitiva, incluso de toda esperanza, de recobrar su carácter jurisdiccional.

Desde el punto de vista orgánico se produce la ruptura y separación de la Administración activa.

Y llegamos a la Constitución de 1978. Paradójicamente, cuando el Consejo de Estado atraviesa una crisis existencial, cuando sobrevive mermado en sus facultades, es cuando, por virtud del art. 107 de la Constitución se hace inmune a la supresión, por haber sido calificado ahí como supremo órgano consultivo del gobierno, remitiendo a ley orgánica la regulación de su composición y competencias.

¿Cómo lo configuran la Constitución y la ley orgánica?

A. *Como órgano de control*: Quizás la calificación como órgano de control sea la más adecuada, teniendo en cuenta la independencia funcional y la intervención preceptiva. De hecho, la intervención del Consejo de Estado no parece impuesta tanto por la necesidad misma del asesoramiento técnico, pues las asesorías jurídicas de la Administración activa podrían perfectamente hacer este papel, sino por la finalidad cuasifiscalizadora, orientada a que el gobierno y la Administración sigan en esas materias la opinión del Consejo, so pena y sanción:

De que sus actuaciones no sean válidas se omite la petición de su informe, cuando éste es preceptivo.

De que sufran una desautorización moral si el gobierno o la respectiva Administración deciden en contra de la opinión de aquél, cuando no en informe vinculante.

Además, cuando el informe del Consejo de Estado no sólo es preceptivo, sino también vinculante, es obvio que se convierte en copartícipe de la competencia, ya que no cabe más decisión válida que la que es conforme a su opinión.

Por tanto, a pesar de ser llamado órgano consultivo, y ciertamente lo es, no agota ahí sus funciones, y para reforzar aún más la idea de órgano de control, se le han otorgado una serie de garantías, propias de los órganos judiciales, pues posee autonomía orgánica y funcional para garantizar su objetividad e independencia.

Podemos plantearnos qué tipo de control ejerce el Consejo de Estado. Es éste básicamente jurídico, es decir de velar por la adecuación y la observancia a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, pero puede extender sus opiniones a la oportunidad y conveniencia de los proyectos de disposiciones y resoluciones que se le consultan.

B. *Como órgano consultivo*: El Consejo de Estado es un órgano colegiado, que supone aplicar el viejo principio de que deliberar y juzgar es cuestión de muchos y ejecutar es función de uno sólo.

La estructura consultiva colegial suele implicar un cierto distanciamiento entre el órgano consultado y el asistido. Y ello es así porque se comunican a través de un procedimiento formalizado, según el cual la consulta y el dictamen se producen por escrito y se incorporan al expediente. La colegialidad añade un beneficio, pues cumple una cierta función de garantía respecto al administrativo, ya que siempre será más neutral un órgano colegiado que uno unipersonal.

El Consejo de Estado actúa como órgano consultivo en cualquier asunto que sea estimado oportuno por el gobierno, los ministros y las Comunidades Autónomas. Esta vía se utilizará normalmente más que por la real asistencia técnica, para supuestos en que el órgano consultante desee reforzar o descargar parte de la responsabilidad de su decisión en la autoridad institucional del Consejo.

Muy brevemente para terminar con las funciones del Consejo de Estado quisiera señalar que la LOPJ ha convertido -aunque sólo parcialmente- al Consejo de Estado en órgano constitucional decisorio de las competencias entre la Administración y los tribunales. Con la creación de un órgano paritario de dos magistrados del Tribunal Supremo y tres consejeros permanentes del Consejo de Estado, presidido por el Presidente del Tribunal Supremo con voto de calidad, el Consejo de Estado va a participar directamente en la toma de decisiones sobre conflictos de jurisdicción que se imponen al gobierno y a las administraciones, adquiriendo así sobre ellas y los tribunales, una dimensión de superioridad política y jurídica, que tampoco se corresponde con su caracterización de órgano consultivo.

Dentro de la LOCE merece especial atención por íntima relación con los consejos consultivos autonómicos el art. 23, que conviene citar textualmente. Dice así:

“Las Comunidades Autónomas podrán, por conducto de sus Presidentes, solicitar dictamen del Consejo de Estado, bien en Pleno o en Comisión Permanente, en aquellos asuntos en que, por la especial competencia o experiencia, lo estimen conveniente.

El dictamen será preceptivo para las comunidades en los mismos casos previstos en esta ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes”.

En el momento de su entrada en vigor se planteó si ese precepto suponía la exclusividad del Consejo de Estado como único en el ámbito nacional. Era una visión restrictiva del concepto de autonomía, marcadamente centralista, que se vio contrarrestada por otra visión mucho más descentralizadora y autonomista, que fundaba la conveniencia de órganos consultivos autonómicos en los siguientes argumentos:

1º) El art. 107 de la Constitución dice literalmente que el Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del gobierno. La palabra no precisa de mayores interpretaciones, es evidente la referencia al gobierno de la Nación, por su uso en singular, y porque si el constituyente hubiese querido hacerlo extensivo a los gobiernos autonómicos hubiese utilizado, o bien el plural, o bien fórmulas como “Gobierno del Estado y de las Comunidades Autónomas o similares”. Por tanto, la Constitución no excluye la creación de órganos similares en las Comunidades Autónomas.

2º) Incluso podría pensarse en la conveniencia, por un principio de eficacia y racionalización administrativa, para descongestionar el trabajo del Consejo de Estado.

3º) Además en los Estatutos de Autonomía de varias Comunidades Autónomas se recoge la posibilidad de creación de este órgano (así Cataluña, Canarias y Extremadura, si bien esta última aún no ha llevado a cabo el desarrollo estatutario en este punto). De todas formas, su ausencia estatutaria no impediría su creación ulterior, apoyándose en las facultades de autoorganización que la Constitución, en su artículo 148.1 1ª les confiere.

La discusión doctrinal que se produjo en su momento quedó superada y cerrada en el año 1992. En el año 1996 se aprueba en el Parlamento Canario la reforma de su ley 4/1984 que regulaba su Consejo Consultivo. Esta modificación amplió hasta tal punto sus funciones, que el Consejo de Estado quedaba de facto desplazado. El Presidente del Gobierno de la Nación interpuso contra esa Ley recurso de inconstitucionalidad. Cuando el Tribunal Constitucional aún no había dictado sentencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal superior de Valencia promueve, en 1991, cuestión de inconstitucionalidad contra el artículo 23 párrafo 21 de la LOCE. El 26 de noviembre de 1992 se dicta sentencia resolviendo la cuestión de inconstitucionalidad, y como ya quedaba clara la postura e interpretación que a tal precepto había que darle, el Estado va a desistir de continuar el recurso planteado a la ley canaria. Fruto de esta senten-

cia, se disuelve definitivamente la duda que pudiese surgir sobre los Consejos Consultivos, no sólo en cuanto a su existencia, sino en cuanto a la posibilidad de ser configurados en igualdad de condiciones con respecto al Consejo de Estado.

Aunque pueda parecer tediosa la cita de la sentencia del Tribunal Constitucional, en mi opinión es tan clarificadora que difícilmente una glosa de la misma aclararía más que lo que ya está escrito en la misma. Dice así: “el artículo 107 C.E. define al Consejo de Estado como órgano consultivo del gobierno. La interpretación de esta definición no es pacífica. No obstante, está claro que ese inciso del artículo 107 se está refiriendo a la función consultiva que el Consejo de Estado desarrolla para el Gobierno de la Nación en concreto. Sistemáticamente no cabe duda de que ésta es la aceptación del término Gobierno que el artículo 107 emplea, pues está incluida en el título IV de la Constitución, referido inequívocamente al Gobierno de la Nación (y no a otros órganos de naturaleza gubernativa). Tampoco cabe entender que, por gobierno, el artículo 107 comprenda, en general, el llamado poder ejecutivo, incluyendo cualquier administración.



# DISIDENCIAS

PEDRO LEÓN TINTI

**Sumario:** I. Disidencia. II. Caso. III. Bermejo. IV. Fayt. V. Moisset de Espanés

## I. Disidencia

El art. 382 del C.P.C.C. de Córdoba, lo mismo que el art. 271 del Código Procesal Civil de la Nación, ha previsto el voto en disidencia al reglamentar el dictado de las sentencias en los tribunales colegiados.

El voto en disidencia puede interpretarse como un indicio del buen funcionamiento del tribunal y del debido cumplimiento de su función por sus integrantes. La naturaleza proteica y opinable de toda cuestión jurídica indica que lo natural es que surjan frecuentes disidencias. Un tribunal sin disidencias puede llenar de inquietud a los justiciables y poner en duda el estudio de la causa por cada uno de sus integrantes. Pudo decir Alfredo Colmo: *“No es raro que se diga que en las Cámaras lo colegiado de su composición es un mito, por razón de que los camaristas que no votan en primer término se limitan a adherirse, en formula consabida, al voto del compañero preopinante”*<sup>1</sup>.

La disidencia es la etiqueta que le otorga al justiciable el certificado de que el producto ha pasado por el múltiple control que es de la esencia de todo tribunal colegiado. Infunde la tranquilidad de que la causa ha sido analizada desde distintas ópticas. Es a menudo el signo de la independencia que distingue al disidente.

---

<sup>1</sup> Alfredo COLMO, *La justicia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1957, p. 94.

Se registra también la patología de la disidencia. Así, por ejemplo, durante años la Cámara Civil Segunda de Córdoba contó con un integrante cuyo voto en disidencia era permanente, cualquiera que fuese la sencillez del tema o la manifiesta bondad de la solución propuesta por la mayoría. Es posible que una rivalidad o encono, un antiguo resentimiento, moviera la pluma del disidente, con el efecto de que esos sentimientos prevalecieran sobre la justicia del caso y obligaran a poner su ingenio y sus conocimientos jurídicos (que no eran pocos) al servicio de un propósito subalterno.

## II. Caso

Un caso singular de acumulación insólita de disidencias es el acaecido en el juicio “Banco de la Provincia de Córdoba c/ Ethehualdo Cesaréo y Sucesión de Salvador Lucas - Ejecutivo” que se falló en el año 2000. El abogado del actor hizo notificar prolijamente por cédula a ambos demandados en una casa perfectamente identificada con la calle y el número. El primer juez los declara rebeldes, manda llevar adelante la ejecución, pero reduce de oficio la tasa de intereses por considerarla usuraria. El banco actor apela y la causa se radica en la Cámara 5ta.

El vocal de primer voto, Dr. Andruet, se pronuncia por fijar como tasa, la pasiva del B.C.R.A., más el uno por ciento mensual. Además, advierte que la codemandada, “Sucesión de Salvador Lucas” es una persona incierta, con domicilio incierto, que debía haber sido citada por edictos, de manera que se darían los supuestos para dictar la nulidad de todo lo actuado de oficio. Pero por razones de economía procesal, sostiene que es posible sanear el proceso notificando por edictos la fecha de la lectura de la sentencia.

La vocal de segundo voto, Dra. LLoveras, resolvió declarando la nulidad de todo lo actuado, estimado que no era subsanable ni con respecto al codemandado, ya que el título era uno sólo e indivisible.

El tercer voto del Dr. Griffi concluye que hay que declarar la nulidad de todo lo actuado respecto de la Sucesión, pero que esa nulidad no puede afectar al codemandado Ethehualdo, que ha sido correctamente notificado y que ha constituido un consorcio pasivo voluntario con la sucesión mal notificada.

Tres soluciones distintas hacen aplicable el art. 381 del C.P.C.C. de Córdoba (norma idéntica al art. 110 del Reglamento para la Justicia Nacional) que dispone que en esos casos se llamará a integrar el tribunal con sustitutos de otra Cámara. Los dos primeros convocados aportaron a su vez soluciones diferentes. Sucesivamente son llamados otros cuatro camaristas, en tandas de a dos. Es posible advertir que sobrevuela en los distintos votos de tan numeroso concurso de jueces una suerte de intención de entrar en un juego de ingeniosidades que impiden el acuerdo. La solución final es, desde luego, exactamente la equivocada.

Las disidencias -por la disidencia misma- se convierten necesariamente en aquellas vacías arquitecturas lógicas a las que se refería Calamandrei, *“en las que el aire del mundo parece no circular, y donde se advierte un sentido de estancado tedio que impulsa a alejarse fastidiado, como quien no tiene tiempo que perder en las logomaquías de los desocupados”*.

Las disidencias sirven con frecuencia para poner en evidencia con mayor claridad la injusticia del resultado final impuesto por la mayoría. A menudo esas disidencias constituyen la única parte del fallo que merece ser citada, pero los abogados evitamos hacerlo. Se trata de una tesis vencida, de manera que su cita podría considerarse que no afianza nuestro alegato, por el contrario, lo rebate. De tal manera, se da la paradoja de que esas sabias disidencias que debían ser memorables, están destinadas al olvido.

No obstante, no siempre es así. Hay disidencias que por la calidad de sus razonamientos jurídicos, por su independencia de las presiones políticas del momento, tienen brillo propio y constituyen referencias clásicas. Consecuentemente, inevitablemente, opacan y hasta descalifican los votos de la mayoría.

### III. Bermejo

La disidencia del juez Bermejo en “Ercolano c/ Lantieri”<sup>2</sup> ha quedado en la historia de nuestras instituciones. Se discute la constitucionalidad

---

<sup>2</sup> El texto completo del fallo en Foro de Córdoba, 100-323.

de la ley 11.157 que reglamenta el precio de las locaciones. “*La emergencia en su forma más benigna ha turbado a la Argentina segura de sí*” sostiene Pedro J. Frías <sup>3</sup>.

El 28 de abril de 1922 una Corte con muy pocas disidencias en su historia se divide. Palacio, Figueroa Alcorta y Méndez desestiman la inconstitucionalidad, mientras Bermejo, en su célebre disidencia, la acoge. Afirma Frías: “*Los treinta considerandos de Bermejo resumen el credo de su generación y de una cierta idea de la sociedad... Bermejo cree en la propiedad y en su uso ilimitado; cierto que cita a Estrada para repudiar una sociedad guaraní de pobres y vagos que ahora -pero no entonces- merece los honores mundiales de ser reconocida como una transculturación ejemplar...*”. La sugestiva cita final “*que quiere ser profética*” y que sintetiza su disidencia sostiene: “*si se reconoce la facultad de los poderes públicos para fijar el alquiler... habría que reconocerles la de fijar el precio del trabajo y el de todas las cosas que son objeto del comercio...; la vida económica de la Nación, con las libertades que la fomentan quedaría confiscada en manos de legislaturas o congresos...*”.

#### **IV. Fayt**

En la Corte compuesta en su mayoría por juristas nombrados durante el gobierno de Kirchner son sugestivas las disidencias del juez Carlos Santiago Fayt. Con rigor jurídico, sin concesiones a una ola ideológica que parece incontenible, en el caso “Simón” fue la única voz que defendió la Constitución, sosteniendo la prohibición de aplicar retroactivamente la ley penal más gravosa.

---

<sup>3</sup> Pedro J. FRÍAS, *La vida pública y sus protagonistas*, Córdoba, 1995, p. 73.

## V. Moisset de Espanés

En el fallo dictado por el Tribunal Superior de Justicia en la causa “Bulacio” del 18/9/1996 (**Foro de Córdoba**, 35-153) se cuestionaba la aplicación de una de las tantas leyes de emergencia y consolidación de deudas que han ensombrecido nuestra historia reciente. Bulacio era un peón de Vialidad que se accidentó trabajando el servicio de la Provincia. A la hora de pagar la indemnización, el Estado deudor invocó la ley 8250 que “consolidaba” el crédito de Bulacio, quien cobraría a 16 años. Luis Moisset de Espanés elaboró una memorable disidencia. Dijo que “*Resulta a todas luces arbitrario que el propio Estado deudor, utilizando su poder de imperio establezca una forma velada de no cumplir en concreto el pago de las obligaciones que ha asumido*”. Moisset de Espanés honró la magistratura con sus disidencias. En su eminente función no fue complaciente con los intereses de los gobiernos, sino fiel a las enseñanzas que impartió durante años en sus cátedras de la Facultad de Derecho. No admitió una doble interpretación del derecho según los compromisos del momento. Una columna incommovible cuando nacía una tormentosa época de atropellos a la Constitución en nombre de la emergencia.



# MATERIAS SUSCEPTIBLES DE ARBITRAJE

MARIO CASTILLO FREYRE Y RITA SABROSO MINAYA

**Sumario:** 1. Homenaje a Luis Moisset de Espanés. 2. Introducción. 3. Materia arbitrable. 3.1. Libre disposición y patrimonialidad. 3.2. Criterio positivo y criterio negativo. 3.3. Materia arbitrable en la Ley de Arbitraje (inciso 1 del artículo 2). 4. El Estado como parte en el arbitraje internacional. 4.1. La doctrina del Estoppel. 4.1.1. Características. 4.1.2. Requisitos. 4.1.3. Aplicación de la doctrina del Estoppel en el inciso 2 del artículo 2 de la Ley de Arbitraje.

## 1. Homenaje a Luis Moisset de Espanés

Para mí resulta un honor participar en este Libro en Homenaje a mi amigo el doctor Luis Moisset de Espanés, motivo por el cual agradezco infinitamente la invitación formulada por el Profesor Christian Sommer.

No me voy a ocupar en estas breves líneas de la importancia de la obra jurídica de Moisset, pues si así fuera, todo el artículo resultaría pequeño para hablar sobre el particular.

Sólo quiero decir que don Luis Moisset de Espanés es un gran amigo mío desde hace varios lustros, a quien conocí en una de sus múltiples y constantes visitas al Perú. Asimismo, la amistad con Moisset se extiende a mi esposa y también abogada, Laura Castro Zapata.

En mi país, prácticamente consideramos a Moisset como un compatriota y sabemos que para él el Perú es su segunda patria.

En ese sentido, la satisfacción de escribir este artículo en su honor, no sólo se circunscribe a los extraordinarios méritos académicos de Moisset, sino a nuestra amistad personal, y constituye un homenaje al Señor de Señores y Jurista de Juristas.

*Mario Castillo Freyre*

## 2. Introducción

La Ley de Arbitraje peruana, Decreto Legislativo n.º 1071 tiene como novedad central en el ser una ley monista, en la que se regula de forma conjunta el arbitraje nacional y el arbitraje internacional, es decir, sin hacer las distinciones que sí hacían las leyes anteriores.

La mayoría de los cambios contenidos en la nueva Ley, se deben al tránsito de una ley dualista a una ley monista, que regirá tanto para el arbitraje internacional como para el arbitraje nacional. Según la Exposición de Motivos de la Ley, con ello se estandariza el tratamiento arbitral y se acerca el artículo nacional a los estándares internacionales.

Ahora bien, el artículo 2 de la referida Ley establece lo siguiente:

**Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.**

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.

Como podemos apreciar, el inciso 1 del artículo 2 regula lo que se denomina “arbitrabilidad objetiva”, es decir, las cuestiones que son susceptibles de ser resueltas mediante arbitraje<sup>1</sup> e, indirectamente, el referido inciso sirve de guía respecto de la llamada “arbitrabilidad subjetiva”, es decir, de quiénes pueden acudir al arbitraje. Ello, habida cuenta de que al hacer referencia a materias disponibles, es obvio que sólo podrán acudir al arbitraje aquellas personas, físicas o jurídicas, que puedan disponer libremente de sus derechos y, particularmente, de la materia objeto del arbitraje, lo cual inmediatamente excluye a los incapaces y a todo aquél que se encuentre en una situación de *capitis diminutio*<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Fernando MANTILLA-SERRANO, *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Madrid, Iustel, 2005, p. 44.

<sup>2</sup> Fernando MANTILLA-SERRANO, op. cit., ps. 47 y 48.

Su antecedente inmediato lo encontramos en el artículo 1 de la antigua Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, que regulaba también el concepto de arbitrabilidad, acogiendo la teoría de la libre disposición y un criterio negativo, al establecer lo siguiente:

**Artículo 1.- “Disposición general.-**

Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de **libre disposición**, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; **excepto**:

1. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.

2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.

3. Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.

4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público”. (el destacado es nuestro).

Como se puede apreciar, el criterio negativo pretendía definir, a través de las cuatro prohibiciones, qué derechos podían arbitrarse en el Perú en caso de conflicto, bajo el amparo de la antigua Ley General de Arbitraje<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Cabe precisar que tras estas cuatro prohibiciones de lo que no se podía arbitrar en el Perú, había, implícito, un argumento de fondo. El de la equivocada idea de que existirían determinados derechos que son, por sí mismos, inarbitrables. Es decir, que la naturaleza misma, ya sea ésta humana o jurídica, impide su libre disposición y, por ende, su arbitrabilidad.

Por su parte, el inciso 2 del artículo segundo no tiene un antecedente inmediato en nuestro ordenamiento jurídico ni en la Ley Modelo UNCITRAL. Y la Exposición de Motivos tampoco nos brinda mayores alcances sobre este tema.

En donde sí encontramos un antecedente es en la Ley de Arbitraje Española del 2003, la cual -a decir de Mantilla-Serrano-<sup>4</sup> se inspiró en el Derecho suizo del arbitraje.

### 3. Materia arbitrable

Materia arbitrable no es nada que nosotros podamos aprehender clara y distintamente. Sí podemos, por el contrario, saber a ciencia cierta que quienes se deciden por un arbitraje lo hacen para solucionar por la vía extrajudicial un conflicto de intereses. Y como quiera que los conflictos justiciables se dan sobre derechos concretos y no sobre materias, clasificaciones, ramas jurídicas o algo que se le parezca -el derecho concreto de alguien es siempre lo que en todo juicio está en discusión-, son éstos, los derechos, los que dan sentido a la pregunta en el sentido de qué arbitrar y qué no<sup>5</sup>.

---

En nuestro criterio, no existen derechos que por sí mismos sean arbitrables o inarbitrables. En ambos casos, lo serán porque la ley sanciona que lo sean. Y esto no es un asunto que tenga que ver con la dogmática jurídica, pues ésta puede decir cualquier cosa sin que ello afecte lo que diga la ley. Así pues, es éste un asunto de exclusivo dominio de la política jurídica que cada Estado implemente en su legislación nacional.

<sup>4</sup> Fernando MANTILLA-SERRANO, op. cit., p. 48.

<sup>5</sup> Sobre el desacertado concepto de materia arbitrable y a propósito del comentario de la antigua Ley de Arbitraje española de 1988, la profesora Silvia Gaspar dice que “[...] el termino ‘materia’ [...] debería interpretarse en el sentido de constituir un complejo entramado de derechos que, abstracción hecha de cada uno de ellos, se considera disponible. Pero, en sentido estricto, la posibilidad de disponer debe predicarse de cada uno de los derechos que integran la materia de que se trata”. Asimismo, Gaspar señala que si bien la expresión “materia” no es adecuada para indicar el objeto de la facultad de disponer, tampoco resulta apropiada para referirse al objeto de un conflicto, en la medida de que las cuestiones litigiosas se presentan propiamente en relación con derechos concretos. Agrega que el erróneo término utilizado por la antigua Ley de Arbitraje española se manifiesta en su artículo 2.1,b), que establece que no pueden ser objeto de arbitraje

Así pues, la ley permite expresa o tácitamente que se arbitre sobre determinados derechos concretos que un miembro del cuerpo social siente vulnerados. En otras palabras, la ley otorga a las personas la facultad de disponer que, en caso de un conflicto de interés jurídico, tal o cual derecho pueda ser pretendido en un juicio ordinario o en un arbitraje privado.

La conclusión lógica que de esto se sigue es que dependerá de la política legislativa de cada Estado nacional -y no de la doctrina jurídica- saber qué derechos son arbitrables en un orden jurídico determinado. Pues, aunque los derechos arbitrables son por lo general muy similares en el Derecho comparado, nada obsta para que la ley de un país pueda romper esa homogeneidad. En este caso, la ley es la suprema fuente de todo lo que puede o no arbitrarse en una sociedad<sup>6</sup>.

En otras palabras, el concepto de qué es o no arbitrable varía de un país a otro, incluso de una época a otra.

En tal sentido, tenemos que comenzar estudiando los principales criterios que se han desarrollado para efectos de la determinación de la materia arbitrable.

---

“las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tienen poder de disposición”, en la medida de que resulta inverosímil que exista una materia que pueda estar unida a otra materia distinta. Lo que sí resulta lógico y posible es encontrar derechos particulares unidos a otros diferentes. Silvia GASPARELLO, *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Navarra, Aranzandi, 1998, p. 90.

<sup>6</sup> Fernando Cantuarias Salaverry y Manuel Aramburú Yzaga, comentando la dificultad del tema de la materia arbitrable, señalan que éste es “[...] uno de los temas de más difícil análisis, ya que [...], no existe país en el mundo que haya podido plasmar en una norma legal, qué materias pueden arbitrarse o cuáles están excluidas de dicha vía. Y la razón estriba en la dificultad de poder determinar cuáles son las materias que interesan únicamente a los particulares y cuáles son de interés público”. Fernando CANTUARIAS SALAVERRY y Manuel ARAMBURÚ YZAGA. *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*, Lima, Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1994, p 189 y 190.

### 3.1. Libre disposición y patrimonialidad

Cabe recordar que tradicionalmente han sido dos los criterios utilizados para delimitar las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje; a saber: (i) el criterio de libre disposición conforme a derecho; y (ii) el criterio patrimonial<sup>7</sup>.

Mantilla-Serrano<sup>8</sup> afirma que la referencia a derechos disponibles es lo suficientemente amplia como para abarcar cuestiones contractuales y extracontractuales, con o sin contenido patrimonial.

A nuestro entender, hablar simplemente de disponibilidad como el factor clave para determinar qué derechos son o no son arbitrables es un despropósito porque el concepto, en sí mismo, no nos dice nada. En Derecho, disponibilidad no es un concepto que tenga vida propia, sino que está en función de lo que dice la ley. Es ésta la que determinará qué derechos son disponibles y cuáles no.

Así lo ha entendido con acierto Silvia Gaspar<sup>9</sup>, comentando el artículo 1 de la Ley de Arbitraje española de 1988, que establece que “mediante arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o más árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, *en materias de su libre disposición conforme a derecho*”.

Afirma Gaspar que la locución “conforme a derecho” no cabe interpretarla más que en el sentido de considerar que la determinación del concepto de disponibilidad -teniendo en cuenta su carácter variable- no puede verificarse sino atendiendo a lo que el ordenamiento jurídico dispone en el momento en que dicho concepto ha de ser estimado. Es por ello que suele relacionarse la libertad de disponer con el principio de orden público, también de contenido variable e indeterminado. Por tal razón, la autora considera acertadamente que la abstracción del concepto de disponibilidad y su carácter variable le restan utilidad como pauta determi-

---

<sup>7</sup> David. ARIAS LOZANO, *Comentarios a la Ley General de Arbitraje 2003*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005, p. 31.

<sup>8</sup> Fernando MANTILLA-SERRANO, op. cit., p. 45.

<sup>9</sup> Silvia. GASPAS, op. cit., p. 89.

nante del ámbito material del arbitraje. Y ello no puede sino redundar negativamente en las expectativas de operatividad que pudieran depositarse en esta institución.

Por su parte, Campos Medina<sup>10</sup> sostiene que si se sigue la teoría de la libre disposición, será arbitrable toda pretensión en la cual el demandante alegue tener un derecho subjetivo al que corresponde una obligación por parte del demandado, con independencia de la fuente u origen.

Continúa dicho autor afirmando que hay quienes sostienen que esta teoría de la libre disponibilidad tiene dos caras o manifestaciones. La primera de ellas es la de la arbitrabilidad objetiva, es decir, el derecho material; mientras que la segunda es la arbitrabilidad procesal, en el sentido de que para que se considere que una pretensión es arbitrable, las partes deben -además- no tener impedimento legal para someterla a arbitraje.

En efecto, según Perales Viscosillas<sup>11</sup>, la libre disponibilidad en el doble sentido mencionado significa que las partes han de tener la libre disposición en relación con la materia sometida a arbitraje y, además, la libertad de poder someter su disputa a arbitraje, es decir, que esta fórmula de solución de litigios no les esté vedada, como sucedería si existiese una norma concreta en la legislación mercantil que expresamente prohibiese el recurso al arbitraje. En este caso, el Estado estaría literalmente prohibiendo la arbitrabilidad de determinadas materias, al imponer la vía jurisdiccional como único cauce de resolución de determinadas categorías de disputas.

A entender de Sancinena<sup>12</sup>, las materias tienen que ser disponibles para las partes, con disponibilidad de orden sustantivo y adjetivo, es decir, materias con disponibilidad civil y disponibilidad jurisdiccional<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Alexander CAMPOS MEDINA, “La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos” En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 3, Lima, Grijley, 2006, p. 319.

<sup>11</sup> Pilar PERALES VISCOSILLAS, *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2005, p. 131.

<sup>12</sup> Camino SANCIÑENA ASURMENDI, “Materias objeto de arbitraje”, en *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, Valladolid, Lex Nova, 2004, p. 66.

<sup>13</sup> El citado autor señala que no cabe el arbitraje cuando la materia sea indisponible jurisdiccionalmente, bien porque es necesario que esa controversia se someta al ámbito

Merino Merchán y Chillón Medina<sup>14</sup> señalan que sólo son arbitrables aquellas materias que están en disposición de las partes, lo que excluye las normas imperativas o los ámbitos especialmente excluidos del arbitraje.

Por su parte, Sanciónena<sup>15</sup> sostiene que no se pueden confundir las materias que afectan al orden público, que son indisponibles y, por tanto, inarbitrables, de las materias reguladas por normas imperativas. Una materia sometida a normas imperativas, no es equivalente a materia de orden público. Las normas imperativas o de derecho necesario no se pueden vulnerar; ni pactar lo contrario de lo que disponen, pero eso no implica que la materia sobre la que incidan sean inarbitrables por ser indisponibles para las partes. Así, el que una materia se rija por normas de carácter imperativo, no es suficiente para excluir el arbitraje. Las materias sometidas a normas imperativas pueden ser objeto de arbitraje.

Yáñez Velasco<sup>16</sup> afirma que la libre disposición no existe en materia de orden público y cualquier otra recogida por normativa de naturaleza imperativa que, además, impida disponer.

Sobre el particular, Mantilla-Serrano<sup>17</sup> también precisa que el hecho de que una controversia haga relación a normas imperativas no derogables por los particulares o requiera la aplicación de las mismas, no la hace *per se* inarbitrable. En esos casos, la cuestión sigue siendo objeto posible de arbitraje, pero corresponde a los árbitros decidir -bajo el control del juez que decidirá una posible acción de anulación del laudo- sobre la vocación de la norma invocada a aplicarse al caso concreto y, de ser aplicable, sobre su carácter imperativo y, eventualmente, sobre la sanción que compete por la violación de la misma.

---

jurisdiccional, o bien porque ya ha sido resuelta en el orden jurisdiccional. Cabe someter a arbitraje las materias que estén pendientes en un procedimiento judicial, siempre que no haya recaído resolución judicial firme y definitiva sobre las mismas.

<sup>14</sup> José F. MERINO MERCHÁN y José María CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*, 3ª ed., Navarra, Thomson, Civitas, 2006, tp. 165.

<sup>15</sup> Camino SANCIÑENA ASURMENDI, op. cit., p. 66.

<sup>16</sup> Ricardo YÁÑEZ VELASCO, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 189.

<sup>17</sup> Fernando MANTILLA-SERRANO, op. cit., p. 47.

Ahora bien, en torno al criterio patrimonial, Perales Viscosillas<sup>18</sup> señala que la tendencia que puede considerarse mayoritaria entre la doctrina, establece que la libre disposición se refiere a la patrimonialidad de la materia; por tanto, las materias patrimoniales podrán ser objeto de arbitraje, pero no las relativas a las personas.

Por el contrario, Yáñez Velasco<sup>19</sup> nos dice que el hecho de que una materia sea patrimonial no presupone su disponibilidad sin más, como tampoco la indisponibilidad a ciegas en materias de naturaleza personal.

Para lo primero -según el citado autor- se llama la atención sobre obligaciones patrimoniales relativas al cumplimiento de deberes esenciales implícitos a relaciones paterno-filiales o conyugales, disponibles cuando exclusivamente se trate de resolver una distribución monetaria. Sobre lo segundo es claro el ámbito de los derechos de la personalidad, como la vida o la integridad psíquica y física, mientras que resulta clásica la concepción indisponible de la condición de las personas en cuanto a nacionalidad, filiación y su estado civil matrimonial en sede de separación, divorcio o nulidad. La exclusión aparece con el régimen económico del matrimonio, convenios vinculados a la compensación económica tras separación o divorcio -incluso en nulidad matrimonial-.

Por nuestra parte, coincidimos con Campos Medina<sup>20</sup> quien señala que la patrimonialidad termina siendo una forma de sustentar el concepto de libre disponibilidad, en el sentido de que se entenderá que si el objeto de una controversia es de carácter patrimonial, entonces, es arbitrable.

### 3.2. *Criterio positivo y criterio negativo*

Sin embargo, aunque corresponde a cada Estado señalar legalmente los derechos que, existiendo un conflicto, pueden ser objeto de arbitraje, no menos cierto es que las leyes que regulan la institución arbitral en el mundo se estructuran en razón de una técnica legislativa estándar, que

---

<sup>18</sup> Pilar PERALES VISCOSILLAS, op. cit., p. 139.

<sup>19</sup> Ricardo YÁÑEZ VELASCO, op. cit., p. 165.

<sup>20</sup> Alexander CAMPOS MEDINA, op. cit., p. 320.

establece otros dos criterios para definir la arbitrabilidad de un derecho: el criterio positivo y el criterio negativo.

Se entiende por el primero el que permite a las partes someter a arbitraje los conflictos sobre derechos que la ley pone bajo su dominio, esto es, derechos sobre los que las partes tienen la autoridad de disponer libremente. Es éste, como se verá al momento de revisar la ley sobre la materia, un criterio abierto e inclusivo, pues la norma que se estructura bajo su sombra no especifica ni enumera cuáles son esos derechos de libre disposición. Por el contrario, el criterio negativo es excluyente y cerrado, en la medida de que inspira a la norma a sancionar una lista de derechos sobre los que las partes se hallan expresamente prohibidas de recurrir a la vía extrajudicial del arbitraje en caso de una controversia.

Con relación a los criterios positivo y negativo, Lohmann<sup>21</sup> dice que respecto a los temas o controversias arbitrables *-criterio positivo-*, es notorio que la regla ha querido ser bastante amplia. Una enumeración siempre sugiere exclusión. Por tanto, cuando se alude a “facultad de libre disposición” ha de entenderse que el legislador ha querido emplear tales conceptos para traducir lo que es el poder decisorio y la autonomía de la voluntad. De este modo, salvo excepciones expresas *-criterio negativo-*, todo aquello que no haya quedado legalmente excluido del ámbito positivo, como posibilidad de libertad decisoria sobre un bien o derecho; todo aquello sobre lo que a su vez pueda celebrarse una transacción o renunciarse, es susceptible de arbitrase.

A nadie escapa pues que el eje para determinar qué derechos son susceptibles de arbitraje es el criterio negativo. Y esto porque sin criterio negativo, sin lista cerrada de prohibiciones, cualquier derecho podría ser arbitrable, siempre que sea de libre disposición.

Sobre el particular, Yáñez Velasco<sup>22</sup> señala que un índice de materias que pudieran ser objeto de arbitraje, incluso acordando la búsqueda de perspectivas lo más genéricas posibles, plantearía el grave inconveniente del olvido o la omisión, algo que siempre acaba mostrándose inevita-

---

<sup>21</sup> Juan Guillermo LOHMANN LUCA DE TENA, *El Arbitraje*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, volumen V, ps. 61-68.

<sup>22</sup> Ricardo YÁÑEZ VELASCO, op. cit., p. 98.

ble. Sin embargo, establecer una vía de principio puede ser útil para acoger un gran número de posibilidades sin cerrarse a ningún tema en concreto, estableciendo luego exclusiones o limitaciones expresas dignas de mención, para eludir aspectos dudosos o discutibles desde el punto de vista práctico o doctrinal, o bien por intereses de la política legislativa del momento.

### *3.3. Materia arbitrable en la Ley de Arbitraje (inciso 1 del artículo 2)*

En la Ley de Arbitraje, la materia arbitrable se regula lacónicamente en el inciso 1 del artículo 2, precepto que establece que “(p)ueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen”.

Como se puede apreciar, la nueva Ley deja de lado el criterio negativo que contemplaba el citado artículo 1 de la antigua Ley General de Arbitraje.

En efecto, de manera novedosa<sup>23</sup>, la nueva Ley de Arbitraje mantiene el criterio de “libre disponibilidad” (criterio positivo), incluyendo aquellas materias que hayan sido autorizadas de ser conocidas en sede arbitral, a través de una ley o de un tratado o de un acuerdo internacional (como, por ejemplo, los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones – APPRI; y, en general, todos los Tratados Bilaterales de Inversión – TBI o BIT; así como los multilaterales en los que, por remisión o pacto, se establezca como medio de solución de controversias, el arbitraje).

La Exposición de Motivos de la nueva Ley de Arbitraje no nos brinda una razón del por qué se prescindió del criterio negativo.

A entender de Yáñez Velasco<sup>24</sup>, desde hace tiempo se consideró imposible que el legislador, en un principio, o el intérprete de la ley con

---

<sup>23</sup>Decimos novedosa, porque, por ejemplo, el Proyecto Modificatorio de la Ley General de Arbitraje, elaborado por la Comisión Técnica creada por Resolución Ministerial N° 027-2006-JUS, de fecha 25 de enero de 2006, no contemplaba modificación alguna al citado artículo 1 de la Ley General de Arbitraje.<sup>7</sup>

<sup>24</sup>Ricardo YÁÑEZ VELASCO, op. cit., p. 160.

posterioridad, elaborasen un listado cerrado con las materias incluidas y excluidas del arbitraje como libre disposición. Tal cosa obligaría a repasar todo el Derecho en toda cuestión imaginable, lo que aboca al absurdo y al inagotable casuismo de épocas remotas. Y si lo que se pretende es eludir los casos particulares y plantear grupos de temas o materias concretas, igualmente serían posibles las dudas o la sugerencia de excepciones o matices de alguno de esos temas o materias.

Eliminado el criterio negativo en la nueva Ley de Arbitraje, sólo tenemos a la “libre disposición” como eje orientador, a efectos de determinar si una materia es arbitrable o no.

Como ya hemos demostrado en un trabajo anterior con relación a la Ley General de Arbitraje<sup>25</sup>, el criterio negativo que pretendía excluir del arbitraje determinadas “materias” adolecía de un serio defecto, a saber: dejaba la puerta abierta para que las cuatro prohibiciones que allí se sancionaban estuvieran plagadas de excepciones. Esto quería decir, en buen romance, que las prohibiciones en realidad no prohibían tanto como aparentaban o querían, y que el arbitraje, incluso en ellas, estaba más que presente.

De ahí la necesidad de pensar seriamente sobre si el criterio negativo, esto es, las prohibiciones sobre lo que no se puede arbitrar, tenía en realidad algún sentido para determinar todo aquello que sí se puede arbitrar. Lo cierto es que, tal como el devenir histórico lo está demostrando, cada vez son más los derechos sobre los que se puede arbitrar<sup>26</sup> y esto se reflejaba plenamente en las múltiples excepciones susceptibles de extraerse de las cuatro prohibiciones reguladas en la derogada Ley General de Arbitraje.

De ahí que, si bien en un mundo donde el *statu quo* de los conceptos y las realidades jurídicas tienen poca fluidez y son renuentes al cambio, el criterio negativo tenía sentido, en el mundo volátil de la globalización, el tal criterio no tiene ninguno. Pues si lo tuviera, el mismo criterio negativo no estuviera agujereado de tantas excepciones.

---

<sup>25</sup> Mario CASTILLO FREYRE, y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El Juicio Privado: la verdadera reforma de la Justicia*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, Palestra Editores, 2006, vol. 1.

<sup>26</sup> Ver: *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, Palestra Editores, 2007. ts. III y IV.

Por lo tanto, es signo de los tiempos que el criterio positivo, esto es, el de que todo derecho que las normas jurídicas (o los tratados internacionales) estipulen como disponible sea arbitrable, es correcto.

Y no sólo por el signo de los tiempos a los que el Derecho, como cualquier otra disciplina, se debe adecuar, sino además porque este criterio está en plena sintonía con el positivismo jurídico que nosotros avalamos como lo más avanzado que la ciencia jurídica puede exhibir. Porque, en efecto, ya hemos dicho que no creemos en los derechos inarbitrables por “naturaleza”. Tal cosa no existe, en la medida de que todo derecho puede ser materia de arbitraje si la norma jurídica establece su carácter de libre disponibilidad. Y cuando la norma calla, pues se entiende que lo que no está prohibido está permitido, según el precepto constitucional que así lo establece.

En este sentido, la nueva Ley de Arbitraje ha dado el “Gran Salto Adelante” pues, en principio, no reconoce ninguna “materia” que no pueda ser arbitrable si la ley y los tratados dicen que lo sea (o que no lo prohíban expresamente).

#### **4. El Estado como parte en el arbitraje internacional**

Como ya hemos señalado, el inciso 2 del artículo 2 es una innovación, y una muy importante, al otorgar preeminencia al convenio arbitral sobre las disposiciones nacionales aplicables a la parte estatal.

Esta disposición cobija tanto al Estado mismo como a cualquiera de sus subdivisiones políticas o administrativas, así como a toda sociedad controlada directa o indirectamente por el Estado, sus divisiones o subdivisiones. También se aplica a las empresas o aun a las organizaciones de las cuales el Estado o sus entidades sean parte<sup>27</sup>.

Asimismo, cabe señalar que el inciso 2 del artículo 2 se aplica tanto para los arbitrajes que se desarrollan en el Perú como para aquellos que tengan lugar en el extranjero.

---

<sup>27</sup>Fernando MANTILLA-SERRANO, op. cit., p. 48.

La idea es que el Estado sea tratado como un particular, evitando que haga uso de algún tipo de prerrogativa, a fin de evitar acudir a la vía arbitral.

Sobre el particular, Carballo Piñeiro<sup>28</sup> sostiene que es un mandato dirigido a las autoridades judiciales para impedir la invalidez del convenio arbitral por causa de incapacidad del Estado para disponer sobre la materia controvertida. Este precepto entronca con la práctica jurisprudencial tendente a interpretar restrictivamente cualquier prohibición de someterse a arbitraje referida a cuestiones en las que intervenga un Estado o una sociedad, organización u empresa controlada por un Estado.

Por su parte, Merino Merchán y Chillón Medina<sup>29</sup> señalan que el precepto en cuestión constituye una regla material del arbitraje internacional que ha sido reconocida en muchas ocasiones por los árbitros internacionales en relación a asuntos relativos a los denominados *State contracts*, que ha sido progresivamente diseñada por los tribunales judiciales, y ha sido asimilada por la práctica internacional del “stoppel”, traducción inmanente del principio de la ilicitud de actuar contra los propios actos y que se ha incorporado al derecho convencional y finalmente a los diversos derechos nacionales.

En efecto, como bien señala Yáñez Velasco<sup>30</sup>, desde hace años viene apreciándose como práctica común que un Estado o un organismo que le sea dependiente, alegue incapacidad para asumir los efectos de un convenio arbitral inicialmente pactado, sirviéndose para ello de la denominada inmunidad de jurisdicción propia o características de la soberanía estatal. En este campo de estudio han existido normativas que impiden ese tipo de oposición, justificada en el Derecho interno pese a la arbitrabilidad del objeto de la controversia.

Según el citado autor, primordialmente se alude a la buena fe internacional y la doctrina del *Estoppel*, pues ese Estado u organismo dependiente actuaría contra los propios actos si alegase con éxito la mencionada inmunidad.

---

<sup>28</sup> Laura CARBALLO PIÑEIRO, “Materias objeto de arbitraje”. En: *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, Valladolid, Lex Nova, 2004, p. 80.

<sup>29</sup> José F. MERINO MERCHÁN, y José María CHILLÓN MEDINA, op. cit., ps. 166-167.

<sup>30</sup> Ricardo YÁÑEZ VELASCO, op. cit., p. 201.

Dentro de tal orden de ideas, y dado que el inciso 2 del artículo segundo no tiene un antecedente inmediato y se base en la doctrina del *Estoppel* anglosajón, consideramos pertinente desarrollar los principales aspectos de esta doctrina, a efectos de entender mejor su incorporación en la actual Ley de Arbitraje.

#### 4.1. La doctrina del *Estoppel*

Del origen y de la evolución histórica del *estoppel* muy poco puede decirse, porque es un problema que permanece en la oscuridad. La formación de la doctrina es obra lenta de una jurisprudencia secular que se ha ido introduciendo poco a poco a través de los diversos casos decididos por los tribunales<sup>31</sup>.

En relación a las raíces históricas del *Estoppel*, Alejandro Borda<sup>32</sup> sostiene que la regla *venire contra factum proprium non valet* sirve de fundamento tanto en la doctrina de los actos propios como en el *Estoppel* anglosajón. Tan es así, que la palabra *Estoppel* tiene la misma raíz que el término español “estopa”.

Por su parte, Riezler<sup>33</sup> cree posible encontrar algún supuesto de *Estoppel* en los juristas anglosajones el siglo XII. Recordemos que en el medioevo, los juristas ingleses fueron fuertemente influidos por el Derecho Romano-canónico.

Asimismo, también debemos tener presente que en la doctrina del *Estoppel* es frecuente la expresión *own act* o *own deed*, que son sinónimos de *acto propio*.

Al respecto, Díez-Picazo<sup>34</sup> nos dice que en la doctrina del *Estoppel* encontramos una idea semejante a la que se expresa bajo la rúbrica de que “nadie puede venir contra sus propios actos”.

---

<sup>31</sup> Luis Díez-Picazo Ponce de León, *La doctrina de los actos propios*, Barcelona, Bosch, 1962, p. 63.

<sup>32</sup> Alejandro Borda, *La teoría de los actos propios*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 28.

<sup>33</sup> Citado por Luis Díez-Picazo Ponce de León, op. cit., p. 63.

<sup>34</sup> Luis Díez-Picazo Ponce de León, op. cit., ps. 61-62.

Sin embargo, algunos autores sostienen que el *Estoppel* es una institución jurídica exclusiva del sistema angloamericano de Derecho, que no se encuentra en ninguno de los regímenes jurídicos derivados del Derecho Romano.

Entre dichos autores, encontramos a Rabasa<sup>35</sup>, quien señala que el *Estoppel* constituye la regla del Derecho Anglosajón que, por virtud de una presunción *iuris et de iure*, impide jurídicamente el que una persona afirme o niegue la existencia de un hecho determinado, en virtud de haber ejecutado antes un acto, hecho una afirmación o formulado una negativa en el sentido precisamente opuesto; ya que conforme a este principio, nadie puede contradecir lo dicho o hecho por él mismo, o por aquél de quien se derive su derecho, de un modo aparente y ostensible, con perjuicio de un tercero que, fiado en esas apariencias, producidas intencional o negligentemente por el responsable de ellas, contrae una obligación o sufre un perjuicio en su persona o en su patrimonio.

Al respecto, Puig Brutau<sup>36</sup> sostiene que no hace falta mucho esfuerzo para demostrar que la descripción de la doctrina del *Estoppel*, a la cual tratan de presentar como exclusiva del sistema anglosajón, coincide con nuestro concepto de la Teoría de los Actos Propios.

Para el citado autor, la regla del *venire contra factum proprium non valet* puede ser alegada indistintamente como fundamento de la Teoría de los Actos Propios y del *Estoppel*.

Borda<sup>37</sup>, al analizar las distintas definiciones existentes sobre el *Estoppel*, prefiere aquellas en donde aplican el *Estoppel* en un plano de generalidad. Así, por ejemplo, V. A. Griffith, en su obra *Outlines of the law*, sostiene que el *Estoppel* es la doctrina en cuya virtud alguien que, por su manera de obrar, con palabras o mediante actos, produce en otro la creencia racional de que determinados hechos son ciertos, y el último obra sobre la base de tal creencia (*belief*), impidiendo al primero que pueda negar la verdad de lo que ha “representado” con sus palabras o su

---

<sup>35</sup> Citado por José PUIG BRUTAU, “La doctrina de los actos propios”, en: *Estudio de Derecho Comparado*, Barcelona, Ariel, 1951, p. 104.

<sup>36</sup> José PUIG BRUTAU, op. cit., p. 105.

<sup>37</sup> Alejandro BORDA, op. cit., ps. 25-26.

conducta, cuando la negativa habría de redundar en su beneficio y en perjuicio de la otra persona.

Nosotros coincidimos con Borda, cuando señala que las definiciones dadas por Puig Brutau y V. A. Griffith son las más adecuadas, en tanto tienden a sancionar toda conducta incoherente, incluso las realizadas fuera del pleito. Si lo sancionable es la contradicción, no vemos el motivo de limitarla a la cuestión meramente procesal; su aplicación debería abarcar la mayor cantidad de situaciones posibles<sup>38</sup>.

#### 4.1.1. Características

El *Estoppel* tiene cuatro características fundamentales<sup>39</sup>; a saber: apariencia jurídica, eficacia procesal, medio de defensa y reciprocidad.

##### (a) Apariencia jurídica

La primera de las características del *Estoppel* es su relación con el principio de protección de la apariencia jurídica, ya que el *Estoppel* consiste en la imposibilidad de que una parte alegue y pruebe hechos que están en contraste con la apariencia que ella misma ha creado o suscitado.

Puig Brutau<sup>40</sup> precisa que en la doctrina del *Estoppel*, la importancia radica en la *apariencia*. La *apariencia* es expresada, en la doctrina anglosajona, como *representation*.

---

<sup>38</sup> Para algunos autores, el *estoppel* se refiere, más que nada, a una cuestión procesal. Así, Luis Moisset de Espanés lo define como la barrera o freno erigido a las pretensiones de quien reclama algo en abierta contraposición con lo que anteriormente había aceptado.

Por su parte, Vallet de Goytisolo señala que el *estoppel* impide la alegación dentro de un proceso -aunque sea cierta- que esté en contradicción con el sentido objetivo de su anterior declaración o de su anterior conducta. La ubica como un arma estrictamente defensiva.

Dobson lo ha definido como el instituto que tiene por finalidad impedir la inclusión de pruebas en un proceso que vengan a sostener la afirmación o negación de un hecho determinado.

<sup>39</sup> Luis DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, op. cit., ps. 65-70.

<sup>40</sup> José PUIG BRUTAU, op. cit., ps. 112-114.

El citado autor señala que la palabra *representation* debe ser entendida en su sentido corriente, como cuando se habla de una *representación teatral* y no debe pensarse en el acto de *representación a través de un poder*.

En consecuencia, de lo que se trata es de proteger a aquel sujeto que confió en la apariencia de determinada situación, y de impedir que el autor de la conducta contradictoria se beneficie. Es decir, el *Estoppel* sería una especie de sanción a aquél sujeto que pretende contradecir su primera conducta, la cual ya suscitó en otro una determinada apariencia.

#### (b) *Eficacia procesal*

La segunda característica del *Estoppel* es su eficacia procesal. Recordemos que *Estoppel* significa que dentro de un proceso, una persona no puede hacer una alegación en contradicción con el sentido objetivo de su anterior conducta.

En el Derecho Anglosajón, el *Estoppel* no crea, ni modifica, ni extingue un acto jurídico; simplemente, imposibilita determinada alegación y hace que sea declarada inadmisibile. El *Estoppel* nunca llega más allá de las partes que actúan en el proceso, ni del proceso en que se actúa.

#### (c) *Medio de defensa*

Como tercera característica, constituye un medio de defensa, en el sentido amplio de la palabra y no sólo como *excepción*. Ello, en virtud de que el *Estoppel* no sólo puede ser usado por el demandante frente a la demanda, sino también por el propio demandante frente a la excepción del demandado.

Asimismo, en tanto el *Estoppel* es un medio de defensa, sólo puede ser empleado por la parte a quien favorezca y no puede ser aplicado de oficio por el juzgador.

#### (d) *Reciprocidad*

Y como cuarta característica, tenemos a la reciprocidad, en el sentido de que el *Estoppel* puede ser invocado, tanto por el demandado (al contestar la acción) como por el actor (frente a los alegatos del demandado), es decir, por ambas partes del proceso.

También, debemos precisar que el *Estoppel* nunca puede ser invocado por terceros ni puede ser opuesto a ellos.

#### 4.1.2. Requisitos

Los requisitos del *Estoppel* también son cuatro<sup>41</sup>.

El primero de ellos consiste en que un sujeto debe dar por cierto un determinado estado de cosas.

El segundo, es que ese estado de cosas debe ser claro, es decir, que no sea ambiguo. La afirmación debe ser unívoca, a fin de que no sea susceptible de diversas interpretaciones.

En tercer lugar, ese estado de cosas afirmado debe presentarse como existente en el presente o en el pasado, pero nunca en el futuro.

Como cuarto requisito, el *Estoppel* se produce en favor del sujeto que ha confiado en ese estado de cosas afirmado.

#### 4.1.3. Aplicación de la doctrina del *Estoppel* en el inciso 2 del artículo 2 de la Ley de Arbitraje

La doctrina anglosajona establece una amplia clasificación del *Estoppel*<sup>42</sup> y en dicha clasificación encontramos el *Estoppel by representation*, que es un subtipo del *Estoppel by fact in pais*, pero es la forma más importante y característica del *Estoppel* en el moderno Derecho inglés.

La idea fundamental del *Estoppel by representation* es que cualquiera que haya podido ser la intención verdadera de una persona, ésta queda vinculada por la apariencia que el sentido objetivo de su conducta ocasionó en otra, ya que existe el deber de tener en cuenta las representaciones que nuestros actos puedan causar en los demás.

La *representation* puede originarse por medio de una declaración (*Estoppel by words*) o por medio de una conducta (*Estoppel by conduct*). Sin embargo, si bien la conducta o la declaración deben ser voluntarias, ello no quiere decir que la representación tenga que ser dolosa, ni conocida, ni intencionalmente falsa; ya que basta que la persona destinataria de la representación haya obrado, a su vez, modifi-

---

<sup>41</sup> Luis DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, op. cit., ps. 70-71.

<sup>42</sup> Tenemos las siguientes clases:

cando la situación anterior en base a la confianza depositada en aquella primera manifestación de voluntad.

Por ello, en el caso del arbitraje internacional, si una de las partes es un Estado (o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado), no puede invocar válidamente las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral, ya que ha quedado vinculado por la apariencia que el sentido objetivo de su conducta ocasionó en la otra parte.

En otras palabras, si el Estado (o sociedad, organización o empresa controlada por un Estado) suscribió un convenio arbitral, no podría desconocer válidamente los efectos del referido convenio, argumentando inmunidad de jurisdicción propia o características de la soberanía estatal.

Se terminó de imprimir en  
Editorial Advocatus, Arturo M. Bas 236,  
en el mes de noviembre de 2010





